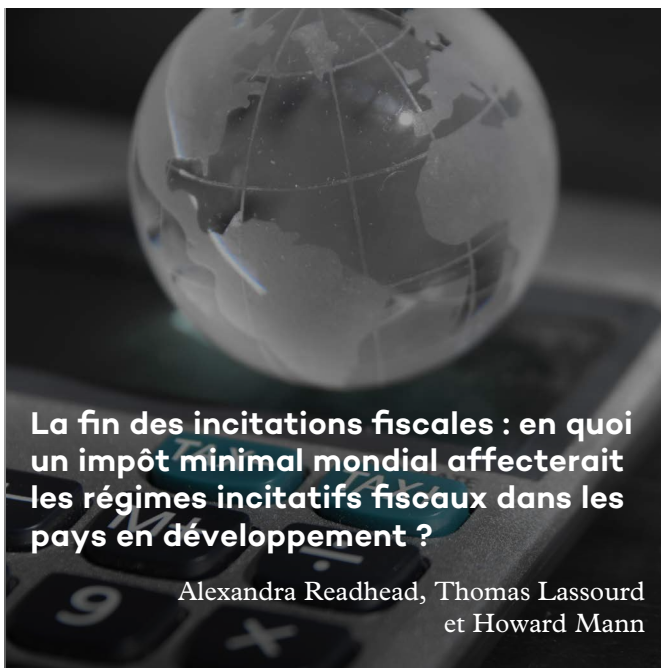




UN JOURNAL EN LIGNE SUR LE DROIT ET LA POLITIQUE DES INVESTISSEMENTS DANS LA PERSPECTIVE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

NUMÉRO 3. VOLUME 12. OCTOBRE 2021



**La fin des incitations fiscales : en quoi un impôt minimal mondial affecterait les régimes incitatifs fiscaux dans les pays en développement ?**

Alexandra Readhead, Thomas Lassourd et Howard Mann



**Entretien avec Esmé Shirlow au sujet de l'ouvrage Judging at the Interface: Deference to state decision-making authority in international adjudication (Juger à l'interface : la déférence à l'égard des autorités décisionnelles des États dans l'arbitrage international)**

Esmé Shirlow



**Le casse-tête « touchant au commerce » du groupe d'experts de l'ALE Corée-UE : les ALE sont-ils un forum novateur pour l'application des objectifs de développement durable ?**

Rebecca Walker



**Malgré le consensus quant à l'incompatibilité du TCE avec l'agenda climatique mondial, les arguments selon lesquels il est approprié pour la transition vers une énergie propre persistent**

Lea Di Salvatore, Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Lukas Schaugg



**De la transparence à l'interdiction : le GTIII de la CNUDCI examine les options pour réglementer le financement par les tiers**

Brooke Guven, Lise Johnson, H. Suzy Nikiéma et Daniel Uribe





# Sommaire

<b>ARTICLE 1</b> La fin des incitations fiscales : en quoi un impôt minimal mondial affecterait les régimes incitatifs fiscaux dans les pays en développement ?.....	4
<b>ARTICLE 2</b> Entretien avec Esmé Shirlow au sujet de l'ouvrage Judging at the Interface: Deference to state decision-making authority in international adjudication (Juger à l'interface : la déférence à l'égard des autorités décisionnelles des États dans l'arbitrage international).....	9
<b>ARTICLE 3</b> Le casse-tête « touchant au commerce » du groupe d'experts de l'ALE Corée-UE : les ALE sont-ils un forum novateur pour l'application des objectifs de développement durable ?.....	13
<b>ARTICLE 4</b> Malgré le consensus quant à l'incompatibilité du TCE avec l'agenda climatique mondial, les arguments selon lesquels il est approprié pour la transition vers une énergie propre persistent...	18
<b>ARTICLE 5</b> De la transparence à l'interdiction : le GTIII de la CNUDCI examine les options pour réglementer le financement par les tiers .....	23
<b>NOUVELLES EN BREF</b> .....	28
Les négociations relatives à la modernisation du TCE se poursuivent avec deux cycles de réunions estivales, alors que l'opposition de la société civile croît.....	28
Les discussions structurées sur la facilitation de l'investissement se poursuivent à l'OMC.....	29
Le GTIII de la CNUDCI devrait examiner les propositions relatives à plusieurs éléments de la réforme du RDIE, en attendant la décision quant à la demande de fonds supplémentaires.....	29
L'Équateur adhère de nouveau à la Convention du CIRDI.....	31
L'Espagne et la Colombie signent un nouveau TBI.....	31
Le Pakistan résilie 23 TBI.....	32
Le Groupe de travail des Nations Unies sur les droits de l'homme publie son rapport 2021 .....	32
<b>SENTENCES ET DÉCISIONS</b> .....	33
Un tribunal du TCE considère les modifications par l'Italie de son mécanisme incitatif de production d'énergie renouvelable comme raisonnables, prévisibles et proportionnelles.....	33
Un tribunal ad hoc conclut en faveur d'un investisseur allemand dans l'énergie .....	36
Le tribunal du CIRDI de l'affaire Infinito Gold c. Costa Rica affirme plusieurs recours mais n'accorde pas d'indemnisation. La majorité du tribunal conclut en faveur de violations de la norme TJE, mais les dommages sont trop spéculatifs.....	38
<b>RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS</b> .....	43

## 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](mailto: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  
Andrew Aziz

Editrice, Version Espagnole  
Marina Ruete

Nouvelles en Bref  
Cesar Henrique Arrais

Design (PDF)  
PortoDG



## LISTE D'ACRONYMES

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

## ARTICLE 1

# La fin des incitations fiscales : en quoi un impôt minimal mondial affecterait les régimes incitatifs fiscaux dans les pays en développement ?

Alexandra Readhead, Thomas Lassourd et Howard Mann



## Introduction

Au mois de juillet 2021, les dirigeants mondiaux ont conclu un accord visant à imposer davantage les entreprises multinationales, après plusieurs années de négociation. Ils ont convenu d'introduire un taux d'impôt minimal mondial sur les sociétés d'au moins 15 % avec pour objectif de prévenir la concurrence fiscale. L'accord politique a été conclu par 130 des 139 pays membres du Cadre inclusif OCDE/G20,<sup>1</sup> après le soutien de l'accord par le G7 au mois de juin.<sup>2</sup> Les pays du G20 ont apporté un appui supplémentaire à l'accord lors d'une réunion ultérieure de leurs ministres des finances.<sup>3</sup>

S'il est adopté, cet impôt minimal mondial s'appliquera à tous les secteurs d'activité. Les pays devront abroger les mesures incitatives fiscales contenues dans leurs lois nationales et accords d'investissement pour harmoniser

le taux d'imposition effectif et le taux d'imposition mondiale. Si certaines incitations fiscales peuvent être annulées de manière unilatérale, par le biais d'un amendement de la législation, d'autres sont assujetties à des clauses de stabilisation contenues dans des lois et dans des contrats, qui pourraient empêcher la pleine mise en œuvre d'un impôt minimal mondial.

Le présent article examine les effets d'un impôt minimal mondial sur le recours aux incitations fiscales dans les pays en développement, ainsi que les arrangements transitoires nécessaires pour protéger les pays contre le transfert de recettes fiscales. Il reflète l'expérience des auteurs dans le domaine des industries extractives, mais s'applique à tout type d'investissement dans des projets à grande échelle et intensifs en capital, tels que la construction d'infrastructures de transport ou d'énergie.

## Les effets d'un impôt minimal mondial sur les incitations fiscales

Un impôt minimal mondial vise à réduire la concurrence fiscale et le transfert des bénéfices dans tous les secteurs économiques. Si les règles correspondantes sont adoptées, elles garantiront que tous les profits mondiaux des entreprises multinationales soient taxés au moins à un taux d'imposition effectif (TIE) minimum.

Au titre de la proposition actuelle, l'impôt minimal mondial s'appliquerait aux entreprises multinationales dont les recettes brutes sont supérieures à 750 millions EUR. Le TIE est calculé annuellement pour chaque pays. Il s'agit du total des impôts sur les bénéfices des entreprises payés aux autorités gouvernementales, ou « l'impôt en espèces » (le numérateur), en proportion de l'assiette fiscale, qui est basée sur le bénéfice comptable (le dénominateur), le tout étant exprimé sous forme d'une fraction (voir l'équation ci-dessous)

$$\text{TIE} = \frac{\text{Impôts couverts (impôts en espèce payés pour l'année en cours)}}{\text{Assiette fiscale (bénéfices comptables)}}$$

<sup>1</sup> OCDE, 2021, 1<sup>er</sup> juillet, <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/130-pays-et-juridictions-adherent-a-un-nouveau-cadre-ambitieux-pour-la-reforme-du-systeme-fiscal-international.htm>

<sup>2</sup> Philip Inman et Michael Savage, 2021, 5 juin, 'Rishi Sunak announces historic agreement by G7 on tax reform, The Guardian, <https://www.theguardian.com/world/2021/jun/05/rishi-sunak-announces-historic-agreement-by-g7-on-tax-reform>

<sup>3</sup> Communiqué de presse suite à la troisième réunion des ministres des Finances et des gouverneurs des Banques centrales du 9-10 juillet 2021, <https://www.g20.org/wp-content/uploads/2021/07/Communiqué-Third-G20-FMFCBG-meeting-9-10-July-2021.pdf>



Pour chaque année fiscale, si le TIE d'une filiale est inférieur au taux minimum mondial convenu, l'entreprise-mère devra payer un « impôt complémentaire » sur la part proportionnelle des revenus de la filiale qui paye moins d'impôts au pays où elle est située (généralement appelé le pays d'origine ou de résidence). Dans certaines circonstances, la responsabilité du paiement de l'impôt complémentaire peut être transférée à une ou plusieurs autres entités du groupe multinational. Aussi, les principaux bénéficiaires d'un impôt minimal mondial seraient les pays exportateurs de capital, où les multinationales établissent généralement leur siège, qui auront la priorité pour imposer les bénéfices sous taxés. La proposition inclut trois autres règles, dont deux qui pourraient bénéficier aux pays en développement, sans toutefois générer des revenus substantiels<sup>4</sup>.

En termes pratiques, qu'est-ce que cela signifie pour une entreprise située dans trois pays, la filiale 1 étant dans le pays A, la filiale 2 dans le pays B, et la maison-mère dans le pays C ? L'entreprise paye des impôts dans les trois pays, au titre des législations fiscales de chaque pays. Toutefois, si les filiales 1 et 2 payent moins d'impôts qu'au titre du taux minimal mondial, alors l'impôt complémentaire, c'est-à-dire la différence entre le TIE et le taux minimal mondial, est perçue par le pays C au titre de la règle sur l'inclusion des revenus.

Une fois la réforme en vigueur, toutes les filiales d'une entreprise multinationale seront donc tenues de payer un impôt sur les bénéfices au moins égal au taux d'impôt minimal de 15 %, d'après l'accord du Cadre inclusif OCDE/G20. En principe, cela devrait être facile à appliquer puisque la plupart des pays en développement ont des taux légaux d'impôt sur les sociétés bien plus élevés, entre 20 et 40 %. Les entreprises peuvent toutefois payer moins d'impôts que le taux minimum lorsqu'elles bénéficient d'incitations fiscales. Les pays en développement accordent généralement deux catégories d'incitations fiscales aux investisseurs étrangers.

La première catégorie regroupe les mesures incitatives qui créent des différences temporaires ou temporelles entre les déclarations financières des entreprises, qui déclarent leurs bénéfices conformément aux normes comptables internationales (« les bénéfices comptables »), et leur revenu imposable, calculé conformément aux règles fiscales nationales – par ex., la dépréciation accélérée des immobilisations. Ces incitations ne réduisent pas le montant total de l'impôt dû ; elles ne font que le reporter. Elles sont généralement efficaces pour attirer l'investissement : elles réduisent le coût du capital et rendent donc viables les investissements moins profitables. Le Cadre inclusif s'est engagé à trouver une solution efficace pour empêcher que ce type d'incitations ne déclenche un impôt complémentaire, même si les détails doivent encore être définis (voir le rapport IGF-ATAF<sup>5</sup>).

La deuxième catégorie d'incitations fiscales réduit ou élimine totalement les impôts payés sur les bénéfices, souvent pendant un temps défini, par ex. un congé fiscal, un taux préférentiel, un crédit d'impôt, une prime à l'investissement, ou l'exonération de l'impôt sur le revenu<sup>6</sup>. Ces mesures incitatives sont considérées comme moins efficaces que la première catégorie de mesures et plus susceptibles d'entraîner le transfert des bénéfices<sup>7</sup>. Ce sont ces mesures que la réforme vise. L'impôt minimal rendra bon nombre de ces mesures inefficaces puisque toute multinationale qui bénéficie d'une mesure fiscale telle que son taux d'imposition est inférieur au taux minimal devra tout simplement payer la différence à une juridiction étrangère (souvent le pays de résidence de l'entreprise qui bénéficie de la mesure fiscale). L'exemple ci-dessous illustre les effets d'un congé fiscal de 10 ans au titre de l'impôt minimal mondial.

<sup>4</sup> Projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) OCDE/G20 : Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – évaluation d'impact économique, 2020, p 18, <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/les-defis-fiscaux-soulevés-par-la-numerisation-de-l-economie-rapport-sur-l-evaluation-d-impact-economique-044011c1-fr.htm>

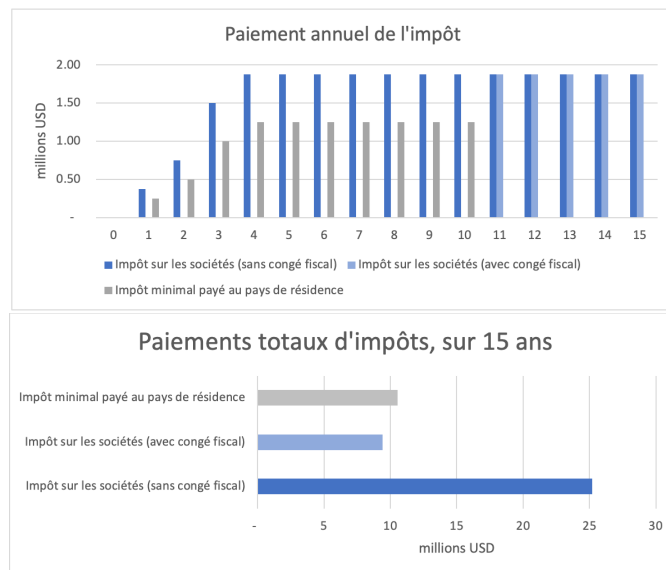
<sup>5</sup> Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable (IGF), et Forum sur l'administration fiscale africaine (ATAF), 2021, « Réformes de la fiscalité numérique internationale et exploitation minière : la question des différences temporelles » <https://www.iisd.org/system/files/2021-04/global-digital-tax-reforms-mining-fr.pdf>

<sup>6</sup> CNUCED-CIAT, 'Design and Assessment of Tax Incentives in Developing Countries', 2018, [https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/02/tax-incentives\\_eng.pdf](https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/02/tax-incentives_eng.pdf)

<sup>7</sup> Platform on Tax Collaboration, 2015, « Options pour une utilisation efficace et efficiente des incitations fiscales à l'investissement dans les pays à faible revenu : rapport du FMI, de l'OCDE, des Nations Unies et de la Banque mondiale au Groupe de travail du G20 sur le développement », p. 20. <https://www.imf.org/external/french/np/g20/pdf/101515af.pdf>



### Illustration : effets d'un congé fiscal de 10 ans au titre de l'impôt minimal mondial



Source : calcul des auteurs sur la base d'un investissement simplifié sur 15 ans, décrit en annexe A du rapport IGF/ATAF, 2021

L'impôt minimal mondial n'affectera que les impôts calculés sur les bénéfices des entreprises multinationales. Cela inclut les impôts sur les sociétés, les retenues à la source sur les paiements transfrontières des dividendes ou des intérêts, et toute taxe sur les profits telle qu'une redevance sur les minerais fondée sur les bénéfices ou une taxe sur la rente. Il n'aura pas d'effets sur les impôts et taxes qui ne sont pas basés sur les profits des sociétés, telle que la TVA, les droits de douanes, les taxes salariales, les impôts sur le chiffre d'affaires tels que les redevances minières, les accords de partage de la production, et les incitations accordées par les gouvernements sur ces sources de revenus. L'on peut alors se demander si les pays entreront en concurrence pour attirer l'investissement en réduisant ce type de prélèvements à l'avenir. Il vaudrait mieux qu'ils s'abstiennent de le faire car ce type de taxes est plus fiable et plus facile à recouvrer que les impôts sur le revenu des sociétés.

### Comment les pays en développement devraient-ils amender leurs régimes d'incitations fiscales pour bénéficier de l'impôt minimal mondial, plutôt que d'être pénalisés par celui-ci ?

L'objectif de l'impôt minimal mondial est de prévenir un nivellement par le bas. Tous les pays sont encouragés à agir pour bénéficier d'une réduction de la concurrence fiscale, et pour éviter que les recettes fiscales ne soient perçues par d'autres pays au titre de l'impôt minimal mondial.

D'abord, les pays devront veiller à ce que leur taux d'impôt nominal sur les sociétés soit supérieur au taux minimal convenu à l'échelle mondiale. Par exemple, les États-Unis ont proposé un taux d'impôt sur les sociétés de 28 % et un taux d'impôt minimal mondial de 21 %<sup>8</sup>. Ils expliquent cela par le fait que l'impôt minimal mondial est basé sur le taux d'imposition effectif qui est le total des impôts (couverts) payé au gouvernement divisé par les bénéfices comptables<sup>9</sup>. Le taux d'imposition effectif peut parfois être inférieur au taux d'imposition nominal. Même un taux d'impôt sur les sociétés relativement élevé de 30 % pourrait dans certaines situations donner lieu à un taux effectif inférieur au minima mondial.

Ensuite, les pays sources devraient retirer de leurs codes général des impôts et codes des investissements toutes les mesures fiscales incitatives de la deuxième catégorie décrites à la section 2, qui réduisent ou éliminent les impôts payés sur les bénéfices. Non seulement a-t-il été prouvé que ce type de mesures n'est pas très efficace pour attirer l'investissement dans les pays en développement<sup>10</sup>, mais avec un impôt minimal mondial, elles ne pourraient même pas atteindre leur objectif, et donneraient lieu à un transfert de l'impôt des pays sources vers les pays de résidence des entreprises multinationales.

Alternativement, les pays devraient introduire un impôt minimal national, soit sur les revenus bruts ou sur les bénéfices modifiés, pour veiller à ce qu'aucune entreprise ne paye moins que le nouveau taux minimal mondial dans leur juridiction. Les impôts minimaux nationaux sont de plus en plus communs ; une étude du FMI conclu qu'en 2018, 52 pays ont appliqué ce type de taxe<sup>11</sup>. Plutôt que de s'appuyer sur l'impôt sur le revenu des sociétés pour réaliser le taux minimal mondial, les pays appliqueraient plutôt un taux minimal sur les revenus bruts, ou en complément de l'impôt sur les

<sup>8</sup> The American Jobs Plan, feuillet d'information, mars 2021, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/31/fact-sheet-the-american-jobs-plan/>

<sup>9</sup> IGF/ATAF, 2021.

<sup>10</sup> Stefan Van Parys et Sebastian James, 2009, 'Why tax incentives may be an ineffective tool to encouraging investment? The role of investment climate (SSRN Scholarly Paper ID 1568296). Rochester, NY: Social Science Research Network, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1568296](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1568296)

<sup>11</sup> Aqib Aslam et Maria Coelho, 2021, FML, 'The Benefits of Setting a Lower Limit on Corporate Taxation' [https://blogs.imf.org/2021/06/09/the-benefits-of-setting-a-lower-limit-on-corporate-taxation/?utm\\_medium=email&utm\\_source=govdelivery](https://blogs.imf.org/2021/06/09/the-benefits-of-setting-a-lower-limit-on-corporate-taxation/?utm_medium=email&utm_source=govdelivery)



sociétés. Il sera probablement plus facile pour les pays en développement d'élaborer et de légiférer cette option, plutôt que d'abroger une par une les mesures incitatives fiscales contenues dans les lois et les contrats.

## **Que peuvent faire les pays en développement si les incitations fiscales sont protégées par des clauses de stabilisation au titre d'accords conventionnels ou de lois sur l'investissement ?**

Pour la plupart, les incitations fiscales sont contenues dans les codes des impôts et des investissements, et peuvent être légalement abrogées ou progressivement éliminées par les gouvernements de manière unilatérale. Toutefois, bon nombre de pays en développement ont conclu des accords fiscaux spécifiques relatifs à d'importants projets d'investissement, soit au moyen de dispositions spéciales dans la loi nationale applicable, soit au moyen de conventions d'investissement avec des investisseurs étrangers. Cette pratique est particulièrement courante dans les industries extractives<sup>12</sup>. Ces accords contiennent souvent des mesures fiscales incitatives protégées par des clauses de stabilisation fiscale. Si les clauses de stabilisation varient, généralement, elles gèlent les termes fiscaux de la loi ou du contrat au moment où le projet commence, de telle sorte que toute modification ultérieure de la fiscalité pourrait ne pas s'appliquer aux projets d'investissement existants, en tout cas pendant un certain temps.

Afin d'être en accord avec le nouvel impôt minimal mondial, les pays devront amender ces lois et renégocier les contrats, qu'ils contiennent ou non une clause de stabilisation. Dans le cas contraire, ces incitations fiscales pourraient générer des revenus non taxés, et un éventuel transfert de l'impôt vers le pays de résidence des investisseurs étrangers. Lorsque les mesures incitatives font l'objet d'un accord de stabilisation, les pays décidant de remédier à ce problème de manière unilatérale pourraient se retrouver dans des procédures d'arbitrage face à des entreprises, procédures qui sont coûteuses et incertaines.

Certains traités d'investissement bilatéraux incluent des dispositions qui font une analogie entre le Traitement juste et équitable (TJE) et les clauses de stabilisation. Certains tribunaux arbitraux pourraient interpréter celles-ci comme exigeant la stabilité du cadre juridique et donc potentiellement accroître le nombre d'incitations fiscales qui ne peuvent être unilatéralement modifiées par le pays hôte. Les États devraient donc également revoir leurs traités pour identifier les clauses TJE dont la portée serait trop large.

Les pays doivent appeler le Cadre inclusif à trouver une solution mondiale. Sinon, les résultats seront politiquement instables pour les gouvernements, et mettront en danger la licence sociale d'opérer des investisseurs.

La solution doit soutenir les objectifs suivants :

- i. Prévenir le transfert de recettes fiscales des pays d'accueil vers les pays d'origine découlant des incitations fiscales stabilisées.
- ii. Permettre aux pays de modifier leurs lois, traités et accords d'investissement pour les ajuster aux effets d'un impôt minimal, qu'il existe ou non des clauses de stabilisation. Il ne s'agirait pas d'une abrogation généralisée des clauses de stabilisation, mais d'une révision limitée des incitations fiscales stabilisées qui contreviennent aux nouvelles règles de l'impôt minimal mondial<sup>13</sup>.
- iii. Protéger les pays qui choisissent d'abroger les incitations fiscales contenues dans les accords stabilisés dans le but exprès d'harmoniser le TIE et le taux minimal mondial, contre le lancement de procédures d'arbitrage à leur encontre.

Plutôt que de devoir payer leurs impôts ailleurs, il est probable que la plupart des entreprises seront disposées à aborder la question avec leur pays d'accueil. Les entreprises devraient donc affirmer leur soutien à une révision limitée des clauses de stabilisation pour prendre en compte le nouvel impôt minimal mondial et établir les conditions au titre desquelles elles ne contesteront pas un gouvernement qui révisé les congés fiscaux stabilisés pour les relever au niveau du TIE minimum.

<sup>12</sup> Nakhle, Mansour, Fiscal Stabilization in Oil and Gas Contracts – Evidence and Implications, Oxford Institute for Energy Studies, 2016. <https://www.oxfordenergy.org/publications/fiscal-stabilization-in-oil-and-gas-contracts-evidence-and-implications/>

<sup>13</sup> Cela pourrait être similaire aux mesures légitimes de lutte contre l'évasion fiscale, acceptées par les Principes directeurs pour des contrats extractifs durables de l'OCDE.



## Conclusion

En fonction de sa conception finale, un impôt minimal mondial pourrait permettre de réduire le transfert des bénéfices dans tous les secteurs. Il pourrait également offrir une protection aux nombreux pays en développement lourdement poussés à accorder des exemptions et incitations fiscales aux investisseurs, les privant potentiellement de recettes fiscales plus que nécessaires. Toutefois, pour que cela fonctionne, la communauté internationale doit aider les pays en développement à démêler les incitations fiscales assujetties à la stabilisation dans leurs lois, traités et contrats. Dans le cas contraire, ces pays seraient doublement perdants : en renonçant à des impôts du fait de l'incitation, d'une part, et en perdant les impôts au profit de pays développés d'autre part. Le Cadre inclusif devrait s'atteler à cette question en priorité.

### Auteur

**Alexandra Readhead** est responsable, fiscalité et industries extractives auprès du programme Loi et politique économiques d'IISD. Elle dirige les travaux du secrétariat de l'IGF sur l'érosion de la base fiscale et le transfert des bénéfices (BEPS) dans le secteur minier.

**Thomas Lassourd** est conseiller principal en politique, fiscalité et industries extractives auprès du programme Loi et politique économiques de l'IISD, et travaille sur le projet du secrétariat de l'IGF visant à lutter contre l'érosion de la base fiscale et le transfert des bénéfices (BEPS) dans le secteur minier.

**Howard Mann** est consultant, et travaille sur le programme BEPS dans le secteur minier de l'IGF. Il est également conseiller principal en politique international de l'Institut international du développement durable.



## ARTICLE 2

## Entretien avec Esmé Shirlow au sujet de l'ouvrage *Judging at the Interface: Deference to state decision-making authority in international adjudication* (Juger à l'interface : la déférence à l'égard des autorités décisionnelles des États dans l'arbitrage international<sup>1</sup>)

Esmé Shirlow



### Qu'est-ce qui vous a poussé à écrire ce livre ? Quelles lacunes dans notre compréhension de la déférence l'ouvrage tente-t-il de combler ?

Ce projet est le fruit de mon travail dans l'arbitrage international, notamment en tant qu'avocate auprès du Bureau du droit international du gouvernement australien. Grâce à cette expérience, j'ai réalisé que de nombreuses approches utilisées pour évaluer le rôle et la pertinence des décisions nationales dans l'arbitrage international ont été qualifiées de « déférentes » (par exemple la doctrine de « la marge d'appréciation » ou l'analyse relative aux « normes de contrôle »). Toutefois, le lien entre ces approches, et la manière dont elles diffèrent les unes des autres dans le temps, ou lorsqu'elles sont utilisées par différents tribunaux et cours internationaux, sont moins bien compris. En travaillant avec divers gouvernements, je me suis également rendu compte que l'on ne comprend pas bien non plus ce que les différentes approches de la déférence révèlent de la nature et de la structure de l'arbitrage international lui-même, notamment la pertinence du respect de « l'interface » entre les systèmes juridiques international et national.

L'une des affaires sur lesquelles j'ai travaillé pendant ma carrière au Bureau du droit international était le recours de Philip Morris contre l'emballage neutre des produits de tabac. La question de la déférence est apparue de manière très disparate dans cette affaire. Par exemple, la Haute cour d'Australie avait conclu que la mesure relative à l'emballage neutre des produits de tabac n'entraînait pas une « appropriation » de la propriété intellectuelle de Philip Morris au titre de la constitution, ce qui signifie que, si l'affaire était passée à l'étape de l'examen quant au fond, le tribunal international aurait dû déterminer si la décision de la Haute cour avait un quelconque poids sur sa décision quant à la survenue ou non d'une expropriation au titre du traité. L'Australie a également demandé au tribunal de respecter ses évaluations de la mesure selon lesquelles l'emballage neutre des produits de tabac serait très efficace dans la réduction du nombre de fumeurs. Le pays avait affirmé qu'il revenait à l'Australie, et non pas à un tribunal international, de réaliser des évaluations de politique publique de ce type. Ce n'est là qu'un différend international parmi tant d'autres qui nous pousse à nous demander si une cour ou un tribunal international devrait faire preuve de déférence envers les décisions nationales, et, le cas échéant, comment réaliser cette déférence. Voilà le type d'affaires et de questions que j'explore dans l'ouvrage.

J'explore la manière dont les membres des tribunaux de quatre régimes internationaux différents (la Cour permanente de justice internationale (CPIJ), la Cour internationale de justice (CIJ), la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), et les tribunaux au titre des traités d'investissement) ont abordé la question de la déférence dans 1 700 décisions portant sur des allégations d'interférence étatique avec des droits de propriété privée sur une période de 95 ans (de 1924 à 2019). J'ai examiné ces décisions pour identifier les cas où les décisions nationales avaient été mentionnées par les arbitres internationaux, et j'ai cherché à identifier si le jugement international avait été déférent envers ces

<sup>1</sup> Traduction non officielle, n.d.l.t



décisions nationales et leur avait donné un quelconque poids ; la manière de structurer cette déférence ; et les raisons avancées pour justifier la déférence à l'égard de ces décisions.

Sur la base de cette analyse, l'ouvrage identifie un grand nombre de techniques permettant de réaliser la déférence envers les décisions nationales dans l'arbitrage international. J'explore la fonction et les manifestations de la déférence dans l'arbitrage international, et ce que révèlent les différentes approches de la déférence, à divers moments et dans des contextes variés, quant à la nature du droit international et à sa relation évolutive avec les régimes juridiques nationaux.

### **Dans l'ouvrage, vous élaborez une taxonomie de la déférence, qui s'appuie sur différentes compréhensions de l'autorité. À grands traits, quelles sont ces différentes approches de la déférence, et comment interagissent-elles ou répondent-elle aux autorités décisionnelles nationales ?**

Dans le premier chapitre de l'ouvrage, je définie la déférence comme survenant dans les cas où les arbitres internationaux reconnaissent l'autorité décisionnelle des représentants des États. J'avance en particulier que les approches de la déférence représentent trois points de vue différents de la relation entre l'autorité décisionnelle des acteurs nationaux, et celle des acteurs internationaux. Je les appelle les approches « conclusives », « suspensives » et « concurrentes » de l'autorité et de la déférence.

Dans les approches « conclusives », l'on considère que l'une des autorités décisionnelles dispose de compétences exclusives ou d'une forme de suprématie sur l'autre. Ici, la déférence devient une raison impérative expliquant la décision d'un arbitre. Dans l'exemple de Philip Morris, l'opinion de l'Australie quant à l'efficacité de la mesure relative à l'emballage neutre aurait un effet conclusif et serait considérée comme tranchant la question devant l'arbitre. Ces approches de la déférence reposent sur les principes de la suprématie pour réguler les interactions entre les autorités décisionnelles nationale et internationale.

D'autres mécanismes permettant de réaliser la déférence opèrent plutôt en accordant au décisionnaire national une forme de priorité, suspendant, de manière permanente ou temporaire, la capacité de l'arbitre international de déterminer la question. Les arbitres

qui utilisent ces approches de la déférence évitent de trancher les revendications d'autorité conflictuelles en repoussant ou en niant le conflit ; ils analysent l'autorité en termes « suspensifs ».

À l'inverse, un troisième ensemble d'approches envisage l'autorité des décisionnaires nationaux et des arbitres internationaux comme « concurrente ». Les arbitres qui utilisent ces approches considèrent l'autorité comme conditionnelle, et cherchent à équilibrer ou se faire le médiateur, plutôt que rejeter ou exclure, les revendications d'autorité conflictuelles. Par exemple, un arbitre international pourrait respecter l'argument d'un État selon lequel une mesure de santé publique sera efficace, tant que l'État peut démontrer que cette conclusion est « raisonnable » ou prise de « bonne foi ». Ces approches qui analysent l'autorité génèrent une gradation de la déférence le long d'un spectre (plus/moins de déférence). À l'inverse, l'analyse de l'autorité aux termes des structures « conclusives » et « suspensives » donnent lieu à des approches catégoriques de la déférence (déférence/pas de déférence).

En utilisant cette taxonomie, j'argue qu'il importe plus d'analyser le fonctionnement d'un mécanisme permettant de réaliser la déférence que de l'évaluer au regard de son étiquette. En fait, les étiquettes peuvent être très trompeuses. Par exemple, les références à la « justiciabilité », aux « clauses autonomes » ou à la « marge d'appréciation » peuvent décrire un raisonnement qui est en réalité structuré de manière bien distincte. Sur cette base, j'élabore dans la deuxième partie de l'ouvrage une taxonomie des approches de la déférence dans les affaires internationales selon la manière dont la déférence fonctionne et est structurée en pratique, plutôt que selon leur étiquette. Cette taxonomie est fondée sur la différence entre les points de vue conclusif, suspensif et concurrent de l'autorité que je viens de présenter.

### **Vous comparez les tribunaux d'arbitrage des investissements à plusieurs autres enceintes judiciaires internationales. S'agissant des approches de la déférence adoptées par les arbitres d'investissement, comment ce régime agit-il par rapport aux autres régimes inclus dans votre étude ?**

Dans l'ouvrage, je réalise plusieurs comparaisons des approches de la déférence adoptées par les différents régimes juridiques. Pour vous donner un exemple, l'analyse empirique révèle des différences entre les



approches spécifiques préférées des arbitres de chacun des régimes. Par exemple, la CEDH et les tribunaux d'investissement démontrent une préférence pour des approches relativement plus conditionnelles de l'analyse de l'autorité décisionnelle, la considérant comme concurrente plus fréquemment que les décideurs des autres régimes. La CEDH a adopté ce point de vue de l'autorité dans 82 % des cas examinés, et les tribunaux d'investissement dans 73 % des cas. À l'inverse, la CPJI et la CIJ ont considéré l'autorité comme concurrente dans seulement 45 % et 55 % des cas d'analyse de la déférence examinés. Ils ont fait montre d'une plus grande tendance à appliquer des modèles de déférence reflétant une analyse conclusive ou suspensive de l'autorité que les décideurs des deux autres régimes. Dans l'ouvrage, je suggère que ces différents « profils » révèlent les différences dans la manière dont chacun de ces décideurs considère l'interface entre les décisions nationales et les décisions internationales (et les systèmes juridiques national et international), ainsi que les différences dans la conception de l'institution en question et de ses procédures. Par exemple, les tribunaux au titre des traités d'investissement révèlent en général un profil plus mixte de structure de la déférence que les autres décideurs, ce qui n'est peut-être pas surprenant compte tenu de la nature ad hoc de ce régime décisionnel.

Cette analyse met au jour une autre conclusion intéressante : les décideurs internationaux percent souvent le voile des États à l'heure d'analyser s'ils doivent ou non avoir de la déférence à l'égard des décisions nationales. Comme je l'explique dans l'ouvrage, cela a des effets sur la manière dont ces décideurs considèrent et évaluent les autorités décisionnelles des États d'une part, et sur les approches spécifiques de la déférence qu'ils adoptent en pratique, d'autre part.

### **Les modes de déférence utilisés dans les affaires de RDIE ont-ils évolués de manière significative dans le temps ? Si oui, que révèlent ces changements de l'évolution du régime ?**

Les études précédentes de la déférence le traitaient comme un phénomène fixe, et ont rarement examiné ses qualités dynamiques. Il était donc important pour moi, dans l'ouvrage, d'examiner si la déférence avait évolué dans le temps, et si oui, de quelle manière. Dans l'ensemble, j'ai découvert avec les analyses empiriques que l'analyse de la déférence était devenue plus fréquente dans le temps. Dans les quatre régimes, la question de la déférence dans les décisions majoritaires a connu un pic entre 1984 et 1989, puis de nouveau

entre 1993 et 1995. La question de la déférence a de nouveau pris de l'importance dès 2004, avant de baisser de nouveau dans les décisions plus récentes. Toutefois, depuis 2011, les décideurs internationaux ont appliqué une forme de déférence en moyenne une fois dans chaque décision majoritaire.

Sur la base de cette analyse temporelle, je réalise dans l'ouvrage diverses comparaisons entre les différents régimes. Par exemple, je remarque plusieurs différences dans la tendance des arbitres d'investissement, par rapport aux juges de la CEDH, d'adopter des approches « substantives » par opposition aux approches « procédurales » de la déférence. J'ai également remarqué des changements dans le temps dans la manière dont l'autorité est analysée dans les divers régimes. Par exemple, si l'approche de la CEDH montre une forte préférence pour les approches concurrentes de l'autorité (représentant en moyenne 71 % des cas entre 1975 et 2019, et 80 % entre 1990 et 2019), cette préférence semble moins forte pour les tribunaux d'investissement (représentant en moyenne 50 % des cas entre 1990 et 2019, mais 70 % entre 2008 et 2019). Cette analyse temporelle montre également que les approches de l'autorité (concurrente ou catégorique/suspensive) ont commencé à diverger dans les décisions d'arbitrage des investissements depuis 2005-2007, mais elles ont divergé plus tôt dans les décisions de la CEDH (1991-2001).

Ces conclusions temporelles reflètent l'évolution de l'analyse de l'interface national/international par les décideurs, notamment la réponse dans les débats plus larges quant à leur rôle vis-à-vis des décisions nationales et des réformes en cours de leurs caractéristiques institutionnelles. Les ajustements aux compétences juridictionnelles des décideurs internationaux auront par exemple un effet sur leur légitimité et expertise relatives vis-à-vis des États. Alors que les décideurs se familiarisent avec des types spécifiques de différends, leur autorité en la matière peut également s'améliorer. Ces ajustements procéduraux peuvent avoir des effets similaires sur la déférence. La nomination des arbitres par les parties peut également introduire des compétences, connaissances ou une légitimité spécifiques dans le tribunal chargé de trancher l'affaire. De tels ajustements auront des effets sur l'équilibre de l'autorité entre les arbitres et les représentants nationaux, et donc sur la probabilité et la structure du respect dans une affaire donnée.



## Quels enseignements votre analyse offre-t-elle pour les agents gouvernementaux qui se trouvent à l'interface de l'autorité nationale et internationale ?

L'ouvrage vise à aider les agents gouvernementaux à comprendre les questions complexes autour de la déférence, en tant que partie à un différend, en tant que décideur politique, et en tant que créateur et réformateur des cours et tribunaux internationaux. Il vise à faire basculer la discussion, de l'identification des décisions ou d'approches comme étant déférentes ou non, à un examen plus spécifique et nuancé, pour aider les parties au différend à présenter leur communication sur la déférence dans des affaires spécifiques. Pour faire court, l'un des messages clé est que les approches de la déférence sont nécessairement flexibles, ce qui permet aux parties au différend d'être créatifs à l'heure d'élaborer leurs plaidoyers pour inclure (ou exclure) de l'affaire la question de la déférence. Le dernier chapitre de l'ouvrage développe un cadre pour orienter cet exercice, présentant ce que j'appelle « les leviers » de la déférence que les parties au différend peuvent utiliser pour améliorer ou réduire la pertinence de la déférence dans leurs plaidoiries.

En plus d'orienter les parties au différend, l'ouvrage présente également la façon dont les fonctionnaires peuvent structurer leurs propres procédures nationales de prise de décision et les résultats de ces décisions, pour maximiser les chances que leurs décisions soient respectées par ces acteurs que sont les cours et tribunaux internationaux. L'ouvrage explique également comment la conception des cours et tribunaux internationaux et leurs processus de réforme peuvent influencer la propension des divers cours ou tribunaux à adopter différentes approches de déférence.

## Dans le chapitre 10 du livre, vous évoquez les soumissions adressées au GTIII de la CNUDCI. Quelle est la pertinence des approches de la déférence abordées dans votre ouvrage pour les tentatives de réforme du RDIE ?

L'ouvrage aborde plusieurs thèmes pertinents pour les discussions en cours sur la réforme de régimes juridiques spécifiques, y compris pour les travaux du GTIII de la CNUDCI. L'ouvrage illustre l'importance d'examiner la déférence d'un point de vue conceptuel et systémique, et ce que cet examen révèle de l'arbitrage international et de l'interface national/international.

Comme je le montre dans l'ouvrage, les débats ostensiblement techniques sur la déférence reflètent des débats plus fondamentaux quant à l'équilibre approprié entre l'autorité décisionnelle des acteurs internationaux, et celle des acteurs nationaux. Dans le livre, j'avance que la question de savoir si la déférence devrait ou non s'appliquer dans un régime donné n'est pas la bonne question : la déférence est un élément inhérent de l'arbitrage international. En réalité, il est plus productif de se demander *comment* la déférence devrait être structurée et appliquée. J'argue que la déférence est nécessairement malléable, donc le fait de fixer ou d'imposer des approches de déférence ne sera probablement pas une option de réforme faisable (ou désirable). Cependant, je montre comment les réformes des caractéristiques des cours et tribunaux internationaux impacteront les approches de la déférence. Ces approches dépendent largement de la manière dont les cours et tribunaux internationaux conçoivent leurs rôle, légitimité et expertise par rapport à ceux des acteurs nationaux. Cela indique que la déférence sera probablement différente en fonction d'un ensemble de facteurs, notamment le contexte historique, les facteurs géographiques, l'origine et les compétences des décideurs, la structure du recours et le nombre de dossiers des cours internationales, et les caractéristiques procédurales des cours et tribunaux internationaux. Bon nombre de ces caractéristiques font actuellement l'objet de discussions et de réformes, notamment dans le cadre du processus du GTIII. Dans ce sens, l'ouvrage illustre le degré d'interconnexion entre les réformes individuelles et les cours et tribunaux internationaux, et montre aussi que même les réformes purement procédurales peuvent avoir des implications substantielles profondes.

### Auteur

**Esmé Shirlow** est Professeure associée à la Faculté de droit de l'Université nationale australienne, et a un cabinet de droit public international et d'arbitrage international.

Note de l'éditeur : nos lecteurs peuvent bénéficier d'une réduction de 20 % lorsqu'ils commandent le livre sur le site de Cambridge University Press, en utilisant le code : SHIRLOW21



## ARTICLE 3

## Le casse-tête « touchant au commerce » du groupe d'experts de l'ALE Corée-UE : les ALE sont-ils un forum novateur pour l'application des objectifs de développement durable ?

Rebecca Walker



Le 20 janvier 2021, un groupe d'experts établi au titre de l'ALE Corée du Sud-UE a conclu que la Corée du Sud violait le chapitre de l'ALE sur le développement durable. Au titre de l'article 13.4.3 de l'accord, l'UE et la Corée du Sud « s'engagent à respecter, promouvoir et consacrer » les droits fondamentaux au travail, notamment la liberté d'association, « [e]n application des obligations découlant de leur adhésion à l'OIT [Organisation internationale du travail] »<sup>1</sup>. L'accord Corée du Sud-UE est un ALE de nouvelle génération qui inclut un mécanisme unique de règlement des différends : après une période de consultation de 90 jours, les parties ont le droit de déposer une plainte auprès d'un groupe ad hoc chargé de trancher une violation potentielle du chapitre de l'ALE sur le développement durable. Conformément à son approche novatrice de la promotion de son programme de développement durable auprès de ses partenaires commerciaux, l'UE a déposé une plainte selon laquelle les lois coréennes sur le travail n'étaient pas conformes à l'article 13.4.3 de l'ALE<sup>2</sup>. Dans le rapport récent du groupe d'experts, les trois membres ont tranché

deux ensembles de recours de l'UE : le premier selon lequel la législation coréenne ne respecte pas les normes minimales en matière de liberté d'association telles qu'exprimées dans la constitution de l'OIT, et le deuxième selon lequel la Corée n'a pas réalisé d'efforts continus et soutenus pour ratifier les conventions de l'OIT sur la liberté d'association (conventions 87 et 98), tel que l'exige l'accord.

La décision a créé des remous, tant chez les praticiens que chez les universitaires, puisqu'il s'agit de la première victoire de l'UE contestant des obligations Commerciales et de développement durable (CDD) d'une partie contractante au titre du mécanisme de règlement des différends de l'ALE<sup>3</sup>. L'absence de liberté d'association au titre de la législation coréenne est dans la ligne de mire des États membres de l'UE depuis quelque temps déjà, puisque des préoccupations similaires étaient apparues au cours du processus d'adhésion de la Corée à l'OCDE<sup>4</sup>. L'ALE Corée du Sud-UE représentait une plateforme où l'UE pouvait faire entendre ces préoccupations puis contester la législation coréenne sur le travail en la soumettant à un examen international. Le groupe d'experts a conclu que la Corée violait l'article 13.4.3, car sa législation nationale sur le travail n'accorde pas certains droits de négociation collective et de liberté d'association conformément aux normes de l'OIT reflétées dans ses conventions fondamentales. Étonnamment, le groupe a conclu que les recours de l'UE au sujet de la législation coréenne nationale sur le travail étaient bien fondés même s'ils n'avaient pas de liens avec le commerce au titre de l'ALE.

<sup>3</sup> Melin, Y. & Kim, J. W. (2021). *EU-Korea FTA panel ruling and a challenge for its effective implementation* (EU Law Live 2021). <https://eulawlive.com/op-ed-eu-korea-fta-panel-ruling-and-a-challenge-for-its-effective-implementation-by-yves-melin-and-jin-woo-kim/>

<sup>4</sup> Les pays nordiques et l'Autriche ont été particulièrement actifs dans leur plaidoyer en faveur d'une réforme du code du travail coréen pendant le processus d'adhésion de la Corée du Sud. Les membres de l'OCDE se sont par ailleurs « ralliés de manière informelle autour de la ratification par la Corée du Sud des conventions 87 et 98 de l'OIT » en tant que prérequis à l'accession de la Corée du Sud à l'OCDE. Salzman, J. (2000). Labor Rights, globalization and institutions: The role and influence of the Organization for Economic Cooperation and Development. *Michigan Journal of International Law*, 21(4), 769-848.

<sup>1</sup> ALE Corée du Sud-UE, article 13.4.3.

<sup>2</sup> L'UE a demandé trois autres consultations au titre d'ALE. Bondy, C., & Shin, K. (2021). *The EU-Korea FTA labor dispute: Comparing labor provisions under the EU-Korea FTA and the KORUS FTA* (Steptoe & Johnson LLP Global Trade Policy Blog). <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cb3811a2-1f3d-45a1-9517-b53b5ef37106>



Le présent article décortique la décision des membres du groupe, et établit des parallèles avec la seule autre décision relative aux obligations en matière de travail au titre d'un ALE : *Guatemala – questions liées aux obligations au titre de l'article 16.2.1(a) de l'ALÉAC-RD*. L'article examine les procédures du groupe d'experts et les questions découlant du fait que les ALE puissent devenir un futur forum de règlement des différends relatifs à l'application des objectifs de durabilité. Ces considérations sont également importantes pour les accords internationaux d'investissement, les ALE et les chapitres d'investissement. Les questions relatives au droit du travail sont de plus en plus abordées par les ALE, mais aussi par les accords internationaux d'investissement.

## Résumé du rapport du groupe d'experts

Les experts commencent par affirmer leur compétence sur les recours de l'UE

La portée du chapitre sur le développement durable est ainsi libellée : « Sauf dans la mesure où il en dispose autrement, le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par les parties qui affectent les aspects des domaines du travail [...] qui touchent au commerce [...] »<sup>5</sup>.

Le groupe d'experts a rejeté l'argument de la Corée selon lequel les recours présentés par l'UE n'ont pas de lien avec le commerce au titre de l'ALE (c.-à-d. qu'ils ne « touchent pas au commerce ») et ne relèvent pas de la portée de l'accord. Selon le groupe, les engagements des parties à respecter, promouvoir et consacrer les droits fondamentaux au travail pris au titre de l'article 13.4.3 étaient une exception à l'exigence de « toucher au commerce », comme l'indique l'expression « [s]auf dans la mesure où il en dispose autrement ». Le fait d'obliger une partie contractante à respecter les normes fondamentales de l'OIT en matière de travail seulement dans certains secteurs touchant aux échanges avec l'UE était, selon le groupe d'experts, « clairement contraire au sens non équivoque » des droits au travail inscrits à l'article 13.4.3<sup>6</sup>. Par exemple, l'article 13.4.3(c) mentionne l'obligation d'éliminer toutes les formes de travail forcé, et pas seulement dans certains secteurs spécifiques<sup>7</sup>. Le groupe a justifié son interprétation au

moyen d'une analyse a contrario des articles 13.4.1 et 13.4.2, et en adoptant une lecture plus large de l'objet et du but de l'accord<sup>8</sup>. Il a interprété l'objet et le but de l'ALE Corée du Sud-UE comme étant non seulement de faciliter des flux commerciaux libres dans des conditions de concurrence équitable (la même interprétation de l'objet de l'ALÉNA-RD par le groupe d'experts de l'affaire *Guatemala*), mais surtout de veiller à ce que les législations nationales sur le travail des parties respectent les normes figurant parmi leurs obligations en tant que membres de l'OIT<sup>9</sup>. Le groupe a souligné que l'ALE a été conçu de manière à créer un lien fort entre le commerce et la promotion des droits fondamentaux au travail, et a conclu : « les mesures nationales mettant en œuvre de tels droits sont donc intrinsèquement liées au commerce, tel que le conçoit l'ALE Corée du Sud-UE »<sup>10</sup>.

L'approche adoptée par le groupe diffère de la décision du groupe d'experts de l'affaire *Guatemala* portant sur un différend entre les États-Unis et le Guatemala<sup>11</sup>. Ici, l'expression « d'une manière qui affecte le commerce » de l'ALÉAC-RD a été interprétée comme une obligation limitée qui doit conférer un avantage compétitif à l'employeur ou l'entreprise réalisant des échanges avec les parties à l'ALE<sup>12</sup>.

## Le premier ensemble de recours de l'UE affirme que la Loi coréenne sur les syndicats et les relations au travail (LSRT) ne garantit pas suffisamment la liberté d'association

Le groupe a d'abord examiné si l'article 13.4.3, au titre duquel les parties contractantes « s'engagent à respecter, promouvoir et consacrer, dans leurs lois et pratiques, les principes concernant les droits

<sup>5</sup> *Supra* note 1, article 13.2.1.

<sup>6</sup> Panel of Experts Proceeding Constituted under Article 13.15 of the EU–Korea Free Trade Agreement, para. 66.

<sup>7</sup> *Supra* note 6, para. 65.

<sup>8</sup> Peers, S. (2021). Free trade v freedom of association? The EU/South Korea free trade agreement and the panel report on the EU challenge to South Korean labour law (EU Law Analysis). <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/01/free-trade-v-freedom-of-association.html>

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Supra* note 6, para. 95.

<sup>11</sup> Comme l'a suggéré le groupe d'experts, le contexte des recours de l'UE diffère de celui des recours présentés par les États-Unis dans l'affaire *Guatemala*, puisqu'ils portaient sur le manquement à réaliser les droits à la négociation collective, et pas sur le fait de déterminer si la législation nationale respecte les normes minimales en matière de travail telles que prescrites par les accords internationaux, comme c'est le cas dans le rapport du groupe d'experts Corée du Sud-UE. Voir Peers, *supra* note 8.

<sup>12</sup> *Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR* (2017), para 190.



fondamentaux, à savoir : a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective », constituait une obligation légalement contraignante de mettre en œuvre les principes de liberté d'association tels qu'exprimés dans les conventions fondamentales de l'OIT (87 et 98). Même si la Corée n'a pas ratifié ces conventions, « les principes relatifs aux droits fondamentaux » étaient compris dans le contexte des obligations en matière de travail inscrites dans la constitution de l'OIT (découlant de l'adhésion à l'OIT)<sup>13</sup>. Selon le groupe, le fait que les parties soient membres de l'OIT crée une obligation de respecter les principes de liberté d'association tel qu'expliqué par les organes de surveillance de l'OIT et le Comité de l'OIT sur la liberté syndicale (CLS)<sup>14</sup>. Par ailleurs, le groupe détermina que le terme « s'engagent » fournit le lien légalement contraignant avec ces principes fondamentaux, et n'est pas qu'une simple aspiration<sup>15</sup>.

Après examen des libertés d'association accordées par la loi nationale coréenne sur le travail, la LSRT, le groupe d'experts affirma trois des quatre recours de l'UE. Selon le groupe, les dispositions suivantes de la LSRT étaient contraires aux principes fondamentaux de la liberté d'association inscrits à l'article 13.4.3 :

1. La définition juridique des « travailleurs » au titre de l'article 2(1) de la LSRT ne tient pas compte des auto-entrepreneurs, des personnes licenciées, et des personnes sans emploi, qui ne peuvent donc pas jouir des droits de la liberté d'association.
2. L'article 2(4)(d) de la LSRT n'autorise pas les personnes non travailleurs (licenciés, sans emplois et auto-entrepreneurs) à adhérer à un syndicat.
3. L'article 23(1) de la LSRT n'autorise que les membres des syndicats à être élus en tant que représentant syndical, excluant donc ex officio les non membres et entravant certaines libertés dans l'élection des représentants syndicaux.

Toutefois, l'UE n'a pas réussi à démontrer que la procédure discrétionnaire de certification pour l'établissement d'un syndicat au titre de la LSRT entraînait « une limitation intolérable de la liberté de former un syndicat »<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> *Supra* note 6, para. 107

<sup>14</sup> *Supra* note 6, para. 108 et 110

<sup>15</sup> *Supra* note 6, para. 125 et 127

<sup>16</sup> *Supra* note 6, para. 234

## Le deuxième recours de l'UE concerne la ratification par la Corée des conventions de l'OIT

L'UE affirmait également que la Corée n'avait pas « réalisé d'efforts continus et soutenus pour ratifier les conventions fondamentales de l'OIT », conformément à la dernière phrase de l'article 13.4.3. Même s'il remarqua que les projets de loi en faveur de la ratification de seulement trois des conventions fondamentales de l'OIT soumis au parlement coréen en 2019 étaient « loins d'être optimaux », le groupe conclut que ces efforts n'étaient pas inférieurs à la norme juridique exigeant de réaliser des « efforts continus et soutenus »<sup>17</sup>.

## Le mécanisme institutionnel du groupe d'experts

L'établissement d'un groupe d'experts au titre d'un ALE est un mécanisme institutionnel innovant pour l'application des obligations CDD<sup>18</sup>. Chacune des parties au différend nomme un expert membre, et les deux experts nommés choisissent un.e président.e<sup>19</sup>. Laurence Boisson de Chazournes a été nommée par l'UE, Jaemin Lee a été nommé par la Corée du Sud, et ces deux experts ont choisi Jill Murray en tant que présidente. L'une des principales fonctions du groupe est de « consulter les Groupes consultatifs internes [GCI] et les organisations internationales compétents »<sup>20</sup>. Les GCI sont établis au titre de l'ALE Corée du Sud-UE. Ils « se composent d'organisations indépendantes représentatives de la société civile sur la base d'une représentation équilibrée des organisations dans les domaines de l'environnement, du travail et des entreprises » et offrent des conseils pour la mise en œuvre des dispositions CDD<sup>21</sup>. Le groupe a également fait référence aux principes généraux du recueil des décisions du CLS de l'OIT dans son interprétation du principe fondamental de la liberté d'association<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> *Supra* note 6, para. 292

<sup>18</sup> Brown, C. M. (2011). The European Union and regional trade agreements: A case study of the EU-Korea FTA. In C. Herrmann and J. P. Terhechte (Eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, 305.

<sup>19</sup> *Supra* note 1, article 13.15.2

<sup>20</sup> Commission européenne. (2009). *EU-South Korea Free Trade Agreement: A quick reading guide* [Report]. [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/october/tradoc\\_145203.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/october/tradoc_145203.pdf)

<sup>21</sup> Comité économique et social européen. (n.d.). *Le groupe consultatif interne UE-Corée*. <https://www.eesc.europa.eu/fr/sections-other-bodies/other/le-groupe-consultatif-interne-ue-coree>

<sup>22</sup> *Supra* note 6, para. 116 à 118



La décision rendue par le groupe d'experts prend la forme de recommandations, et les parties doivent « déployer tous leurs efforts pour tenir compte des conseils ou des recommandations du groupe d'experts »<sup>23</sup>. La décision n'est pas contraignante, et l'UE n'est pas non plus autorisée à suspendre les concessions prises en matière de droits de douane si les recommandations ne sont pas mises en œuvre<sup>24</sup>. À cet égard, ce mécanisme diffère de l'approche choisie par les États-Unis pour la réalisation des obligations CDD dans le cadre de ses ALE. Par exemple, les parties à l'ALE Corée-États-Unis peuvent imposer des sanctions commerciales ou des amendes lorsque les obligations CDD sont violées<sup>25</sup>.

Malgré la nature non contraignante de la décision, un comité Commerce et développement durable, établi au titre de l'article 15.2.1(e), surveille la mise en œuvre de ces recommandations<sup>26</sup>. Il est donc trop tôt pour dire si le chapitre non contraignant sur le commerce et la durabilité de l'ALE Corée-UE peut réussir malgré son absence de mordant, puisque la décision met une certaine pression sur les parties en faveur du respect des recommandations. Le 26 février 2021, le gouvernement sud-coréen a présenté des projets de loi visant la ratification des conventions de l'OIT relatives à la liberté d'association<sup>27</sup>. Les décisions récentes rendues par des groupes d'experts tels que celui établi au titre de l'ALE Corée-UE indiquent le développement d'une nouvelle pratique au titre de laquelle le contrôle des objectifs de développement durable est délégué à des membres de groupes ad hoc au titre d'un « système d'arbitrage sui generis spécial »<sup>28</sup>.

## Regardons vers l'avenir : quelles sont les implications de la décision pour les ALE contenant des obligations relatives au commerce et à la durabilité ?

La apport du groupe d'experts est révolutionnaire dans ce sens qu'il suggère un lien intrinsèque entre le commerce et les droits fondamentaux au travail : à l'inverse de la décision dans l'affaire *Guatemala*, l'avantage compétitif des parties ou l'impact sur les échanges ne sont pas examinés. Une nouvelle pratique émerge donc, puisque l'examen de la législation coréenne sur le travail est délégué à trois experts en vertu d'un ALE, quelle que soit son lien avec les échanges. Certains observateurs ont suggéré que « le groupe avait confondu son rôle d'arbitre au titre d'un accord commercial avec celui de contrôleur du respect de l'OIT »<sup>29</sup>. À l'inverse, l'approche limitée adoptée dans la décision *Guatemala* avait été critiquée par les politiciens et représentants syndicaux, considérant qu'elle rendait les dispositions sur le travail « irréalisables »<sup>30</sup>. Par exemple, la décision *Guatemala* avait montré que le niveau de preuve requis pour prouver l'avantage compétitif conféré à l'employeur réalisant des échanges au titre de l'ALE représentait un obstacle significatif pour les demandeurs<sup>31</sup>.

La décision du groupe Corée-UE illustre cette tension continue entre l'affirmation des objectifs de développement durable en échange de l'accès au marché via les ALE d'une part, et la convergence des normes de l'emploi en découlant, d'autre part. Toutefois, le groupe d'experts avait rejeté les préoccupations de la Corée selon lesquelles son interprétation entraînait une harmonisation des normes du travail, considérant plutôt que les parties avaient eu l'intention d'établir une « base » commune de droits universels au travail inhérents aux obligations des membres de l'OIT<sup>32</sup>.

<sup>23</sup> *Supra* note 1, article 13.15.2

<sup>24</sup> Melin & Kim, *supra* note 3.

<sup>25</sup> Bondy & Shin, *supra* note 2.

<sup>26</sup> Croquet, N. A. J. (2015). The climate change norms under the EU–Korea Free Trade Agreement: Between soft and hard law. In J. Wouters, A. Marx et al. (Eds.), *Global governance through trade: EU policies and approaches*. Edward Elgar Publishing. 124–157.

<sup>27</sup> Korea: Unions welcome government's move to ratify ILO core conventions after thirty years. (2021). *Uni Global Union*. <https://www.uniglobalunion.org/news/korea-unions-welcome-governments-move-ratify-ilo-core-conventions-after-thirty-years>

<sup>28</sup> Brown, *supra* note 18, p. 305.

<sup>29</sup> LeClercq, D. (2021). *The Panel Report under the EU–Korea trade agreement concerning labor practices: What are the purposes of trade agreements as they relate to the ILO's fundamental labor rights?* [International Economic Law and Policy Blog]. <https://ielp.worldtradelaw.net/2021/02/guest-post-the-panel-report-under-the-eu-korea-trade-agreement-concerning-labor-practices-what-are-t.html>

<sup>30</sup> Harrison, J. (2019). The labour rights agenda in free trade agreements. *The Journal of World Investment & Trade* 20(5), 705–725.

<sup>31</sup> Claussen, K. (2020). Reimagining trade-plus compliance: The labor story. *Journal of International Economic Law* 23(1) 25–43.

<sup>32</sup> *Supra* note 6, para. 82 et 85.





Le rapport du groupe contribue à une discussion plus large sur le rôle des ALE dans la réalisation des dispositions sur le travail. Si les obligations CDD des accords commerciaux représentent une étape significative dans la promotion des ODD, notamment les libertés législatives d'association, la question qui demeure consiste à savoir si les mécanismes de règlement des différends au titre des ALE ou des accords d'investissement sont la voie à suivre, ou s'il ne faudrait pas plutôt renforcer les autres processus et institutions multilatéraux, tels que l'OIT. Tant que ce renforcement n'est pas concrétisé, les politiciens des principaux acteurs, tels que les États-Unis et l'UE, continueront de pousser pour l'inclusion de ce type de mécanismes dans les accords commerciaux et d'investissement.

D'un point de vue politique, il semblerait que le groupe d'expert se soit trouvé coincé entre le marteau et l'enclume : le marteau étant l'empiètement sur la législation nationale par les grands partenaires commerciaux occidentaux ; et l'enclume, le besoin pressant de promouvoir des ODD qui ne soient pas entravés par l'obligation de « toucher au commerce ».

La décision constitue un précédent qui a ouvert la voie aux États pour invoquer les obligations CDD dans les différends futurs. Ce différend a mis en lumière le lien entre les ODD dans les ALE et l'amélioration des protections juridiques des travailleurs au niveau des normes internationales, qu'il y ait ou non un avantage compétitif. À l'heure où les dispositions commerciales renforcées sont de plus en plus incluses dans les ALE, l'on peut s'attendre à une hausse des différends invitant des experts ad hoc à examiner le respect des normes internationales minimales en faveur du développement durable.

#### Auteur

**Rebecca Walker** est stagiaire à l'Organisation mondiale du commerce. Elle détient une licence en droit international du Graduate Institute of International and Development Studies, Genève.

## ARTICLE 4

## Malgré le consensus quant à l'incompatibilité du TCE avec l'agenda climatique mondial, les arguments selon lesquels il est approprié pour la transition vers une énergie propre persistent

Lea Di Salvatore, Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Lukas Schaugg



Les scientifiques s'accordent à dire que pour limiter le réchauffement mondial tel que défini par l'Accord de Paris, les États doivent rapidement abandonner les combustibles fossiles et engager la transition vers des systèmes énergétiques faibles en carbone<sup>1</sup>. Toutefois, compte tenu de la situation de dépendance des économies aux combustibles fossiles, l'abandon de ces combustibles et la transition vers une énergie propre à grande échelle sont des tâches fort complexes qui exigent que toutes les institutions et les niveaux de gouvernance œuvrent dans ce sens<sup>2</sup>.

Compte tenu de ses dispositions obsolètes sur la protection de l'investissement et la possibilité offerte aux investisseurs dans les combustibles fossiles de contester les actions souveraines contre le changement climatique, le TCE est largement reconnu comme l'un des principaux obstacles à la transition vers une énergie propre. Rien qu'en 2021, les géants de l'énergie RWE<sup>3</sup> et Uniper<sup>4</sup> ont invoqué le TCE pour lancer des procédures RDIE contre la décision du gouvernement néerlandais d'abandonner les centrales à charbon d'ici à 2030<sup>5</sup>. Compte tenu de ces préoccupations et d'autres inhérentes aux dispositions du TCE sur l'investissement et le RDIE, les 56 États contractants du TCE ont décidé à l'unanimité, en 2018, de « moderniser » le traité<sup>6</sup>. À l'heure actuelle, l'on est loin d'avoir un consensus quant à la manière de le moderniser, et certains États envisagent même un retrait total du traité<sup>7</sup>, comme l'a fait l'Italie<sup>8</sup>.

Tenant de démontrer que le TCE reste pertinent, les partisans du traité, que l'on peut généralement regrouper en quatre ensembles d'acteurs (le Secrétariat du TCE [le Secrétariat], les cabinets juridiques et les arbitres, les entreprises énergétiques, et les organes gouvernementaux disposant de liens économiques étroits avec le secteur

<sup>1</sup> Voir Masson-Delmotte, V., Zhai, P., Pörtner, H.O., Roberts, D., Skea, J., Shukla, P.R., Pirani, A., Moufouma-Okia, W., Péan, C., Pidcock, R. & Connors, S. (2018). *Rapport spécial du GIEC sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels et les trajectoires associées d'émissions mondiales de gaz à effet de serre, dans le contexte du renforcement de la parade mondiale au changement climatique, du développement durable et de la lutte contre la pauvreté*, pp. 1-9. [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15\\_Full\\_Report\\_Low\\_Res.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15_Full_Report_Low_Res.pdf); Agence internationale de l'énergie (AIE) (2021). *Net zero by 2050: A roadmap for the global energy sector*. <https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050>; voir Allen, M. R., Frame, D., Frieler, K., Hare, W., Huntingford, C., Jones, C., Knutti, R., Lowe, J., Meinshausen, M., Meinshausen, N., & Raper, S. (2009). The Exit Strategy. *Nature Reports Climate Change* 56. [https://www.researchgate.net/publication/31939315\\_The\\_exit\\_strategy](https://www.researchgate.net/publication/31939315_The_exit_strategy); voir Allen, M., Frame, D. J., Huntingford, C., Jones, C. D., Lowe, J. A., Meinshausen, M., & Meinshausen, N. (2009). Warming caused by cumulative carbon emissions towards the trillionth tonne. *Nature* 458, 1163.

<sup>2</sup> Voir Driesen D.M. (2014). Phasing out fossil fuels. *Nova Law Review* 38(3), 523; Pirani, S. (2018). *Burning up: A global history of fossil fuel consumption*. Pluto Press.

<sup>3</sup> Voir RWE c. *les Pays-Bas* (Affaire CIRDI n° ARB/21/4).

<sup>4</sup> Voir *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. et Uniper Benelux N.V. c. le Royaume des Pays-Bas* (Affaire CIRDI n° ARB/21/22).

<sup>5</sup> Voir Braun, S. (2021). Multi-billion euro lawsuits derail climate action. *Deutsche Welle*. <https://www.dw.com/en/energy-charter-treaty-ect-coal-fossil-fuels-climate-environment-uniper-rwe/a-57221166>.

<sup>6</sup> Voir le Secrétariat de la Charte de l'énergie. (2018). *Décision de la Conférence de la Charte de l'énergie*. [https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201821\\_-\\_NOT\\_Report\\_by\\_the\\_Chair\\_of\\_Subgroup\\_on\\_Modernisation.pdf](https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201821_-_NOT_Report_by_the_Chair_of_Subgroup_on_Modernisation.pdf)

<sup>7</sup> Voir Simon, F. (2021). *France puts EU withdrawal from Energy Charter Treaty on the table*. Euractiv, <https://www.euractiv.com/section/energy/news/france-puts-eu-withdrawal-from-energy-charter-treaty-on-the-table/>; Aarup, S. A., & Mathiesen, K. (2021). *Energy pact divides EU as Spain threatens walkout*. Politico. <https://www.politico.eu/article/eu-split-over-energy-charter-treaty-as-spain-floats-unilateral-withdrawal/>.

<sup>8</sup> Voir la page du site du TCE consacrée à l'Italie sur <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/>.



de l'énergie)<sup>9</sup>, arguent que le TCE est nécessaire à la protection et la promotion des investissements dans les énergies renouvelables (« les investissements ER »). Cette conclusion est fréquemment basée sur les statistiques tirées des procédures RDIE basées sur le TCE et lancées par des investisseurs dans les énergies renouvelables (« les affaires ER »). Par exemple, le Secrétariat souligne régulièrement qu'une grande partie des recours RDIE fondés sur le TCE, environ 60 %, concernent des investissements ER<sup>10</sup>.

Ces statistiques ont amené les partisans du TCE à tirer une série de conclusions qui convergent autour de certains arguments clés<sup>11</sup>. Ils avancent notamment que le nombre d'affaires ER lancées est un fort indicateur de la capacité du TCE à protéger et promouvoir efficacement les investissements ER dans les 56 parties contractantes du traité. Par ailleurs, ils affirment que ces procédures RDIE incitent les États parties au TCE à promouvoir activement l'investissement étranger dans les énergies renouvelables. Dans ce sens, ils présument que la clause permettant un recours en RDIE du TCE dissuade les États d'interférer avec ces investissements étrangers ER de manière défavorable. Ils affirment en outre que ces investisseurs se retrouveraient sans voie de recours juridique adéquate pour contester l'interférence étatique dans leurs investissements<sup>12</sup>.

En somme, les partisans du TCE le considèrent comme un outil encourageant un cadre réglementaire plus stable pour les investissements ER, et donc comme un outil soutenant ces investissements. Certains observateurs affirment même que le TCE promeut les investissements ER *dans une plus grande mesure* que les investissements dans les combustibles fossiles<sup>13</sup>.

Sur la base de ces arguments, les partisans du TCE concluent que le traité est un instrument à même de bien protéger les investissements étrangers ER et d'accompagner ses signataires dans la transition vers l'énergie propre. Mais dans quelle mesure les données relatives au nombre d'affaires ER citées par les partisans du TCE permettent-elles réellement de tirer de telles conclusions ?

Pour répondre à cette question, le présent article évalue ces conclusions en analysant les données relatives aux affaires RDIE fondées sur le TCE et portant sur les investissements ER. Nous avons basé notre analyse sur les données recueillies grâce au *Navigateur de règlements des différends en matière d'investissement* de la CNUCED<sup>14</sup> et à la base de données du CIRDI<sup>15</sup>. L'échantillon comprend un total de 133<sup>16</sup> affaires d'arbitrage des investissements fondées sur le TCE connues, 76 desquelles portent sur un investissement ER. L'échantillon de données inclut les affaires fondées sur le TCE rendues publiques et lancées avant le 31 juillet 2020. Pour déterminer les investissements dans « les énergies renouvelables », nous avons appliqué la définition de l'AIE, selon laquelle les énergies renouvelables « incluent [...] la bioénergie, l'énergie géothermique, l'énergie hydroélectrique, l'énergie photovoltaïque solaire (PV), l'énergie solaire à concentration (ESC), l'énergie éolienne et des océans

<sup>9</sup> Voir Flues, F., Eberhardt, P. & Olivet, C. (2020). Busting the Myths around the Energy Charter Treaty: A Guide for Concerned Citizens, Activists, Journalists and Policymakers. p. 7. <https://www.tni.org/en/ect-mythbuster>

<sup>10</sup> Voir la Charte de l'énergie. (2020). *Even more renewable energy investors rely on treaty protection: updated statistics of investment arbitration cases under the Energy Charter Treaty*. <https://www.energycharter.org/media/news/article/even-more-renewable-energy-investors-rely-on-treaty-protection-updated-statistics-of-investment-arb/>; Vail, T. (2021). *The Energy Charter Treaty supports investment in renewables*. Euractiv. <https://www.euractiv.com/section/energy/opinion/the-energy-charter-treaty-supports-investment-in-renewables/>

<sup>11</sup> Voir, par exemple, Thomas, W., Davies, E., & Brennan, A. (2021). *The Energy Charter Treaty: First rounds of negotiations to modernize the ECT take place*. Freshfields Bruckhaus Deringer. <https://sustainability.freshfields.com/post/102gder/the-energy-charter-treaty-first-rounds-of-negotiations-to-modernise-the-ect-take>; Vail, *supra* note 10; voir Rusnák, U. (2021, February 28). *The Energy Charter Treaty supports investment in renewables* [Tweet]. <https://twitter.com/SecGenEnCharter/status/1366141443195219968>; Umbach, F. (2021). *The Energy Charter Treaty makes the transition easier. Don't scrap it, reform it*. Energypost.eu <https://energypost.eu/the-energy-charter-treaty-makes-the-transition-easier-dont-scrap-it-reform-it/>; Rack, Y. (2021). *Energy treaty reform could see investors in fossil fuels, renewables lose cover*. SPGlobal.com. <https://www.spglobal.com/marketingintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/energy-treaty-reform-could-see-investors-in-fossil-fuels-renewables-lose-cover-62782061>.

<sup>12</sup> Anatole Boute suggère que « L'arbitrage des investissements a le potentiel de limiter considérablement la mise en œuvre des politiques d'atténuation du changement climatique » en limitant les risques réglementaires. Il analyse également l'incapacité du régime actuel (et notamment le TCE) à protéger effectivement les investissements ER et suggère d'intégrer « un régime d'investissement faible en carbone dans un accord international futur sur le changement climatique », p. 657. Boute, A. (2021). *Combating climate change through investment arbitration*. *Fordham International Law Journal*, 35(3), 613.

<sup>13</sup> Voir Mete, G.M., & Pei-Ru, J. G. (2021). The role of the Energy Charter Process in accelerating the energy transition and ensuring energy security in South East Europe in line with the Energy Union. Dans M. Mathioulakis (Ed.), *Aspects of the Energy Union: Application and effects of European energy policies in SE Europe and Eastern Mediterranean*. Springer International Publishing; Rivkin, D. W., Lamb, S. J. & Leslie, N.K. (2015). The future of investor-state dispute settlement in the energy sector: Engaging with climate change, human rights and the rule of law. *The Journal of World Energy Law & Business* 8(2), 130.

<sup>14</sup> Voir CNUCED. (2020). *Navigateur de règlements des différends en matière d'investissement : données complètes jusqu'au 31/07/2020* (Format Excel).

<sup>15</sup> Disponible sur <https://icsid.worldbank.org/fr/affaires/base-de-donnees>.

<sup>16</sup> L'ensemble de données n'inclut pas les affaires suivantes : *Prairie Mining Limited c. Pologne, Mitsui & Co., Ltd. c. Royaume d'Espagne* (Affaire CIRDI n° ARB/20/47), *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. et Uniper Benelux N.V. c. Royaume des Pays-Bas* (Affaire CIRDI n° ARB/21/22) et <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/4>. Ces arbitrages n'étaient pas inclus dans l'ensemble de données recueillies car elles sont trop récentes.



(l'énergie marémotrice et l'énergie des vagues) pour la génération d'électricité ou de chauffage »<sup>17</sup>. Pour former notre échantillon, nous avons examiné toutes les affaires RDIE lancées au titre du TCE et classifié chacune selon qu'elle portait sur un investissement dans les combustibles fossiles ou ER. Parmi les 133 affaires, 12 n'ont pu être classifiées compte tenu de l'absence de précision de la source d'énergie<sup>18</sup>.

## Le TCE protège-t-il efficacement les investissements dans les énergies renouvelables ?

Avant tout, il est important de noter que l'article 1(6) du TCE couvre actuellement les investissements dans les énergies renouvelables à différentes étapes de la chaîne de valeur. D'après l'article 1(5) du TCE, « Activité économique du secteur de l'énergie » désigne toute activité économique relative à l'exploitation, à l'extraction, au raffinage, à la production, au stockage, au transport terrestre, à la transmission, à la distribution, à l'échange, à la commercialisation et à la vente de matières ou de produits énergétiques ». Ces matières et produits énergétiques sont fixés à l'annexe EM I du traité, et incluent spécifiquement tout investissement dans l'énergie visant à produire de l'énergie électrique, y compris les investissements ER. Aussi, sous certaines conditions, les investisseurs ER ont en effet le droit de lancer une procédure RDIE contre les États parties au TCE.

Toutefois, la seule possibilité de déposer un tel recours ne peut être considérée comme un facteur décisif dans la promotion et la protection des investissements ER. Il faut pour cela des preuves supplémentaires de l'utilisation réelle du RDIE, ainsi que de l'efficacité de cette utilisation dans la promotion et la protection de ces investissements. Si 76 des 133 affaires RDIE (donc 60 %) au titre du TCE portent en effet sur les

investissements ER, notre recherche montre que 46 de ces 76 affaires ont été lancées contre l'Espagne pour contester les mêmes mesures législatives, c.-à-d. la décision du gouvernement espagnol de modifier les tarifs de rachat garantis applicables aux producteurs d'énergie renouvelable suite à la crise financière de 2008. Les 30 procédures restantes ont été lancées contre seulement 9 pays défendeurs différents : l'Albanie (1), l'Allemagne (2), la Bosnie-Herzégovine (1), la Bulgarie (3), la Croatie (1), l'Italie (12), la République tchèque (6), la Roumanie (3) et la Slovénie (1). Aucune affaire ER n'a été lancée contre les 46 autres États parties au TCE, qui incluent à la fois des économies réalisant des investissements importants dans le secteur ER, tels que les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la France et la Suède<sup>19</sup>, et des économies ne réalisant quasiment aucun investissement ER, tels que le Kazakhstan ou l'Azerbaïdjan<sup>20</sup>.

À l'inverse, il existe 41 affaires RDIE fondées sur le TCE portant sur des investissements dans les combustibles fossiles, impliquant des pays défendeurs d'une plus grande variété géographique, et répartis plus équitablement. La Fédération de Russie a été l'État défendeur le plus fréquent, avec 6 affaires RDIE fondées sur le TCE. Comparé aux 46 affaires ER lancées contre l'Espagne, ce chiffre souligne encore la plus grande diversité de défendeurs dans les affaires de RDIE fondées sur le TCE et portant sur les énergies fossiles.

Il est donc difficile de conclure que le TCE protège effectivement les investissements ER par rapport aux investissements dans les combustibles fossiles. Ce sont non seulement moins de mesures contestées dans le cadre de l'arbitrage que dans le secteur des combustibles fossiles, mais aussi une concentration extrême dans une poignée de pays.

Par ailleurs, toute évaluation de l'efficacité du régime dans la protection des investissements ER devrait être fondée sur les décisions rendues. Cependant, au moment de la publication, 49 des 76 affaires ER (ou 65 %) étaient pendantes. Puisque plus de la moitié des affaires n'ont pas encore été finalisées, il serait hâtif de conclure que le TCE protège en effet les investissements ER.

<sup>17</sup> Puisque le TCE ne fait pas de distinction entre les investissements en fonction de leur intensité en carbone, et ne donne pas non plus de définition précise d'un investissement ER, nous avons adopté la définition de l'AIE, selon laquelle l'énergie renouvelable « inclut la bioénergie, l'énergie géothermique, l'énergie hydroélectrique, l'énergie photovoltaïque solaire (PV), l'énergie solaire à concentration (ESC), l'énergie éolienne et des océans (l'énergie marémotrice et l'énergie des vagues) pour la génération d'électricité ou de chauffage » AIE. (2020). *World Energy Outlook*, p. 436.

<sup>18</sup> Par exemple, dans l'affaire *Libananco Holdings Co. Limited c. République de Turquie* (Affaire CIRDI n° ARB/06/8), il n'est pas possible d'évaluer la source d'énergie de ce projet car le différend implique une entreprise de distribution, que l'on ne peut classer comme étant peu ou très intensif en carbone.

<sup>19</sup> Voir Frankfurt School FS-UNEP Collaborating Centre. (2020). *Global trends in renewable energy investment*. [https://www.fs-unep-centre.org/wp-content/uploads/2020/06/GTR\\_2020.pdf](https://www.fs-unep-centre.org/wp-content/uploads/2020/06/GTR_2020.pdf).

<sup>20</sup> Voir Index Mundi. (n.d.). *Countries ranked by fossil fuel consumption*. <https://www.indexmundi.com/facts/indicators/EG.USE.COMM.FO.ZS/rankings>.



Finalement, la recherche montre qu'il n'existe pas de preuve formelle de la protection offerte par les traités d'investissement existants<sup>21</sup>. Les chiffres sont conformes à cette conclusion. Parmi les 27 affaires ER conclues, les tribunaux arbitraux ont rejeté les recours des investisseurs dans 12 affaires, et l'une des affaires a été abandonnée. En outre, les affaires dans lesquelles les investisseurs ont eu gain de cause étaient géographiquement concentrées, s'appuyant encore un peu plus l'argument en faveur d'une large protection généralisée : 12 des 14 affaires restantes dans lesquelles les investisseurs ont eu gain de cause concernaient l'Espagne, ce qui réaffirme l'existence de l'interférence de mesures spécifiques avec les investissements ER dans le pays, mais pas d'une protection généralisée. En fait, si l'on ne tient pas compte des affaires impliquant l'Espagne, neuf des affaires ont été conclues en faveur de l'État, contre deux seulement en faveur de l'investisseur.

### Le TCE est-il l'instrument approprié pour favoriser la transition énergétique ?

Une question connexe concerne l'efficacité du TCE dans la *promotion* des investissements ER. Sur ce point, les partisans du TCE affirment que le traité est à même de bien promouvoir les investissements ER, notamment dans les pays en développement<sup>22</sup>. Ces arguments s'appuient fortement sur la présomption qu'en signant des AII, les États attirent des montants d'IED plus importants. Toutefois, plusieurs études récentes sur la question ne sont pas concluantes, et identifient peu ou pas de preuves d'une corrélation entre les accords d'investissement et les flux d'investissement<sup>23</sup>.

Dans le cas spécifique du TCE, aucune recherche empirique visant à comprendre la motivation des choix des investisseurs ER n'a été menée, et jusqu'à présent, rien ne permet de conclure à un lien entre l'existence du TCE et une augmentation de l'IED entre ses États parties.

Par ailleurs, entre 2013 et 2018, 75 % en moyenne des investissements mondiaux dans les énergies renouvelables étaient réalisés au niveau national plutôt qu'à l'étranger<sup>24</sup>. Puisque le TCE s'applique exclusivement aux investissements étrangers réalisés entre ses parties contractantes, l'on ne peut affirmer qu'il promeut ces investissements nationaux.

En outre, les partisans du TCE affirment que sans le RDIE, les investisseurs ER se retrouveraient sans voie de recours juridique adéquate pour faire reconnaître la responsabilité des États pour la violation des promesses faites<sup>25</sup>. Cette interprétation néglige la disponibilité des voies de recours nationales, qui permettent de contester les mesures réglementaires auprès des cours nationales des États d'accueil. En effet, en réponse aux mesures gouvernementales espagnoles modifiant le système de tarifs de rachat garanti du pays, bon nombre d'investisseurs avaient entamé des procédures auprès des cours nationales<sup>26</sup>.

La présomption selon laquelle la disponibilité du RDIE au titre du TCE en tant que voie de recours juridique est un facteur clé dans la promotion des investissements ER présente deux faiblesses supplémentaires : d'abord, elle est fondée sur la notion erronée que l'accès au RDIE est équitable *pour tout type d'investisseur*, et deuxièmement, elle n'explique pas pourquoi la majorité des investissements ER provient en réalité de sources nationales.

Pour évaluer l'équité de l'accès des investisseurs au RDIE, il est essentiel de tenir compte de la nature spécifique des investissements ER qui, au regard de la chute récente des coûts ER<sup>27</sup>, peuvent être beaucoup plus petits et épars que les investissements dans les combustibles fossiles<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Selivanova, Y. S. (2018). Changes in renewables support policy and investment protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of jurisprudence and outlook for the current arbitration cases. *ICSID Review* 33(2), 433–455, p. 452 ; Boute, *supra* note 12, p. 656

<sup>22</sup> Mete & Pei-Ru, *supra* note 13.

<sup>23</sup> Tienhaara, K., & Downie, C. (2018). Risky business? The Energy Charter Treaty, renewable energy, and investor-state disputes. *Global Governance* 24(3), 451 ; Jacobs, M. (2017). Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment to developing countries? A review of the empirical literature. *International Relations and Diplomacy* 5, p. 583 ; Yackee, J. W. (2011). Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment? Some hints from alternative evidence. *Virginia Journal of International Law*, 51, p. 397

<sup>24</sup> Voir IRENA. (2020). *Global landscape of renewable energy finance 2020*. [https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2020/Nov/IRENA\\_CPI\\_Global\\_finance\\_2020.pdf](https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2020/Nov/IRENA_CPI_Global_finance_2020.pdf), p. 32.

<sup>25</sup> Voir Vail, *supra* note 10.

<sup>26</sup> Voir Schmidl, M. (2021). *The renewable energy saga. From Charanne v. Spain to The PV Investors v. Spain: Trying to see the wood for the trees*. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/01/the-renewable-energy-saga-from-charanne-v-spain-to-the-pv-investors-v-spain-trying-to-see-the-wood-for-the-trees/>

<sup>27</sup> AIE. (2020). *World energy investment 2020* ; CNUCED. (2020). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2020*.

<sup>28</sup> Daintith, T. (2017). Against "Lex Petrolea." *Journal of World Energy Law and Business*, 10(1), p. 1.



Le coût moyen du lancement d'un recours RDIE est de 6,4 millions USD pour les investisseurs, et les coûts moyens d'un tribunal arbitral sont de 1 million USD. L'accès au RDIE dépend donc des moyens financiers de l'investisseur en question, et la procédure n'est souvent pas accessible aux petits investisseurs qui investissent de plus en plus dans les projets ER<sup>29</sup>.

Finalement, si la disponibilité du RDIE était un facteur si important dans la promotion des investissements ER, comment expliquer l'importance des investissements ER *nationaux* ? En effet, si les investisseurs nationaux n'ont pas la capacité de soumettre un recours au RDIE au titre du TCE, cela ne semble pas avoir été un obstacle dans leur décision d'investir. Une analyse scientifique récente des affaires au titre du TCE lancées par des investisseurs ER contre l'Espagne affirmait que « les seules entreprises nationales qui ont été en mesure de lancer des affaires étaient de grandes multinationales, telles qu'Abengoa ou Isolux, qui ont utilisé leurs filiales étrangères pour obtenir l'accès au TCE »<sup>30</sup>.

## Conclusion

Après une analyse plus fine, il devient évident que l'on ne peut tirer aucune conclusion quant à la capacité du TCE à protéger et promouvoir les investissements ER du nombre d'affaires de RDIE au titre du TCE portant sur les énergies renouvelables. La simple possibilité de lancer une procédure RDIE n'est pas un facteur dans la protection et la promotion des investissements ER dans les États parties au TCE.

Si la capacité du traité à protéger et promouvoir les investissements ER d'une manière suffisante pour satisfaire aux objectifs de l'Accord de Paris est tout au plus incertaine, les affaires de RDIE au titre du TCE portant sur des investissements dans les combustibles fossiles continuent d'émerger. Ces affaires nous rappellent tristement que le traité est l'un des principaux obstacles aux efforts des parties contractantes dans la lutte contre la crise climatique.

Plutôt que de tenter de réformer le TCE, les États devraient adopter des outils plus adaptés permettant de répondre à leurs obligations au titre de l'Accord de Paris. Les parties contractantes au TCE pourraient par exemple s'engager sur un calendrier définitif pour l'abandon progressif des combustibles fossiles et étudier des mesures incitatives plus viables pour accroître l'investissement dans les énergies renouvelables.

## Auteurs

**Lea Di Salvatore** est chercheuse doctorale à la Faculté de droit de l'Université de Nottingham et professeure invitée auprès du Center for Environmental and Sustainability Research de l'Université Nova de Lisbonne.

**Nathalie Bernasconi-Osterwalder** est la directrice exécutive de IISD Europe et directrice du Programme droit et politique économiques d'IISD.

**Lukas Schaugg** est un chercheur en droit économique international à IISD et candidat doctoral en droit des investissements à la Osgoode Hall Law School, Toronto, Canada.

<sup>29</sup> Dans un rapport à paraître d'IISD, Lea Di Salvatore explore le degré d'intrication de l'industrie des combustibles fossiles et du RDIE. Les résultats montrent que les entreprises pétrolières mondiales, notamment plusieurs grandes entreprises du charbon, ont les moyens financiers d'avoir facilement recours au RDIE. Di Salvatore, L. (à paraître). *Global trends in fossil fuel arbitrations*. IISD.»

<sup>30</sup> Tienhaara & Downie, *supra* note 23.



## ARTICLE 5

## De la transparence à l'interdiction : le GTII de la CNUDCI examine les options pour réglementer le financement par les tiers

Brooke Guven, Lise Johnson, H. Suzy Nikièma et Daniel Uribe



En juin 2021, le tribunal de l'affaire *Infinito Gold c. le Costa Rica* concluait que le Costa Rica violait le traitement juste et équitable, mais rejetait la demande de dommages et intérêts d'environ 100 millions USD de l'investisseur, et n'accorda aucune indemnisation<sup>1</sup>. Bien que cette affaire, qui impliquait également des allégations d'actes de corruption de la part de l'investisseur, ait reconnu la responsabilité de l'État, elle reflète également un recours peu fructueux sur la causalité et les dommages.

La conclusion découlant des premières étapes de ce projet d'industrie extractive est similaire aux tendances et aux conclusions de quelques autres différends RDIE. Dans l'affaire *South American Silver c. la Bolivie*, le tribunal avait conclu que l'entreprise minière demanderesse avait agi illicitement dans son engagement avec les communautés autochtones locales, menaçant les critiques et attisant les tensions et la violence. Même si le tribunal avait reconnu que l'État hôte avait violé le traité applicable, il n'accorda à l'investisseur qu'un peu moins de 20 millions USD, soit une fraction des près de 300 millions USD réclamés à titre de dommages et intérêts<sup>2</sup>. Dans l'affaire *Cortec Mining c. le Kenya*, le

tribunal rejeta les plus de 2 milliards USD réclamés par les investisseurs compte tenu de l'absence d'autorisations environnementales appropriées pour le projet minier en question<sup>3</sup>. Cette affaire impliquait également des allégations d'actes de corruption commis par l'investisseur. Dans l'affaire *Churchill Mining and Planet Mining c. l'Indonésie*, le tribunal rejeta là encore les plus de 1 milliard USD réclamés par les investisseurs compte tenu des préoccupations liées à leurs agissements frauduleux au cours de l'exploitation et de l'expansion de l'investissement<sup>4</sup>.

Toutes ces affaires soulèvent des questions quant à la « qualité » des investisseurs et des investissements invoquant les traités d'investissement. Et ce sont toutes des affaires de RDIE dans le secteur des industries extractives dans lesquelles les recours des investisseurs se sont avérés être largement exagérés et/ou lancés par des investisseurs demandeurs qui auraient prétendument pris part à des activités ne respectant pas les normes, ou même tout bonnement illégales, bien loin de la conduite que l'on peut attendre la part de bonnes entreprises citoyennes.

Remarquons que tous ces demandeurs, et leurs recours problématiques, étaient financés par des tiers.

Ces affaires sapent les arguments selon lesquels le financement par des tierces parties (FTP) est un outil qui donne l'accès à la justice à des entreprises méritantes injustement affectées par la conduite d'États hôtes opportunistes ; elles jettent des doutes sur les affirmations selon lesquelles les bailleurs réalisent un examen scrupuleux des investisseurs et de leurs affaires ; et elles concordent avec les allégations selon lesquelles le FTP rend possibles les recours marginaux, spéculatifs et réclamant des indemnisations très importantes qui, même

<sup>1</sup> Affaire CIRDI n° ARB/14/5, Jugement, 3 juin 2021.

<sup>2</sup> Affaire CPA n° 2013-15, Jugement, 22 novembre 2018.

<sup>3</sup> Affaire CIRDI n° ARB/15/29, Jugement, 22 octobre 2018.

<sup>4</sup> Affaires CIRDI n° ARB/12/14 et 12/40, Jugement, 6 décembre 2018.



s'ils n'obtiennent pas gain de cause, restent très coûteux pour les États d'accueil défendeurs<sup>5</sup>.

C'est dans ce contexte que le Groupe de travail III de la CNUDCI (GTIII) tente de réformer le FTP, chargeant le secrétariat de préparer un projet de texte abordant les différentes questions et préoccupations des délégués, dont bon nombre découle de leurs propres expériences avec ces recours financés. Comme nous l'indiquons plus bas, le projet de dispositions a maintenant été publié par le secrétariat, et soumis à commentaire jusqu'au 15 septembre 2021.

## Le processus

Les États qui participent au GTIII de la CNUDCI proposent de réglementer le financement des recours RDIE, et bon nombre des participants se centrent surtout sur la réglementation du financement commercial, à des fins lucratives, des recours lancés contre les États. Certains, tels que l'Afrique du Sud, l'Argentine, le Honduras, l'Inde, l'Indonésie, le Kenya, le Maroc, le Nigeria, la République dominicaine, l'Uruguay et le Vietnam, ont appelé à réaliser d'autres analyses des effets d'une interdiction complète du financement commercial à des fins lucratives des recours RDIE. D'autres sont en faveur d'une approche plus nuancée. Par exemple, le Royaume-Uni, qui dispose d'un fort secteur de l'arbitrage, de plusieurs bailleurs du RDIE, et d'investisseurs à l'étranger qui invoquent fréquemment le RDIE et le FTP, ne semble pas partager les mêmes préoccupations profondes quant au FTP. Il semble au contraire favoriser une approche plus limitée consistant à améliorer la transparence, et

a réitéré l'importance de consulter le secteur financier pour l'élaboration de toute réglementation<sup>6</sup>.

Lors de la session du GTIII d'octobre 2019, les délégués avaient chargé le secrétariat de préparer des exemples de libellés reflétant plusieurs solutions réglementaires possibles pour répondre aux préoccupations identifiées. Conformément à ces instructions, le secrétariat a maintenant publié le « projet de dispositions sur le financement par des tiers » (le « projet »). Après la conclusion de la période de commentaires le 15 septembre 2021, il y aura certainement un processus d'examen et d'incorporation des contributions reçues, puis une discussion des projets de dispositions révisées à l'ordre du jour du GTIII. Mais l'on ne sait pas clairement comment ces diverses étapes seront gérées.

Par exemple, l'on ne sait pas quand la question de la réforme du FTP sera de nouveau abordée par le GTIII lui-même. À l'heure actuelle, le GTIII estime que son travail se poursuivra jusqu'en 2026<sup>7</sup>. Il divise ses sessions formelles et réunions « intersessions » informelles selon huit grands groupes, y compris un pilier fourre-tout « réforme des règles de procédure du RDIE » qui inclut des questions très variées telles que les dommages et intérêts, les recours portant sur les pertes par ricochet, les procédures parallèles, les demandes reconventionnelles, le rejet des recours abusifs et l'épuisement des voies de recours internes. Le FTP fait probablement partie de cette catégorie fourre-tout, mais l'on ne sait pas bien combien de temps formel et/ou informel sera dédié à l'examen de la question et au débat sur les différentes options reflétées (ou non) dans le projet de texte ou sa révision.

L'on ne sait pas bien non plus si les observations reçues seront toutes rendues publiques. Lorsque le secrétariat ne publie pas les commentaires qu'il reçoit, il est impossible de savoir comment diverses délégations et d'autres commentateurs ont réagi à divers aspects d'une proposition. Ce manque de transparence obscurcit également la manière et la mesure dans laquelle ces commentaires sont correctement pris en compte. La légitimité du processus de rédaction exige de la clarté quant à qui demande quoi, et quant à la mesure dans

<sup>5</sup> Dans *Cortec Mining*, le défendeur a dû payer la moitié de ses frais juridiques dans l'arbitrage initial, plus 1 million USD du fait de la procédure d'annulation connexe. Voir Charlotin, D. (2021, mai 9). Revealed: ICSID ad hoc committee in *Cortec v. Kenya* opines that supplementary decision mechanism is the proper remedy for infra petita awards and dismisses bid to annul finding that investment treaties contain an implicit legality requirement. *IA Reporter* <https://www.iareporter.com/articles/revealed-icsid-ad-hoc-committee-in-cortec-v-kenya-opines-that-supplementary-decision-mechanism-is-the-proper-remedy-for-infra-petita-awards-and-dismisses-bid-to-annul-finding-that-investment-treaties-contain-an-implicit-legality-requirement/>. Dans *Infinio Gold et South American Silver*, le Costa Rica et la Bolivie, respectivement, ont chacun dû payer des millions de dollars de frais juridiques pour leur défense ; dans *Churchill Mining and Planet Mining*, bien que le demandeur ait été condamné à payer la majorité des frais et dépenses juridiques de l'Indonésie, le pays s'est malgré tout retrouvé à devoir payer des millions de sa poche. Voir Hepburn, J. (2019, décembre 9). Analysis: Unreasonable 'willful blindness' as to business partner's fraudulent misconduct stymies mining claim in Indonesia. *IA Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/analysis-unreasonable-wilful-blindness-as-to-business-partners-fraudulent-misconduct-stymies-mining-claims-against-indonesia/>

<sup>6</sup> Les communications verbales des États sur la question ont été réalisées au cours des 37<sup>ème</sup> et 38<sup>ème</sup> sessions du GTIII. Les enregistrements des sessions sont disponibles sur <https://uncitral.un.org/en/audio#03>.

<sup>7</sup> Un aperçu des travaux et calendriers du GTIII est disponible sur [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/210825\\_status\\_of\\_work\\_wg\\_iii.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/210825_status_of_work_wg_iii.pdf).





laquelle les suggestions reçues, et de la part de qui, sont prises en compte. Mais l'on ne sait pas encore si cette information sera partagée, et avec qui.

Le Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), l'Institut international du développement durable (IISD) et l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), ont présenté des observations et des suggestions annotées sur le projet de texte, et ont publié cette communication conjointe sur leurs sites Internet respectifs<sup>8</sup>. Par ailleurs, les tiers financeurs ont présenté, en leur nom propre et par le biais d'un groupement récemment créé, des observations critiquant le processus du GTIII ainsi que les propositions de réforme, et plaidé contre toute réforme significative<sup>9</sup>. Compte tenu des enjeux pour les États, les tiers financeurs et d'autres, il y a fort à parier que de nombreuses autres communications ont été et seront envoyées.

## Le fond

Le projet de texte propose un menu d'options et de libellés pour les mettre en œuvre. Les options vont des prescriptions de divulgation à une interdiction totale de toutes les formes de FTP. Le projet de texte aborde également les options portant sur l'application et les sanctions.

<sup>8</sup> IISD, IIED, & CCSI. (2021). *Communication sur le financement par des tiers*. [https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/IISD%20IIED%20CCSI%20Submission%20to%20UNCITRAL%20on%20TPF%20initial%20draft%20-%20July%202030%20\(1\).pdf](https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/IISD%20IIED%20CCSI%20Submission%20to%20UNCITRAL%20on%20TPF%20initial%20draft%20-%20July%202030%20(1).pdf), et <https://ccsi.columbia.edu/content/third-party-funding-investor-state-dispute-settlement>. Voir également IISD, CCSI, & IIED. (2019). *Projet de texte établissant la transparence et interdisant certaines formes de financement par des tiers dans le règlement des différends investisseur-État*. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/our%20focus/extractive%20industries/UNCITRAL-submission-Third-Party-Funding.pdf>.

<sup>9</sup> Woodsford Litigation Funding Limited a présenté des commentaires, affirmant que « avec tout le respect dû au Groupe, nous ne sommes pas d'accord avec l'opinion du Groupe de travail selon laquelle une réglementation plus forte du financement par des tiers est nécessaire », [https://woodsfordlitigationfunding.com/us/wp-content/uploads/sites/3/2021/08/Woodsford\\_UNCITRAL\\_submission\\_Final.pdf](https://woodsfordlitigationfunding.com/us/wp-content/uploads/sites/3/2021/08/Woodsford_UNCITRAL_submission_Final.pdf). La International Legal Finance Association (ILFA) considère que toute « interdiction ou restriction de la finance juridique saperait l'État de droit, créerait un écart significatif entre les objectifs affichés des NU et de la CNUDCI et la réalisation de ces objectifs, et serait contraire au fort soutien en faveur du financement par des tiers des entreprises qui sont en mesure de construire les infrastructures et de réaliser les autres investissements directs dont de nombreux États ont besoin ». Dans sa communication, l'ILFA indique « être disposée à aider le Secrétariat, et à cette fin, demandera bientôt la permission de devenir un observateur du GTIII de la CNUDCI ». Voir [https://uploads-ssl.webflow.com/5ef44d9ad0e366e4767c9f0c/61088589e63c5979a9f22599\\_ILFA%20comments%20UNCITRAL%20WG%20III%20TPF%20Reform%20Proposals%20FINAL.pdf](https://uploads-ssl.webflow.com/5ef44d9ad0e366e4767c9f0c/61088589e63c5979a9f22599_ILFA%20comments%20UNCITRAL%20WG%20III%20TPF%20Reform%20Proposals%20FINAL.pdf). Pour une discussion plus large sur le financement du FTP dans le RDIE et le rôle du secteur du financement, voir en général Dafe, F. & Williams, Z. (2020). *Banking on courts: financialization and the rise of third-party funding in investment arbitration*. *Review of International Political Economy*.

## Le modèle de la divulgation

Le « modèle de la divulgation » (projet de disposition 7) envisage d'exiger des parties financièrement soutenues de révéler (au moins au tribunal et aux parties au différend, éventuellement au public) l'existence et l'identité des bailleurs, qui pourrait couvrir non seulement le véhicule juridique de financement mais aussi son bénéficiaire effectif. Il envisage également d'exiger la divulgation de l'accord de financement lui-même, ou de certaines de ces conditions. Il présente ensuite une liste d'éléments que le tribunal *pourrait* demander à la partie financièrement soutenue de révéler, certains d'entre eux étant déjà potentiellement couverts par la divulgation de l'accord de financement.

La divulgation est proposée en tant que modèle autonome, ou appliqué en combinaison de certains modèles de réglementation proposés. Remarquons que le CIRDI semble pencher en faveur de la divulgation partielle dans sa proposition de révision. Si la divulgation de l'existence et de l'identité des financeurs peut aider les acteurs à mieux identifier les conflits d'intérêts réels ou perçus, cela ne changerait pas la manière dont le FTP est utilisé, ou ses effets sur les affaires ou le système en général. Pour de nombreuses délégations, la divulgation est un point de départ nécessaire, mais ne répond pas complètement aux préoccupations quant au rôle ou aux effets du FTP sur les recours, les conclusions ou les incitations liées au RDIE.

## Les modèles de la réglementation

En plus de la divulgation du FTP, le projet de texte propose quatre approches générales de la réglementation : deux approches visant à limiter l'usage du FTP, et deux ensembles d'exceptions à ces limites.

Le premier modèle de la réglementation proposé, le « modèle de l'interdiction » (projet de disposition 2), prévoit différentes voies permettant aux États d'interdire toute forme de FTP. En plus de restreindre l'investissement privé dans les affaires et les gains financiers associés aux jugements, cette approche, telle que libellée, interdirait également les prêts des organisations à but non lucratif, les conventions d'honoraires contingentés avec les cabinets d'avocats, et possiblement certains types de prêts ou d'assurances.

Le deuxième modèle de réglementation, le « modèle de la liste de restriction » (projet de disposition 5) propose d'autoriser le FTP en général, mais restreint certaines formes de financement, tel que le financement apporté « sans possibilité de recours en échange d'un honoraire en cas de succès et d'autres formes de rémunération



monétaire ou de remboursement en tout ou partie en fonction des conclusions de la procédure ou d'un portefeuille de procédures ». Cette approche cherche à répondre à des préoccupations spécifiques liées aux investissements à but lucratif dans les recours monétaires contre des gouvernements, selon lesquelles le fait de permettre un tel financement introduit une nouvelle partie-prenante dans l'équation du RDIE, qui a ses propres intérêts dans les larges interprétations des dispositions juridictionnelles et des obligations de fond, des approches libérales des dommages et intérêts, et la capacité de plaider en faveur de ces larges interprétations et approches libérales. Ces préoccupations liées au fait de donner une place permanente aux financeurs dans le système du RDIE n'ont pas été soulevées s'agissant des autres formes de FTP, notamment le financement apporté aux États, les conventions d'honoraires contingentés au titre des services juridiques rendus, et le financement à but non-lucratif. Si la divulgation de ces autres formes de FTP pourrait être exigée afin de prévenir les conflits d'intérêts ou pour d'autres raisons, ces formes de FTP ne seraient pas interdites<sup>10</sup>.

Parmi ces deux approches, une interdiction large ou une restriction plus nuancée, il ne semble pas que le GTIII ait compté beaucoup de soutiens en faveur du modèle de l'interdiction large. La question essentielle ne consistera donc pas à choisir entre le modèle de l'interdiction et le modèle de la restriction, mais plutôt de déterminer, dans le modèle de la réglementation, ce qui est admis, et ce qui ne l'est pas<sup>11</sup>.

Le projet de texte envisage également deux approches au titre desquelles le FTP serait généralement interdit, avec quelques exceptions pour le financement dans certaines circonstances ou pour certains types de demandeurs. L'une ou l'autre de ces exceptions, ou les deux, pourrait être associée à une interdiction large du FTP ou au

modèle de restriction plus ciblé. Toutefois, chacune de ces exceptions soulève des questions et des défis.

L'une des exceptions possibles, reflétée dans le projet de disposition 3, permettrait le financement des investisseurs qui seraient, dans le cas contraire, privés « d'accès à la justice ». Laissant de côté les questions pratiques liées à l'évaluation d'une telle condition (par ex. qui a la charge de la preuve et quelle est la norme d'évaluation, quelle est la pertinence des coûts et de l'accessibilité d'autres enceintes et modes de règlement, et existe-t-il des interdictions quant au démembrements des actifs ou à l'utilisation de véhicules ad hoc), il est essentiel de remettre en question l'hypothèse sous-jacente selon laquelle l'accès au RDIE est une question d'accès à la justice. La plupart des parties-prenantes, y compris les investisseurs nationaux, doivent se tourner vers d'autres voies de recours pour obtenir réparations de violations alléguées, par exemple, entre autres, auprès des cours nationales. Le fait que dans ces circonstances les demandeurs juridiques n'aient pas accès au RDIE ne signifie pas qu'ils n'ont pas accès à la justice. Le fait d'assimiler l'accès au RDIE à l'accès à la justice est un argument incomplet et trompeur. S'il est essentiel de garantir que ceux dont les droits ont été violés aient accès à la justice pour protéger ces droits, le RDIE n'est pas un prérequis à l'accès à la justice, et il n'est pas certain que l'usage du FTP pour soutenir le RDIE dans ce contexte soit l'approche correcte ou appropriée<sup>12</sup>.

L'autre exception possible, reflétée dans le projet de disposition 4, suggère que le FTP pourrait être permis pour les investisseurs qui peuvent démontrer qu'ils respectent certaines dispositions ou objectifs de développement durable, qui ne sont pas encore identifiés dans le texte. S'agissant du modèle de « l'accès à la justice », cette approche soulève un nombre de questions conceptuelles et pratiques. Il existe par exemple des préoccupations selon lesquelles le financement lui-même introduit ou pousse des distorsions du système

<sup>10</sup> ISD, CCSI, & IIED, *supra* note 8.

<sup>11</sup> Cette détermination pourrait être faite dans la définition du FTP utilisée, ou en fonction de la portée de l'application de certaines réglementations. L'on pourrait donc adopter une définition large du FTP, et imposer des obligations de divulgation pour toutes les formes de financement relevant de cette définition, et une réglementation et des restrictions plus ciblées d'un sous-ensemble restreint de FTP. Pour plus d'informations sur les implications politiques soulevées par les différentes formes de financement, voir, par ex., IISD, CCSI, & IIED, *supra* note 8 ; Guven, B. & Johnson, L. (2019). *The policy implications of third-party funding of investor-state dispute settlement*. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/our%20focus/extractive%20industries/The-Policy-Implications-of-Third-Party-Funding-in-Investor-State-Disptue-Settlement-FINAL.pdf>

<sup>12</sup> D'autres approches permettant de garantir l'accès à la justice incluent les efforts visant à soutenir et renforcer les cours nationales. L'on peut également se demander si le FTP dans le RDIE protège correctement les intérêts des demandeurs. Dans les affaires financées, les différends entre les demandeurs et leurs avocats et les bailleurs indiquent qu'il existe des tensions. Voir, par ex., Bohmer, L. (2021, juin 15). After Vietnam pays hefty UNCITRAL BIT award, investor-claimant files suit against his lawyers accusing them of collusion with third-party funder to take greater share of winnings. *IA Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/after-vietnam-pays-hefty-uncitral-bit-award-investor-claimant-files-suit-against-its-lawyers-accusing-them-of-collusion-with-third-party-funder-to-take-greater-share-of-winnings/>



de RDIE d'une manière qui sape les objectifs du développement durable<sup>13</sup>. Ces distorsions existeront, que le projet d'investissement en question respecte ou non les objectifs de développement durable. Par ailleurs, d'un point de vue pratique, les normes et processus pour déterminer si un projet d'investissement est « durable » devraient être conçues et mises en œuvre avec beaucoup de soin. En toute vraisemblance, la norme de la durabilité devrait également être élevée car, en conséquence, les investisseurs qui ne respectent pas la norme du FTP pourraient quand même lancer des recours (mais sans FTP). Aussi, toute norme dans ce sens pour le FTP devrait aller au-delà des approches plutôt poreuses utilisées dans le droit de l'investissement jusqu'à présent pour déterminer la « légalité » des investissements et leurs « contributions au développement économique de l'État d'accueil ».

En général, nous considérons que (1) le modèle de restriction reflété dans le projet de disposition 5, (2) accompagné d'obligations de divulgation publique d'autres formes de FTP, et (3) sans les exceptions de « l'accès à la justice » ou du « développement durable », est la combinaison la plus à même, parmi toutes les options présentées, de répondre aux préoccupations systémiques et spécifiques à une affaire relatives au financement dans le RDIE, et de les éviter.

### Les sanctions et l'application

Finalement, les sanctions éventuelles sont présentées pour examen dans le projet de disposition 6, et une partie du projet de disposition 7. La liste actuellement proposée dans le projet, accompagnée de la discrétion offerte aux tribunaux de choisir (ou non) les sanctions dans cette liste, ne sera sans doute pas un moyen de dissuasion efficace contre les efforts des bailleurs et des demandeurs pour contourner les restrictions au financement. Si cette liste s'inspire apparemment d'approches existantes de la réglementation du FTP, le large éventail de préoccupations identifiées par le GTIII exige une approche générale plus complète pour punir ceux qui contournent (ou tentent de contourner) ces règles. Elle pourrait inclure (1) l'obligation pour les tribunaux de rejeter (ou d'annuler) un recours (ou un jugement) dans certaines circonstances manifestes ; (2) des règles exigeant du demandeur (et de son avocat) qu'il certifie que le recours (et) ou le conseiller juridique ne

bénéficie pas du FTP ; (3) la suspension obligatoire de la procédure pour un temps déterminé afin de remédier aux lacunes (notamment en matière de transparence ou de certification) ; et (4) des instructions quant à la répartition des coûts et des dépenses dans les cas de violation de la réglementation. Dans tous les cas, les règles devraient préciser clairement les circonstances dans lesquelles un tribunal a discrétion en la matière, et celles dans lesquelles une sanction est obligatoire<sup>14</sup>.

### Conclusion

Comme l'illustrent les affaires *Infinito Gold*, *Cortec Mining*, *South American Silver* et *Churchill and Planet Mining*, les tiers financeurs soutiennent des recours marginaux contre les États, à la recherche d'indemnités surévaluées, et contribuent à une dynamique qui force les États à prendre part à des arbitrages aux enjeux élevés. Si certains de ces recours, de peu de mérite mais coûteux, peuvent être lancés sans le FTP, l'existence du FTP les rend plus probables. Le FTP réduit les risques liés au lancement d'une affaire pour les demandeurs, et les bailleurs ont également leurs propres intérêts, distincts, et potentiellement contraires aux objectifs des investisseurs qu'ils soutiennent financièrement, dans le fait de soutenir des affaires et de chercher à obtenir d'importants dommages et intérêts.

Dans ce contexte, les États envisagent des mesures, et les tiers financeurs y résistent. Le secrétariat de la CNUDCI a produit des options allant de la divulgation à l'interdiction, et offre aux parties-prenantes la possibilité de donner leur avis quant à la voie à suivre. Et la manière dont les travaux sur la question avanceront, du point de vue de la procédure et du fond, est un test crucial pour le processus de la CNUDCI plus généralement.

### Auteurs

**Brooke Guven** est chercheuse senior au Columbia Center on Sustainable Investment.

**Lise Johnson** est responsable du droit et de la politique de l'investissement au Columbia Center on Sustainable Investment.

**Suzy Nikiéma** est la responsable Investment durables au Programme Droit et Politique Economique de l'IISD.

**Daniel Uribe** est le responsable du programme au Centre sud.

<sup>13</sup> Dans Guven & Johnson (*supra* note 11), les auteurs considèrent les implications systémiques de politique que le FTP pourrait introduire dans le système du RDIE.

<sup>14</sup> La section 4 de la communication CCSI/IISD/IIED (2019) présente une liste plus complète et robuste de sanctions pour examen (*supra* note 8).



## NOUVELLES EN BREF

### Les négociations relatives à la modernisation du TCE se poursuivent avec deux cycles de réunions estivales, alors que l'opposition de la société civile croît

Depuis notre dernier rapport sur le processus, deux cycles virtuels de négociation sur la modernisation du TCE ont eu lieu, alors même que l'opposition de la société civile à l'accord, notamment au sein de l'UE, s'accroît.

Le cinquième cycle a eu lieu en juin 2021. D'après une [déclaration publique](#) émise par le groupe de travail sur la modernisation, les sujets abordés lors de cette réunion incluaient la définition du transit ; les questions liées à la RSE et au développement durable ; le règlement des différends, mettant l'accent que la prévention et sur les recours abusifs ; les garanties du paiement des frais ; le financement par des tiers (FPT) et l'évaluation des dommages ; et, pour finir, la mesure dans laquelle le règlement de la CNUDCI sur la transparence dans le RDIE devrait être adopté.

Le sixième cycle de discussions s'est tenu en juillet 2021, et a couvert les questions préinvestissements, l'organisation régionale d'intégration économique, les dispositions obsolètes, la définition d'activité économique et d'autres questions liées à la protection de l'investissement. S'agissant de ces dernières, la [communication publique](#) émise après les discussions note que la réunion a abordé les définitions de l'investissement et de l'investisseur, l'expropriation indirecte, ainsi que le refus des avantages.

D'après une [déclaration](#) émise par la CE, le sixième cycle a réalisé « des progrès substantiels », notamment s'agissant de la protection de l'investissement. Cependant, la pression au sein de l'Europe en faveur du retrait du TCE continue de monter ; par exemple, lorsque la Slovénie a assumé la présidence du Conseil de l'Europe en juillet, les ONG slovènes [auraient](#) appelé le gouvernement à pousser, dans le cadre des discussions, l'idée du retrait total du TCE. En préparation de la COP26, prévue pour novembre 2021, les organisations européennes de la société civile ont [appelé](#) les dirigeants européens à utiliser la conférence comme date limite pour le retrait du traité.

Entre temps, dans une [décision préjudicielle](#) du 2 septembre, la CJUE était d'avis que la disposition sur le règlement des différends investisseur-État (RDIE) du TCE était contraire au droit européen. D'après la Cour, l'UE n'avait pas la compétence pour soustraire au système juridictionnel de l'UE le règlement d'un différend entre un investisseur d'un État membre de l'UE et un autre État membre de l'UE. Elle indique qu'un tel fait impliquerait de remettre en cause « la préservation de l'autonomie et du caractère propre du droit institué par les traités [européens] » (para. 63). Bien que le TCE soit un accord multilatéral qui crée également des relations avec les États non membres de l'UE, cela s'oppose à ce que « le TCE puisse imposer les mêmes obligations aux États membres entre eux » (para. 65). Le TCE doit donc être interprété comme ne pouvant s'appliquer à ces différends.

Adoptant ce point de vue, la Cour a confirmé que son raisonnement dans la décision phare sur *Achmea* s'appliquait également au TCE. Dans *Achmea*, la CJUE concluait que les dispositions RDIE des TBI intra-UE étaient incompatibles avec le droit de l'UE, et incitait les États membres à mettre un terme à leur TBI. Si cet avis était un *obiter dictum* et n'est pas juridiquement contraignant, il est un fort indicateur que la Cour déterminera que le RDIE au titre du TCE est incompatible avec le droit européen dans l'une des deux décisions à paraître en 2022 – une [demande](#) d'avis du gouvernement belge et une [demande](#) de décision préjudicielle de la Cour d'appel de Svea (Suède). L'avis soulève également [une autre question](#) : comment les tribunaux arbitraux et les cours d'application, notamment aux États-Unis, réagiront-ils lorsqu'il leur sera demandé de trancher un différend intra-UE ?



## Les discussions structurées sur la facilitation de l'investissement se poursuivent à l'OMC

Suite à la diffusion du « texte de Pâques », qui consolidait les deux principaux documents de négociation utilisés dans les discussions (le texte consolidé informel et le texte révisé), et qui servira de base principale pour la rédaction de tout accord ultérieur sur la facilitation de l'investissement, les participants aux discussions structurées ont continué de se réunir pendant les mois d'été.

Dans une **réunion de mai**, les participants ont mis l'accent sur les questions des transferts et des paiements, les points focaux, la cohérence réglementaire nationale, les bases de données de fournisseurs nationaux, la coopération transfrontière, et les dispositions sur la conduite responsable des entreprises.

Lors d'une **réunion en juin**, les participants ont abordé les textes préparés par le coordonnateur sur trois sujets : la transparence des mesures d'investissement, la conduite responsable des entreprises, et une éventuelle clause NPF. Ils ont également passé du temps sur les questions liées à la mise en œuvre, à l'assistance technique et au renforcement des compétences pour les pays signataires en développement et les PMA.

D'après l'**ordre du jour annoté** d'une réunion tenue à la mi-juillet, les membres ont reçu de la part des facilitateurs des rapports sur la portée, le mouvement des hommes et femmes d'affaires, ainsi que les projets de dispositions du « texte de Pâques », notamment le préambule, les objectifs, les mesures contre la corruption, le règlement des différends et les dispositions finales. Les participants ont également réalisé un bilan pour planifier les réunions futures.

Fin juillet, le coordonnateur a publié un « texte de Pâques » révisé contenant des mises à jour de plusieurs sections, notamment les sections II (« Transparence des mesures d'investissement »), III (« Simplification et accélération des procédures administratives »), IV (« Points focaux, cohérence de la réglementation nationale et coopération transfrontière »), et VI (« Investissement durable »). Ce texte révisé inclut également quelques nouvelles définitions dans la section I, « Champ d'application et principes généraux ».

Début août, le coordonnateur a diffusé un libellé révisé du préambule, ainsi que des articles 1 sur le champ d'application, 24 sur la coopération transfrontière, et 35 sur le règlement des différends.

D'autres réunions auront lieu en septembre, octobre et novembre, en amont de la 12<sup>ème</sup> Conférence ministérielle, prévue du 30 novembre au 3 décembre 2021.

## Le GTIII de la CNUDCI devrait examiner les propositions relatives à plusieurs éléments de la réforme du RDIE, en attendant la décision quant à la demande de fonds supplémentaires

Comme nous l'avions annoncé, le GTIII de la CNUDCI sur la réforme du RDIE a tenu sa 40<sup>ème</sup> session en mai 2021, au cours de laquelle les délégués avaient examiné un projet de Plan de travail et de ressources. Après la session de mai, au cours de laquelle le document a été adopté par procédure d'approbation tacite, la CNUDCI a abordé la demande de fonds supplémentaires émanant de l'Assemblée générale des Nations Unies, pour la mise en œuvre du projet de plan de travail et de ressources, lors de sa 54<sup>ème</sup> session, tenue du 28 juin au 16 juillet 2021.

Au cours de la session de la CNUDCI, la proposition de demande de fonds supplémentaires a reçu le soutien d'une majorité des États, notamment la plupart des pays en développement, l'UE, le Canada et l'Australie. Toutefois, la proposition n'a pas fait consensus compte tenu de la résistance d'autres États, tels que la Russie, le Bélarus, l'Iran, et le Bahreïn. La décision quant à la proposition de demande de fonds supplémentaires a été soumise à la **procédure d'approbation tacite**. Par ailleurs, plusieurs États, particulièrement des pays en développement, ont profité de la réunion de la Commission pour réitérer leurs préoccupations quant au contenu du plan de travail révisé, notamment la nécessité d'accorder suffisamment de temps pour l'examen des questions transversales et de la question des dommages.

Si l'approbation finale de la demande de fonds supplémentaires pour l'Assemblée générale des Nations Unies n'a pas encore été rendue officielle, le secrétariat du GTIII poursuit ses travaux. Ceux-ci incluaient un webinaire informel sur les dommages et intérêts dans le RDIE organisé avec le Forum académique le 26 août 2021, ainsi qu'une réunion intersessions (virtuelle) sur la réforme des règles de procédure, organisée par la République de Corée les 2 et 3 septembre 2021.

Par ailleurs, le GTIII fait également des progrès dans le processus de rédaction de divers points de réforme mis en avant dans la dernière mouture du plan de travail et de ressources, abordé lors de la 40<sup>ème</sup> session. À cette fin, le secrétariat de la CNUDCI a **publié** un ensemble de documents qui seront examinés dans les mois à venir. Il s'agit de :



- L'évaluation des dommages et intérêts et de l'indemnisation
- La médiation et d'autres formes de règlement alternatif des différends
- L'établissement d'un centre consultatif
- La sélection et la nomination des membres des tribunaux RDIE
- Le financement par des tiers des recours RDIE.

Les documents portant sur ces questions sont soumis pour commentaire, les dates limites des communications étant fixées entre le 15 septembre et le 31 décembre 2021, selon le tableau ci-dessous.

Intitulé	Contenu	Date limite des communication/ commentaires
Projet de texte sur la réglementation du financement par des tiers	Projets de dispositions reflétant plusieurs modèles de réglementation, accompagné de remarques générales et de commentaires spécifiques	15 septembre, 2021
Projet de texte sur l'établissement d'un centre consultatif ; et son addendum 1	Travaux préparatoires sur la structure possible, la portée des services, les bénéficiaires, les coûts, et le financement	15 septembre, 2021
Projet de Code de Conduite pour les personnes appelées à trancher des différends entre investisseurs et États Version Two (avec le CIRDI)	Projet de texte intégrale accompagné d'explications des changements apportés à cette deuxième version	Pas de date limite
Projet de note sur la mise en œuvre et l'application du Code de Conduite (avec le CIRDI)	Présente les diverses options de mise en œuvre du Code en tant qu'instrument contraignant, ainsi que des éventuelles sanctions en cas de non-respect, devant être développées plus avant	Pas de date limite

Projet de texte sur un mécanisme multilatéral permanent : la sélection et la nomination des membres des tribunaux RDIE et questions connexes	Projet de dispositions reflétant diverses options, accompagné de remarques générales et de commentaires spécifiques	15 novembre 2021
Projet de texte sur l'évaluation des dommages et intérêts et de l'indemnisation	Présente les principales questions, les principes et méthodologies juridiques existantes s'agissant de l'évaluation des dommages et intérêts et de la détermination de l'indemnisation	30 novembre
Projet de texte sur la médiation et d'autres formes alternatives de règlements (FAR) ; et son addendum 1	Projet de dispositions reflétant diverses options, accompagné de remarques générales et de commentaires spécifiques, et de conseils pour l'usage effectif de la médiation	31 décembre 2021

Nous abordons le projet de texte sur le FPT plus en détails dans article de fond.



## L'Équateur adhère de nouveau à la Convention du CIRDI

Douze ans après avoir dénoncé l'accord, l'Équateur a de nouveau ratifié la Convention du CIRDI. Cette dernière est de nouveau entrée en vigueur le 3 septembre, suite au dépôt de l'instrument de ratification auprès de la Banque mondiale le 21 août.

En 2009, sous le gouvernement de l'ancien président Rafael Correa, l'Équateur s'était retiré de la convention, et avait mis fin aux TBI auxquels le pays était partie. Correa affirmait que l'accord violait l'article 422 de la constitution équatorienne, qui interdit « les traités internationaux au titre desquels l'État cède sa compétence souveraine à des organes internationaux d'arbitrage ». L'ancien président affirmait également que la convention avait mené l'Équateur à perdre des millions de dollars dans les affaires d'arbitrage international.

La décision de réadhérer à la convention du CIRDI a également été affirmée par la cour constitutionnelle de l'Équateur. Toutefois, les observateurs notent que la cour doit encore se prononcer sur l'article 422 avant que le pays ne puisse signer de nouveaux AII et être pleinement réintégré dans le régime de protection des investissements.

La ré adhésion à la convention du CIRDI faisait partie des mesures d'attrait de l'investissement étranger mises en place par le président actuel Guillermo Lasso, qui a pris ses fonctions en mai dernier.

## L'Espagne et la Colombie signent un nouveau TBI

Pedro Sanchez, le Premier ministre espagnol, et Iván Duque Márquez, le président colombien, ont signé un nouveau TBI le 16 septembre 2021. Les deux pays cherchaient à moderniser le traité précédent, entré en vigueur en 2005.

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, qui faisait de l'IED une compétence exclusive de l'UE, la CE a la charge de négocier les AII avec les pays extérieurs à l'UE. Aussi, le gouvernement espagnol a dû obtenir l'autorisation de la CE pour mener à bien ces négociations, et pour veiller à ce que le nouvel accord soit conforme aux principes et objectifs de l'UE.

Du côté de la Colombie, les négociations se sont tenues à la suite d'une décision de la Cour suprême selon laquelle le gouvernement devait clarifier la portée des normes TJE et de non-discrimination dans l'ALE Colombie-Israël et le TBI Colombie-France (voir notre analyse de cette décision ici). Certaines caractéristiques du nouveau TBI incluent :

- Les entreprises de portefeuille ne sont pas considérées comme des investisseurs,
- La portée du traitement NPF ne peut s'étendre à d'autres traités,
- Le RDIE sera remplacé par le tribunal multilatéral une fois celui-ci en fonctionnement.



## Le Pakistan met fin à 23 TBI

Le gouvernement du Pakistan aurait décidé de mettre fin à 23 des 48 TBI du pays, dont la durée initiale a été atteinte. Par ailleurs, le pays ne ratifiera pas 16 TBI déjà signés mais pas encore entrés en vigueur.

Le Pakistan fait actuellement face à une dizaine d'affaires de RDIE dans plusieurs forums internationaux d'arbitrage. Les échecs récents se sont avérés coûteux : par exemple en 2019, un tribunal du CIRDI a octroyé 5,8 milliards USD à l'entreprise minière australienne Tethyan Copper Company dans un recours contre l'État.

Bien connu pour avoir signé le tout premier TBI avec l'Allemagne en 1959, le Pakistan a décidé de revoir la totalité de ses TBI en 2013, et d'élaborer un nouveau modèle. D'après le gouvernement, les dispositions problématiques dans les TBI incluaient l'expropriation indirecte, le TJE, le traitement national et le traitement NPF.

S'agissant des neuf TBI ratifiés restants qui ne peuvent être résiliés de manière unilatérale, le Pakistan demandera à ses partenaires au traité de signer un Protocole conjoint d'interprétation en vue d'atténuer leurs effets négatifs, ou d'amender les dispositions relatives au RDIE, au TJE et à l'expropriation.

## Le Groupe de travail des Nations Unies sur les droits de l'homme publie son rapport 2021

Le 27 juillet 2021, le Groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme a publié son rapport 2021 sur les accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits humains. Le Groupe de travail présentera formellement le rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 octobre 2021. En un mot, le rapport recommande que les AII futurs soient conformes aux obligations des États en matière de droits humains.

En réponse à l'appel ouvert à contributions pour le rapport du Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'homme sur les « Accords internationaux d'investissement (AII) compatibles avec les droits humains », l'Institut International du Développement Durable (IISD) a fait une soumission en avril 2021.





## SENTENCES ET DÉCISIONS

### Un tribunal du TCE considère les modifications par l'Italie de son mécanisme incitatif de production d'énergie renouvelable comme raisonnables, prévisibles et proportionnelles

*Silver Ridge Power BV c. la République d'Italie, Affaire CIRDI n° ARB/15/37*

La majorité d'un tribunal dans l'affaire *Silver Ridge Power BV c. Italie* a rejeté les recours du demandeur sur le fond, considérant que le cadre italien relatif à l'énergie renouvelable ne donnait lieu à aucune attente légitime quant à un niveau fixe d'incitations.

#### Le contexte et les recours

Enregistrée aux Pays-Bas, l'entreprise Silver Ridge Power BV détenait et contrôlait une filiale italienne opérant 25 centrales photovoltaïques (PV). La filiale locale et le régulateur italien (le Gestore dei Servizi Energetici S.p.A., ou GSE) conclurent des accords (les conventions GSE) au titre desquels les centrales bénéficiaient des tarifs de rachat garanti (TRG) à un taux précisé, pendant 20 ans.

Toutefois, l'Italie réduisit progressivement les TRG au moyen de divers décrets successifs (« Conto Energie » ou compte énergie) dans le but de refléter la baisse des coûts de production d'énergie renouvelable. Le troisième compte énergie de 2010 prévoyait une réduction trisannuelle des TRG. Le « décret Romani » de 2011 réduisait la période de validité du troisième compte énergie et ajoutait des conditions d'éligibilité pour les centrales. Le cinquième compte énergie de 2012 imposait des frais administratifs annuels aux producteurs bénéficiant des tarifs de rachat au titre des divers comptes énergie. Finalement, l'Italie promulgua en 2014 le décret « Spalma-incentivi », qui reformulait le paiement des incitations. Par conséquent, chacune des centrales de Silver Ridge connut une réduction de 8 % du TRG.

Silver Ridge contestait l'adoption du décret Romani, du cinquième compte énergie et du décret Spalma-incentivi au titre des articles 10 et 13 du TCE.

Rejet de l'objection de l'Italie fondée sur la nature intra-UE du différend

Soutenue par la Commission européenne, l'Italie arguait que les différends entre investisseurs et États membres de l'UE étaient régis par le droit européen et ne relevaient pas de la portée du TCE. Le tribunal conclut que même s'il existait un conflit entre le droit européen et le TCE s'agissant de la compétence des tribunaux arbitraux intra-UE, l'objection juridictionnelle de l'Italie était rejetée compte tenu de la règle de conflit *lex specialis* de l'article 16 du TCE. Le tribunal nota que l'article 16 préservait les droits des investisseurs découlant des sections III et V du TCE contre les dispositions chevauchantes d'autres accords si le TCE était plus favorable à l'investisseur ou à l'investissement. Il conclut que les garanties substantives du libre établissement et du libre mouvement des capitaux, ainsi que le mécanisme procédural de protection judiciaire du droit européen, chevauchaient les normes de protection de l'investissement et le mécanisme de règlement des différends des sections III et V du TCE. Par ailleurs, selon le tribunal, « à tout le moins, certaines dispositions des sections III et V du TCE sont plus favorables aux investisseurs et aux investissements que le droit européen, s'agissant des recours intra-UE au titre du TCE » (para. 212). Aussi, le tribunal conclut que les conditions de la règle de l'article 16 étaient remplies, et que le droit de l'UE n'avait pas d'effets limitant sa compétence.

Le tribunal rejeta également trois autres objections juridictionnelles mises en avant par l'Italie. D'abord, le tribunal conclut que les clauses de sélection du for dans les conventions GSE ne bloquaient pas sa compétence puisque la clause de bifurcation de l'article 26(2) du TCE permet à l'investisseur de choisir la modalité de règlement des différends qu'il préfère. Ensuite, le tribunal rejeta l'objection de l'Italie selon laquelle Silver Ridge avait manqué à l'obligation de demander un règlement amiable s'agissant du décret Romani tel qu'exigé par l'article 26 du TCE. Finalement, le tribunal considéra que les frais administratifs imposés par le cinquième compte énergie ne relevaient pas de l'exemption relative aux mesures fiscales de l'article 21 du TCE. Le tribunal remarqua que, puisque les frais visaient à payer des



items spécifiques, le traitement des demandes et la gestion, le contrôle et les inspections au titre des GSE, il existait un degré de réciprocité suffisant pour qualifier les paiements de frais et non pas de taxes.

### Le décret Spalma-incentivi ne violait pas la clause parapluie ou le TJE

Le tribunal examina d'abord les recours de Silver Ridge au sujet du décret Spalma-incentivi au titre de l'article 10(1), qui contient la clause parapluie et le TJE.

S'agissant de la première, Silver Ridge arguait que l'Italie avait violé la clause parapluie en changeant les termes de ses obligations au titre des conventions GSE au détriment de l'investissement. S'appuyant sur le cadre législatif italien relatif aux énergies renouvelables, le tribunal conclut que « les conventions GSE ne reflétaient qu'une relation juridique dont l'existence et les principales caractéristiques ont été auparavant déterminées » (para. 376). Aussi, le tribunal conclut que ces instruments déclaratoires ne constituaient pas des obligations « contractées » vis-à-vis des investissements de Silver Ridge aux fins de la clause parapluie.

Silver Ridge prétendait également que le décret Spalma-incentivi violait ses attentes légitimes, et manquait à son obligation de garantir la légitimité et la transparence du cadre juridique italien. Le tribunal considérait que pour pouvoir affirmer l'existence d'attentes légitimes au sens de cet article, il fallait déterminer si les actions de l'État d'accueil donnaient objectivement lieu à des attentes protégées dans les circonstances factuelles de l'affaire. Le tribunal adopta également la jurisprudence existante s'agissant de l'article 10 du TCE et remarqua que toute évaluation au titre de cette disposition devait mettre en balance l'intérêt légitime de l'investisseur dans la stabilité et la transparence du cadre juridique de l'État d'accueil, et les droits de l'État d'accueil d'adapter, au fil du temps, son cadre juridique aux faits nouveaux.

Examinant les faits de l'affaire, le tribunal conclut que les termes des comptes énergie, combinés aux décrets législatifs connexes, étaient détaillés et suffisamment spécifiques pour créer des attentes légitimes. Toutefois, la majorité considéra que l'Italie ne s'était pas engagée à ne pas modifier le cadre juridique pendant 20 ans. Selon la majorité, les actes législatifs pertinents créaient un système de rémunération juste pour les producteurs d'énergie photovoltaïque sans leur garantir une compensation fixe. La majorité était d'avis que le terme incitations « constantes » au titre du décret Romani et des comptes énergie signifiait une rémunération stable, mais pas fixe. Ici, la majorité souligna également l'absence

d'une clause de stabilisation ou de gel au titre du cadre législatif italien relatif aux énergies renouvelables. Aussi, la majorité conclut que l'investisseur « pouvait légitimement s'appuyer sur l'intégrité générale du régime incitatif pour l'énergie solaire en Italie » mais « devait se préparer à des modifications légères mais certaines du cadre juridique applicable » (para. 437).

Compte tenu de ces conclusions, la majorité examina si les mesures de l'Italie équivalaient à des modifications profondes et radicales de son cadre réglementaire. La majorité accepta l'argument de l'Italie selon lequel le décret Spalma-incentivi avait un objectif public de renforcement de la stabilité du mécanisme de TRG en redistribuant les bénéfices économiques. S'agissant de sa prévisibilité, la majorité reconnut que le décret Spalma-incentivi était le premier du genre : les réformes précédentes portaient sur d'éventuelles réductions qui n'avaient pas eu d'effets sur les paiements incitatifs aux centrales bénéficiant déjà du mécanisme. Finalement, la majorité accepta que les modifications introduites par l'Italie et la réduction de 8 % du montant des incitations avaient eu un impact considérable sur les centrales de Silver Ridge. Cependant, la majorité considéra que cela « n'excédait pas la réduction nécessaire pour permettre à l'Italie d'atteindre ses objectifs de politique publique » (para. 465). Soutenant sa conclusion, la majorité remarqua que le décret Spalma-incentivi opérait une distinction entre plusieurs catégories de centrales PV dans le but de distribuer le fardeau économique de la réduction des TRG de manière appropriée. Par ailleurs, si la majorité du tribunal considérait qu'un fort effet de levier était commun pour le financement des projets d'énergie renouvelable, elle remarqua que de tels coûts élevés « ne dispensaient pas [Silver Ridge] de se préparer à des pressions ou des faux pas dans le flux des incitations, comme le ferait tout investisseur raisonnable » (para. 468). Aussi, le tribunal rejeta les recours de Silver Ridge fondés sur le décret Spalma-incentivi, attribuant les pertes de l'entreprise à ses choix commerciaux.

L'arbitre à l'opinion divergente considérait que l'Italie était revenue sur son engagement d'accorder des paiements incitatifs pendant 20 ans, qu'elle ait ou non donné « une promesse séparée de ne pas violer les termes de ses engagements spécifiques » (para. 9, opinion divergente). Cet arbitre nota également que la magnitude de la réduction des incitations n'était pertinente que pour le calcul des dommages, et n'aurait pas dû influencer la décision de la majorité quant à la proportionnalité des actes de l'Italie.



### Le décret Romani n'était pas la cause directe de l'échec du projet de Silver Ridge

Le recours de Silver Ridge relatif au décret Romani de 2011 portait sur l'impact du décret sur le projet Vega, un projet PV solaire dans la région italienne des Pouilles, destiné à être, à l'époque, le plus grand d'Europe. Silver Ridge arguait que le décret Romani de 2011 avait déclenché une phase d'incertitude réglementaire et donné lieu à une baisse importante des TRG, forçant l'investisseur à abandonner le projet.

Le tribunal remarqua qu'au moment de l'adoption du décret Romani, plusieurs aspects du projet Vega n'étaient toujours pas finalisés. Le tribunal tint également compte de la déclaration de Silver Ridge selon laquelle elle était prête à parachever le projet Vega en 2011. S'il reconnut que le décret Romani était « un développement malheureux du point de vue du demandeur » (para. 520), le tribunal remarqua que le projet Vega aurait été éligible au mécanisme incitatif si Silver Ridge avait connecté la centrale au réseau avant le 29 mars 2012, la date limite au titre du décret Romani. C'est pourquoi le tribunal détermina que Silver Ridge n'avait pas démontré que les actes de l'Italie étaient la cause « directe » de sa décision d'abandonner le projet.

### Les actes du gouvernement au titre du cinquième compte énergie n'équivalent pas à des changements réglementaires disproportionnés

Silver Ridge arguait que le cinquième compte énergie violait le TCE de trois manières. D'abord, selon l'entreprise, la promulgation soudaine et imprévisible du cinquième compte énergie compromettrait les profits que Silver Ridge attendait de ses nouvelles centrales PV au titre du quatrième compte énergie, en violation des obligations TJE de l'Italie. Ensuite, Silver Ridge avançait que les bénéfices réduits au titre du cinquième compte énergie, combinés à leurs effets rétroactifs, rendaient la mesure expropriatoire. Finalement, l'entreprise arguait que la réduction du montant des incitations dans le but de compenser les frais administratifs GSE récemment inventés entraînait également une violation de la norme TJE.

S'agissant de la première violation, le tribunal rappela que Silver Ridge ne pouvait prétendre à être protégé que contre les modifications fondamentales ou radicales du régime italien d'incitation pour l'énergie renouvelable. Le tribunal était convaincu que le cinquième compte énergie avait été adopté aux fins publiques de renforcer la durabilité du régime incitatif italien et que les modifications du système de rémunération en découlant n'entraînaient pas une profonde refonte des pratiques existantes. Le tribunal

remarqua en outre que les changements introduits au titre du cinquième compte énergie étaient prévisibles : le quatrième compte énergie établissait un régime différent pour les grandes centrales et indiquait que les régimes incitatifs pourraient être révisés lorsque leurs objectifs seraient atteints. C'est pourquoi le tribunal rejeta le premier argument de Silver Ridge.

Le tribunal ne trouva aucun fondement au recours de Silver Ridge fondé sur l'expropriation, notant qu'« au moment de l'adoption et de l'entrée en vigueur du cinquième compte énergie, l'accession au tarif de 2013 n'était qu'une simple aspiration du demandeur, mais pas un « droit » au sens de la décision de l'affaire *Electrabel C. la Hongrie*, duquel le demandeur aurait été privé » (para. 610).

S'agissant de l'introduction des frais administratifs, là encore le tribunal ne trouva aucune violation de la norme TJE. Le tribunal rappela spécifiquement ses conclusions précédentes s'agissant du caractère raisonnable des frais administratifs et de leur prévisibilité. Le tribunal considéra également que la mesure était proportionnelle puisque « les frais de gestion administrative sont d'un montant plutôt faible, représentant à peine plus de 0,5 % des incitations perçues par le demandeur » (para. 624).

### La décision et les coûts

À l'unanimité, le tribunal rejeta les objections juridictionnelles de l'Italie, ainsi que les recours de Silver Ridge s'agissant du décret Romani et du cinquième compte énergie. La majorité du tribunal rejeta également les recours de l'entreprise s'agissant du décret *Spalma-incentivi*.

Le tribunal ordonna aux parties de payer la moitié des coûts de l'arbitrage ainsi que leurs frais juridiques. En parallèle de cette décision, le tribunal remarqua que si l'affaire lancée par Silver Ridge avait échoué quant au fond, « les objections et demandes de l'Italie s'agissant des questions de compétence avaient contribué de manière significative aux coûts généraux de la procédure » (para. 636).

*Remarques* : le tribunal était composé de Bruno Simma (président, nommée par les parties, germano-autrichien), d'O. Thomas Johnson (nommé par le demandeur, des États-Unis), et de Bernardo M. Cremades (nommé par le défendeur, d'Espagne). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16138.pdf>

L'auteur de cet article souhaite rester anonyme.



## Un tribunal ad hoc conclut en faveur d'un investisseur allemand dans l'énergie

*Frazer Solar GMBH c. le Royaume du Lesotho*

**Anqi Wang**

Dans sa décision de janvier 2020, un tribunal ad hoc a ordonné au Royaume du Lesotho de verser 50 millions EUR à l'investisseur allemand Frazer Solar GMBH (Frazer) en raison de la violation du contrat d'investissement relatif à un projet énergétique.

### Le contexte et les recours

En 2013, le Lesotho modernisa sa politique énergétique pour tirer parti des énergies renouvelables et réduire sa dépendance aux combustibles fossiles ainsi que l'importation d'électricité. Par la suite, le demandeur proposa un projet d'énergies renouvelables en novembre 2017 (« le projet »), et Frazer et le Lesotho conclurent un protocole d'accord non contraignant (« le protocole »). D'après le protocole, le projet proposé concernait l'installation de 36 000 à 40 000 systèmes de chauffage solaire de l'eau (SCS) et jusqu'à un million de diodes électroluminescentes (LED) sur une période de quatre ans. Le projet devait être financé par l'agence allemande de crédit à l'exportation, KfW IPEX-Bank GmbH (« KfW ») à hauteur de 100 millions EUR.

En septembre 2018, les parties conclurent un accord d'approvisionnement écrit sur la base du protocole. Toutefois, après la signature de l'accord d'approvisionnement, le ministre des Finances du Lesotho, Majoro, rejeta l'offre de financement du projet par KfW. Plus tard, les médias locaux indiquèrent que le ministre Majoro s'était déjà engagé en faveur d'un autre projet d'énergie renouvelable à Mafeteng au Lesotho, financé par une banque d'État chinoise, la banque EXIM (para. 53).

Supposant que l'accord d'approvisionnement ne serait pas appliqué, le demandeur adressa une mise en demeure au défendeur mettant en avant des violations de l'accord d'approvisionnement par le Lesotho. Le gouvernement du Lesotho ne répondit pas à la mise en demeure, et ne prit aucune autre mesure corrective. Le 29 juillet 2019, le demandeur adressa un courrier au Premier ministre et au ministre Tsolo pour notifier le gouvernement de la résiliation de l'accord d'approvisionnement.

En août 2019, le demandeur déposa une demande d'arbitrage ad hoc contre le Lesotho au titre de la clause 24 de l'accord d'approvisionnement, alléguant que le Lesotho avait violé plusieurs obligations au titre de l'accord d'approvisionnement. Le 8 août 2019, la présidence du Conseil du barreau de Johannesburg nomina un arbitre unique à l'instance du demandeur.

L'arbitrage siégeait à Johannesburg, et était régi par le droit sudafricain. Les allégations du demandeur incluaient deux ensembles de violations. D'abord, le demandeur alléguait que le défendeur avait violé ses obligations au titre de la clause 17 de l'accord d'approvisionnement, selon laquelle le défendeur garantissait que le projet respectait l'ensemble des lois et avait reçu toutes les approbations gouvernementales nécessaires (para. 30.1.1) ; que le demandeur était expressément autorisé à lancer la mise en œuvre du projet sans délais (para. 30.1.2) ; que le défendeur avait signé l'accord de financement avant ou en même temps que la signature de l'accord d'approvisionnement, et avait convenu d'être lié par les termes de l'accord de financement ; que le défendeur avait convenu de rémunérer le demandeur pour les travaux réalisés conformément au calendrier fixé dans l'accord d'approvisionnement (para. 30.1.4) ; et que le défendeur garantirait le bon déroulement du projet, sans interruptions ou délais (para. 30.1.5).

Ensuite, le demandeur arguait que le défendeur avait violé la clause 18 de l'accord d'approvisionnement, qui prévoyait que pendant 5 ans après l'entrée en vigueur du contrat d'approvisionnement, le défendeur donnerait au demandeur la primeur de mener tout autre projet d'énergie renouvelable ou de génération d'électricité au Lesotho (para. 30.2). La clause 18 de l'accord d'approvisionnement prévoit que (para. 30) :

« Le GOL [gouvernement du Lesotho] s'engage à donner à FSG la primeur de toute autre opportunité relative à la génération d'énergie ou d'électricité, ou à l'efficacité énergétique, pendant une période de cinq ans à partir de la date de commencement ».

Compte tenu de ces allégations, le demandeur réclamait 50 millions EUR à titre de dommages-intérêts, ainsi que la valeur attendue des profits que le projet aurait réalisé si le défendeur avait respecté l'accord d'approvisionnement.

### Les allégations accueillies par le tribunal

En soutien de ses arguments, le demandeur s'appuyait sur des éléments de discussions personnelles, ainsi que sur les négociations relatives à la conclusion du protocole et de l'accord d'approvisionnement entre Frazer, le fondateur et directeur de l'entreprise demanderesse, et le gouvernement du Lesotho. Le tribunal accepta les preuves du demandeur et confirma les allégations de violation de la clause 17, au titre de laquelle le défendeur garantissait la mise en œuvre opportune et sans heurts du projet (para. 100).

Le tribunal précisa plusieurs facteurs importants à l'heure de conclure. En premier lieu, il considéra que les arguments du demandeur étaient suffisamment étayés



par les preuves documentaires récentes, même si le demandeur était le seul témoin entendu.

En second lieu, le tribunal tint compte de l'existence de correspondance tripartite contemporaine entre le demandeur, le ministre Tsolo, et KfW, au sujet de l'engagement par KfW de financer le projet, et de la demande du ministre Tsolo à KfW pour la présentation d'une offre formelle sur la question (para. 97).

En troisième lieu, le tribunal prit également note des preuves montrant l'intention du demandeur d'obtenir la conclusion de l'accord d'approvisionnement avant de déposer la demande d'arbitrage. Toutefois, le gouvernement du Lesotho ne répondit à aucun de ces documents, ce que le tribunal qualifia de « déconcertant » (para. 99).

Par ailleurs, le tribunal détermina que le gouvernement du Lesotho avait apporté les garanties incluses dans les clauses 17.1.1 à 17.1.3, et 17.1.5 à 17.1.7, et que sa conduite constituait une violation de ces obligations (para. 100). Le tribunal remarqua également que certaines clauses (notamment les clauses 5.1.4 et 17.2) de l'accord d'approvisionnement abordaient explicitement l'importance de la réalisation opportune du projet (para. 101). Le projet n'avait pas été réalisé car le ministre des Finances avait refusé d'exécuter l'accord de financement nécessaire à la réalisation du projet, puisqu'il s'était déjà engagé à soutenir un projet concurrent d'énergie renouvelable à Mafeteng (para. 104).

Compte tenu de ces considérations, le tribunal conclut que le défendeur avait matériellement violé plusieurs dispositions de l'accord d'approvisionnement. Selon lui, ces clauses étaient essentielles à la mise en œuvre du projet, et leur violation sapait le fondement même de l'accord d'approvisionnement (para. 105).

### Les allégations rejetées par le tribunal

Le tribunal rejeta toutefois l'affirmation du demandeur selon laquelle le défendeur avait violé la clause 18 de l'accord d'approvisionnement. Selon cette clause, le demandeur était habilité à recevoir les droits contractuels de la première opportunité de réaliser d'autres projets d'énergie renouvelable avec le gouvernement du Lesotho, après la réalisation du projet actuel régi par le contrat d'approvisionnement (para. 107). Aussi, pour établir une violation de la clause 18, le projet de Mafeteng aurait dû être en concurrence avec d'autres projets d'énergie renouvelable au Lesotho après le parachèvement fructueux du projet actuel (para. 107).

Toutefois, même en adoptant une interprétation la plus généreuse possible des preuves présentées par le

demandeur, le tribunal refusa de considérer le projet de Mafeteng comme l'une de ces opportunités de projets d'énergie renouvelable visées par la clause 18 (para. 108). À cet égard, le tribunal remarqua que l'échec de l'accord d'approvisionnement s'expliquait par le refus du ministre Majoro de signer l'accord de financement avec KfW en raison de son engagement en faveur du projet de Mafeteng, concurrent direct du projet visé par l'accord d'approvisionnement. Le tribunal remarqua au contraire que ces deux projets étaient concurrents, et que la survie du projet de Mafeteng indiquait la résiliation de l'accord d'approvisionnement (para. 108.4). Aussi, le projet de Mafeteng ne faisait pas partie de « toute autre opportunité dans l'énergie renouvelable » après la réalisation de l'accord d'approvisionnement exigée par la clause 18. Compte tenu de cette détermination, le tribunal conclut que le demandeur n'avait pas réussi à démontrer une violation contractuelle de la clause 18 de l'accord par le défendeur. (para. 109).

### L'indemnisation

Le tribunal affirma que le demandeur avait le droit à des dommages-intérêts au titre des violations précédentes, c.-à-d. les dommages découlant de son principal recours ou les pertes de profits dans le recours secondaire (para. 110). L'indemnisation devait permettre au demandeur d'être dans la situation qu'il aurait connu si le défendeur n'avait pas violé les termes de l'accord d'approvisionnement, sans l'exposer de manière négative ou positive aux fluctuations du taux de change entre l'euro et le loti, la devise locale (para. 114.3). Aussi, le tribunal finit par accorder une indemnisation monétaire, tels que fixés par le demandeur, à 50 millions EUR, conformément à la clause 12 de l'accord d'approvisionnement (para. 112).

Le tribunal fixa les intérêts sur l'indemnisation due à un taux de 1,7 % par an, ou 2 328 EUR par jour. S'agissant des intérêts pré-décision, le tribunal considéra qu'ils devaient courir depuis la communication du demandeur au défendeur du 11 mars 2019 concernant les violations, jusqu'à la date de la sentence. Les intérêts pré-décision s'élevaient donc à 754 273 EUR.

*Remarques* : le tribunal était composé d'un arbitre unique, Vincent Maleka SC, nommé par la présidence du Conseil du barreau de Johannesburg. La décision datée du 28 janvier 2020 est disponible sur <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-frazer-solar-gmbh-v-the-kingdom-of-lesotho-arbitration-award-tuesday-28th-january-2020>.

**Anqi Wang** est stagiaire en droit économique international à IISD, et chercheuse doctorante au World Trade Institute de l'Université de Bern (Suisse).



## **Le tribunal du CIRDI de l'affaire *Infito Gold c. Costa Rica* affirme plusieurs recours mais n'accorde pas d'indemnisation. La majorité du tribunal conclu en faveur de violations de la norme TJE, mais les dommages sont trop spéculatifs**

*Infito Gold Ltd. c. Costa Rica, Affaire CIRDI n° ARB/14/5*

**Maria Bisila Torao**

Dans une décision du 3 juin 2021, un tribunal du CIRDI affirmait certains des recours présentés par Infito Gold Ltd. (« Infito »), une entreprise enregistrée au Canada, contre la révocation par le Costa Rica, actée par des mesures judiciaires et exécutives, de la concession d'Infito sur un projet aurifère dans le nord du pays. La majorité du tribunal conclut que l'interdiction minière imposée par le gouvernement et la révocation subséquente de la concession d'exploitation minière aurifère d'Infito équivalaient à des violations de la norme TJE au titre du traité. Toutefois, le tribunal refusa d'accorder des dommages, considérant les conséquences monétaires des pertes d'Infito trop spéculatives pour donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts.

### **Le contexte et les recours**

En mai 2000, le demandeur, Vannessa Ventures Ltd. à l'époque, acquit Infito, qui détenait un permis d'exploration accordée en 1993 pour la zone Crucitas, dans le district de Crutis. Ce permis était valable jusqu'en septembre 1999. Entre 1993 et 2000, Industrias Infito réalisa des forages et des études pour confirmer l'existence et l'étendue du gisement aurifère. Le 17 décembre 2001, Infito obtint sa concession d'exploitation. Entrée en vigueur en 2002, la concession (la concession de 2002) était valable dix ans en comptant les extensions et un renouvellement, et permettait à Infito d'extraire, de transformer et de vendre les métaux extraits de la mine d'or de Crucitas.

Le 13 février 2002, Abel Pacheco, candidat à l'élection présidentielle, adressa au ministère de l'Environnement et de l'Énergie (« MINAE ») une demande de révocation de la concession de 2002. Il prétendait qu'elle était contraire aux intérêts nationaux et menaçait le droit constitutionnel à un environnement sain. Peu après, en avril 2002, les militants environnementaux Carlos et Diana Murillo déposèrent une contestation constitutionnelle, un recours en amparo, contre la résolution accordant la concession de 2002, pour des

raisons environnementales (« le recours en amparo des Murillo »). Plus tard la même année, Pacheco fut élu président du Costa Rica, et déclara, le 5 juin 2002, un moratoire indéfini sur les mines à ciel ouvert (« le moratoire de 2002 »).

Le 26 novembre 2004, la chambre constitutionnelle de la Cour suprême se prononça sur le recours en amparo des Murillo (la « décision constitutionnelle de 2004 »). Elle détermina que la concession de 2002 violait l'article 50 de la constitution, qui garantit le droit à un environnement équilibré et sain, car la concession avait été accordée avant que ne soit approuvée l'Évaluation d'impact environnemental (« l'EIE »). La chambre constitutionnelle conclut que l'octroi de la concession de 2002 violait le droit constitutionnel à un environnement sain, et annula la concession de 2002 « sans préjudices des conclusions [éventuelles] de l'évaluation d'impact environnemental » (para. 83).

Deux ans plus tard, après la prise de fonction du président Óscar Arias en mai 2006, Arias et le MINAE abrogèrent le moratoire de 2002 et accordèrent à Infito une concession d'exploitation (la « concession de 2008 »). Celle-ci était accordée au titre d'un terme administratif national appelé « conversion ». Celle-ci permettait de convertir la concession précédemment annulée en une concession valable, en en créant une nouvelle, plutôt qu'en rétablissant la concession précédente. Plusieurs recours furent déposés contre la concession de 2008, mais en 2010, la chambre constitutionnelle détermina que le projet ne violait pas le droit des requérants à un environnement sain.

Après cela, le 16 avril 2010, le tribunal des contentieux administratifs émit une injonction temporaire bloquant le projet Crucitas. La même année, Arias adopta un moratoire exécutif (le « moratoire Arias »), tout comme le président suivant, Chinchilla (le « moratoire Chinchilla »), entré en fonction le 8 mai 2010 (ensemble, les « moratoires de 2010 »). Essentiellement, ces deux décrets imposaient un moratoire indéfini sur les mines d'or à ciel ouvert, c'est-à-dire les activités utilisant du cyanure et du mercure pour le traitement du minerai.

En décembre 2010, le tribunal des contentieux administratifs émit une décision (la « décision du TCA de 2010 ») annulant la concession de 2008 d'Infito, ainsi que les décisions administratives connexes. Selon lui, la décision constitutionnelle de 2004 révoquant la concession de 2002 entraînait la nullité absolue de la concession, ne permettant donc pas sa « conversion » en la concession de 2008. Aussi, la concession de 2008 ne pouvait être considérée comme représentant un



droit préexistant, et était invalide. Le même mois, le gouvernement costaricien promulgua un amendement au code minier interdisant les mines à ciel ouvert, entré en vigueur en février 2011 (« l'interdiction minière législative de 2011 »). Au titre de cette interdiction, toutes les demandes de concession minière en cours étaient annulées, ce qui empêchait Infinito de demander une nouvelle concession. Par conséquent, le 11 novembre 2011, Infinito demanda à la chambre constitutionnelle de déclarer la décision du TCA de 2010 comme inconstitutionnelle puisque contraire à la décision constitutionnelle de 2010. La chambre administrative de la Cour suprême rejeta la demande de cassation d'Infinito (la « décision de la chambre administrative de 2011 »), et réaffirma les principales conclusions de la décision du TCA de 2010, à savoir l'applicabilité du moratoire de 2002.

Le 9 janvier 2012, le ministère de l'Environnement, de l'Énergie et des Télécommunications (« MINAET ») annula la concession de 2008 d'Infinito (la « résolution du MINAET de 2012 »). Infinito contesta cette décision, mais le 19 juin 2013, la chambre constitutionnelle rejeta la contestation constitutionnelle d'Infinito et affirma que la contestation était irrecevable car la chambre administrative avait déjà rendue une décision (« la décision constitutionnelle de 2013 »).

Au mois de septembre 2015, Infinito avait quitté le site de Crucitas. Peu après, le tribunal des contentieux administratifs ordonna à Infinito, au Système national des zones de conservation, et à l'État de payer 6,4 millions USD à titre de dommages environnementaux dans un délai de 6 mois (la « décision du TCA relatives aux dommages de 2015 »). Toutefois, après plusieurs appels, la chambre administrative de la Cour suprême annula la décision en décembre 2017, considérant qu'elle n'était pas suffisamment motivée.

Entre temps, le 6 février 2014, Infinito déposa une demande d'arbitrage contre le Costa Rica, arguant que la conduite du pays avait violé les articles II(1), II(2), IV et VIII du TBI Canada-Costa Rica. Le demandeur arguait en particulier que la décision du gouvernement d'annuler la concession d'exploitation et d'autres approbations liées au projet, ainsi que les autres mesures adoptées, détruisaient les investissements d'Infinito et ses droits à développer et à commercialiser la mine d'or.

#### **Les parts du demandeur dans Infinito sont un investissement protégé au titre du traité**

Dans le cadre de ses objections à la compétence du tribunal, le Costa Rica arguait que le tribunal n'avait

pas compétence *ratione materiae* et *ratione voluntatis* car la concession n'était pas détenue et contrôlée conformément à la loi costaricienne, comme l'exige le TBI, et que l'investissement avait été obtenu grâce à une conduite malhonnête.

Le demandeur avait présenté une liste des actifs constituant ses investissements (les parts dans Infinito, les sommes investies par le biais de prêts entre ses entreprises, la concession, les droits miniers préexistants, d'autres approbations relatives au projet, les actifs physiques du projet, notamment les infrastructures minières construites à ce jour, ainsi que les actifs intangibles du projet). Le tribunal considéra toutefois que seules les parts dans Infinito constituaient un investissement et permettaient d'établir la compétence du tribunal. Infinito détenait indirectement ces parts par le biais d'une entreprise enregistrée au titre de la loi de la Barbade, Crucitas (Barbados) Limited (para. 176).

#### **La corruption concerne des questions survenues après la réalisation de l'investissement initial**

Le défendeur arguait au début que le tribunal n'avait pas compétence car l'investissement avait été obtenu au moyen de la corruption, puisqu'une enquête pénale dans l'investissement d'Infinito était en cours. Toutefois, après que les cours locales aient déterminé que certaines accusations de corruption étaient prescrites, le Costa Rica retira cette objection pour arguer que la concession de 2008 n'avait pas été accordée conformément aux lois nationales.

Le tribunal rejeta l'objection fondée sur l'illégalité mais considéra que les allégations de corruption soulevaient une question de politique publique internationale, que le tribunal devait examiner *ex officio*. Après analyse, il conclut que rien ne permettait de confirmer que la concession de 2008 avait été obtenue au moyen de la corruption, même si les allégations de corruption étaient avérées. La majorité conclut qu'au titre de la norme de la preuve circonstancielle, qui est une « norme de preuve moins exigeante », elle ne pouvait conclure que la concession était illégale (para. 181).

#### **Les recours des demandeurs ne sont pas prescrits au titre de l'article XII(3)(c) du TBI**

Au titre de l'article XII(3)(c), les investisseurs doivent présenter un différend à l'arbitrage dans les trois ans suivant la date à laquelle l'investisseur a eu, ou aurait dû avoir, pour la première fois, connaissance de la violation, des pertes ou des dommages allégués.

Le Costa Rica argua que les violations alléguées s'étaient cristallisées avant la date limite du 6 février 2011 fixée



par le tribunal. Le recours d'Infito tombait donc en-dehors de la limite temporelle du TBI puisque la date pertinente au sens de l'article XII(3)(c) est lorsque l'investisseur sait que son investissement est sans valeur. Par conséquent, le demandeur ne pouvait invoquer aucune violation, puisque la situation juridique et factuelle soutenant les recours d'Infito avait déjà été façonnée par les événements survenus avant le 6 février 2011, la date limite.

Toutefois, selon la majorité du tribunal, le délai de prescription ne commence à courir que lorsque la violation, en tant que notion juridique, est survenue. En d'autres termes, selon la majorité, le moment auquel la violation intervient « dépendra du moment où un fait ou un ensemble de faits est susceptible de donner lieu à une violation du droit international » (para. 220).

Par ailleurs, la majorité expliqua que, en fonction de la norme violée, la violation et la perte pouvaient coïncider. Elle aborda également le moment de la prise de connaissance des violations et pertes pour chacune des violations mises en avant par Infito (le TJE, l'expropriation, le déni de justice, la protection et la sécurité intégrales). La majorité du tribunal conclut que les recours n'étaient pas prescrits car le demandeur n'avait pas connaissance de la violation et de la perte après la date limite.

#### Le demandeur ne démontre pas de violation composite

Infito prétendait que la violation avait eu lieu par le biais de plusieurs mesures (à savoir la décision de la chambre administrative de 2011, l'interdiction minière législative de 2011, la résolution de MINAET de 2012, et la réouverture de la procédure du TCA pour dommages environnementaux en janvier 2019). La majorité expliqua que les recours d'Infito suggéraient « une série d'actions ou d'omissions définie comme illégale », c.-à-d. une violation composite résultant de l'effet combiné de plusieurs mesures. Toutefois, la majorité du tribunal expliqua également que même si Infito pouvait s'appuyer sur une violation composite, elle n'avait pas suffisamment étayé une telle violation (para. 230).

#### Norme TJE autonome : l'article II(2)(a) du TBI n'est pas limité au droit international coutumier

Alors que le Costa Rica affirmait que le TJE était limité, Infito maintenait qu'au titre du TBI, le Costa Rica aurait dû lui accorder un traitement juste et équitable au titre des principes du droit international. Infito prétendait que le libellé de l'article II, selon son sens

ordinaire, ne limitait pas le TJE à la norme minimale de traitement au titre du droit international coutumier, puisqu'il n'y faisait pas référence.

Appliquant la règle générale d'interprétation, c.-à-d. l'article 31 de la CVDI, la majorité du tribunal confirma l'argument du demandeur. La majorité conclut que l'article II(2)(a) du TBI n'était pas limité à la norme minimale de traitement au titre du droit international coutumier. La majorité expliqua que l'expression « les principes du droit international » ne fait pas référence au droit international coutumier, qui n'est « qu'une source de droit international parmi d'autres, et est distincte des principes généraux » (para. 331-337).

#### Violation du TJE : il se peut que les mesures judiciaires prises par les cours nationales violent la norme TJE au-delà du seul déni de justice

Trois des mesures mises en avant par Infito comme ayant affecté son investissement étaient de nature judiciaire (la décision de la chambre administrative de 2011, la décision constitutionnelle de 2013 et la décision du TCA sur les dommages). Le Costa Rica affirmait que les mesures judiciaires ne pouvaient engager la responsabilité internationale de l'État que si elles équivalaient à un déni de justice puisqu'elles ne peuvent pas violer le droit international. Toutefois, Infito contesta cette interprétation et affirma que ni le TBI ni les Articles de la CDI sur la responsabilité des États n'excluent la responsabilité pour les actes des organes judiciaires qui ne relèvent pas du déni de justice.

Adoptant l'approche de l'affaire *Sistem c. la République kirghize*, la majorité conclut que les décisions des cours nationales n'étaient pas protégées contre l'examen des tribunaux internationaux car ces décisions peuvent priver les investisseurs de leurs droits de propriété, comme si l'investisseur avait été exproprié par décret. Aussi, « les décisions judiciaires qui sont arbitraires, injustes ou contraires aux attentes légitimes d'un investisseur sont aussi susceptibles de violer la norme TJE même si elles n'équivalent pas à un déni de justice » (para. 359).

La majorité du tribunal expliqua en outre que les mesures judiciaires provenaient de l'État, et que le TBI ne fait pas de distinction entre les actes des différentes branches du gouvernement. Avant d'examiner si un déni de justice avait eu lieu, la majorité considéra qu'un déni de justice « peut être de nature procédurale ou substantive, et, dans les deux cas, le déni de justice est le produit d'un échec systémique de l'ensemble du pouvoir judiciaire de l'État d'accueil » (para. 445).





### Pas de déni de justice de nature procédurale ou substantive

Infito affirmait qu'un déni de justice de nature procédurale avait eu lieu car le Costa Rica ne disposait pas de mécanisme chargé de régler les décisions juridiques incohérentes. Selon le demandeur, le principe *res judicata* n'était pas respecté car la chambre administrative n'avait pas respecté une décision précédente émise par la chambre constitutionnelle de la Cour suprême. Le demandeur arguait notamment que la décision de la chambre administrative de 2011, qui réaffirmait la décision du TCA de 2010, n'avait pas annulé certaines conclusions de la décision du TCA qui étaient contraires à la décision constitutionnelle de 2010, qui avait déterminé que la concession de 2008 était conforme à la constitution.

Le Costa Rica nia cet argument. Il prétendait que la décision de la chambre administrative de 2011 était conforme à celle de la chambre constitutionnelle puisque les deux chambres ont un champ d'application et des compétences très différentes, en termes d'appel et d'examen des décisions prises par les cours inférieures.

Le tribunal rejeta l'argument d'Infito et remarqua que l'absence de mécanisme ou d'organe national chargé de gérer les incohérences découlant des décisions rendues par les différentes cours ne pouvait constituer une violation en soi. Il indiqua également qu'Infito avait déjà présenté l'objection fondée sur la *res judicata* aux cours nationales (au TCA et à la chambre administrative, qui l'avaient examinée et rejetée compte tenu du champ de compétence différent). Au titre du droit costaricien, « la compétence de revoir la légalité des actes administratifs relève exclusivement des tribunaux des contentieux administratifs » (para. 447 à 452), tandis que la chambre constitutionnelle n'a examiné que le respect des normes constitutionnelles, sans examiner la légalité de la concession.

Le tribunal conclut qu'il n'existait pas d'incohérence puisque le tribunal national avait correctement évalué l'objection d'Infito fondée sur la *res judicata*. Par ailleurs, le tribunal considéra que l'absence de mécanisme chargé de régler les incohérences n'équivalait pas à un déni de justice car seule l'absence de voies de recours privant un investisseur de la juste opportunité de plaider sa cause ou l'accès impossible à la justice pourrait équivaloir à un déni de justice (para. 483).

De même, Infito affirmait également qu'un déni de justice substantiel avait eu lieu car la décision de la chambre administrative de 2011 équivalait à un tel déni, puisque la cour avait appliqué le moratoire de 2002 au projet Crucitas, violant la loi costaricienne. S'appuyant sur un

rapport d'expert, le demandeur arguait que l'annulation de la concession de 2008 était inappropriée puisqu'Infito disposait de droits acquis au sens du code minier.

Le tribunal rejeta cet argument, considérant que la conversion de la concession était illégale car la chambre constitutionnelle avait annulé la concession de 2002 en 2004, et que cette nullité était absolue. Aussi, après la déclaration de nullité de la chambre constitutionnelle, le droit d'Infito sur la concession d'exploitation avait disparu.

### Les mesures réglementaires qui empêchent de demander une nouvelle concession sont disproportionnées, mais n'entraînent pas de dommages, qui sont trop spéculatifs

La majorité analysa ensuite si les mesures prises par le Costa Rica violaient la norme TJE du TBI.

Infito avait avancé que le Costa Rica avait violé la norme TJE par le biais de plusieurs mesures qui empêchaient Infito de demander une nouvelle concession. Ces mesures étaient l'interdiction minière législative de 2011 et la résolution du MINAET de 2012.

Selon la majorité du tribunal, le Costa Rica avait violé son obligation TJE au titre du traité car il avait privé le demandeur de l'opportunité de demander une nouvelle concession en adoptant l'interdiction minière législative de 2011 et la résolution du MINAET de 2012 qui prolongeait l'application de l'interdiction. La majorité expliqua également que l'interdiction minière législative de 2011 n'était pas injuste ou inéquitable en soi. Toutefois, l'application de l'interdiction au demandeur était injuste car cette application de l'interdiction au projet Crucitas était disproportionnée au regard de l'objectif politique recherché. Elle conclut en outre que même si elle établissait une violation, aucun dommage n'avait été identifié car Infito n'avait présenté aucun dommage quantifiable pour la perte de l'opportunité, et n'avait pas fourni au tribunal les éléments nécessaires à leur calcul (para. 582).

### Le TBI ne prévoit pas d'exception à la responsabilité pour les dispositions environnementales

Le Costa Rica arguait que même s'il avait violé son obligation TJE en raison de l'interdiction minière législative de 2011 et la résolution du MINAET de 2012 qui mettait l'interdiction en œuvre, l'exception environnementale contenue à la section III(1) de l'annexe I du TBI exemptait le Costa Rica de toute responsabilité. Le tribunal étudia donc si la section III(1) du TBI prévoyait une exception à la responsabilité. Utilisant la règle générale d'interprétation (article 31 CVDT), le tribunal interpréta la disposition du traité, et conclut que



la section III(1) du TBI Canada-Costa Rica n'était pas une exception à la responsabilité. Il expliqua en outre que l'expression « toute mesure, compatible avec l'Accord » contenue dans la section III signifie que toutes les mesures visant à garantir que les activités de l'investissement respectent l'environnement doivent également être conformes au cadre de protection de l'investissement du TBI (para. 773). Par conséquent, et d'après certains observateurs, cette disposition ne pouvait pas prévaloir sur les obligations contraignantes du traité.

Le Costa Rica arguait également que les termes « compatible avec l'Accord » de la section III(1) ne s'appliquaient pas aux mesures qu'Infito prétendait contester puisque ces mesures ne faisaient que maintenir des mesures préexistantes qu'Infito ne pouvait contester compte tenu du délai de prescription de trois ans. Le tribunal rejeta cet argument, considérant que ces termes s'appliquaient également aux mesures visant à maintenir ou mettre en œuvre des mesures antérieures.

### Les coûts

Les deux parties cherchaient à obtenir une décision actant le remboursement de l'intégralité des coûts de l'arbitrage. Le demandeur avait demandé que le défendeur paye l'ensemble des dépenses juridiques d'Infito. Ces dépenses totalisaient 2 099 918,27 USD pour la phase juridictionnelle, et 3 513 732,09 USD pour l'examen quant au fond. À l'inverse, les coûts du défendeur s'élevaient à environ 3 millions USD (997 403,63 USD pour les frais et dépenses de la phase juridictionnelle, et 2 016 863,95 USD pour l'examen quant au fond).

Le tribunal indiqua qu'au titre de la convention du CIRDI, il avait toute discrétion s'agissant de la répartition des coûts de l'arbitrage, et remarqua que si Infito avait eu gain de cause dans la phase juridictionnelle, le Costa Rica avait largement gagné dans l'examen quant au fond. Il remarqua également que les parties et leurs avocats avaient mené la procédure de manière coopérative et efficace. Pesant ces éléments, il conclut donc qu'il était juste de diviser les coûts de la procédure à part égale, et que chacune des parties payeraient ses propres frais juridiques.

### L'opinion divergente du Prof. Brigitte Stern

Dans une décision divergente partielle, l'arbitre Brigitte Stern considérait qu'elle aurait atteint la même conclusion s'agissant de l'objection fondée sur le délai de prescription, mais par le biais d'un autre raisonnement. Elle ressentait donc la nécessité d'expliquer son raisonnement, puisqu'elle était d'accord avec la conclusion de l'affaire.

Dans son analyse, Professeure Stern mit l'accent sur la décision de la chambre administrative de 2011, et argua que même si Infito avait identifié un nombre de mesures qu'elle considérait comme violant le TBI, au final, l'argumentation du demandeur reposait sur le fait que la décision de la chambre administrative de 2011 était la principale violation à prendre en compte pour le calcul du délai de prescription (la date limite). Elle remarqua que la première connaissance de la violation ou de la perte avait, à tort, été « métamorphosée en la première connaissance d'une violation intégrale, qui cache, en réalité, la connaissance finale » (opinion divergente, para. 14). Professeure Stern argua en outre que, selon elle, l'interprétation de l'article XII(3)(c) était contraire aux règles d'interprétation de la CVDT. Elle conclut que cet article faisait référence à la date à laquelle un investisseur a eu pour la première fois connaissance d'une violation ou d'une perte, plutôt qu'à la date à laquelle l'existence de la violation et de la perte est finalement connue (opinion divergente, para. 14).

Professeure Stern n'était pas non plus d'accord avec l'analyse de la majorité de la norme TJE, et expliqua que l'article II(2)(a) du TBI était à son sens limité à la norme minimale de traitement au titre du droit international coutumier car il était à la fois fait référence aux « règles du droit international » et aux « principes du droit international ». Pour Professeure Stern, cette mention des deux termes sans autres détails « est insuffisante pour conclure que le TJE doit être interprété selon le droit international tel qu'appliqué entre toutes les nations, ce qui constitue le droit coutumier international » (opinion divergente, para. 81).

Elle nota également que puisque l'analyse de la majorité ne donne pas d'effets à la référence du TBI aux principes du droit international, et la référence au droit international s'en retrouve donc effacée même si le TBI la mentionne spécifiquement ((opinion divergente, para. 84).

*Remarques* : le tribunal était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (présidente, nommée par les parties, de Suisse), de Bernard Hanotiau (nommé par le demandeur, de Belgique) et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de France). La décision du 3 juin 2021 est disponible sur [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3384/DS16472\\_Sp.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3384/DS16472_Sp.pdf)

**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 Málaga.



## RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

### RESSOURCES

#### Rapport de la CNUCED sur les nouveaux All et les processus de réforme des All en 2020–2021 (en anglais)

Disponible [ici](#).

#### Bringing Teeth to Mandatory Business and Human Rights Rules: A Conversation with Rachel Chambers and Anil Yilmaz Vastardis

Disponible [ici](#).

#### Promoting Japanese Private Investments in Africa: A Clash of Interests

Disponible [ici](#).

#### Investors' International Law

Édité par Jean Ho et Mavluda Sattorova, Hart Publishing (2021)

Plus d'informations [ici](#).

#### High-Income Developing Countries, FDI Outflows and the International Investment Agreement Regime

Yoram Z. Haftel, Soo Yeon Kim, et Lotem Bassan-Nygate, *World Trade Review* (août 2021)

Disponible [ici](#).

#### Using Investor–State Disputes Settlement to Enforce International Environmental Commitments

Andie Altchiler, *Pace Law Review* (août 2021)

Disponible [ici](#).

### ÉVÈNEMENTS

#### Forum 2021 de la CNUCED sur l'investissement dans le monde

Événement virtuel, 18 au 22 octobre

Plus d'informations [ici](#).

#### Septième session du groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les entreprises transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme

Genève, 25 au 29 octobre,

Plus d'informations [ici](#).

#### Groupe de travail III de la CNUDCI : réforme du règlement des différends investisseur-État, 41<sup>ème</sup> session

Vienne, 15 au 19 novembre

Plus d'informations [ici](#).

#### 10<sup>ème</sup> forum annuel sur les entreprises et les droits de l'homme

Genève, 29 novembre au 1<sup>er</sup> décembre

Plus d'informations [ici](#).

#### Conférence sur le droit de l'ANU : droit public et inégalité

Faculté de droit de l'ANU à Canberra, 6 au 8 décembre 2021

Plus d'informations [ici](#).



© 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](mailto:zoe.williams@iisd.net)

**Pour souscrire à ITN, veuillez vous rendre à la page: [www.iisd.org/itn/subscribe](http://www.iisd.org/itn/subscribe)**



**Investment Treaty News**



**IISD**

International Institute for  
Sustainable Development