



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

NUMÉRO 2. VOLUME 10. JUIN 2019



**Le financement par des tiers et les objectifs des traités d'investissement : amis ou ennemis ?**  
Brooke Güven et Lise Johnson



**Quelques mots sur la lutte contre la corruption : comment l'interdiction de la corruption incluse dans les APIE peut créer une norme minimale de conduite des investisseurs canadiens à l'étranger**  
Matthew A. J. Levine



**La saga espagnole de l'énergie renouvelable : ses enseignements pour le droit international de l'investissement et le développement durable**  
Isabella Reynoso



**La facilitation de l'investissement à l'OMC : une tentative d'introduire une question controversée dans une organisation en crise**  
Sofia Baliño et Nathalie Bernasconi-Osterwalder



**Le parlement kényan et la conclusion de traités d'investissement**  
Bosire Nyamori



**La diligence raisonnable et le Traité sur la Charte de l'énergie**  
Yulia Levashova





# Sommaire

<b>ARTICLE 1</b> Le financement par des tiers et les objectifs des traités d'investissement : amis ou ennemis ?.....	4
<b>ARTICLE 2</b> Quelques mots sur la lutte contre la corruption : comment l'interdiction de la corruption incluse dans les APIE peut créer une norme minimale de conduite des investisseurs canadiens à l'étranger .....	9
<b>ARTICLE 3</b> La saga espagnole de l'énergie renouvelable : ses enseignements pour le droit international de l'investissement et le développement durable.....	13
<b>ARTICLE 4</b> La facilitation de l'investissement à l'OMC : une tentative d'introduire une question controversée dans une organisation en crise.....	18
<b>ARTICLE 5</b> Le parlement kényan et la conclusion de traités d'investissement .....	22
<b>ARTICLE 6</b> La diligence raisonnable et le Traité sur la Charte de l'énergie.....	26
<b>NOUVELLES EN BREF</b> .....	30
Groupe de travail III de la CNUDCI : les communications portant sur des propositions de réforme doivent être déposées au plus tard le 15 juillet.....	30
La Commission de l'UE propose des directives de négociation pour la modernisation du TCE.....	30
Entrée en vigueur de l'AfCFTA ; la phase II portant sur l'investissement, la concurrence et les DPI sera prolongée jusqu'en 2020-2021.....	31
La CJUE détermine que le SJI contenu dans l'AECG Canada-UE est conforme au droit européen.....	32
Le sénat mexicain ratifie l'ACEUM .....	32
Les dirigeants de la Chine et de l'UE ont annoncé leur objectif de conclure un accord d'investissement d'ici à 2020.....	33
L'Australie signe un nouveau TBI avec l'Uruguay, et des accords commerciaux et d'investissement avec Hong-Kong.....	34
<b>SENTENCES ET DÉCISIONS</b> .....	35
Les recours contre l'Albanie sont rejetés par un tribunal du CIRDI qui détermine qu'Anglo-Adriatic Group n'avait pas d'investissement protégé.....	35
Un tribunal du CIRDI estime que l'Espagne a violé ses obligations au titre du TCE en ne proposant pas un taux de retour raisonnable.....	36
Un tribunal du CIRDI accueille l'exception d'illégalité du Panama dans la réalisation d'un investissement dans un projet touristique situé dans une zone autochtone.....	39
Un tribunal de la CNUDCI détermine que l'Inde a violé le TBI avec l'Allemagne dans une affaire portant sur un accord de location du spectre électromagnétique .....	40
Un tribunal de la CCS déclare la Pologne coupable d'expropriation après qu'elle ait ordonné à une banque luxembourgeoise de céder ses parts .....	43
Le recours fondé sur les attentes légitimes des investisseurs contre l'Italie est rejeté en l'absence d'engagements spécifiques.....	45
Un tribunal du CIRDI constitué au titre d'une clause NPF reconnaît le Turkménistan coupable de violation du TJE pour avoir exigé des investisseurs la production d'un smeta, l'estimation des coûts exigée par la loi turkmène.....	47
<b>RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS</b> .....	50

## INVESTMENT TREATY NEWS

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

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

Directrice du Groupe - Droit et Politique Économique  
Nathalie Bernasconi

Traduction Française  
Isabelle Guinebault

Rédacteur en Chef  
Martin Dietrich Brauch

Traduction Espagnole  
María Candela Conforti

Rédactrice, Version Française  
Suzy Nikiéma

Attachée de presse et de communication  
Sofía Baliño

Rédactrice, Version Espagnole  
Marina Ruete

Design (PDF)  
PortoDG



## LISTE D'ACRONYMES

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



## ARTICLE 1

# Le financement par des tiers et les objectifs des traités d'investissement : amis ou ennemis ?

Brooke Güven et Lise Johnson



Les investisseurs étant contre les gouvernements dans le cadre du RDIE fondé sur un traité se tournent de plus en plus vers le financement par des tierces parties (FTP) : des tiers financent leurs différends en échange d'un retour ou d'un autre intérêt financier dans les conclusions du litige, qui s'accompagne souvent du droit pour le bailleur de fonds de participer à, et même parfois de contrôler, la gestion des recours<sup>1</sup>.

Le FTP des recours RDIE n'est soumis à aucune réglementation dans les traités ou dans les règlements d'arbitrage applicables. Alors que son utilisation explose, le FTP attire de plus en plus l'attention des gouvernements, des tribunaux arbitraux, de la société civile, des universitaires, des avocats, des investisseurs et des bailleurs.

Une réglementation multilatérale est actuellement envisagée dans le cadre du processus de révision du règlement du CIRDI ainsi qu'au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE. Ces initiatives clés, telles que celle portant sur la révision du règlement du CIRDI, ne mettent cependant l'accent que sur certains aspects limités, tels que les implications du FTP pour la

confidentialité, les conflits d'intérêts et la capacité de l'État de recouvrer les coûts encourus.

Mais comme nous l'avons récemment expliqué dans un [document de travail](#)<sup>2</sup>, il est essentiel d'examiner les questions plus fondamentales de savoir si et dans quelle mesure le FTP est compatible (ou non) avec les objectifs du droit moderne des traités d'investissement, et comment différentes approches réglementaires pourraient affecter cette compatibilité.

## Le FTP dans le cadre du RDIE est-il approprié au regard des objectifs politiques pertinents ?

Le RDIE est inclus dans les traités d'investissement soi-disant pour promouvoir leurs objectifs globaux consistant à encourager l'investissement et à façonner la manière dont les gouvernements traitent cet investissement dans le but de favoriser le développement durable. Ces traités sont des outils : la protection de l'investisseur et les recours RDIE ne sont pas l'objectif final, mais sont justifiés comme étant des moyens d'atteindre des objectifs plus larges de développement.

À l'heure d'évaluer le FTP dans les affaires de RDIE, il est donc essentiel de bien comprendre si et comment cette structure financière spécifique et les incitations qu'elle crée affectent le fonctionnement du RDIE et son rôle dans la promotion de l'objet et du but des traités d'investissement. Dans ce contexte, il est utile de considérer les effets du FTP dans trois grandes catégories : (1) la conduite des investisseurs ; (2) le développement de la législation ; et (3) la conduite des États d'accueil.

<sup>1</sup> Voir généralement, Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA). (2018, avril). *Report of the ICCA–Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration*. Extrait de [https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca\\_reports\\_4\\_tpf\\_final\\_for\\_print\\_5\\_april.pdf](https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf)

<sup>2</sup> Guven, B., & Johnson, L. (2019, mai). The policy implications of third-party funding in investor–state dispute settlement. *Document de travail de CCSI*. Extrait de <http://ccsi.columbia.edu/files/2017/11/The-Policy-Implications-of-Third-Party-Funding-in-Investor-State-Dispute-Settlement-FINAL.pdf>





## 1. Les effets sur les décisions des investisseurs

**Le FTP pourrait accroître le nombre d'affaires de RDIE** car il réduit les risques et les coûts associés aux recours. Le FTP permet aux demandeurs de monétiser les intérêts non liquides dans les conclusions de leurs recours, et de transférer tout ou partie des risques au bailleur de fonds. Cela pourrait inciter les investisseurs à lancer un arbitrage, notamment ceux qui, en l'absence d'un tel financement, n'auraient pas voulu le lancer, ou n'auraient pu se permettre de le faire. Les recherches suggèrent que le financement des arbitrages accroît effectivement le nombre d'affaires lancées<sup>3</sup>.

**Le FTP pourrait affecter les décisions de l'investisseur de rester dans le pays ou de le quitter.** Les traités d'investissement sont souvent justifiés comme étant des outils permettant d'attirer et de retenir l'IDE. Toutefois, les éléments démontrant l'influence des traités d'investissement sur les décisions d'investir dans un pays spécifique sont floues et contestées<sup>4</sup>. L'on en sait encore moins sur le fait de savoir si la disponibilité du RDIE et des voies de recours connexes a une influence sur les décisions des investisseurs de continuer à investir dans le pays et le projet, ou de quitter le pays et d'encaisser leur argent lorsque les circonstances ou les relations commencent à s'étioler.

Le RDIE pourrait avoir des effets négatifs sur la possibilité de retenir les investisseurs ainsi que sur les relations investisseur-État à long-terme. Les mécanismes de règlement des différends et voies de recours puissants, tels que ceux offerts dans le cadre du RDIE, risquent de repousser la coopération en rendant la sortie précoce d'un pays et l'obtention de gains anticipés plus attrayants, au détriment de la résilience à long-terme d'un projet<sup>5</sup>. Si ces effets peuvent découler du seul RDIE, le FTP peut accroître leur possibilité

car les bailleurs, qui deviennent une partie-prenante supplémentaire, œuvrant dans l'ombre et attirée par la perspective des dommages-intérêts, sont moins intéressés par les règlements non monétaires pouvant permettre au projet de continuer, et réduisent les coûts et les risques liés à la présentation d'un recours par un demandeur, rendant le RDIE plus attirant encore qu'il ne le serait sans le FTP.

## 2. Les effets sur la loi et les sentences rendues

**Le FTP dans le RDIE pourrait faire évoluer le droit de l'investissement en faveur des bailleurs de fonds (et des demandeurs).** Les débats portant sur les effets du FTP dans le RDIE cherchent souvent à savoir si le FTP pourrait donner lieu à plus de recours frivoles. Toutefois, compte tenu du sens notoirement nébuleux des normes des traités d'investissement, et des obstacles structurels relatifs à la déclaration de recours comme frivoles, il est utile de passer outre cet étiquetage. Il faudrait plutôt se demander si le FTP encourage les recours *marginiaux*, c'est-à-dire ceux qui mettent en avant des arguments relatifs au droit de l'investissement cherchant à en étendre la portée dans une direction involontaire et potentiellement indésirable, de manière à contester les actions gouvernementales prises de bonne foi dans le but de promouvoir des objectifs reposant sur un intérêt public légitime<sup>6</sup>.

**"Il est essentiel d'examiner les questions plus fondamentales de savoir si et dans quelle mesure le FTP est compatible (ou non) avec les objectifs du droit moderne des traités d'investissement, et comment différentes approches réglementaires pourraient affecter cette compatibilité."**

Il est également important de se demander si les bailleurs sont aussi opposés aux recours risqués qu'on le prétend souvent. L'analyse du FTP dans le contexte national australien par exemple a conclu que le FTP a

<sup>3</sup> Chen, D. L. (2015). Can markets stimulate rights? On the alienability of legal claims. *The RAND Journal of Economics*, 46(1), 23–65, p. 25, 33 ; voir également Abrams, D. S., & Chen, D. L. (2012). A market for justice: A first empirical look at third party litigation funding. *University of Pennsylvania Journal on Business Law*, 15, 1075, p. 1078.

<sup>4</sup> Pohl, J. (2018). Societal benefits and costs of international investment agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence. *Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, 2018/01. Publications de l'OCDE, Paris. Extrait de <https://doi.org/10.1787/e5f85c3d-en> ; Bonnitche, J. (2017). *Assessing the impacts of investment treaties: Overview of the evidence*. Winnipeg : IISD. Extrait de <https://www.iisd.org/library/assessing-impacts-investment-treaties-overview-evidence>

<sup>5</sup> Voir, par ex., Gilson, R., Sabel C.F., & Scott, R. E. (2010). Braiding: The interaction of formal and informal contracting in theory, practice, and doctrine. *Columbia Law Review*, 10, 1377, p. 1387-1402

<sup>6</sup> Pelc, K. J. (2017). What explains the low success rate of investor-state disputes? *International Organization*, 71(3), 559-583.



généralement conduit au lancement de plus d'affaires, et notamment plus d'affaires originales et incertaines. S'ils obtiennent gain de cause dans ces affaires originales et risquées, ces dernières peuvent forcer l'évolution du droit (en faveur des bailleurs ou des demandeurs). Les études menées en Australie démontrent par ailleurs notamment que les affaires financées par des tiers ont eu une influence notable sur l'évolution du droit, car elles font moins l'objet d'annulations et sont plus souvent citées que les affaires n'étant pas financées par des tiers<sup>7</sup>.

Le RDIE peut donner lieu à des résultats similaires. L'accès d'un demandeur à des ressources et des connaissances complexes semble être un facteur important de succès dans certaines affaires. Les bailleurs de fonds peuvent offrir ces deux types d'avantages, en contribuant directement en termes de connaissances et d'expertise, et en recrutant les meilleurs cabinets juridiques<sup>8</sup>. De plus, les bailleurs peuvent soutenir des affaires stratégiques leur permettant d'influencer l'évolution du droit en faveur de leurs intérêts. Le financement de portefeuille facilite encore plus cette pratique en permettant aux bailleurs de regrouper des affaires originales très hasardeuses mais dotées d'un potentiel plus grand de changer la loi (même celle dont la valeur anticipée est inférieure à la rentabilité financière d'un recours financé par le demandeur lui-même) et des recours moins risqués<sup>9</sup>. L'on peut donc raisonnablement conclure que la présence du FTP aura des effets sur les conclusions de certaines décisions, ainsi que sur les contours du droit d'une manière qui accroît le risque de recours et d'engagement de la responsabilité des États d'accueil, bien au-delà de ce que les États et les autres parties-prenantes avaient envisagé.

Comme l'a indiqué Burford, l'un des bailleurs de fonds du RDIE, « Nos capitaux ont la capacité de modifier les conclusions des litiges, et nos capitaux peuvent notamment donner lieu à des conclusions qui, pour être juridiquement valables, n'en sont pas moins délicates lorsqu'elles sont considérées dans une perspective plus vaste »<sup>10</sup>. Il est donc crucial de mieux comprendre et

d'aborder le rôle du FTP dans la création de conclusions « délicates » dans le cadre du droit de l'investissement et des affaires de RDIE.

**Le FTP peut influencer les décisions de régler ou non les recours.** Si tous les bailleurs n'ont pas un intérêt ou un rôle actif dans la gestion d'un recours, certains pourraient considérer ce rôle comme critique. Les bailleurs de fonds ont plusieurs raisons de régler, ou non, un recours, notamment le souhait d'encaisser des recettes d'un certain montant ou au cours d'une période spécifique, ou d'influencer l'évolution du droit. En outre, les obligations éthiques et réglementaires des bailleurs sont principalement envers leurs actionnaires, plutôt qu'envers la partie financée, et ils pourraient donc insister en faveur de décisions de règlement ou de sentences différentes de celles favorisées par l'entreprise locale dont l'investissement est au cœur du différend.

**"Compte tenu des risques que pose le FTP pour les objectifs du régime des AI, l'on devrait appliquer une approche prudente de la réglementation, et les décideurs politiques devraient très sérieusement envisager d'interdire totalement cette pratique. La non-disponibilité de cette information ne devrait pas être utilisée pour justifier ce laissez-faire"**

Dans la même veine, la présence d'un bailleur de fonds peut faire basculer le pouvoir de négociation en faveur du demandeur, et ainsi affecter la volonté d'un État de régler les recours, et les résultats du règlement. Dans le cadre du RDIE, les États défendeurs font face à des risques auxquels les investisseurs ne sont pas exposés, notamment le risque propre aux États d'être condamnés à payer des dommages sur la base de normes juridiques vagues et imprévisibles, et de porter atteinte à leur réputation. Si les investisseurs assument également des risques à l'heure de présenter des recours, à savoir le risque de ne pas recouvrer les pertes qu'ils ont subies, le RDIE n'est pas nécessairement la seule voie de recours d'un investisseur, qui pourrait également se tourner vers la couverture des risques politiques, ou bien présenter des recours au titre du droit national ou d'un contrat, ou même faire pression sur l'État par voie diplomatique. Si cette exposition asymétrique aux risques peut, en elle-même, faire pencher la balance en

<sup>7</sup> Chen (2015), *supra* note 3, p. 49 ; Abrams & Chen (2012), *supra* note 3, p. 1105-1106.

<sup>8</sup> Remmer, K. (2018). The outcomes of investment treaty arbitration: A reassessment. Dans L. Johnson & L. Sachs (Eds.). *Yearbook on international investment law & policy 2015-16*. Oxford University Press.

<sup>9</sup> Burford Capital décrit le financement de portefeuille comme « essentiellement flexible et idéal pour ... les affaires qu'il serait autrement moins intéressant de financer ». Burford Capital. (2016). *Beyond "litigation finance."* Extrait de [https://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/09/Burford-Beyond-Litigation\\_Finance-US\\_Web.pdf](https://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/09/Burford-Beyond-Litigation_Finance-US_Web.pdf)

<sup>10</sup> Burford Capital. 2019. *Environmental, social and governance factors*. Extrait de <https://www.burfordcapital.com/investors/investor-information/environmental-social-governance/>.



faveur de l'investisseur dans les discussions relatives à un règlement, le FTP peut faire basculer la dynamique évolutive des pouvoirs et les conclusions du règlement encore plus en faveur d'un investisseur, au détriment d'un État. Les termes du règlement pourraient alors refléter davantage ces rapports de pouvoir déséquilibrés que le fond de l'affaire.

### 3. Les effets sur les gouvernements

**Le FTP peut avoir des effets sur la volonté et la capacité des gouvernements de réglementer l'investissement en vue d'atteindre leurs objectifs de développement durable.** Les gouvernements qui souhaitent réaliser des objectifs d'intérêt public et répondre à leurs circonstances, preuves, nécessités et priorités variables ont besoin pour ce faire de marge de manœuvre politique. Celle-ci n'est pas sans limite, et ne devrait pas l'être, mais il est également important de ne pas trop dissuader les États, en décourageant indûment les mesures qu'ils prennent de bonne foi (et en exigeant l'indemnisation) dans l'intérêt public pour atteindre des objectifs économiques, sociaux et environnementaux. Il est donc essentiel de comprendre si et comment le FTP peut exacerber les risques de sur-dissuasion, que ce soit en renforçant la probabilité d'une affaire de RDIE, en ciblant certains types de gouvernements, en lançant certains types de recours, ou en renforçant la probabilité de sentences favorables aux bailleurs de fonds.

Par exemple, les recours portant sur les secteurs des industries extractives et des infrastructures, accompagnés de sentences monétaires plus importantes, pourraient s'avérer particulièrement attrayants pour les bailleurs tiers compte tenu de leurs éventuels dommages exorbitants<sup>11</sup>. Les pays dont la stratégie de développement de ces secteurs repose sur l'investissement privé pourraient être en tête de liste des bailleurs de fonds, en particulier si les cadres réglementaires de ces secteurs sont encore émergents, en évolution, ou source croissante de controverses. Dans ces cas-là, comme mentionné plus haut, les investisseurs pourraient bénéficier d'un avantage relativement important dans la négociation d'un règlement, lorsque la menace d'un arbitrage RDIE pèse. La présence d'un tiers soutenant financièrement l'affaire pourrait encore plus faire pencher la balance en faveur du demandeur et donner lieu à un règlement qui, même s'il ne force pas le gouvernement à abroger la mesure contestée, accroît

les coûts liés au maintien de la mesure, ce qui pourrait alors dissuader le gouvernement d'adopter des mesures similaires dans le futur. Dans ces contextes, la possibilité d'entraîner un gel réglementaire est d'autant plus problématique qu'une réglementation gouvernementale solide des investissements dans les secteurs extractifs et des infrastructures est vitale pour en tirer les bénéfices et prévenir les dommages environnementaux, sociaux et économiques que de tels projets peuvent générer.

**"Il est donc essentiel de comprendre si et comment le FTP peut exacerber les risques de sur-dissuasion, que ce soit en renforçant la probabilité d'une affaire de RDIE, en ciblant certains types de gouvernements, en lançant certains types de recours, ou en renforçant la probabilité de sentences favorables aux bailleurs de fonds."**

Certains gouvernements pourraient bien sûr être plus sensibles au gel réglementaire que d'autres. Les gouvernements qui disposent de ressources limitées pour financer une défense robuste, ceux qui sont plus sensibles aux atteintes à leur réputation<sup>12</sup>, ou ceux qui dépendent d'autres pays s'agissant de l'aide au développement, de réglementations économiques ou du soutien diplomatique, pourraient être moins enclins à contester des recours. Mais il est essentiel, de manière générale, de comprendre si le FTP encourage les affaires et les sentences qui accroissent la probabilité de la sur-dissuasion, et en exacerbe les effets.

### Interdire le FTP dans le cadre du RDIE

Il est souhaitable d'évaluer plus avant les pour et les contres du FTP, notamment les préoccupations susmentionnées. Une telle évaluation sera cependant difficile à mener compte tenu de l'opacité entourant la participation des bailleurs dans les affaires de RDIE. Compte tenu que ce sont les bailleurs de fonds, c'est-à-dire les acteurs potentiellement réglementés, qui détiennent les informations requises pour dissiper les préoccupations relatives à leurs pratiques, et en

<sup>11</sup> Hart, T. (2014). Study of damages in international center for the settlement of investment disputes cases. *Transnational Dispute Management*, 11(3), p. 8-10.

<sup>12</sup> Kerner, A. & Pelc, K. (2019, à paraître). Do investor state disputes harm FDI? *Document de travail*. McGill University.



démontrer la valeur, la non-disponibilité de cette information ne devrait pas être utilisée pour justifier ce *laissez-faire*. Au contraire, compte tenu des risques que pose le FTP pour les objectifs du régime des AII, l'on devrait appliquer une approche prudente de la réglementation, et les décideurs politiques devraient très sérieusement envisager d'interdire totalement cette pratique<sup>13</sup>.

Remarquons que plusieurs États ont déjà appelé à l'interdiction du FTP dans le RDIE, notamment dans le cadre des discussions du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE<sup>14</sup>. L'Argentine et les Émirats arabes unis sont allés encore plus loin en interdisant effectivement la pratique dans le TBI qu'ils ont conclu en 2018<sup>15</sup>. Les États-Unis autorisent, quant à eux, le FTP uniquement dans les recours nationaux contre le gouvernement fédéral<sup>16</sup>.

**"Compte tenu des risques que pose le FTP pour les objectifs du régime des AII, l'on devrait appliquer une approche prudente de la réglementation, et les décideurs politiques devraient très sérieusement envisager d'interdire totalement cette pratique."**

Des interdictions partielles peuvent également être envisagées si les décideurs politiques considèrent que le FTP peut dans certains cas promouvoir les objectifs politiques de leurs programmes de traités d'investissement. Par exemple, si les gouvernements sont

préoccupés par le fait que des demandeurs impécunieux puissent accéder au RDIE, ou s'ils décident que certains types de recours (par exemple ceux fondés sur l'expropriation directe) justifient le FTP, ils pourraient alors développer des mécanismes autorisant le FTP dans ces cas-là. Ces mécanismes pourraient par exemple transférer au demandeur la charge de prouver qu'il a respecté des critères clairs, tels que démontrer son impécuniosité, qu'il a épuisé les voies de recours locales, ou qu'il a les mains propres, entre autres.

Une interdiction assortie d'exceptions spécifiques pourrait également s'accompagner d'autres règles et mécanismes, par exemple l'obligation pour les bailleurs de fonds de se soumettre à la compétence du tribunal s'agissant de la responsabilité des coûts, des obligations éthiques et des exigences de transparence, entre autres.

De manière générale, le FTP dans le RDIE risque d'exacerber les problèmes liés aux normes sous-jacentes de l'investissement et au RDIE, en introduisant dans le système déjà asymétrique du RDIE un nouvel acteur qui a ses propres raisons de contester mêmes des réglementations gouvernementales adoptées de bonne foi dans le but de réaliser des objectifs de développement durable. L'on ne sait pas encore si le FTP présente un intérêt pour les acteurs autres que le barreau, les arbitres, les bailleurs et certains demandeurs, mais les risques qu'il pose pour les objectifs des traités sont évidents. Les initiatives de réforme et les négociations qui n'aborderaient pas la question du FTP risquent de verrouiller un système et de perpétuer une industrie dont l'intention et les effets ne soutiennent pas, et pourraient même saper, les objectifs du droit international moderne de l'investissement.

#### Auteurs

**Brooke Güven** est une chercheuse juridique auprès du Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) et **Lise Johnson** est responsable du Programme Droit et politique de l'investissement au CCSI.

<sup>13</sup> Garcia, F. J. (2018). Third-party funding as exploitation of the investment treaty system. *Boston College Law Review*, 59, 2911, p. 2930 ; Garcia, F. J. (2018, 30 juillet). Charge contre le financement par des tiers dans l'arbitrage des investissements. *Investment Treaty News*, 9(2), 7-9. Extrait de <https://www.iisd.org/itn/fr/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia>

<sup>14</sup> 35<sup>ème</sup> session du Groupe de travail III, enregistrements audio (25 avril 2018). Extrait de <https://icms.unov.org/CarbonWeb/public/uncitral/speakerslog/a2ad492b-22e9-497c-93c8-4be3130e9978> ; 37<sup>ème</sup> session du Groupe de travail III, enregistrements audio (1er avril 2019). Extrait de <https://icms.unov.org/CarbonWeb/public/uncitral/speakerslog/9e4160d4-6cef-4de6-83c0-d9c4645bf253>

<sup>15</sup> Accord pour la promotion et la protection réciproques des investissements entre la République d'Argentine et les Émirats arabes unis, signé le 16 avril 2018, pas encore entré en vigueur, Art 24. Extrait de <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3819/argentina--united-arab-emirates-bit-2018->

<sup>16</sup> 31 USC § 3727 (Loi des États-Unis sur l'incessibilité des recours - United States Anti-Assignment of Claims Act).





## ARTICLE 2

# Quelques mots sur la lutte contre la corruption : comment l'interdiction de la corruption incluse dans les APIE peut créer une norme minimale de conduite des investisseurs canadiens à l'étranger

Matthew A. J. Levine



En septembre 2015, les Nations Unies lancèrent les ODD. L'ODD n° 16, « Paix, justice et institutions efficaces » inclut des engagements de lutte contre la corruption et les flux financiers illicites, et d'amélioration de la transparence. De plus, il est largement reconnu que sans action concrète visant à réduire la corruption, les progrès de cet ODD seront certainement limités.

Dans ce contexte, la note de politique que j'ai récemment publié examine quatre initiatives juridiques canadiennes contre la corruption d'agents étrangers : (1) le renforcement de la mise en œuvre de l'interdiction canadienne de la corruption transnationale ; (2) le développement de normes anti-corruption au niveau des entreprises ; (3) la mise en œuvre de l'obligation de transparence des transactions financières pour les investisseurs dans le secteur des industries extractives ; et (4) un programme commercial (et d'investissement) progressiste. La note de politique argue que la simple interdiction de la corruption transnationale dans le code pénal national ne suffit pas, et que cette approche diversifiée est prometteuse mais incomplète<sup>1</sup>.

Le présent article met l'accent sur le quatrième composant de cette approche diversifiée : la nécessité de veiller à ce que les traités d'investissement du Canada contribuent à la lutte contre la corruption. Je m'intéresse d'abord au programme canadien d'Accords sur la promotion et la protection des

investissements (APIE). Je présente ensuite « la critique de l'asymétrie » des AII ainsi que le paysage juridique instable résultant de l'absence de clarté dans les traités quant à la manière dont les tribunaux devraient gérer la question de la corruption. Dans la troisième section, j'examine les développements récents en faveur de l'instauration d'une norme contraignante contre la corruption dans la pratique des traités du Canada et dans celle d'autres États.

## 1. Le programme d'APIE du Canada

Les traités d'investissement canadiens incluent à la fois des APIE et des ALE contenant un chapitre sur l'investissement. Le Canada a commencé à négocier des APIE dès la fin des années 1980, donnant naissance à la première génération d'APIE qui mettaient géographiquement l'accent sur l'Europe de l'Est. Une approche plus systématique des APIE fut développée sur la base de l'ALENA. Sur la base du chapitre 11 de l'ALENA, Ottawa développa un premier modèle d'APIE, utilisé dans les négociations menées pendant le reste des années 1990. Plus de deux douzaines d'AII furent conclus dans le cadre de cette deuxième génération. La troisième génération débuta en 2004 avec la publication d'un deuxième modèle d'APIE.

Au mois de mai 2019, le gouvernement canadien affiche une liste de 38 APIE en vigueur<sup>2</sup>. Le modèle d'APIE canadien n'a pas été formellement révisé depuis 2004, même si certaines modifications ponctuelles ont été régulièrement apportées. Les APIE et ALE signés vers la fin de la troisième génération, entre 2013 et 2016, incluent notamment un libellé anti-corruption dans une disposition exhortative sur la RSE<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra>

<sup>3</sup> Brower, C. N., & Ahmad, J. (2019). The state's corruption defence, prosecutorial efforts, and anti-corruption norms in investment treaty arbitration. Dans K. Yannaca-Small (Ed.). (2019). *Arbitration under international investment agreements: A guide to the key issues*. Oxford : Oxford University Press. APIE Canada–Burkina Faso, Article 16 ; APIE Canada–Guinée, Article 16 ; APIE Benin–Canada, Article 16 ; ALE Canada–Honduras, Article 10.16 ; ALE Canada–République de Corée, Article 8.16 ; APIE Canada–Côte d'Ivoire, Article 15(2) ; APIE Canada–Serbie, Article 16 ; APIE Canada–Nigeria, Article 16 ; APIE Canada–Mali, Article 15(3) ; APIE Canada–Mongolie, Article 14 ; APIE Canada–Sénégal, Article 16 ; APIE Canada–Kosovo, Article 16. Tous les accords sont disponibles sur <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra>

<sup>1</sup> Levine, M. A. J. (2019, juin). *Canadian initiatives against bribery by foreign investors*. IISD : Winnipeg. Extrait de <https://iisd.org/library/canadian-initiatives-against-bribery-foreign-investors>



Toujours au mois de mai 2019, plus de 50 affaires d'arbitrage investisseur-État connues ont été lancées par des investisseurs canadiens à l'étranger<sup>4</sup>. Elles font naître des préoccupations spécifiques en matière de développement durable car bon nombre de ces affaires portent sur des mesures de gestion des ressources ou de protection de l'environnement dans le cadre de projets d'extraction minière, pétroliers et gaziers.

Depuis les élections de 2015, l'approche canadienne de la question des investissements est censée être guidée par un « Programme commercial progressiste incluant la question des investissements »<sup>5</sup>. Entre la mi-août et la fin octobre 2018, le gouvernement canadien a organisé des consultations en ligne sur la manière de faire en sorte que les APIE soient plus progressistes et inclusifs<sup>6</sup>, au cours desquelles plus de 350 Canadiens ont donné leur avis<sup>7</sup>. Toutefois, à ce jour le gouvernement canadien n'a toujours pas indiqué comment il compte rendre les APIE et ALE plus « progressistes » si ce n'est dans leur titre, puisque les intentions détaillées post-consultations du gouvernement n'ont toujours pas été rendues publiques.

## 2. La « critique de l'asymétrie » du droit international des investissements

L'approche historique des accords d'investissement se caractérise par l'asymétrie : les investisseurs étrangers reçoivent des droits, sans les obligations correspondantes, tandis que les États d'accueil acceptent des obligations, sans recevoir de droits. Yackee a proposé une aperçu éclairé de cette critique de l'asymétrie, mettant l'accent

sur la corruption<sup>8</sup>. Plus récemment, Viñuales a apporté une réponse à cette critique de l'asymétrie, plaidant pour une version modifiée et « un changement de mentalité » doctrinal, impulsé par les tribunaux<sup>9</sup>.

Adressant ce besoin d'un changement de mentalité, Llamzon décrit de manière convaincante une « impulsion morale » découlant de « la nécessité de tenir les investisseurs cherchant à obtenir réparation pour responsables de leurs propres méfaits »<sup>10</sup>. Il reconnaît toutefois également que les traités existants donnent « comparativement peu d'indications aux arbitres quant à la manière de traiter les questions de corruption par rapport aux protections offertes aux investisseurs au titre de ces traités »<sup>11</sup>.

Dans ce contexte, les tribunaux s'appuient sur un panier dynamique d'« obligations implicites »<sup>12</sup> pour aborder les méfaits des investisseurs. L'affaire *World Duty Free c. le Kenya* en est un bon exemple<sup>13</sup>. L'État d'accueil arguait en début de procédure que l'investisseur avait eu recours à la corruption pour obtenir son investissement. Le tribunal considéra qu'il ne pouvait affirmer sa compétence au titre des accords d'arbitrage pertinents inclus dans le contrat d'investissement<sup>14</sup>. Toutefois, la limite fondamentale de l'approche fondée sur l'ordre public international (approche OPI) s'explique par le fait qu'elle s'appuie sur la candeur inhabituelle de l'investisseur et de l'État quant au versement de pots-de-vin.

L'un des praticiens décrit les conséquences du fait de s'appuyer sur des obligations implicites comme « un manque de clarté quant à l'obligation implicite émergente des investissements d'être conformes

<sup>4</sup> Mertins-Kirkwood, H. (2019). *Digging for dividends: The use and abuse of investor-state dispute settlement by Canadian investors abroad*. Ottawa : Centre canadien de politiques alternatives. Extrait de <https://www.policyalternatives.ca/digging-for-dividends>. Cet ouvrage indique qu'au moins 43 cases ont été lancées par des investisseurs canadiens au titre de traités autres que l'ALENA. Entre temps, d'après la CNUCED, 15 affaires d'arbitrage ont été lancées par des investisseurs canadiens contre les seuls États-Unis au titre du chapitre 11 de l'ALENA. Voir <https://investmentpolicy.unctad.org>

<sup>5</sup> Cette terminologie a été utilisée par des diplomates et politiciens au cours de la renégociation de l'ALENA (qui a donné lieu à l'ACEUM), des négociations du CPTPP et, dans une certaine mesure, dans l'inclusion d'une CMI dans le texte final de l'AECG.

<sup>6</sup> <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/consultations/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>

<sup>7</sup> <https://www.placespeak.com/fr/topic/5788-consultation-publique-les-accords-sur-les-investissements-apie-du-canada/#/>. L'IISD a joué un rôle moteur en rassemblant les parties-prenantes pour identifier les manières de faire en sorte que le nouveau modèle d'APIE contribue à l'investissement au service du développement durable. Voir IISD. (2018, juillet). *Developing a progressive agenda for reform of international investment law: Canadian perspectives*. Extrait de <https://www.iisd.org/library/developing-progressive-agenda-reform-international-investment-law-canadian-perspectives> ; IISD. (2018, novembre). *Commentary: Reply to public consultation on Canada's international investment agreements (FIIPAs)*. Extrait de <https://iisd.org/library/reply-public-consultation-canadas-international-investment-agreements-fipas>

<sup>8</sup> Pour une application éclairée de la critique de l'asymétrie aux questions de corruption, voir Yackee, J. W. (2011). Investment treaties and investor corruption: An emerging defense for host states. *Virginia Journal International Law*, 52, 723.

<sup>9</sup> Viñuales, J. E. (2017). Investor diligence in investment arbitration: Sources and arguments. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 32(2), 346-370, p. 368.

<sup>10</sup> Llamzon, A. P. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: The state of the 'unclean hands' doctrine in international investment law: Yukos as both omega and alpha. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 30(2), 315-325, p. 316.

<sup>11</sup> Llamzon, A. P. (2014). *Corruption in International Investment Arbitration* (pp. 238-281). Oxford University Press, para. 4.66.

<sup>12</sup> Llamzon (2015), *supra* note 10. Llamzon fait référence aux obligations implicites induisant des limitations que d'aucun considère comme existant en dehors des quatre coins du texte du traité.

<sup>13</sup> Voir Johnson, L. (2011). *World Duty Free c. le Kenya*. Dans N. Bernasconi-Osterwalder & L. Johnson (Eds.). *International investment law and sustainable development: Key cases from 2000-2010*. Genève : IISD. Extrait de <https://www.iisd.org/itn/2018/10/18/world-duty-free-v-kenya>

<sup>14</sup> Cette approche OPI existe depuis longtemps dans l'arbitrage commercial international : Yackee (2011), *supra* note 8, retrace les origines de cette doctrine par rapport au recours à l'arbitrage pour faire exécuter un contrat obtenu par la corruption, à la décision de 1963 du Juge Gunnar Lagergren dans l'affaire CCI n° 1110.



à la loi, et [qui] pourrait laisser les investisseurs, les États et les tribunaux dans l'incertitude quant aux circonstances dans lesquelles les protections substantives d'un traité d'investissement devraient être refusées à l'investisseur »<sup>15</sup>.

Le tribunal de l'affaire *Metal-Tech c. Ouzbékistan* a également fait face au problème d'un investisseur corrompu. Il s'appuya sur le libellé « conformément à la loi » du traité d'investissement sous-jacent, concluant que les preuves circonstancielles, telles que des « indices » étaient suffisants pour établir que des pots-de-vin avaient été versés pour garantir l'investissement<sup>16</sup>. (Dans les deux affaires *World Duty Free* et *Metal-Tech*, les tribunaux internationaux conclurent sur la base des faits qu'il y avait eu corruption, et ne s'appuyèrent donc pas sur une conclusion précédente au pénal de l'État d'origine ou d'accueil).

Notons toutefois que bon nombre de traités d'investissement ne contiennent pas ce libellé, « conformément à la loi ». Et dans tous les cas, même si le traité le contient, sa capacité à exclure les investissements réalisés de manière corrompue dépend de la loi de l'État d'accueil. Plus important encore, compte tenu que le droit canadien interdit la corruption d'agents étrangers<sup>17</sup>, les APIE canadiens devraient également exclure les investissements corrompus de leur protection, quelles que soient les particularités juridiques de l'État d'accueil.

### 3. L'amélioration du libellé des traités est nécessaire si l'on vise des progrès graduels

Le Canada a peu progressé dans la clarification du paysage juridique instable décrit précédemment. La présente section explique cette évolution ainsi que d'autres initiatives relatives à la négociation de traités.

Au titre de l'AECG, les investissements obtenus par la corruption ont été explicitement exclus du règlement des différends. L'Article 8.18(3) de l'AECG indique<sup>18</sup> :

Il est entendu qu'un investisseur ne peut déposer une plainte en vertu de la présente section si l'investissement a été effectué à la suite de déclarations frauduleuses, de dissimulation, de corruption ou d'une conduite équivalant à un abus de procédure.

Il s'agit là d'un pas prudent dans la bonne direction. (Ce libellé de l'AECG n'a pas encore été interprété par un tribunal arbitral).

Toutefois, les APIE Canada-Moldavie et Canada-Kosovo, signés après la conclusion de l'AECG le 30 octobre 2016, n'incluent pas le même libellé que l'article 8.18(3) de l'AECG<sup>19</sup>. Bien que cela puisse a priori surprendre, cela traduit sans doute le fait que les négociateurs canadiens ont continué d'opérer au titre du modèle de négociation précédent et continueront de le faire jusqu'à ce que le modèle d'APIE soit mis à jour<sup>20</sup>.

Dans les deux APIE conclus après l'AECG, le développement le plus significatif se trouve en dehors du texte du traité, sous la forme d'une déclaration conjointe<sup>21</sup>, substantiellement identique dans les deux cas, et passant sous silence la question de la corruption. Dans ce document, les gouvernements « s'engagent à collaborer afin de rendre les politiques internationales sur le commerce et les investissements plus progressistes et plus inclusives afin de permettre à tous les membres de la société, particulièrement les femmes, d'avoir une incidence positive sur la croissance économique ainsi que d'aider à réduire les inégalités et la pauvreté ». Elles réaffirment également le droit de régler pour la réalisation d'objectifs politiques légitimes, et reconnaissent la nécessité de régler certains problèmes liés au RDIE.

<sup>15</sup> Moloo, R., & Khachaturian, A. (2010). The compliance with the law requirement in international investment law. *Fordham International Law Journal*, 34, 1473, p. 1475.

<sup>16</sup> Voir Schacherer, S. (2018, octobre). *Metal-Tech c. Ouzbékistan*. Dans Bernasconi-Osterwalder, N. & Brauch, M. D. (Eds.). *International investment law and sustainable development: Key cases from the 2010s*. Genève : IISD. Extrait de <https://www.iisd.org/itm/2018/10/18/metal-tech-v-uzbekistan>

<sup>17</sup> Levine (2019), *supra* note 1, Section 5.0.

<sup>18</sup> AECG, Chapitre 8 (Investissement), 30 octobre 2016. Art. 8.18(3). Extrait de <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>

<sup>19</sup> APIE Canada-Moldavie, 12 juin 2018 (pas encore en vigueur). Extrait de <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/moldova/fipa-apie/text-texte.aspx?lang=fra> ; APIE Canada-Kosovo, 6 mars 2018, entré en vigueur le 19 décembre 2018. Extrait de <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/kosovo/fipa-apie/text-texte.aspx?lang=fra>

<sup>20</sup> Le 25 mai 2018, le Canada et les Émirats arabes unis conclurent des négociations pour un APIE. Le texte n'est pas disponible. Voir [https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/united\\_arab\\_emirates-emirats\\_arabes\\_unis/fipa-apie/background-contexte.aspx?lang=fra](https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/united_arab_emirates-emirats_arabes_unis/fipa-apie/background-contexte.aspx?lang=fra)

<sup>21</sup> Déclaration conjointe du gouvernement du Canada et du gouvernement de la République de Moldova concernant le commerce et les investissements progressifs et inclusifs, 12 juin 2018. Extraite de <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/moldova/fipa-apie/declaration.aspx?lang=fra> ; Déclaration conjointe du gouvernement du Canada et du gouvernement de la République du Kosovo Moldova concernant le commerce et les investissements progressifs et inclusifs, 6 mars 2018. Extraite de <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/kosovo/fipa-apie/declaration.aspx?lang=fra>





L'on ne sait pas si un nouveau modèle d'APIE sera publié, ni quand, dans le but d'orienter les négociations du Canada. L'on ne sait pas non plus si le libellé de l'article 8.18(3) de l'AECG sera inclus dans le nouveau modèle d'APIE, ou si le gouvernement canadien, opérant maintenant dans le cadre d'un Programme commercial progressiste, pourrait aller encore plus loin et utiliser les APIE pour lutter contre la corruption.

Le gouvernement canadien doit veiller à ce que les APIE commencent à fixer une norme minimale portant sur la conduite de l'investisseur et applicable aux entreprises canadiennes à l'étranger. À cet égard, il vaut la peine de mentionner le modèle d'accord d'investissement de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC), le TBI Maroc-Nigéria de 2016 et le modèle de TBI de 2018 des Pays-Bas.

Le modèle de la SADC inclus une obligation partagée en matière de corruption, qui s'applique aux investisseurs, aux États d'origine et aux États d'accueil. La principale obligation se fonde sur les approches de la corruption de la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) et de la Convention de l'OCDE. Les autorités nationales sont chargées de faire appliquer l'interdiction ; une violation de cette dernière entraîne l'exclusion de la compétence du tribunal d'investissement<sup>22</sup>. Le lien fait par le modèle de la SADC entre l'application par l'État d'origine (ce qui permet de maintenir la capacité souveraine d'engager des poursuites pénales) et l'exclusion de la compétence du tribunal d'investissement mérite d'être considéré.

Le TBI Maroc-Nigéria introduit une série d'obligations pour les investisseurs, notamment le respect d'une procédure rigoureuse d'évaluation environnementale et de l'impact social<sup>23</sup>. En outre, l'article 17 (Lutte contre la corruption) prévoit des règles complètes interdisant le versement de pots-de-vin à un agent ou à un intermédiaire d'un agent de l'État d'accueil<sup>24</sup>.

Finalement, le modèle de TBI des Pays-Bas<sup>25</sup>, récemment parachevé, contient une série de changements visant à contrôler le champ d'application de la protection des investissements, et à introduire de meilleures orientations

quant à la conduite de l'investisseur. En particulier, le modèle suit l'article 8.18(3) de l'AECG et indique : « Le tribunal devra décliner sa compétence si l'investissement a été réalisé à la suite de déclarations frauduleuses, de dissimulation, de corruption ou d'une conduite équivalant à un abus de procédure »<sup>26</sup>.

## Conclusion

Dans le contexte des ODD, l'adoption progressive par le Canada d'une approche diversifiée pour lutter contre la corruption transnationale est encourageante. Toutefois, les signes reconnaissant que les investissements réalisés par la corruption ou entachés de corruption doivent être exclus de la protection offertes par les APIE ont jusqu'à présents été limités.

Cela commence, malgré tout, doucement à bouger. De pair avec la critique de l'asymétrie, il existe une prise de conscience croissante que les APIE ne peuvent plus seulement être dédiés à la protection des investisseurs étrangers. Suite aux consultations publiques de 2018 sur les APIE, le gouvernement canadien doit au minimum publier le nouveau modèle d'APIE, incluant un libellé contraignant excluant les investissements entachés de corruption d'agents étrangers de la protection du traité, et abordant les autres points soulevés par les Canadiens, et utiliser ces éléments pour orienter la négociation d'APIE de « quatrième génération ». Le Canada devrait également chercher à renégocier les APIE obsolètes d'ancienne génération.

S'agissant de la corruption d'agents étrangers, toute initiative s'éloignant de la pratique de l'AECG irait dans la mauvaise direction. Il s'agirait d'une trahison, non seulement du discours gouvernemental sur un Programme commercial progressiste, mais aussi du simple fait juridique que la loi interdit aux entreprises canadiennes de verser des pots-de-vin aux agents de pays étrangers. De cette manière, le Canada peut faire un pas, certes petit mais très concret, vers l'équilibrage de la norme minimale de traitement des investisseurs qu'il exige des États d'accueil, et de la norme minimale de la conduite de l'investisseur de la part des entreprises canadiennes opérant à l'étranger.

## Auteur

**Matthew A. J. Levine** est un juriste canadien (avocat et notaire, Barreau de l'Ontario). En plus d'aborder les questions de droit commercial national, il travaille à la conception et à la mise en œuvre de programmes de lutte contre la corruption au titre de la Loi des États-Unis sur les pratiques de corruption étrangère, et de la loi du Canada sur la corruption d'agents publics étrangers.

<sup>22</sup> CDAA. (2012, juillet). *SADC model bilateral investment treaty template with commentary*. Gaborone: SADC, Art. 10.1–10.3 et commentaire p. 32. Extrait de <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>

<sup>23</sup> TBI Maroc-Nigéria, 3 décembre 2016, Art. 14(1) et 14(2). Extrait de <https://investmentpolicy.unctad.org>

<sup>24</sup> Id., Art. 17.

<sup>25</sup> Pour un examen complet du projet de texte, voir Verbeek, B.-J. & Knottnerus, R. (2018, juillet). Le projet 2018 de modèle de TBI néerlandais : évaluation critique. *Investment Treaty News*, 9(2), 3–6. Extrait de <https://www.iisd.org/itn/fr/2018/07/30/the-2018-draft-dutch-model-bit-a-critical-assessment-bart-jaap-verbeek-and-roeline-knottnerus>. Le gouvernement néerlandais a adopté le modèle de TBI le 19 octobre 2018.

<sup>26</sup> Modèle d'accord d'investissement des Pays-Bas, 19 octobre 2018, Art. 16(2). Extrait de <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/publicaties/2018/10/26/modeltekst-voor-bilaterale-investeringsakkoorden/modeltekst-voor-bilaterale-investeringsakkoorden.pdf>





## ARTICLE 3

# La saga espagnole de l'énergie renouvelable : ses enseignements pour le droit international de l'investissement et le développement durable

Isabella Reynoso



Les AII et le régime du RDIE qui les accompagne sont souvent présentés comme les fers de lance de la promotion de l'IDE dans les pays, et donc comme contribuant au développement durable. Les AII offrent aux investisseurs étrangers de larges protections générales, qui sont ensuite interprétées et appliquées par les arbitres dans le cadre du régime du RDIE. Les arbitres des affaires d'investissement jouent donc un rôle essentiel dans la définition de la relation entre le droit international de l'investissement et le développement durable. Compte tenu que le régime donne peu, voire pas d'indications aux arbitres, et ne leur demande pas de rendre compte non plus, il ouvre la voie à une application incohérente et arbitraire des protections des traités. En résulte un système entaché d'incertitudes qui restreint la marge de manœuvre politique des États, et qui, par conséquent, freine le développement durable. Les affaires lancées contre l'Espagne portant sur les énergies renouvelables illustrent parfaitement les problèmes que le régime RDIE peut poser au développement durable, notamment dans le secteur de l'énergie.

## Les affaires d'arbitrages contre l'Espagne portant sur les énergies renouvelables : le contexte et les décisions publiées

En 2007, l'Espagne mit en œuvre une série de mesures réglementaires visant à encourager l'investissement dans le secteur des énergies renouvelables. Toutefois, compte tenu du succès manifeste du programme, d'un déficit tarifaire et des conséquences de la crise

financière mondiale, dès 2010 l'Espagne introduisit plusieurs mesures annulant certaines caractéristiques du programme original. Suite à cela, une quarantaine d'arbitrages fut lancée contre l'Espagne<sup>1</sup>. Les quatre premières décisions publiquement rendues dans ces affaires d'arbitrage portaient sur l'application de la norme TJE et sur les attentes légitimes<sup>2</sup>.

La première décision publiée (2016), dans l'affaire *Charanne v. Spain*<sup>3</sup>, concernait des investisseurs détenant des installations photovoltaïques en Espagne<sup>4</sup>. Ils arguaient que l'évolution du cadre réglementaire spécial avait créé une instabilité et un manque de clarté qui violaient leurs attentes légitimes, contrairement à l'article 10(1) du TCE. Le tribunal rejeta les deux recours et conclut en faveur de l'Espagne<sup>5</sup>.

En 2017, le tribunal de l'affaire *Eiser c. l'Espagne* se prononça en faveur des investisseurs de trois centrales thermiques<sup>6</sup>. À la différence de l'affaire *Charanne*, ils arguaient qu'un ensemble de réglementations adoptées entre 2012 et 2014 avaient violé leurs droits au titre du TCE, entraînant une dévaluation significative de leurs investissements et forçant leurs filiales espagnoles à négocier une restructuration de leur dette. Le tribunal conclut en faveur des investisseurs.

<sup>1</sup> Cosbey, A. (2017, avril). *Can investor-state dispute settlement be good for the environment?* Extrait de <http://www.iisd.org/library/can-investor-state-dispute-settlement-be-good-environment>

<sup>2</sup> Hendel, C. (2017, 27 juillet). Squaring the circle: Reconciling the conflicting awards in the *Eiser* and *Isolux* Spanish renewable cases (Part I). *Kluwer Arbitration Blog*. Extrait de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/27/squaring-circle-reconciling-conflicting-awards-eiser-isolux-spanish-renewable-cases-part/>

<sup>3</sup> *Charanne and Construction Investments c. l'Espagne*, Affaire CCS n° V 062/2012, Décision, 21 janvier 2016. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>

<sup>4</sup> *Ibid.*, para 5.

<sup>5</sup> *Ibid.*, para. 280, 283 à 284.

<sup>6</sup> *Eiser Infrastructure Ltd. and Energia Solar Luxembourg c. l'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/13/36, Décision, 4 mai 2017. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf>; voir également Schacherer, S. (2018, 18 octobre). *Eiser v. Spain*. Dans N. Bernasconi-Osterwalder & M. D. Brauch. (Eds.), *International investment law and sustainable development: Key cases from the 2010s*. Extrait de <https://www.iisd.org/itm/2018/10/18/eiser-v-spain>; Issac, G. (2017, September 26). Les investisseurs triomphent sur l'Espagne dans un recours concernant une modification réglementaire en matière d'énergie renouvelable. *Investment Treaty News*, 8(3), 17–18. Extrait de <https://www.iisd.org/itm/fr/2017/09/26/investors-triumph-over-spain-claim-concerning-spains-regulatory-overhaul-for-clean-energy-gladwin-issac>



L'affaire *Isolux c. l'Espagne*<sup>7</sup>, la première jugée, mais publiée seulement après les décisions dans les affaires *Charanne* et *Eiser*, complétait à bien des égards l'affaire *Charanne* puisqu'elle avait été lancée par des investisseurs connexes, qu'elle impliquait les mêmes avocats, et que chacune des parties avait nommé les mêmes arbitres. Tout comme dans l'affaire *Eiser*, les investisseurs d'*Isolux* contestaient les réglementations adoptées entre 2012 et 2014. Ils prétendaient que l'Espagne avait attiré leur investissement en leur garantissant des tarifs de rachat à long terme pour la production d'énergie photovoltaïque au titre d'un régime spécial, qu'elle l'avait ensuite aboli, en violation de l'article 10 du TCE. Le tribunal se prononça en faveur de l'Espagne.

En février 2018, le tribunal de l'affaire *Novenergia c. l'Espagne* ordonna au pays de verser 53 millions EUR à un fonds luxembourgeois qui avait investi dans des centrales photovoltaïques en Espagne<sup>8</sup>. Les recours dans cette affaire portaient sur les mêmes réglementations adoptées entre 2012 et 2014 que dans les affaires *Eiser* et *Isolux*.

Bien que les affaires susmentionnées aient porté sur les mêmes réformes, un examen plus attentif de l'interprétation et de l'application de la norme TJE par chacun des tribunaux met en lumière les incohérences pouvant découler du régime du RDIE. Les décisions révèlent quatre problèmes spécifiques, examinés ci-après.

## 1. Absence de clarté : un investisseur a-t-il des attentes légitimes ? Et si oui, sur quoi portent-elles ?

Il n'existe pas d'interprétation cohérente quant aux éléments pouvant donner naissance chez un investisseur à des attentes légitimes qu'un cadre réglementaire ne sera pas modifié. Il est vrai que l'on ne peut interpréter aucune des quatre décisions comme niant le droit (et

le devoir) de l'État de réglementer (et de modifier ses réglementations). Elles ne suggèrent pas non plus que le droit d'un État de réglementer soit sans limites. De plus, toutes ces décisions reconnaissent que l'Espagne avait une certaine obligation de respecter les attentes légitimes de l'investisseur. Mais c'est après ce point que le raisonnement des tribunaux diffère.

Dans l'affaire *Charanne*, les investisseurs alléguaient que le cadre réglementaire établi par l'Espagne avant la crise de 2008 les avait incités à investir en Espagne, et avait généré des attentes que les conditions de l'investissement ne seraient pas modifiées. Toutefois, le tribunal conclut que le cadre ne pouvait offrir d'attentes légitimes puisque les documents sur lesquels il reposait n'étaient pas suffisamment spécifiques. L'on peut donc déduire de la décision de l'affaire *Charanne* qu'en l'absence de clause de stabilisation ou d'engagement spécifique donné aux investisseurs précisant que le cadre réglementaire resterait inchangé, aucun élément ne permettrait de créer une telle attente légitime<sup>9</sup>.

Contrairement à l'affaire *Charanne*, le tribunal de l'affaire *Novenergia* conclut que de telles attentes « découlent naturellement d'engagements et de garanties » donnés par l'État (para. 650). Il n'est pas nécessaire que ces derniers soient des engagements spécifiques tels que des clauses de stabilisation contractuelles ; la conduite d'un État créant objectivement de telles attentes suffit<sup>10</sup>. *Novenergia* avait tout à fait le droit d'avoir des attentes légitimes quant au régime de 2007 compte tenu des déclarations de représentants du Congrès des députés espagnol, ainsi que des documents commerciaux de l'Espagne qui, selon le tribunal, constituaient un « leurre »<sup>11</sup>.

Toutefois, contrairement à l'affaire *Charanne*, le tribunal de l'affaire *Novenergia* faisait référence à l'attente légitime que les réglementations ayant encouragé les investisseurs ne seraient pas *radicalement* modifiées. Il ne fit cependant aucune distinction entre ce test et celui utilisé dans l'affaire *Charanne*. La décision de l'affaire *Charanne* implique que l'attente légitime qu'un État n'agira pas de manière déraisonnable ou disproportionnée à l'heure de réglementer est enchâssée dans la norme TJE, indépendamment des déclarations d'un État. La décision de l'affaire *Novenergia* semble

<sup>7</sup> *Isolux Netherlands, BV c. le Royaume d'Espagne*, Affaire CCS n° V2013/153, Décision finale, 17 juillet 2016. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf>. Voir également Arietti Lopez, C. M. (2017, 26 septembre). L'ensemble des demandes formulées par Isolux Infrastructure Pays-Bas à l'encontre de l'Espagne ont été rejetées. *Investment Treaty News*, 8(3), 13–14. Extrait de <https://www.iisd.org/itm/fr/2017/09/26/all-claims-by-isolux-infrastructure-netherlands-against-spain-are-dismissed-isolux-infrastructure-netherlands-v-spain-scc-case-v2013-153-claudia-maria-arietti-lopez>

<sup>8</sup> *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duché du Luxembourg), SICAR c. le Royaume d'Espagne*, Affaire CCS n° 2015/063, Décision arbitrale finale, 15 février 2018. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>. Voir également Issac, G. (2018, 30 juillet). Un fonds luxembourgeois se voit accorder 53,3 millions EUR pour violation du TJE suite à la réduction du mécanisme espagnol d'aide en faveur de l'énergie renouvelable. *Investment Treaty News*, 9(2), 28–29. Extrait de <https://www.iisd.org/itm/fr/2018/07/30/luxembourg-fund-awarded-eur-53-3-million-for-fet-breach-arising-out-of-spains-curtailment-of-renewable-energy-incentive-schemes>

<sup>9</sup> *Charanne*, *supra* note 3, para. 504.

<sup>10</sup> *Novenergia*, *supra* note 8, para. 650 ; Power, R. (2018, 20 mars). *Novenergia v. Kingdom of Spain, the ECT and the ECJ: Where to now for intra-EU ECT claims?* *Kluwer Arbitration Blog*. Extrait de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/20/novenergia-v-kingdom-of-spain>

<sup>11</sup> *Novenergia*, *supra* note 8, para. 674.



appliquer l'analyse de l'affaire *Charanne* pour déterminer si les investisseurs avaient le droit de s'attendre à ce que la législation ne soit pas *radicalement* modifiée.

Compte tenu de l'écart dans la manière dont les deux tribunaux ont analysé les attentes légitimes de l'investisseur, il est difficile pour un État d'anticiper la manière dont ses déclarations et documents promotionnels seront examinés en cas de litige.

## 2. Approches différentes et absence de raisonnement : les modifications réglementaires de l'Espagne étaient-elles raisonnables ?

En général, le tribunal de l'affaire *Eiser* n'a pas analysé quelles étaient les attentes légitimes de l'investisseur, ou ce qu'elles auraient pu être compte tenu des spécificités de l'affaire. Au contraire, le tribunal s'est immédiatement attelé à analyser la manière dont l'Espagne avait pu violer la norme TJE, indépendamment de tout engagement spécifique, et ainsi agir déraisonnablement à l'heure de régler ; les tribunaux des affaires *Charanne*, *Isolux* et *Novenergia* ont également examiné ce point<sup>12</sup>. L'approche du tribunal de l'affaire *Eiser* illustre le deuxième problème manifeste dans toutes les décisions : l'absence de cohérence à l'heure de déterminer si les modifications réglementaires promulguées par l'Espagne étaient raisonnables ou non.

Les tribunaux avaient tous interprété différemment le terme « raisonnable ». Le tribunal de l'affaire *Isolux* se contenta d'affirmer que la norme du raisonnable exige que la conduite d'un État soit raisonnable au regard de la politique la sous-tendant<sup>13</sup>. Au contraire, le tribunal de l'affaire *Charanne* examina la question plus avant, et suggéra un seuil détaillé plutôt élevé. Il affirma d'abord qu'il examinerait si les mesures adoptées par l'Espagne étaient déraisonnables, disproportionnées ou contraires à l'intérêt public visé<sup>14</sup>. S'agissant de la proportionnalité, le tribunal considéra que ce critère était respecté tant que les modifications n'étaient pas fantasques ou inutiles, et n'éliminaient pas de manière soudaine et imprévisible les caractéristiques fondamentales du cadre réglementaire existant<sup>15</sup>. Dans l'affaire *Novenergia*, le tribunal appliqua toutefois un test plus strict en apparence, affirmant que la norme TJE protège les investisseurs de toute modification

« radicale ou fondamentale » de la législation, plutôt que d'une simple modification « déraisonnable ou disproportionnée » comme l'affirmait la décision de l'affaire *Charanne*<sup>16</sup>. Le tribunal de l'affaire *Novenergia* n'a pas défini les limites du test qu'il a proposé, mettant en lumière une nouvelle source d'incertitude pour les États. De plus, bien que le tribunal de l'affaire *Eiser* conclût que l'Espagne avait agi de manière déraisonnable et violé le TJE, il n'avait pas indiqué s'il considérait les mesures adoptées par l'Espagne comme raisonnables ou non. Cela explique pourquoi l'Espagne a récemment déposé une demande en annulation de la décision, fondée sur l'absence de raisonnement et un abus manifeste de pouvoir<sup>17</sup>.

Les tribunaux divergeaient également dans leur analyse des dispositions contestées. Le tribunal de l'affaire *Eiser* prêta une attention disproportionnée aux effets économiques des réglementations sur l'investissement. Il commença par faire une distinction avec l'affaire *Charanne*, affirmant que les mesures contestées avaient eu des effets moindres pour les demandeurs de l'affaire *Charanne* (pertes d'environ 10 pour cent) que pour les demandeurs de l'affaire *Eiser* (pertes de plus de 60 pour cent)<sup>18</sup>. Le tribunal de l'affaire *Eiser* avait décrit sur plusieurs pages les effets négatifs que les mesures contestées avaient eu sur l'investissement, soulignant que les nouvelles mesures adoptées par l'Espagne avaient privé les demandeurs de la quasi-totalité de la valeur de leur investissement<sup>19</sup>.

Les effets économiques d'une mesure ne devraient pas être complètement ignorés. Mais il s'agit plutôt d'un élément généralement pris en compte dans les recours fondés sur l'expropriation, et rarement un élément constitutif du test permettant d'établir une violation de la norme TJE. La décision du tribunal de l'affaire *Eiser* d'ignorer le recours fondé sur l'expropriation et de se concentrer sur la norme TJE a pu contribuer au poids excessif qu'il a donné aux effets négatifs des mesures et à son absence d'analyse du caractère raisonnable des mesures.

<sup>12</sup> *Eiser*, supra note 6, para. 513 à 516.

<sup>13</sup> *Isolux*, supra note 7, para. 822.

<sup>14</sup> *Charanne*, supra note 3, para. 515.

<sup>15</sup> *Ibid.*, para. 517.

<sup>16</sup> *Novenergia*, supra note 8, para. 681.

<sup>17</sup> Power (2018), supra note 10.

<sup>18</sup> *Eiser*, supra note 6, para. 368.

<sup>19</sup> *Ibid.*, para. 418.



### 3. Différents tribunaux examinant les mêmes réglementations arrivent à des conclusions incohérentes

Le troisième problème est que les tribunaux des affaires *Eiser* et *Isolux* arrivent à des conclusions quant au caractère raisonnable des mesures, et aucun d'entre eux ne les justifie de manière satisfaisante.

Dans l'affaire *Isolux*, le tribunal conclut d'abord que « la conduite de l'Espagne reposait sur une politique rationnelle, et que cela plaise ou non, elle visait à protéger les consommateurs »<sup>20</sup>, sans donner plus d'explications.

Le tribunal de l'affaire *Eiser* affirma quant à lui, que le nouveau système se fondait sur des estimations différentes et utilisait une nouvelle approche réglementaire non testée, visant toutes à réduire significativement les subventions accordées aux centrales existantes<sup>21</sup>, mais il n'indiqua pas s'il considérait les modifications réglementaires comme raisonnables, ni pourquoi il considérait que le nouveau régime n'était pas raisonnable et sur quoi reposait son raisonnement. Ses déclarations suivantes sur le fait de savoir si l'Espagne avait donné des indications quant à la modification du taux de retour raisonnable, ou si la norme utilisée (qui dépendait du fait que la centrale devait être « efficace ») était commune ou non, n'apportent aucune indication ou précision.

D'après cette analyse, il ne semble pas que les mesures de l'Espagne étaient discriminatoires ou avaient été appliquées de manière arbitraire ou déraisonnable. À un moment, le tribunal de l'affaire *Eiser* reconnaît même les difficultés économiques de l'Espagne et le fait qu'elle se devait d'adopter des mesures pour corriger son déficit tarifaire<sup>22</sup>. Mais il semble toutefois suggérer qu'une politique plus raisonnable aurait été de permettre aux centrales inefficaces de recevoir le même taux de retour que les centrales efficaces, malgré les risques moraux évidents que cela poserait.

Que l'on soit d'accord ou non avec les conclusions des affaires *Eiser* et *Isolux*, l'absence de raisonnement approfondi dans les deux décisions est insatisfaisante, et l'incohérence en résultant inquiétante.

### 4. Absence de mécanisme d'appel permettant de corriger les incohérences

Bien que les affaires *Charanne* et *Isolux* offrent quelques indices sur la question des attentes légitimes, l'opinion divergente de l'arbitre Tawil dans les deux décisions des affaires *Isolux* et *Charanne* met en lumière le risque énorme d'incohérence dans le régime actuel du RDIE. Dans l'affaire *Charanne*, Tawil était d'accord avec la majorité sur la question de la compétence du tribunal, et sur le fait que l'Espagne n'avait pas indirectement exproprié l'investissement des demandeurs. Mais il était d'avis que des attentes légitimes pouvaient parfois naître sans qu'il n'y ait d'engagement spécifique<sup>23</sup>. Il considérait que le programme original visait à encourager les investisseurs et ciblait un groupe spécifique d'investisseurs, et que cela suffisait à créer des attentes légitimes chez les demandeurs<sup>24</sup>. C'est pourquoi il considérait qu'il ne semblait pas légalement acceptable de reconnaître la prérogative de l'État d'accueil de modifier ou d'éliminer un bénéfice sans indemnisation<sup>25</sup>. Ce même raisonnement sous-tendait son opinion divergente dans l'affaire *Isolux*.

En effet, les opinions divergentes sont très communes dans les décisions judiciaires, et portent dans la plupart des cas sur les aspects les plus complexes et ambigus du droit. Toutefois, l'opinion divergente de Tawil est inquiétante dans le sens où, contrairement à la plupart des autres litiges judiciaires, les décisions relevant du régime RDIE ne sont pas limitées par la jurisprudence ou par la reddition de comptes imposée par la capacité de faire appel d'une décision. L'opinion de Tawil montre que si le tribunal avait été composé d'un autre arbitre aux vues similaires, les décisions des affaires *Charanne* et *Isolux* auraient basculé dans la direction opposée. Il est impossible pour un État d'anticiper une telle possibilité lorsqu'il instaure des modifications réglementaires.

### Le RDIE est-il compatible avec le développement durable ?

Bien que l'on ne puisse tirer de ces diverses décisions aucun enseignement concluant, elles mettent en lumière certains des problèmes majeurs du régime

<sup>20</sup> *Isolux*, *supra* note 7, para. 823 (traduction en anglais de l'auteur).

<sup>21</sup> *Eiser*, *supra* note 6, para. 391.

<sup>22</sup> *Ibid.*, para. 371.

<sup>23</sup> *Charanne and Construction Investments c. l'Espagne*, Affaire CCS n° V 062/2012, Opinion divergente du Prof. Guido Santiago Tawil, 21 janvier 2016, p. 4-5. Extraite de [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7048\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7048_0.pdf)

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 11.





actuel de RDIE. Compte tenu de sa nature ad hoc, il est extrêmement difficile pour les États d'anticiper les risques à l'heure de réglementer ou de modifier leurs réglementations relatives à des questions essentielles de politique. L'incertitude et le caractère arbitraire entourant l'interprétation de normes fondamentales au titre du régime de RDIE posent un risque dit de gel réglementaire : les États pourraient tenir compte du risque de faire face à un arbitrage coûteux et embarrassant et s'abstenir de modifier leurs réglementations<sup>26</sup>. Cela pourrait être légal pour les pays dotés d'objectifs de développement durable, qui exige des États d'être en mesure de réglementer en toute liberté.

Plusieurs parties-prenantes ont argué que la meilleure manière de contrecarrer ces problèmes était de créer une cour ou un tribunal unique des investissements qui pourrait déterminer les normes juridiques spécifiques applicables à des affaires similaires<sup>27</sup>. Cela permettrait aux États d'avoir facilement un point de référence s'agissant de leurs modifications réglementaires, et aux investisseurs d'anticiper dans quelles affaires leurs pertes pourraient être indemnisées. Dans les ALE qu'elle a récemment conclus, l'UE s'est éloignée de l'arbitrage ad hoc des investissements pour adopter un mécanisme de SCI, composé d'un tribunal de première instance et d'un tribunal d'appel<sup>28</sup>. L'UE s'est également dotée de directives pour la négociation d'une convention portant création d'une CMI<sup>29</sup>, qu'elle avait déjà mise en avant dans le cadre du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE<sup>30</sup>.

La création d'une CMI pourrait apporter une solution intéressante aux défauts du régime actuel de RDIE,

car cela permettrait de régler diverses questions de procédure telles que la transparence et la reddition de comptes, mais aussi de veiller à l'élaboration de normes juridiques claires pouvant être appliquées de manière cohérente dans des affaires similaires. Cependant, toute proposition de CMI devra également répondre aux questions controversées telles que la répartition des coûts, la nomination des juges, et la manière de représenter les intérêts de toutes les parties-prenantes de l'investissement. Les pays en développement sont déjà mécontents du régime du RDIE compte tenu de ses coûts exorbitants, de son impartialité et de sa légitimité contestable. C'est pourquoi une CMI, qui équilibre la flexibilité requise pour satisfaire toutes les parties-prenantes, tout en offrant la prévisibilité qui fait cruellement défaut au régime actuel, ne sera certainement pas mise en œuvre sans difficultés majeures.

Les initiatives internationales telles que le Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE représentent des opportunités d'encourager la coopération entre toutes les parties-prenantes, notamment les gouvernements, les communautés et les individus, et les investisseurs<sup>31</sup>, en vue d'élaborer des solutions permettant de corriger les problèmes identifiés du RDIE, et de veiller à ce que ce dernier n'entrave pas le droit des États de réglementer dans le but d'atteindre leurs objectifs de développement durable.

#### Auteur

**Isabella Reynoso** est au bénéfice d'un Master en droit international de l'Université de New York et d'une Licence de droit de King's College à Londres. En septembre 2019, elle débutera un contrat de stage chez White & Case, à Londres.

<sup>26</sup> IISD. (2012). *Investment treaties & why they matter to sustainable development: Questions and answers*. Winnipeg : IISD. Extrait de <https://www.iisd.org/library/investment-treaties-and-why-they-matter-sustainable-development-questions-and-answers>

<sup>27</sup> Voir par exemple, Van Harten, G. (2008, 1<sup>er</sup> septembre). Commentary: A case for an international investment court. *Investment Treaty News*. Extrait de <https://www.iisd.org/itn/fr/2008/08/07/commentary-a-case-for-an-international-investment-court/>

<sup>28</sup> ITN. (2015, 26 novembre). Investment Court System proposed by European Commission. *Investment Treaty News*, 6(4), 12. Extrait de <https://www.iisd.org/itn/fr/2015/11/26/investment-court-system-proposed-by-european-commission>

<sup>29</sup> ITN. (2018, 24 avril). Le Conseil de l'Europe adopte des directives en matière de négociations : la Commission européenne est chargée de négocier une convention instituant un tribunal multilatéral des investissements. *Investment Treaty News*, 9(1), 13. Extrait de <https://www.iisd.org/itn/fr/2018/04/24/council-of-the-european-union-adopts-negotiating-directives-eu-commission-to-negotiate-a-convention-establishing-a-multilateral-investment-court>

<sup>30</sup> 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. Extrait de <https://www.iisd.org/itn/fr/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>

<sup>31</sup> IISD. (2017, mars). *Reply to the European Commission's public consultation on a multilateral reform of investment dispute resolution*. Winnipeg : IISD. Extrait de <https://www.iisd.org/library/reply-european-commission-s-public-consultation-multilateral-reform-investment-dispute>



## ARTICLE 4

# La facilitation de l'investissement à l'OMC : une tentative d'introduire une question controversée dans une organisation en crise

Sofía Baliño et Nathalie Bernasconi-Osterwalder



Parmi les 164 membres de l'OMC, 70 ont formellement annoncé leur participation à des discussions dites « structurées » visant à identifier les questions et éléments pouvant servir de base au cadre multilatéral sur la **facilitation de l'investissement**, qu'ils pourraient présenter lors de la 12<sup>ème</sup> Conférence ministérielle prévue au Kazakhstan en juin 2020. Les membres impliqués prévoient de parachever la dernière phase de leurs travaux, qui porte sur l'examen d'exemples concrets de diverses questions de la facilitation de l'investissement soulevées par les membres tout au long de l'année dernière, d'ici à la fin juillet 2019. Ces discussions structurées ont de nouveau mis la lumière sur l'investissement, dont l'histoire est longue et complexe, mais qui n'a réapparu que récemment à l'OMC.

Dans le présent article, nous décrivons l'évolution du débat sur la facilitation de l'investissement à l'OMC, des premiers jours de l'investissement et « les Questions de Singapour », à la 11<sup>ème</sup> Conférence ministérielle de Buenos Aires de décembre 2017, et les discussions structurées qui ont depuis été tenues.

## 1. De Singapour à Cancun : échec des tentatives visant l'élaboration de règles multilatérales sur l'investissement à l'OMC

Lorsque l'OMC a remplacé le système du GATT en janvier 1995, ses règles incluaient déjà quelques dispositions limitées portant sur l'investissement, notamment celles incluses dans l'Accord général

sur le commerce des services (AGCS), et figurant dans tout l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC). Lors de la toute première Conférence ministérielle de l'OMC à Singapour en 1996, les membres établirent des groupes de travail portant sur la relation entre le commerce et l'investissement, le commerce et la politique de concurrence, la transparence dans les marchés publics, et la facilitation des échanges<sup>1</sup>.

Par la suite, ces Questions de Singapour ont été intégrées à la Déclaration ministérielle de Doha de 2001, qui marque le lancement du cycle de Doha, au cours duquel les membres devaient négocier des réformes dans les secteurs de l'agriculture, de l'accès au marché des produits non agricoles, des services et d'autres encore, tout en plaçant « les besoins et les intérêts [des pays membres en développement] au centre » du programme de travail<sup>2</sup>. En plus d'adopter le Programme de travail de Doha, les ministres convinrent que les négociations sur les Questions de Singapour débuteraient après la « cinquième session ». Les paragraphes de la Déclaration de Doha portant sur l'investissement font référence aux « arguments en faveur d'un cadre multilatéral destiné à assurer des conditions transparentes, stables et prévisibles pour l'investissement transfrontière à long terme, en particulier l'investissement étranger direct, qui contribuera à l'expansion du commerce, et la nécessité d'une assistance technique et d'un renforcement des capacités accrues dans ce domaine »<sup>1,2</sup>.

Au final, cette « cinquième session » devint la Conférence ministérielle de Cancun, l'un des échecs les plus retentissants de l'histoire de l'OMC, compte tenu en partie de désaccords profonds quant au lancement ou non de négociations sur les Questions de Singapour, et quant aux questions à aborder. Après des jours de négociations continues, la réunion fut close sans que les ministres ne parvinrent à tomber d'accord sur une

<sup>1</sup> OMC. (1996). *Déclaration ministérielle de Singapour*. Extrait de [https://www.wto.org/french/thewto\\_f/minist\\_f/min96\\_f/wtodec\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min96_f/wtodec_f.htm)

<sup>2</sup> OMC. (2001). *Déclaration ministérielle de Doha*. Extrait de [https://www.wto.org/french/thewto\\_f/minist\\_f/min01\\_f/mindecl\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm)



déclaration ou un autre texte consensuel<sup>3</sup>.

Lors de sa réunion de juillet 2004, le Conseil général de l'OMC décida d'abandonner l'ensemble des Questions de Singapour, à l'exception de la facilitation des échanges, qui fut intégrée au cycle de Doha<sup>4</sup>.

Il ne s'agissait pas là des seuls efforts en cours sur la négociation d'un accord multilatéral sur l'investissement. De telles négociations avaient précédemment été lancées au sein de l'OCDE, sans doute avec la participation de pays non membres de l'OCDE, mais furent au final abandonnées en 1998<sup>5</sup>.

Si l'OMC décida en 2004 de ne pas poursuivre les négociations sur l'investissement, le paysage international de la protection et de la libéralisation de l'investissement a continué d'évoluer par le biais des TBI et autres traités contenant des dispositions sur l'investissement. Ces traités et régimes de RDIE connexes font maintenant face à d'importantes critiques, ainsi qu'à des appels à la réforme.

Plus récemment, la question de la facilitation de l'investissement a attiré l'attention car elle apparaît comme un autre aspect des droit et politiques de l'investissement. La facilitation de l'investissement est au cœur du modèle innovant de traité d'investissement développé par le Brésil en 2015, qui a depuis servi de base à plusieurs accords conclus par le pays sud-américain avec d'autres partenaires<sup>6</sup>. La facilitation de l'investissement figure également dans les travaux de plusieurs organisations internationales, telles que la CNUCED, l'OCDE et la Banque mondiale<sup>7</sup>. En 2016, la CNUCED a d'ailleurs publié le Menu d'action globale pour la facilitation des investissements<sup>8</sup>.

## 2. Nouvelles tentatives visant à inclure l'investissement à l'OMC par le biais de la facilitation de l'investissement

Certains membres de l'OMC ont commencé à manifester un intérêt renouvelé pour l'investissement, à l'origine au sein de deux coalitions : le groupe MIKTA (le Mexique, l'Indonésie, la Corée du Sud<sup>9</sup>, la Turquie et l'Australie) et les Amis de la facilitation de l'investissement pour le développement (AFID), qui comptait avec la participation de plusieurs pays en développement membres de l'organisation. Ces deux groupes ont tenu des réunions informelles et des ateliers tout au long de 2017 pour déterminer si et comment l'OMC pourrait être l'une des instances pour aborder « les mesures que les Membres pourraient prendre pour faciliter l'investissement »<sup>10</sup>.

Ces efforts ont donné lieu à l'adoption de la Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement lors de la 11<sup>ème</sup> Conférence ministérielle de Buenos Aires à la fin de 2017, où 70 membres ont annoncé le lancement de « discussions structurées dans le but d'élaborer un cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement ». Afin de répondre aux préoccupations de certains membres quant à une éventuelle tentative d'élaboration de règles multilatérales sur la libéralisation et la protection de l'investissement, le groupe précisa que ces travaux n'aborderaient pas les questions de l'accès au marché, de la protection de l'investissement et du RDIE<sup>11</sup>.

Si l'exclusion du RDIE semble évidente, la démarcation entre la facilitation de l'investissement d'une part, et l'accès au marché et la protection d'autre part est pour le moins floue, au point qu'il sera difficile de mettre en pratique une telle distinction. En effet, certaines des questions déjà abordées dans ce contexte, et

<sup>3</sup> Bridges Daily Update. (2003, 15 septembre). *Cancun collapse: When there's no will there's no way*. Extrait de <https://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/bridges-daily-update-6-cancun-collapse-where-theres-no-will-theres-no-way>

<sup>4</sup> OMC. (2004). *L'ensemble des résultats de juillet 2004*. Extrait de [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dda\\_f/dda\\_package\\_july04\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_package_july04_f.htm)

<sup>5</sup> Voir Drabek, Z. (1998). *A multilateral agreement on investment: Convincing the sceptics*. Extrait de [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/pera9805.doc](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/pera9805.doc) ; OCDE. *Accord multilatéral sur l'investissement*. Extrait de <https://www.oecd.org/fr/investissement/accordssurlinvestissementinternational/accordmultilateralsurlinvestissement.htm>

<sup>6</sup> Voir Martins, J. H. V. (2017). Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) du Brésil et les faits nouveaux. *Investment Treaty News*, 8(2), 10–12. Extrait de <http://www.iisd.org/itn/fr/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins> ; Bernasconi-Osterwalder, N., & Brauch, M. D. (2015). *Brazil's innovative approach to international investment law*. Genève : IISD. Extrait de <https://www.iisd.org/blog/brazils-innovative-approach-international-investment-law>

<sup>7</sup> Voir Zhang, J. (2018, juillet). *Investment facilitation: Making sense of concepts, discussions and processes*. Genève : IISD. Extrait de <https://www.iisd.org/library/investment-facilitation-making-sense-concepts-discussions-and-processes>

<sup>8</sup> CNUCED. (2017, mai). *Menu d'action globale pour la facilitation des investissements*. Genève : CNUCED. Extrait de <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/148/unctad-global-action-menu-for-investment-facilitation>

<sup>9</sup> South Korea en anglais, n.d.l.t.

<sup>10</sup> WTO. (2017, 21 avril). *Proposition en vue de la tenue d'un dialogue informel sur la facilitation de l'investissement pour le développement*. Extrait de [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=F&CatalogueIdList=236954,236782,236668,236429,236189,236149,235960,235961,235962,235526&CurrentCatalogueIdIndex=6](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=F&CatalogueIdList=236954,236782,236668,236429,236189,236149,235960,235961,235962,235526&CurrentCatalogueIdIndex=6)

<sup>11</sup> WTO. (2017, 13 décembre). *Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement*. Extrait de [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=F&CatalogueIdList=240870&CurrentCatalogueIdIndex=0](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=F&CatalogueIdList=240870&CurrentCatalogueIdIndex=0). Les délégations soutenant la déclaration conjointe incluent l'Argentine, l'Australie, le Bénin, le Brésil, le Cambodge, le Canada, le Chili, la Chine, la Colombie, la Corée du Sud, le Costa Rica, El Salvador, la Fédération de Russie, le Guatemala, la Guinée, le Honduras, Hong Kong (Chine), le Japon, le Kazakhstan, le Koweït, le Laos, le Libéria, Macao (Chine), la Malaisie, le Mexique, la Moldavie, le Monténégro, le Myanmar, le Nicaragua, le Nigéria, la Nouvelle-Zélande, le Pakistan, le Panama, le Paraguay, le Qatar, la République kirghize, Singapour, la Suisse, le Tadjikistan, le Togo, l'Union européenne et l'Uruguay.



pouvant éventuellement donner lieu à des disciplines, telles que l'imposition de délais pour la reddition de décisions gouvernementales quant à l'admissibilité d'investissements proposés, sont directement liées à l'accès au marché et à la capacité des gouvernements d'évaluer efficacement les investissements proposés avant de prendre une décision.

Ces discussions structurées ne sont pas des négociations formelles, car le lancement de négociations sur de nouvelles questions exige l'accord de la totalité des membres, tel que le stipule la Déclaration ministérielle de Nairobi de 2015<sup>12</sup>. Malgré tout, même l'exclusion des questions les plus contentieuses des discussions structurées n'a pas suffi, pour le moment, à convaincre les 94 autres membres de l'OMC d'y participer.

Les discussions structurées visent principalement à identifier un ensemble de questions et éléments dans les domaines figurant dans la déclaration conjointe, et qui permettraient de garantir « la transparence et la prévisibilité des mesures concernant les investissements ; de simplifier et d'accélérer les procédures et prescriptions administratives ; et de renforcer la coopération internationale, le partage de renseignements, l'échange des meilleures pratiques et les relations avec les parties prenantes pertinentes, y compris la prévention des différends »<sup>7</sup>.

Tout au long de 2018, les pays participants se sont rencontrés régulièrement pour discuter des questions qui pourraient être examinées dans les domaines plus larges décrits dans la déclaration de Buenos Aires<sup>13</sup>. Ces discussions ont donné naissance à une liste de 81 questions qui seront examinées plus avant et éventuellement incluses dans un cadre multilatéral. Malgré le fait que les discussions soient prétendument pleinement transparentes, la liste complète n'a, à ce jour, pas été publiée<sup>14,15</sup>. Depuis, les participants examinent et recueillent des exemples concrets de mesures de facilitation de l'investissement figurant dans la liste, espérant conclure ces travaux d'ici à la fin juillet<sup>16</sup>.

Les travaux en cours de l'initiative conjointe sur la facilitation de l'investissement ne doivent pas masquer le fait que l'initiative est ouvertement controversée au sein des membres de l'OMC, et plusieurs d'entre eux, tels que l'Afrique du Sud, Eswatini, la Gambie, l'Inde, l'Ouganda et le Zimbabwe<sup>16</sup>, arguent que la question ne relève pas du mandat de l'OMC, et que toutes négociations sur de nouvelles questions exigent, comme indiqué à Nairobi, le consensus de la totalité des membres de l'organisation, et pourraient avoir de graves implications systémiques. Plusieurs membres, notamment des pays en développement, ont averti que l'énergie dédiée à ces questions pourraient écarter les membres d'autres négociations portant sur des questions prioritaires du programme de travail original de Doha<sup>17</sup>.

Les partisans de la facilitation de l'investissement à l'OMC semblent considérer le succès des négociations sur l'Accord sur la facilitation des échanges (AFE) comme une preuve du fait que les membres de l'organe mondial du commerce peuvent et devraient s'en inspirer pour négocier certaines « nouvelles questions », même si le contexte de l'AFE était différent. L'AFE est le seul véritable accord multilatéral adopté depuis la création de l'OMC, même si lui aussi est le fruit de près de dix ans de négociations<sup>18</sup>.

Après un examen plus attentif, l'on s'aperçoit qu'au-delà des similitudes évidentes en termes de nom et de leur origine commune dans les Questions de Singapour, les parallèles entre la facilitation des échanges d'une part et la facilitation de l'investissement d'autre part sont limités en théorie et en pratique. La facilitation des échanges concerne le traitement des biens au moment où ils franchissent les frontières nationales, et les mesures connexes mettent l'accent sur des questions telles que la mainlevée et le dédouanement des marchandises. Par comparaison, la facilitation de l'investissement va bien au-delà des questions de frontières, et porte sur l'établissement et la gestion subséquente d'une entreprise, impliquant potentiellement un large éventail de questions réglementaires aussi diverses que l'environnement, l'emploi, la protection des consommateurs, la concurrence, les transports, la lutte contre la corruption, la fiscalité, la santé et la sécurité, entre autres<sup>19</sup>. L'expérience portant sur l'AFE

<sup>12</sup> OMC. (2015, 19 décembre). *Déclaration ministérielle de Nairobi*. Extrait de [https://www.wto.org/french/thewto\\_f/minist\\_f/mc10\\_f/mindecision\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mc10_f/mindecision_f.htm)

<sup>13</sup> OMC. (2018, 2-4 octobre). *Forum public de l'OMC : « Le commerce en 2030 », séance de travail 29 : Facilitation de l'investissement pour le développement*. Notes de la séances prises sur place, enregistrement audio disponible sur <https://www.wto.org/audio/pf18session29.mp3>.

<sup>14</sup> Graduate Institute, German Development Institute (2019, 23 mai). *A multilateral framework on investment facilitation*. Extrait de <https://www.die-gdi.de/en/events/details/a-multilateral-framework-on-investment-facilitation>.

<sup>15</sup> OMC. (2019). *Dialogue informel sur la facilitation de l'investissement pour le développement*. Extrait de [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/ifd\\_feb2019\\_v1.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/ifd_feb2019_v1.pdf)

<sup>16</sup> [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/ifd\\_feb2019\\_v1.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/ifd_feb2019_v1.pdf)

<sup>17</sup> OMC. (2017, 21 juillet). *Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 10 et 18 mai 2017*. Extrait de [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/DDFDDocuments/237843/r/WT/GC/M167.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDDocuments/237843/r/WT/GC/M167.pdf)

<sup>18</sup> OMC. (2014). *Le paquet de Bali et les décisions de novembre 2014*. Extrait de [https://www.wto.org/french/thewto\\_f/minist\\_f/mc9\\_f/balipackage\\_f.htm#trade\\_facilitation](https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mc9_f/balipackage_f.htm#trade_facilitation)

<sup>19</sup> Brauch, M. D., Mann, H., & Bernasconi-Osterwalder, N. (2019, janvier). *SADC-IISD investment facilitation workshop: Report of the meeting held August 21-23, 2018 in Johannesburg, South Africa*, pp. 4-5. Genève : IISD. Extrait de <https://iisd.org/library/sadc-iisd-investment-facilitation-workshop>





n'est donc pas un exemple approprié pour promouvoir des discussions sur la facilitation de l'investissement.

### 3. La facilitation de l'investissement et la gouvernance internationale de l'investissement

L'histoire qui précède suggère que le lancement de négociations sur l'investissement à l'OMC serait extrêmement difficile et risqué, et utiliserait des ressources qui pourraient être plutôt dédiées à des domaines d'action plus urgents. Le lancement de négociations sur l'investissement risque également de diviser davantage les membres de l'OMC à l'heure où le système commercial multilatéral est déjà en crise. Mais si nous considérons que les gouvernements devraient s'abstenir d'entamer des négociations sur l'investissement, ce n'est pas pour ces seules raisons. Le rôle de l'OMC est de développer des *disciplines* contraignantes visant à réglementer les échanges. Mais les discussions sur la question de la facilitation de l'investissement au niveau international devraient plutôt s'atteler à mieux comprendre les besoins, à développer des structures collaboratives et à renforcer les capacités. Il existe peu, voire pas d'étude empirique sur les éléments du succès, et ceux nécessaires à la facilitation de l'investissement, et encore moins sur la facilitation de l'investissement en faveur du développement durable, qui exige par essence que les gouvernements soient en mesure d'exercer leurs pouvoirs décisionnels<sup>20</sup>. Plutôt que d'imposer l'obligation d'établir des guichets uniques ou des processus de consultation par exemple, les États pourraient bénéficier du soutien technique d'agences internationales spécialisées, telles que la CNUCED<sup>21</sup> et l'OCDE, pour faciliter l'investissement aux fins du développement durable par le biais de processus efficaces, innovants et éclairés de prise de décisions.

En outre, la communauté internationale devrait se demander si l'introduction de règles multilatérales contraignantes sur la question limitée de la facilitation de l'investissement à l'OMC pourrait donner lieu à une duplication de la gouvernance internationale

de l'investissement, et accroître sa fragmentation. L'on trouve des règles relatives à la protection de l'investissement dans les TBI et les ALE ; la libéralisation de l'investissement dans les accords régionaux, les TBI et les ALE ; le règlement des différends relatifs à l'investissement dans les règlements de la CNUDCI et du CIRDI, dans les TBI, les ALE et dans d'autres traités contenant des dispositions sur l'investissement ; la CNUCED s'intéresse au contrôle de la politique internationale d'investissement, au dialogue et au renforcement des compétences sur la question ; la CNUCED, l'OCDE et la Banque mondiale appuient la promotion et la facilitation de l'investissement ; et le Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) et l'OCDE s'intéresse aux liens entre droits humains et comportement responsable des entreprises. En outre, l'investissement au service du développement durable est intrinsèquement lié aux ODD au titre du Programme 2030.

Plutôt que de se précipiter à adopter des disciplines au sein d'une organisation qui ne dispose pas de la vaste expertise requise en matière d'investissement, et qui a eu du mal à satisfaire aux aspects de son mandat portant sur le développement durable à l'heure d'élaborer des règles, les États devraient plutôt examiner comment l'on peut mieux structurer la gouvernance internationale de l'investissement pour promouvoir le développement durable. Les réflexions sur la facilitation de l'investissement seraient l'un des volets de ces discussions plus larges sur la gouvernance internationale de l'investissement. Celles-ci devraient s'inscrire dans le cadre d'un processus à composition non limitée, inclusif et ouvert au public, probablement aux Nations Unies, mais en partenariat avec d'autres organisations pertinentes en dehors du système onusien, telles que l'OMC et l'OCDE, et donner lieu à des solutions créatives sur la manière dont des institutions spécialisées pourraient travailler au mieux, de concert, et collaborer à la réalisation de l'objectif global de mettre l'investissement au service du développement durable.

#### Auteures

**Sofia Baliño** est responsable des relations media et de la communication du Programme Droit et politique économiques à IISD, et a travaillé dans le journalisme commercial. **Nathalie Bernasconi-Osterwalder** dirige le Programme Droit et politique économiques à IISD ; elle est également Directrice exécutive de IISD Europe à Genève.

<sup>20</sup> CNUCED. (2015). *Cadre de la politique d'investissement pour un développement durable*. Extrait de <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/149/unctad-investment-policy-framework-for-sustainable-development>. Remarquons que les options d'action de la CNUCED sur la facilitation de l'investissement ne sont pas présentées comme obligations juridiques potentielles, mais visent plutôt à promouvoir des prises de décisions efficaces.

<sup>21</sup> Brauch, M. D. (2017, décembre). A risky tango? Investment facilitation and the WTO Ministerial Conference in Buenos Aires. Genève : IISD. Extrait de <https://www.iisd.org/library/risky-tango-investment-facilitation-and-wto-ministerial-conference-buenos-aires>

## ARTICLE 5

# Le parlement kényan et la conclusion de traités d'investissement

Bosire Nyamori



## Le contexte

Pendant des décennies, le gouvernement kényan a pu conclure des TBI sans aucune supervision parlementaire. Mais maintenant les choses changent. La constitution kényane de 2010 a introduit une plus grande démocratisation des procédure et pratique de conclusion des traités, en exigeant un contrôle de la part du parlement, ainsi que la participation du public dans le processus d'approbation.

Toutefois, le parlement a fait peu usage de ses pouvoirs de contrôle. En effet, bien que le pays ait ratifié plusieurs TBI depuis l'entrée en vigueur de la constitution<sup>1</sup>, il existe peu, voire pas, de preuves de la participation du parlement au processus.

La décision récente de la Haute Cour kényane dans l'affaire *Tax Justice Network—Afrique c. le Secrétaire du cabinet au trésor national & autres*<sup>2</sup> (l'affaire *TJN-A*) affirmait que le contrôle et l'approbation parlementaires ne sont pas nécessaires pour la conclusion par le Kenya de conventions en matière de double imposition (CDI). Elle sape ainsi encore davantage la participation et la responsabilité publiques dans le processus.

Cette décision est un revers pour la constitution kényane qui souhaitait insuffler plus de démocratie dans la procédure et la pratique de conclusion des traités. Dans le présent article, j'aborde les conséquences négatives de cette décision pour la procédure de conclusion des traités dans un large éventail de domaines politiques, notamment les TBI.

## Le parlement et les politique et pratique en matière de traités avant 2010

Avant l'adoption de la nouvelle constitution en 2010, le pays était régi par la constitution de 1969, qui ne contenait aucune disposition expresse quant à la conclusion et la mise en œuvre de traités. Sa section 23 en donnait l'autorité exclusive au président, et les pouvoirs de conclusion des traités relevaient implicitement de sa compétence.

En tant qu'ancienne colonie britannique, le pays suivait le système britannique au titre duquel la conclusion des traités est une prérogative de l'exécutif, et un traité ne faisait pas partie du droit kényan tant qu'il n'avait pas été transposé dans le droit national au moyen d'une loi<sup>3</sup>. Dans l'affaire *Okunda c. la République*<sup>4</sup>, la Cour d'appel avait validé cette approche, affirmant que « les dispositions d'un traité conclu par le gouvernement du Kenya ne font pas partie du droit national kényan sauf si elles ont été transposées au moyen d'une loi du Kenya ».

Lorsque le pays s'est lancé dans la procédure de modernisation de la constitution, le public avait suggéré que « l'approbation du parlement devrait être demandée avant que le pouvoir exécutif ne puisse donner son consentement à un traité »<sup>5</sup>. Cette suggestion visait à renforcer le rôle du public et la transparence dans la conclusion des traités, compte tenu que l'opacité et la culture du secret ne sont pas sans conséquences pour le tissu social, économique et politique du pays.

<sup>1</sup> Trésor national. (2019). *Investment promotion and protection agreements*. Extrait de <http://treasury.go.ke/investment-promotion-and-protection-agreements.html>

<sup>2</sup> Haute cour du Kenya. Requête n° 494 de 2014. Jugement, 15 mars 2019.

[2019] eKLR. Extrait de <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/169664>

<sup>3</sup> Commission d'examen de la constitution du Kenya. (2005). *Rapport final*. p. 149. Extrait de <http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/CommissionReports/The-Final-Report-of-the-Constitution-of-Kenya-Review-Commission-2005.pdf>

<sup>4</sup> *Okunda c. la République* [1970] E.A. 453, p. 460.

<sup>5</sup> Commission d'examen de la constitution du Kenya, *supra* note 3, p. 155



S'agissant de l'investissement, des TBI, mal conçus et mal mis en œuvre, contenant des mécanismes de RDIE peuvent générer des factures coûteuses et restreindre les processus politique et réglementaire. Ils posent des problèmes et des difficultés, notamment en accroissant les risques de litige et en donnant plus de droits et de pouvoir aux investisseurs des pays développés. En effet, à ce jour trois entreprises différentes ont déjà poursuivi l'État, contestant toute une gamme de décisions politiques et mesures réglementaires. La participation et le contrôle publics pourraient contribuer à atténuer ces conséquences négatives.

## Le parlement et les politique et pratique en matière de traités après 2010

La constitution de 2010 est entrée en vigueur le 27 août 2010. Elle a de profondes implications pour un large pan de la gouvernance économique, sociale et politique du pays. La conclusion et la politique des traités n'y font pas exception.

L'article 2(6) de la constitution précise : « Tout traité ou convention ratifié par le Kenya fera partie du droit kényan au titre de la présente constitution ». La Loi relative à la conclusion et la ratification de traités<sup>6</sup> met en œuvre l'article 2(6) de la constitution, en ce qu'il établit les procédures de conclusion et de ratification des traités.

**"Des TBI contenant des mécanismes de RDIE peuvent générer des factures coûteuses et restreindre les processus politique et réglementaire. La participation et le contrôle publics pourraient contribuer à atténuer ces conséquences négatives."**

Le pouvoir exécutif national est responsable de l'initiation, de la négociation, de la signature et de la ratification des traités<sup>7</sup>. À l'heure d'initier une

procédure de conclusion d'un traité, le pouvoir exécutif est tenu de prendre plusieurs variables en compte, notamment les coûts d'élaboration et d'adoption du traité. Si le gouvernement décide de poursuivre la procédure, le Secrétaire du cabinet, en consultation avec le procureur-général, doit présenter le texte du traité au cabinet pour approbation. Après approbation du traité par le cabinet, le Secrétaire du cabinet doit le présenter au parlement<sup>8</sup>. Dans le cadre de son processus d'approbation, le parlement doit organiser des consultations publiques<sup>9</sup>.

La procédure réformée de conclusion de traités est maintenant en vigueur depuis plus de cinq ans. Pendant cette période, le Kenya a continué d'étendre son réseau d'AII. Les nouveaux TBI incluent des accords conclus avec la Corée du Sud, les Émirats arabes unis, le Japon, Maurice et la Turquie. Les TBI signés avec la Corée du Sud et le Japon sont déjà entrés en vigueur.

Le Kenya a également fait face à deux différends relatifs aux investissements. Dans l'affaire *Cortec Mining c. Kenya*<sup>10</sup>, le tribunal a conclu que l'évaluation d'impact environnemental était obligatoire pour toute personne envisageant d'investir, et a donc rejeté le recours du client selon lequel l'annulation d'une licence minière spéciale violait le TBI Kenya-Royaume-Uni<sup>11</sup>. Cette décision en faveur du Kenya a été rendue le 22 octobre 2018, mais le 19 mars 2019, le CIRDI a enregistré la demande en annulation des demandeurs ; cette procédure était toujours en cours au moment d'écrire ces lignes<sup>12</sup>.

Dans une affaire d'arbitrage en cours, *WalAM Energy Inc c. la République du Kenya*<sup>13</sup>, fondée sur un contrat, le demandeur a lancé des poursuites auprès du CIRDI contre le gouvernement réclamant une indemnisation de 600 millions USD pour l'annulation de sa licence

<sup>8</sup> Ibid, Section 8.

<sup>9</sup> Ibid, Section 8(3).

<sup>10</sup> Lin, X. (2018). Le Kenya obtient gain de cause dans un arbitrage au titre d'un TBI : les recours des investisseurs britanniques sont rejetés en raison de l'absence d'un rapport d'évaluation d'impact environnemental. *Investment Treaty News*, 9(4), 19–20. Extrait de <https://www.iisd.org/itm/fr/2018/12/21/kenya-prevails-in-bit-arbitration-british-investors-claims-dismissed-due-to-the-absence-of-environmental-impact-assessment-xiaoxia-lin>

<sup>11</sup> *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited et Stirling Capital Limited c. la République du Kenya*, Affaire CIRDI n° ARB/15/29, Décision, 22 octobre 2018. Extrait de <https://www.italaw.com/cases/3974>

<sup>12</sup> *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited et Stirling Capital Limited c. la République du Kenya* (Affaire CIRDI n° ARB/15/29). Extrait de <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/29>

<sup>13</sup> *WalAM Energy Inc. c. la République du Kenya*, Affaire CIRDI n° ARB/15/7. Extrait de <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/7>

<sup>6</sup> Loi n° 45 de 2012 (Loi portant sur la conclusion et la ratification des traités, 2012). Extrait de <http://kenyalaw.org/lex/actview.xql?actid=No.%2045%20of%202012>

<sup>7</sup> Ibid, Section 4(1).



de prospection géothermique. Le gouvernement argue que le demandeur ne disposait pas des moyens nécessaires à l'exploration des ressources géothermiques. Si ce recours relève d'un contrat, d'autres affaires similaires ont par le passé été lancées auprès du CIRDI au titre d'un traité, ce qui démontre les types de risques découlant en général de l'arbitrage international des investissements.

Il est pourtant surprenant que le parlement n'ait pas encore pris note de ces développements ou cherché à questionner la loi et la politique qui sous-tendent ces recours massifs. Son rôle n'est guère que superficiel, adoptant mécaniquement des traités d'investissement en l'absence quasi-totale de contrôle même si ces instruments ont peu à peu étendu leur portée, et, vraisemblablement, leurs objectifs.

**"Les CDI et les TBI ont tous deux des conséquences monétaires pour les États. En réalité, l'impact des TBI sur le budget national a tendance à être encore plus important, car ils assujettissent l'État à l'arbitrage international contraignant, qui implique souvent des risques monétaires énormes."**

Le rôle du parlement dans ce processus n'est pas censé être superficiel et mécanique. Au contraire, il est censé renforcer la participation du public et la reddition de compte démocratique. Après tout, le parlement représente la souveraineté du peuple. Après l'adoption de la constitution en 2010, la capacité du pouvoir exécutif de conclure des traités a été limitée par la nécessité d'obtenir l'approbation législative, et donc par l'intention de renforcer la démocratie dans le processus de conclusion des traités, reposant expressément sur les notions de la souveraineté populaire.

### **L'affaire *TJN-A* et ses conséquences pour la conclusion de traités d'investissement**

La CDI Kenya-Maurice a été publiée par le Secrétaire du cabinet au trésor le 23 mai 2014 par le biais de la mention légale 59 de 2014. Dans l'affaire *TJN-A*, la Haute-Cour du Kenya avait invalidé la CDI au motif que la mention légale, qui permettait à la convention fiscale d'entrer en

vigueur, n'avait pas été présentée au parlement comme l'exige la Loi sur les textes réglementaires<sup>14</sup>.

**"Le rôle du parlement dans ce processus n'est pas censé être superficiel et mécanique. Au contraire, il est censé renforcer la participation du public et la reddition de compte démocratique."**

Peut-être que si le différend de l'affaire *TJN-A* avait reposé sur un TBI plutôt qu'une CDI, le tribunal serait arrivé à la même conclusion, puisque les traités fiscaux et les TBI ont un objectif affiché commun, celui de chercher, à leur manière, à accroître et attirer l'investissement étranger. Toutefois, les CDI et les TBI ont tous deux des conséquences monétaires pour les États. En réalité, l'impact des TBI sur le budget national a tendance à être encore plus important, car ils assujettissent l'État à l'arbitrage international contraignant, qui implique souvent des risques monétaires énormes. C'est pourquoi les risques impliqués dans les deux types de traités, et notamment dans les TBI, justifient et recommandent un contrôle parlementaire.

Bien qu'au final la CDI fut invalidée pour des raisons de procédure, plusieurs conclusions de la Cour limitent significativement le rôle du parlement dans la politique et la conclusion de traités fiscaux (et peut-être aussi d'investissement). D'abord, la Cour a déterminé que l'aval du parlement n'était pas requis pour l'approbation de traités fiscaux et que la participation du public était manifestement inutile. La Cour a indiqué que « [l]a Constitution est claire quant à la nécessité de garantir la participation du public à l'heure de promulguer des lois, mais la question qui se pose concerne la définition de la participation publique, et de la manière dont elle peut s'exprimer », et a conclu avec le défendeur qu'« il est nécessaire d'élaborer une loi indiquant les modalités de la participation publique » (para. 35 du jugement).

Pour arriver à cette conclusion, la Cour a ignoré les mesures constitutionnelles et législatives sans offrir d'explications. La section 8 de la Loi sur la ratification et la conclusion de traités enjoint le parlement à

<sup>14</sup> Loi n° 23 de 2013 (Loi sur les textes réglementaires, 2013). Extrait de <https://www.ecolex.org/details/legislation/statutory-instruments-act-2013-no-23-of-2013-lex-faoc122294>





faciliter la participation du public, tandis que la section 6 affirme que le pouvoir exécutif est tenu par les valeurs et principes de la constitution à l'heure de négocier des traités. Au titre de l'article 10 de la constitution, les valeurs et principes que les organes gouvernementaux doivent respecter dans le cadre des processus politiques et législatifs incluent la participation du public.

Ensuite, la Cour a déterminé que les traités fiscaux ne sont pas assujettis à la Loi sur la ratification et la conclusion de traités car ils portent sur des questions gouvernementales, ainsi que sur des questions techniques, administratives ou relevant de l'exécutif. La section 3(4) autorise le gouvernement à négocier des accords bilatéraux « nécessaires aux questions relevant du gouvernement » ou « portant sur des questions techniques, administratives ou relevant de l'exécutif », sans suivre le cadre fixé par la loi, mais n'offre aucune indication quant au sens de ces termes.

**"Le parlement kényan devrait saisir cette opportunité pour veiller à ce que les traités d'investissement ratifiés par le Kenya soient bien compris par le public et qu'ils promeuvent les intérêts du pays et ses objectifs de développement."**

Ce manque de clarté pose problème car il pourrait donner aux agents gouvernementaux la liberté d'arguer que les TBI sont conclus « à des fins gouvernementales », et ne sont donc pas soumis à un contrôle. Toutefois, comme expliqué précédemment, le contrôle des traités d'investissement par le parlement est un prérequis constitutionnel compte tenu des risques monétaires énormes qu'ils posent.

## L'avenir

Il est aujourd'hui évident que la gestion des relations internationales doit être conforme à la constitution kényane de 2010, qui vise à rendre plus démocratique la capacité de conclure des traités, au moyen de l'approbation législative et de la participation publique. Pourtant, à ce jour le parlement kényan n'a joué guère plus qu'un rôle superficiel dans l'adoption de traités d'investissement.

Le gouvernement kényan a annoncé qu'il réexaminait ses traités d'investissement dans le but de préserver ses intérêts nationaux, et d'élaborer un modèle de traité d'investissement et une politique relative à la négociation de l'investissement international<sup>15</sup>. Alors que le gouvernement continue d'examiner la politique et l'approche kényanes de conclusion de traités d'investissement pour veiller à ce qu'elles promeuvent le développement durable, le parlement devrait également saisir cette opportunité pour veiller à ce que les traités d'investissement ratifiés par le Kenya soient bien compris par le public et qu'ils promeuvent les intérêts du pays et ses objectifs de développement. Cela ne pourra que contribuer au pouvoir de négociation du Kenya.

## Auteur

**Bosire Nyamori** enseigne le droit fiscal et le droit international de l'investissement à l'Université de Nairobi et exerce dans le droit fiscal et le droit commercial chez Ogetto, Otachi & Co. Advocates.

<sup>15</sup> Voir par exemple, KenInvest. (2018). *Kenya hosts 11th Annual Forum of Developing Countries Investment Negotiators*. Extrait de [http://invest.go.ke/wp-content/uploads/2018/02/KenInvest-Press-Release-Annual\\_Forum-7-2-18.pdf](http://invest.go.ke/wp-content/uploads/2018/02/KenInvest-Press-Release-Annual_Forum-7-2-18.pdf); Kariuki, J. (2018). Global mining firms sue Kenya for Sh334bn compensation. *Business Daily*. Extrait de <https://www.businessdailyafrica.com/corporate/companies/Global-mining-firms-sue-Kenya-for-Sh334bn-compensation/4003102-4295742-d8c86gz/index.html>; Ngila, D. (2018). Global mining firms sue Kenya for \$3.2 billion compensation. *The East African*. Extrait de <https://www.theeastafrican.co.ke/business/mining-firms-sue-Kenya-compensation/2560-4296070-hi7wmr/index.html>



## ARTICLE 6

# La diligence raisonnable et le Traité sur la Charte de l'énergie

Yulia Levashova



Fin 2018, le Sous-groupe sur la modernisation de la Conférence sur la Charte de l'énergie s'est mis d'accord sur une liste de sujets à examiner dans le cadre de la modernisation du TCE<sup>1</sup>. Le sous-groupe devra ensuite identifier, pour chaque sujet, les options politiques sur la base desquelles les négociations seront lancées courant 2019. La définition du TJE et le droit de réglementer ont été identifiés comme éléments à moderniser.

Le présent article aborde les conséquences du libellé actuel du TJE contenu dans le TCE sur les interprétations de la norme par les tribunaux des affaires d'arbitrage récentes portant sur le secteur de l'énergie. Il se concentre sur l'évaluation de l'exigence de stabilité prévue par l'article 10(1) du TCE d'une part, et sur la marge de manœuvre réglementaire de l'État, d'autre part. Il examine notamment si le fait d'exiger de l'investisseur de faire preuve de diligence raisonnable – l'une des options mises en avant pour la réforme du TJE au titre du TCE – pourrait contribuer à rééquilibrer le droit de l'investisseur à la « stabilité » et le droit des États de modifier leur législation.

<sup>1</sup> Charte internationale de l'énergie. (2018). *Points approuvés pour la modernisation du Traité sur la Charte de l'énergie*. Extrait de <https://energycharter.org/media/news/article/approved-topics-for-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty> ; voir également la Déclaration de Bucarest sur la Charte de l'énergie, signée le 28 novembre 2018. Extrait de <https://energycharter.org/media/news/article/energy-charter-conference-adopts-the-bucharest-declaration>

## 1. L'exigence de stabilité au titre du TCE : les affaires contre l'Espagne

La norme TJE au titre du TCE fait partie des dispositions les plus souvent invoquées, et le TCE lui-même est l'AII le plus souvent invoqué dans les affaires d'arbitrage des investissements<sup>2</sup>. Le libellé actuel de l'article 10(1) du TCE est inconditionnel et ouvert, engageant les États d'accueil à accorder le TJE « à tout instant [...] aux investissements des investisseurs »<sup>3</sup>. Un tel libellé est typique des AII d'ancienne génération. L'article 10(1) a été interprété comme incluant une obligation de stabilité, prévoyant que les États « encourage[nt] et crée[nt] [...], des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour [...] les investisseurs »<sup>3</sup>.

La vague d'affaires d'arbitrage portant sur les investissements dans le secteur des énergies renouvelables témoigne de l'importance, pour les investisseurs, des dispositions TJE et relatives à la stabilité contenues dans le TCE<sup>4</sup>. L'Espagne est le pays défendeur le plus fréquent dans les différends portant sur l'énergie renouvelable, et fait actuellement face à 36 affaires<sup>5</sup>. Dans ces affaires, les investisseurs arguent que les profondes modifications du cadre réglementaire espagnol relatif aux énergies renouvelables ont frustré leurs attentes légitimes fondées sur l'obligation de stabilité contenue dans le TCE.

Les modifications apportées au régime réglementaire espagnol s'expliquent par un déficit tarifaire croissant,

<sup>2</sup> Charte internationale de l'énergie. (2019, 11 janvier). *Le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) demeure l'AII le plus souvent invoqué*. Extrait de <https://energycharter.org/media/news/article/the-energy-charter-treaty-ect-remains-the-most-frequently-invoked-iaa>

<sup>3</sup> Traité sur la Charte de l'énergie, 16 avril 1998, 2080 UNTS 95, p. 109. Extrait de <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028009ac15>

<sup>4</sup> L'Espagne, l'Italie, et la République tchèque, qui ont réformé leurs politiques en matière d'énergies renouvelables font actuellement face à de multiples recours au titre du TCE, et parfois au titre de TBI. Draguiev, D. (2018). Investment Treaty arbitration in the renewable energy sector: Overview of arbitral case law on legitimate expectations in the light of policy. *Oil, Gas & Energy Law Journal (OGEL)*, 16(5).

<sup>5</sup> Au moment de rédiger ces lignes, ces 36 affaires d'arbitrage contre l'Espagne sont des affaires portant sur les énergies renouvelables et en cours d'instruction. Voir <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/197/spain>



qui découle de la différence entre les subventions (tarifs de rachat) offertes par l'Espagne aux producteurs d'énergie renouvelable, et les tarifs payés par les consommateurs. La situation a empiré avec la crise économique mondiale entre 2008 et 2014<sup>6</sup>. Pour faire face à ce déficit tarifaire et à la crise, l'Espagne avait adopté plusieurs mesures réglementaires entre 2010 et 2014, modifiant le régime de subventions appliqué aux producteurs d'énergie renouvelable. Plusieurs investisseurs affectés avaient lancé des recours au titre du TCE<sup>7</sup>.

## 2. Le droit de l'État de modifier sa législation par opposition à l'obligation de garantir la stabilité

Dans des affaires contre l'Espagne déjà conclues – *Charanne c. l'Espagne*, *Eiser c. l'Espagne*<sup>8</sup>, *Isolux c. l'Espagne*<sup>9</sup> et *Antin c. l'Espagne*<sup>10</sup> – le point central consistait à déterminer dans quelle mesure l'État d'accueil peut exercer son droit de réglementer en modifiant sa législation sans violer le TJE<sup>11</sup>. Les tribunaux ont jugé cette question en évaluant l'obligation de stabilité contenue dans l'article 10(1) du TCE par opposition au droit de l'État de modifier ses lois.

Dans ces quatre affaires, les tribunaux ont affirmé le droit légitime de l'État de réglementer pour remédier

au problème du déficit tarifaire, soulignant que l'Espagne avait le droit de modifier ses lois pour surmonter ces difficultés financières<sup>12</sup>. L'un des critères centraux de l'évaluation par les tribunaux de la stabilité réglementaire consistait à déterminer si les effets sur les investissements des modifications apportées étaient disproportionnés. Les tribunaux ont indiqué que les modifications devaient être conformes à « l'intérêt public, être économiquement raisonnables et respecter le principe de proportionnalité »<sup>13</sup>. Ils ont également précisé que les mesures réglementaires prises par les États étaient considérées comme disproportionnées lorsqu'elles équivalent à une « élimination soudaine et imprévisible des caractéristiques fondamentales du cadre existant »<sup>14</sup>. Toutefois, tous les tribunaux n'étaient pas du même avis quant aux éléments constitutifs d'une telle élimination.

Les tribunaux des affaires *Eiser* et *Antin* ont interprété largement l'obligation de stabilité, soulignant que « l'obligation d'accorder [le TJE] inclut nécessairement l'obligation d'apporter une stabilité fondamentale des caractéristiques essentielles du régime juridique sur lequel s'appuient les investisseurs pour réaliser leurs investissements à long-terme »<sup>15</sup>. En adoptant cette approche, ces tribunaux ont mis l'accent sur les effets des changements réglementaires sur les investisseurs<sup>16</sup>.

Toutefois, les tribunaux des affaires *Charanne* et *Isolux* se sont demandés si l'existence de représentations spécifiques avaient donné naissance chez les investisseurs à des attentes légitimes de stabilité réglementaire<sup>17</sup>. Suivant une interprétation plus restrictive de l'obligation de l'État de garantir la stabilité du cadre réglementaire, ces tribunaux ont souligné que, afin d'être en mesure d'exiger la protection de leurs attentes (légitimes), les investisseurs devaient respecter leur obligation de diligence raisonnable.

<sup>6</sup> Banque d'Espagne. (2017). *Rapport sur la crise financière et bancaire en Espagne, 2008-2014*. Madrid : Banque d'Espagne. Extrait de [https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/OtrasPublicaciones/Fich/InformeCrisis\\_Completo\\_web\\_en.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/OtrasPublicaciones/Fich/InformeCrisis_Completo_web_en.pdf)

<sup>7</sup> Dans de Braekt, M., & Geldhof, W. (2017, 19 juillet). Mixed results in recent arbitral awards concerning Spain's renewable energy policy. *Stibbe Blog, Lexology*. Extrait de <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d384a0ee-31cf-4411-8898-adc714c414b6> ; Power, R., & Baker, P. (2018, 10 avril). The European arbitration review 2018 – Energy arbitrations. *Clyde&Co*. Extrait de <https://www.clydeco.com/insight/article/the-european-arbitration-review-2018-energy-arbitrations>

<sup>8</sup> Schacherer, S. (2018, 18 octobre). *Eiser c. l'Espagne*. Dans N. Bernasconi-Osterwalder & M. D. Brauch. (Eds.) *International investment law and sustainable development: Key cases from the 2010s*. Extrait de <https://www.iisd.org/itn/2018/10/18/eiser-v-spain> ; Issac, G. (2017, 26 septembre). Les investisseurs triomphent sur l'Espagne dans un recours concernant une modification réglementaire en matière d'énergie renouvelable. *Investment Treaty News*, 8(3), 17–18. Extrait de <https://www.iisd.org/itn/fr/2017/09/26/investors-triumph-over-spain-claim-concerning-spains-regulatory-overhaul-for-clean-energy-gladwin-issac>

<sup>9</sup> Arietti López, C. M. (2017, 26 septembre). L'ensemble des demandes formulées par Isolux Infrastructure Pays-Bas à l'encontre de l'Espagne ont été rejetées. *Investment Treaty News*, 8(3), 13–14. Extrait de <https://www.iisd.org/itn/fr/2017/09/26/all-claims-by-isolux-infrastructure-netherlands-against-spain-are-dismissed-isolux-infrastructure-netherlands-v-spain-scc-case-v2013-153-claudia-maria-arietti-lopez/>

<sup>10</sup> Menon, T. (2018, 17 octobre). La décision d'un tribunal du CIRDI reconnaît l'Espagne coupable de violation du Traité sur la Charte de l'énergie. *Investment Treaty News*, 9(3), 23–24. Extrait de <https://www.iisd.org/itn/fr/2018/10/17/spain-found-to-have-breached-the-energy-charter-treaty-in-award-by-icsid-tribunal-trishna-menon/>

<sup>11</sup> Matteoti, S. & Payosova, T. The role of fair and equitable treatment standard: Regulatory coherence for trade and investment in renewable energy. Dans T. Cottier & I. Espa (Eds.). *International trade in sustainable electricity*. Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>12</sup> *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. et Antin Energia Termosolar B.V. c. le Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/13/31, Décision, 15 juin 2018, para. 555. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9875.pdf> ;

*Eiser Infrastructure Ltd. et Energia Solar Luxembourg c. l'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/13/36, Décision, 4 mai 2017, para. 371. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf> ; *Isolux Netherlands, BV c. le Royaume d'Espagne*, Affaire CCS n° V2013/153, Décision finale, 17 juillet 2016. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf> ; *Charanne Construction c. l'Espagne*, Affaire CCS n° 062/2012, Décision, 21 janvier 2016, paras. 500 et 536. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf> ;

<sup>13</sup> *Charanne Construction c. l'Espagne*, *supra* note 11, para. 514 ; *Eiser c. l'Espagne*, *supra* note 11, para. 370.

<sup>14</sup> *Charanne Construction c. l'Espagne*, *supra* note 11, para. 517.

<sup>15</sup> *Eiser c. l'Espagne*, *supra* note 11, para. 382. *Antin c. l'Espagne*, *supra* note 11, para. 532.

<sup>16</sup> *Eiser c. l'Espagne*, *supra* note 11, para. 362 et 365 ; *Antin c. l'Espagne*, *supra* note 11, para. 532.

<sup>17</sup> *Charanne Construction c. l'Espagne*, *supra* note 11, paras. 499 et 504 ; *Isolux Netherlands, BV c. le Royaume d'Espagne*, *supra* note 11, paras. 764 et 775.



### 3. Conséquences des interprétations divergentes de l'exigence de stabilité au titre du TJE

Les divergences d'interprétation de la norme TJE, en particulier de la notion de stabilité, dans les différentes affaires contre l'Espagne posent un problème, pour plusieurs raisons.

Il y a tout d'abord un manque de prévisibilité et de cohérence dans la manière dont le droit de l'État de réglementer est évalué par opposition à la notion de stabilité. La manière dont les tribunaux pondèrent les considérations pertinentes à l'heure d'évaluer la norme TJE n'est pas claire. Par exemple, comme le montrent les affaires discutées plus haut, à l'heure d'évaluer les circonstances économiques liées aux difficultés posées par le déficit tarifaire par opposition aux droits des investisseurs au titre de la norme TJE, les tribunaux ont adopté des vues différentes quant au poids de ces circonstances pour déterminer si elles pouvaient justifier les mesures contestées adoptées par l'État.

À l'heure de déterminer si les réformes de 2010 avaient été menées dans l'intérêt public, le tribunal de l'affaire *Charanne* avait conclu que les mesures prises par les autorités espagnoles constituaient des politiques publiques légitimes, et avaient été adoptées dans le but de « limiter le déficit et l'augmentation des prix »<sup>18</sup>. Les circonstances spéciales dans lesquelles se trouvaient l'État d'accueil ont été l'un des principaux facteurs soutenant la détermination du tribunal que l'État d'accueil n'avait pas violé la norme TJE.

Le tribunal de l'affaire *Eiser* reconnut également que le déficit tarifaire était un problème légitime de politique publique. Mais il accorda moins de poids à ce facteur, étant d'avis qu'à l'heure d'affronter les difficultés créées par le déficit tarifaire, l'Espagne aurait malgré tout pu respecter la norme TJE au titre du TCE<sup>19</sup>. Pour équilibrer le droit de l'État de modifier sa législation et son obligation de garantir un certain degré de stabilité, un tribunal devrait comparer l'effet d'un changement réglementaire sur un investisseur à d'autres facteurs, tels que les circonstances socio-économiques du changement et la diligence raisonnable de l'investisseur.

Ensuite, la notion de stabilité de l'article 10(1) du TCE ne reflète pas l'évolution actuelle des politiques d'investissement. Nombreux sont les pays menant des efforts dans le but de réformer la norme TJE de leurs AII. Les approches du TJE adoptées par les AII récents varient significativement. Ces diverses approches incluent : (1) l'omission pure et simple la norme TJE du texte du traité<sup>20</sup> ; (2) la clarification du contenu de la norme TJE, et l'inclusion d'une liste des obligations de l'État ainsi que l'exclusion de l'obligation de stabilité du champ d'application du traité<sup>21</sup> ; et (3) la suppression de la protection des attentes légitimes<sup>22</sup>.

Il existe donc diverses voies pour rééquilibrer la stabilité et la flexibilité réglementaires de la norme TJE dans le cadre d'un TCE modernisé. Le présent article met l'accent sur les approches adoptées récemment par l'UE, puisque l'UE et l'ensemble de ses États membres (à l'exception de l'Italie) représentent la majorité des États parties au TCE. Il y a donc fort à parier que le processus de modernisation du TCE suivra l'approche adoptée par les traités de l'UE.

Les AII récents incluent encore la norme TJE, mais tentent de la limiter en excluant l'exigence de stabilité du champ d'application du traité. Par exemple, l'AECG, l'ALE UE-Singapour et l'ALE UE-Viêt Nam prévoient le droit de l'État de réglementer, et précisent que le « simple fait » d'un changement du cadre réglementaire d'une « manière qui a des effets défavorables sur

<sup>18</sup> *Charanne Construction c. l'Espagne*, *supra* note 11, para. 514 ; *Eiser c. l'Espagne*, *supra* note 11, para. 536.

<sup>19</sup> *Eiser c. l'Espagne*, *supra* note 11, para.371.

<sup>20</sup> Gouvernement de l'Inde. (2015). *Modèle de texte pour les traités d'investissement bilatéraux de l'Inde*. Extrait de [http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Model\\_BIT.pdf](http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Model_BIT.pdf) ; voir Traité entre la République du Belarus et la République de l'Inde sur les investissements, 24 septembre 2018. Extrait de <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3839/belarus--india-bit-2018-> ; voir également les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) du Brésil conclus depuis 2015, disponibles sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>

<sup>21</sup> Les AII récents de l'UE ont adopté une telle approche du TJE. Voir : Accord économique et commercial global, Canada–Union européenne, 30 octobre 2016. Extrait de [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)) [ci-après « AECG »] ; Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour, 15 octobre 15, 2018. Extrait de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=COM%3A2018%3A0196%3AFIN> [ci-après « ALE UE-Singapour »] ; Projet d'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République socialiste du Viêt Nam. Extrait de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1551257348905&uri=CELEX:52018PC0691> [ci-après « ALE UE-Viêt Nam »].

<sup>22</sup> Dans certains traités récents, les États ont précisé que la « simple » violation des attentes légitimes ne constitue pas en soi une violation dudit traité. Voir : Accord entre les États-Unis d'Amérique, les États-Unis mexicains et le Canada, 30 novembre 2018, Article 14.6. Extrait de <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> ; et l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la République de Corée, 30 juin 2007, révisé au 1<sup>er</sup> janvier 2019, Article 11.5(4). Extrait de [https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/Chapter\\_Eleven\\_Investment.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/Chapter_Eleven_Investment.pdf)





un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur » ne constitue pas une violation des obligations relatives à l'investissement au titre de l'accord<sup>23</sup>. Ce libellé n'exclut toutefois pas la possibilité que, conjugué à d'autres éléments – comme par exemple un caractère manifestement arbitraire, l'un des motifs de la violation du TJE au titre de l'article 8.10(2)(c) de l'AECG – un changement réglementaire joue un rôle dans l'évaluation par un tribunal du degré de frustration des attentes légitimes d'un investisseur.

Le libellé des AII récents de l'UE réduit donc, dans une certaine mesure, le risque pour l'État d'accueil d'être tenu responsable au titre de la norme TJE s'il venait à modifier son cadre réglementaire. Mais ce libellé ne propose toutefois pas de critères clairs pour déterminer à partir de quel niveau des changements réglementaires pourraient entraîner la responsabilité d'un État. L'un de ces critères pourrait venir de l'inclusion dans le traité d'une obligation de diligence raisonnable pour les investisseurs.

#### 4. La diligence raisonnable de l'investisseur : critère de l'évaluation de l'exigence de stabilité

Si la version modernisée du TCE devait conserver les libellés relatifs au TJE et à la stabilité, le fait d'ajouter une obligation de diligence raisonnable de l'investisseur comme précondition à la protection de ses attentes légitimes pourrait contribuer à équilibrer les droits et obligations des États et des investisseurs au titre de la norme TJE. De nombreux tribunaux ont souligné qu'il incombe à l'investisseur d'évaluer la réalité et le contexte de l'État où il investit en faisant preuve de diligence raisonnable et en évaluant les risques<sup>24</sup>. Les investisseurs doivent avoir connaissance des politiques et réglementations pertinentes relatives à leur investissement et les prendre en compte dans le but d'anticiper d'éventuels risques<sup>25</sup>.

Cela est particulièrement important dans les affaires dans lesquelles l'argument des attentes légitimes se fonde sur les changements apportés à un cadre réglementaire général. L'ampleur des efforts de

diligence raisonnable d'un investisseur peut servir d'indicateur pour déterminer si les changements contestés auraient pu être anticipés par l'investisseur. Ce n'est que si les changements n'auraient pu être anticipés par un investisseur prudent<sup>26</sup>, en dépit d'efforts concrets visant à recueillir les informations relatives à l'avenir du cadre réglementaire que les attentes légitimes de l'investisseur seraient protégées au titre du traité.

Si les effets de l'inclusion d'une norme TJE qui laisse la porte ouverte aux attentes légitimes restent nécessairement imprévisibles compte tenu de la subjectivité du concept, l'inclusion d'une exigence pour les investisseurs de faire preuve de diligence raisonnable dans le but de bénéficier du TJE permettrait au moins de clarifier quelque peu la norme : seul un investisseur diligent, réalisant un examen adéquat des lois et réglementations d'un État d'accueil et de leurs possibles modifications, pourrait s'appuyer sur les représentations spécifiques au titre de la norme TJE. S'agissant de l'objectif d'équilibrer les droits des investisseurs et le droit de l'État de réglementer, une telle référence pourrait également renforcer l'importance des responsabilités des investisseurs dans le cadre du droit international des investissements.

#### Auteure

**Dr. Yulia Levashova** est Professeure assistante à la Nyenrode Business Universiteit et chercheure associée à l'Université d'Utrecht. Elle est consultante en droit des investissements auprès de la CNUCED à Genève. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteure et ne reflètent pas celles des organisations pour lesquelles elle travaille.

<sup>23</sup> AECG, *supra* note 20, Article 8.9 (2) ; ALE UE–Singapour, *supra* note 20, Article 2.2(2) ; voir également, avec un libellé légèrement différent, ALE UE–Viêt Nam, *supra* note 20, Article 13 bis (2).

<sup>24</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société S.A. c. la République d'Albanie*, Affaire CIRDI n° ARB/11/24, Décision, 30 mars 2015. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4228.pdf> ; *Charanne Construction c. l'Espagne*, *supra* note 11.

<sup>25</sup> *Charanne Construction c. l'Espagne*, *supra* note 11, para. 505

<sup>26</sup> *Isolux Netherlands, BV c. le Royaume d'Espagne*, *supra* note 11, para. 781.



## NOUVELLES EN BREF

### Groupe de travail III de la CNUDCI : les communications portant sur des propositions de réforme doivent être déposées au plus tard le 15 juillet

Les délégués participant aux travaux du Groupe de travail III de la CNUDCI sur une réforme multilatérale du RDIE peuvent déposer auprès du Secrétariat de la CNUDCI leurs propositions de réforme ainsi que le temps nécessaire à leur examen dans le cadre du calendrier global du projet, d'ici au 15 juillet. Ce calendrier orientera les travaux du groupe de travail au cours de la phase 3 de son mandat, dédiée à l'élaboration de solutions aux préoccupations entourant le RDIE.

Cette date butoir du 15 juillet fait partie des résultats concertés des [réunions d'avril 2019](#) que le groupe de travail a tenu à New York. Le groupe de travail a convenu qu'il « examinerait et mettrait au point plusieurs solutions de réforme possibles simultanément », coordonnant ces discussions parallèles grâce à un élément clé, le calendrier de projet. L'une des discussions porterait sur les réformes structurelles, et l'autre sur d'autres types de solutions.

Le calendrier de projet sera établi lors de la session de Vienne du groupe de travail, actuellement prévue pour la semaine du 14 au 18 octobre 2019. Cette réunion sera également l'occasion d'examiner les éléments de réforme proposés dans les communications déposées d'ici au 15 juillet, et de les approfondir.

Les réunions d'avril 2019 ont également abordé la question du [financement par des tiers](#) (FTP), sur laquelle le groupe a convenu que des réformes « pour répondre aux préoccupations relatives à la définition du financement par des tiers, ainsi qu'au recours à ce type de financement et à sa réglementation » dans le contexte du RDIE, étaient nécessaires.

Le groupe de travail a également examiné les « [autres préoccupations](#) » pour déterminer s'il convenait de les inclure à celles déjà identifiées lors de sessions précédentes.

Parmi les « autres préoccupations » soulevées en avril figurent les voies alternatives au règlement des différends et à leur prévention ; l'obligation pour les investisseurs d'épuiser les voies de recours internes avant de se tourner vers l'arbitrage ; la participation des tiers, tels

que le public en général ou les communautés locales ; la possibilité pour les États ou les tiers de déposer des demandes reconventionnelles ; le risque de gel réglementaire découlant du RDIE ; et les problèmes liés au calcul des dommages par les tribunaux arbitraux.

Le groupe de travail a décidé de n'ajouter aucune de ces préoccupations à la liste existante des préoccupations identifiées lors de la phase 2 des débats. Selon le groupe, cette décision s'explique par le fait que ces questions, pour certaines, étaient plus des outils permettant de répondre aux préoccupations que des préoccupations en soi, et, pour d'autres, pouvaient relever de préoccupations déjà identifiées.

### La Commission de l'UE propose des directives de négociation pour la modernisation du TCE

Le 14 mai, la Commission européenne a publié une [proposition de directives de négociation](#) établissant l'approche qu'elle suggère en vue de « moderniser » le [Traité sur la Charte de l'énergie](#).

Le TCE est un accord conclu entre plus de 50 parties contractantes, en vigueur depuis 1998, et visant à encourager une meilleure coopération internationale en matière d'énergie, dans des domaines tels que la protection des investissements et les échanges internationaux. En octobre 2017, le Groupe stratégique de la Charte de l'énergie a créé un Sous-groupe sur la modernisation, chargé d'aborder une éventuelle mise à jour du TCE, saisissant l'opportunité de l'examen de 2019 prévu à l'article 34.7 du traité.

En novembre 2018, l'organe directeur et décisionnel du TCE connu sous le nom de Conférence de la Charte de l'énergie, a adopté la « [Déclaration de Bucarest](#) ». La Conférence a affirmé que la modernisation du TCE était « essentielle pour répondre adéquatement à l'évolution du secteur de l'énergie, notamment au regard des développements rapides ayant au lieu ces dernières années », ainsi que pour refléter les normes actualisées de la protection de la l'investissement et les règles révisées portant sur le transit.



À cette occasion, la Conférence de la Charte de l'énergie a également approuvé une [liste d'aspects](#) qu'elle abordera dans le cadre de ses efforts de modernisation, notamment plusieurs dispositions relatives à l'investissement, après [consultation](#) des États observateurs au TCE et des acteurs du secteur de l'énergie. Les négociations formelles devraient commencer courant 2019.

Les directives proposées par la Commission européenne pour ces négociations doivent encore être approuvées par le Conseil, ce qui signifie qu'elles pourraient encore changer. La Commission argue que les protections offertes par le TCE aux investissements « ne correspondent pas aux normes modernes, telles qu'elles se reflètent dans l'approche réformée de l'UE concernant la protection des investissements », et souligne que ces incohérences devraient être au cœur des négociations à venir.

La Commission européenne a ajouté que ces négociations ne devraient pas aborder les dispositions relatives aux pré-investissements, mais que si ces derniers devaient être abordés dans ces discussions, les conditions du règlement des différends contenues dans le TCE ne devraient pas s'appliquer.

Bruxelles appelle à l'inclusion dans le TCE d'une disposition relative au « droit de réglementer », ainsi qu'à la révision des conditions existantes de l'expropriation, qui devrait entre autres être « définie de manière appropriée afin de clarifier la nature de l'expropriation indirecte ». La Commission appelle également à la clarification d'autres normes relatives à la protection de l'investisseur et de l'investissement, par exemple les clauses NPF et du traitement national, le TJE et la clause de refus d'accorder des avantages.

S'agissant du développement durable et de la responsabilité sociale des entreprises, la Commission argue que le TCE devrait inclure des dispositions sur « le développement durable, y compris le changement climatique et les objectifs de transition vers une énergie propre », et que ses parties contractantes devraient également prendre des engagements en matière de transparence et de conduite responsable des entreprises, pour veiller à ce que les normes internationalement reconnues relatives aux droits humains et aux droits sociaux des travailleurs soient respectées.

Soulignons également que la proposition de la Commission européenne recommande que les efforts de modernisation du RDIE soient reportés jusqu'à ce que le processus de réforme du [règlement d'arbitrage du CIRDI](#) et les discussions sur [le projet de TMI de l'UE](#) aient « donné des résultats tangibles ».

## Entrée en vigueur de l'AfCFTA ; la phase II portant sur l'investissement, la concurrence et les DPI sera prolongée jusqu'en 2020-2021

L'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine (AfCFTA) est entré en vigueur le 30 mai 2019, donnant ainsi effet à la première phase de l'accord dans 24 pays. Un sommet extraordinaire sur l'accord commercial est prévu à Niamey au Niger le 7 juillet 2019, tandis que les négociations de la phase 2 sur les droits de propriété intellectuelle (DPI), l'investissement et la politique de concurrence devraient durer encore au moins une année.

Selon la [Commission de l'Union africaine \(UA\)](#), dès le mois de juin, déjà 24 instruments de ratification de l'AfCFTA avaient été déposés. Le minimum requis pour l'entrée en vigueur était de 22. Parmi les 55 pays membres de l'UA, presque tous ont signé l'accord, sauf le Bénin, l'Érythrée et le Nigéria.

D'après son [texte final](#), l'AfCFTA vise à établir « un marché unique pour les marchandises et les services facilité par la circulation des personnes afin d'approfondir l'intégration économique du continent africain ». Ses objectifs affirment également que l'accord vise « le développement socio-économique inclusif et durable, l'égalité de genres et la transformation structurelle des États parties ».

D'autres objectifs incluent le développement, à terme, d'une union douanière couvrant tous les pays du continent ; l'élimination des obstacles tarifaires et non tarifaires ; et l'amélioration de la coopération entre les pays dans les domaines de l'investissement, des DPI, des douanes et de la facilitation des échanges, de la politique de concurrence et d'autres domaines liés au commerce.

Le texte désormais en vigueur n'inclut pas encore les listes tarifaires en matière de marchandises ou de services, toutes deux encore en cours de négociation.

Les pays prenant part aux négociations de la phase 2 vont maintenant s'atteler à négocier des protocoles sur l'investissement, la concurrence et les droits de propriété intellectuelle. Les éléments pouvant figurer dans ces documents seront certainement plus clairs une fois que le mandat des groupes de travail respectifs aura été établi. Des [experts](#) travaillant sur le protocole sur l'investissement se sont réunis en novembre 2018 et février 2019.

Plus tôt dans l'année, le président du Niger Mahamadou Issoufou [avait recommandé](#) à l'UA de reporter à juin



2020 la date butoir de janvier 2020 pour la conclusion des négociations des protocoles sur l'investissement, la concurrence et les DPI. L'Assemblée de l'UA a ensuite indiqué que les projets de textes juridiques de ces protocoles devraient être présentés à l'assemblée pour adoption d'ici à janvier 2021.

## La CJUE détermine que le SJI contenu dans l'AECG Canada-UE est conforme au droit européen

Dans son avis final rendu le 30 avril 2019, la CJUE a déterminé que le SJI contenu dans l'AECG Canada-UE était conforme au droit européen.

Cette décision contraignante de la CJUE a été rendue près de deux ans après que la Belgique ait demandé à la plus haute cour de l'Union d'examiner si le SJI affecterait « l'autonomie de l'ordre juridique européen ». En d'autres termes, le pays demandait si les tribunaux SJI auraient la possibilité de peser sur des questions portant sur le droit européen et allant au-delà du contenu de l'AECG. La Belgique demandait également à la CJUE d'examiner si le SJI respectait le principe général d'égalité et « l'effet pratique » de l'Union européenne, et s'il permettait de garantir que les investisseurs canadiens, notamment les petites et moyennes entreprises (PME), seraient en mesure d'accéder à un tribunal indépendant.

Sur ces trois questions, la Cour a déterminé que le mécanisme SJI, tel que conçu et compte tenu de ses garde-fous, n'empièterait sur le droit européen dans aucun des domaines avancés par la Belgique.

Elle a affirmé que « l'AECG ne confère aux tribunaux envisagés aucune compétence d'interprétation ou d'application du droit de l'Union autre que celle portant sur les dispositions de cet accord ». Selon la Cour, aucun tribunal SJI ne serait capable de « remettre en cause les choix démocratiquement opérés au sein d'une Partie » relatifs aux objectifs clé de politique publique, tels que la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement. S'agissant de la question de l'accès, la Cour a fait référence aux engagements pris par deux des institutions européennes – le Conseil et la Commission – de soutenir la capacité des PME à accéder à ces tribunaux.

Un avis antérieur non contraignant, rendu par Yves Bot, l'Avocat-général de la CJUE, affirmait également que le SJI était compatible avec le droit européen.

Les représentants de la Commission européenne se sont félicités de l'avis de la CJUE, et noté que cela faciliterait la ratification de l'AECG par les États membres de l'Union. Ce processus déjà en cours est nécessaire pour l'entrée en vigueur du SJI, et des dispositions de l'accord sur la protection de l'investissement et l'accès au marché des investissements de portefeuille. Sinon, l'AECG est d'ores et déjà appliqué à titre provisoire au Canada et dans l'Union européenne.

« L'un des principaux engagements inclus dans les instructions politiques que j'ai présenté à la Commission en 2014 consistait à ne pas accepter que la compétence des tribunaux des États membres de l'UE soient limitée par des régimes spéciaux portant sur les différends des investisseurs. Nous avons tenu cet engagement grâce au Système juridictionnel des investissements », a affirmé le Président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, en réaction à l'avis de la CJUE.

Juncker a ajouté que l'avis de la CJUE validait l'approche de l'UE consistant à inclure le nouveau SJI dans ses négociations récentes portant sur l'investissement, ainsi que son désir de l'inclure dans les accords futurs, en lieu et place du « tristement célèbre RDIE ».

## Le sénat mexicain ratifie l'ACEUM

Le Sénat mexicain a approuvé la loi de mise en œuvre de l'Accord États-Unis-Mexique-Canada (ACEUM) le 19 juin 2019 à une écrasante majorité de 114 voix pour, et moins d'une dizaine de voix contre ou d'abstention.

Le vote a eu lieu un peu plus d'une semaine après que le président mexicain Andrés Manuel López Obrador ait annoncé la séance extraordinaire du Sénat le 10 juin 2019 pour le vote selon lequel le Sénat mexicain votera bientôt sur le projet de loi visant à remplacer l'ALENA par l'ACEUM.

Les négociations de l'ACEUM ont été conclues en septembre 2018, à peine plus d'un an après le lancement par les trois pays des négociations formelles en vue de moderniser l'ALENA. Les dirigeants des trois pays ont signé l'accord fin novembre 2018. Parmi les changements majeurs par rapport à l'ALENA de 1994 figure la révision du libellé du RDIE. Les modifications apportées limiteront l'application du RDIE aux différends impliquant les États-Unis et le Mexique uniquement, et définissent les types de





recours que les investisseurs peuvent présenter au titre de cette disposition.

L'ACEUM doit d'abord être ratifié par les trois signataires, puis, au terme d'une période de trois mois, l'accord **entrera en vigueur**. La procédure mexicaine est, à ce jour, la plus avancée.

Le bureau du Premier ministre canadien a présenté le **Projet de loi C-100** à la Chambre des communes canadienne le 29 mai 2019, qui permettrait de mettre en œuvre l'ACEUM au Canada. Une première lecture a eu lieu le même jour, suivie d'une seconde lecture le **11 juin 2019**. La loi de mise en œuvre doit encore passer plusieurs étapes, notamment recevoir l'approbation de la Chambre des communes et du Sénat canadiens, afin de parachever la ratification de l'accord dans le pays.

Mike Pence, le Vice-Président des États-Unis, a **annoncé en mai** que la Maison blanche espérait que le Congrès ratifierait l'accord rapidement, parachevant, dans l'idéal, le processus avant la fin de l'été. Le bureau du représentant des États-Unis au Commerce (USTR) a déjà envoyé un projet d'énoncé de mesure administrative au sujet de l'ACEUM, que Nancy Pelosi, la Porte-parole du Congrès, a qualifié fin mai de prématuré.

« Nous sommes tous d'accord pour dire qu'il faut remplacer l'ALENA, mais sans de réels mécanismes de mise en œuvre, nous ne ferions qu'assujettir les travailleurs américains à un autre mauvais accord », a déclaré Pelosi, ajoutant que le parti démocratique, qui détient la majorité du Congrès, « était proche de donner son accord ». Au titre de la **constitution des États-Unis**, toute législation impliquant la levée de recettes gouvernementales, notamment les accords commerciaux, doit d'abord être examinée au sein de la Chambre des représentants, avant d'être approuvée par un vote du Sénat.

## Les dirigeants de la Chine et de l'UE ont annoncé leur objectif de conclure un accord d'investissement d'ici à 2020

Les dirigeants chinois et de l'Union européenne se sont engagés à parachever les négociations relatives à leur Accord d'investissement global l'année prochaine, et ont révélé la date butoir fixée ainsi que d'autres détails portant sur le processus lors d'un sommet à Bruxelles, en Belgique, le 9 avril 2019.

Donald Tusk, le Président du Conseil européen, Jean-Claude Juncker, le Président de la Commission européenne et Li Keqiang, le Premier ministre chinois ont émis une **déclaration conjointe** présentant plusieurs objectifs des négociations, et indiquant que « les engagements en matière de libéralisation » sont une priorité des discussions de 2019.

Pékin et Bruxelles ont lancé les négociations formelles relatives au projet d'accord d'investissement en 2013, et en ont confirmé le **champ d'application** en 2016. À ce jour, les deux délégations se sont réunies à vingt reprises, **la dernière fois** en février 2019. À cette occasion, les discussions ont porté sur les offres relatives à l'accès au marché, le RDIE, le règlement des différends entre États et les libellés relatifs au développement durable. Le 21<sup>ème</sup> cycle de négociation devrait avoir lieu en juin, bien que des discussions techniques étaient prévues pour début avril, et également pour mai.

Les négociations relatives à l'investissement entre la Chine et l'UE sont menées séparément, une **première remarquable** pour la Commission européenne à l'époque où les négociations furent lancées. Actuellement, les deux entités ne négocient pas d'ALE, bien que des représentants de la Commission européenne **avaient précédemment annoncé** que les résultats des discussions relatives à l'investissement pourraient, entre autres facteurs, leur permettre de déterminer s'ils envisagent un accord commercial avec Pékin.

À Bruxelles en avril, les dirigeants des deux blocs ont annoncé qu'ils espéraient conclure un accord d'investissement « ambitieux », incluant un « cadre équilibré de la protection de l'investissement » ainsi que de meilleures conditions d'accès au marché que celles actuellement en place. Ils ont également annoncé que leur prochaine réunion leur permettrait de faire le point sur la situation, même s'ils n'en ont pas encore publiquement annoncé la date.

Ils ont également mis en place un « mécanisme politique » permettant le suivi régulier des négociations et l'évaluation de la situation des négociations avant 2020.



## L'Australie signe un nouveau TBI avec l'Uruguay, et des accords commerciaux et d'investissement avec Hong-Kong

L'Australie a signé un nouveau TBI avec l'Uruguay, ainsi qu'un accord d'investissement avec Hong-Kong. Ces accords apportent quelques modifications et clarifications aux dispositions d'anciens accords, relatives au RDIE et aux réglementations gouvernementales conçues pour atteindre des objectifs de politique publique, telle que la santé.

Lorsqu'il entrera en vigueur, le nouvel accord avec l'Uruguay mettra fin au **TBI de 2001**, et supplantera les dispositions de l'accord relatives à sa durée et sa résiliation, ainsi que sa clause de survie. Le nouveau TBI, signé en avril 2019, **inclut dans son préambule un libellé** sur le droit des États de réglementer, et la flexibilité dont ils disposent pour « fixer des priorités législatives et réglementaires ». Son article portant sur les exceptions indique que « aucun élément du présent accord ne peut être interprété comme empêchant l'une ou l'autre des parties d'adopter ou d'appliquer des mesures » essentielles à la réalisation de certains objectifs de politique publique.

Le nouvel **accord d'investissement** conclu par l'Australie avec Hong-Kong, signé en mars 2019, contient un article dédié à « l'investissement et aux objectifs environnementaux, sanitaires et autres objectifs réglementaires ». Les parties peuvent ainsi adopter « toute mesure, par ailleurs conforme au présent accord » visant à garantir que les investissements soient « sensibles à » certains objectifs de politique publique. Il contient un article relatif aux exceptions similaire à celui inclu dans le nouveau TBI Australie-Uruguay.

L'ancien TBI Australie-Hong-Kong sera immédiatement résilié après l'entrée en vigueur du nouvel accord d'investissement Australie-Hong-Kong. Le TBI original contient une clause de survie de 15 ans. Au titre du nouvel accord, les investissements existants seront couverts par les conditions du **TBI original** pendant encore 10 ans après l'entrée en vigueur du nouveau TBI.

Ces deux traités ont attiré l'attention de la communauté de l'investissement, qui voulait notamment savoir si les libellés relatifs au RDIE et au droit de réglementer avaient été modifiés suite aux différends relatifs aux investissements lancés au titre des TBI australiens et uruguayens au sujet de l'emballage neutre des produits du tabac et des

mesures de contrôle connexes. En effet, les deux pays ont en commun d'avoir promulgué ces mesures relatives au tabac et d'autres mesures connexes de santé publique.

En novembre 2011, Philip Morris avait lancé un recours au titre du TBI Australie-Hong-Kong, **arguant** que la Loi australienne sur l'emballage neutre équivalait à une expropriation de sa propriété intellectuelle et avait entraîné la perte de la plupart de la « valeur réelle » des investissements de l'entreprise en Australie. Un tribunal arbitral avait **rejeté l'affaire pour des questions de compétences** en décembre 2015. Du fait de sa législation sur l'emballage neutre des produits du tabac, l'Australie a également fait face à des plaintes **dans le cadre de l'OMC** et au titre de sa **propre constitution**.

L'Uruguay agit également depuis longtemps en faveur d'un contrôle du tabac, notamment par le biais d'un emballage neutre. Si ces mesures ont été contestées par Philip Morris en 2010, l'affaire **fût au final rejetée** et le géant du tabac fut condamné à payer une partie des frais juridiques de l'Uruguay, en plus de la totalité des coûts de l'arbitrage.



## SENTENCES ET DÉCISIONS

### Les recours contre l'Albanie sont rejetés par un tribunal du CIRDI qui détermine qu'Anglo-Adriatic Group n'avait pas d'investissement protégé

*Anglo-Adriatic Group Limited c. la République d'Albanie, Affaire CIRDI n° ARB/17/6*

**Pietro Benedetti Teixeira Webber**

Un tribunal du CIRDI a déterminé qu'il n'avait pas compétence sur les recours présentés contre l'Albanie par Anglo-Adriatic Group (AAG), une entreprise enregistrée dans les Îles vierges britanniques. Les arbitres ont rendu leur décision le 7 février 2019.

#### Le contexte et les recours

L'entreprise Anglo Adriatika Investment Fund (AAIF) fut créée en 1996 pour participer au processus de privatisation post-soviétique de l'Albanie. Quatre actionnaires non albanais détenaient la moitié des parts de l'entreprise, et un citoyen albanais détenait l'autre moitié.

La même année, AAG fut enregistrée dans les Îles vierges britanniques avec, pour objectif commercial principal, la détention des parts d'AAIF. AAG arguait qu'elle avait réalisé deux investissements : d'abord, les actionnaires étrangers avaient déclaré détenir, en 1996, leur participation en fiducie au bénéfice d'AAG, donnant à cette dernière la propriété effective d'AAIF (le premier investissement) ; ensuite, AAG avait octroyé des prêts à AAIF (le deuxième investissement).

AAG alléguait que l'Albanie avait empêché AAIF de prendre part au processus de privatisation, expropriant indirectement AAIF de sa valeur et la traitant de manière discriminatoire par rapport à d'autres investisseurs étrangers et nationaux. En décembre 2016, AAG lança un arbitrage fondé sur la loi albanaise n° 7764 (Loi sur les investissements étrangers), qui prévoit l'arbitrage au titre du CIRDI.

Dans leur décision, les arbitres ont abordé deux questions : (1) AAG détenait-elle le premier investissement ? Et (2) le deuxième investissement était-il un investissement protégé au titre de la Loi sur les investissements étrangers ?

#### AAG ne détenait pas de parts dans AAIF

AAG arguait qu'elle avait réalisé un investissement protégé en recevant la propriété effective des parts

détenues par les actionnaires étrangers en 1996.

Pour évaluer s'il avait compétence sur l'affaire, le tribunal appliqua un test en trois étapes : (1) existe-t-il un investissement protégé ?; (2) y a-t-il un investisseur protégé ?; et (3) l'investisseur protégé détient-il l'investissement protégé ? Compte tenu du raisonnement de l'affaire *Phoenix Action c. la Tchèque*, il incombait à AAG de prouver le respect de ces trois points.

D'après les arbitres, AAG avait démontré l'existence d'AAIF et de ses parts de propriété étrangère, ainsi que la contribution en capital, respectant ainsi le premier point. En outre, il conclut qu'AAG avait établi qu'elle était une personne juridique enregistrée conformément aux lois d'un pays étranger, et donc un investisseur protégé. Cependant, le tribunal conclut qu'AAG n'avait pas respecté le troisième point, puisqu'elle n'avait pas démontré être la propriétaire ou la tenante des parts de propriété étrangère.

AAG alléguait que les parts avaient été transférées au moyen de quatre actes de fiducie régis par le droit britannique. Le tribunal définit une fiducie en common law comme étant « une relation juridique créée par un 'constituant' par laquelle les actifs [...] sont placés sous la propriété d'un 'fiduciaire' pour le bénéfice d'un 'bénéficiaire' » (para. 226). Après analyse des documents, les arbitres constatèrent qu'AAG apparaissait à la fois comme constituante et comme bénéficiaire. Aussi, les actes de fiducie ne soutenaient pas l'argument d'AAG selon lequel les actionnaires étrangers avaient transférés la propriété effective de leurs parts à AAG.

En outre, le tribunal remarqua que la loi albanaise n° 7979 (Loi sur les fonds d'investissement) exigeait l'enregistrement des transferts de participations auprès des autorités dans les 10 jours, et l'identification des actionnaires tous les trimestres. Il ne trouva malgré tout aucun élément attestant de l'enregistrement par AAIF ou par AAG du soi-disant transfert des parts de propriété étrangère.

Finalement, les arbitres conclurent qu'aucun élément n'attestait qu'AAG avait payé une contrepartie appropriée aux actionnaires étrangers en échange des parts. S'appuyant sur l'affaire *KT Asia c. le Kazakhstan*, ils déterminèrent qu'un investisseur qui n'avait pas payé



de contrepartie ne pouvait bénéficier de la protection de son investissement.

Aussi, le tribunal conclut qu'AAG n'avait pas réussi à démontrer que les actionnaires étrangers avaient transféré la propriété de leurs parts, ou qu'AAG avait payé une contrepartie en échange des parts. Il détermina donc qu'AAG ne détenait pas le premier investissement, et donc qu'il n'avait pas compétence sur l'affaire.

### AAG n'a pas réalisé d'investissement protégé

AAG affirmait également avoir réalisé un investissement protégé, puisqu'elle avait prêté 5 334 133 USD à AAIF pour couvrir ses coûts opérationnels. Pour démontrer l'existence des prêts, AAG produisit un document intitulé « Accord de financement en cours » ainsi qu'une feuille de calcul présentant les dépenses opérationnelles d'AAIF.

Le tribunal revint sur le test préliminaire en trois étapes et conclut qu'AAG n'avait pas démontré le respect du premier point – l'existence d'un investissement protégé. Selon les arbitres, l'Accord de financement en cours se contentait de mentionner la possibilité future d'octroyer des prêts, mais ne démontrait pas qu'AAG avait bel et bien prêté de l'argent à AAIF. En outre, selon le tribunal, la feuille de calcul présentant les dépenses opérationnelles d'AAIF ne démontrait pas non plus comment ou quand AAG avait couvert les coûts d'AAIF. Il considéra par ailleurs qu'il était, en principe, aisé pour une entreprise prêtant plus de 5 millions USD de produire des preuves convaincantes du transfert d'argent.

Malgré l'incapacité de l'entreprise de démontrer l'existence des prêts, le tribunal détermina que seuls les investissements réalisés conformément au droit albanais pouvaient être reconnus comme investissements étrangers protégés au titre de la Loi sur les investissements étrangers. Il nota cependant que la loi albanaise en vigueur lorsque l'investissement avait soi-disant été réalisé, interdisait aux fonds d'investissement tels qu'AAIF de recevoir un prêt ou d'emprunter de l'argent. Ainsi, les prêts soient disant accordés par AAG à AAIF auraient été contraires à la Loi albanaise sur les fonds d'investissement.

Le tribunal conclut qu'AAG n'avait pas réalisé d'investissement protégé, car elle n'avait pas démontré l'existence des prêts soient disant octroyés à AAIF, et car, s'ils avaient existé, l'investissement aurait été réalisé en violation de la loi albanaise.

### La décision et les coûts

Le tribunal conclut qu'AAG ne détenait pas de parts dans AAIF et n'avait pas réalisé par ailleurs

d'investissement protégé au titre de la Loi albanaise sur les investissements étrangers. Aussi, le CIRDI n'avait pas compétence et le tribunal n'avait pas compétence sur les recours présentés par AAG.

S'appuyant sur l'article 61(2) de la Convention du CIRDI, les arbitres ordonnèrent à AAG de payer l'intégralité des coûts de l'arbitrage. Toutefois, considérant que les recours d'AAG n'étaient pas déraisonnables, ils déterminèrent que chacune des parties payerait ses propres frais et dépenses juridiques.

*Remarques* : le tribunal était composé de Juan Fernández-Armesto (arbitre président nommé par les coarbitres, de nationalité espagnole), de Georg von Segesser (nommé par le demandeur, de nationalité suisse) et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision du 7 février 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10349.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).

## Un tribunal du CIRDI estime que l'Espagne a violé ses obligations au titre du TCE en ne proposant pas un taux de retour raisonnable

*RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.a r.l. c. le Royaume d'Espagne, Affaire CIRDI n° ARB/13/30*

### Gregg Coughlin

Le 30 novembre 2018, un tribunal du CIRDI déterminait que l'Espagne avait violé le TCE en appliquant un nouveau régime fiscal à titre rétroactif, et en ne garantissant pas à RREEF Infrastructure (G.P.) Limited (RREEF) un taux de retour raisonnable sur ses investissements dans le secteur de l'énergie solaire.

### Le contexte et les recours

En 2007, l'Espagne adopta plusieurs lois relatives à la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelable (ER), notamment le Décret royal (DR) 661/2007. Le DR 661/2007 garantissait aux opérateurs du secteur ER des prix supérieurs





à ceux du marché grâce à un tarif de rachat garanti (TRG). Tout au long de l'année 2011, RREEF réalisa plusieurs investissements dans les secteurs de l'éolien et du solaire en Espagne. RREEF détenait ainsi des parts dans cinq parcs éoliens et trois centrales solaires thermodynamiques (CST), tous enregistrés au titre du DR 661/2007 pour bénéficier des TRG.

En 2012, l'Espagne adopta la loi 15/2012 imposant un taux de 7 pour cent sur tous les bénéfices des opérateurs, notamment ceux du secteur ER. En 2013, l'Espagne amenda également ses réglementations relatives aux ER, et remplaça les TRG par un taux de retour raisonnable garanti, qui s'avéra être de 7,398 pour cent (avant impôts).

Suite aux changements apportés au régime réglementaire espagnol, RREEF déposa une demande d'arbitrage en octobre 2013, alléguant que ces changements réglementaires violaient les obligations de l'Espagne au titre de l'article 10(1) du TCE de garantir la stabilité réglementaire, le TJE, la transparence, la non-discrimination, la proportionnalité et le caractère raisonnable. RREEF alléguait également que l'Espagne avait violé ses attentes légitimes.

### Les normes juridiques applicables : le TJE et les attentes légitimes s'appliquent, mais pas la clause parapluie

Le tribunal détermina tout d'abord que la norme TJE au titre du TCE est la même que celle contenue dans le droit international, et qu'elle inclut des engagements en matière de transparence, de protection et de sécurité, de non-entrave, de non-discrimination, de proportionnalité et de caractère raisonnable. Le tribunal clarifia notamment le fait que bien que la norme TJE exige d'un État qu'il respecte les attentes légitimes d'un investisseur, il n'est pas raisonnable pour un investisseur de s'attendre à ce que les conditions relatives à son investissement ne changent jamais.

La majorité du tribunal rejeta également l'argument de RREEF selon lequel la clause parapluie du TCE devait s'appliquer, ce qui aurait permis de ramener les violations des obligations contractuelles dans le champ d'application du TCE. Le tribunal considéra que la clause parapluie ne pouvait s'appliquer puisqu'elle exige l'existence d'une obligation contractuelle entre l'investisseur et l'État, hors RREEF et l'Espagne n'avaient aucune relation contractuelle.

### L'engagement de stabilité au titre du TCE

RREEF affirmait que l'exigence de stabilité du TCE était une obligation autonome exigeant des États qu'ils

maintiennent un cadre juridique stable pendant toute la durée de l'investissement. À l'inverse, l'Espagne arguait que l'exigence de stabilité s'inscrivait dans la norme TJE générale du TCE.

Le tribunal remarqua que la stabilité n'était pas absolue et n'équivalait pas, en l'absence de clause de stabilisation expresse, à l'immutabilité. Il ajouta en outre que « l'obligation de créer un environnement stable exclut de toute évidence toute transformation radicale et imprévisible des conditions des investissements » (para. 315). Bien que le DR 661/2007 prévoyait qu'« un taux de rentabilité raisonnable du loyer de l'argent sur le marché des capitaux sera[it] toujours garanti » (para. 318), le tribunal n'interpréta pas cette disposition comme un engagement ferme à ne pas modifier les conditions de l'investissement. Au contraire, le tribunal l'interpréta comme envisageant des ajustements futurs au régime réglementaire.

Le tribunal s'attela ensuite à déterminer si les changements réglementaires adoptés par l'Espagne équivalaient à une modification substantielle, et conclut au final que l'un des aspects particuliers de l'affaire, à savoir le caractère rétroactif du DR 661/2007, constituait une violation du principe de stabilité. Puisque la mesure contestée s'appliquait de manière rétroactive et récupérerait les droits précédemment acquis des actionnaires, le tribunal ordonna à l'Espagne de verser à RREEF une indemnisation appropriée en réparation du tort causé par cette violation.

### Les attentes légitimes

RREEF argua que les changements réglementaires adoptés par l'Espagne étaient imprévisibles et contraires à ses attentes légitimes. Le pays rétorqua qu'en l'absence d'engagement spécifique de stabilité réglementaire, les investisseurs ne pouvaient pas légitimement s'attendre à ce qu'un cadre réglementaire tel que celui de l'Espagne n'évolue pas. Les parties convinrent qu'il incombait aux investisseurs de prouver que leurs attentes (légitimes) étaient raisonnables et objectives au moment où l'investissement a été réalisé.

Pour déterminer si le DR 661/2007 violait les attentes légitimes de RREEF, le tribunal examina si les changements réglementaires constituaient un changement radical et drastique « affectant les conditions de l'investissement de manière inattendue » (para. 379). Le tribunal détermina que puisque l'Espagne avait garanti un taux de retour ou de profitabilité raisonnable au titre de plusieurs lois régissant le secteur ER, la seule attente légitime de RREEF « était de recevoir un retour raisonnable sur son investissement » (para. 386). Essentiellement, cela signifiait que RREEF ne pouvait



légitimement s'attendre à recevoir un taux de retour fixe pendant toute la durée de son investissement, tel qu'originellement prévu par le régime TRG.

### La transparence et la discrimination

RREEF alléguait également que l'Espagne avait mis fin au régime du DR 661/2007 de manière peu transparente et avait appliqué le nouveau régime de manière discriminatoire en imposant une taxe de 7 pour cent sur les producteurs d'ER mais pas sur les installations. Compte tenu que le DR 661/2007 envisageait la possibilité d'ajustements futurs et que les changements réglementaires avaient été rendus publics, le tribunal considéra que le critère de la transparence n'était pas violé. Il remarqua également que l'argument fondé sur la discrimination ne portait que sur la taxe de 7 pour cent, et qu'il avait déjà déterminé qu'il n'avait pas compétence sur les questions fiscales. Il ne pouvait donc pas se prononcer sur ce point.

### Le caractère proportionnel et raisonnable

Finalement, RREEF alléguait que l'Espagne ne respectait pas les prescriptions du caractère proportionnel et raisonnable puisque le nouveau régime imposait sur l'entreprise une charge indue par rapport au bénéfice recherché par l'Espagne, notamment au regard des mesures alternatives disponibles. Le tribunal détermina qu'une mesure gouvernementale respecte les prescriptions du caractère proportionnel et raisonnable tant qu'elle n'est pas « aléatoire, inutile ou arbitraire » (para. 460). Puisque l'Espagne ne garantissait qu'un retour raisonnable, la majorité du tribunal affirma que la détermination de la violation ou non par l'Espagne des prescriptions du caractère proportionnel et raisonnable était inséparable de l'évaluation des dommages. Il se pencha donc sur l'évaluation des dommages pour déterminer si RREEF avait obtenu un retour raisonnable après la modification par l'Espagne de son régime.

### RREEF a obtenu un retour raisonnable sur ses investissements éoliens

À l'heure d'évaluer les dommages, le tribunal détermina si l'Espagne devait compenser RREEF 1) pour le tort causé par l'application rétroactive de la taxe et du régime modifiés et 2) pour les dommages subis par RREEF dans la mesure où elle n'a pas obtenu un taux de retour raisonnable suite aux changements apportés au régime.

RREEF clamait des pertes de 297 millions EUR, calculées grâce à la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie. L'Espagne utilisa la méthode du taux de rendement interne (TRI) et affirmait que les pertes de RREEF n'excédaient pas 31 millions EUR. Le tribunal accepta la méthode de

l'Espagne, notant que RREEF ne devait recevoir réparation que « dans la mesure où les modifications excédaient les limites du raisonnable » (para. 515).

Le tribunal détermina que le TRI appliqué était raisonnable si i) il donne aux producteurs droit à un retour après déduction des coûts opérationnels ; ii) il offre un bénéfice raisonnable, c'est-à-dire qui ne soit pas disproportionné ou irrationnel ; et iii) le caractère raisonnable est déterminé « par référence au loyer de l'argent sur le marché des capitaux » (para. 524). Puisque le TRI des parcs éoliens de RREEF était de 13 pour cent et bien supérieur au loyer de l'argent sur le marché des capitaux, la majorité détermina que l'Espagne n'avait pas violé les attentes légitimes de RREEF d'un retour raisonnable.

### RREEF n'a pas obtenu un retour raisonnable sur ses investissements solaires

Le tribunal détermina que le retour garanti de 7,398 pour cent (avant impôts) sur les investissements solaires au titre du nouveau régime équivalait à un TRI de 5,8 pour cent (après impôts). Compte tenu des obligations à dix ans de l'Espagne au taux d'intérêts sans risque de 4,398 pour cent, d'une prime de risque du marché de 5,5 pour cent, d'un facteur bêta de 0,455 pour cent, d'un ratio d'endettement de 60/40, et du coût de la dette de 3,43 pour cent, la majorité calcula que le coût moyen pondéré du capital (CMPC) était de 5,86 pour cent. La majorité y ajouta une prime de risque d'un point de pourcentage pour refléter que « les demandeurs s'attendaient légitimement à ce que le retour sur leur investissement serait bien supérieur au CMPC puisque le défendeur attirait les investissements dans le secteur des énergies renouvelables en faisant miroiter des profits supérieurs à la moyenne » (para. 587).

La majorité conclut que l'Espagne avait violé les attentes légitimes de RREEF de recevoir un retour raisonnable puisque le CMPC de 6,86 pour cent sur ses investissements solaires était supérieur au TRI de 5,8 pour cent garanti par le nouveau régime. Elle considéra donc l'Espagne redevable de la différence entre le TRI de 5,8 pour cent que RREEF a reçu sur ses investissements solaires et le taux CMPC de 6,86 pour cent.

### La décision

Finalement, le tribunal conclut que les évaluations des dommages fournies par les deux parties ne représentaient pas adéquatement le TRI réel par projet, ou ne mesuraient pas correctement le tort rétroactif causé aux actionnaires de RREEF. Il encouragea donc les parties à se mettre d'accord sur le montant des dommages, faute de quoi, il indiqua qu'il nommerait un



expert de son choix pour évaluer les dommages.

*Remarques* : le tribunal était composé d'Alain Pellet (président, nommé par le président du Conseil administratif du CIRDI, de nationalité française), de Robert Volterra (nommé par les demandeurs, de nationalité canadienne) et de Pedro Nikken (nommé par le défendeur, de nationalité vénézuélienne). La décision est disponible en anglais sur [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10455\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10455_0.pdf)

**Gregg Coughlin** est étudiant international à Genève, venant de l'Université de droit de Michigan, et consultant externe auprès du programme de l'IISD pour l'investissement au service du développement durable.

## Un tribunal du CIRDI accueille l'exception d'illégalité du Panama dans la réalisation d'un investissement dans un projet touristique situé dans une zone autochtone

*Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus van Noordenne, Cornelis Willem van Noordenne, Estudios Tributarios AP S.A. et Stichting Administratiekantoor Anbadi c. la République du Panama, Affaire CIRDI n° ARB/15/14*

### Juan Carlos Herrera-Quenguan

Un groupe d'investisseurs néerlandais et costariciens a perdu une bataille juridique contre le Panama sous l'égide d'un tribunal du CIRDI. Après plus de trois ans de procédure, le tribunal a rendu sa décision infirmant sa compétence le 12 octobre 2018. L'affaire portait sur un projet touristique situé dans une zone autochtone protégée. Selon les demandeurs, le projet avait été compromis par l'opposition de la population locale et par un rapport gouvernemental, en violation du TBI Pays-Bas-Panama et de l'ALE Amérique centrale-Panama.

### Le contexte et les recours

En 2010, un groupe d'investisseurs acquit quatre fermes rustiques en vue de développer le projet d'éco-tourisme Cañaverál sur la côte caribéenne du Panama, dans la réserve autochtone protégée de Comarca Ngöbe-Buglé, créée par la loi du 7 mars 1997. Toutefois, dès le début le gouvernement panaméen avait remis en question la légalité de l'acquisition. L'autorité nationale panaméenne de gestion des terres

(*Autoridad Nacional de Administración de Tierras*) avait d'ailleurs émis un rapport le 9 juillet 2013 concluant que deux des quatre fermes se situaient en réalité en dehors de la zone de la Comarca.

La zone de la Comarca bénéficie d'un régime territorial spécial au titre duquel les communautés autochtones ont la propriété collective des terres situées dans la réserve. Aussi, la propriété par des tierces parties est limitée et ne peut être accordée que dans des circonstances spécifiques, à savoir : (i) la propriété privée des terres doit avoir existé avant la promulgation de la loi portant création de la Comarca, et (ii) les communautés de la Comarca ont un droit de préemption sur les terres ; ce n'est que si elles ne souhaitent pas acquérir les terres de la zone que des parties privées peuvent les acquérir.

Pour les demandeurs, le rapport de juillet 2013 a compromis le projet Cañaverál puisqu'il excluait de la zone deux des quatre fermes, réduisant ainsi la zone du projet de 685 à 250 hectares. En outre, ils arguaient que le rapport avait fait l'objet d'une fuite et avait créé un climat d'opposition et de critique au sein de la Comarca, ce qui avait entraîné l'occupation illégale des fermes et au final avait empêché la réalisation du projet.

Le Panama arguait que les demandeurs avaient illégalement acquis les fermes dans la zone de la Comarca par le biais de procédures de prescription acquisitive qui avait donné lieu à des sentences accordant la propriété à des tiers. Le pays alléguait que ces procédures avaient été entachées de fraude et d'irrégularités.

Le 15 mars 2015, les demandeurs lancèrent un arbitrage auprès du CIRDI. Les demandeurs néerlandais s'appuyaient sur le TBI Pays-Bas-Panama de 2000, et les demandeurs costariciens sur l'ALE Amérique centrale-Panama de 2002. Ils arguaient que le Panama (i) avait procédé à l'expropriation de leur investissement sans indemnisation, sans qu'elle ne soit fondée sur un intérêt public et contrairement à l'application régulière du droit ; (ii) ne les avait pas traité de manière juste et équitable ; et (iii) n'avait pas accordé à leur investissement la protection et la sécurité intégrales.

### Les traités contiennent une prescription de légalité

Le Panama avait présenté quatre objections liminaires : (i) l'investissement était illégal ; (ii) certains des demandeurs n'étaient pas des investisseurs protégés par les traités ; (iii) certains des investisseurs n'avaient pas démontré que leurs investissements satisfaisaient au test de *Salini* ; et (iv) à première vue, les demandeurs n'avaient pas démontré de violation des traités. Le tribunal considéra que seule la première objection méritait d'être examinée.



Le Panama arguait que l'article 2 du TBI, l'article 10.12 de l'ALE et le droit public international enchâssaient une prescription de légalité pour l'investissement. Aussi, d'après le pays, les investissements réalisés en violation des principes de bonne foi ou des mains propres, ou en vertu d'un abus de procédure ou d'un enrichissement illicite n'étaient pas protégés. À l'inverse, les demandeurs arguaient que le TBI n'imposait pas d'obligations directes sur l'investisseur, mais seulement sur l'État, et que l'ALE n'imposait aucune forme ou prescription sur l'investissement.

Le tribunal se rangea du côté des demandeurs et reconnut qu'aucun des traités n'incluait de prescription de légalité. Toutefois, il considéra que « bien qu'elle ne soit pas explicitement mentionnée dans les Traités, la prescription de légalité fait implicitement partie du concept d'investissement protégé » (para. 118).

Il conclut également que toutes les formes d'illégalité n'impliquaient pas nécessairement qu'un investissement n'était pas protégé par les traités, considérant qu'une telle conclusion serait drastique. Dans ce sens, il considéra que la protection ne devrait être refusée que lorsque son refus constituait une réponse proportionnelle au degré de gravité des violations de la loi par l'investisseur. La gravité des violations devrait être évaluée à la lumière de la pertinence de la réglementation violée et de l'intention de l'investisseur.

### Première objection liminaire : l'illégalité de l'investissement

Après avoir conclu que la prescription de légalité était pertinente en l'espèce, le tribunal s'attela à évaluer si les demandeurs avaient effectivement violé cette prescription.

Le Panama considérait l'acquisition de l'investissement comme illégale puisque les procédures de prescription acquisitive avaient été entachées de témoignages frauduleux et d'autres irrégularités. Même dans le cas où les demandeurs n'auraient pas pris part aux procédures frauduleuses, le Panama affirmait qu'ils ne pouvaient arguer être les propriétaires des fermes de bonne foi, puisqu'à plusieurs reprises, ils avaient eu connaissance d'incohérences dans les procédures judiciaires et dans l'acquisition des fermes. En outre, le Panama avait indiqué que les demandeurs n'avaient jamais réalisé de géoréférencement de la zone pour confirmer l'emplacement exact des fermes.

Le tribunal conclut que l'investissement avait été obtenu en violation grave du régime juridique applicable et donc que ni les demandeurs ni leur investissement ne pouvaient bénéficier des protections offertes par les traités et le droit international. Il

évalua l'intention des demandeurs à la lumière des « soupçons » et des irrégularités constatées dans l'acquisition, et conclut que la situation exigeait une norme plus élevée de diligence raisonnable de la part des investisseurs. Le tribunal détermina que cela était particulièrement vrai puisque l'acquisition des fermes était assujettie à un régime spécial particulièrement pertinent, qui portait création de la Comarca et prévoyait des prescriptions spécifiques essentielles qui n'avaient pas été respectées : le droit de préemption des communautés autochtones sur les terres n'avait pas été respecté. Selon le tribunal, la violation de ce régime était d'une telle gravité que la transaction dans son ensemble devait être considérée comme nulle et non avenue.

### La décision et les coûts

Au vu de l'illégalité insurmontable de l'investissement, entraînant la perte des protections offertes par les traités applicables et le droit international, le tribunal conclut qu'il n'avait pas compétence pour se prononcer sur le fond. Il ordonna à chacune des parties de payer ses propres frais, mais ordonna au Panama de payer les coûts d'inspection des sites.

*Remarques* : le tribunal était composé de Juan Fernández-Armesto (président nommé par les parties, de nationalité espagnole), d'Horacio A. Grigera Naón (nommé par les demandeurs, de nationalité argentine) et de Henri C. Álvarez (nommé par le défendeur, de nationalité canadienne). Cette décision est disponible en espagnol uniquement sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10491.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 de la CNUDCI détermine que l'Inde a violé le TBI avec l'Allemagne dans une affaire portant sur un accord de location du spectre électromagnétique

*Deutsche Telekom AG c. la République de l'Inde, Affaire CPA n° 2014-10*

#### Trishna Menon

Un tribunal de la CNUDCI rejeta les objections liminaires de l'Inde et conclut que le pays avait violé la norme TJE du TBI Inde-Allemagne dans un arbitrage sous l'égide de la CPA, lancé par Deutsche Telekom AG





(DT). La décision provisoire sur la responsabilité a été rendue du 13 décembre 2017.

### Le contexte et les recours

Un accord portant sur la location d'une partie de la bande S du spectre électromagnétique à deux satellites (l'Accord) fut conclu le 28 janvier 2005 entre Devas Multimedia Private Limited (Devas) et l'entreprise d'État indienne Antrix Corporation Limited (Antrix). Entre 2008 et 2009, la filiale singapourienne de DT en propriété exclusive, Deutsche Telekom Asia Pte Ltd (DT Asia) acquit environ 97 millions USD d'actions dans Devas, représentant 19,62 pour cent des parts.

En avril 2004, plusieurs agences gouvernementales indiennes, notamment le ministère de la Défense, l'Organisation indienne pour la recherche spatiale (OIRS) et le département de l'Espace (DEE), commençaient à discuter de la possibilité de réserver la bande S du spectre aux fins militaires et stratégiques. Lors d'une conférence de presse en février 2011, l'OIRS et le DEE annoncèrent leur décision de mettre un terme à l'Accord. Le 16 février 2011, le secrétariat du DEE envoya au Comité du cabinet sur la sécurité (CCS), la plus haute instance de décision, une note recommandant la résiliation de l'Accord. Le lendemain, sur la base de cette note, le CCE décida que « compte tenu de la politique visant à ne pas céder à Antrix de créneau orbital en bande S pour ses activités commerciales, l'Accord... prend fin immédiatement » (Décision du CCS).

Dans le cadre de l'arbitrage, lancé le 2 septembre 2013, DT arguait que l'Inde avait illégalement répudié l'Accord pour des raisons commerciales et des considérations politiques découlant de certaines allégations de corruption à l'encontre des autorités spatiales indiennes. Selon DT, la conduite de l'Inde violait les normes du TBI sur l'expropriation et le TJE.

À son tour, l'Inde argua avoir informé Antrix de la résiliation de l'Accord pour des raisons liées à ses intérêts essentiels de sécurité, et que certains problèmes liés aux critères empêchaient DT de présenter des recours à l'arbitrage : (1) le TBI ne couvre pas les investissements et les investisseurs indirects ; (2) le TBI ne protège pas les activités préinvestissements ; et (3) il contient une disposition sur les « intérêts essentiels de sécurité ».

### L'investissement indirect

Le tribunal examina ce problème par le biais de deux questions : (1) le TBI exige-t-il qu'un citoyen de l'État d'origine détienne directement les actifs concernés ?, et (2) le citoyen de l'État d'origine ne détenant pas

directement les actifs affectés par les mesures contestées peut-il alléguer des violations du TBI ?

Le tribunal détermina que la définition de « l'investissement » dans le TBI ne contenait pas d'obligation concernant la propriété directe. La disposition exige que les actifs pertinents soient « investis » sans préciser que ceux-ci doivent être investis directement. En l'absence de précision dans la disposition quant à la nature directe ou indirecte des investissements, le tribunal interpréta les termes « investissement » et « investis » conformément à l'article 31(1) CVDT, en tenant compte du sens ordinaire, du contexte et du but et de l'objet du traité. Il s'appuya également sur les affaires *Guaracachi c. la Bolivie* et *Siemens c. l'Argentine*, qui conclurent qu'une définition sans réserve de « l'investissement » inclue les investissements indirects par l'acquisition de parts.

Le tribunal s'intéressa également à la définition de « l'investisseur ». Pour être considéré comme un investisseur, un citoyen ou une entreprise de l'État d'origine doit, d'abord, « avoir réalisé » ou être en train de « réaliser » un investissement, et, ensuite, cet investissement doit se trouver dans le territoire de l'État hôte. Le tribunal s'appuya sur l'affaire *CEMEX c. le Venezuela* pour affirmer que les tribunaux d'investissement ont toujours refusé d'interpréter la référence au territoire de l'État d'accueil comme une prescription de propriété directe des actifs constitutifs de l'investissement.

D'après le tribunal, l'argument de l'Inde selon lequel la définition de « l'investissement » donne aux actionnaires directs la possibilité de présenter un recours en expropriation, et exclut donc les actionnaires indirects d'une telle possibilité, n'est pas soutenu par le libellé du TBI. Les arbitres soulignèrent que DT ne s'était pas présenté comme la bénéficiaire des protections dues à ses filiales ; au contraire elle réclamait les pertes qu'elle avait elle-même subi suite aux supposées violations du TBI par l'Inde. Aussi, le tribunal conclut que le TBI ne pouvait être interprété comme restreignant le droit des actionnaires à présenter un recours pour leur propre compte.

### Les activités préinvestissements

L'Inde affirmait que les activités de DT en Inde étaient encore en phase préinvestissement, puisque DT n'avait pas obtenu les approbations gouvernementales requises, notamment la licence de Planification et de coordination hertzienne (PCH), et que les parts de Devas n'étaient pas un investissement pertinent, puisque l'Inde ne les avait pas expropriées, ni empêché les actionnaires de gérer l'entreprise.



Si le tribunal convint que les parts dans Devas ne devaient pas nécessairement être vues comme un investissement indépendant des activités de l'entreprise, il considéra que DT avait contribué à l'obtention des parts indirectes dans Devas par d'importantes ressources financières, et que ces contributions en fonds propres étaient des investissements protégés au titre de l'article 1(b)(ii) du TBI. Le tribunal détermina que si Devas n'avait pas obtenu la licence PCH, la définition de « l'investissement » dans le TBI ne pouvait être restreinte aux entreprises en activité détenant toutes les autorisations pertinentes pour mener à bien leurs activités.

### Les intérêts essentiels de sécurité

Le tribunal détermina en premier lieu que l'article 12 du TBI, qui contient la disposition relative aux intérêts essentiels de sécurité, doit être interprété indépendamment, sans y inclure d'exigences du droit international coutumier relatives à la défense fondée sur l'état de nécessité et qui n'existent pas dans le texte du traité. Il ne considérait pas que l'article 12 se limitait aux situations d'urgence, ou que l'État devait prouver qu'une mesure était la « seule » disponible, ou que la mesure n'avait pas contribué à la situation de nécessité.

L'article 12 prévoit les conditions suivantes : (1) une partie contractante doit appliquer une interdiction ou une restriction, (2) pour la protection des « intérêts essentiels de sécurité » de l'État, et (3) « dans la mesure nécessaire pour » une telle protection.

La décision du CCS déterminait que l'Inde n'était pas en mesure de céder un créneau de la bande S du spectre électromagnétique à Antrix à des fins commerciales, et donc que l'Accord devait être annulé. Aussi, s'agissant de la première condition, le tribunal fut d'avis que la mesure contestée était une interdiction et une restriction.

Le tribunal remarqua que si le CCS avait récupéré la bande S attribuée à Devas-Antrix, rien n'indiquait que le CCS l'avait alloué à des fins militaires ou l'avait réservé pour les intérêts de sécurité. Il remarqua également que la mention de besoins « stratégiques » et « sociétaux » est récurrente dans la majorité des documents ayant donné lieu à la Décision du CCS, et ces besoins sont presque invariablement présentés conjointement. Si les soi-disant « besoins stratégiques » mis en avant par les forces armées, ainsi que les intérêts nationaux de sécurité mis en avant par les agences internes de sécurité, pourraient remplir la deuxième condition relative aux intérêts essentiels de sécurité, le tribunal conclut qu'aucune interprétation raisonnable

de l'article 12 du TBI ne pourrait inclure les autres « intérêts sociétaux » tels que le suivi des trains, la gestion des catastrophes, la télé-éducation, la télésanté et les communications rurales, sans fausser le sens ordinaire de l'expression « intérêts essentiels de sécurité ».

Selon le tribunal, pour invoquer avec succès l'article 12, il faut pouvoir démontrer l'existence d'une gamme d'intérêts plus restreinte, ce que l'Inde n'a pas fait.

### Violation de la norme TJE ; les autres recours sont rejetés

Le tribunal détermina que la décision d'annuler l'Accord était arbitraire et injustifiée, puisqu'elle n'était manifestement pas fondée sur des faits mais sur des allégations dénuées de fondement, et résultait d'un processus faussé. Il conclut que la résiliation précipitée de l'Accord, qui entraîna toutes les actions subséquentes, suite à des articles de presse faisant état de corruption, avait été prise sans aucune preuve documentaire, fondement solide ou trace. En outre, le tribunal conclut que les faits survenus après la résiliation corroboraient la conclusion selon laquelle il n'existait aucun besoin militaire qui soit incompatible avec l'Accord.

Même s'il existait des preuves de besoins militaires ou sociétaux incompatibles avec l'Accord, le tribunal considéra que l'Inde auraient dû soulever les problèmes identifiés dans l'Accord avec Devas ou DT. Il considéra que Devas ou DT n'avaient eu, à aucun moment après que l'Inde ait conclu que l'Accord devait être annulé, la possibilité d'expliquer, d'aborder ou de répondre aux préoccupations soulevées. Aussi, il considéra que la conduite de l'Inde violait la norme du TJE à plusieurs égards.

S'agissant des recours fondés sur l'expropriation et la protection et la sécurité intégrales, le tribunal choisit de s'abstenir de les examiner, dans un souci d'économie judiciaire, puisque leur conclusion ne changerait pas les résultats du différend s'agissant de la quantification des dommages.

### La décision et les coûts

Le tribunal détermina qu'il avait compétence sur l'affaire et que l'Inde avait violé la norme TJE au titre de l'article 3(2) du TBI. Il prendra les mesures nécessaires pour déterminer le quantum et conclure la procédure.

L'Inde a contesté la décision provisoire auprès du Tribunal fédéral suisse, la cour de supervision de l'arbitrage, arguant que le tribunal n'avait pas compétence sur l'affaire pour les mêmes trois raisons que celles invoquées plus tôt. Dans une décision du



11 décembre 2018, le Tribunal fédéral rejetait ces arguments ainsi que la demande en annulation de l'Inde par une majorité de trois voix contre deux.

*Remarques* : le tribunal était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (présidente, de nationalité suisse), de Daniel M. Price (nommé par le demandeur, de nationalité étasunienne) et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/2275>

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

## Un tribunal de la CCS déclare la Pologne coupable d'expropriation après qu'elle ait ordonné à une banque luxembourgeoise de céder ses parts

*PL Holdings Sàrl c. la République de Pologne (Affaire CCS n° V2014/163)*

**Gladwin Issac**

Dans sa décision finale du 28 septembre 2017, un tribunal de la CCS ordonnait à la Pologne de verser 176 millions EUR à une société d'investissement privée basée au Luxembourg, après avoir conclu que la cession forcée de la participation de la société dans une banque équivalait à une expropriation au titre du TBI Luxembourg-Pologne. Le tribunal conclut notamment que bien que le demandeur n'avait pas été privé de son investissement, les restrictions imposées par l'autorité bancaire polonaise limitaient gravement certains droits faisant partie de l'investissement, privant donc le « demandeur de la pleine jouissance de ses droits de propriété au point de constituer une expropriation » (para. 320, Décision partielle).

### Le contexte et les recours

Capital PL Holdings S.a.r.l., entité basée au Luxembourg et filiale en propriété exclusive d'Abris CEE Mid-Market Fund L.P. (Abris), avait investi dans deux banques polonaises qui furent ensuite fusionnées pour donner naissance à FM Bank PBP (la banque), devenant ainsi actionnaire à 99,5 pour cent.

Suite à la fusion, KNF, l'autorité bancaire polonaise, avait lancé une série de mesures signalant certaines irrégularités dans la gestion. En avril 2014, KNF émit

un ordre suspendant l'exercice du droit de vote du demandeur, et exigeant qu'il vende l'intégralité de sa participation dans la banque avant le 31 décembre. Bien que KNF eut rétracté l'ordre en juillet 2014, la restriction relative au droit de vote resta en vigueur. De plus, KNF lança une procédure contre le demandeur en vue d'imposer de nouveau la vente forcée de ses parts. En novembre 2014, KNF émit un troisième ordre exigeant du demandeur qu'il vende l'intégralité de ses parts avant le 30 avril 2015.

Malgré le fait qu'elle avait assuré au demandeur qu'elle réexaminerait le troisième ordre, KNF reporta la date butoir du réexamen à plusieurs reprises, laissant au demandeur un temps limité pour procéder à la vente de ses parts et éviter ainsi des sanctions administratives. Le 26 novembre 2014, le demandeur déposa une demande d'arbitrage, alléguant que les mesures adoptées par KNF équivalaient à une expropriation de son investissement sans indemnisation, en violation du TBI.

**Le tribunal rejette les objections de la Pologne à la compétence, y compris l'objection intra-UE**

La Pologne avait présenté deux objections tardives à la compétence du tribunal. Elle arguait d'abord que bien que le demandeur fût basé au Luxembourg, l'investisseur effectif était Abris, enregistrée à Jersey. Aussi, d'après la Pologne, « le demandeur était un simple 'outil' par le biais duquel Abris avait réalisé son propre investissement en Pologne et le contrôlait » (para. 273 à 275, 296, Décision partielle).

Ensuite, s'appuyant sur les articles 30 et 59 CVDT, la Pologne affirmait que les dispositions du règlement des différends du TBI étaient incompatibles avec le droit européen, et qu'après l'accession de la Pologne à l'UE, son traitement d'un investisseur d'un autre État membre de l'UE (en l'espèce le Luxembourg) était régi exclusivement par le droit européen et ne pouvait être contesté que dans les cours de l'UE ou de ses États membres (para. 302, Décision partielle). De plus, d'après la Pologne, l'article 344 TFUE donnait l'autorité exclusive de trancher le différend aux autorités judiciaires européennes.

Le tribunal décida d'examiner les objections malgré leur présentation tardive, mais les rejeta toutes deux, notant que la Pologne n'avait présenté aucun élément contredisant l'affirmation du demandeur quant à son statut d'investisseur au titre du TBI.

S'agissant de l'objection intra-UE, le tribunal, s'appuyant sur l'affaire *RREF c. l'Espagne*, affirma que « le traité sur lequel le tribunal se fonde représente à



toutes fins pratiques la ‘constitution’ du tribunal, et c’est de cet instrument, et seulement de cet instrument que dépend l’autorité du tribunal » (para. 309, Décision partielle). Il conclut que ni l’article 30, ni l’article 59 de la CVDT n’annulait le TBI et donc n’infirmait l’autorité du tribunal de trancher le différend. Il conclut en outre que l’article 344 TFUE ne s’appliquait pas en l’espèce puisque le différend opposait l’investisseur d’un État membre de l’UE à un autre État membre, et non pas deux États membres de l’UE tel qu’envisagé au titre du TFUE.

### Les mesures de la Pologne ont entraîné la privation de certains droits découlant de l’investissement, équivalant à une expropriation indirecte

Le demandeur arguait que les mesures prises par KNF l’avait privé de son droit de vote pendant près de 18 mois, dès avril 2015 jusqu’à ce qu’il soit forcé de vendre ses parts, et qu’il avait ainsi perdu des bénéfices raisonnablement anticipés. Selon lui, les deux ordres le privant de son droit de vote et l’obligeant à vendre ses parts ne satisfaisaient pas aux critères de l’expropriation licite au titre de l’article 4(1) du TBI. La Pologne rétorqua qu’elle avait tout à fait le droit de réglementer certains secteurs, sans que cela ne constitue une violation du TBI.

Dans son analyse, le tribunal observa que le demandeur n’avait techniquement pas été privé de son investissement, mais plutôt de certains droits en faisant partie, à savoir le droit de vote et le droit de disposer de son investissement comme bon lui semblait. Il se rangea du côté du demandeur sur le point que les mesures de KNF limitaient gravement ces droits, privant ainsi le demandeur de la pleine jouissance de ses droits de propriété au point de constituer une expropriation au sens du TBI.

### Les mesures de la Pologne violent le principe de proportionnalité

Le demandeur ajouta que KNF ne pouvait justifier les mesures prises comme étant des réglementations de bonne foi, car elles étaient arbitraires, inappropriées et disproportionnées. Bien que le tribunal ne se prononça pas sur le droit applicable au principe de proportionnalité, il appliqua un test à trois volets pour examiner si les mesures (a) étaient appropriées pour réaliser l’objectif public légitime de KNF ; (b) étaient nécessaires à la réalisation de cet objectif, dans le sens où aucune autre mesure moins lourde n’était suffisante, et (c) n’étaient pas excessive dans le sens où ses avantages compensaient ses inconvénients.

S’agissant du premier volet du test, bien que le tribunal fût convaincu que les mesures de KNF avaient été mises en œuvre pour réaliser un intérêt public légitime important, il considéra qu’elles n’étaient pas nécessairement appropriées. Selon lui, le fait que les irrégularités de gestion et les changements apportés au comité de direction n’avaient pas été portés à l’attention de KNF ne suffisait pas à justifier les mesures, notamment puisque la situation économique et financière de la banque était stable et ne présentait aucun risque pour les dépôts des clients, et que chacune des irrégularités signalées à la banque par KNF avait été rapidement corrigée. Il ajouta que les mesures drastiques imposées par KNF étaient non seulement inutiles et injustifiées, mais aussi contreproductives en soi, concluant ainsi que le troisième volet du test était satisfait : les mesures étaient généralement excessives, puisque la situation à laquelle KNF faisait face n’était pas critique au point de les justifier.

### L’ordre par la Pologne de vendre les parts violait les droits procéduraux du demandeur

En plus du recours fondé sur l’expropriation, le demandeur alléguait que, par le biais de ces mesures, KNF avait violé ses droits procéduraux, notamment en reportant à plusieurs reprises la date butoir du réexamen du troisième ordre jusqu’à ce que le demandeur soit tenu de vendre ses parts, privant donc effectivement le demandeur de son droit de faire appel et de la protection judiciaire en découlant. La Pologne affirmait quant à elle que le troisième ordre se contentait d’ordonner au demandeur de « se défaire de » ses parts (et non pas de les « vendre »), et que le demandeur avait finalement vendu ses parts de son plein gré, alors que la conclusion du réexamen était en attente.

Toutefois, le tribunal conclut que l’argument de la Pologne était indéfendable puisque la manière la plus évidente de se défaire de parts est de les vendre. En outre, il observa que KNF avait commis la « plus flagrante irrégularité procédurale » (para. 408, Décision partielle) en reportant sa décision de réexaminer le troisième et dernier ordre, empêchant ainsi le demandeur d’exercer son droit fondamental d’accéder à la justice pour obtenir réparation.

### La décision et les coûts

Le tribunal conclut que la Pologne avait violé l’article 4(1) du TBI en expropriant la participation des demandeurs dans la banque par le biais de restrictions : la suspension de son droit de vote et la vente forcée de ses parts.





Dans sa décision partielle du 28 juin 2017, le tribunal déterminait la formule, ainsi que la date de l'évaluation, permettant d'établir la valeur des actifs et le montant des dommages, sur la base desquels les experts ont adopté un modèle financier agréé.

Dans sa décision finale, le tribunal adopta le rapport conjoint des experts, ordonnant à la Pologne de verser au demandeur des dommages de 653 639 384 PLN (176 millions EUR), ainsi que des intérêts pré- et post-décision fixés au titre de la loi polonaise sur les dettes. Il ordonna également au pays de payer 3,5 millions EUR au demandeur au titre des frais juridiques, et divisa en deux parts égales les coûts de l'arbitrage.

*Remarques* : le tribunal était composé de George A. Bermann (président, nommé par la CCS, de nationalité étasunienne), de Julian D. M. Lew (nommé par le demandeur, de nationalité britannique), et de Michael E. Schneider (nommé par le défendeur, de nationalité allemande). La décision partielle est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9378.pdf> et la décision finale sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10467.pdf>

**Gladwin Issac** est diplômé de l'Université nationale de droit de Gujarat, en Inde.

## Le recours fondé sur les attentes légitimes des investisseurs contre l'Italie est rejeté en l'absence d'engagements spécifiques

*Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier et Michael Stein c. la République d'Italie, Affaire CIRDI n° ARB/14/3*  
**Xiaoxia Lin**

Le 27 décembre 2016, un tribunal du CIRDI constitué au titre du TCE rendit sa décision, rejetant tous les recours des trois investisseurs. Notons qu'il s'agit de la première décision dans un arbitrage des investissements contre l'Italie découlant des réformes du secteur de l'énergie solaire menées par le pays.

### Le contexte et les recours

Les demandeurs étaient Blusun S.A., une société de portefeuille enregistrée en Belgique, et ses actionnaires,

Jean-Pierre Lecorcier, un Français, et Michael Stein, un Allemand. Blusun fut créée en 2009 pour mener un projet de production d'électricité de 120 MW dans la région de Puglia, en Italie, par le biais de deux filiales italiennes, Eskosol et SIB. Au moment de réaliser leur investissement dans le projet, les demandeurs s'appuyèrent sur le Décret législatif 387/2003 promulgué en janvier 2004 – l'une des principales sources juridiques – qui établissait une procédure d'autorisation simplifiée pour la construction de centrales électriques utilisant des énergies renouvelables.

Les demandeurs contestaient une série de mesures adoptées par les autorités italiennes entre 2010 et 2012, notamment une décision de 2010 de la Cour constitutionnelle, considérant les dispositions du Décret législatif 387/2003 comme contraires à la constitution ; le Décret de Romani de mars 2011, qui limitait l'application des tarifs de rachat garantis applicables à cette période de temps ; et le Quatrième plan énergétique d'avril 2011, apportant d'autres modifications aux tarifs de rachat garantis. Les demandeurs affirmaient que les mesures réglementaires adoptées par l'Italie et ses décisions judiciaires violaient la norme TJE de l'article 10(1) du TCE et avaient des effets équivalant à une nationalisation ou une expropriation au titre de l'article 13(1) du TCE.

### Le tribunal rejette les objections à la compétence

L'Italie s'opposait à la compétence du tribunal, considérant que les demandeurs n'avaient pas d'investissement protégé : selon le pays, le projet n'équivalait pas à un investissement et ne pouvait être considéré que comme une activité préinvestissement.

En plus de remarquer que la construction des centrales solaires avait débuté, le tribunal souligna que l'on ne pouvait parler d'un simple projet théorique de nature spéculative une fois que « des mesures substantielles de mise en œuvre, notamment par la prise de risques financiers » avaient été prises (para. 269).

L'Italie argua également que les recours étaient irrecevables puisque les demandeurs n'avaient pas les mains propres, car ils n'avaient pas mené d'évaluation de l'impact environnemental (EIE) de leur projet. Le tribunal rejeta cet argument puisque le TCE n'exige pas des investisseurs qu'ils réalisent une EIE avant tout projet envisagé. Le tribunal remarqua également que si la loi italienne exigeait des grandes centrales solaires qu'elles mènent un examen préliminaire au terme duquel une EIE pouvait être exigée, elle n'exige pas d'EIE pour les petites centrales électriques solaires.



Selon le tribunal, puisque le projet s'inscrit dans un ensemble, il y avait une incertitude quant à l'applicabilité de l'examen préliminaire (para. 276). Le tribunal remarqua qu'aucun examen préliminaire ne semblait avoir été exigé des centrales individuelles, et qu'au moment où Eskosol avait acquis les 12 entreprises de développement, il était trop tard pour une EIE.

La Commission européenne présenta un mémoire d'*amicus curiae*, s'opposant à la compétence du tribunal sur le différend intra-UE. Tout d'abord, le tribunal indiqua que le texte du TCE n'excluait pas les différends entre États membres de l'UE, et que les États membres de l'UE avaient compétence pour contracter des obligations réciproques dans le cadre du traité. S'appuyant sur une série de décisions arbitrales rejetant unanimement les objections à la compétence fondées sur les différends intra-UE, le tribunal conclut qu'il n'y avait pas d'incompatibilité entre le TFUE et le TCE, puisque les obligations entre États membres de l'UE au titre du TCE n'avaient pas été modifiées ou supplantées par une loi ultérieure de l'UE.

### Le tribunal désapprouve le recours fondé sur l'instabilité juridique

Le tribunal interpréta tout d'abord l'engagement fixé dans les première et deuxième phrases de l'article 10(1) du TCE. Il suggéra que l'obligation de créer des conditions stables incluse dans la première phrase fait partie de la norme TJE qui, comme l'avaient indiqué plusieurs tribunaux, est l'engagement clé au titre de l'article 10(1), en vertu de la deuxième phrase. Le tribunal n'était pas d'accord avec les critères suggérés dans l'affaire *Charanne c. l'Espagne*, c'est-à-dire « l'intérêt public » et « le caractère déraisonnable », les considérant largement indéterminés ; il accepta toutefois le critère de « la disproportionnalité », considérant qu'il incluait des limitations inhérentes et qu'il était plus défini.

À l'heure d'analyser les supposées mesures ayant donné lieu à l'instabilité, le tribunal examina chacune des actions de l'État contestées par les investisseurs, et conclut qu'aucune d'entre elles ne constituait une violation de l'article 10(1). D'abord, s'agissant de la décision de 2010 de la Cour constitutionnelle italienne, le tribunal détermina que si cette décision avait pu initialement contribuer à une incertitude des marchés, elle ne créait aucun doute quant au régime juridique applicable. Selon lui, en réalisant leur investissement malgré la décision constitutionnelle en attente, les demandeurs avaient assumé ce risque de leur plein gré.

Ensuite, le tribunal détermina que si la réduction des tarifs de rachat garantis introduite par le Décret Romani et le Quatrième plan énergétique était substantielle, elle était une réponse à une nécessité fiscale réelle et n'était pas en soi paralysante ou invalidante. Il conclut donc que les mesures en question n'étaient pas disproportionnées.

Finalement, s'agissant de l'ordre de cessation des travaux, « le dernier coup porté au projet » comme le prétendaient les demandeurs (para. 351), le tribunal considéra que cet ordre ne créait pas d'instabilité juridique puisqu'il était de nature temporaire, juridiquement fondé et relevait de l'application régulière du droit. En outre, l'ordre n'était ni arbitraire ni discriminatoire, mais relevait plutôt « de l'éventail de risques juridiques d'une entreprise industrielle, notamment s'agissant d'une entreprise fondée sur des bases réglementaires contestables » (para. 360).

### Rejet du recours fondé sur les attentes légitimes en l'absence de représentations spécifiques

Les investisseurs alléguèrent que plusieurs déclarations de l'Italie, sur lesquelles ils avaient fondé leur investissement, avaient donné naissance à des attentes légitimes qui avaient été frustrées par les législations postérieures adoptées par l'Italie (para. 165 à 168). Le principal argument de l'Italie reposait sur l'absence de lien causal entre la conduite de l'État et l'échec du projet.

Le tribunal adopta le point de vue des affaires *Charanne c. l'Espagne*, *El Paso c. l'Argentine* et *Philip Morris c. l'Uruguay*, dans lesquelles les tribunaux avaient fait une distinction entre une loi, et une promesse ou un engagement contractuel, et s'étaient abstenus de « sanctifier des lois comme étant des promesses » (para. 367 à 371). Le tribunal souligna qu'en l'absence d'engagement spécifique, l'État n'avait aucune obligation d'octroyer des subventions, telles que des tarifs de rachat garantis, ou de ne pas les modifier après octroi. Il ajouta cependant une exception à cette règle, précisant qu'une telle modification devrait être réalisée de manière qui « ne soit pas disproportionnée par rapport à l'objet de l'amendement législatif, en tenant dûment compte des intérêts raisonnables des bénéficiaires qui auraient pu engager d'importantes ressources sur la base du régime antérieur » (para. 319, 372).

Le tribunal considéra qu'en l'espèce, les attentes légitimes étaient moindres. Selon lui, l'Italie ne s'était pas spécifiquement engagée à étendre et maintenir la validité des tarifs de rachat garantis, ou à ne pas modifier les lois pertinentes.



## Le tribunal rejette le recours fondé sur l'expropriation

Les demandeurs arguaient que les mesures promulguées par l'Italie avaient eu des effets équivalant à une nationalisation ou une expropriation, entraînant la perte totale de la valeur de l'investissement. Ils arguaient que le site ne pouvait plus être utilisé aux fins du projet, et que les sous-stations étaient déconnectées et inutiles.

Le tribunal remarqua que les lois adoptées par l'Italie avaient profondément modifié, de manière non-discriminatoire, les conditions fixées par la législation précédente relative à l'énergie verte. Le projet des demandeurs, comme le remarqua le tribunal, était « totalement inachevé » et n'aurait donc jamais « pu bénéficier des tarifs de rachat garantis » (para. 401). Le tribunal conclut donc que la valeur originale du site n'avait pas été compromise par l'échec du projet et que l'argument des investisseurs aurait été recevable si le projet parachevé avait déjà droit aux tarifs de rachat garantis.

Compte tenu du raisonnement précédent, le tribunal rejeta tous les recours des demandeurs sur le fond. Il ordonna à l'Italie de verser 29 410,69 USD aux demandeurs, représentant sa part des coûts de la procédure.

*Remarques* : le tribunal était composé de James Crawford (président nommé par les parties, de nationalité australienne), de Stanimir Alexandrov (nommé par les demandeurs, de nationalité bulgare) et de Pierre-Marie Dupuy (nommé par le défendeur, de nationalité française). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8967.pdf>

**Xiaoxia Lin** est une ancienne étudiante de programme IFD Fellowship de l'Université de New York, et contribue au Programme de l'IISD sur l'investissement au service du développement durable.

## Un tribunal du CIRDI constitué au titre d'une clause NPF reconnaît le Turkménistan coupable de violation du TJE pour avoir exigé des investisseurs la production d'un *smeta*, l'estimation des coûts exigée par la loi turkmène

*Garanti Koza LLP c. le Turkménistan, Affaire CIRDI n° ARB/11/20*

**Ksenia Koroteeva**

Le 19 décembre 2016, un tribunal du CIRDI ordonna au Turkménistan de verser une indemnisation à Garanti Koza, une entreprise britannique contrôlée par des citoyens turcs, pour déni de TJE.

### Le contexte et les recours

En 2007, Garanti Koza se vit octroyé un contrat pour la construction de 28 ponts, sur les 119 devant être construits le long d'une autoroute reliant les villes de Mary et Turkmenabad, pour un montant total de 100 millions USD. La conclusion du contrat entre l'entreprise d'État turkmène Turkmenavtoyollary (TAY) et Garanti Koza fut approuvée par le décret présidentiel n° 9429.

Le contrat et le décret exigeaient tous deux de Garanti Koza qu'elle paracheve les travaux en octobre 2008. Les travaux sur les sites des ponts devaient commencer le 1<sup>er</sup> mai 2008, mais commencèrent en réalité le 25 juillet 2008. Garanti Koza justifia ce retard par le refus de TAY de payer certaines factures.

TAY argua que la demande de paiement de Garanti Koza fut rejetée non pas du fait des retards dans la réalisation du projet, mais du fait de l'absence de *smeta*, un document présentant une estimation approximative des dépenses, assez commun dans les anciens pays soviétiques. Bien que le contrat ne mentionnait pas le *smeta*, le Turkménistan argua que le contrat était régi par la loi turkmène, qui exigeait de Garanti Koza de présenter un *smeta* dans tous les cas.

En 2010, TAY mis fin au contrat et demanda au Procureur général du Turkménistan d'engager des poursuites contre Garanti Koza sous l'égide de la Cour *arbitrazh* (commerciale) du Turkménistan, le forum figurant dans le contrat. Le lendemain, la cour adopta un ordre de saisie-arrêt des actifs de Garanti Koza, mesure provisoire garantissant à TAY les montants lui étant dus par Garanti Koza.

Garanti Koza lança un arbitrage auprès du CIRDI en 2011, contestant la compatibilité de ces mesures avec le



TBI Royaume-Uni-Turkménistan de 1995. Elle alléguait que les mesures adoptées par le Turkménistan violaient, entre autres, les normes de l'expropriation, du TJE et de la protection et la sécurité intégrales (PSI) au titre du TBI.

### La compétence : le tribunal importe le consentement à l'arbitrage du CIRDI par le biais de la clause NPF

L'article 8(2) du TBI identifie trois règlements d'arbitrage au titre desquels un investisseur et le Turkménistan *pourraient convenir* conjointement de soumettre un différend : celui du CIRDI, de la CCI ou de la CNUDCI. L'article 8(2) affirme également que, s'« il n'y a pas d'accord quant à l'une des procédures alternatives proposées précédemment », le différend *devra* être soumis par l'investisseur au règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Le Turkménistan argua qu'il n'avait jamais consenti à soumettre le différend avec Garanti Koza à un arbitrage auprès du CIRDI et, donc que le tribunal du CIRDI n'avait pas compétence sur le différend ; ce dernier pouvait uniquement être soumis à un tribunal de la CNUDCI. En outre, au titre de la Convention du CIRDI, le consentement du Turkménistan à l'arbitrage auprès du CIRDI doit être formulé par écrit, hors il était manifestement absent du différend avec Garanti Koza.

Garanti Koza argua que le consentement du Turkménistan à soumettre le différend à l'arbitrage du CIRDI pouvait être créé au moyen de la clause NPF du TBI. Puisque d'autres investisseurs, par exemple des investisseurs suisses au titre du TBI Suisse-Turkménistan, pouvaient choisir de soumettre leurs différends au CIRDI, Garanti Koza prétendait qu'elle devait avoir la même possibilité.

La majorité du tribunal affirma sa compétence sur le différend, puisque le Turkménistan :

1. Avait consenti au titre du TBI Royaume-Uni-Turkménistan, à soumettre les différends relatifs aux investissements à l'*arbitrage international*,
2. Avait promis d'accorder aux investisseurs britanniques et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs d'autres États ou à leurs investissements,
3. Avait indiqué expressément que le traitement NPF « s'appliquera » à la disposition portant sur le règlement des différends du TBI,
4. Accordait aux investisseurs de pays tiers, notamment la Suisse, toute liberté de choisir entre l'arbitrage auprès du CIRDI et l'arbitrage auprès

de la CNUDCI.

L'arbitre Laurence Boisson de Chazournes émit une opinion divergente, affirmant que le consentement ne peut « être *importé* d'un traité à un autre » (p. 22). Elle considérait qu'aux fins de déterminer la compétence du tribunal, il fallait avant tout analyser « si le consentement à l'arbitrage du CIRDI est établi ou non au titre du TBI Royaume-Uni-Turkménistan » (p. 22). Elle arguait que dans le cadre du différend avec Garanti Koza, il n'y avait pas de consentement à l'arbitrage auprès du CIRDI.

### Définition de l'investissement : le test de *Salini* ne s'applique pas à l'arbitrage du CIRDI

Le Turkménistan contestait également l'existence d'un investissement. S'appuyant sur le test de l'affaire *Salini*, l'État arguait que Garanti Koza ne respectait pas les éléments du risque, de la durée et de la contribution.

Garanti Koza remet en question l'application du test de *Salini* dans le contexte du CIRDI. Il arguait alternativement que le tribunal devait suivre les affaires du CIRDI qui considéraient ce test comme un ensemble de caractéristiques flexibles et libérales. Dans tous les cas, Garanti Koza affirmait que son investissement respectait les critères du test de *Salini*.

Le tribunal souligna que l'article 1(a) du TBI définit « l'investissement » comme « tout type d'actif » et présente une liste illustrative non exhaustive des types d'actif. Il conclut que Garanti Koza avait négocié un contrat portant sur la construction de ponts au Turkménistan, avait investi des ressources dans le pays, et avait effectivement construit plusieurs ponts ; aussi, il considéra que les activités de l'entreprise étaient bel et bien un investissement.

Point important, le tribunal refusa d'appliquer le test de *Salini*. Selon lui, le terme « investissement » tel qu'utilisé par la Convention du CIRDI fait référence à la définition de l'investissement dans le TBI applicable. Il conclut donc qu'en satisfaisant à la définition de l'investissement du TBI Royaume-Uni-Turkménistan, l'investissement de Garanti Koza satisfaisait à la définition de l'investissement de la Convention du CIRDI.

### Existence d'un investisseur protégé : le lieu d'enregistrement est l'élément le plus important

Le Turkménistan argua également que Garanti Koza n'était pas un investisseur britannique. Il argua que l'entreprise n'entreprenait rien de son propre chef ; au contraire, la soumission avait été présentée et l'appel d'offre remporté uniquement grâce à la réputation et à l'expérience de Garanti Koza İnşaat (GKI),





l'entreprise-mère turque. Les directeurs de Garanti Koza ne se présentaient pas comme des représentants de l'entreprise britannique inconnue, mais plutôt comme représentants de GKI, une entreprise de construction turque bien connue et expérimentée.

Garanti Koza argua que c'était elle, et non GKI, qui avait réalisé l'investissement au Turkménistan. Elle s'appuyait entre autres sur le fait que le contrat avait été conclu entre le Turkménistan et Garanti Koza, et approuvé par plus de neuf agences gouvernementales turkmènes.

Le tribunal conclut que le TBI ne contenait pas de définition spécifique de « l'investisseur », mais que ses dispositions de fonds protégeaient « les investissements de citoyens ou d'entreprises de l'autre partie contractante ». Selon lui, Garanti Koza satisfaisait au seul critère du TBI lui permettant d'obtenir la protection du traité pour son investissement, à savoir, l'entreprise avait été enregistrée au Royaume-Uni.

#### Un débat sans fin : les recours au titre du traité et au titre du contrat

Le Turkménistan affirmait également que le CIRDI n'était pas le forum approprié pour le règlement d'un différend purement contractuel, et que ce dernier devait être soumis à la Cour *arbitrazh* (commerciale) turkmène, choisie par les parties au contrat.

Toutefois, le tribunal convint avec Garanti Koza que le CIRDI était le forum approprié, puisque le fondement juridique de la requête découlait des dispositions du TBI, plutôt que du contrat. Le tribunal approuva également l'effet « élévatoire » des clauses parapluie, appliquant leur sens ordinaire conformément à l'article 31 CVDT.

#### L'expropriation : les mesures du Turkménistan relèvent de la procédure juridique du droit national

Garanti Koza prétendait que les mesures adoptées par le Turkménistan constituaient une expropriation directe et indirecte. Elle proposait là encore d'importer une prescription supplémentaire de l'expropriation licite de l'article 5 du TBI France-Turkménistan, à savoir que l'expropriation ne pouvait être contraire à un engagement spécifique de l'État d'accueil.

Le tribunal refusa toutefois une telle proposition ainsi que le recours de Garanti Koza fondé sur l'expropriation. Il conclut que la résiliation du contrat et la saisie de l'usine et des équipements de Garanti Koza relevait de la procédure juridique normale au titre du droit turkmène, puisque Garanti Koza n'avait pas respecté ses engagements au titre du contrat.

Le tribunal détermina que le fait que le pays insiste pour que les factures de Garanti Koza soient conformes au *smeta* violait l'obligation TJE du Turkménistan. Il souligna que cela avait forcé l'entreprise à choisir de présenter des factures correctes, et au final recevoir une indemnisation moindre que ce qu'elle avait négocié, ou bien de manipuler ses factures pour recevoir l'indemnisation intégrale que TAY avait accepté de payer. Le tribunal considéra que l'usage des pouvoirs gouvernementaux dans le but de placer l'investisseur dans une telle situation était profondément injuste et équivalait donc à une violation du TJE.

Le tribunal refusa d'examiner le recours fondé sur la protection et sécurité intégrales (PSI), considérant qu'il recouvrait le recours de Garanti Koza fondé sur le TJE. Il rejeta également les recours de l'entreprise fondés sur la résiliation du contrat, sur la perte de l'usine et des équipements, ainsi que sur les pénalités fiscales imposées par le Turkménistan.

#### Les coûts et les dommages

Le tribunal accorda à l'investisseur des dommages de 2 529 000 USD du fait de l'exigence du *smeta* par le Turkménistan. Il remarqua que, bien que Garanti Koza avait eu gain de cause dans l'arbitrage, elle n'avait reçu qu'environ cinq pour cent de l'indemnisation qu'elle réclamait ; aussi, le tribunal rejeta la demande de Garanti Koza portant sur le remboursement de ses frais et dépenses juridiques. Il ordonna à chacune des parties de payer ses propres frais juridiques.

*Remarques* : le tribunal était composé de John M. Townsen (président nommé par le Président du conseil administratif du CIRDI, de nationalité étasunienne), de George Lambrou (nommé par le demandeur, de nationalité grecque, résidant au Royaume-Uni) et de Laurence Boisson de Chazournes (nommée par le défendeur, de nationalité franco-suisse). La décision sur l'objection à la compétence fondée sur l'absence de consentement, la décision finale et l'opinion divergente de l'arbitre Boisson de Chazournes sont disponibles sur [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8189\\_12.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8189_12.pdf)

**Ksenia Koroteeva** suit actuellement un Master en droit sur le règlement international des différends à Genève. Elle travaillait auparavant comme conseillère juridique et secrétaire du tribunal auprès du Centre russe d'arbitrage.



## RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

### RESSOURCES

#### Les initiatives canadiennes contre les actes de corruption réalisés par des investisseurs étrangers

De Matthew A. J. Levine, publié par IISD, juin 2019

Ce rapport s'appuie sur le constat généralisé que la corruption, et en particulier le versement de pots-de-vin, représente une grave menace pour le développement durable. Il met l'accent sur des initiatives juridiques canadiennes contre les actes de corruption réalisés par des entreprises canadiennes à l'étranger. En passant au peigne fin le droit national et le droit international, cette note politique identifie quatre centres d'intérêt pour les parties-prenantes du développement durable : (1) le renforcement de la mise en œuvre de l'interdiction canadienne de la corruption transnationale ; (2) le développement de normes anti-corruption au niveau des entreprises ; (3) la mise en œuvre de l'obligation de transparence des transactions financières pour les investisseurs dans le secteur des industries extractives ; et (4) un programme commercial (et d'investissement) progressiste. Disponible sur <https://iisd.org/library/canadian-initiatives-against-bribery-foreign-investors>

#### Les politiques relatives au contenu local dans le secteur minier : intensifier les achats locaux

Par le Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable (FIG), publié par IISD, avril 2019

Cet document met l'accent sur les politiques relatives aux marchés publics locaux conçues pour soutenir la quantité de biens et de services achetés par les projets miniers auprès d'acteurs locaux. Il explique les différents objectifs qu'une politique d'achat local peut soutenir. Il présente également dans le détail les différents types d'instruments politiques pouvant être utilisés dans la conception de politiques d'achat local et souligne les forces et faiblesses de chaque type de mesure. Dans les pays en développement, le secteur minier ne présente généralement pas de bons résultats quant à l'utilisation de son potentiel pour soutenir le développement industriel et la transformation

économique. Ce potentiel est pourtant énorme : s'ils sont correctement utilisés, les projets miniers peuvent débloquer des activités industrielles par le biais de la création de valeur, peuvent créer des opportunités commerciales pour le secteur privé local par le biais des achats locaux, notamment à proximité des sites miniers ; ils peuvent également générer des emplois indirects le long de la chaîne d'approvisionnement, et présenter plus d'opportunités pour l'économie, notamment par l'utilisation par d'autres secteurs des infrastructures et moyens miniers. Disponible sur <https://www.iisd.org/library/local-content-policies-mining>

#### Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 : les zones économiques spéciales

De la CNUCED, publié par la CNUCED, juin 2019

Le Rapport sur l'investissement dans le monde soutient les décideurs politiques en faisant le suivi des tendances mondiales et régionales de l'investissement, et en documentant l'évolution des politiques d'investissement nationales et internationales. L'édition 2019 propose un aperçu du paysage international des Zones économiques spéciales. En 2018, les flux mondiaux d'IDE ont chuté de 13 pour cent, à 1,3 billions USD, leur plus bas niveau depuis la crise financière mondiale. Le chapitre sur l'élaboration de politiques d'investissement internationales indique que 40 AII ont été signés en 2018, et que les résiliations de 24 traités sont entrées en vigueur. La réforme des AII progresse, mais il y a encore beaucoup à faire : si les pays sont de plus en plus nombreux à interpréter, amender, remplacer ou résilier leurs traités obsolètes, le stock de traités d'ancienne génération est 10 fois plus important que le catalogue de traités modernes, axés sur la réforme. Les investisseurs continuent de s'appuyer sur les traités d'ancienne génération : en 2018, ils ont lancé au moins 71 affaires de RDIE. Divers efforts de réforme sont menés à bien en parallèle, et souvent en isolation. Afin de tirer au mieux parti des relations internationales de l'investissement pour en faire bénéficier le développement durable, il faut une réforme holistique et synchronisée, menée dans le cadre d'un processus transparent et inclusif. Disponible (en anglais) sur <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2460>



## La responsabilité de l'UE et de ses États membres au titre des Accords internationaux de protection des investissements de l'UE : entre règles traditionnelles, procéduralisation et fédéralisation

De Philipp Theodor Stegmann, publié par Springer, 2019

Cet ouvrage dresse le portrait exhaustif de la manière dont se structure la responsabilité internationale de l'UE et de ses États membres au titre des accords internationaux de protection des investissements de l'UE. Il analyse l'ancien régime, représenté par le TCE, ainsi que le nouveau régime représenté par les nouveaux traités d'investissement européens, tels que l'AECG et les accords conclus avec Singapour et le Vietnam. L'ouvrage suggère que si l'UE ou l'un de ses États membres sont cités comme défendeurs dans un différend fondé sur les nouveaux traités d'investissement européens, cela pourrait avoir des effets substantiels sur la responsabilité internationale du défendeur. Il compare la réglementation de l'UE relative à la répartition entre l'UE et ses États membres de la charge financière découlant des différends relatifs aux investissements internationaux au seul véritable système de répartition existant à ce jour dans un État fédéral, à savoir l'Allemagne. L'ouvrage révèle ainsi les limites du nouveau régime européen de responsabilité dans le droit international de l'investissement et offre des suggestions pour y remédier. Disponible sur <https://www.springer.com/gp/book/9783030043650>

## SustainableFDI.org

De la CNUCED, publié par la CNUCED, juin 2019

SustainableFDI.org est le site spécialisé de la CNUCED portant sur la promotion et la facilitation de l'investissement au service du développement durable, conformément au Programme à l'horizon 2030 et aux ODD. Il propose des contenus portant sur l'investissement dans les énergies propres et abordables, et les actions climatiques, ainsi que dans chacun des ODD. Il propose quatre principaux services : 1) l'actualité relative à l'IDE durable, notamment au sujet des événements et publications de la CNUCED et de ses partenaires qui s'attèlent à mobiliser l'investissement dans les ODD ; 2) le Réseau mondial des API (Global IPA Network), une carte interactive comportant des liens vers les sites internet des agences nationales de promotion de l'investissement ; 3) le Centre de ressources sur les Objectifs de développement durable,

une bibliothèque de plus de 300 publications pour les promoteurs de l'investissement, classées par ODD pertinent ; et 4) les Opportunités de l'investissement durable (Sustainable Investment Opportunities) qui proposent des liens vers les bases de données des projets des agences de promotion des investissements. Disponible sur <http://sustainablefdi.org>

## Plateforme des politiques d'investissement (Investment Policy Hub)

De la CNUCED, publié par la CNUCED, mai 2019

La CNUCED a donné un coup de jeune à sa Plateforme des politiques d'investissement (Investment Policy Hub) pour la rendre plus facile d'utilisation. Les principaux outils politiques de cette plateforme sont : 1) un navigateur pays : le point d'accès à toutes les données relatives à la politique d'investissement d'un pays spécifique ; 2) le surveillant des politiques d'investissement : les faits nouveaux des politiques d'investissement dans le monde ; 3) le navigateur des lois relatives à l'investissement : base de données en ligne et exhaustive des lois nationales relatives à l'investissement ; 4) le navigateur des traités d'investissement internationaux : base de données gratuite et exhaustive des traités internationaux et modèles d'accords ; 5) le navigateur des règlements des différends relatifs aux investissements : les détails de toutes les affaires connues de RDIE fondées sur un traité ; 6) l'analyse des politiques d'investissement : l'évaluation des cadres juridique, réglementaire et institutionnel d'un pays conçus pour attirer l'investissement ; 7) le cadre des politiques d'investissement : une base de références pour les décideurs politiques qui élaborent des politiques d'investissements et négocient des accords d'investissement. Disponible sur <http://investmentpolicy.unctad.org>

## La bonne foi dans l'arbitrage au titre des traités d'investissement

D'Emily Sipiorsky, publié par Oxford University Press, avril 2019

Cet ouvrage se penche sur l'application du concept de bonne foi par les tribunaux arbitraux et les parties dans les différends internationaux relatifs aux investissements, couvrant les aspects de procédure et de fond du concept de bonne foi. Il suit la procédure arbitrale, de la décision sur la compétence aux décisions finales du tribunal,



identifiant les diverses applications du principe de bonne foi dans les différends relatifs aux investissements. L'auteure propose des analyses détaillées de l'application du concept de bonne foi lors de la phase de la compétence d'un différend relatif aux investissements, puis explore les diverses manières dont ce concept influence les décisions des tribunaux. Disponible sur <https://global.oup.com/academic/product/good-faith-in-international-investment-arbitration-9780198826446>

### **Les coûts de l'arbitrage : mythes et réalités de l'arbitrage au titre des traités d'investissement**

De Susan D. Franck, publié par Oxford University Press, avril 2019

L'ouvrage évalue les arguments relatifs à l'arbitrage des investissements et à ses coûts budgétaires au regard des données disponibles, afin de pouvoir fonder les réformes politiques sur des preuves scientifiques. Il s'appuie sur des concepts de la psychologie cognitive, ainsi que sur des données concrètes pour explorer la réalité de l'arbitrage au titre des traités d'investissement, et pour identifier les principaux groupes concernés et les informations de base sur les conclusions, et examine dans le détail les coûts juridiques des parties et des tribunaux arbitraux. Il analyse la manière dont les coûts basculent, et le moment où ils basculent, analyse la logique (ou l'absence de logique) des tribunaux à l'heure d'évaluer les coûts, et modélise les variables ayant le plus d'influence sur les coûts, en utilisant des données pour souligner la nécessité d'une réforme normative fondée sur des preuves. Disponible sur <https://global.oup.com/academic/product/arbitration-costs-9780190054434>

### **Annuaire 2017 du droit et des politiques internationaux des investissements**

De Lisa Sachs, Lise Johnson, et Jesse Coleman (Eds.), publié par Oxford University Press, mars 2019

L'édition 2017 de cette publication annuelle offre un aperçu complet des faits nouveaux dans les domaines du droit et des politiques internationaux de l'investissement, mettant l'accent sur les tendances et les problèmes de l'IDE, de la pratique de la conclusion des traités d'investissement, et dans l'arbitrage investisseur-État. Disponible sur <https://global.oup.com/academic/product/yearbook-on-international-investment-law-and-policy-2017-9780198830382>

### **Le casino de l'extraction : dans l'arbitrage international, les entreprises minières jouent avec les vies et la souveraineté en Amérique latine**

De Jen Moore et Manuel Perez Rocha, publié par Mining Watch Canada, Institute for Policy Studies and Center for International Environmental Law, avril 2019

Ce rapport dénonce 38 entreprises minières qui ont déposé des dizaines de recours de plusieurs millions de dollars contre des pays d'Amérique latine auprès de tribunaux arbitraux d'investissement, exigeant d'être indemnisées suite aux décisions rendues par les cours, aux politiques publiques et autres mesures gouvernementales qui, selon eux, réduisent la valeur de leurs investissements. Dans la plupart de ces affaires, les communautés ont fait preuve d'une organisation active pour s'élever contre les activités minières et défendre leurs terres, leur santé, l'environnement, leur droit à l'auto-détermination et leur façon de vivre. Disponible sur <https://ips-dc.org/report-extraction-casino>

### **À la recherche de dividendes : l'utilisation et l'usage abusif du règlement des différends investisseur-État par les investisseurs canadiens à l'étranger**

De Hadrian Mertins-Kirkwood et Ben Smith, publié par Centre canadien de politiques alternatives, avril 2019

Ce rapport conclut que les affaires de RDIE lancées par les investisseurs canadiens en dehors de l'Amérique du Nord suivent une tendance ciblant de manière disproportionnée les politiques environnementales adoptées par les pays en développement, et que les politiques environnementales sont le premier facteur de croissance de ces affaires. Le rapport indique que depuis 1999, les investisseurs canadiens ont lancé au moins 43 affaires de RDIE contre des pays situés en dehors de l'Amérique du Nord, alors qu'une seule affaire a été lancée contre le Canada par des investisseurs issus d'un pays autre que les États-Unis et le Mexique. Disponible sur <https://www.policyalternatives.ca/digging-for-dividends>





## **Relations entre l'Union européenne et la Chine en matière d'investissement : vers une nouvelle gestion de la gouvernance mondiale des investissements ?**

De Julien Chaisse (Ed.), publié par Edward Elgar, 2018

Rassemblant les contributions de divers experts, cet ouvrage propose une analyse critique du droit et de la politique actuels entre l'UE et la Chine. Il se penche sur les principales questions découlant du partenariat UE-Chine en matière d'investissement, ainsi que sur ses implications, tant internes qu'internationales. Chacun des chapitres aborde un aspect clé de la question du droit économique international, notamment le droit de la concurrence, la réglementation financière, l'intégration économique et le règlement des différends. Disponible sur <https://www.e-elgar.com/shop/china-european-union-investment-relationships>



## ÉVÉNEMENTS 2019

### 3 septembre

**CONFÉRENCE CCI / ITA / ALArb**, Chambre du commerce international, Institut pour l'arbitrage transnational, Association latinoaméricaine d'arbitrage, à Medellín, Colombie, <https://iccwbo.org/event/icc-italarb-conference>

### 25-26 septembre

**3<sup>ème</sup> RÉUNION RÉGIONALE INTERSESSIONS DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI SUR LA RÉFORME DU RDIE**, à Conakry, Guinée, <https://uncitral.un.org/en/events/25-26.9.2019>

### 26-27 septembre

**COLLOQUE « LES ACTEURS DU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT : AU-DELÀ DES DEMANDEURS, DES DÉFENDEURS ET DES ARBITRES »**, à l'Université Paris II Panthéon-Assas, à Paris, France, <https://www.transnational-dispute-management.com/news/20190926.pdf>

### 3-4 octobre

**14<sup>ème</sup> CONFÉRENCE DE NEW YORK DE LA CCI SUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL**, Chambre du commerce international, à New York, États-Unis, <https://iccwbo.org/event/icc-new-york-conference-international-arbitration>

### 7-11 octobre

**15<sup>ème</sup> RÉUNION GÉNÉRALE DU FIG/IGF : « L'exploitation minière dans un climat en évolution »**, Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable, à Genève, Suisse, <https://www.igfmining.org/event/15th-annual-general-meeting>

### 8-11 octobre

**FORUM PUBLIC DE L'OMC**, au Centre William Rappard, à Genève, Suisse, [https://www.wto.org/french/forums\\_f/public\\_forum\\_f/public\\_forum\\_f.htm](https://www.wto.org/french/forums_f/public_forum_f/public_forum_f.htm)

### 14-18 octobre [à confirmer]

**38<sup>ème</sup> SESSION DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI, « Réforme du règlement des différends investisseur-État »**, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Vienne, Autriche, [https://uncitral.un.org/fr/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state)

### 25-26 octobre

**FORUM MONDIAL DU COMMERCE « LE RÈGLEMENT INTERNATIONAL DES DIFFÉRENDS ÉCONOMIQUES : MORT OU TRANSFORMATION ? »**, à l'Institut mondial du commerce (WTI) de l'Université de Berne, et l'Institut universitaire européen (EU), Berne, Suisse, [https://www.wti.org/media/filer\\_public/b1/2e/b12e1c5d-8def-40ad-92bf-6c77cd3ffcfc/call\\_for\\_papers\\_wtf\\_2019.pdf](https://www.wti.org/media/filer_public/b1/2e/b12e1c5d-8def-40ad-92bf-6c77cd3ffcfc/call_for_papers_wtf_2019.pdf)



© 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](mailto:itn@iisd.org)

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



**Investment Treaty News**



**IISD**

International Institute for  
Sustainable Development