



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

NUMÉRO 5. VOLUME 10. DÉCEMBRE 2019



**La Conférence de haut-niveau de la CNUCED de 2019 :
un nouveau souffle pour la phase 2 de la réforme**

Elisabeth Tuerk et Diana Rosert



**Négociation d'un traité sur les
entreprises et les droits humains :
la lumière au bout du tunnel**

Joe Zhang



**Que peut-on attendre de la session de
janvier 2020 du Groupe de travail III de
la CNUDCI sur la réforme du RDIE ?**

Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Lise Johnson





Sommaire

ARTICLE 1 La conférence de haut-niveau de la CNUCED de 2019 : un nouveau souffle pour la phase 2 de la réforme.....	4
ARTICLE 2 Négociation d'un traité sur les entreprises et les droits humains : la lumière au bout du tunnel.....	9
ARTICLE 3 Que peut-on attendre de la session de janvier 2020 du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE ?.....	12
NOUVELLES EN BREF	17
Le forum des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme souligne l'importance de politiques cohérentes.....	17
Conférence de la CNUCED sur les AII : les discussions sur la facilitation de l'investissement menées à l'OMC figurent au centre de la session en sous-groupe.....	17
Modernisation du TCE : la Conférence de la Charte de l'énergie adopte le mandat, et confirme le lancement des négociations en décembre.....	18
Les dirigeants d'Asie-Pacifique concluent l'accord commercial et d'investissement RCEP, et s'engagent à poursuivre les négociations avec l'Inde.....	19
L'initiative conjointe sur la facilitation de l'investissement vise « un résultat significatif » d'ici à la ministérielle de l'OMC.....	20
Nord Stream 2 : l'altercation avec l'UE portant sur les gazoducs se transforme en un différend au titre du TCE.....	21
SENTENCES ET DÉCISIONS	22
Dommages importants accordés à Perenco pour violation du TJE et expropriation ; l'Équateur reçoit également une indemnisation au titre d'une demande reconventionnelle fondée sur l'environnement...	22
L'objection fondée sur la nationalité dominante et effective prévaut dans un arbitrage au titre de l'ALEAC-RD.....	24
Un tribunal du CIRDI rejette tous les recours d'un investisseur dans le secteur de l'énergie dans une affaire contre l'Italie au titre du TCE.....	26
La Colombie est condamnée à payer plus de 19 millions USD pour avoir frustré les attentes légitimes de Glencore.....	28
Un tribunal de la CNUDCI rejette une affaire contre Maurice pour raisons de compétence, jugeant que les demandeurs n'ont pas d'investissement protégé et ne peuvent importer le consentement à l'arbitrage via la clause NPF.....	30
La défense du Laos prévaut dans ses premières affaires connues de RDIE fondées sur un traité.....	32
Un tribunal détermine que le Pakistan a violé ses obligations sur le TJE, l'expropriation et la non-entrave dans le contexte d'une coentreprise minière avec l'investisseur australien Tethyan Copper Company.....	35
Dans une énième affaire portant sur l'énergie renouvelable, l'Espagne est reconnue coupable de violation du TJE suite à la frustration des attentes légitimes d'investisseurs français et luxembourgeois au titre du TCE.....	37
Bien qu'ils aient donné gain de cause à l'Estonie, les arbitres du CIRDI continuent de s'opposer à la décision de la CJUE sur <i>Achmea</i>	39
RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS	42

INVESTMENT TREATY NEWS

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

Directrice Principale du Groupe - Droit et Politique Économique
Nathalie Bernasconi

Rédacteur en Chef
Martin Dietrich Brauch

Rédactrice, Version Française
Suzy Nikiéma

Rédactrice, Version Espagnole
Marina Ruete

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

Traduction Française
Isabelle Guinebault

Traduction Espagnole
María Candela Conforti

Attachée de presse et de communication
Sofia Baliño

Design (PDF)
PortoDG



LISTE D'ACRONYMES

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



ARTICLE 1

La conférence de haut-niveau de la CNUCED de 2019 : un nouveau souffle pour la phase 2 de la réforme

Elisabeth Tuerk et Diana Rosert



Divers processus de réforme, planifiés ou envisagés, offrent un nouveau souffle aux efforts visant à solutionner les traités vieux de plusieurs décennies qui ne contiennent généralement pas d'éléments orientés vers une réforme. Des pays de tous niveaux de développement et de toutes les régions prennent part à ces processus de réforme des AII.

Lors de la conférence de haut-niveau sur les AII de la CNUCED, tenue le 13 novembre 2019 à Genève, plus de 80 intervenants représentant des gouvernements, des organisations régionales et internationales, des entreprises, la société civile et le secteur académique, ont examiné les progrès atteints dans la réforme des AII, et identifié des voies prometteuses de réforme du régime des AII.

Le bilan de la réforme des AII en faveur du développement durable

En 2017, la CNUCED a lancé ses 10 moyens d'action pour la phase 2 de la réforme des AII, présentant une série d'approche visant à moderniser le stock existant de traités d'ancienne génération. Ces 10 moyens s'appuyaient sur les efforts de réforme menés à l'époque au niveau national et régional ; depuis leur publication, ils ont suscité d'autres efforts de réforme des traités existants, tels que l'interprétation, l'amendement, l'annulation ou le remplacement. La CNUCED a intégré ses outils politiques à l'Ensemble de réformes en faveur du régime international d'investissement

en 2018, dans le but d'aider les décideurs politiques en matière d'investissement à trouver des solutions adaptées pour les phases 1 (les nouveaux traités), 2 (les anciens traités) et 3 (cohérence et synergies, par exemple, avec les lois nationales en matière d'investissement) de la réforme des AII¹.

Les très nombreux exemples nationaux et régionaux récents suggèrent que la réforme des AII est en bonne voie². Parallèlement, le stock d'accords d'ancienne génération représente encore quelques 3 000 traités (dont 85 pour cent encore en vigueur). C'est 10 fois plus que le nombre de nouveaux traités orientés vers une réforme. Quasiment toutes les 70 affaires de RDIE lancées en 2018 étaient fondées sur des traités d'ancienne génération.

Éléments clés de la réforme des AII et des processus de réforme par région

Les discussions dans le cadre des sessions thématiques en sous-groupes ont porté sur quatre objectifs de réforme identifiés par la CNUCED (le matin) et sur les processus de réforme des AII par groupes de pays (l'après-midi).

Les sessions du matin en sous-groupes ont mis l'accent sur les processus multilatéraux portant sur l'élaboration de politiques en matière d'investissement, notamment les processus de « modernisation » du TCE, de réforme du RDIE au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI et d'amendement des règlements du CIRDI, ainsi que les discussions structurées sur la facilitation de l'investissement à l'OMC, les Principes directeurs

¹ CNUCED. (2018). *UNCTAD's reform package for the international investment regime*. Genève : Nations Unies. Tiré de <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition->

² CNUCED. (2019, 2 septembre). *Note du secrétariat de la CNUCED, Évolution récente du régime de l'investissement international : Bilan de l'action menée dans le cadre de la deuxième phase de la réforme (TD/B/C.II/42)*. Genève : Nations Unies. Tiré de https://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciid42_fr.pdf



des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, et le processus d'élaboration d'un traité juridiquement contraignant sur les entreprises et les droits de l'homme. La contribution réelle ou potentielle de ces processus à la réforme des AII a été examinée dans quatre sessions, correspondant aux objectifs clés de réforme identifiés par la CNUCED :

- Préserver le droit de réglementer, tout en apportant une protection
- Réformer le règlement des différends relatifs aux investissements
- Promouvoir et faciliter l'investissement
- Garantir un investissement responsable

Dans le deuxième cycle de discussions, comprenant quatre sessions supplémentaires en sous-groupes l'après-midi, les participants ont abordé les processus nationaux et régionaux de réforme des AII dans les pays en développement, en Afrique et en Asie, dans les pays en transition et dans les pays développés³.

1. Préserver le droit de réglementer, tout en apportant une protection

Les intervenants ont confirmé que la préservation du droit de réglementer restait un objectif majeur de la réforme des AII, et un exercice d'équilibriste. Les pays et les régions ont partagé leurs expériences dans la mise en œuvre ou l'examen de nouvelles approches permettant de préserver cet objectif (par exemple de nouveaux modèles de TBI, une nouvelle législation nationale, l'extinction des traités d'ancienne génération, l'interprétation et l'amendement des traités). Les circonstances spécifiques d'un pays ou d'une région ont eu une influence sur le choix de la méthode de réforme et les difficultés en découlant. Une attention particulière a été portée à la modernisation du TCE, qui pourrait potentiellement contribuer aux efforts de réforme de la phase 2. Des représentants de la société civile prenant part aux discussions se sont dits sceptiques quant au processus

de réforme du TCE et ont suggéré des actions de réforme plus profondes. L'urgence d'actions en faveur du climat a également influencé les débats. Une poignée d'intervenants a indiqué qu'en plus des traités d'investissement, les contrats investisseur-État méritaient également l'attention du groupe puisqu'ils ont également des effets sur le droit de réglementer.

2. Réformer le règlement des différends en matière d'investissement

Les intervenants ont largement reconnu la nécessité d'améliorer le règlement des différends relatifs à l'investissement. Plusieurs pays prenant part aux discussions avaient développé des méthodes de réforme du RDIE au niveau national ou régional, et prenaient part à des processus multilatéraux de réforme (par exemple à la CNUDCI et au CIRDI).

Certains intervenants ont marqué une préférence pour une réforme institutionnelle large ou « systémique », par exemple en suivant les propositions visant à établir une cour des investissements ou un mécanisme d'appel. D'autres ont plaidé pour une modernisation « progressive » (par exemple par l'amélioration des procédures arbitrales de RDIE dans des traités individuels), même si la différence n'était pas toujours claire. Les questions de la prévisibilité et la cohérence des sentences de RDIE, de l'indépendance et l'impartialité des arbitres, des coûts des affaires de RDIE et de la transparence des procédures ont été fréquemment mentionnées.

Plusieurs intervenants se sont dits préoccupés par les effets adverses des affaires de RDIE sur les pays en développement, notamment la contestation des mesures politiques et les sentences assorties de dommages, et par la nature asymétrique de l'arbitrage investisseur-État. Quelques-uns ont remis en question les avantages du RDIE et suggéré des réformes plus profondes pour réorienter le régime des AII en faveur du développement durable. À cet égard, l'une des voies possibles mentionnée consiste à remettre l'accent sur les systèmes juridiques nationaux, notamment sur l'obligation d'épuiser les voies de recours internes.

³ Le présent article met en avant une sélection de points abordés par les intervenants lors de la Conférence de haut-niveau de la CNUCED sur les AII de 2019 (les déclarations écrites sont disponibles sur <https://investmentpolicy.unctad.org/pages/1056/high-level-ii-a-conference-2019-speakers-and-co-chairs>), et résumés par les rapporteurs lors de la plénière de clôture (l'enregistrement audio est disponible sur https://conf.unog.ch/digitalrecordings/index.html?guid=public/60.2172/417FB8A4-94FE-441A-BD82-790FDBC5FEE9_15h09&position=0). Le programme et les informations connexes sont disponibles sur <https://investmentpolicy.unctad.org/pages/1047/high-level-ii-a-conference-2019>

⁴ CNUCED. (2017, mai). *Menu d'action globale pour la facilitation des investissements*. Genève : Nations Unies. Tiré de <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/148/unctad-global-action-menu-for-investment-facilitation>



3. Promouvoir et faciliter l'investissement

Les intervenants ont partagé leurs expériences dans la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir et faciliter l'investissement (par exemple les guichets uniques et les points de contact pour les investisseurs), tirées du Menu d'action globale de la CNUCED pour la facilitation des investissements⁴.

"L'urgence d'actions en faveur du climat a également influencé les débats. Une poignée d'intervenants a indiqué qu'en plus des traités d'investissement, les contrats investisseur-État méritaient également l'attention du groupe puisqu'ils ont également des effets sur le droit de réglementer."

Les intervenants ont abordé de nombreuses questions liées aux discussions structurées sur la facilitation de l'investissement (FI) à l'OMC, comme par exemple : la transparence des discussions et l'accès à l'information pour les parties-prenantes et entités qui ne sont pas membres de l'OMC, les préoccupations spécifiques des pays en développement, l'accord de l'OMC sur la facilitation des échanges, les obligations en matière d'accès aux marchés, les différences entre les échanges de marchandises et l'investissement étranger, l'utilité des principes directeurs par rapport aux instruments juridiquement contraignant, et l'alignement des outils de FI sur les ODD.

Il a été noté que la FI est largement absente des AII. D'aucuns ont questionné la contribution concrète qu'un éventuel cadre de l'OMC sur la FI pourrait apporter à la modernisation des AII d'ancienne génération, et indiqué que d'autres recherches et discussions sur l'interaction d'éventuelles règles FI de l'OMC avec les clauses et la réforme des AII étaient nécessaires. Les études et analyses empiriques et d'impact des mesures de FI pourraient également s'avérer utiles.

4. Garantir un investissement responsable

Le point de départ de cette session était l'obligation au titre des ODD d'intensifier les travaux en matière d'investissement responsable, notamment dans le contexte de la réforme des AII. Alors que de nombreux processus nationaux et internationaux d'élaboration des politiques intégraient les ODD et

normes ou principes connexes sur l'investissement responsable, les AII étaient vus comme en retard (malgré quelques exceptions, telles que le modèle de TBI de la SADC). Des progrès apparaissent par le biais de clauses innovantes dans les modèles d'AII, les traités existants et les cadres nationaux, dans les pays en développement et développés.

D'aucuns ont noté l'importance de tenir compte des interactions croissantes entre divers domaines politiques, et de permettre une certaine marge d'expérimentation politique. Le processus d'élaboration d'un traité contraignant sur les entreprises et les droits humains pourrait être un exemple de décloisonnement.

La question de la responsabilité de l'investisseur dans les AII pourrait bénéficier de la reconnaissance que bon nombre d'entreprises intègrent des objectifs en matière de responsabilité, et plaident pour des règles plus claires et cohérentes permettant à tous de faire jeu égal. Les travaux de la CNUCED sur les rapports sur le développement durable par les entreprises, en lien avec le programme sur les Normes internationales de comptabilité et de publication (ISAR), pourraient y contribuer.

5. Les pays en développement : l'Afrique

La session sur les processus de réforme des AII en Afrique a fourni de très nombreux exemples de pays et d'organisations régionales qui conçoivent, de manière proactive, des instruments politiques visant à encourager le développement durable et les investissements de qualité. Il s'agissait par exemple de nouvelles lois nationales sur l'investissement et initiatives régionales, notamment le Code panafricain d'investissement et les négociations du Protocole sur l'investissement de l'ALE panafricain. Plusieurs

"Quelques-uns ont remis en question les avantages du RDIE et suggéré des réformes plus profondes pour réorienter le régime des AII en faveur du développement durable. À cet égard, l'une des voies possibles mentionnée consiste à remettre l'accent sur les systèmes juridiques nationaux, notamment sur l'obligation d'épuiser les voies de recours internes."



processus visent également à rendre les politiques nationales, régionales et continentales plus cohérentes.

Les quatre objectifs clés de la réforme des AII abordés lors du premier cycle de sessions avaient de nouveau une place de choix. S'agissant de la phase 2, les intervenants ont noté que les traités vieux de plusieurs décennies présentaient d'importantes difficultés pour les pays africains et les exposaient au RDIE. Un pays, l'Afrique du Sud, a pris l'initiative de mettre fin à ses TBI et d'adopter une nouvelle législation nationale.

Certains ont souligné l'importance pour les pays de s'appropriier les processus de réforme menés en Afrique, et de concevoir leurs propres approches de la politique d'investissement, en lien avec leurs priorités de développement, tout en bénéficiant du soutien d'organisations et de groupes de réflexion, notamment la CNUCED et IISD.

6. Les pays en développement : l'Asie

Les intervenants considéraient que les domaines clés de réforme identifiés par la CNUCED étaient importants pour élaborer un régime des AII davantage axé sur le développement durable. Plusieurs pays d'Asie ont récemment revu leurs traités, adopté de nouvelles approches ou élaboré de nouveaux modèles. Certains ont déjà commencé à renégocier ou à amender les traités d'ancienne génération. Un pays, l'Inde, a éteint ses traités existants dans le but d'en négocier de nouveaux. Généralement, la région faisait preuve de plus de retenue à l'heure de signer des AII aujourd'hui, qu'il y a quelques décennies. Les intervenants ont remarqué que les engagements des pays au titre des traités qui, parfois, se chevauchent dans la région Asie-Pacifique, et l'absence d'efforts de consolidation, posent des problèmes (par exemple dans le contexte du RCEP ou du CPTPP).

D'aucuns ont mentionné qu'il était parfois difficile de renégocier les traités avec les pays partenaires et de coordonner ces processus au sein du pays. La CNUCED et d'autres doivent poursuivre leurs travaux pour identifier des manières de moderniser, conjointement, l'important stock d'anciens traités.

7. Les économies en transition

Les efforts de réforme des AII que les pays des Balkans occidentaux mènent s'inscrivent dans le contexte spécifique de l'engagement de la région avec l'UE. Les intervenants ont fait part des caractéristiques et difficultés communes de la réforme des AII, à l'heure où tous mènent actuellement un

examen approfondi. La discussion s'est ensuite tournée vers les perspectives d'adhésion à l'UE et la coopération de la région sur les questions connexes. L'un des objectifs centraux est d'aligner les cadres et traités sur l'approche de l'UE. Certains pays ont révisé leurs AII et décidé de ne pas signer de nouveaux traités jusqu'au parachèvement d'autres processus, tels que le développement d'un nouveau modèle.

Les intervenants ont fait référence aux effets de la décision sur *Achmea* sur les TBI intra-UE⁵, et à un éventuel instrument permettant de les éteindre. Cette question figure parmi les priorités des pays de la région qui ont signé de nombreux TBI avec les États membres de l'UE, qui pourraient devenir des TBI intra-UE au moment de leur adhésion. Ils considèrent également le TCE comme une question digne d'intérêt.

"Il a été noté que la FI est largement absente des AII. D'aucuns ont questionné la contribution concrète qu'un éventuel cadre de l'OMC sur la FI pourrait apporter à la modernisation des AII d'ancienne génération, et indiqué que d'autres recherches et discussions sur l'interaction d'éventuelles règles FI de l'OMC avec les clauses et la réforme des AII étaient nécessaires."

L'une des options pourrait consister à renégocier les traités existants conclus avec des pays tiers qui ne seront certainement pas couverts par les négociations avec l'UE. Toutefois, il s'est avéré difficile de se mettre d'accord sur ce point avec les pays partenaires, notamment s'agissant de la succession d'États aux traités, en particulier pour les pays d'ex-Yougoslavie.

8. Les pays développés

Les intervenants ont donné des exemples de la manière dont leurs pays et régions utilisaient largement tous les outils de réforme disponibles pour les phases 1 et 2, notamment ceux identifiés par la CNUCED, comme par exemple les interprétations

⁵ Affaire 284/16 République Slovaque c. Achmea EU:C:2018:158, jugement, 6 mars 2018. Tiré de <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0284&lang1=en&type=TEXT&ancre>



conjointes, la modification ou le remplacement de traités obsolètes, la consolidation des TBI existants par le biais de traités plurilatéraux, et l'insertion de références aux normes mondiales. Les participants aux discussions se sont demandés si les chapitres sur l'investissement étaient nécessaires dans les accords entre pays développés. Ils ont également examiné la réforme du règlement des différends relatifs à l'investissement aux niveaux bilatéral et multilatéral. Plusieurs intervenants ont indiqué que leurs pays ou régions appliquaient une approche nuancée du RDIE, par exemple en incluant des améliorations et ajustements de la procédure, en remplaçant le RDIE par un tribunal permanent, ou, dans certains cas, en excluant le RDIE. Les pays prenant part aux débats ce jour participaient par ailleurs aux travaux du Groupe de travail III de la CNUDCI, au processus d'amendement des règlements du CIRDI ainsi qu'aux travaux d'autres forums, tels que la Coopération économique pour l'Asie-Pacifique (APEC) et l'OCDE.

Conclusions

Bon nombre de décideurs politiques et de négociateurs de traités connaissent bien les différents types d'outils de réforme à leur disposition. Toutefois, des difficultés persistantes au niveau de pays individuels et de régions, ainsi qu'aux niveaux transrégional et multilatéral, ralentissent la phase 2 de la réforme des AII. Si certains processus multilatéraux ont le potentiel de contribuer aux résultats de la phase 2, de tels effets ne sont pas nécessairement automatiques. En outre, tous les processus multilatéraux présentés ne promettent pas nécessairement des contributions concrètes aux résultats de la phase 2 axés sur le développement durable. Pour intensifier et accélérer la phase 2 de la réforme des AII, de nouveaux mécanismes et méthodes seront peut-être nécessaires, et il faudra notamment veiller à surmonter les obstacles à la réforme.

"la CNUCED compléter[a] ses bases de données existantes par la création d'un navigateur sur les actions de réforme des AII par pays et région (le navigateur sur la réforme des AII), un projet pilote fondé sur les résultats de recherche tirés des Rapports sur l'investissement dans le monde de la CNUCED."

Les décideurs politiques en matière d'investissement et négociateurs de traités de toutes les régions ont indiqué que les outils politiques de la CNUCED sur la réforme des AII, ses bases de données sur les AII et le RDIE (les « navigateurs »), l'assistance technique qu'elle apporte (notamment en matière de facilitation de l'investissement), ainsi que les débats multipartites et intergouvernementaux qu'elle organise, constituent des aides précieuses à la conception et la mise en œuvre d'actions de réforme des AII adaptées aux circonstances des pays.

Dans ses remarques de conclusion, le Directeur de la Division de la CNUCED sur l'investissement et les entreprises a annoncé que la CNUCED compléterait ses bases de données existantes par la création d'un navigateur sur les actions de réforme des AII par pays et région (le navigateur sur la réforme des AII), un projet pilote fondé sur les résultats de recherche tirés des **Rapports sur l'investissement dans le monde** de la CNUCED. Le navigateur sur la réforme des AII pourrait faciliter l'apprentissage par les pairs entre les décideurs politiques et offrir une plateforme pour l'identification de partenaires de réforme en adéquation.

D'autres travaux seront menés, sous la forme d'un projet commun avec d'autres organisations, sur les enseignements tirés (éventuellement les choses à reproduire, et celles à éviter) de la réforme mondiale des conventions fiscales pouvant être appliqués à la réforme des AII. Un examen approfondi de l'instrument multilatéral développé dans le contexte du projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (projet BEPS) dans le but de mettre à jour les règles fiscales internationales pourrait contribuer à la réforme des AII d'ancienne génération.

Auteurs

Elisabeth Tuerk est la responsable de la section de la CNUCED sur les AII. **Diana Rosert** est chargée des affaires économiques à la section de la CNUCED sur les AII.

Les points de vue exprimés dans le présent article sont ceux des auteurs et ne reflètent pas nécessairement ceux de la CNUCED.



ARTICLE 2

Négociation d'un traité sur les entreprises et les droits humains : la lumière au bout du tunnel

Joe Zhang



Préambule: la crise de l'eau en Argentine

Au début des années 1990, dans le cadre du processus de nationalisation de ses services d'eau, l'Argentine accorda de nombreuses concessions à des investisseurs étrangers pour la fourniture de services d'eau et d'assainissement dans une grande partie du pays¹. Alors que planait la menace de la crise économique de 2001, mettant en danger la santé et l'environnement des communautés locales vivant dans une extrême pauvreté, l'Argentine adopta une série de mesures visant à préserver un apport suffisant en eau.

Suite à cela, les opérations d'une grande partie de ces projets connurent d'importantes difficultés. Une série d'investisseurs étrangers lança des procédures de RDIE contre l'Argentine, réclamant des dommages pour les violations alléguées de plusieurs traités d'investissement conclus par l'Argentine avec leurs pays d'origine ; bon nombre d'entre eux reçurent des réparations, s'élevant de quelques dizaines à plusieurs centaines de millions USD².

Dans l'une de ces affaires, *Urbaser c. Argentine*³, l'Argentine

chercha également à obtenir réparation de ces investisseurs, en déposant une demande reconventionnelle à leur rencontre fondée sur les allégations d'abus des droits humains qu'ils auraient commis contre des citoyens argentins. Même si le tribunal avait affirmé sa compétence sur la demande reconventionnelle, et bien qu'il conclut que non seulement les États, mais aussi les individus et autres parties privées, avaient une obligation de s'abstenir de commettre des actes en violation des droits humains⁴, le tribunal n'avait pas été en mesure de trouver d'obligation positive au titre du droit international qui exigerait des investisseurs « d'aligner leurs politiques avec le droit international des droits humains »⁵. Compte tenu des développements récents dans le droit international des droits humains, les tribunaux pourraient bientôt bénéficier de plus d'orientations et d'une clarification des obligations des investisseurs au titre du droit international.

La cinquième session du GTI

En 2014, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a établi le Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée (le GTI) sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits humains. Ce groupe de travail est chargé « d'élaborer un instrument juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits humains, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises »⁶.

⁴ Faisant référence à une obligation de s'abstenir, telle qu'une interdiction de commettre des actes en violation des droits humains », le tribunal affirma qu'« une telle obligation peut être immédiatement appliquée, non seulement aux États, mais aussi aux individus et autres parties privées ». Id., para. 1210. Pour une analyse détaillée de l'affaire *Urbaser*, voir Schacherer, S. (2018, octobre). *Urbaser c. Argentine*. Dans N. Bernasconi-Osterwalder & M. D. Brauch (Eds.), *Droit international de l'investissement et développement durable : principales affaires des années 2010* (25–30). Genève : IISD. Tiré de <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment-law-sustainable-development-ten-cases-2010s.pdf>

⁵ Id., para. 1195.

⁶ Conseil des droits de l'homme (2014, 14 juillet). *Résolution 26/9 Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme* (A/HRC/RES/26/9). Tiré de http://ap.ohchr.org/documents/dpage_f.aspx?si=A/HRC/RES/26/9. Pour les articles précédents d'ITN sur le processus de négociation, voir Zhang, J., & Abebe, M. (2017, décembre). Le parcours d'un Traité contraignant sur les droits humains : déjà trois ans... où va-t-il mener ? *Investment Treaty News*, 8(4), 3–4. Extrait de <https://www.iisd.org/itm/fr/2017/12/21/the-journey-of-a-binding-treaty-on-human-rights-three-years-out-and-where-is-it-heading-joe-zhang-and-mintewab-abebe/> ; Zhang, J. (2015, novembre). Lancement des négociations d'un traité contraignant relatif aux entreprises et aux droits humains, *Investment Treaty News*, 6(4), 10–11. Extrait de <https://www.iisd.org/itm/en/2015/11/26/negotiations-kick-off-on-a-binding-treaty-on-business-and-human-rights>

¹ Alcazar, L. ; Abdala, M. & Shirley M. (2000, avril). *The Buenos Aires water concessions* (Document de travail de recherche politique de la Banque mondiale n° 2311). Tiré de <http://documents.worldbank.org/curated/en/718361468769245711/pdf/multi-page.pdf>

² Voir par exemple, *Azurix c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/12 ; *Suez c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/17 ; *SAUR c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/04/4 ; et *Impregilo c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/17, toutes disponibles sur <http://www.italaw.com>

³ *Urbaser c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, Décision, 8 décembre 2016, para. 1110 et seq. Tiré de https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf



Le Groupe de travail s'est réuni pour sa cinquième session du 14 au 18 octobre 2019 à Genève, comptant avec la participation active de plus de 400 représentants, notamment les délégués de plus de 90 gouvernements, ainsi que des représentants d'organisations internationales, d'institutions des droits humains et d'organisations de la société civile.

Avant la session, le président du groupe de travail avait diffusé un projet révisé d'Instrument juridiquement contraignant (IJC)⁷. Sur la base de cette version, qui contient des « améliorations révolutionnaires »⁸ par rapport au précédent projet de texte⁹, les délégués gouvernementaux ont réalisé et examiné de nombreuses propositions au cours de la session.

Par exemple, s'agissant de la portée (art. 3), les participants ont échangé leurs points de vue quant à savoir s'il fallait étendre l'IJC pour couvrir « toutes les activités commerciales », qu'elles soient de nature transnationale ou non. S'agissant du droit des victimes (art. 4), les participants se sont attelés à délimiter la portée que l'IJC devrait avoir tout en garantissant un accès significatif à ces protections, et ont notamment discuté de l'accès aux preuves et du renversement de la charge de la preuve, entre autres questions de procédure.

L'article 5 du projet révisé d'IJC exige des États qu'ils adoptent des mesures pour veiller à ce que les entreprises fassent preuve de diligence raisonnable à l'heure de prévenir les abus des droits humains découlant de leurs propres activités commerciales ou de leurs « relations contractuelles »¹⁰. Certains ont

plaidé pour peaufiner davantage cet article afin que la disposition reflète précisément les réalités commerciales dynamiques à l'ère des chaînes de valeurs mondiales. D'autres ont suggéré qu'il fallait davantage encourager les entreprises à faire preuve de diligence raisonnable, par exemple en leur offrant la possibilité d'invoquer le respect de leur obligation de diligence raisonnable comme défense dans une éventuelle procédure à leur encontre, ou en renversant la charge de la preuve sur la victime une fois que des preuves *prima facie* de diligence raisonnable sont établies.

S'agissant de la responsabilité juridique (art. 6), de la compétence (art. 7) et du droit applicable (art. 9), les participants n'étaient pas d'accord quant au fait que l'IJC pouvait offrir des pistes innovantes aux principes juridiques de longue date entérinés dans les lois nationales de bon nombre de pays où des abus des droits humains sont commis. Ces questions incluent par exemple la compétence extraterritoriale, les principes généraux du droit des entreprises et la responsabilité pénale des personnes légales.

Lien entre le droit international des droits humains et le droit international de l'investissement

Les rédacteurs de l'IJC sont bien conscients que les décisions telles que celle rendue par le tribunal de l'affaire Urbaser sur la demande reconventionnelle de l'Argentine peuvent sérieusement saper l'efficacité du futur IJC. Après tout, s'agissant des questions essentielles telles que la norme de protection, la responsabilité juridique, l'obligation de diligence raisonnable et la compétence, peu importe les règles dont conviendront les États au terme de longues négociations, celles-ci ne seront d'aucune utilité pour les communautés affectées si les arbitres décident de ne pas les appliquer.

Au fil des années, les tribunaux d'investissement ont étendu la portée de l'application des traités d'investissement et des chapitres sur l'investissement contenus dans les ALE, et ont interprété les obligations des États de manière très large. Et généralement, ils ont fait cela en totale isolation d'autres domaines du droit international. Cela a contribué à une fragmentation accrue du cadre du droit international régissant les activités transnationales d'investissement¹¹.

⁷ GTI. (2019). *Projet révisé d'un instrument juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises*. Tiré de https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.

⁸ Lopez, C. (2019, octobre). Le projet révisé de traité sur les entreprises et les droits humains : améliorations révolutionnaires et perspectives encourageantes. *Investment Treaty News*, 10(4), 11–14. Tiré de <https://www.iisd.org/itn/fr/2019/10/02/the-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-ground-breaking-improvements-and-brighter-prospects-carlos-lopez/>

⁹ GTI. (2018, juillet 16). *Avant-projet d'un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'Homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises*. Tiré de <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. Pour une analyse de l'avant-projet, voir Lopez, C. (2018). Vers une convention internationale sur les entreprises et les droits humains. *Investment Treaty News*, 9(3), 13–16. Tiré de <https://www.iisd.org/itn/fr/2018/10/17/toward-an-international-convention-on-business-and-human-rights-carlos-lopez/>

¹⁰ GTI, supra note 6, art. 5(3)(a). Le terme de « relation contractuelle » ne reflète pas précisément l'intention des rédacteurs. Comme l'a expliqué le président, l'objectif est d'étendre l'obligation de diligence raisonnable au-delà des seules activités propres à une entreprise, pour couvrir également les actes de ses filiales et fournisseurs. Il a été suggéré de remplacer l'expression par « relation commerciale ».

¹¹ Pour une analyse du processus de prise de décision des tribunaux d'investissement, voir Van Harten, G. (2018, mai). Leaders in the expansive and restrictive interpretation of investment treaties: A descriptive study of ISDS awards to 2010, *European Journal of International Law*, 29(2), 507–549. Tiré de <http://www.ejil.org/pdfs/29/2/2877.pdf>



Pour y remédier, l'article 12 de l'IJC tente d'offrir des orientations aux États parties et futurs interprètes du texte quant à la relation de l'instrument avec d'autres sources du droit international. L'article 12(6) précise notamment que « tout accord bilatéral ou multilatéral, ... sur les questions pertinentes pour le présent (Instrument juridiquement contraignant) et ses protocoles, devra être compatible et interprété conformément aux obligations [des parties] au titre du présent (Instrument juridiquement contraignant) et de ses protocoles ». Cela permet de garantir que les effets de l'IJC s'étendent à l'interprétation d'autres traités, ou même aux cours ou tribunaux internationaux, lorsqu'ils examineront des questions portant sur les entreprises et les droits humains. S'il est correctement mis en œuvre, il garantira une application plus inclusive, solidaire et moins fragmentée du droit international, et sera particulièrement important lorsque des systèmes juridictionnels contraignants seront en place.

"Au fil des années, les tribunaux d'investissement ont étendu la portée de l'application des traités d'investissement et des chapitres sur l'investissement contenus dans les ALE, et ont interprété les obligations des États de manière très large. (...) Pour y remédier, l'article 12 de l'IJC tente d'offrir des orientations aux États parties et futurs interprètes du texte quant à la relation de l'instrument avec d'autres sources du droit international."

Pour veiller au succès de cette disposition, il serait toutefois utile de créer un processus permettant d'identifier les accords et domaines du droit pour lesquels l'IJC pourrait être pertinent, et les critères pour une telle identification. Cela pourrait être fait soit dans le texte du traité lui-même, ou par le biais d'un commentaire ou d'une note interprétative élaboré plus tard. Par ailleurs, afin de veiller à une interprétation cohérente et prévisible, il est également recommandé d'établir un mécanisme permettant à un panel d'experts

d'émettre des interprétations contraignantes sur des questions liées aux droits humains et reflétant la volonté mutuelle des États parties. L'IJC pourrait aller encore plus loin et permettre aux États parties, par le biais d'arrangements institutionnels tels qu'un panel d'experts indépendants préétabli, de mener des missions d'enquête et d'apporter une aide professionnelle aux arbitres, en fonction de la complexité d'une affaire.

Conclusion

Jusqu'à présent, une grande partie des discussions portant sur les préoccupations liées au régime actuel des droits humains et au régime du droit international de l'investissement est menée dans des enceintes distinctes. Les négociations actuelles sur l'IJC offrent une rare opportunité de rompre les silos et de rassembler ces deux mondes pour développer un ensemble de règles internationales juridiquement contraignantes capables de contribuer à un cadre international juridique et de gouvernance harmonisé, en faveur du développement durable.

Le groupe de travail recevra des commentaires et suggestions de texte sur le projet révisé d'IJC jusqu'à la fin du mois de février, après quoi le président préparera une deuxième révision du projet, qui sera examinée lors de la sixième session du groupe de travail, fin 2020.

Joe Zhang est conseiller juridique principal auprès du Groupe droit et politique économiques de IISD.

ARTICLE 3

Que peut-on attendre de la session de janvier 2020 du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE ?

Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Lise Johnson



En Janvier 2020, le Groupe de travail III (GT III) de la CNUDCI se réunira à Vienne pour œuvrer sur l'éventuelle réforme du RDIE. Il s'agit de la sixième réunion d'une semaine tenue par le GT III sur la question depuis juillet 2017, moment où l'organe directeur de la CNUDCI a donné au GT III un large mandat sur la question, suite au mécontentement général avec le RDIE. Cet article examine les développements issus de la dernière session en date du GT III d'octobre 2019, et met en lumière les principales questions pertinentes pour la session de janvier et au-delà.

1. Les réunions tenues à ce jour

À ce jour, dans le cadre de ces délibérations, le GT III a identifié un large éventail de préoccupations liées au RDIE, regroupées sous quatre catégories générales : (1) les coûts et la durée des procédures ; (2) l'absence de constance, de cohérence, de prévisibilité et de régularité des décisions arbitrales ; (3) les arbitres et les décideurs ; et (4) le financement par des tiers. Le GT III s'est mis d'accord sur le fait de chercher des solutions de réforme au plan multilatéral pour toutes ces préoccupations¹.

¹ Brauch, M. D. (2018, 21 décembre). Une réforme multilatérale du RDIE est souhaitable : compte rendu de la réunion de la CNUDCI à Vienne, et comment se préparer à la réunion d'avril 2019 à New York. *Investment Treaty News*, 9(4), 4-7. Tiré de <https://www.iisd.org/itn/ft/2018/12/21/multilateral-isds-reform-is-desirable-what-happened-at-the-uncitral-meeting-in-vienna-and-how-to-prepare-for-april-2019-in-new-york-martin-dietrich-brauch>

Les délégués ont également identifié un ensemble de questions transversales à prendre en compte à l'heure d'élaborer des solutions de réforme, notamment :

- des méthodes alternatives de règlement des différends relatifs à l'investissement, ainsi que des méthodes préventives des différends
- l'épuisement des voies de recours internes
- les conséquences pour les tierces-parties, et le rôle de la participation des tierces-parties
- les obligations des investisseurs et les demandes reconventionnelles
- le gel réglementaire
- les dommages-intérêts².

À sa réunion d'octobre 2019, le GT III a entamé la phase 3 fondamentale de son mandat, au cours de laquelle les délégués s'attèleront à développer des solutions pour recommandation à la CNUDCI. Les phases 1 et 2 ont mis l'accent sur l'identification des préoccupations, et sur l'évaluation du degré d'engagement multilatéral souhaitable pour les résoudre. La phase 3 permettra de délimiter la portée et la profondeur des changements effectivement recherchés.

2. Les résultats de la réunion d'octobre 2019

2.1. La planification du travail

La 38ème session, tenue en octobre 2019, a commencé par l'élaboration d'un programme de travail, c'est-à-dire un calendrier approximatif pour l'examen des questions et l'élaboration des solutions de réforme. Lors de cette réunion d'octobre, le GT III a convenu de mettre l'accent sur (1) un éventuel centre consultatif

² Pour une discussion sur ces questions, voir le Centre Columbia sur l'investissement durable (CCSI), l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED) et l'Institut international pour le développement durable (IISD). (2019, 15 juillet). *UNCITRAL working group III on ISDS reform: How cross-cutting issues reshape reform options*. Tiré de <https://www.iisd.org/sites/default/files/uploads/uncitral-submission-cross-cutting-issues-en.pdf>



ou autre(s) mécanisme(s) d'assistance, (2) les codes de conduites et (3) le financement par les tiers. Lors de sa réunion de janvier 2020, le GT III mettra l'accent sur un (4) mécanisme autonome de réexamen ou d'appel, (5) un TMI permanent et (6) la sélection et la nomination des arbitres et des juges. Et finalement, en avril 2020, le GT III discutera d'un ensemble de questions, notamment la prévention et l'atténuation des différends ; l'interprétation des traités par les États ; le cautionnement (ou la garantie) pour frais ; les recours abusifs ; les procédures multiples y compris les demandes reconventionnelles ; les pertes par ricochet et les recours des actionnaires ; et un(des) éventuel(s) instrument(s) pour la mise en œuvre des solutions de réforme ; il examinera également comment planifier ses futurs travaux³.

2.2. Davantage de points de vue, les questions évoluent

La session d'octobre s'est démarquée notamment par le fait que les États ont mis l'accent sur deux questions qui ne figuraient pas dans le catalogue de préoccupations liées au RDIE établi auparavant par le Secrétariat de la CNUDCI : le financement par des tiers et les dommages-intérêts⁴. Elles ont toutefois gagné en importance tout au long du processus au fur et à mesure que les délégués, notamment les gouvernements de pays en développement, exprimaient leurs préoccupations⁵.

En octobre 2019, le GT III a chargé le Secrétariat de mener d'autres recherches sur le financement par des tiers, et d'élaborer un projet de texte pouvant être intégré aux règlements d'arbitrage, aux traités ou aux conventions multilatérales dans le but d'en restreindre ou d'en réglementer la pratique⁶. Si certaines délégations ont souligné l'importance d'élaborer des solutions en coordination avec le CIRDI, d'autres ont insisté sur le fait que les problèmes identifiés et les options de réforme proposées dans le cadre du processus de la

CNUDCI étaient plus larges que dans celui du CIRDI, impliquant que les résultats de la CNUDCI ne devaient pas nécessairement être liés à ceux du CIRDI. S'agissant des dommages-intérêts, les délégués avaient fait part en avril 2019 de leurs préoccupations quant à leur calcul et montants, et les ont réitérés à l'occasion de la réunion d'octobre 2019⁷. Même si certains se sont demandés si ces questions relevaient du mandat du GT III, le groupe a malgré tout chargé le Secrétariat d'étudier la possibilité de mener des travaux sur les dommages-intérêts⁸.

3. Ce que l'on peut espérer de la session de janvier

D'après le programme de travail, la session de janvier 2020 procèdera « à l'examen des options de réforme suivantes : i) mécanisme autonome de réexamen ou d'appel ; ii) tribunal multilatéral permanent des investissements ; et iii) sélection et nomination des arbitres et des juges »⁹. L'examen de ces options offrent aux gouvernements et autres parties-prenantes l'opportunité d'étudier les éléments nécessaires, à l'heure actuelle, à un mécanisme de règlement des différends relatifs à l'investissement, et le type de système de règlement des différends qui réponde au mieux à ces besoins. Certaines des questions pertinentes pour ce cadre plus large sont brièvement présentées ci-après.

3.1. Mécanisme autonome de réexamen ou d'appel

Plusieurs pays ont exprimé leur désir de discuter de la possibilité de créer un mécanisme d'appel, outil qui permettrait notamment d'atteindre les objectifs potentiellement contraires de réduire l'absence de cohérence et de régularité des décisions RDIE. Ce mécanisme pourrait étudier les demandes d'appel découlant du régime existant de RDIE fondé sur l'arbitrage, ainsi que d'un nouveau système de RDIE ou tribunal permanent¹⁰.

Dans ce contexte, les délégués examineront si, dans quelle mesure, et dans quelles circonstances, un mécanisme d'appel pourrait répondre à leurs préoccupations, et s'efforceront aussi d'identifier et d'éviter toute conséquence involontaire et indésirable. S'il existe une myriade de questions pratiques et

³ CNUDCI. (2019, 23 octobre). *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019)* (A/CN.9/1004), para. 25, 27 et 104. Tiré de <https://undocs.org/fr/A/CN.9/1004>

⁴ Certaines notes précédentes du secrétariat faisaient brièvement référence au financement par des tiers, mais ne dressaient pas la liste des préoccupations connexes qui ont depuis été soulevées dans les discussions du GT III. Voir CNUDCI. (2017, 18 septembre). *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)* (A/CN.9/WG.III/WP.142), para. 44. Tiré de <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.142>

⁵ L'évolution des discussions sur le financement par des tiers se trouve dans les rapports sur les réunions du GT III, de la 34^{ème} à la 38^{ème} session, tous disponibles sur https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state

⁶ CNUDCI (2019), *supra* note 3, para. 97.

⁷ CNUDCI (2019), *supra* note 3, para. 24.

⁸ CNUDCI (2019), *supra* note 3, paras. 102–104.

⁹ CNUDCI (2019), *supra* note 3, para. 25.

¹⁰ Le Secrétariat de la CNUDCI est en train de préparer un document sur les mécanismes de réexamen, d'appel et de cour multilatérale, sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.185. Au moment d'écrire ces lignes, ce document n'était pas encore disponible.



politiques à aborder, certaines questions fondamentales concernent la portée et l'objet du réexamen, l'équilibre entre le contrôle exercé par les États et le contrôle exercé par un organe d'appel, ainsi que les effets sur le régime de RDIE existant.

a. La portée et l'objet du réexamen

L'une des critiques du RDIE est que les mécanismes existants de réexamen sont trop limités. Dans ce contexte, les États examineront de nouveaux motifs permettant de justifier un réexamen final ou interlocutoire. Par exemple, dans quelle mesure les États sont-ils préoccupés par les abus de pouvoir discrétionnaire commis par les tribunaux, leurs interprétations erronées du droit international et leurs erreurs de fait, notamment à l'heure d'évaluer le droit national ?

La nature de ces préoccupations indiquera le type de réexamen qui permettra à la fois de corriger les affaires individuelles, et d'envoyer un message fort aux arbitres et juges pour éviter toute erreur future. Si les délégations ont par exemple le sentiment que les tribunaux ont commis des erreurs à l'heure d'interpréter le droit national, comment peuvent-elles concevoir un mécanisme de réexamen permettant d'identifier et de corriger ces erreurs ? Ce mécanisme de réexamen approprié sera-t-il toujours de nature internationale ? Ou, pour certaines questions, sera-t-il assimilé aux cours, ou aux experts techniques et agents gouvernementaux de l'État d'accueil ou des parties au traité ?

D'autres critiques concernent les questions de cohérence, qu'il s'agisse de la cohérence des décisions au titre d'un traité, entre différents traités d'investissement, entre différents domaines du droit international, et avec les politiques des États et leur interprétation de leurs traités¹¹. Tous les mécanismes de réexamen ne répondront pas de la même manière aux divers types d'incohérences. Par exemple, un mécanisme d'appel fort et indépendant vis-à-vis de ses États parties pourrait réussir à harmoniser la jurisprudence relative aux normes de protection de l'investissement entre les divers traités d'investissement et avec d'autres domaines du droit international. Mais les résultats n'en seraient pas nécessairement compatibles avec l'interprétation par les États de leurs traités.

Comme le montrent en partie les développements autour de l'organe d'appel de l'OMC, il sera important de tenir compte de la relation souhaitée entre les pouvoirs politique et judiciaire à l'heure d'interpréter et d'appliquer les traités. Il sera tout aussi important d'identifier les mécanismes de correction de la trajectoire qui seraient souhaitables et disponibles si un ou plusieurs États (ou partie-prenantes) considéraient que les décisions rendues par le mécanisme d'appel empiétaient sur leur compétences d'élaboration du droit.

b. Équilibre entre le contrôle exercé par les États et le contrôle exercé par un organe d'appel s'agissant de l'exécution

Des questions connexes découlent de la relation entre la décision révisée et son exécution et contestation postérieures au niveau national. Le produit d'une procédure d'appel internationale serait-il, à l'instar d'une décision du CIRDI, relativement protégé de tout réexamen ultérieur par les cours nationales ? Ou existera-t-il des motifs au titre desquels les cours du siège de la décision RDIE ou du pays d'exécution pourraient vérifier que le jugement ou la décision en appel sont conformes aux lois impératives ou aux politiques publiques ? À supposer que le mécanisme de réexamen n'étudie pas si ses décisions sont cohérentes avec la politique publique de l'État exécutoire, les États sont-ils disposés à abandonner ce motif de réexamen, même s'il est rarement fructueux, aux fins d'améliorer la finalité des décisions révisées ?

c. Relation entre un mécanisme d'appel, un organe de RDIE permanent et les mécanismes de RDIE existants

D'autres questions importantes se posent, de savoir si un mécanisme de réexamen serait capable de fonctionner en relation avec le RDIE ad hoc. Le fait de créer un mécanisme d'appel positionné au-dessus des arbitrages ad hoc pourrait répondre aux préoccupations récurrentes du RDIE, mais laisserait inchangés certains éléments clés du système actuel. Par exemple, cette structuration pourrait ne pas régler des questions telles que celles liées à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres, aux incitations à des interprétations élargies des normes de compétence et de fond et aux coûts des procédures.

3.2. Tribunal permanent multilatéral de l'investissement

Plusieurs délégations, menées par l'UE et ses États membres, souhaitaient discuter du concept de TMI. À la différence d'un mécanisme d'appel, pour les États signataires, un nouveau tribunal remplacerait le

¹¹ Voir Johnson, L. et Sachs, L. (2019). *Inconsistency's many forms in investor-state dispute settlement and options for reform*. Tiré de <http://ccsi.columbia.edu/2018/11/27/inconsistencys-many-forms-in-investor-state-dispute-settlement-and-implications-for-reform>



système ad hoc actuel de RDIE. Dans ce contexte, les principales questions portent sur le statut juridique et la compétence, la relation avec les autres normes et institutions juridiques, et la structure d'un mécanisme à deux niveaux lorsque les parties souhaitent pouvoir réexaminer les décisions.

a. Le statut juridique et la compétence

Ici, les délégués examineront par exemple si un TMI ne devrait se consacrer qu'aux seules affaires de RDIE. S'agissant d'un projet de droit international très ambitieux, il sera politiquement difficile de plaider en faveur de la création d'un tribunal spécial qui octroie des privilèges juridiques à un tout petit groupe d'acteurs – les investisseurs étrangers – ce qui est préoccupant. Tout comme le fait d'offrir des solutions incomplètes, ou pire, erronées. Les différends relatifs à l'investissement sont généralement des affaires complexes, découlant et ayant des effets sur des questions bien plus larges que celles examinées dans le cadre du RDIE, et qui impliquent tout un éventail de parties-prenantes.

Par contre, pour éviter la myopie institutionnelle, un TMI pourrait être conçu pour avoir compétence sur d'autres types de recours liés à l'investissement, notamment, par exemple, les affaires entre États, les affaires civiles contre les investisseurs, et certains types d'affaires contractuelles. La capacité des tierces parties intéressées ou affectées d'intervenir pour protéger leurs droits et intérêts¹² relève également des questions de compétence et de portée, tout comme la capacité du défendeur de présenter des demandes reconventionnelles.

Les détails de ces questions, notamment l'éventail de causes d'action qu'un tribunal peut entendre et les types de différends sur lesquels il pourrait avoir compétence, pourraient ne pas être abordés en janvier. Le GT III pourrait cependant prendre des mesures intermédiaires, par exemple convenir en principe d'adopter une approche large du règlement des différends relatifs à l'investissement, qui ne se limite pas aux affaires portant sur la protection de l'investissement, et qui soit conçue pour veiller à ce que les droits et intérêts des non-parties ne soient pas négativement affectés.

¹² Pour une discussion approfondie sur les questions liées aux droits et intérêts des tierces parties dans le contexte du RDIE et des options de réforme, voir par exemple, CCSI, IIED et IISD. (2019, 15 juillet). *Third-party rights in investor-state dispute settlement: Options for reform*. Tiré de <https://www.iisd.org/sites/default/files/uploads/uncitral-submission-third-party-participation-en.pdf>

b. Relation avec d'autres normes et institutions juridiques

D'autres considérations portent sur la manière dont un TMI pourrait interagir avec d'autres normes et institutions aux niveaux national et international. Le système pourrait, par exemple, intégrer des mécanismes de renvoi pour veiller à une profonde compréhension et cohérence avec d'autres sources de droit, telles que le droit international du travail, des droits humains et de l'environnement, et le droit national. Cela permettrait de répondre aux préoccupations liées au fait que les décisions portant la protection de l'investissement se fondent presque exclusivement sur le droit des investissements, sans tenir dûment ou correctement compte des normes d'autres sphères.

D'autres considérations encore sont liées au rôle de l'éventuel nouveau TMI vis-à-vis du droit national. Certaines délégations ont mis en avant la nécessité de veiller à ce que le RDIE soit une voie de recours exceptionnelle, à invoquer en dernier ressort¹³. Compte tenu de cet objectif, quels principes de complémentarité et de subsidiarité la conception de ce tribunal pourrait-elle intégrer, et comment les mettre en pratique ?

c. Combiner une cour permanente avec un mécanisme d'appel

La proposition de l'UE en faveur d'un TMI suggère une institution à deux niveaux, comprenant un tribunal de première instance, et un mécanisme d'appel. Le GT III pourrait examiner le raisonnement sous-jacent, aller au-delà de l'expérience menée à l'OMC et considérer la structure d'autres tribunaux, y compris des tribunaux dans le domaine des droits humains, tels que la Cour européenne des droits de l'homme et la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme.

¹³ Des commentaires en ce sens ont été réalisés, par exemple par la Colombie lors de la 38^{ème} session (l'après-midi du 14 octobre). D'autres observations pertinentes soutenaient l'épuisement des voies internes de recours, et ont été réalisées par exemple lors de la 38^{ème} session par plusieurs gouvernements (la Colombie, l'Indonésie, la République dominicaine et le Sri Lanka, entre autres), et discutées lors de la troisième réunion intersession en Guinée, et ont également été soulignées dans des communications écrites, notamment dans celles de l'Afrique du Sud, de l'Indonésie, du Mali et du Maroc. Les communications écrites et le rapport de la réunion intersession tenue en Guinée sont disponibles sur https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state. Les enregistrements audio sont disponibles sur <https://uncitral.un.org/fr/audiorecordingstemporary>



3.3. La sélection et la nomination des arbitres

La question de la sélection et de la nomination des arbitres recoupe de nombreuses questions, telles que celles portant sur l'indépendance, l'impartialité, la qualité, les compétences et d'autres caractéristiques souhaitables chez les arbitres ; garantir la diversité (de genre, de nationalité, culturelle et socio-économique) ; et équilibrer les qualités, potentiellement contradictoires, d'indépendance et de redevabilité¹⁴. Le GT III examinera certainement ces questions pour chacun des scénarii envisagés : au titre de l'arbitrage investisseur-État existant, d'un mécanisme d'appel ou d'un TMI.

Chacun de ces scénarii générera des questions et réponses se chevauchant, mais aussi bien distinctes. Par exemple, il sera pertinent d'examiner le problème des casquettes multiples dans tous les scénarii, mais l'obligation de ne pas avoir d'autres activités professionnelles ne serait pertinente que pour les arbitres à temps plein. La méthode de sélection et de nomination des arbitres variera d'une option à l'autre. Par conséquent, les discussions devront aborder les questions fondamentales telles que l'importance contestée de l'autonomie des parties dans la nomination des arbitres, la conception et l'utilisation de listes d'arbitres, les options pratiques pour la nomination et la sélection, et les termes de rôles plus permanents¹⁵.

Même les arbitres d'un tribunal ou d'un mécanisme d'appel pourraient être soucieux de leurs perspectives professionnelles en tant qu'avocat ou qu'arbitre de RDIE à l'expiration de leur mandat. Il sera donc important pour le GT III d'envisager également des périodes de repos ou d'autres approches pour répondre aux préoccupations concernant les incitations financières qui poussent, ou sont perçues comme poussant, les arbitres à préférer des interprétations des dispositions du traité favorables aux demandeurs.

4. Conclusion

Le GT III de la CNUDCI offre aux pays une plateforme pour discuter de la réforme du règlement investisseur-État de manière créative. La réunion de janvier 2020 sera une opportunité capitale pour les délégués de démontrer si, et comment, ils sauront saisir l'occasion et pousser en faveur d'un réel changement.

Auteurs

Nathalie Bernasconi-Osterwalder dirige le Programme Droit et politique économiques à IISD, et Directrice exécutive de IISD Europe à Genève.

Lise Johnson est responsable du Programme Droit et politique de l'investissement au CCSI. Les auteures tiennent à remercier Martin Dietrich Brauch et Brooke Skartvedt Guven qui ont révisé ce projet de texte et apporté de précieux commentaires.

¹⁴ Pour de plus amples détails sur cette question et d'autres, voir par exemple, CNUDCI. (2019, 31 juillet). *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : Sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE (A/CN.9/WG.III/WP.169)*. Tiré de <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.169> ; Larsson, O., Squatrito, T., Stiansen, Ø., et St John, T. (2019, 17 septembre). *Selection and appointment in international adjudication: Insights from political science* (Note conceptuelle 2019/10 du Forum académique sur le RDIE). Tiré de <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/papers/larsson-selection-and-appointment-isds-af-10-2019.pdf>

¹⁵ Pour d'autres discussions sur certaines des questions et options, voir par exemple les sources citées *id.*



NOUVELLES EN BREF

Le forum des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme souligne l'importance de politiques cohérentes

Du 25 au 27 novembre 2019, le bureau du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a accueilli à Genève en Suisse, le [forum 2019 des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme](#). Au titre de son mandat, ce forum est chargé de discuter des tendances et des difficultés de mise en œuvre des [Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme \(PDNU\)](#), d'identifier les bonnes pratiques et de promouvoir le dialogue et la coopération en la matière.

L'édition 2019 du forum a attiré plus de 2 400 participants. Suite au message lancé par le forum en 2018, appelant les gouvernements à intensifier leurs actions et rôle moteur, le forum 2019 a mis l'accent sur la nécessité pour tous les gouvernements de démontrer les progrès accomplis, leurs engagements et plans pour mettre les PDNU en pratique.

Les PDNU ont reçu l'approbation du Conseil des droits de l'homme il y a plus de huit ans, et comptent plus de 30 principes expliquant plus avant les engagements, contraignants ou non, déjà pris par les États dans d'autres contextes, tout en s'abstenant de fixer de nouvelles prescriptions. Ces principes ne s'adressent pas uniquement aux gouvernements, mais aussi aux entreprises, compte tenu des cadres juridiques nationaux et internationaux relatifs aux droits de l'homme qui s'appliquent déjà aux entreprises opérant dans les territoires nationaux.

Le thème du forum était « Il est temps d'agir : les gouvernements catalyseurs du respect des droits de l'homme par les entreprises ». Les délégués, représentant des gouvernements, des entreprises, des organisations de la société civile et des groupes affectés, ont passé les [trois jours du forum à débattre ouvertement de solutions pratiques](#).

Rappelant que le respect des PDNU implique des gouvernements qu'ils établissent des mesures obligatoires ou volontaires aux niveaux national et international, les participants ont examiné le rôle que les gouvernements peuvent jouer pour encourager les entreprises à respecter

les droits humains, partagé les meilleures pratiques en la matière et identifié les futures possibilités d'amélioration et les opportunités immédiates d'agir.

Tout au long des sessions, et comme l'indique le [dernier rapport](#) du Groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme, la cohérence des politiques a été identifiée comme l'un des éléments fondamentaux de la mise en œuvre effective des PDNU. Les déclarations faites au cours des sessions sont disponibles [ici](#).

Conférence de la CNUCED sur les AII : les discussions sur la facilitation de l'investissement menées à l'OMC figurent au centre de la session en sous-groupe

La Conférence de haut-niveau sur les AII de la CNUCED, qui s'est tenue à Genève, en Suisse, en novembre 2019, comprenait une session dédiée à la facilitation et la promotion de l'investissement. Les participants y ont largement mis l'accent sur une initiative soutenue par plus de 90 membres de l'OMC et visant à élaborer un cadre multilatéral sur la [facilitation de l'investissement](#). (*Note de l'éditeur : pour une mise à jour détaillée de l'ensemble de la Conférence de haut-niveau sur les AII, voir l'article de fond connexe dans ce numéro d'ITN*).

Les discussions structurées pour un cadre multilatéral sur la facilitation de l'investissement menées par plusieurs membres de l'OMC ont été largement débattues.

Lors de la session de la CNUCED, certains participants ont mentionné cet éventuel cadre multilatéral comme une opportunité utile de tirer les enseignements des négociations de l'Accord de l'OMC sur la facilitation des échanges (AFE) et de les adapter à l'investissement. D'autres se sont demandés si l'OMC était l'enceinte appropriée pour de telles discussions, et si des



disciplines contraignantes assujetties au mécanisme de règlement des différends de cette organisation ne s'avèreraient pas contreproductives.

L'ambassadrice d'Afrique du Sud auprès de l'OMC, Xolelwa Mlumbi-Peter, a relevé que différents membres de l'OMC auront différents niveaux de capacité de mise en œuvre de certaines des disciplines actuellement examinées dans le cadre des discussions structurées. Elle a par exemple indiqué que son pays avait mis en place des guichets uniques pour la facilitation de l'investissement aux niveaux national et régional, mais que tous ne disposaient pas des mêmes capacités, ce qui serait un problème à l'heure de respecter les mêmes engagements au titre de l'OMC.

Samira Slejmanovic, la responsable du département en charge des relations commerciales bilatérales auprès du ministère de Bosnie-Herzégovine pour le Commerce extérieur et les Relations économiques, figurait parmi les intervenants de la session. Elle s'est demandé si l'on pouvait établir un lien clair entre l'AFE, qui vise à réduire le fardeau administratif et à rationaliser les procédures de douane pour les biens échangés internationalement, et la facilitation de l'investissement, qui porte sur une gamme de questions plus large. Elle a également souligné la nécessité d'améliorer la transparence du processus de l'OMC, et mis en garde contre les chevauchements potentiels avec les travaux réalisés à la CNUCED.

Kinda Mohamadieh, conseillère juridique et chercheuse travaillant pour Third World Network à Genève, a soulevé des préoccupations connexes. Elle a fait état de la large portée des questions abordées dans le cadre de l'initiative sur la facilitation de l'investissement. Elle a également indiqué que si l'AGCS de l'OMC avait adopté l'approche de la liste positive, où les membres peuvent choisir quels secteurs des services seront assujettis aux engagements au titre du club mondial du commerce, l'approche actuelle dans la facilitation de l'investissement semble être celle d'une liste négative. Elle a souligné qu'il était essentiel également de mieux cibler les mesures liées à l'investissement pour atteindre les objectifs de développement durable.

Matthew Stephenson, responsable politique et communautaire sur le commerce et l'investissement auprès du Forum économique mondial, a quant à lui décrit certains travaux actuellement menés par son organisation avec des entreprises de pays en développement dans le but de mieux comprendre quelles mesures de facilitation de l'investissement sont efficaces pour atteindre les objectifs fixés, tout en soutenant

également le développement durable.

Opeyemi Abebe, conseillère en matière de compétitivité commerciale auprès du Secrétariat du Commonwealth, a noté que si le Commonwealth n'a pour le moment pas de position spécifique sur les discussions structurées, il suit le processus de près. Elle a également indiqué qu'au cœur des discussions devrait figurer le développement durable, et a averti que ce dernier risquait de disparaître si un cadre multilatéral sur la facilitation de l'investissement voyait le jour à l'OMC.

Modernisation du TCE : la Conférence de la Charte de l'énergie adopte le mandat, et confirme le lancement des négociations en décembre

Le 6 novembre 2019, la Conférence de la Charte de l'énergie a confirmé que son groupe de travail sur la modernisation tiendrait sa première réunion le 12 décembre 2019, lançant le processus de révision du TCE, vieux de plusieurs décennies.

La décision précisant la date de lancement et le mandat inclut également un calendrier indicatif pour les cycles de négociation suivants. Ceux-ci sont prévus en avril, en juillet et en octobre 2020, après quoi la Conférence se réunira en décembre 2020 pour dresser un bilan. Chaque réunion durera quatre jours et les documents de négociation ne seront pas publics, même si de brefs résumés publics seront émis après chaque réunion, si les parties en conviennent. Outre la réunion de décembre 2019 prévue en Albanie, le lieu des prochaines réunions n'est pas encore confirmé.

Ces nouvelles interviennent un mois à peine après que la Conférence de la Charte de l'énergie ait diffusé un document de 57 pages présentant les options politiques qui seront soumises à examen dans les discussions à venir sur la modernisation, et regroupant les contributions des signataires du TCE quant à la manière dont l'accord devrait évoluer, le cas échéant.

Les points de vue qui y sont exprimés sont variés. Certains signataires, comme le Japon, ont suggéré qu'il



n'était pas nécessaire de modifier les termes du TCE. D'autres, tels que l'UE (conformément à ses **directives de négociation**) ont proposé une série détaillée de modifications, et ont suggéré que la modernisation du traité régissant les questions de l'énergie pourrait également inclure les modifications éventuelles au droit et à la politique de l'investissement abordées dans d'autres enceintes, telles que le Groupe de travail III de la **CNUDCI** sur la réforme du RDIE. Cinq signataires – l'Albanie, l'Azerbaïdjan, l'UE, le Luxembourg et la Turquie – font spécifiquement référence à la nécessité de mettre le TCE en conformité avec les objectifs climatiques découlant de l'Accord de Paris.

Le document est structuré en plusieurs sections, notamment des déclarations liminaires de certains signataires. Il contient également des sections dédiées à divers sujets, présentant un degré d'ambition variable : l'on en trouve sur la phase pré-investissement, le droit de réglementer, la clause NPF, une précision de l'expression « la protection et sécurité les plus constantes », l'indemnisation des pertes, la clause parapluie, le refus d'accorder des avantages, les transferts liés aux investissements, les pertes frivoles, la transparence, le cautionnement pour frais, l'évaluation du montant des dommages, le **financement par des tiers**, le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises, l'accès à l'infrastructure, et la relation juridique entre le TCE et les membres d'une organisation d'intégration économique régionale (OIER).

Les discussions s'attèleront également à déterminer si certaines dispositions du TCE sont obsolètes et devraient être tout bonnement biffées ou modifiées, puis à détailler les diverses dispositions considérées comme obsolètes et à suggérer des approches pour y remédier.

D'autres sections du document sont dédiées à la définition de certains termes du TCE, comme par exemple charte, activité économique du secteur de l'énergie, investissement, investisseur, TJE, expropriation indirecte, transit, et les principes de fixation des droits de douanes et autres.

Ces sections sont structurées sur la base de la **liste de sujets de discussion pour le processus de modernisation adoptée en novembre 2018**, et chacune inclut tous les points soulevés par des signataires, leurs raisonnements et leurs propositions de modification.

Les dirigeants d'Asie-Pacifique concluent l'accord commercial et d'investissement RCEP, et s'engagent à poursuivre les négociations avec l'Inde

Les dirigeants des 15 pays prenant part aux négociations du **Partenariat économique régional global (RCEP)** ont annoncé le 4 novembre 2019 avoir conclu un accord qui régira les échanges et l'investissement dans une grande partie de la région Asie-Pacifique. L'Inde ne s'est toutefois pas jointe à l'accord, sans écarter pour autant la possibilité de le faire ultérieurement.

« Nous avons constaté que 15 pays prenant part au RCEP ont conclu les négociations fondées sur un texte pour l'ensemble des vingt chapitres, et pour la quasi-totalité des questions relatives à l'accès aux marchés ; et vont mener à bien l'examen juridique en vue d'une signature en 2020 », indiquent les dirigeants dans une **déclaration conjointe**, tout en précisant qu'ils continueront de travailler avec l'Inde dans l'espoir que le pays rejoigne un jour l'accord.

Les vingt chapitres du RCEP incluent divers aspects des échanges de biens et de services, ainsi que le commerce électronique, la concurrence, l'investissement, la propriété intellectuelle, les marchés publics, la coopération économique et technique, ainsi que les petites et moyennes entreprises.

Le texte complet de l'accord n'est pas encore public, mais il **sera publié** une fois signé. Des résumés de son contenu ont été diffusés par certains gouvernements parties. D'après **un aperçu** fourni par le ministère australien des Affaires étrangères et du Commerce, l'accord inclurait plusieurs dispositions visant à faciliter l'investissement, même si l'on ne sait pas encore ce que cela recouvre. D'autres aspects connus de l'investissement incluent le traitement NPF pour les investisseurs étrangers, ainsi que des dispositions relatives à la protection de l'investissement, telles que la norme TJE et l'obligation de réparation en cas de conflit ou d'expropriation.

Ces résumés indiquent que « [l]e RCEP préservera le droit des parties de réglementer dans les domaines particulièrement sensibles. Les parties conserveront la possibilité détenue actuellement de réglementer aux fins d'objectifs de bien-être public importants, tels que la santé publique ».

Fait important, le RCEP ne devrait pas inclure de mécanisme de RDIE, et la question reste soumise aux



discussions des membres à l'avenir.

L'Inde a indiqué qu'elle restait intéressée par l'accord et n'a pas écartée la possibilité de poursuivre les négociations avec les autres pays, tout en se disant préoccupée par le libellé actuel de l'accord qui pourrait porter atteinte à l'économie nationale et donner lieu à des « déficits commerciaux intenable ».

Plusieurs dirigeants des pays du RCEP ont fait part de leurs espoirs qu'à terme, la version finale de l'accord inclue l'Inde, compte tenu de l'importance commerciale et stratégique de lier ces économies.

Les négociations du RCEP ont débuté en 2012 et représenté 28 cycles de négociation, ainsi que plusieurs réunions intersessions et ministérielles, en plus des rencontres des dirigeants. Les pays prenant part à l'initiative incluent les dix membres de l'Association des nations d'Asie du Sud-Est (ANASE) et leurs six partenaires aux ALE, à savoir l'Australie, la Chine, la Corée du Sud, l'Inde, le Japon, et la Nouvelle-Zélande.

L'initiative conjointe sur la facilitation de l'investissement vise « un résultat significatif » d'ici à la ministérielle de l'OMC

L'initiative conjointe sur l'élaboration d'un cadre multilatéral sur la facilitation de l'investissement, menée par 92 membres de l'OMC, a franchi une nouvelle étape, et compte désormais avec plusieurs nouveaux participants ; elle intensifie également ses travaux en vue de la réunion-bilan de décembre. Le coordonnateur du groupe, qui a publiquement rendu compte en octobre des résultats des réunions de janvier-juillet 2019, a indiqué que les participants s'attelaient à obtenir « un résultat significatif » d'ici à la 12^{ème} Conférence ministérielle (CM12) de l'organe commercial mondial, prévue à Noursoultan, au Kazakhstan.

Le groupe des Amis de la facilitation de l'investissement pour le développement (AFID), qui a contribué au lancement de l'initiative et regroupe certains pays en développement membres de l'OMC, a tenu une session lors du Forum public de l'OMC en octobre 2019 dans le but de faire le point sur les discussions. À cette occasion, le nouveau coordonnateur du groupe, Eduardo Gálvez du Chili, a indiqué aux membres du public que le groupe

visait « un résultat significatif » d'ici à juin 2020, sans en dire davantage. Gálvez a ajouté que certains membres de l'OMC qui n'étaient pas encore signataires de l'initiative conjointe se disaient intéressés, et certains avaient même réalisé d'importantes contributions aux discussions.

Lors de la « mini-ministérielle » qui s'est tenue en novembre à Shanghai, plusieurs membres de l'OMC ont rejoint l'initiative conjointe, portant le nombre total de membres d'un peu plus de 70 à 92 ; un représentant chinois a par ailleurs indiqué aux participants à la Conférence de haut-niveau de la CNUDCI sur les AII, qui s'est tenue le même mois, que 4 nouveaux membres devraient bientôt se joindre à l'initiative. Gálvez a également indiqué que la réunion de Shanghai marquait une étape importante, tout comme la réunion-bilan de décembre à Genève, et l'occasion de mieux apprécier la teneur du résultat envisagé pour la CM12. Un tel cadre impliquerait des disciplines contraignantes pour les signataires.

L'initiative conjointe a été lancée lors de la Conférence ministérielle de l'OMC de décembre 2017, à Buenos Aires. Le groupe a consacré les sept premiers mois de l'année à discuter de plusieurs exemples de mesures de facilitation de l'investissement et d'autres mesures éventuellement applicables, ce qui a donné lieu à un « recueil d'exemples fondés sur des textes », ainsi qu'à un document de travail préparé par le coordonnateur sortant du groupe, Juan Carlos González, l'ambassadeur colombien auprès de l'OMC à l'époque. L'accès à ces deux documents sur le portail en ligne de l'OMC est actuellement restreint.

Les exemples examinés incluent la législation nationale, certains aspects des traités bilatéraux d'investissement, les dispositions relatives aux services incluses dans des accords régionaux et ALE, et dans l'Accord de l'OMC sur la facilitation des échanges.

D'ici à décembre 2019, le groupe mène toute une série de réunions thématiques portant sur les différentes sections du document de travail ; il s'est déjà réuni les 17 et 18 octobre, le 31 octobre et 1er novembre et les 25 et 26 novembre, et se retrouvera de nouveau à l'occasion de la réunion-bilan des 12 et 13 décembre.

Le document de travail, qui sert de base à cette étape des travaux, est composé de sept sections : la première et la dernière concernent la portée et les principes généraux, ainsi que les arrangements institutionnels et les dispositions finales. Les cinq autres sections concernent « [la] transparence et prévisibilité des mesures concernant les investissements ; [la]



simplification et accélération des procédures et prescriptions administratives ; les types de mécanismes – point de contact/point de coordination/ médiateur, pour améliorer la coordination nationale et la coopération transfrontières ; [le] traitement spécial et différencié pour les pays en développement et les pays les moins avancés Membres ; les questions transversales », d'après le calendrier proposé.

Nord Stream 2 : l'altercation avec l'UE portant sur les gazoducs se transforme en un différend au titre du TCE

Les tensions couvant de longue date au sujet de deux nouveaux gazoducs devant acheminer du gaz naturel depuis la Russie jusqu'en Allemagne se sont intensifiées ces derniers mois, après que l'entreprise gazière Nord Stream 2 ait déposé une notification d'arbitrage contre l'UE au titre du TCE le 26 septembre 2019. L'entreprise conteste une série de modifications apportées aux réglementations existantes de l'UE et annoncées il y a 2 ans, et qui, d'après elle, porte atteinte aux investissements de l'entreprise pour plusieurs raisons.

Nord Stream 2, détenue par l'entreprise gazière russe Gazprom, mais dont le siège se trouve dans la ville suisse de Zoug, souhaite construire deux gazoducs destinés à compléter les gazoducs actuels construits au titre du projet Nord Stream original. Près de 2 000 km de gazoducs ont déjà été construits dans la mer baltique, d'après une annonce d'août 2019 sur le site internet de l'entreprise.

S'ils sont parachevés, ces gazoducs permettront d'acheminer le gaz naturel russe directement dans le nord de l'Allemagne sans passer par la Pologne et par l'Ukraine, puisque les gazoducs devraient être construits sous l'eau, et non sur terre.

D'après les extraits de la notification d'arbitrage transmis à la presse, Nord Stream 2 prétend que la décision européenne de réviser sa directive sur le gaz du troisième paquet énergie il y a deux ans viole la norme TJE au titre du TCE, puisqu'elle applique aux gazoducs des pays tiers entrant le marché de l'UE les mêmes réglementations qu'aux gazoducs internes. L'entreprise prétend également que ce traitement est discriminatoire.

Les révisions affecteront les portions du gazoducs situées dans les eaux territoriales européennes, et Nord Stream 2 n'a pas la possibilité de négocier une période de sursis pour le respect de ces modifications compte tenu de la date de lancement des opérations prévue.

« Nord Stream 2 AG a maintenant décidé de demander au tribunal arbitral de déterminer que l'Union européenne a violé ses engagements internationaux au titre du [traité] et d'ordonner l'UE de mettre fin à cette violation », a indiqué Sebastian Sass au nom de l'entreprise, d'après ses déclarations à plusieurs média. Notons que l'entreprise a déposé une requête similaire à l'encontre du parlement et du conseil européens auprès de la CJUE, demandant l'annulation des modifications.

La Commission européenne avait, quant à elle, auparavant décrit la décision de réviser la directive sur le gaz, qui concerne les gazoducs entrant et opérant sur le marché européen, comme « ne visant pas à empêcher la construction de nouveaux gazoducs », en réponse aux questions de savoir si la décision était liée aux plans de Nord Stream 2. Bruxelles a indiqué que la situation avec l'entreprise était un exemple parmi tant d'autres démontrant la nécessité de « certitude juridique » en la matière compte tenu des divers cadres réglementaires précédemment impliqués.

Ces développements interviennent alors que les membres du TCE s'apprêtent à démarrer les négociations sur la modernisation de l'accord vieux de plusieurs décennies, et qui a fait face à de nombreuses critiques pour plusieurs raisons au fil des années, notamment compte tenu des montants d'indemnisation élevés bien connus. D'aucuns se sont également demandés si les membres du TCE ne devraient pas envisager les possibilités d'éteindre le traité ou de s'en retirer.



SENTENCES ET DÉCISIONS

Dommmages importants accordés à Perenco pour violation du TJE et expropriation ; l'Équateur reçoit également une indemnisation au titre d'une demande reconventionnelle fondée sur l'environnement

Perenco Ecuador Limited c. la République d'Équateur, Affaire CIRDI n° ARB/08/6

Matthew Levine

Un tribunal créé de longue date au titre du TBI France-Équateur a rendu sa dernière décision sur l'indemnisation. Il y ordonne à l'Équateur d'indemniser l'investisseur pétrolier et gazier Perenco Ecuador Limited (Perenco) à hauteur de près de 449 millions USD après avoir imposé une taxe de 99 pour cent sur les super profits, puis exproprié l'investissement. Dans le cadre de la demande reconventionnelle de l'État fondée sur l'environnement, le tribunal a ordonné à l'investisseur d'indemniser l'Équateur à hauteur de 54 million USD.

Le contexte et les recours

Perenco est la filiale équatorienne d'une multinationale du pétrole et du gaz. Perenco avait investi dans des contrats de participation équatoriens portant sur deux sites contenant des hydrocarbures dans la forêt amazonienne (blocks 7 et 21).

Lorsque les cours du brut ont monté, l'Équateur imposa des taxes sur les super profits liés aux exportations de brut, atteignant au final 99 pour cent. Plus tard, l'entreprise pétrolière étatique Petroecuador prit le contrôle des deux sites.

En avril 2008, Perenco lança un arbitrage auprès du CIRDI contre l'Équateur et Petroecuador. La demande reconventionnelle de l'Équateur datée de décembre 2011 présentait un recours fondé sur l'environnement et un sur les infrastructures.

Dans sa décision de 2014 sur les questions restantes de compétence et de responsabilité, le tribunal concluait que l'Équateur était passible de la violation des dispositions TJE et relative à l'expropriation du TBI, ainsi que des contrats d'investissement sous-jacents. Dans sa décision provisoire de 2015, le tribunal indiquait qu'il tiendrait certainement Perenco

passible d'une indemnisation au titre de la demande reconventionnelle, tout en invitant les parties à régler le litige à l'amiable et en reportant la décision sur les demandes reconventionnelles.

Dans sa décision du 27 septembre 2019, examinée ci-dessous, le tribunal aborde à la fois l'indemnisation due par l'Équateur à Perenco au titre du TBI et des contrats de participation, et l'indemnisation due par Perenco à l'Équateur au titre des demandes reconventionnelles.

Remarquons que Perenco avait investi dans les contrats dans le cadre d'un consortium avec Burlington Resources Inc. Burlington avait lancé un arbitrage distinct au titre du TBI Équateur-États-Unis. En décembre 2012, ce tribunal conclut que l'Équateur avait **illégalement exproprié** les investissements de Burlington. Le 7 février 2017, le **tribunal de l'affaire Burlington évalua les dommages** dus à Burlington à 380 millions USD et **accorda** 41 millions USD à l'Équateur au titre de ses demandes reconventionnelles fondés sur l'environnement et les infrastructures.

Le tribunal quantifie les violations du TBI et des contrats par étape

Le tribunal commença par rappeler que l'évaluation des dommages, « que ce soit au titre d'un contrat, d'un tort ou d'un traité, n'est pas une science exacte » (para. 69), et que son rôle ne consistait pas à tenir compte de questions relevant de la théorie économique. Il centra plutôt son analyse sur les dates à retenir pour l'évaluation des dommages dus à l'investisseur pour chacune des violations.

L'investisseur arguait que l'expropriation de 2010 au titre du contrat était la date à retenir pour l'évaluation des dommages. L'Équateur arguait en retour qu'il fallait distinguer entre les dommages découlant de la violation du TJE, qui a eu lieu en 2007, et l'expropriation, qui a eu lieu en 2010.

Le tribunal se rangea du côté de l'Équateur et détermina qu'il devait utiliser deux dates distinctes. Il détermina notamment que les dommages dus pour la violation TJE devaient commencer à cette date jusqu'à la date de l'expropriation. Il détermina ensuite, au moyen d'une analyse distincte, les dommages dus depuis la date de l'expropriation.



Les contrats de participation auraient probablement été étendus mais le tribunal ne peut préjuger de leurs termes

Plus d'un tiers des dommages réclamés par Perenco se fondaient sur l'attente que les contrats de participation auraient été étendus. L'Équateur insistait sur son pouvoir discrétionnaire à cet égard et sur le fait que l'extension était peu probable. Le tribunal n'en fut pas convaincu, considérant que la plupart des contrats de ce type en Équateur avaient été reconduits et que la complexité des opérations d'extraction pétrolière favorisait le maintien du statu quo.

Le tribunal refusa toutefois d'adopter les propositions de Perenco s'agissant des termes d'une éventuelle reconduction. Il détermina que si l'investisseur devait être indemnisé pour la perte de l'opportunité de convenir d'une extension, il était vrai aussi que « toute estimation de la valeur de la perte de l'opportunité est un exercice discrétionnaire, et donc [le tribunal] a décidé d'accorder une valeur nominale » de 25 millions USD (para. 324 à 326).

L'argument de l'Équateur en faveur d'une contribution au préjudice n'est pas retenu

L'Équateur arguait que l'indemnisation due à Perenco devait être réduite du fait d'une contribution au préjudice.

Le tribunal rappela l'article 39 (contribution au préjudice) des [Projets d'articles de la Commission du droit international \(CDI\)](#) sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites : « Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée ».

Le tribunal détermina que si l'inclusion du terme « intentionnelle » élargissait la portée de l'article 39 au-delà de la seule négligence, un tel élargissement n'était pas substantiel. Il décida donc que pour que l'Équateur ait gain de cause, le tribunal devait être convaincu que Perenco avait fait preuve de négligence vis-à-vis de sa propriété ou de ses droits. Il rejeta donc la prétendue contribution au préjudice de Perenco.

Le tribunal envisage un possible réexamen de la compétence sur les demandes reconventionnelles

S'agissant des demandes reconventionnelles, Perenco avait demandé au tribunal de revoir certaines décisions précédentes ayant des effets sur la compétence sur la demande reconventionnelle.

D'abord, Perenco arguait qu'elle devait être considérée comme un égal de son partenaire au consortium, Burlington. Cet argument avait été rejeté en 2017 et 2018, puisqu'une majorité des membres du tribunal considéraient que la décision sur la recevabilité de la demande reconventionnelle avait force de chose jugée. Les mêmes deux arbitres ont réaffirmé cette position dans la décision.

Ensuite, Perenco arguait que le fond de la décision dans l'affaire Burlington, ou de l'accord de règlement entre Burlington et l'Équateur infirmait la compétence du tribunal Perenco sur la demande reconventionnelle. La majorité rejeta ces arguments, même si l'arbitre Kaplan n'était pas d'accord.

Le rapport d'un expert indépendant révèle des « nœuds de pollution » sur les sites

L'Équateur alléguait que Perenco avait laissé derrière elle une catastrophe environnementale exigeant une réparation d'environ 2,5 milliards USD. Perenco arguait que sa responsabilité n'excédait pas 10 millions USD.

Suite à la décision provisoire de 2015 et à l'incapacité des parties de négocier un règlement à l'amiable du recours fondé sur l'environnement, les parties nommèrent conjointement un expert indépendant, chargé de rendre compte au tribunal quant aux coûts de remise en état de l'environnement.

Le tribunal faisait de longues références au rapport d'expert, qui concluait que les coûts de réparation de la pollution totale mesurée sur les blocs 7 et 21 s'élevaient à 160 millions USD.

Le tribunal tente de démêler « les nœuds de pollution »

Perenco tenta de convaincre le tribunal que d'autres opérateurs étaient responsables de la majeure partie de la pollution. L'Équateur rétorqua que si Perenco était incapable de démontrer que d'autres opérateurs étaient à l'origine de la pollution, elle serait tenue responsable. Pour le tribunal, il s'agissait donc de déterminer la part de la pollution relevant de Perenco.

Le tribunal était disposé à attribuer une partie de la responsabilité aux opérateurs passés. Bien que les preuves spécifiques en ce sens fussent limitées, les arbitres considéraient que les opérations passées avaient eu lieu au titre de réglementations nationales sur l'environnement bien moins strictes.

Il détermina au final que plus de 93 millions USD des coûts estimés pour la remise en état pouvaient



être attribués aux opérations de Perenco. Toutefois, il considérait également que les opérations menées par Perenco s'inscrivaient dans le cadre du consortium avec Burlington, et il se pencha donc de nouveau sur la relation contentieuse entre les demandes reconventionnelles contre Burlington et contre Perenco.

Pour faire court, le tribunal conclut qu'il pouvait déduire les 39 millions USD payés par Burlington d'environ 93 millions USD dû à l'Équateur pour la remise en état. Aussi, il ordonna à Perenco de verser un peu plus de 54 millions USD à l'Équateur au titre de la demande reconventionnelle fondée sur l'environnement.

La deuxième demande reconventionnelle ne représente pas de dommages supplémentaires, puisque le tribunal de l'affaire Burlington a déjà indemnisé l'Équateur

Le tribunal de l'affaire Burlington avait accordé à l'Équateur environ 2,5 millions USD au titre de la demande reconventionnelle fondée sur les infrastructures. Le tribunal de l'affaire Perenco décida de ne rien accorder, puisque l'Équateur avait présenté des demandes quasi-identiques dans les deux procédures, et que la décision de l'affaire Burlington avait instruit le tribunal de l'affaire Perenco de ne pas indemniser deux fois.

Le tribunal refuse d'indiquer à l'Équateur comment dépenser le montant de l'indemnisation

Perenco avait demandé que l'État d'accueil soit tenu de déposer l'argent accordé au titre des demandes reconventionnelles dans un fonds pour la remise en état de l'environnement, ce que l'Équateur avait accepté. Le tribunal refusa toutefois de suivre les parties, considérant qu'un tel « contrôle continu » était incompatible avec les fonctions d'un tribunal du CIRDI.

Le différend entre les parties continue, et porte maintenant sur l'exécution de la décision

Perenco a déposé une demande pour l'exécution de la décision aux États-Unis, en date du 3 octobre 2019. Le 4 octobre 2019, l'Équateur a lancé une procédure en annulation auprès du CIRDI, et obtenu un ajournement de l'exécution de la décision.

Remarques : le tribunal était composé de Peter Tomka (président nommé par le Conseil administratif du CIRDI, de nationalité slovaque), de Neil Kaplan (nommé par le demandeur, de nationalité britannique) et de J. Christopher Thomas (nommé par le défendeur, de nationalité canadienne). La décision du 27 septembre 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10837.pdf>

L'objection fondée sur la nationalité dominante et effective prévaut dans un arbitrage au titre de l'ALEAC-RD

Michael Ballantine et Lisa Ballantine c. la République dominicaine, Affaire CPA n° 2016-17

Juan Carlos Herrera-Quenguan

Le 3 septembre 2019, un tribunal sous le règlement de la CNUDCI rejetait sa compétence sur un recours déposé en 2014 contre la République dominicaine par deux binationaux, et fondé sur le prétendu déni discriminatoire de projets immobiliers dans des zones écologiquement vulnérables et protégées. Les demandeurs avançaient, entre autres, la violation de la norme TJE et de la disposition relative à l'expropriation de l'Accord de libre-échange Amérique centrale-République dominicaine (ALEAC-RD).

Le contexte et les recours

Les ressortissants étasuniens Michael et Lisa Ballantine avait commencé de mener des activités de missionnaire chrétien en République dominicaine en 2000, et sont restés connectés au pays depuis lors, acquérant même la nationalité dominicaine. Ils remarquèrent qu'autour des montagnes de Jarabacoa, il n'existait pas de développement immobilier de luxe, offrant infrastructures et commodités. Ils commencèrent donc à acheter des terres pour le projet Jamaca de Dios, comprenant deux phases : la première, lancée en 2005, portait sur la construction d'infrastructures et de résidences individuelles de luxe ; la deuxième, lancée en 2009, portait sur la construction d'un hôtel-spa de luxe, entre autres commodités.

Les Ballantine avaient acquis moins de la moitié des terres nécessaires à la deuxième phase et fait face à des dépenses importantes liées à la construction de routes et d'infrastructures, aux activités de reforestation, à la mise en place de l'internet haut débit, et à la maintenance et la sécurité, entre autres. Toutefois, le décret présidentiel n° 571-09 du 7 août 2009 créa le parc national de Baiguate pour protéger et préserver la cascade de Baiguate, un écosystème très divers, et hautement fragile. En outre, des tensions émanaient sur le site du projet du fait de l'utilisation d'une route passant par la propriété des Ballantine ; plusieurs autorités locales étaient impliquées, et il y avait même eu des faits de violence.

Après avoir parachevé la première phase du projet, les demandeurs n'étaient pas en mesure de parachever la phase 2 car depuis 2011, le ministère de l'Environnement refusait d'octroyer plusieurs



permis environnementaux. Aussi, ils lancèrent en 2014 un arbitrage sous le règlement de la CNUDCI, pour violation de plusieurs dispositions de l'ALEAC-RD : le traitement national, le traitement NPF, la norme minimale de traitement, l'expropriation et l'indemnisation, et la transparence (para. 189).

La charge de la preuve et la norme d'interprétation

Le tribunal remarqua que l'ALEAC-RD ne contenait aucune disposition portant sur la charge de la preuve, et détermina que puisque l'article 27(1) du règlement de la CNUDCI prévoit que chacune des parties avait la charge de prouver ses recours ou arguments, chacune des parties devaient démontrer si le tribunal avait ou non compétence sur le différend. Cette conclusion était conforme à l'approche générale suivie par d'autres tribunaux constitués au titre de l'ALEAC-RD (par exemple, l'affaire *Pac Rim LLC c. El Salvador*).

S'agissant de la norme d'interprétation, le tribunal détermina que les articles 31 et 32 CVDT s'appliquaient à l'identification (i) des personnes habilitées à présenter un recours à l'arbitrage et de la manière de le faire (article 10(16) de l'ALEAC-RD) et (ii) des prescriptions qu'un ressortissant ou une entreprise doit respecter pour être reconnu comme investisseur, et donc comme demandeur (article 10(28) de l'ALEAC-RD). S'agissant du dernier point, le tribunal indiqua que « [l]e concept de ressortissant est particulièrement essentiel... et a un effet sur la question de la compétence » (para. 514).

Puisque les demandeurs avaient la double nationalité étasunienne et dominicaine, le tribunal considéra qu'il devait établir quelle était la nationalité dominante et effective. Pour ce faire, il détermina qu'il devait répondre à deux questions fondamentales se complétant l'une l'autre : « (i) en quels moments pertinents un individu doit-il respecter le critère de nationalité ? et (ii) quelle est la norme juridique... permettant de déterminer [la] nationalité dominante et effective [?] » (para. 515).

Moments pertinents, nationalité dominante et effective

La majorité du tribunal répondit à la première question en indiquant que les moments pertinents (ou dates critiques) à retenir pour examiner le respect du critère de nationalité étaient (i) le moment où la prétendue violation avait été commise (le 12 septembre 2011), et (ii) le moment du dépôt de la demande (le 11 septembre 2014) ; ces dates offraient le contexte temporel dans lequel interpréter l'article 10(28) à la

lumière de la CVDT. Par ailleurs, le tribunal détermina que le moment auquel l'investissement avait été réalisé n'était pas pertinent en l'espèce.

S'agissant de la deuxième question, le tribunal détermina que l'ALEAC-RD ne « précis[ait] pas les facteurs à prendre en compte pour déterminer le caractère dominant et effectif » (para. 530). Il s'attela donc à identifier la norme juridique applicable, en s'appuyant d'abord sur le sens spécifique des termes du traité, puis en examinant le droit international coutumier, puisque l'ALEAC-RD et les règles du droit international constituaient le droit applicable, conformément à l'article 10(22) de l'ALEAC-RD.

Déterminant que le traité n'offrait pas davantage d'indications quant à l'interprétation, le tribunal se tourna vers l'analyse de la jurisprudence d'autres cours et tribunaux internationaux (la Cour internationale de justice, le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, et la Commission de conciliation États-Unis-Italie). Ce faisant, le tribunal considéra que les critères précédemment stipulés dans son Ordonnance de procédure n° 2 s'appliquaient, à savoir : (i) la résidence habituelle des demandeurs, (ii) leurs connections personnelles, (iii) le centre économique et familial, et (iv) l'acquisition de la deuxième nationalité.

À l'analyse de ces critères, la majorité du tribunal affirma qu'il n'avait pas l'intention de déterminer si les demandeurs cessaient d'être des ressortissants des États-Unis ou d'avoir des liens avec ce pays. Elle conclut néanmoins que c'était la nationalité dominicaine qui prévalait pendant les moments pertinents, et donc que les Ballantine n'étaient pas des investisseurs au titre de l'article 10(28) de l'ALEAC-RD. L'arbitre Cheek n'était pas d'accord avec cette conclusion.

Le tribunal déclara donc, à la majorité, qu'il n'avait compétence sur aucun des recours présentés.

La décision relative aux coûts

Le tribunal considéra que compte tenu de la complexité de la procédure, du caractère inédit des questions de faits et de droit, et d'autres circonstances pertinentes, les coûts de l'arbitrage étaient raisonnables conformément à l'article 40(2)(e) du règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Ils s'élevaient à 900 000 USD ; les frais et dépenses juridiques des demandeurs s'élevaient à 1,8 millions USD, et ceux du défendeur à 3,2 millions USD.

La majorité du tribunal (les arbitres Hernández et Cheek) décidèrent de diviser à part égale les coûts de l'arbitrage entre les parties, et ordonna à chacune des



parties de payer ses propres frais. L'arbitre Vinuesa n'était pas d'accord sur ce point.

Les opinions divergentes partielles

L'arbitre Cheek divergeait en partie quant à la pertinence du moment auquel l'investissement avait été réalisé. Selon elle, à l'heure d'examiner les liens des demandeurs avec les États-Unis et la République dominicaine, le tribunal aurait dû déterminer que non seulement les dates critiques étaient pertinentes, mais aussi toute l'histoire de vie des demandeurs, comme l'exige le droit international coutumier.

L'arbitre Vinuesa divergeait en partie quant à la répartition des coûts. Selon lui, « les coûts de la CPA, y compris les frais et dépenses du tribunal, devaient être à l'entière charge des demandeurs », compte tenu que la majorité du tribunal avait fait un jugement de valeur en affirmant que « les demandeurs avaient présenté une affaire crédible », conclusion qui n'avait pas été précédemment soutenue dans les arbitrages au titre de l'ALEAC-RD. Par ailleurs, Vinuesa était d'avis que l'opposition des Ballantine à la bifurcation des procédures ne pouvait être négligée, notamment du fait qu'elle avait « imposé aux parties un temps et des efforts considérables, ainsi que des coûts plus importants tout au long de la procédure » (opinion divergente de Vinuesa, para. 29 à 35).

Remarques : le tribunal était composé de Ricardo Ramírez Hernández (arbitre président nommé par les parties, de nationalité mexicaine), de Marney Cheek (nommée par le demandeur, de nationalité étasunienne) et de Raúl Vinuesa (nommé par le défendeur, de nationalité argentine). La décision du 3 septembre 2019, et les opinions divergentes, sont disponibles sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10818.pdf>

Juan Carlos Herrera-Quenguan est associé sénior chez Flor & Hurtado à Quito, en Équateur. Il est spécialisé en droit public international et règlement international des différends.

Un tribunal du CIRDI rejette tous les recours d'un investisseur dans le secteur de l'énergie dans une affaire contre l'Italie au titre du TCE

Belenergia S.A. c. la République d'Italie, Affaire CIRDI n° ARB/15/40

Trishna Menon

Un tribunal du CIRDI a rejeté l'affaire lancée au titre du TCE par l'entreprise Belenergia S.A. (Belenergia), enregistrée au Luxembourg, contre l'Italie. Belenergia contestait les modifications apportées par l'Italie au régime juridique régissant les investissements dans le secteur photovoltaïque (PV).

Le contexte et les recours

Par le biais du décret législatif n° 387/2003 et de cinq mécanismes successifs (Comptes énergie), l'Italie offrait des incitations pour la production d'énergie à partir de centrales PV. Le propriétaire de la centrale PV pouvait demander à l'agence nationale de régulation de l'énergie, Gestore dei Servizi Energetici (GSE), d'acheter l'électricité produite à un prix minimum pour alimenter directement le réseau.

Entre septembre 2011 et décembre 2013, Belenergia investit dans 10 sociétés italiennes à finalité spécifique (SFS) gérant vingt centrales PV en Italie. Ces SFS conclurent des conventions avec GSE portant sur des tarifs de rachat garantis (TRG) et sur des prix minimums au titre du régime applicable de Compte énergie.

Le 23 décembre 2014, l'Italie abroga les incitations liées aux prix minimums par le biais du décret législatif n° 145/2013 (décret Destinazione Italia), et diminua les TRG applicables à toutes les centrales PV d'une capacité supérieure à 200kW par le biais du décret législatif n° 91/2014 (décret Spalma Incentivi) du 24 juin 2014.

Belenergia lança un arbitrage auprès du CIRDI le 7 août 2015, arguant que ces deux décrets frustraient ses attentes légitimes fondées sur ces incitations. Selon l'entreprise, l'Italie avait violé ses obligations au titre du TCE, notamment la norme TJE, la clause parapluie, l'obligation de fournir la protection et la sécurité les plus constantes, et les dispositions interdisant les mesures déraisonnables et discriminatoires. Belenergia réclamait des dommages d'environ 18 millions EUR.

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

La première objection de l'Italie concernait la compétence du tribunal sur les différends intra-UE.



S'appuyant sur l'article 30 CVDT et sur une soi-disant pratique des États membres européens de s'opposer à la compétence des tribunaux TCE, l'Italie arguait qu'en cas d'incompatibilité, le traité de Lisbonne de l'Union européenne de 2009 prévaut sur le TCE.

Selon le tribunal, les deux traités ne portaient pas sur le même sujet, et l'article 30 CVDT ne pouvait donc pas s'appliquer. Il considéra également que la décision de la CJUE sur *Achmea* et son interprétation par les États membres européens relevaient de l'ordre juridique de l'Union européenne et ne pouvaient être transposées au régime du TCE.

L'Italie arguait ensuite que le large libellé de la clause relative au choix de l'instance au titre des conventions avec GSE déclenchait le mécanisme de la clause d'option irrévocable au titre des articles 26(2) et (3) du TCE, qui octroient à certains États une exception à l'arbitrage investisseur-État, si une procédure de règlement des différends a déjà été convenue avec un investisseur. Alternativement, l'Italie s'appuyait sur les affaires *SGS c. Philippines* et *BIVAC c. Paraguay* pour arguer que la clause relative au choix de l'instance bloquait le recours de Belenergia fondé sur la clause parapluie au titre de l'article 10(1) du TCE.

Le tribunal clarifia que la clause d'option irrévocable ne s'appliquait qu'aux différends déjà présentés à une autre instance. Il précisa que, dans tous les cas, seules les SFS de Belenergia étaient parties aux conventions avec GSE (et non Belenergia elle-même), et détermina que la clause ne pouvait s'appliquer en l'absence de l'identité des parties. Le tribunal rejeta également l'approche de l'affaire *SGS c. Philippines*, qui priverait la clause parapluie du TCE de son sens, puisque tous les contrats seraient ainsi soumis aux tribunaux nationaux compte tenu de la règle par défaut en cas de conflit de compétence. Il adopta plutôt l'approche de l'affaire *SGS c. Paraguay*, selon laquelle les recours fondés sur la clause parapluie ne sont pas nécessairement comparables aux recours au titre d'un contrat, et détermina que le recours de Belenergia fondé sur la clause parapluie était recevable.

Belenergia contestait également les mesures italiennes imposant des « frais de déséquilibre » aux propriétaires de centrales PV, pour compenser les coûts subis par le réseau électrique du fait de la différence entre le volume d'électricité que les propriétaires de centrales PV auraient dû envoyer sur le réseau et le volume réellement envoyé. Le tribunal accepta l'objection de l'Italie à la compétence sur ce recours, déterminant qu'il était couvert par l'exception fiscale de l'article 21 du TCE.

Pas de violation de la norme TJE

Belenergia arguait que l'Italie avait violé la norme TJE du TCE, précisant qu'elle avait réalisé ses investissements sur la base de l'attente légitime que les TRG et les prix minimums soient devenus des droits acquis et ne puissent être modifiés, s'agissant des centrales PV existantes.

S'appuyant sur les conclusions de l'affaire *Electrabel c. Hongrie* évaluant « le niveau d'information dont l'investisseur avait et aurait raisonnablement dû avoir connaissance au moment de l'investissement » (para. 583), le tribunal détermina que les conventions avec GSE portant sur les TRG faisaient simplement référence aux diverses incitations offertes par la législation générale et ne constituaient pas des engagements adressés spécifiquement à Belenergia.

Le tribunal détermina également que les conventions avec GSE portant sur les prix minimums étaient d'une durée d'une année, et prévoyaient d'éventuels amendements, de telle manière que Belenergia ne pouvait s'attendre à ce que ce régime ne soit pas amendé.

Finalement, l'examen par le tribunal des lois et réglementations italiennes montra que les investisseurs dans les centrales PV auraient dû s'attendre à une réduction des incitations offertes, rejetant ainsi le recours de Belenergia fondé sur le TJE.

Le tribunal rejette les recours fondés sur la clause parapluie et sur la protection et sécurité

Belenergia arguait qu'indépendamment de leur nature contractuelle, les conventions avec GSE constituaient des engagements pris par l'Italie et protégés par la clause parapluie du TCE. Le tribunal n'était pas d'accord avec Belenergia sur le fait que les conventions avec GSE portant sur les TRG et les prix minimums contenaient des engagements spécifiques prix à l'égard de Belenergia ; le montant et la durée des TRG et des prix minimums étaient déjà fixés par la législation italienne et simplement reproduits dans les conventions avec GSE.

Le tribunal s'appuya sur *Isolux c. Espagne* pour conclure que le cadre juridique et réglementaire italien avant les décrets Spalma Incentivi et Destinazione Italia concernait les investisseurs nationaux et étrangers, et ne pouvait être interprété comme créant des obligations spécifiques « conclues avec » Belenergia.

Si le tribunal convint avec Belenergia que la norme de l'article 10(1) du TCE pouvait s'étendre au-delà de la protection de la sécurité physique dans certaines situations, il détermina que la norme ne pouvait



protéger les investissements contre le droit de l'État de réglementer d'une manière qui leur porte atteinte. Il rejeta donc le recours de Belenergia.

Pas de mesures déraisonnables ou discriminatoires

L'Italie s'opposa au recours de Belenergia fondé sur les mesures déraisonnables et discriminatoires, arguant qu'il recouperait le recours TJE, et que les articles 10(2) et (3) du TCE ne s'appliquaient qu'à l'établissement ou l'acquisition d'investissements nouveaux ou supplémentaires, tels que définis à l'article 1(8) du TCE.

Le tribunal accepta l'interprétation italienne du traité et rejeta le recours. Belenergia n'avait pas satisfait la charge de prouver que le caractère soi-disant discriminatoire des mesures affectait l'établissement ou l'acquisition d'investissements nouveaux ou supplémentaires dans le secteur PV.

Le tribunal considéra que les modifications apportées au cadre réglementaire italien n'étaient pas déraisonnables, disproportionnelles, ou imprévisibles. Belenergia argua également que les mesures de l'Italie n'avaient pas d'objectif public, tel que la protection de l'environnement ou de la santé publique, ni de justification, mais le tribunal considéra qu'il suffisait que l'objectif réel des mesures ait été de réduire les coûts liés aux subventions offertes.

Le tribunal rejeta aussi l'argument de Belenergia selon lequel la différenciation réglementaire liant la réduction des TRG à la capacité nominale des centrales PV était discriminatoire à l'égard des moyennes et grandes centrales PV. Selon lui, cette différenciation reposait sur des motifs légitimes et objectifs, et la protection spéciale accordée aux centrales PV plus petites se justifiait dans la mesure où elle cherchait à garantir la libre concurrence dans le secteur de l'énergie.

La décision et les coûts

Le tribunal rejeta donc tous les recours sur le fond. Il ordonna aux parties de partager équitablement les coûts de l'arbitrage, et de payer leurs propres frais et dépenses juridiques.

Remarques : le tribunal était composé d'Yves Derains (président, de nationalité française), de Bernard Hanotiau (nommé par le demandeur, de nationalité belge) et de José Carlos Fernández Rozas (nommé par le défendeur, de nationalité espagnole). La décision, datée du 6 août 2019, est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/7532>.

Trishna Menon est associée chez Clarus Law Associates, à New Delhi, en Inde.

La Colombie est condamnée à payer plus de 19 millions USD pour avoir frustré les attentes légitimes de Glencore

Glencore International A.G. et C.I. Prodeco S.A. c. la République de Colombie, Affaire CIRDI n° ARB/16/6 Sofia de Murard

Un tribunal du CIRDI a déclaré que la Colombie avait frustré les attentes légitimes de l'entreprise minière suisse Glencore et son investissement en Colombie, en violation des clauses de non-entrave et TJE du TBI Colombie-Suisse. Le tribunal a ordonné à la Colombie de payer plus de 19 millions USD plus intérêts à titre d'indemnisation à Glencore, environ la moitié de ses frais juridiques, ainsi que la totalité des coûts de l'arbitrage.

Le contexte et les recours

En 1995, Glencore acquit Prodeco, une entreprise colombienne qui avait conclu un contrat d'exploration et d'exploitation minière du charbon avec Carbocol, l'agence colombienne des mines. Par la suite, trois agences distinctes furent créées pour remplacer Carbocol : Ingeominas, le Service géologique de Colombie (SGC) et l'Agence nationale des mines (ANM).

En décembre 2009, les parties renégocièrent le contrat : Ingeominas était d'accord de réduire les redevances dues par Prodeco en échange de l'engagement de celle-ci d'investir davantage dans les opérations minières. Cet amendement ne put être enregistré auprès du Registre colombien des mines car il était contraire aux intérêts de la Colombie. Après d'autres négociations, un nouvel amendement favorable à la Colombie fut enregistré.

Plus tard, l'agence colombienne en charge du contrôle des fonds publics, Contraloría, lança une enquête contre Ingeominas. Le rapport d'enquête indiquait que l'amendement réduisait les recettes de la Colombie, ce qui était contraire aux intérêts du pays. Prodeco arguait quant à elle que les recettes devaient être calculées sur toute la durée du contrat, et non pas uniquement sur la seule année 2010, qui présenterait nécessairement des recettes moindres pour la Colombie.

En 2012, SGC demanda l'annulation de l'amendement auprès des cours administratives nationales. En 2015, Contraloría s'appuya sur le rapport d'enquête pour reconnaître les dirigeants de Prodeco et d'Ingeominas conjointement passibles d'une amende fiscale. Prodeco paya l'amende de 19,1 millions USD mais la contesta, d'abord auprès des cours administratives, puis des tribunaux judiciaires. Lorsque la présente décision a été rendue, la procédure en annulation de l'amendement



lancée par SGC était en cours, tout comme la contestation juridique de l'amende, lancée par Prodeco.

Finalement, en mars 2016, Glencore et Prodeco (conjointement, Glencore) lancèrent un arbitrage auprès du CIRDI. Ils arguaient que les actions de la Colombie, à savoir l'amende fiscale imposée et la procédure en annulation de l'amendement, violaient la norme TJE du TBI, ainsi que les clauses de non-entrave et parapluie. Ils demandaient au tribunal d'ordonner à la Colombie de rembourser le montant de l'amende, d'honorer ses obligations au titre du contrat et de ses amendements, et de mettre fin à la procédure d'annulation.

Le tribunal rejette les objections à la compétence et à la recevabilité, mais s'abstient d'exercer sa compétence sur le recours fondé sur la clause parapluie

La Colombie arguait que le contrat avait été négocié en violation de l'obligation de Prodeco d'agir de bonne foi, et qu'il était donc illégal. Le tribunal n'en fut toutefois pas convaincu, puisque cette allégation n'avait été soulevée qu'au cours de l'arbitrage et qu'il n'existait pas de preuves directes de tromperie délibérée de la part de Prodeco.

Le tribunal rejeta également l'objection de la Colombie fondée sur la clause d'option irrévocable, puisque Prodeco avait fait le choix très clair de soumettre le différend à l'arbitrage. Selon lui, les tentatives préalables de négociation et de conciliation avec les agences colombiennes ne déclenchent pas le mécanisme de la clause.

La Colombie arguait que les recours n'étaient pas suffisamment matures pour être jugés, et qu'ils étaient donc irrecevables. Les arbitres rejetèrent cet argument, concluant que Prodeco avait respecté le TBI en cherchant une résolution administrative pendant six mois avant de lancer l'arbitrage. Le tribunal considérait que, puisque la procédure en annulation du contrat n'était pas une procédure administrative, les demandeurs n'étaient pas contraints d'en attendre l'issue.

Il rejeta toutefois le recours de Glencore fondé sur la clause parapluie pour des raisons de compétence, puisque l'article 11(3) du TBI exclut expressément la clause parapluie de la portée du consentement de l'État à l'arbitrage.

L'examen quant au fond : les arbitres discutent du seuil de la clause de non-entrave

Le tribunal indiqua que l'article 4(1) du TBI sur la non-entrave interdit « les mesures déraisonnables ou discriminatoires » plutôt que l'expression plus commune de mesures « arbitraires ou discriminatoires ». Selon lui,

des mesures « déraisonnables » sont plus larges que des mesures « arbitraires », puisqu'elles incluent les mesures irrationnelles, en plus des mesures biaisées.

Les arbitres conclurent que la Colombie avait agi de manière déraisonnable en affirmant que l'amendement lui avait porté atteinte et à l'heure de calculer ces dommages. Selon eux, le rapport de Controlaría était obsolète, n'était pas suffisamment étayé, et utilisait des méthodes de calcul beaucoup trop simples et biaisées, puisqu'elles ne tenaient compte que d'une année (2010).

Le tribunal affirme que la violation par la Colombie de la clause de non-entrave violait également les attentes légitimes de l'entreprise au titre du TJE, mais rejette d'autres violations du TJE

Glencore arguait que la Colombie avait violé la norme TJE au titre de l'article 4(2) du TBI en privant Prodeco de son droit à une procédure régulière au cours de la procédure fiscale. Elle arguait notamment que les chefs d'accusation à l'encontre de certains fonctionnaires avaient été abandonnés après qu'ils aient modifié leurs déclarations pour incriminer Prodeco, et que Prodeco n'avait pas eu l'opportunité de présenter des preuves supplémentaires.

Les arbitres conclurent toutefois que la procédure était régulière puisque Glencore n'avait pas réussi à démontrer que les pouvoirs d'enquête de Controlaría avaient été utilisés en violation de la norme TJE et d'une procédure régulière. En effet, le tribunal remarqua que Controlaría n'avait pas utilisé les déclarations modifiées dans le cadre des poursuites, et que Prodeco ne les avait jamais mentionnées avant l'arbitrage.

Le tribunal rejeta en outre l'argument de Glencore selon lequel l'ancien contrôleur général avait un biais contre Prodeco, remarquant que l'agence avait été remplacée avant que la décision finale d'émettre une amende fiscale n'ait été prise.

Glencore arguait également que ses attentes légitimes avaient été violées par le régime de contrôle fiscal lui-même, la manière dont il était imposé, ainsi que par la demande de SGC auprès des cours administratives d'annuler l'amendement.

Même si la clause TJE ne faisait pas expressément référence aux attentes légitimes, le tribunal détermina que son évaluation devait déterminer « si l'État avait donné des représentations spécifiques à l'investisseur avant qu'il ne réalise l'investissement, puis agit de manière contraire à ces représentations » (para. 1310).

Le tribunal conclut que Glencore n'était pas en mesure de démontrer que le régime du contrôle fiscal lui-même



violait les attentes légitimes. Il affirma qu'« une simple violation contractuelle par l'État ne peut *en soi* donner lieu à une violation de la norme TJE du droit international », mais qu'un facteur supplémentaire, tel que l'exercice de la « puissance publique » était nécessaire (para. 1378).

Selon le tribunal, les investisseurs doivent avoir connaissance, à l'heure d'investir, du cadre juridique de l'État d'accueil. Cela signifie que Prodeco aurait dû savoir que les contrôles fiscaux étaient routiniers en Colombie, et donc qu'elle n'aurait pu s'attendre légitimement à en être exemptée. Et même si Prodeco avait eu des attentes légitimes en ce sens, celles-ci n'avaient pas été violées puisque le contrôleur fiscal avait été agité dans le respect du droit national.

Le tribunal affirma cependant que le contrôle fiscal avait été réalisé de manière arbitraire et déraisonnable (voir la section précédente sur la non-entrave) et violait donc les attentes légitimes de Glencore de bénéficier d'un contrôle fiscal raisonnable.

Selon le tribunal, les positions divergentes des diverses agences colombiennes ne constituaient pas une violation du TBI. Selon lui, « l'État-nation moderne donne généralement à ses agences différents objectifs et responsabilités juridiques et politiques » (para. 1420).

Finalement, le tribunal considéra que la procédure d'annulation de l'amendement ne violait pas les attentes légitimes de Prodeco, puisque SGC avait le droit de la lancer au titre du contrat et du droit national, et Prodeco ne pouvait donc légitimement s'attendre à ce que SGC ne le fasse pas.

La décision: octroi de l'indemnisation et des coûts, mais rejet d'une demande spécifique

Concluant que le rapport d'enquête de la Colombie et l'amende fiscale entravaient l'usage de l'investissement de Glencore et violaient le TJE, le tribunal ordonna à la Colombie de rembourser l'amende de 19,1 millions USD payée par Prodeco, plus intérêts, à titre d'indemnisation. Il ordonna également à la Colombie de payer les coûts de l'arbitrage (1,3 millions USD), ses propres dépenses juridiques (3,4 millions USD) et environ la moitié des dépenses juridiques de Glencore (1,69 millions USD).

Le tribunal rejeta la demande de Glencore d'ordonner à ANM de continuer d'honorer le contrat, de mettre fin aux procédures dans les tribunaux nationaux et de promettre de s'abstenir de lancer de nouvelles procédures. Sans indiquer si un tribunal était en mesure d'émettre une telle ordonnance, il affirma que « la réparation d'un fait internationalement illicite commis par la Colombie exige l'entière réparation... par le biais

de la restitution, et non pas en ordonnant à la Colombie de négocier le huitième amendement » (para. 1667).

Remarques : le tribunal était composé de Juan Fernández-Armesto (président nommé par les parties, de nationalité espagnole), d'Oscar M. Garibaldi (nommé par le demandeur, de nationalités étasunienne et argentine) et de Christopher Thomas (nommé par le défendeur, de nationalité canadienne). La décision du 17 août 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/7539>

Sofia de Murard est diplômée de l'Université de New York, et dans le cadre du programme Finance et développement international (IFD), actuellement en stage auprès du Programme de l'IISD sur l'investissement pour le développement durable.

Un tribunal de la CNUDCI rejette une affaire contre Maurice pour raisons de compétence, jugeant que les demandeurs n'ont pas d'investissement protégé et ne peuvent importer le consentement à l'arbitrage via la clause NPF

Professeur Christian Doutremepuich et Antoine Doutremepuich c. la République de Maurice, Affaire CPA n° 2018-37

Pietro Benedetti Teixeira Webber

Un tribunal sous le règlement CNUDCI a rejeté les recours de deux ressortissants français contre Maurice pour des raisons de compétence, concluant que les demandeurs n'avaient pas réalisé d'investissement protégé et que Maurice n'avait pas consenti à l'arbitrage. La décision a été rendue le 23 août 2019.

Le contexte et les recours

Christian Doutremepuich est le fondateur et directeur du Laboratoire d'hématologie médico-légale, situé à Bordeaux en France. Antoine Doutremepuich est le responsable du laboratoire et des relations externes.

En 2009, les deux demandeurs lancèrent un projet en vue d'établir un laboratoire d'analyse génétique et ADN, alors que Maurice cherchait à renforcer ses capacités d'analyse médico-légales. Le pays reçut le projet en 2013, et le Premier ministre indiqua en 2014 qu'il n'existait pas d'objections au projet. Après que les demandeurs aient



créé trois entreprises à Maurice pour le projet, le Premier ministre rejeta le projet en 2016, sans donner de raisons.

Les demandeurs lancèrent un arbitrage au titre du TBI France-Maurice de 1973, arguant que le rejet du projet constituait à une violation de la norme TJE, et réclamaient des dommages d'un montant de 11,6 millions EUR. En rejetant sa compétence sur l'affaire, le tribunal aborda deux questions : (i) les demandeurs avaient-ils ou non réalisé un investissement protégé au titre du TBI ? ; et (ii) les demandeurs étaient-ils habilités à utiliser la clause NPF du TBI pour invoquer la convention d'arbitrage du TBI Finlande-Maurice ?

La norme permettant d'évaluer si les Doutremepuich ont réalisé un investissement

Les demandeurs arguaient qu'ils avaient prévu tout une série d'activités d'investissement à Maurice, notamment l'achat de terres et d'équipement, la construction d'infrastructures, et l'embauche et la formation de personnel. Le tribunal ne trouva toutefois aucune preuve que ces activités avaient eu lieu. Aussi, le prétendu investissement des demandeurs consistait en la création de trois entreprises à Maurice, auxquelles ils avaient transféré 300 000 EUR de capital, et en une contribution en savoir-faire.

Les arbitres établirent trois critères pour analyser le prétendu investissement des demandeurs conformément à l'article 1(1) du TBI France-Maurice, déterminant qu'un investissement protégé doit représenter (i) une contribution au développement du pays d'accueil (ii) d'une certaine durée (iii) et qui inclut de prendre part aux risques liés aux opérations. Après avoir déterminé que les demandeurs ne respectaient pas tous les critères, le tribunal conclut qu'il n'avait pas compétence sur l'affaire.

Le prétendu investissement ne représente pas une contribution à Maurice

Le tribunal considéra que les contributions à l'État d'accueil pouvaient se présenter sous diverses formes, notamment les contributions non financières à une valeur économique. À la lumière des relevés bancaires qui indiquaient que seul Christian Doutremepuich avait transféré 300 000 EUR aux entreprises créées à Maurice, il conclut qu'Antoine Doutremepuich n'avait pas réalisé de contribution financière.

En outre, les arbitres considérèrent que Christian Doutremepuich n'avait pas apporté de contribution à l'État d'accueil, puisqu'il avait transféré le capital vers des comptes que lui-même détenait. En 2016, après que Maurice ait rejeté le projet, Christian Doutremepuich avait rapatrié près de 224 000 EUR vers son compte bancaire en France. Le

tribunal conclut par conséquent qu'il n'avait jamais perdu le contrôle du capital, et n'en avait jamais été dépossédé.

Les demandeurs affirmaient également qu'ils avaient réalisé un transfert de savoir-faire, notamment le plan d'agencement du laboratoire et la formation de personnel qualifié. Le tribunal conclut toutefois que les demandeurs n'avaient pas présenté de preuves d'un transfert ou d'une contribution réel en savoir-faire à valeur économique.

Le prétendu investissement n'avait pas de durée minimale

Le tribunal considéra qu'il ne pouvait pas établir, dans l'abstrait, la durée minimale requise pour les investissements protégés, mais qu'il devait évaluer la durée raisonnable au vue de toutes les circonstances. Compte tenu des faits de l'affaire, le tribunal conclut qu'il n'existait aucune durée, puisque les prétendus investissements consistaient en des paiements ponctuels réalisés pour l'achat de biens ou de services dans le cadre des préparatifs du projet.

Les arbitres indiquèrent également que les fonds n'avaient été déposés à Maurice que brièvement, entre mai 2015 et mai 2016. Même s'ils admirent qu'une telle durée ne rendait pas en soi la contribution irrecevable en tant qu'investissement, ils soulignèrent que les projets de ce genre avaient besoin de « bien plus de temps pour s'intégrer à un nouvel environnement » (para. 144).

Le prétendu investissement ne comportait pas de risques

Même si le plan commercial du projet décrivait les risques commerciaux associés au laboratoire, le tribunal remarqua que le projet n'avait jamais été réellement lancé. Il ne pouvait donc tenir compte que des risques liés au transfert de capital. Puisque les demandeurs avaient gardé le contrôle du capital et pouvaient le transférer ou le rapatrier quand bon leur semblait, le tribunal détermina qu'ils n'avaient pas réalisé de contribution impliquant de prendre part aux risques liés aux opérations.

L'application de la clause NPF au règlement des différends

Les parties étaient d'accord sur le fait que le TBI France-Maurice ne contient pas de convention d'arbitrage pour les différends investisseur-État. L'article 9 du TBI ne prévoit que l'obligation des États parties d'inclure une convention d'arbitrage dans les contrats d'investissement conclus avec les ressortissants de l'autre État partie.

Les demandeurs invoquèrent la clause NPF du TBI France-Maurice, demandant au tribunal d'appliquer la convention d'arbitrage investisseur-État prévue à l'article



9 du TBI Finlande-Maurice qui, selon les demandeurs, représentait un traitement plus favorable aux investisseurs finnois, puisqu'« il ne contient aucune obligation de régler le différend à l'amiable et donne à l'investisseur le choix entre différentes institutions arbitrales » (para. 181).

Le tribunal considéra que les clauses NPF pouvaient s'appliquer aux dispositions relatives au règlement des différends d'autres accords, si c'était bien là l'intention des États contractants. Selon lui, l'interprétation devait suivre les normes prévues à l'article 31 CVDT ainsi que les principes *ejusdem generis*.

Le tribunal conclut que la clause NPF s'appliquait aux questions régies par le TBI France-Maurice, à l'exception de celles mentionnées à l'article 7, qui porte sur les questions fiscales. Considérant que l'arbitrage investisseur-État n'était pas une question régie par le TBI, il conclut que la clause NPF ne s'étendait pas à la question. « Le fait d'utiliser la clause NPF pour importer un tel consentement créerait des obligations que Maurice n'a jamais contractées », a indiqué le tribunal (para. 219).

Finalement, le tribunal aborda la question de la pratique des États après la conclusion du traité, puisque la France et Maurice ont conclu un nouveau TBI en 2010, mais ne l'ont pas ratifié. Le tribunal remarqua que le projet de loi demandant au parlement français de ratifier le TBI de 2010 justifiait l'importance du nouveau TBI par la possibilité de « recourir à l'arbitrage international sur la base du consentement exprimé par l'État » (para. 232, note 342). Pour le tribunal, cela indiquait que la France n'était pas convaincue que ses ressortissants avaient accès à l'arbitrage contre Maurice par le biais de la clause NPF du TBI de 1973.

La décision et les coûts

Le tribunal détermina qu'il n'avait pas compétence sur l'affaire et ordonna aux demandeurs de payer l'intégralité des coûts de l'arbitrage, et à chacune des parties de payer ses propres frais et dépenses juridiques.

Remarques : le tribunal était composé de Maxi Scherer (arbitre présidente nommée par les co-arbitres, de nationalité britannique), d'Olivier Caprasse (nommé par le demandeur, de nationalité belge) et de Jan Paulsson (nommé par le défendeur, de nationalité étasunienne). La décision du 23 août 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10817.pdf>

Pietro Benedetti Teixeira Webber est juriste chez Judith Martins-Costa Advogados (Porto Alegre, Brésil). Il est également Président de l'Association brésilienne des étudiants en arbitrage (ABEArb).

La défense du Laos prévaut dans ses premières affaires connues de RDIE fondées sur un traité

Lao Holdings N.V. c. la République démocratique populaire Lao, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/6, et Sanum Investments Limited c. la République démocratique populaire Lao, Affaire CNUDCI & CPA n° 2013-13

Joe Zhang

Le 6 août 2019, les tribunaux de deux procédures parallèles contre la République démocratique populaire Lao (le Laos) ont rendu leurs décisions finales, rejetant tous les recours présentés par les demandeurs, et accordant au Laos le remboursement de ses frais et dépenses juridiques et des coûts de l'arbitrage.

Le contexte

Les deux procédures reposaient sur les mêmes faits. En 2007, deux entrepreneurs étasuniens, John Baldwin et Shawn Scott, établirent plusieurs centres de jeu au Laos par le biais de Sanum Investments (Sanum), une filiale enregistrée à Macao de leur entreprise néerlandaise Lao Holdings NV (LHNV). Après plusieurs années d'opération, plusieurs litiges éclatèrent entre les investisseurs et leur partenaire local laotien, portant sur des questions de partage des bénéfices et l'extinction précoce de plusieurs expansions planifiées.

Arguant que le gouvernement laotien avait entravé le processus, de mèche avec leur partenaire local, dans le but de pousser les investisseurs étrangers à quitter le Laos, les investisseurs lancèrent deux procédures distinctes : LNHV lança un arbitrage auprès du CIRDI au titre du TBI Laos-Pays-Bas de 2003 ; Sanum lança un arbitrage CNUDCI administré par la CPA au titre du TBI Chine-Laos de 1993 (lors de l'étape de la compétence, le tribunal de l'affaire *Sanum* avait déterminé que le TBI Chine-Laos s'appliquait à Macao conformément aux règles du droit international coutumier sur la succession d'États). Les procédures n'ont jamais été consolidées, mais ont été menées, la plupart du temps, conjointement par les deux tribunaux.

La corruption et la mauvaise foi

Au début des procédures, le Laos demanda aux deux tribunaux de rejeter l'ensemble des recours, arguant que les investisseurs avaient mené des activités illégales de corruption lors de l'établissement et de l'opération de leur investissement. Considérant qu'il s'agissait davantage d'une question de fond que de



compétence, les tribunaux réalisèrent une analyse détaillée de la défense du Laos.

Les tribunaux examinèrent d'abord le droit applicable. Rappelant que les parties avaient convenu que le droit national était pertinent pour déterminer si un investissement devait être établi et opéré conformément à la loi de l'État hôte, les tribunaux affirmèrent qu'« il ne fait aucun doute que la corruption et les pots-de-vin sont contraires au droit national laotien » (décision *Sanum*, para. 95 ; décision *LHNV*, para. 97).

Se tournant vers le droit international, et citant notamment les dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies contre la corruption, et de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, les tribunaux reconnurent que « l'un des principes du droit international coutumier » affirme que la corruption ne peut être utilisée pour « obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international » (décision *Sanum*, para. 103 ; décision *LHNV*, para. 105). Les tribunaux considérèrent par ailleurs que des « preuves de corruption à une quelconque étape de l'investissement pourraient être pertinentes » (décision *Sanum*, para. 103 ; décision *LHNV*, para. 105).

Les tribunaux s'attelèrent ensuite à examiner la norme applicable de la preuve, et conclurent que « compte tenu de la gravité de l'accusation, et de la sévérité des conséquences... des éléments « clairs et convaincants »... doivent clairement indiquer la corruption », en d'autres termes, « une norme plus élevée que l'équilibre des probabilités mais moins élevée que la norme pénale du au-delà du doute raisonnable » (décision *Sanum*, para. 107-108 ; décision *LHNV*, para. 109-110).

Après avoir examiné les preuves présentées par le Laos, et bien que les deux tribunaux identifiaient certaines transactions comme « suspectes » et même des preuves plausibles indiquant que les investisseurs avaient illégalement transféré des fonds vers certains représentants gouvernementaux laotiens (décision *Sanum*, para. 147-156 ; décision *LHNV*, para. 148-157), les tribunaux étaient perturbés par le fait qu'« aucune poursuite n'a[it] été lancée à l'encontre des personnes qui auraient accepté les pots-de-vin, et il n'existe pas non plus de preuves de diligence raisonnable dans le cadre d'une enquête » (décision *Sanum*, para. 111 ; décision *LHNV*, para. 112).

Puisque le Laos n'était pas en mesure de fournir d'explications convaincantes de son incapacité à poursuivre les criminels, les tribunaux estimèrent qu'il ne respectait pas la charge de la preuve de la norme requise de preuves « claires et convaincantes » des allégations de corruption.

D'autre part, les tribunaux confirmèrent que les investisseurs avaient « des obligations de bonne foi... dans l'État hôte » et que les actes graves incompatibles avec ces obligations « ne sont pas sans conséquences sur le traité, en lien avec leur tentative de s'appuyer sur les garanties du [TJE], mais aussi avec leur droit à une réparation, sous quelque forme que ce soit, accordée par un tribunal international » (décision *Sanum*, para. 104 ; décision *LHNV*, para. 106).

Après avoir examiné les preuves, les tribunaux déterminèrent que les circonstances renseignées satisfaisaient une norme plus faible de « l'équilibre des probabilités », qui jetait des doutes sur la bonne foi des investisseurs et la légitimité de leurs recours. Ils décidèrent donc de rejeter tous les recours des investisseurs.

Les recours fondés sur l'expropriation

Les investisseurs présentèrent une série de recours fondés sur l'expropriation, mais les tribunaux considérèrent qu'aucun d'entre eux ne méritait réparation.

D'abord, les investisseurs faisaient référence à un différend au titre du contrat les opposant à leur partenaire local laotien, qui avait donné lieu à une procédure judiciaire locale menée en plusieurs étapes, puis à une décision arbitrale commerciale en faveur des investisseurs, mais qu'ils n'ont pu faire exécuter. Même s'ils arguaient que le gouvernement avait entravé cette procédure judiciaire précédente, le tribunal ne trouva « tout simplement aucune preuve convaincante » en soutien d'une prétendue interférence, et détermina que le recours était infondé.

(En 2016 les investisseurs lancèrent deux procédures distinctes alléguant que leur prétendue incapacité à faire exécuter la décision arbitrale commerciale violait le traité. Ces procédures furent consolidées sous la côte *Lao Holdings N.V. et Sanum Investments Limited c. la République démocratique populaire Lao*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/16/2, Affaire CIRDI n° ADHOC/17/1 et sont toujours en instance.)

Ensuite, les investisseurs contestaient l'extinction par le gouvernement d'un accord de développement du projet du fait d'une violation supposée de ses termes par les investisseurs. Après examen des faits, le tribunal



détermina que l'actionnaire John Baldwin avait fait preuve de mauvaise foi tout au long de ses discussions avec le gouvernement, et qu'une telle mauvaise foi était attribuable aux filiales directement ou indirectement détenues par les investisseurs.

Troisièmement, les investisseurs contestaient le refus, par le gouvernement, de renouveler la licence d'opération de l'un de leurs investissements. Le tribunal déterminait toutefois que les investisseurs n'avaient pas de droits relatifs au renouvellement de leur investissement, et que les investisseurs ou investissements n'avaient pas tenté de renouveler leur licence. Une fois de plus, le tribunal attribua les actes de mauvaise foi de Baldwin aux entreprises demanderesse.

Finalement, les investisseurs contestaient la révocation par le gouvernement d'une licence pour l'ouverture d'un établissement de jeu quelques jours à peine après qu'elle ait été émise. Remarquant qu'ils ne disposaient pas de suffisamment de preuves pour établir une mauvaise foi par l'une ou l'autre des parties en l'espèce, les tribunaux déterminèrent que la licence avait, à l'origine, été émise par erreur et conclurent qu'« il s'agissait simplement d'une possibilité commerciale qui ne s'est pas concrétisée par un accord » (décision *Sanum*, para. 250 ; décision *LHNV*, para. 225).

Les autres recours

Sanum ne pouvait présenter d'autres recours que celui fondé sur l'expropriation car l'article 8(3) du TBI n'autorise que les « différends portant sur le montant de l'indemnisation en cas d'expropriation ». Puisque l'arbitrage au titre du TBI Laos-Pays-Bas dispose d'une portée plus large, le tribunal du CIRDI accepta d'examiner le recours de *LHNV* selon lequel le Laos avait violé d'autres droits au titre du traité, notamment les dispositions sur le TJE, le déni de justice, la non-discrimination et la clause parapluie.

Le tribunal *LHNV* conclut cependant que toutes ces allégations étaient infondées (para. 239). Les témoignages présentés par *LHNV* ne faisaient que confirmer les conclusions du tribunal qu'« il ne fait aucun doute que... Baldwin et *LHNV* ont fait manifestement preuve de mauvaise foi et ont tenté à plusieurs reprises, non seulement de manipuler le gouvernement pour qu'il soutienne leurs initiatives de jeu... mais aussi de manipuler la procédure d'arbitrage elle-même » (*ibid*). Réitérant que « la conduite de mauvaise foi de l'investisseur a des effets sur l'octroi d'une réparation au titre d'un traité d'investissement » (para. 237), le tribunal déterminait que la mauvaise foi de Baldwin offrait « des

raisons supplémentaires de refuser au demandeur *LHNV* les avantages de la protection du traité » (para. 280).

Arrangements finaux

Les tribunaux rejetèrent tous les recours et ordonnèrent aux demandeurs de payer l'intégralité des coûts de l'arbitrage, totalisant 3,5 millions USD, et de payer au Laos ses frais juridiques pour les deux procédures, d'un montant total de 2,6 millions USD.

Remarques : les deux tribunaux étaient composés de Bernard Hanotiau (nommé par le demandeur, de nationalité belge) et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). Le tribunal *Sanum* était présidé par Andres Rigo Sureda (nommé par le Secrétaire-général de la CPA, de nationalité espagnole). Le tribunal *LHNV* était présidé par Ian Binnie (nommé par les parties, de nationalité canadienne). La décision *Sanum* est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10708.pdf> et la décision *LHNV* est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10703.pdf>

Joe Zhang est conseiller juridique auprès du Groupe droit et politiques économiques de l'IISD.



Un tribunal détermine que le Pakistan a violé ses obligations sur le TJE, l'expropriation et la non-entrave dans le contexte d'une coentreprise minière avec l'investisseur australien Tethyan Copper Company

Tethyan Copper Company Pty Limited c. la République islamique du Pakistan, Affaire CIRDI n° ARB/12/1

Sofia de Murard

Un tribunal du CIRDI a ordonné au Pakistan de payer à Tethyan Copper Company (Tethyan) plus de 5,9 milliards USD à titre d'indemnisation, d'intérêts et de frais juridiques, pour plusieurs violations du TBI Australie-Pakistan.

Le contexte et les recours

Tethyan, une coentreprise enregistrée en Australie, établit une filiale au Pakistan en 2000. En 2006, par le biais d'un accord de novation, elle se substitua à BHP en tant que partie à l'Accord de coentreprise Chagai Hills Exploration (ACCHE) conclu avec la province pakistanaise du Baloutchistan, obtenant ainsi les droits de BHP à 75 pour cent de la coentreprise, et le droit d'explorer et de développer tout dépôt d'or ou de cuivre qu'elle trouverait.

Après l'expansion des activités d'exploration et la découverte d'importants dépôts d'or et de cuivre, Tethyan déposa une demande de licence minière en 2011, mais le Baloutchistan la rejeta. La filiale de Tethyan lança une procédure d'appel administrative, que le Baloutchistan rejeta. Suite à une procédure judiciaire nationale, la Cour suprême du Pakistan détermina en 2013 que l'ACCHE était nul, car le Baloutchistan avait commis un abus de pouvoir en le signant, et invalide, car contraire à la politique publique. Tethyan lança par ailleurs un arbitrage auprès de la CCI au titre de l'ACCHE et obtint une décision préliminaire favorable en 2014.

En novembre 2011, Tethyan lança un arbitrage contre le Pakistan auprès du CIRDI, arguant que le refus d'accorder la licence minière violait les clauses sur le TJE, l'expropriation et la non-entrave du TBI.

Le tribunal rejette l'objection fondée sur la corruption pour absence de preuves

En juin 2015, le Pakistan présenta des preuves d'actes de corruption commis par Tethyan, ainsi que des objections à la compétence et à la recevabilité. Dans une décision de mars 2017, le tribunal accepta sa

compétence, rejetant les arguments de Tethyan selon lesquels ces preuves résultaient de l'interception de communications entre Tethyan et ses avocats. Il rejeta toutefois l'objection pour absence de preuves.

À l'époque, le tribunal avait déjà rédigé la décision quant au fond ; il s'écarta donc du protocole habituel du CIRDI et envoya aux parties un projet de décision pour commentaires. La décision sur la compétence et la responsabilité fut publiée le 10 novembre 2017.

La décision sur la compétence et la responsabilité

Le tribunal détermina en premier lieu que Tethyan disposait d'un investissement valide au titre du TBI, puisqu'elle avait le contrôle de sa filiale, et de sa part de 75 pour cent dans la coentreprise. Le Pakistan arguait que, puisque la Cour suprême avait déclaré l'ACCHE nul, l'investissement ne respectait pas le droit pakistanais et n'était donc pas couvert par le traité. Le tribunal rejeta toutefois cet argument, estimant que le traité couvrait non seulement les investissements légalement établis, mais également les investissements acceptés par le pays d'accueil au moment de leur établissement. Il remarqua que le Pakistan n'avait fait mention d'une éventuelle invalidité de l'ACCHE lors de la négociation de l'accord de novation de 2006, et que la décision de la Cour suprême était fondée sur la violation par le Baloutchistan de ses propres lois internes, et non pas sur les actions de Tethyan.

Le tribunal refusa également d'appliquer le droit national au différend, estimant que seuls les tribunaux ad hoc étaient tenus d'appliquer le droit national, tandis que les tribunaux du CIRDI étaient tenus d'appliquer les règles du droit international coutumier. Sur la base de ces règles, le tribunal conclut que les actions du Baloutchistan étaient attribuables au Pakistan.

Violation du TJE : le déni de la licence minière a frustré les attentes légitimes de Tethyan, et était une procédure irrégulière

Le tribunal détermina que la clause TJE du traité est une norme autonome puisqu'elle ne mentionne pas le droit international coutumier. Selon le tribunal, « un principe dominant de la norme TJE est la protection des attentes légitimes de l'investisseur, fondées sur l'investissement » (para. 811).

Il conclut que Tethyan avait une attente légitime d'obtenir une licence minière compte tenu des garanties données par le Pakistan dans l'ACCHE et dans le cadre réglementaire du pays, ainsi que



des assurances directes données par des hauts fonctionnaires. Selon le tribunal, même si le contrat avait, au bout du compte, été déclaré nul, il avait donné le droit à la licence minière au moment de sa conclusion ; il nota en outre que « jusqu'en 2011, toutes les parties impliquées dans la conclusion et la réalisation de l'ACCHE avaient agi en supposant qu'il était valide » (para. 905). Il considérait que les autorités pakistanaises n'avaient pas le pouvoir requis pour évaluer les critères de la licence et rejeter l'attente de Tethyan d'obtenir une licence minière, et que les hauts fonctionnaires, y compris le président et le premier ministre du Pakistan, avaient donné suffisamment de garanties à Tethyan pour justifier une attente légitime.

Le tribunal rejeta les arguments du Pakistan selon lesquels le déni de la licence était valablement motivée et conclut que ce déni violait les attentes légitimes de Tethyan. Il trouva des preuves indiquant que le Pakistan prévoyait d'établir sa propre mine, et rejeta l'affirmation du Pakistan que les plans concernant le site de Reko Diq portaient sur un projet différent de fonderie.

Le tribunal rejeta par ailleurs les motifs mis en avant par le Pakistan pour refuser l'octroi de la licence minière. D'abord, il estima que le fait de demander à un candidat de détenir 100 pour cent des parts de la licence d'exploration violait les obligations de bonne foi au titre des coentreprises. Ensuite, considérant que l'ACCHE n'incluait pas d'obligations pour Tethyan d'établir une fonderie et une raffinerie de minerais au Pakistan, il conclut que la non-réalisation de ces activités n'était pas un motif légitime de rejet de la demande de licence. Finalement, il remarqua que, dans l'industrie minière, il arrivait que des projets miniers ne soient pas économiquement viables, et que cela ne constituait pas une violation du droit pakistanais.

Le tribunal détermina également que la procédure d'examen de la demande de licence était irrégulière, puisque les motifs de la décision étaient insuffisants, et que des demandes de précisions et de rencontre avec Tethyan avaient été rejetées. Il refusa d'admettre les nouveaux motifs mis en avant au cours de l'arbitrage considérant que cela violerait le droit de Tethyan d'être entendu, et que dans tous les cas, ils ne prouvaient pas la cause du Pakistan.

L'expropriation et la non-entrave

Le tribunal détermina que le déni de la licence équivalait à une expropriation, puisqu'il privait l'investissement d'une part substantielle de sa valeur. Il conclut que cette

expropriation indirecte violait le TBI, puisqu'il s'agissait d'une mesure discriminatoire, sans objectif public convaincant ou indemnisation. Le tribunal détermina également que le déni de la licence violait aussi l'obligation de non-entrave au titre du TBI, puisqu'il niait à Tethyan l'utilisation de son investissement.

Le tribunal accepte sa compétence sur trois demandes reconventionnelles du Pakistan, mais les rejette sur le fond

Le tribunal accepta sa compétence sur les demandes reconventionnelles du Pakistan, fondées sur les violations par Tethyan de l'ACCHE, du droit national, et du TBI, estimant qu'elles étaient étroitement liées au différend et relevaient donc du consentement des parties à l'arbitrage au titre du TBI. Il conclut toutefois que le Pakistan ne pouvait présenter des demandes reconventionnelles au titre du contrat et du droit national puisque le Pakistan n'était pas partie au contrat et que les lois internes en question n'avaient pas été promulguées par le Pakistan, mais par le Baloutchistan. Il rejeta la demande reconventionnelle fondée sur le TBI pour les mêmes raisons que celles présentées à l'étape de la compétence : le TBI n'exigeait pas que l'investissement soit légal, mais simplement qu'il ait été admis au Pakistan.

La décision sur les dommages et les coûts

Le tribunal décida d'utiliser la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie pour évaluer la valeur de marché de l'investissement, considérant qu'elle présentait certains avantages en l'espèce, et qu'il n'existait pas d'incertitudes fondamentales la rendant inappropriée. Citant l'affaire *Crystallex c. Venezuela* et d'autres, le tribunal nota que l'évaluation fondée cette méthode était utilisée par les groupements miniers, tels que l'Institut canadien des mines, de la métallurgie et du pétrole, rejetant ainsi l'argument du Pakistan selon lequel ce n'était pas la pratique du secteur minier.

Le tribunal réduisit le montant de l'indemnisation, considérant que le Pakistan aurait probablement offert à Tethyan un rabais fiscal pendant 15 ans, et aurait pu refuser de renouveler la licence, et après avoir découvert que certaines des évaluations de risques menées par Tethyan étaient insuffisantes. Il en déduisit également les frais que Tethyan aurait dû payer pour réparer les dégâts sociaux et environnementaux. Le tribunal rejeta l'argument du Pakistan selon lequel l'absence de planification par Tethyan de la remise en état sociale et environnementale dévaluait davantage encore l'investissement puisqu'il pourrait faire face à



une opposition sociale. Il remarqua au contraire que même en l'absence de planification, les faibles normes du Pakistan en la matière auraient certainement été respectées. Il rejeta également la demande du Pakistan de réduire le montant de l'indemnisation fondée sur le fait que l'obtention des titres fonciers allait entraîner des retards et l'opposition de la communauté, considérant que ces risques étaient peu probables et qu'ils avaient été pris en compte.

Rejetant l'argument du Pakistan selon lesquels les intérêts composés étaient illégaux au titre du droit national, le tribunal fixa un taux d'intérêt composé conforme aux prescriptions des autorités juridiques internationales. Il calcula une indemnisation de 4,087 milliards USD, plus intérêts, en plus de 62 millions USD pour les frais juridiques des deux parties, compte tenu que le Pakistan n'avait pas su se défendre, ni soutenir ses allégations de corruptions et ses demandes reconventionnelles. Le tribunal considérait que l'évolution du projet dans le temps justifiait une indemnisation d'un montant bien plus élevé que l'investissement original de Tethyan de 150 millions USD.

Remarques : le tribunal était composé de Klaus Sachs (président nommé par les parties, de nationalité allemande), de Stanimir Alexandrov (nommé par le demandeur, de nationalité bulgare) et de Leonard Hoffmann (nommé par le défendeur, de nationalité britannique). La décision sur la compétence et la responsabilité du 10 novembre 2017 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10738.pdf>; la décision sur les dommages et les coûts du 12 juillet 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10737.pdf>

Sofia de Murard est diplômée de l'Université de New York, et dans le cadre du programme Finance et développement international (IFD), actuellement en stage auprès du Programme de l'IISD sur l'investissement pour le développement durable.

Dans une énième affaire portant sur l'énergie renouvelable, l'Espagne est reconnue coupable de violation du TJE suite à la frustration des attentes légitimes d'investisseurs français et luxembourgeois au titre du TCE

Cube Infrastructure Fund SICAV et autres c. le Royaume d'Espagne, Affaire CIRDI n° ARB/15/20

Maria Bisila Torao

Le 19 février 2019, un tribunal du CIRDI ordonnait à l'Espagne de payer des dommages à des investisseurs français et luxembourgeois en indemnisation de la violation de la norme TJE au titre de l'article 10(1) du TCE, ainsi que la moitié des frais juridiques des investisseurs. Le tribunal leur accorda 33,7 millions EUR à titre de gains manqués.

Le contexte et les recours

Entre 2008 et 2012, Cube Infrastructure Fund SICAV, Cube Energy SCA et Cube Infrastructure Managers SA (collectivement, Cube), et Demeter 2 FPCI et Demeter Partners SA (collectivement, Demeter) réalisèrent des investissements en Espagne dans les secteurs photovoltaïque (PV) et hydroélectrique. Les investisseurs s'appuyèrent soi-disant sur les garanties fixées par le Décret royal (DR) 661/2007, l'un des éléments du régime incitatif espagnol pour les investissements dans le secteur de l'énergie.

En 2010 et 2013-14, l'Espagne apporta des modifications à ce régime, notamment des ajustements de prix et des limites aux critères d'éligibilité aux incitations. Suite à cela, Cube et Demeter déposèrent une demande d'arbitrage contre l'Espagne le 16 avril 2015, avançant une violation des articles 10 (Promotion, protection et traitement des investissements) et 13 (Expropriation) du TCE. Ils arguaient notamment que les modifications réglementaires de l'Espagne violaient leurs attentes légitimes s'agissant de leurs investissements PV et hydroélectriques.

Le tribunal rejette les objections de l'Espagne fondées sur le droit européen et la personnalité juridique, mais accepte celle fondée sur les mesures fiscales

Dans sa première objection à la compétence, l'Espagne arguait que les demandeurs ne venaient pas d'un autre État partie au TCE car la France, le Luxembourg et l'Espagne sont des États membres de l'Union européenne.

Selon le tribunal, l'article 26(1) du TCE ne fait pas



de différence entre les divers groupes de parties contractantes, et, par conséquent, le TCE s'applique également aux différends impliquant l'UE et ses États membres (para. 124). En outre, le tribunal indiqua que l'article 16 du TCE prévoit que les parties contractantes, notamment l'Espagne et l'UE, n'ont pas convenu que le droit européen prévaudrait sur toute autre source de droit. Et ils n'ont pas convenu non plus que la clause de compétence du TCE cesserait d'être applicable en cas d'incohérences.

Le tribunal examina également les effets de la décision de la CJUE sur *Achmea* sur la présente affaire. Selon lui, celle-ci ne peut s'appliquer à un arbitrage au titre du TCE et de la Convention du CIRDI car il s'agit de traités multilatéraux, dont le champ d'application s'étend au-delà des frontières de l'Union. Le tribunal indiqua que la légitimité découle du consentement de tous les signataires, et qu'aucun État partie ne peut, seul, imposer une prescription spécifique à un tribunal du TCE ou du CIRDI. Il rejeta donc l'objection de l'Espagne fondée sur le droit européen.

L'Espagne invoqua également le principe de « l'absence de pertes indirectes », arguant que les demandeurs ne détenaient pas les centrales, et ne pouvaient donc pas légitimement présenter ces recours en réparation de leurs pertes. Le tribunal rejeta toutefois cette objection, expliquant qu'il s'agissait plus d'une question de montant que de compétence (para. 162 à 164).

L'Espagne arguait également que compte tenu de l'exemption fiscale contenue à l'article 21 du TCE, elle n'avait pas consenti à l'arbitrage des questions relatives à la taxe sur la valeur de la production de l'énergie électrique (la TVPEE) ainsi qu'aux prélèvements relatifs à l'utilisation des eaux continentales pour la production d'électricité (le prélèvement sur l'eau). Le tribunal accepta ces arguments et infirma sa compétence, interprétant le sens du terme « mesures fiscales » au titre de l'article 21 du TCE conformément aux principes du droit international.

Le tribunal affirme que l'Espagne a créé des attentes légitimes de stabilité, puis les a frustré

Le tribunal considérait que l'Espagne avait créé des attentes légitimes en promulguant une législation créant un régime spécial de bénéfices et d'incitations. Il déclara que des engagements spécifiques n'étaient pas nécessaires pour que naissent des attentes légitimes, notamment dans les industries fortement réglementées. Selon lui, des attentes sont délibérément créées lorsqu'un régime réglementaire est établi avec la claire

intention d'attirer des investissements en échange d'un régime et d'une politique réglementaires avantageux. Le tribunal ajouta que « dans la mesure où ces attentes sont objectivement raisonnables, elles donnent lieu à des attentes légitimes lorsque les investissements sont, de fait, réalisés en s'appuyant sur elles » (para. 388).

Le tribunal expliqua qu'au titre du DR 661/2007, l'Espagne s'était engagée à appliquer un régime spécial aux centrales électriques. Selon les arbitres, si les modifications de 2010 se contentaient d'ajuster le régime spécial, les modifications de 2013-14 constituaient une violation des attentes de l'investisseur puisqu'elles supprimaient complètement les avantages, éliminant ainsi les caractéristiques essentielles du régime spécial (para. 476).

Le tribunal conclut à l'unanimité que l'Espagne avait violé les attentes légitimes des investisseurs dans le secteur PV, et la majorité du tribunal considéra que les mesures de 2013-14 violaient les attentes légitimes des investisseurs vis-à-vis de leurs investissements hydroélectriques.

Rejets des recours fondés sur l'expropriation et la clause parapluie

Cube et Demeter prétendaient que les modifications par l'Espagne du DR 661/2007 expropriaient leur investissement en violation de l'article 13 du TCE (para.456). Le tribunal rejeta ce recours en concluant que les modifications réglementaires n'étaient pas discriminatoires ou déraisonnables, mais au contraire une mesure de politique publique raisonnable. Il affirma également que les moyens de sa mise en œuvre n'étaient pas discriminatoires à l'égard des demandeurs (para. 450). Le tribunal conclut que « lorsque chacune des prétendues interférences avec un droit individuel de propriété a déjà été examinée dans le contexte d'un recours fondé sur une violation des normes de l'article 10 du TCE, il est difficile de voir l'utilité d'évaluer si elles constituent également une expropriation en violation de l'article 13 du TCE » (para. 456).

Le tribunal conclut qu'il n'y avait pas violation de la clause parapluie du TCE, puisqu'il n'existait pas d'engagement tacite entre l'Espagne et les demandeurs ou leurs investissements. Le tribunal expliqua en outre qu'il « ne considér[ait] pas les mesures législatives comme des engagements de ce type » (para. 452), soutenant ainsi l'approche du tribunal de l'affaire *Charanne c. Espagne*, qui avait conclu que les mesures visant un groupe limité d'investisseurs ne constituaient pas d'engagements spécifiques pris envers chacun de ces investisseurs.



Les dommages et les coûts

Les demandeurs arguaient que pour calculer la perte de valeur des investissements, il fallait utiliser la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie. L'Espagne plaide quant à elle pour l'utilisation de la méthode fondée sur le coût pour déterminer le taux de retour interne des centrales, puisque l'Espagne s'évertuait toujours à proposer un taux de retour raisonnable aux investisseurs (para. 469 à 471).

Le tribunal se rangea du côté des demandeurs, leur accordant 2,89 millions EUR s'agissant des pertes causées aux investissements dans le PV, et 30,81 millions EUR s'agissant des pertes causées aux investissements hydroélectriques. Le tribunal ordonna également à l'Espagne de payer la moitié des frais et dépenses juridiques des demandeurs, et une partie des coûts de l'arbitrage.

L'opinion divergente de Tomuschat : pas d'attentes de stabilité s'agissant des investissements hydroélectriques

Dans une opinion divergente partielle, Tomuschat considérait que lorsque les investisseurs avaient acquis les centrales hydroélectriques, le cadre juridique original avait été altéré, modifiant « les conditions du régime de manière substantielle » (opinion divergente, para. 7). Il remarquait cependant qu'en 2009, le déficit du système électrique « avait atteint une dimension critique majeure... qui aurait dû alerter tous les investisseurs » (opinion divergente, para. 8 et 14). Il conclut que, au moment où les demandeurs avaient réalisé leur investissement, la stabilité des investissements hydroélectriques n'était pas garantie. Aussi, le régime n'aurait pu créer d'attentes légitimes pour aucun investisseur averti.

Remarques : le tribunal était composé de Vaughan Lowe (président nommé par les parties, de nationalité britannique), de James Jacob Spigelman (nommé par les demandeurs, de nationalité australienne), et de Christian Tomuschat (nommé par le défendeur, de nationalité allemande). La décision du 19 février 2019, ainsi que l'opinion divergente, est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/7477>

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

Bien qu'ils aient donné gain de cause à l'Estonie, les arbitres du CIRDI continuent de s'opposer à la décision de la CJUE sur *Achmea*

United Utilities (Tallinn) B.V. et Aktsiaselts Tallinna Vesi c. la République d'Estonie, Affaire CIRDI n° ARB/14/24

Un tribunal du CIRDI a rejeté tous les recours contre l'Estonie, concluant que l'État n'avait pas violé la norme TJE s'agissant des attentes légitimes, ni d'autres normes TJE, la clause de non entrave ou la clause parapluie au titre du TBI Pays-Bas-Estonie (le TBI). Toutefois, le tribunal a rejoint ses prédécesseurs en refusant d'infirmar sa compétence après la décision de la CJUE sur *Achmea*.

Le contexte et les recours

La co-entreprise néerlandaise United Utilities (Tallinn) BV (United Utilities) acquit 35,3 pour cent des parts d'Aktsiaselts Tallinna Vesi (ASTV), une entreprise estonienne à l'origine entièrement détenue par la municipalité de Tallinn, lorsqu'elle fut privatisée en 2001. ASTV est chargée de l'approvisionnement local en eau et assainissement de Tallinn. L'autorité de gestion d'ASTV autorisait cette dernière à fixer le prix de l'eau, sur la base des contrats de privatisation conclus par United Utilities, ce qui est particulièrement pertinent en l'espèce.

Le gouvernement estonien adopta certaines mesures liées à la fixation du prix de l'eau par ASTV, qui, selon ASTV et United Utilities, affectaient les arrangements existants en vigueur ainsi que l'investissement d'United Utilities dans ASTV. Ces mesures incluaient (i) la promulgation de la Loi anti-monopole (LAM), qui créait effectivement de nouveaux mécanisme et méthodologie pour la fixation du prix de l'eau ; (ii) le rejet de la demande d'ASTV de révision du prix proposé au titre de la LAM ; et (iii) une enquête judiciaire à l'encontre d'ASTV menée par le « Chancellor of Justice ». Le 15 octobre 2014, United Utilities et ASTV lancèrent un arbitrage auprès du CIRDI comme codemandeurs contre l'Estonie, arguant que ces mesures violaient le TBI, et réclamant des dommages équivalant aux pertes d'ASTV (d'un total de 130 millions EUR).

Le tribunal affirme sa compétence sur l'affaire

Après avoir examiné les questions de (i) la nationalité d'ASTV et le prétendu statut de société écran d'United Utilities, (ii) les effets d'une demande en instance auprès des cours estoniennes (compétence *ratione voluntatis*) et (iii) la compatibilité du TBI et du droit européen, le



tribunal conclut qu'il avait compétence sur les recours.

Premièrement, bien qu'ASTV fut une entreprise estonienne, le tribunal avait compétence sur ses recours puisqu'elle respectait le critère du « contrôle étranger » au titre de l'article 25 de la Convention du CIRDI, et le critère du « contrôle, direct ou indirect » au titre des articles 1 et 9 du TBI. Point important, le tribunal conclut qu'aux moments pertinents, c'est-à-dire avant la survenue du différend et au moment où le consentement à l'arbitrage a été donné, United Utilities exerçait, en dépit d'une part minoritaire, le contrôle stratégique et opérationnel d'ASTV.

En outre, le tribunal rejeta toutes les allégations selon lesquelles United Utilities n'était qu'une société écran contrôlée par une autre entité, les considérant sans importance. Selon lui, ces questions n'empêchaient pas d'affirmer que United Utilities contrôlait ASTV aux fins de la compétence.

Deuxièmement, le tribunal considéra que la demande portant sur les mêmes faits, en instance auprès d'une cour estonienne, ne l'empêchait pas d'affirmer sa compétence en vertu de l'article 26 de la Convention du CIRDI (la compétence *ratione voluntatis* ou fondée sur le consentement) car les questions juridiques examinées n'étaient pas en substance identiques. Selon lui, lui-même examinerait des questions liées aux obligations internationales de l'Estonie, tandis que la cour estonienne évaluait les droits d'ASTV au regard de la seule législation estonienne.

Troisièmement, la décision a rejoint celles d'autres tribunaux de l'investissement international qui ont refusé d'infirmier leur compétence suite à la [décision de la CJUE sur Achmea](#), qui déterminait que les clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-européens étaient illégales et incompatibles avec le droit de l'Union. Pour le tribunal, la question n'avait pas un caractère impératif (*jus cogens*) qui permettrait l'extinction automatique d'un traité, donc les procédures relatives à l'extinction ou à la suspension d'un traité au titre des articles 30, 59 et 65 CVDT devaient être respectés. Le tribunal conclut que les critères de l'extinction ou la suspension d'un traité fixés par la CVDT n'étaient pas respectés en l'espèce, et donc que l'application du TBI et la compétence du tribunal n'étaient pas menacés. Le tribunal arriva à cette décision après avoir admis et tenu compte d'une communication *amicus curiae* de la Commission européenne.

Sur le fond, le tribunal rejette les allégations de violation de la norme TJE portant sur les attentes légitimes, d'autres normes TJE, ainsi que les clauses de non-entrave et parapluie

Le tribunal examina d'abord la question des attentes légitimes au titre de l'obligation TJE contenue à l'article 3(1) du TBI. Évaluant les faits, le tribunal chercha la trace d'engagements spécifiques donnant naissance aux attentes légitimes de United Utilities au moment où ASTV avait été privatisée, et après.

Les demandeurs arguèrent surtout qu'au moment où ASTV avait été privatisée, ils avaient une attente légitime que le prix de l'eau fixé au titre de leurs contrats de privatisation ne serait pas radicalement modifié. Après analyse des faits, le tribunal conclut qu'aucun engagement spécifique soutenant l'argument des demandeurs n'avait été donné par l'Estonie (que ce soit la municipalité de Tallinn ou le gouvernement national). Selon lui, les événements post-privatisation n'étaient pas très pertinents s'agissant des attentes légitimes.

Le tribunal évalua ensuite d'autres recours fondés sur les normes TJE et de non-entrave de l'article 3(1) du TBI. Tout en rejetant la tentative estonienne d'utiliser la doctrine des pouvoirs de police comme défense affirmative de son obligation TJE, le tribunal donna gain de cause au défendeur sur tous les autres points de son analyse. Il conclut que les demandeurs n'avaient pas démontré que l'Estonie n'avait pas respecté la procédure établie en rejetant la demande de révision du prix de l'eau d'ASTV, en élaborant une méthode de calcul dans le cadre de la LAM ou par le biais de l'enquête du « Chancellor of Justice ». Il remarqua également que même s'il y avait eu une irrégularité de procédure, l'enquête n'avait pas porté atteinte aux demandeurs. Le tribunal affirma également que la publicité négative contre ASTV du fait des problèmes liés au prix de l'eau pouvait être attribuée à l'Estonie, mais qu'elle ne constituait pas une violation des obligations internationales, et ne portait pas atteinte aux demandeurs. Il décida par ailleurs de ne pas examiner l'argument selon lequel les mesures étaient déraisonnables ou discriminatoires, le jugeant redondant.

Finalement, le tribunal rejeta le recours fondé sur la violation de la clause parapluie au titre de l'article 3(4) du TBI. Il conclut que le problème majeur de l'affaire n'était pas la non-réalisation des contrats de privatisation, mais les modifications apportées au cadre législatif et réglementaire estonien régissant les contrats de privatisation, qui avait déjà été examinées précédemment dans le cadre de l'examen quant au fond.



La décision et les coûts

Le tribunal rejeta donc, à la majorité, tous les recours contre l'Estonie. L'arbitre nommé par les demandeurs, David A. R. Williams, émit une opinion divergente, en désaccord avec la conclusion de la majorité. Selon lui, (i) les demandeurs avaient des attentes légitimes, que l'Estonie avait violé en modifiant profondément la méthode de calcul du prix de l'eau, et (ii) les faits présentés suffisaient à établir une violation de la procédure régulière.

S'agissant des coûts, le tribunal décida que les demandeurs devaient rembourser à l'Estonie (i) 25 pour cent de ses frais et dépenses juridiques, et (ii) 25 pour cent de sa part de l'avance sur frais déjà dépensée. Le tribunal prit ces conclusions après avoir expliqué qu'il jouissait d'une large discrétion sur la question, que d'autres tribunaux avaient pris le parti de rembourser ses frais à la partie qui avait eu gain de cause (« les dépens suivent l'issue de l'instance ») et qu'en général, l'Estonie avait eu gain de cause sur le fond, mais pas sur la compétence.

Remarques : le tribunal était composé de Stephen L. Drymer (président nommé par les co-arbitres, de nationalité canadienne), de David A. R. Williams (nommé par les demandeurs, de nationalité néozélandaise) et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision du 21 juin 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10648.pdf>. L'opinion divergente de David A. R. Williams est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10649.pdf>.

Theodore M. Amarendra est actuellement en stage, dans le cadre du programme Finance et développement international (IFD), auprès de la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures, basée à Pékin. Il détient une maîtrise en droit, études juridiques internationales, de la Faculté de droit de l'Université de New York.



RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

RESSOURCES

La Chine, l'UE et le droit international des investissements : réformer le règlement investisseur-État

De Yuwen Li, Tong Qi et Cheng Bian (Eds.), publié par Routledge, octobre 2019

Cet ouvrage analyse les sujets négociés dans le cadre de l'Accord global sur les investissements (AGI) Chine-UE. Il met l'accent sur les possibilités de réforme du RDIE, des points de vue chinois et européen. La première partie se penche sur les principaux problèmes et sur les questions controversées, notamment l'accès aux marchés, le développement durable et les droits humains, et compare également des caractéristiques clés de l'AGI Chine-UE et du TBI Chine-États-Unis. La deuxième partie se centre sur la réforme institutionnelle de l'arbitrage investisseur-État, et analyse l'approche proposée par l'UE visant à remplacer l'arbitrage actuel privé des investissements par une cour des investissements de nature publique. La troisième partie aborde les principaux problèmes de fond et de procédure du RDIE, telles que le rôle des cours nationales, le statut des entreprises étatiques en tant qu'investisseur, la transparence et la protection des victimes dans le règlement des différends relatifs aux investissements. Disponible sur <https://www.routledge.com/China-the-EU-and-International-Investment-Law-Reforming-Investor-State/Li-Qi-Bian/p/book/9780367338466>

32ème Global Investment Trend Monitor

De la CNUCED, publié par la CNUCED, octobre 2019

Au cours du premier semestre 2019, les flux mondiaux d'IDE étaient 24 pour cent plus élevés que sur la même période en 2018. Toutefois, si l'on élimine les effets des transactions ponctuelles et des flux financiers intra-entreprises, notamment les rapatriements causés par les réformes fiscales étasuniennes de 2017, les flux

sous-jacents de l'IDE n'ont cru que de 4 pour cent. Au cours du premier semestre 2019, l'IDE vers les économies développées a atteint 269 milliards USD, près de deux fois le montant anormalement faible enregistré sur la même période de 2018. Les flux vers les économies en développement, largement épargnés par les rapatriements, sont restés relativement stables à un niveau estimé de 342 milliards USD, soit une baisse de deux pour cent par rapport au premier semestre de 2018. Les flux d'IDE vers les économies en transition ont augmenté de quatre pour cent par rapport au premier semestre de 2018, atteignant un niveau estimé de 28 milliards USD. Les projections pour le reste de l'année restent conformes aux précédentes, prévoyant une hausse totale de 5 à 10 pour cent. Disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1209/global-investment-trend-monitor-no-32>

La contribution au préjudice et les manquements de l'investisseur dans l'arbitrage des investissements

De Martin Jarrett, publié par Cambridge University Press, août 2019

Les investisseurs devraient être tenus responsables de leur contribution au préjudice ou autre acte répréhensible, mais les points de vue varient quant à la pertinence de ces circonstances sur les questions de recevabilité, de compétence, de responsabilité et de réparation. Cet ouvrage suggère qu'elles ne sont pertinentes qu'au regard de la responsabilité, ce qui signifie que les concepts juridiques auxquels elles donnent effet, la contribution au préjudice et l'illégalité, sont des lignes de défenses. L'ouvrage en identifie trois : la mauvaise gestion, les représailles à l'encontre de l'investissement et l'illégalité post-établissement. En plus de détailler leur contenu juridique, l'auteur s'attache à résoudre les problèmes qu'elles posent s'agissant de la causation et de la répartition de la responsabilité, et distingue ces défenses de leurs cousines conceptuelles et de la compétence des tribunaux arbitraux sur les recours fondés sur les fautes des investisseurs. En résulte une refonte des



règles relatives à la contribution au préjudice et aux manquements des investisseurs, qui peuvent s'appliquer aux arbitrages des investissements. Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/contributory-fault-and-investor-misconduct-investment-arbitration>

Le droit des États de réglementer dans le droit international des investissements

De Yulia Levashova, publié par Wolters Kluwer, juillet 2019

L'ouvrage aborde l'équilibre entre le droit de l'État hôte de réglementer, et le droit de l'investisseur de bénéficier de la norme TJE au titre du droit international des investissements. Compte tenu de l'expansion récente des questions d'intérêt public dans le monde, le droit de l'État de réglementer est redevenu un concept important du droit international des investissements. L'ouvrage cherche à clarifier la question en offrant des analyses approfondies de l'application du droit de l'État de réglementer dans le contexte des normes TJE contenues dans les AII, et des décisions des tribunaux arbitraux sur les affaires portant sur le TJE. Disponible sur <https://lrus.wolterskluwer.com/store/product/the-right-of-states-to-regulate-in-international-investment-law>

L'arbitrage des investissements en Europe centrale et orientale : le droit et la pratique

De Csongor Nagy (Ed.), publié par Edward Elgar, 2019

Les pays d'Europe centrale et orientale (PECO) sont défendeurs dans la plupart des affaires d'arbitrage lancées contre des États membres de l'UE. Adoptant une approche systématique pays-par-pays, et couvrant toutes les juridictions des PECO, chacun des chapitres de l'ouvrage offre des informations et contributions détaillées sur chacune des juridictions, exposant le paysage politique et des traités, le statut juridique de l'arbitrage investisseur-État et les méthodes alternatives de règlement disponibles. S'y ajoute une analyse détaillée des décisions arbitrales investisseur-État rendues contre chaque pays. Disponible sur <https://>

www.e-elgar.com/shop/investment-arbitration-in-central-and-eastern-europe

Cours de master sur l'arbitrage international investisseur-État : de quoi s'agit-il ? Comment ça marche ?

Par Jeswald W. Salacuse et la Faculté de droit et de diplomatie Fletcher de l'Université Tufts, publié par le programme « Négociations » de la faculté de droit de Harvard, 2019

Dans cette vidéo d'une 1h45, Jeswald W. Salacuse, professeur émérite et professeur de droit Henry J. Braker à la Faculté de droit et de diplomatie Fletcher de l'Université Tufts, offre une étude complète de l'arbitrage international investisseur-État, du contexte et des procédures historiques, à l'application pratique et l'analyse approfondie. La première partie, « La nature de l'arbitrage investisseur-État », propose un cadre conceptuel en expliquant la nature de l'arbitrage, en présentant le contexte historique pertinent, situant l'arbitrage parmi les diverses méthodes disponibles de règlement des conflits internationaux, et mettant en avant ses éléments de base. La deuxième partie, « Anatomie de l'arbitrage investisseur-État : l'affaire Aguas Argentinas », examine l'affaire de RDIE née des efforts menés par l'Argentine pour moderniser son système d'eau et d'assainissement. Disponible sur <https://www.pon.harvard.edu/shop/master-class-on-international-investor-state-arbitration>



ÉVÉNEMENTS 2019

10-11 décembre

30^{ème} RÉUNION DE LA CONFÉRENCE DE LA CHARTE DE L'ÉNERGIE, à l'hôtel Plaza Tirana, Tirana, Albanie, <https://www.eventleaf.com/Attendee/Attendee/EventPage?eId=h96UEMRGAzi%2FPNr-FU1%2FVDg%3D%3D>

12 décembre

SÉMINAIRE « L'INITIATIVE BELT AND ROAD EN AFRIQUE », Chambre de commerce internationale, Paris, France, <https://2go.iccwbo.org/the-belt-and-road-initiative-in-africa.html>

12-13 décembre

DISCUSSIONS STRUCTURÉES SUR LA FACILITATION DE L'INVESTISSEMENT POUR LE DÉVELOPPEMENT : réunion-bilan, Organisation mondiale du commerce (OMC), Genève, Suisse, <http://www.wto.org>

ÉVÉNEMENTS 2020

20-24 janvier

39^{ème} SESSION DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI, « RÉFORME DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INVESTISSEUR-ÉTAT », Commission des Nations Unies sur le droit commercial international, Vienne, Autriche, https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state

23-24 janvier

8^{ème} CONFÉRENCE CONJOINTE ITA-IEL-ICC SUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DE L'ÉNERGIE, Institut pour l'arbitrage transnational, Institute for Energy Law of the Center for American and International Law, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Houston, États-Unis, <https://2go.iccwbo.org/ita-iel-icc-joint-conference-on-international-energy-arbitration.html>

18-20 février

13^{ème} FORUM ANNUEL DES NÉGOCIATEURS D'ACCORDS D'INVESTISSEMENT DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT, IISD et Gouvernement de Thaïlande, Bangkok, Thaïlande, <https://www.iisd.org/event/13th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>

22-28 février

ACADÉMIE INTERNATIONALE D'ARBITRAGE DE SINGAPOUR, Centre pour le droit international, Université nationale de Singapour, Singapour, <https://cil.nus.edu.sg/event/singapore-international-arbitration-academy-2020-siaa-2020>

30 mars - 3 avril

40^{ème} SESSION DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI, « RÉFORME DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INVESTISSEUR-ÉTAT », Commission des Nations Unies sur le droit commercial international, New York, États-Unis, https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state



© 2019 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 Martin Dietrich Brauch à itn@iisd.org

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



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development