



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

NUMÉRO 2. VOLUME 11. JUIN 2020

Se protéger contre les requêtes d'arbitrage investisseurs-États face à la crise de la COVID-19 : un appel à l'action destiné aux gouvernements
Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Sarah Brewin et Nyaguthii Maina

L'évaluation des actifs fondés sur les combustibles fossiles en période de dérèglement climatique
Kyla Tienhaara, Lise Johnson et Michael Burger

Pourquoi les États consentent-ils à l'arbitrage dans leurs lois nationales sur l'investissement ?
Tarald Laudal Berge et Taylor St John

Le traité sur l'investissement durable au service de l'atténuation et de l'adaptation au changement climatique : un modèle pour orienter le droit international vers les investissements dans les énergies renouvelables et la transition vers une économie faible en carbone
Sofia de Murard

Le modèle de TBI du Maroc : caractéristiques innovantes et considérations politiques
Hamed El-Kady et Yvan Rwananga

Les procédures internes de paiement des dommages-intérêts par les États dans l'arbitrage d'investissement
Affef Ben Mansour





Sommaire

ARTICLE 1 Se protéger contre les requêtes d'arbitrage investisseurs-États face à la crise de la COVID-19 : un appel à l'action destiné aux gouvernements.....	4
ARTICLE 2 L'évaluation des actifs fondés sur les combustibles fossiles en période de dérèglement climatique.....	8
ARTICLE 3 Pourquoi les États consentent-ils à l'arbitrage dans leurs lois nationales sur l'investissement ?.....	14
ARTICLE 4 Le traité sur l'investissement durable au service de l'atténuation et de l'adaptation au changement climatique : un modèle pour orienter le droit international vers les investissements dans les énergies renouvelables et la transition vers une économie faible en carbone.....	20
ARTICLE 5 Le modèle de TBI du Maroc : caractéristiques innovantes et considérations politiques.....	24
ARTICLE 6 Les procédures internes de paiement des dommages-intérêts par les États dans l'arbitrage d'investissement.....	30
NOUVELLES EN BREF	34
En réponse à la pandémie mondiale, la Commission européenne publie des orientations concernant le filtrage de l'IDE.....	34
De manière inattendue, le Directeur général de l'Organisation mondiale du commerce démissionne.....	34
L'UE publie une proposition pour la modernisation du TCE	35
Les États membres de l'UE signent un accord visant à éteindre les TBI intra-européens, alors qu'un investisseur allemand lance un recours contre les Pays-Bas au titre du TCE.....	38
La pandémie de Covid-19 reporte l'entrée en vigueur de la ZLECAf.....	38
Discussions relatives à la facilitation de l'investissement : le groupe de membres de l'OMC examine un nouveau projet de texte consolidé.....	39
SENTENCES ET DÉCISIONS	40
Un tribunal CIRDI rejette sa compétence ratione voluntatis sur les recours lancés contre l'Iraq au titre de l'Accord d'investissement de l'OCI.....	40
Un tribunal du CIRDI rejette l'objection à la compétence fondée sur les TBI intra-UE et affirme sa compétence sur le recours collectif.....	43
Un tribunal du HKIAC rejette les recours de Jin Hae Seo, une citoyenne des États-Unis, contre la Corée du Sud estimant qu'il n'a pas compétence.....	45
Rejet de tous les recours sur le fond, dans l'affaire opposant Lidercón au Pérou : le changement du cadre réglementaire et les décisions juridiques n'ont pas violé la norme TJE.....	47
Un tribunal du CIRDI détermine que l'Ukraine n'a pas violé la procédure légale établie à l'heure de reprendre possession de trois terrains d'investisseurs britanniques.....	49
RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS	52

INVESTMENT TREATY NEWS

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

Directrice Principale du Groupe - Droit et Politique Économique
Nathalie Bernasconi

Directrice de publication
Zoe Phillips Williams

Editrice, Version Française
Suzy Nikiéma

Editrice, Version Espagnole
Marina Ruete

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

Traduction Française
Isabelle Guinebault

Traduction Espagnole
María Candela Conforti

Attachée de presse et de communication
Sofia Baliño

Design (PDF)
PortoDG



LISTE D'ACRONYMES

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

ARTICLE 1

Se protéger contre les requêtes d'arbitrage investisseurs-États face à la crise de la COVID-19 : un appel à l'action destiné aux gouvernements¹

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Sarah Brewin et Nyaguthii Maina



Introduction

La pandémie de COVID-19 a plongé le monde dans une crise sanitaire et économique massive. Les gouvernements cherchent à freiner la propagation du virus par le biais d'interventions d'urgence et de mesures telles que le confinement, l'endiguement strict et l'interdiction de voyager. Maintenant, l'on assiste à un assouplissement ou à une levée de certaines de ces mesures à un rythme variable, tandis que d'autres restent en place. Les gouvernements prennent également des mesures pour garantir l'approvisionnement en aliments, en équipements médicaux et en services sanitaires essentiels. Bien qu'elles soient primordiales du point de vue sanitaire, bon nombre de ces mesures frappe de plein fouet les entreprises. Les entreprises étrangères pourraient être tentées d'utiliser une série d'outils juridiques pour obtenir compensation de leurs pertes, ce qui représente un risque sans précédent d'une explosion des affaires d'arbitrage des investissements au titre des plus de 3 000 traités d'investissement conclus à travers le monde.

Tirer les leçons du passé : l'arbitrage investisseur-État en périodes de crise

L'histoire récente nous apprend que les mesures d'intérêt public mises en œuvre par les États en périodes de crise grave peuvent être contestées par les investisseurs au titre de l'arbitrage investisseur-État fondé sur un traité. L'exemple le plus notable est sans aucun doute celui de l'Argentine. En 2001, l'Argentine faisait face à un effondrement économique quasi-total caractérisé par « une baisse du PIB par habitant de 50 %, un taux de chômage de plus de 20 %, un taux de pauvreté de 50 %, des grèves, des manifestations, de violents affrontements avec les forces de police, des dizaines de victimes civiles et la succession de cinq présidents en 10 jours »². Durant cette période, le gouvernement a adopté un éventail de mesures d'urgence, notamment le gel des tarifs des services publics, la nationalisation des actifs, l'abandon du taux de change fixe et la restructuration des obligations souveraines. À la fin de l'année 2014, l'Argentine était défenderesse dans plus de 50 affaires de RDIE, dont la majorité résultait de mesures adoptées durant la crise³. Les sentences finales connues prononcées à l'encontre de l'Argentine totalisaient largement les 2 milliards USD⁴, et plusieurs plaintes avaient été réglées à l'amiable pour des centaines de millions de dollars⁵.

Les bouleversements sociaux et politiques du Printemps arabe en 2011-12 ont été suivis par une montée en

² Lavopa, F. (2020). *Crisis, emergency measures and the failure of the ISDS system: The case of Argentina* (Investment Policy Brief #2). Centre Sud. https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB2_Crisis-Emergency-Measures-and-the-Failure-of-the-ISDS-System-The-Case-of-Argentina.pdf

³ Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2015). *Recent trends in IIAs and ISDS*. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

⁴ CNUCED. (n.d.). *Investment policy hub: Argentina*. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina/>

⁵ Voir par exemple, El Gobierno pagó US\$ 677 millones por juicios perdidos ante el Ciadi, 19 octobre 2013. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/1630428-el-gobierno-pago-us-677-millones-por-juicios-perdidos-ante-el-ciadi>

¹ Le présent article est un extrait d'un commentaire du même titre publié par les auteurs en avril 2020, et disponible ici en anglais, espagnol et français.



flèche des requêtes de RDIE contre des gouvernements d'Afrique du Nord et du Moyen-Orient⁶, dont certaines avaient pour origine des mesures étatiques adoptées dans le but de faire face aux répercussions de la crise. En Égypte, des niveaux de violence et d'agitation sociale sans précédent ont entraîné une chute de l'approvisionnement national en gaz, que l'État considérait comme étant « une menace au fonctionnement de base de la société et au maintien de la stabilité interne »⁷. La décision gouvernementale de suspendre les ventes de gaz à une usine détenue par des intérêts espagnols afin de donner priorité à l'approvisionnement en gaz naturel des marchés intérieurs de l'électricité a donné lieu à une requête RDIE suite à laquelle l'investisseur s'est vu accorder plus de 2 milliards USD⁸.

Les États disposent de moyens potentiels de défense juridique dans les affaires de RDIE intentées par des investisseurs étrangers et visant à contester des mesures adoptées pendant et après la pandémie de COVID-19 et la crise économique mondiale correspondante, tels que la défense fondée sur l'état de nécessité. Néanmoins, les affaires passées montrent que ces défenses peuvent être difficiles à mettre en œuvre avec succès si les gouvernements veulent éviter la conclusion qu'ils ont violé un traité, et de devoir verser une indemnisation, même en période de crise. Cela s'explique par le fait que les seuils juridiques correspondants sont très élevés, et que les tribunaux d'investissement chargés d'évaluer les mêmes faits ou des situations factuelles extrêmement proches les appliquent de manière incohérente.

La nécessité d'éviter les arbitrages investisseur-État n'a jamais été plus impérieuse

Alors que les États affrontent des difficultés en matière de santé publique et d'économie d'une ampleur sans précédent, la nécessité d'éviter les requêtes de RDIE n'a jamais été plus impérieuse. S'ils ne gèrent pas la

situation de manière proactive, les gouvernements feront face à la menace d'arbitrages investisseur-État pendant des années. De nombreux investisseurs étrangers pourront tenter des poursuites concernant des faits matériels identiques, et visant la même mesure, conduisant à des résultats imprévisibles. Cela est dû au fait que les obligations découlant de près de 3 000 traités d'investissement sont vagues et de large portée, et que chaque affaire d'arbitrage est jugée par un tribunal différent. La jurisprudence a conduit à une interprétation incohérente des normes des traités eux-mêmes mais aussi de celles du droit international coutumier qui s'applique à l'ensemble des traités. Les conclusions divergentes auxquelles sont parvenus différents tribunaux examinant les mêmes mesures gouvernementales, ou des ensembles similaires de mesures gouvernementales, dans les affaires contre l'Argentine mentionnées plus haut, ainsi que dans le cadre d'une série d'arbitrages récents contre l'Espagne en matière d'énergies renouvelables, illustrent parfaitement ces phénomènes⁹.

Le manque de clarté quant à la manière dont des normes vagues de traité seront appliquées aux mesures relatives à la COVID-19, et le fait qu'aucun tribunal n'est lié par une décision antérieure, pourraient inciter le dépôt de réclamations multiples visant des mesures similaires à travers le monde. Le fait que les plaignants puissent avoir recours aux financeurs de litiges ayant un intérêt considérable dans le résultat de l'affaire pourrait stimuler davantage les requêtes spéculatives ou frivoles en période de crise¹⁰. Certains bulletins d'information sur le thème de l'arbitrage et cabinets d'avocats préfigurent déjà des arbitrages investisseur-État liés à la COVID-19, et expliquent comment l'on peut présenter les mesures adoptées par les gouvernements

⁶ Foty, C. (2019). *Impact of the Arab Spring on the international arbitration landscape*. Kluwer Arbitration Blog <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/26/impact-of-the-arab-spring-on-the-international-arbitration-landscape/>

⁷ Koroteeva, K. (2018). L'Égypte est reconnue responsable de la fermeture d'une centrale électrique pendant la révolte de 2011. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/fr/2018/12/21/egypt-found-liable-for-the-shut-down-of-an-electricity-plant-during-the-2011-uprising-ksenia-koroteeva/>

⁸ *Unión Fenosa c. Égypte*. (2014). Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/567/uni-n-fenosa-v-egypt>

⁹ Reynoso, I. (2019). La saga espagnole de l'énergie renouvelable : ses enseignements pour le droit international de l'investissement et le développement durable. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/fr/2019/06/27/spains-renewable-energy-saga-lessons-for-international-investment-law-and-sustainable-development-isabella-reynoso/>

¹⁰ Certains considèrent que la structure asymétrique du régime des traités d'investissement, le manque d'un système calqué sur le précédent pour le RDIE et l'incohérence et l'imprévisibilité des conclusions arbitrales qui en découlent se prêtent au financement par des tiers dans le contexte des affaires spéculatives ou marginales. Voir par exemple Garcia, F. J. (2018, 30 juillet). Charge contre le financement par des tiers dans l'arbitrage des investissements. *IISD Investment Treaty News* ; International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary Task Force. (2017, 17 octobre). Third-party funding in investor-state dispute settlement. Draft report for public discussion. Round Table Discussion of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration.



comme des violations des traités¹¹, et des investisseurs ont commencé à lancer des poursuites nationales pour contester les mesures liées à la Covid-19, ou ont menacé de le faire¹².

S'ils sont reconnus coupables de violation, les États pourraient être condamnés à verser des indemnités très importantes à des investisseurs étrangers. Des tribunaux précédents ont accordé une indemnisation dépassant les 100 millions USD dans au moins 46 affaires connues de RDIE fondé sur un traité, l'une de ces indemnités atteignant même les 40 milliards USD¹³. Les indemnités mirobolantes présentent des difficultés particulièrement sérieuses pour les pays en développement et leur capacité de financer des programmes de santé publique et de relance économique. Dans l'affaire *Unión Fenosa* évoquée plus haut, l'Égypte a été condamnée à verser 2 milliards USD majorés des intérêts¹⁴. Cette somme représentait 12 % du budget national de l'Égypte consacré à la santé et à l'éducation en 2018/19, qui était de 15,82 milliards USD¹⁵. En outre, la défense d'une affaire de RDIE est chronophage et exige d'importantes ressources¹⁶.

¹¹ Benedeteli, M. (2020). Could COVID-19 emergency measures give rise to investment claims? First reflections from Italy. *Global Arbitration Review*. <https://globalarbitrationreview.com/article/1222354/could-covid-19-emergency-measures-give-rise-to-investment-claims-first-reflections-from-italy>; Aceris Law LLC (2020), The COVID-19 pandemic and investment arbitration. *Aceris Law*. <https://www.acerislaw.com/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/>

¹² Par exemple, le manufacturier automobile des États-Unis, Tesla a lancé une poursuite auprès de la Cour de district contre le County d'Alameda pour contester le décret de fermeture, avant de la retirer. Voir Wong, J. (2020).

Elon Musk reopens California Tesla factory in defiance of lockdown order. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/technology/2020/may/11/tesla-factory-reopening-elon-musk-california-lockdown>. En Afrique du Sud, les distributeurs de boissons alcoolisées, les vendeurs de nourriture chaude et les fabricants de produits du tabac ont menacé de poursuivre le gouvernement en lien avec les mesures de confinement imposées. Voir Ngoben, T. (2020). State Responsibility for COVID-19 Regulatory Measures under International Economic Law. *Afronomics Law*. <https://www.afronomicslaw.org/2020/05/09/state-responsibility-for-covid-19-regulatory-measures-under-international-economic-law/>.

¹³ *Hulley Enterprises Ltd. c. Fédération de Russie* (Affaire CPA n° 2005-03/AA226).

¹⁴ Charlotin, D. (2018). Arbitrators hold Egypt liable for more than \$2 billion as a result of unfair treatment of gas plant investors. *Investment Arbitration Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/arbitrators-hold-egypt-liable-for-more-than-2-billion-as-a-result-of-unfair-treatment-of-gas-plant-investors/>

¹⁵ D'après le taux de change des livres égyptiennes en dollars US d'octobre 2019.

¹⁶ Les coûts moyens d'une procédure d'arbitrage représentent 8 millions USD d'après l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE). (2012) Règlement des différends investisseur-État. Consultation publique : 16 mai au 23 juillet 2012, p. 19 ; The Philippines spent USD 58 million to defend two cases brought by a German investor. Voir, Olivet, C., & Eberhardt, P. (2012). *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Transnational Institute ; et Australia spent USD 28 million defending the Philip Morris tobacco labelling case, per the exchange rate of Australian dollars to USD at July 2018. Hutchens, G. & Knaus, C. (2018, 1er juillet). Revealed: \$39m cost of defending Australia's tobacco plain packaging laws. *The Guardian Australia*. <https://www.theguardian.com/business/2018/jul/02/revealed-39m-cost-of-defending-australias-tobacco-plain-packaging-laws>

De nombreux gouvernements demandent un soutien au Fonds monétaire international (FMI) ou à la Banque mondiale pour faire face à la crise de la COVID-19. Les passifs découlant d'arbitrages investisseur-État relatifs à la COVID-19 pourraient saper ces efforts. En 2019, un tribunal d'investissement a accordé à des sociétés minières étrangères une indemnisation de 6 milliards USD à l'encontre du Pakistan¹⁷. Pourtant, à peine deux mois plus tôt, le FMI avait conclu un plan de sauvetage avec le Pakistan afin d'empêcher l'effondrement de son économie, également pour un montant de 6 milliards USD¹⁸. Les différends investisseur-État relatifs à la COVID-19 pourraient rendre de futurs plans de sauvetage tout aussi inutiles.

En temps de crise sanitaire et de stress économique sévère, les gouvernements doivent disposer de la marge de manœuvre politique nécessaire, et de l'espace budgétaire permettant la mise en œuvre de plans de soutien économique, sans risquer d'être engloutis par une vague d'affaires d'arbitrage des investissements. Pour ce faire, les gouvernements doivent agir en vue d'interdire l'application de l'arbitrage investisseur-État fondé sur des traités à l'ensemble des mesures liées à la COVID-19.

La nécessité d'une action collective pour éviter une augmentation subite des arbitrages investisseur-État

Compte tenu des risques présentés ci-dessus, les États devraient se réunir pour répondre aux effets potentiellement fulgurants d'une augmentation subite des arbitrages des investissements à l'encontre de gouvernements à court d'argent. Les États peuvent tenter de régler le problème au niveau mondial, régional ou bilatéral en vue de promouvoir la solidarité et de protéger les gouvernements d'accueil contre le pire des scénarios. Les gouvernements pourraient par exemple convenir de suspendre conjointement la mise en œuvre du RDIE fondé sur un traité pour toutes les mesures relatives à la COVID-19. En ce sens, IISD a développé une proposition de texte pouvant

¹⁷ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. la République islamique du Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/12/1.

¹⁸ Masood, S. (2019, 12 mai). Pakistan to accept \$6 billion bailout from I.M.F. *New York Times*. <https://www.nytimes.com/2019/05/12/world/asia/pakistan-imf-bailout.html>



être utilisée pour conclure un accord de suspension bilatéral, régional ou multilatéral, et a consulté les parties-prenantes pour obtenir leur avis.

La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) pourrait être chargée de coordonner une réponse multilatérale, puisque l'agence possède une vaste expertise dans le domaine des traités d'investissement et des réformes associées. Une autre possibilité est la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), en particulier son Groupe de travail III, qui est déjà en place pour s'atteler à la réforme du RDIE. Ou des groupes de pays pourraient convenir de suspendre l'application des dispositions relatives au RDIE entre eux, ou bien les pays pourraient contacter leurs partenaires aux traités et convenir d'une suspension au niveau bilatéral.

Auteurs

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

Sarah Brewin et **Nyaguthii Maina** sont conseillères en matière d'agriculture et d'investissement auprès du Programme droit et politique économiques de IISD.

ARTICLE 2

L'évaluation des actifs fondés sur les combustibles fossiles en période de dérèglement climatique

Kyla Tienhaara, Lise Johnson et Michael Burger



Plus de 150 affaires de RDIE connues ont été lancées par des demandeurs dont l'activité principale consiste à extraire, transporter, raffiner, vendre ou brûler des combustibles fossiles pour produire de l'électricité¹. Certaines de ces affaires découlent de mesures visant à faire face au changement climatique ; d'autres ont été lancées suite à l'adoption de mesures environnementales plus larges ; d'autres encore découlent de différends portant sur la répartition des coûts et des bénéfices publics et privés des projets dans les industries extractives ; et d'autres découlent de diverses situations, notamment de contrats conclus entre les entreprises de l'État d'accueil et les investisseurs étrangers. Sept des dix montants RDIE les plus importants jamais accordés (d'après les données de la CNUDCED) viennent d'affaires portant sur les investissements dans les combustibles fossiles, et surpassent tous la barre du milliard de dollars US².

Chaque type de différend soulève ses propres questions politiques, notamment la question de savoir si, et dans quelles circonstances, le RDIE est le forum le plus approprié pour régler le différend. Les recours RDIE contestant des mesures adoptées et mises en œuvre pour promouvoir des solutions au changement climatique sont le type d'affaires le plus critiqué. Plusieurs observateurs ont plaidé pour l'inclusion dans les AII d'exceptions relatives aux mesures portant sur le changement climatique, à l'instar de celles introduites dans d'autres domaines politiques, tels que le contrôle des produits du tabac³. Certains arguent également qu'en général, l'industrie des combustibles fossiles ne devraient plus être davantage « subventionnée » dans le cadre des AII et des larges assurances contre les risques gracieusement offertes par les traités⁴. Au titre de cette approche, certains types de projets, tels que le développement de nouvelles réserves ou infrastructures de combustibles fossiles, seraient exclus du RDIE (ou des AII), ce qui signifie que les investisseurs dans ces projets ne seraient pas en mesure de contester les actions du gouvernement, quels que soient leurs objectifs. Que le nouvel impôt promulgué par le gouvernement soit motivé par le souhait, par exemple, d'accroître les recettes gouvernementales ou de limiter l'utilisation des énergies fossiles n'aurait aucune importance. Les entreprises cherchant à contester ces mesures devraient le faire par d'autres moyens que le RDIE⁵.

¹ D'après une recherche lancée dans le *Investment Dispute Settlement Navigator* de la CNUDCI avec les termes « fuel », « gaz », « pétrole », « hydrocarbures » et « charbon » le 16 avril 2020. Disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

² *Hulley Enterprises c. Russie*, Affaire CPA n° 2005-03/AA226 ; *Veteran Petroleum c. Russie*, Affaire CPA n° 2005-05/AA228 ; *Unión Fenosa Gas c. Égypte*, Affaire CIRDI n° ARB/14/4 (2014) ; *Yukos Universal c. Russie*, Affaire CPA n° 2005-04/AA227 ; *Occidental c. Équateur*, Affaire CIRDI n° ARB/06/11 (2006) ; *Mobil c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/07/27 (2007) ; *ConocoPhillips c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/07/30 (2007). Données disponibles sur <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

³ Van Harten, G. (2015). An ISDS carve-out to support action on climate change. *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*, 113. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/113>

⁴ Johnson, L., Sachs, L. & Lobel, N. (2020). Aligning international investment agreements with the sustainable development goals. *Columbia Journal of Transnational Law*, 59, 71–79. <https://www.jtl.columbia.edu/journal-articles/aligning-international-investment-agreements-with-the-sustainable-development-goals> ; Brauch, M. D., Touchette, Y., Cosbey, A., Gerasimchuk, I., Sanchez, L., Bernasconi-Osterwalder, N., Torao Garcia, M. B., Potaskaevi, T. & Petrofsky, E. (2019). Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation: Aligning international investment law with the urgent need for climate change action. *Journal of International Arbitration*, 36(1), 7–35.

⁵ Pour une discussion d'autres voies de recours, voir par ex. Johnson, L., Coleman, J., Güven, B., & Sachs, L. (2019, avril). Alternatives to investor-state dispute settlement (ISDS). *CCSI Working Paper 2019*. <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/04/Alternatives-to-ISDS-11-April-2019.pdf>



Deux questions se posent alors : l'une plutôt générale, les investisseurs dans le secteur des combustibles fossiles peuvent-ils être demandeurs dans une affaire de RDIE ? Et l'autre plutôt spécifique, les mesures climatiques devraient-elles être ouvertes à contestation dans le cadre du RDIE ? À l'heure actuelle, le droit des investissements répond « oui » à ces deux questions. Compte tenu de la réalité, il se pose une troisième question importante, quoique généralement peu reconnue, s'agissant des recours fondés sur les combustibles fossiles : comment aborder la question de l'évaluation et des dommages compte tenu des considérations liées au changement climatique et de la valeur contestée des ressources en combustibles fossiles ? Nous pensons qu'il est tout à fait opportun de se pencher sur cette question compte tenu de la fréquence et de l'impact des recours portant sur les actifs fondés sur les combustibles fossiles, de l'urgence de la crise climatique, mais aussi du fait que les délégués de la CNUDCI ont admis que la question des dommages est transversale et doit être prise en compte dans tous les travaux menés sur la réforme du RDIE⁶. Nous proposons dans le présent article une délimitation préliminaire et générale de toutes les questions et considérations. Nous espérons ainsi encourager d'autres recherches, un dialogue et des débats sur ces sujets fort complexes, et l'élaboration d'approches pratiques qui intègrent les considérations climatiques dans les normes du droit des investissements.

Comment l'indemnisation est-elle déterminée dans l'arbitrage international des investissements ?

Les arbitres des affaires d'investissement connaissent très peu de contraintes à l'heure de déterminer le montant de l'indemnisation.⁷ Dans leur grande majorité, les traités n'évoquent pas la question. Ils indiquent souvent que les gouvernements devraient indemniser les actifs expropriés

à leur juste valeur de marché (JVM), mais ne prescrivent aucune méthode spécifique pour déterminer cette valeur, et ne précisent pas non plus les approches à utiliser pour d'autres types de violations. Les tribunaux ont tenté de remplir ce vide, et ce faisant, ont toujours réitéré deux principes. Le premier est que la norme de l'affaire de l'usine *Chorzów* devrait s'appliquer, au titre duquel « la réparation doit, dans la mesure du possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illégal et rétablir la situation qui aurait, selon toute probabilité, existé si cet acte n'avait pas été commis »⁸. Le deuxième principe est que le tribunal ne devrait pas accorder de dommages spéculatifs⁹. Dans l'ensemble, le silence des traités sur la question et ces principes donnent amplement aux tribunaux la liberté d'adopter des approches de l'évaluation des dommages fondées sur le climat.

Quels sont les problèmes spécifiques de l'évaluation des actifs fondés sur les combustibles fossiles ?

Les cours des énergies fossiles sont affectés par divers facteurs et sont vulnérables aux chocs. La volatilité du prix du pétrole ces derniers mois en est un exemple parlant. Les mesures prises pour limiter la propagation du coronavirus ont entraîné une contraction spectaculaire de l'activité économique et de la consommation de carburants. Le secteur pétrolier a été d'autant plus touché que la crise a coïncidé avec une guerre des prix initiée par la Russie et l'Arabie saoudite en mars¹⁰. L'AIE a suggéré que « l'ampleur de l'effondrement de la demande de pétrole... est bien supérieure à la capacité du secteur pétrolier de s'adapter »¹¹ et ce avant que le West Texas Intermediate (la norme des États-Unis pour la fixation du prix du brut) ne devienne négatif en avril¹².

⁶ Centre Columbia sur le développement durable (CCSI), Institut international pour l'environnement et le développement (IIED) & Institut international pour le développement durable (IISD). (2019). *UNCITRAL Working Group III on ISDS reform: How cross-cutting issues reshape reform options*. <https://www.iisd.org/sites/default/files/uploads/uncitral-submission-cross-cutting-issues-en.pdf>

⁷ Pour une discussion sur l'indemnisation en vertu des traités d'investissement, voir par ex. Bonnitcha J. & Brewin S. (2019, octobre). L'indemnisation en vertu des traités d'investissement. Série de Bonnes Pratiques de l'IISD. <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-compensation-treaties-fr-V4.pdf>; NIKIEMA H. S. L'indemnisation de l'expropriation, (2013, mars), Série de Bonnes Pratiques de l'IISD. https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best_practice_compensation_expropriation_fr.pdf

⁸ *Factory at Chorzów* (Ger. c. Pol.), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (Sept. 13) (Judgement n° 13, Fond) (« Chorzów »), p. 47.

⁹ Beharry, C. (ed). (2018). *Contemporary and emerging issues on the law of damages and valuation in international investment arbitration*, 106–107, 136, 210–211, 337–340 (l'ouvrage contient plusieurs chapitres faisant référence aux refus des tribunaux d'accorder des dommages trop spéculatifs).

¹⁰ Hussain, Y. "Posthaste: It may be time to make up. The ill-timed oil war could cost Saudi Arabia and Russia \$260B this year alone", *Financial Post*, 7 avril 2020. Disponible sur <https://business.financialpost.com/executive/posthaste-it-may-be-time-to-make-up-the-ill-timed-oil-war-could-cost-saudi-arabia-and-russia-260b-this-year-alone>

¹¹ AIE "The global oil industry is experiencing a shock like no other in its history", 1^{er} avril 2020. Disponible sur <https://www.iea.org/articles/the-global-oil-industry-is-experiencing-shock-like-no-other-in-its-history>

¹² Reed, S. et C. Krauss "Too Much Oil: How a Barrel Came to Be Worth Less Than Nothing" *New York Times*, 20 avril 2020 Disponible sur <https://www.nytimes.com/2020/04/20/business/oil-prices.html?action=click&module=RelatedLinks&pgtype=Article>



Même si la situation actuelle est, à bien des égards, sans précédent, il est intéressant d'imaginer la manière dont le tribunal de l'affaire *ConocoPhillips c. Venezuela* aurait abordé la question de l'évaluation des dommages s'il avait rendu sa décision en mars 2020 plutôt qu'en mars 2019. À l'époque le tribunal a supposé qu'en 2020, le prix du pétrole serait de 58 USD par baril, avec une augmentation de 1,2 % par an par la suite¹³. Le calcul du prix attendu était fondé sur une différence de 0,4 points par rapport à l'indice Maya (la norme du Mexique). En réalité, en mars 2020, l'indice Maya tournait autour de 15 USD par baril, et en avril il a plongé à 5,15 USD par baril, le plus bas niveau de son histoire¹⁴. Il est difficile de prédire quand et dans quelle mesure les cours du brut remonteront, mais à l'heure actuelle, les dommages de 8,7 milliards USD accordés à ConocoPhillips représentent une aubaine extraordinaire.

En quoi le changement climatique complique-t-il encore davantage l'évaluation des dommages ?

S'il était impossible pour le tribunal de l'affaire *ConocoPhillips* de prédire la pandémie et le crash pétrolier de 2020, les risques climatiques sont largement discutés et modélisés par les chercheurs, les banques centrales et les régulateurs financiers¹⁵. Il s'agit des risques physiques (par ex. les risques associés aux phénomènes météorologiques violents tels que les inondations, les sécheresses, les tempêtes et la chaleur extrême), qui découlent du changement climatique en cours, et les risques transitionnels (par ex. les risques découlant des changements légaux, de l'atteinte à la réputation, et des modifications des préférences des marchés et de la technologie). À l'heure de mener une évaluation des investissements fondés sur les énergies fossiles aux fins du RDIE, il est essentiel de tenir compte des implications des engagements

des gouvernements et d'autres parties-prenantes, et des actions qu'ils prennent pour respecter le budget carbone mondial – c'est-à-dire le volume d'émissions de gaz à effet de serre que nous pouvons émettre dans le cadre des limites fixées par l'Accord de Paris¹⁶.

Si l'on souhaite avoir une chance raisonnable de limiter la hausse des températures mondiales à moins de 1,5°C, il faut s'abstenir d'utiliser la grande majorité des réserves restantes de combustibles fossiles¹⁷. Par ailleurs, « peu, voire aucune nouvelle infrastructure émettrice de CO₂ ne peut être commandée, et... il se pourrait que l'on doive fermer prématurément les infrastructures existantes (ou les moderniser avec des technologies de capture et de stockage du carbone) »¹⁸. Ainsi, l'action climatique va créer des actifs délaissés, « des actifs soumis à une dépréciation ou une dévaluation imprévue ou prématurée, ou qui ne sont plus rentables »¹⁹. Il semble y avoir un consensus pour affirmer que les actifs fondés sur le charbon thermique (qui est déjà en déclin structurel²⁰) et les réserves pétrolières coûteuses (telles que les sables bitumeux en Alberta²¹) et leurs infrastructures connexes pourraient bien s'arrêter complètement dans un avenir proche. Si un actif faisant l'objet d'une affaire de RDIE ne peut plus être exploité et utilisé si l'on souhaite rester dans les limites du budget carbone²², les conséquences financières d'un arrêt

¹³ *ConocoPhillips c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/07/30 (2007). Décision, 8 mars 2019, p. 221

¹⁴ "Mexico's Maya crude lowest in almost two decades – Platts", Reuters, 18 mars 2020. Disponible sur <https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-mexico-oil/update-1-mexicos-maya-crude-lowest-in-almost-two-decades-platts-idUSL1N2BB38D>; Garcia, M. "Mexico's Maya crude price for USGC shipments hits record low \$5.15/b on NYMEX futures plunge", S&P Global, 21 avril 2020. Disponible sur <https://www.spglobal.com/platts/en/market-insights/latest-news/oil/042120-mexicos-maya-crude-price-for-usgc-shipments-hits-record-low-515b-on-nymex-futures-plunge>

¹⁵ Voir par exemple le site Internet de la Banque d'Angleterre sur les risques climatiques. Disponible sur <https://www.bankofengland.co.uk/knowledgebank/climate-change-what-are-the-risks-to-financial-stability>

¹⁶ Tong, D., Zhang, Q., Zheng, Y., Caldeira, K., Shearer, C., Hong, C., Qin, Y., & Davis, S. J. (2019). Committed emissions from existing energy infrastructure jeopardize 1.5 °C climate target. *Nature*, 572(7769), 373–377.

¹⁷ McGlade, C., & Ekin, P. (2015). The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2 °C. *Nature*, 517(7533), 186–190; SEI, IISD, ODI, Climate Analytics, CICERO, et PNUE. (2019) The Production Gap: The discrepancy between countries' planned fossil fuel production and global production levels consistent with limiting warming to 1.5°C or 2°C. Disponible sur <http://productiongap.org/>

¹⁸ Voir *supra* note 15.

¹⁹ Caldecott, B., Howarth, N. et P. McSharry. (2013). Stranded Assets in Agriculture: Protecting Value from Environment-Related Risks, Smith School of Enterprise and the Environment, Université d'Oxford, p. 7.

²⁰ Buckley, T. (2019, novembre 25). IEEFA update: Global coal power set for record fall in 2019. *Communiqué de presse de l'IEEFA*. <https://ieefa.org/ieefa-update-global-coal-power-set-for-record-fall-in-2019>

²¹ Selon Carbon Tracker, « dans un monde fondé sur l'Accord de Paris, aucun projet ne peut avoir lieu dans les sables bitumineux pendant au moins 20 ans ». Carbon Tracker. (2019). Breaking the Habit – Why none of the large oil companies are "Paris-aligned", and what they need to do to get there. <https://www.carbontracker.org/reports/breaking-the-habit>

²² Une modélisation détaillée a été réalisée par des chercheurs et organisations telles que Carbon Tracker pour indiquer précisément quand les actifs tels que les centrales à charbon devront être mises à l'arrêt pour respecter les objectifs de l'accord de Paris. Voir par ex., Cui, R.Y., Hultman, N., Edwards, M.R. et al. (2019) Quantifying operational lifetimes for coal power plants under the Paris goals. *Nature Communications* 10: 4759; Carbon Tracker (2020). How to waste over half a trillion dollars: The economic implications of deflationary renewable energy for coal power investments. Disponible sur <https://carbontracker.org/reports/how-to-waste-over-half-a-trillion-dollars/>



total ne devraient pas être transférées de l'investisseur vers le gouvernement par le biais d'indemnisations.

S'il reste possible de continuer d'extraire une ressource ou d'utiliser un actif sans excéder le budget carbone, il reste malgré tout important, pour le tribunal, de tenir compte de la manière dont les risques climatiques affectent la valeur de la ressource ou de l'actif en question. Par exemple, au titre de certains scénarii politiques, la demande mondiale de pétrole devrait chuter de manière spectaculaire entre 2025 et 2050 du fait de l'adoption croissante et rapide des véhicules électriques²³. Comme le démontre la crise actuelle, une réduction de la demande peut entraîner une chute des cours du brut. D'autres études prévoient également un déclin du prix du brut, mais fondé sur une surcapacité de production plutôt que sur un effondrement de la demande²⁴. Ce type de scénario découle d'une mentalité d'utilisation obligatoire sous peine de perte définitive (« use it or lose it »), au titre de laquelle les entreprises accélèrent l'exploitation de leurs réserves dans le but d'éviter toute restriction gouvernementale future sur l'extraction²⁵. Ces deux scénarii fondés sur une demande réduite et sur une surcapacité productive jettent des doutes sur la validité des hypothèses des tribunaux (par ex. celui de *ConocoPhillips c. Venezuela*) que les prix du brut augmenteront au fil du temps ou qu'ils peuvent être estimés sur la base des fluctuations récentes.

De toute évidence, l'incertitude demeure quant à la valeur future des combustibles fossiles et de leurs infrastructures. D'aucuns arguent que la nature et l'ampleur des risques de secteurs et parties-prenantes spécifiques sont si incertaines que les coûts sont tout simplement incalculables et devraient être examinés dans le cadre d'une approche « prudente » qui suppose l'existence de risques²⁶. Cette incertitude rend peut-être

certaines méthodes de calcul basées sur la juste valeur marchande (JVM) trop spéculatives. Comme mentionné précédemment, les tribunaux ont largement affirmé que les dommages ne devraient pas être de nature spéculative. À ce titre, et compte tenu de l'incertitude découlant du changement climatique, il serait tout à fait inapproprié de tenter d'évaluer la JVM en identifiant ce qu'un acquéreur hypothétique serait prêt à payer à un vendeur hypothétique sur le marché des actifs fondés sur les combustibles fossiles, et en anticipant les futurs profits par la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie (AFT), ou la méthode AFT dite « moderne ».

En effet, même les méthodes alternatives telles que l'évaluation des coûts non récupérables représenterait très certainement une surindemnisation dans certains cas, puisque les investisseurs peuvent et aurait dû anticiper²⁷ que tout investissement réalisé au cours des 25 dernières années fera face à des risques transitionnels.

Les opportunités et les outils permettant de recouvrer le coût social du carbone

Si les tribunaux souhaitent respecter le principe selon lequel les dommages accordés à l'investisseur devraient lui permettre de retrouver la position qu'il aurait connu « en l'absence » des mesures abusives du gouvernement, ils devraient également veiller à ne pas offrir aux investisseurs dans les combustibles fossiles des subventions néfastes pour la société. Aussi, les sentences devraient tenir compte du fait que les investisseurs sont de plus en plus tenus (par ex. par le biais d'une taxe carbone et des litiges liés au changement climatique) de payer pour les coûts du changement climatique sur la société. Selon nous, si un tribunal détermine que l'État est coupable et qu'il doit payer une indemnisation dans une affaire portant sur les combustibles fossiles, le tribunal devrait alors, en plus de tenir compte des éléments mentionnés plus haut, déduire du montant des dommages accordés ces coûts sociétaux du changement climatique.

Une option pratique s'offre aux tribunaux pour ajuster le montant des dommages : le Coût social du carbone (CSC), un indicateur développé par des chercheurs et

²³ Agence internationale de l'énergie (AIE). (2019). World energy outlook 2019. <https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2019> ; Principes des Nations Unies pour un investissement responsable (n.d.) Inevitable Policy Response Scenario: Forecast Policy Scenario: Macroeconomic results. Disponible sur <https://www.unpri.org/inevitable-policy-response/forecast-policy-scenario-macroeconomic-results/4879.article> (consulté le 22 avril 2020).

²⁴ Michael Barnett "A Run on Oil: Climate Policy, Stranded Assets, and Asset Prices", Disponible sur <https://www.frbsf.org/economic-research/events/2019/november/economics-of-climate-change/files/Paper-7-2019-11-8-Barnett-240PM-1st-paper.pdf>

²⁵ Kotlikoff, L., Polbin, A. et A. Zubarev (2016) "Will the Paris Accord Accelerate Climate Change?", Document de travail NBER n° 22731. Disponible sur <https://www.nber.org/papers/w22731.pdf>

²⁶ Cullen, J. (2018). After 'HLEG': EU banks, climate change abatement and the precautionary principle. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 20, 61-87.

²⁷ Comme cela a été bien documenté, les entreprises de combustibles fossiles sont conscientes de la réalité du changement climatique et ses implications depuis les années 1960. Voir <https://exxonknew.org>.



adoptés par plusieurs gouvernements²⁸. Le Coût social du carbone, ainsi que le Coût social du méthane et du protoxyde d'azote ont également été approuvés par les tribunaux nationaux des États-Unis. Ces indicateurs peuvent être utilisés pour attribuer une valeur en dollars aux effets potentiels des émissions de gaz à effet de serre²⁹. Ils donnent une estimation des coûts, principalement fondée sur les prévisions des effets futurs (qui varient d'un pays à l'autre) et une série de taux d'actualisation³⁰. Si l'on prend l'exemple des États-Unis, au sommet de l'échelle des effets potentiels, avec un taux d'actualisation modéré de 3 %, le Coût social du carbone en 2020 est de 123 USD/tonne en dollars de 2007³¹.

Les effets sur le montant des dommages pourraient être énormes. Par exemple, une étude menée sur la totalité des Coûts sociaux du carbone impayés entre 1995 et 2013 a conclu que ceux-ci étaient supérieurs aux profits du secteur des combustibles fossiles, « indiquant que le secteur des combustibles fossiles ne serait pas viable s'il était tenu de payer les atteintes à la société »³². Si l'on ne développe pas d'approches sur la question, les montants accordés au titre des traités perpétueront « le pillage légal » de la société par le secteur des combustibles fossiles³³.

²⁸ Les États pourraient également anticiper ce problème en lançant des demandes reconventionnelles pour recouvrer ces coûts dès l'ouverture d'une affaire contre une entreprise de combustibles fossiles. Récemment, certains États ont commencé à utiliser les demandes reconventionnelles pour recouvrer les coûts de la réparation des atteintes à l'environnement résultant directement de projets d'investissement, notamment ceux du secteur des combustibles fossiles (voir, par exemple, *Perenco c. Équateur*). Nous sommes conscients du fait que les demandes reconventionnelles échouent souvent, et peuvent être particulièrement à plaider lorsque le lien entre le recours et la mesure contesté est flou. Toutefois, le fait de les lancer force au moins les tribunaux à aborder la question de front et à justifier pourquoi ils rechignent à, au minimum, envisager d'imposer au secteur les coûts de l'adaptation aux changements climatiques. En outre, une réforme visant à élargir la portée des demandes reconventionnelles pourrait également être menée dans le cadre du processus du GT III de la CNUDCI.

²⁹ Voir *Zero Zone Inc. c. le Département de l'Énergie des États-Unis*, 832 F.3d 654 (7^{ème} cir. 2016) (approuvant l'utilisation de la méthodologie pour le calcul des coûts sociaux du carbone par le Groupe de travail interagence sur les Coûts sociaux du carbone).

³⁰ Ricke, K., Drouet, L., Caldeira, K. et M Tavoni (2018) Country-level social cost of carbon, *Nature Climate Change* 8: 895-900.

³¹ Agence pour la protection de l'environnement des États-Unis (EPA). (2016). Factsheet: Social cost of carbon. https://19january2017snapshot.epa.gov/climatechange/social-cost-carbon_.htm

³² Linnenluecke, M., Smith, T., et Whaley, R.E. (2018). The unpaid social cost of carbon: Introducing a framework to estimate "legal looting" in the fossil fuel industry. *Accounting Research Journal*, 31(2), 122-134, p. 123.

³³ « Le terme « pillage » est utilisé en économie et en finance pour faire référence à une situation dans laquelle une société, par le biais de son gouvernement, consent à un contrat inefficace qui perdure. Dans le secteur des combustibles fossiles, le pillage survient lorsque les entreprises ne sont pas tenues de payer pour l'intégralité des dégâts causés par les émissions de CO₂ ». Id., p. 124.

Conclusions

Lorsqu'une décision au titre d'un traité d'investissement accorde une indemnisation à l'investisseur, elle s'accompagne d'effets financiers sur les parties au différend, ainsi que sur les décideurs politiques et les acteurs du marché qui ne sont pas parties au différend, mais aussi d'éventuels effets sur leur comportement. S'agissant des investisseurs, ces effets pourraient donner lieu à un encouragement excessif de l'investissement ; et s'agissant des gouvernements, à un gel réglementaire³⁴. Si ces problèmes existent quelle que soit la nature de l'affaire de RDIE, ils sont particulièrement forts lorsque l'investissement en question est lié au secteur des combustibles fossiles.

Des préoccupations existent déjà quant au fait que le surinvestissement dans ce secteur crée une « bulle carbone » qui pourrait entraîner, lorsqu'elle explosera, une crise financière³⁵. Un régime juridique des investissements qui protège les investisseurs contre les risques transitionnels perpétue le problème du surinvestissement, ce qui a le potentiel de faire grimper les prix de manière artificielle, et d'encourager outre mesure les (ré)investissements dans des actifs qui devraient être abandonnés et des activités qui devraient être interrompues.

Un gouvernement condamné à verser à un investisseur la valeur des profits des années à venir peut se sentir forcé de développer ou d'utiliser ces actifs. Il pourrait s'avérer difficile, politiquement et financièrement, de laisser le pétrole, le gaz et le charbon dans le sol après avoir effectivement payé pour leur vente. Par conséquent, si les évaluations arbitrales des actifs fondés sur les combustibles fossiles ne tiennent pas compte de ces problèmes, les montants accordés accentueront encore la crise climatique.

³⁴ Bonnitca, J., & Brewin, S. (2019). Compensation under investment treaties (avant-projet) (Série des bonnes pratiques de IISD). <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/compensation-treaties-best-practices-en.pdf> ;

Tienhaara, K. (2018). Regulatory chill in a warming world: The threat to climate policy posed by investor-state dispute settlement. *Transnational Environmental Law*, 7(2), 229-250.

³⁵ Mercure, J. F., Pollitt, H., Viñuales, J. E., Edwards, N. R., Holden, P. B., Chewpreecha, U., Salas, P., Sognaes, I., Lam, A., & Knobloch, F. (2018). Macroeconomic impact of stranded fossil fuel assets. *Nature Climate Change*, 8(7), 588-593.



Compte tenu que de nombreux traités n'abordent pas la question de l'évaluation et des dommages, les États et leurs avocats ont toute latitude pour soulever ces points, et les arbitres ont toute discrétion pour les intégrer dans leurs évaluations, même au titre du régime actuel. De plus, à l'heure de se pencher sur la réforme du RDIE, les gouvernements participant aux travaux de la CNUDCI peuvent saisir cette opportunité pour aborder ces questions au niveau multilatéral, en proposant des travaux sur la question des dommages en général, et des dommages accordés aux investissements dans les combustibles fossiles en particulier.

Finalement, il demeure essentiel d'examiner si, et dans quelle mesure, les privilèges offerts par les AII aux investisseurs, notamment ceux du secteur des combustibles fossiles, sont en accord avec les priorités des pays et produisent des bénéfices publiques qui surpassent leurs coûts sociaux. Lorsque les risques et les coûts sont considérés comme excessivement élevés, il est important que les décideurs politiques envisagent alors d'autres options, telles que le retrait du consentement au RDIE et l'extinction des traités³⁶.

Auteurs

Kyla Tienhaara est la Directrice de Recherche pour le Canada en économie et environnement à la Queen's University, Kingston, Canada. **Lise Johnson** est la Responsable de l'unité droit et politique des investissements au Centre de Columbia sur l'investissement durable (CCSI). **Michael Burger** est le Directeur exécutif du Centre Sabin pour le droit climatique à l'Université de Columbia, New York.

³⁶ Voir, par exemple, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), International Institute for Environment and Development (IIED), et Institut international pour le Développement durable (IISD). (2019). *Draft treaty language: Withdrawal of consent to arbitrate and termination of international investment agreements: Submission to UNCITRAL Working Group III on ISDS Reform*. <https://www.iisd.org/sites/default/files/uploads/uncitral-submission-termination-withdrawal-fr.pdf>; Johnson, L., Coleman, J., & Güven, B. (2018). Le retrait du consentement à l'arbitrage investisseur-État et l'extinction des traités d'investissement. *Investment Treaty News*, 9(1), 7–10. <https://www.iisd.org/itn/fr/2018/04/24/withdrawal-of-consent-to-investor-state-arbitration-and-termination-of-investment-treaties-lise-johnson-jesse-coleman-brooke-guven>



ARTICLE 3

Pourquoi les États consentent-ils à l'arbitrage dans leurs lois nationales sur l'investissement ?

Tarald Laudal Berge et Taylor St John



À l'échelle mondiale, 74 pays disposent de lois nationales sur l'investissement qui mentionnent l'arbitrage investisseur-État, et 42 de ces lois prévoient probablement le consentement à ce type d'arbitrage. En d'autres termes, ces lois offrent une base juridique permettant à un tribunal arbitral de décider qu'il a compétence sur le recours d'un investisseur étranger contre le gouvernement. Le fait de donner son consentement dans le cadre de ses lois nationales est pour le moins surprenant, et ce pour plusieurs raisons.

D'abord, le fait de donner son consentement à l'arbitrage peut s'avérer extrêmement coûteux : bon nombre de gouvernements ont dû payer des indemnités énormes et des frais juridiques élevés, puisque plus de 60 affaires d'arbitrage ont basé leur décision quant à la compétence sur les lois nationales relatives à l'investissement¹.

Ensuite, les avantages sont incertains : si les gouvernements espèrent attirer davantage d'investissements, les études ne démontrent pas que le consentement à l'arbitrage dans les lois nationales donne lieu à une augmentation des investissements. Les preuves disponibles suggèrent que le fait de donner accès aux investisseurs à l'arbitrage dans les traités d'investissement

n'entraîne pas une hausse des investissements, donc rien ne porte à croire qu'il en sera différent pour l'accès à l'arbitrage dans les lois nationales².

Troisièmement, les gouvernements ne s'appuient pas sur des modèles de réussite : à notre connaissance, jamais aucun pays développé n'a donné son consentement à l'arbitrage dans ses lois nationales. Alors pourquoi tant de gouvernements le font-ils ?

Dans un article de recherche récent³, nous concluons que les gouvernements sont considérablement plus susceptibles de consentir à l'arbitrage dans leurs lois nationales après avoir reçu des conseils d'une petite unité de la Banque mondiale appelée Service-conseil pour l'investissement étranger (FIAS en anglais). D'après notre analyse, les pays ayant reçu des conseils pour la réforme de leurs lois nationales sont 650 % plus enclins à adopter une loi sur l'arbitrage. Sur les 65 pays qui ont reçu des conseils en matière d'investissement de la part du FIAS, 30 ont par la suite inclus l'arbitrage dans leurs lois.

Qui définit les « pratiques optimales » ?

Le FIAS donne des « conseils relatifs aux politiques des pays d'accueil affectant le flux d'investissement productif privé »⁴. L'un des conseils donnés par les conseillers ou consultants du FIAS porte sur la rédaction des lois nationales de l'investissement. Leurs conseils actuels sont fondés sur le Manuel pour la réforme des lois sur l'investissement de 2010, qui inclut l'accès à l'arbitrage dans les pratiques optimales⁵.

² Bonnitcha, J., Poulsen, L. N. S., & Waibel, M. (2017). *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford University Press, pp. 158–166.

³ Berge, T.L. & St John, T. (2020). Asymmetric diffusion: World Bank 'best practice' and the spread of arbitration in national investment laws. *Review of International Political Economy*, à paraître. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3447365

⁴ FIAS. (2006). *FIAS, the facility for investment climate advisory services: 2006 annual report*. Banque mondiale, p. 8. <<http://documents.banque mondiale.org/curated/fr/314101468162556295/pdf/38018020060FIAS0AnnualReport01PUBLIC1.pdf>>

⁵ FIAS. (2010). *Investment law reform: A handbook for development practitioners*. Banque mondiale, p. 53. <<http://documents.worldbank.org/curated/en/306631474483143823/Investment-law-reform-a-handbook-for-development-practitioners>>

¹ Hepburn, J. (2018). Domestic investment statutes in international law. *American Journal of International Law*, 112(4), 658–706, p. 659.



Lors d'entretiens, les représentants du FIAS ont donné des explications supplémentaires, conformes au *Manuel* :

Pour vous donner un peu de contexte, je pense que nous plaidons pour le RDIE qui est une bonne pratique internationale. Mais aussi pour garantir l'harmonisation des AII⁶.

Je pense que l'idée générale, s'agissant des droits des investisseurs, est de veiller à ce que [la loi] leur donne des droits supérieurs à ceux... déjà offerts dans les AII ou les TBI... ou au moins leur correspondant. Voilà le message clé pour nous... Nous considérons qu'il vaut mieux que vos lois nationales soient en adéquation avec les lois internationales que vous avez déjà accepté il y a 15 ou 20 ans dans le cadre d'un TBI⁷.

Cette définition des « pratiques optimales » n'est pas la plus répandue. D'après nos connaissances, la Banque mondiale est la seule organisation qui recommande aux gouvernements de prévoir l'accès à l'arbitrage investisseur-État dans leurs lois nationales. Si l'OCDE et la CNUDCI mènent souvent des travaux sur les lois nationales, elles n'ont jamais recommandé d'y inclure le consentement à l'arbitrage.

Le processus des conseils FIAS

Officiellement, les gouvernements doivent faire une demande d'assistance technique au FIAS. Toutefois, dans la pratique, l'idée de demander l'assistance du FIAS émane de l'extérieur : elle est souvent suggérée par des représentants d'autres unités du Groupe de la Banque mondiale ou des bureaux nationaux de la Banque mondiale⁸. Les conseillers du FIAS sont souvent invités à se rendre dans les pays tout juste sortis de conflits armés ou dans les premières années de leur indépendance, dans le cadre de programmes généraux de la Banque mondiale et des bailleurs. Les pays donateurs peuvent également avoir une influence sur le choix des pays qui reçoivent une assistance, puisque le FIAS est financé par les donateurs.

Les projets du FIAS relatifs à la réforme du droit de l'investissement commencent par le financement du projet, et le recrutement d'un consultant externe et

d'un juriste local. Ces consultants externes peuvent être amenés à travailler sur le droit de l'investissement dans plusieurs pays. Le consultant, et éventuellement des représentants du FIAS, se rendent dans le pays pour y mener des travaux préliminaires de détermination de la portée de la réforme et de diagnostic des problèmes. Le juriste local rédige ensuite la première mouture de la nouvelle loi sur l'investissement, sur la base du *Manuel pour la réforme des lois sur l'investissement*, ainsi que des exemples de dispositions tels que suggérés par le FIAS. Les projets de lois sont envoyés au FIAS à Washington pour observations.

Les représentants du FIAS soulignent qu'ils ne rédigent jamais de lois, mais ils offrent des commentaires détaillés sur tous les projets de loi⁹. Dans de nombreux pays, un groupe de travail est créé pour discuter d'une nouvelle loi sur l'investissement. Lorsque le FIAS est impliqué, c'est le consultant externe et le juriste local qui participent (même lorsque le FIAS n'est pas impliqué, des parties-prenantes internationales prennent souvent part à ces groupes de travail). Le groupe de travail envoie ensuite généralement le projet de loi à un ministère, avant qu'il ne soit soumis au débat parlementaire, puis promulgué.

Preuves d'un lien entre le FIAS et les clauses d'arbitrage

Après examen des rapports annuels du FIAS, nous avons identifié les pays auxquels les conseillers ou consultants du FIAS ont donné des conseils sur la réforme du droit de l'investissement, ainsi que les dates de ces conseils. Nous avons ensuite recueillis les lois nationales pour identifier la date à laquelle les pays avaient adopté leur première loi sur l'investissement mentionnant ou offrant l'arbitrage investisseur-État. Dans le tableau n° 1, nous proposons trois exemples de lois nationales : la première mentionne l'arbitrage mais n'y consent pas, la deuxième est ambiguë, et la troisième donne consentement à l'arbitrage. Dans une annexe à notre article à paraître¹⁰, nous présentons le texte de toutes les dispositions dans les lois nationales qui mentionnent l'arbitrage, et expliquons en quoi nous pensons qu'elles donnent ou non consentement.

⁶ Entretien avec des représentants du FIAS (A), 2019.

⁷ Entretien avec des représentants du FIAS (B), 2019.

⁸ Entretien avec des représentants du FIAS (B), 2019.

⁹ Entretien avec des représentants du FIAS (A et B), 2019.

¹⁰ Voir Berge & St John, *supra* note 2.



Il existe un lien fort entre la réception de conseils de la part du FIAS et l'adoption de lois sur l'investissement contemplant l'arbitrage. Dans le tableau n° 2, nous dressons la liste des pays qui ont adopté une loi contenant une clause d'arbitrage, entre la création du FIAS en 1986 et 2015. Les lignes grisées indiquent les pays ayant reçu des conseils du FIAS avant l'adoption de la loi.

Trente des 74 pays ayant adopté une loi faisant mention ou donnant consentement à l'arbitrage, avaient reçu des conseils du FIAS sur la réforme de la loi sur l'investissement. Près de la moitié (30 sur 65) des pays conseillés par le FIAS ont par la suite promulgué de nouvelles lois donnant consentement à l'arbitrage. Il s'agit là d'une proportion considérable, compte tenu de l'éventuelle opposition à l'arbitrage, ainsi que des obstacles administratifs et politiques à l'adoption de nouvelles législations.

Une analyse statistique nous a permis de vérifier si un éventail d'autres facteurs, notamment la qualité des institutions nationales, la taille du marché, le niveau de revenu, ou les prêts de la Banque mondiale, avait des effets sur le lien entre les conseils du FIAS et l'adoption de nouvelles lois contenant l'arbitrage. Ce lien, entre conseils du FIAS et adoption de nouvelles lois, reste fort et important, quels que soient les facteurs pris en compte.

Cette ample analyse statistique nous permet également de conclure que les gouvernements plus expérimentés – parce qu'ils ont connu plus d'affaires d'arbitrage investisseur-État ou qu'ils ont ratifié plus de traités d'investissement – sont moins enclins à consentir à l'arbitrage dans leurs lois nationales.

Étude de cas : la loi sur l'investissement de 2003 de la République kirghize

Le Kirghizstan a reçu une assistance technique du FIAS en 1998, 1999 et en 2001, et en 2003, le pays a adopté une loi sur l'investissement incluant le consentement à l'arbitrage. À l'époque, la Banque mondiale jouissait d'une importante présence dans le pays, ainsi que d'autres donateurs et agences d'aide : 65 % de tous les projets de lois de politique économique examinés en 1998 avaient été rédigés par des conseillers externes¹¹.

En 2000, les représentants du FIAS examinèrent un premier projet de loi sur l'investissement, puis un deuxième en 2001¹². La loi sur l'investissement fut adoptée en mars 2003, juste avant que la Banque mondiale n'approuve un large prêt concessionnel pour le pays. L'adoption d'une nouvelle loi sur l'investissement ne faisait pas partie des conditions officielles que le gouvernement kirghize devait respecter avant que le prêt ne soit accordé, mais la Banque mondiale était, sans aucun doute possible, bel et bien aux commandes¹³.

Nous n'avons pas trouvé de preuves indiquant que les investisseurs étrangers poussaient pour l'adoption de lois contenant l'arbitrage. À l'époque, les principaux investisseurs étrangers ayant des intérêts dans le pays étaient des entreprises minières, et même les documents de la Banque mondiale indiquent que ces entreprises préféraient négocier un contrat avec le gouvernement plutôt que de s'appuyer sur la loi nationale : « bon nombre d'investisseurs miniers vont malgré tout tenter de négocier un accord d'investissement distinct avec les autorités, qui pourrait leur offrir de meilleures conditions d'investissement »¹⁴.

Lorsqu'on leur a demandé de décrire les relations avec les fournisseurs d'assistance technique, les parties-prenantes kirghizes indiquent que les conseillers étrangers « n'ont pas l'ascendance » sur les locaux. L'une de ces dernières souligne qu'il y a souvent des désaccords dans les groupes de travail, sans toutefois prendre la forme des « institutions étrangères faisant pression et des locaux résistant », les clivages dépendant généralement des ministères ou des emplois affectés par la nouvelle loi¹⁵. Pourtant, cette même personne

¹¹ Cooley, A., & Ron, J. (2002) The NGO scramble: Organizational insecurity and the political economy of transnational action. *International Security*, 27(1), 5–39. Page 19.

¹² Banque mondiale. (2000). *Foreign Investment Advisory Service (FIAS) program bi-annual report for FY1999 and FY2000*. <<http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/157351468140977121/Foreign-Investment-Advisory-Service-FIAS-program-bi-annual-report-for-FY1999-and-FY2000>>Banque mondiale. (2001). *Foreign Investment Advisory Service – FIAS – program annual report for FY2001*. Banque mondiale <<http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/232081468315279003/Foreign-Investment-Advisory-Service-FIAS-program-annual-report-for-FY2001>>.

¹³ Banque mondiale. (2009). *Implementation completion and results report on a IDA credit to the Kyrgyz Republic for a governance structural adjustment credit*. Réseau Lutte contre la pauvreté et gestion économique de la Banque mondiale, p. 5. <<http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/701871468088751662/Kyrgyz-Republic-Governance-Structural-Adjustment-Credit-Project>>

¹⁴ Banque mondiale. (1998). *Memorandum of the President of the International Bank for Reconstruction and Development, the International Development Association and the International Finance Corporation to the Executive Directors on a joint country assistance strategy of the World Bank Group for the Kyrgyz Republic*. World Bank, p. 6. <<http://documents.worldbank.org/curated/en/701741468047937233/text/multi-page.txt>>

¹⁵ Entretien avec des représentants kirghizes (B), 2019.



indiquait que parfois il n'y a pas de divisions au sein du gouvernement. Lorsqu'on lui a demandé d'indiquer qui était pour ou contre l'inclusion de l'arbitrage dans la loi nationale, la personne a répondu : « je crois que le gouvernement n'y a pas beaucoup prêté attention en 2003, parce que nous n'avions aucune affaire. Si cela avait été le cas, le gouvernement dans son ensemble se serait prononcé contre »¹⁶.

Depuis 2003, la République kirghize a tenu le rôle de défendeur dans 14 affaires d'arbitrage connues, et dans au moins 5 de ces affaires, la compétence du tribunal était fondée sur la loi sur l'investissement de 2003¹⁷. La République kirghize paye très cher les conséquences de cette loi.

Implications

Plusieurs États ont amendé leur lois sur l'investissement pour en retirer le consentement à l'arbitrage, notamment l'Égypte et El Salvador. Les mises à jour apportées par la Côte d'Ivoire à sa loi sur l'investissement, notamment le retrait du consentement à l'arbitrage, ont déjà été abordées dans ITN¹⁸. Pourtant, d'autres gouvernements continuent de recevoir des conseils selon lesquels le consentement à l'arbitrage demeure une pratique optimale. Nous recommandons aux représentants gouvernementaux envisageant d'offrir le consentement de se pencher sur l'expérience d'autres pays. Les éléments de preuves démontrent clairement que le consentement à l'arbitrage dans la loi nationale s'accompagne de coûts extrêmement élevés, et n'apporte, à notre connaissance, aucun bénéfice.

Auteurs

Tarald Laudal Berge est doctorant en Sciences politiques à l'Université d'Oslo.

Taylor St John est Maître de conférences en Relations internationales à l'Université de St. Andrews.

¹⁶ Entretien avec des représentants kirghizes (B), 2019.

¹⁷ *Sistem c. Kirghizstan* (2006) ; *Nadel. c. Kirghizstan* (2012) ; *Levitis c. Kirghizstan* (2012) ; *Stans Energy c. Kirghizstan* (II) (2015) ; et *Consolidated Exploration c. Kirghizstan* (2013).

¹⁸ Kebe, M., Atteib, M., & Sangare, M. (2019). Le nouveau Code des investissements en Côte d'Ivoire : focus sur les enjeux relatifs au développement durable et au règlement de différends. *Investment Treaty News*, 10(3), 8–10. <https://www.iisd.org/itn/fr/2019/09/19/ivory-coasts-new-investment-code-focus-on-issues-related-to-sustainable-development-and-dispute-settlement-mouhamed-kebe-mahamat-atteib-mouhamoud-sangare>

Tableau n° 1. Trois exemples de dispositions sur l'arbitrage incluses dans les lois nationales.

Pas de consentement	<p>Loi de l'Azerbaïdjan sur l'investissement étranger (1992), article 42 : Les différends ou désaccords survenant entre investisseurs étrangers et entreprises détenant des investissements étrangers, d'une part, et des organes d'État de la République d'Azerbaïdjan, entreprises, organisations publiques et autres entités juridiques de la République d'Azerbaïdjan, d'autre part, et les différends et désaccords entre des actionnaires de l'entreprise détenant des investissements étrangers et l'entreprise elle-même, doivent être réglés par les tribunaux de la République d'Azerbaïdjan ou, sur accord des parties, par un tribunal d'arbitrage, y compris les tribunaux arbitraux étrangers.</p>
Ambigu	<p>Loi sur l'investissement du Bélarus (2013), article 13 : Si les différends qui ne sont pas renvoyés à la compétence exclusive des tribunaux de la République du Bélarus, survenant entre un investisseur et la République du Bélarus, ne sont pas réglés au titre d'une procédure préliminaire [...] ces différends peuvent alors, au gré de l'investisseur, être également réglés :</p> <ul style="list-style-type: none"> • par un tribunal arbitral établi pour le règlement de chaque différend spécifique, en vertu du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), à moins que les parties n'en conviennent autrement ; • par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) si l'investisseur étranger est un ressortissant ou une personne morale de l'un des États membres de la [Convention du CIRDI].
Consentement	<p>Code de l'investissement du Burundi (2008), article 17 : Les différends Le règlement des différends relatifs à l'application du code des investissements entre le Gouvernement et l'investisseur et qui ne sont réglés par voie amiable se réalise conformément aux lois et règlements de fonds et de procédure en vigueur au Burundi. Le règlement des différends peut-être réalisé, au choix de l'investisseur, par un arbitrage institutionnel interne ou par un arbitrage international. Lorsqu'il est fait recours à l'arbitrage international, celui-ci se conformera aux règles d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements en vigueur au moment de la réalisation des investissements auxquels le différend est lié.</p>



Tableau n° 2. Lois nationales faisant mention ou donnant consentement à l'arbitrage

(Les lignes grisées indiquent les pays ayant reçu des conseils du FIAS)

Pays	Année d'adoption de la loi avec arbitrage	
	Mention	Consentement
Afghanistan		2005
Albanie		1993
Algérie	1993	
Azerbaïdjan	1992	
Belarus		2013
Bénin		1990
Bolivie	1990	
Bosnie Herzégovine	1998	
Burkina Faso		1995
Burundi		2008
Cambodge	1994	
Cameroun		1990
Cap Vert		1993
Chine	1988	
Colombie	2000	
Côte d'Ivoire		1995
Équateur	1997	
El Salvador		1999
Fiji	2004	
Gambie		2010
Géorgie		1996
Ghana		1994
Guinée		1987
Guyana		2004
Honduras		2011
Îles Salomon	2005	

País	Año de la ley que incluye arbitraje	
	Mención	Consentimiento
Indonésie	2007	
Iran	2002	
Iraq	2006	
Jordanie		1994
Kazakhstan		1994
Koweït	2013	
Kirghizstan		2003
Liberia		2010
Libye	2010	
Lituanie		1999
Madagascar		2008
Malawi	1992	
Mali		1991
Mauritanie		2002
Moldova	2004	
Mongolie		2013
Monténégro	2011	
Mozambique	1993	
Namibie	1990	
Népal		1992
Nicaragua		2000
Niger		1989
Nigeria		1995
Oman	1994	
Ouganda	1991	
Ouzbékistan	1998	
Papouasie-Nouvelle-Guinée	1992	
Paraguay	1992	
Qatar	2000	



Pays	Année d'adoption de la loi avec arbitrage	
	Mention	Consentement
République centrafricaine	2001	
Rép. dém. du Congo		2002
Russie	1999	
Rwanda	2015	
Sierra Leone		2004
Somalie		1987
Soudan	2013	
Soudan du Sud		2009
Syrie		2007
Tadjikistan	2007	
Tanzanie	1997	
Tchad	2008	
Timor oriental	2005	
Togo		1989
Tonga	2002	
Turquie	2003	
Venezuela	1999	
Yémen		2010
Zambie	2006	



ARTICLE 4

Le traité sur l'investissement durable au service de l'atténuation et de l'adaptation au changement climatique : un modèle pour orienter le droit international vers les investissements dans les énergies renouvelables et la transition vers une économie faible en carbone

Sofia de Murard



La plupart des traités d'investissement ne font pas de distinction entre les investissements qui contribuent au développement durable, tel que les projets d'énergie renouvelable, et ceux qui n'y contribuent pas. Toutefois, compte tenu des préoccupations croissantes liées au changement climatique, et du récent Accord de Paris, les États sont incités à revoir la conception du droit international de l'investissement dans le but d'encourager les investissements dans les énergies renouvelables et de faciliter la transition vers une économie faible en carbone.

Dans le présent article, j'analyse le Traité sur l'investissement durable au service de l'atténuation et de l'adaptation au changement climatique (TID), vainqueur du prix du Stockholm Treaty Lab. Je présente d'abord le modèle du TID, que les États pourraient adopter pour favoriser l'investissement international dans la transition de systèmes énergétiques intensifs en carbone, vers des systèmes faibles en carbone. J'aborde ensuite certaines des difficultés liées à la mise en œuvre du modèle du TID, et propose quelques pistes d'amélioration. Enfin, j'analyse comment l'on peut utiliser le TID pour améliorer les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) actuels et futurs.

1. Commentaire critique du TID comme modèle de TBI pour les énergies renouvelables

Le TID avance trois objectifs principaux : reléguer « l'investissement non durable » ; promouvoir « l'investissement durable » ; et veiller à une transition équitable vers des économies et des sociétés durables qui permettent aux signataires de se conformer aux objectifs fixés dans l'Accord de Paris (art. 1(2))¹.

Le TID permet à chaque État partie de choisir les secteurs, sous-secteurs ou activités qu'il considère comme étant éligibles aux « investissements durables » en les indiquant dans une liste en annexe I. De la même manière, chaque État partie dressera la liste des secteurs, sous-secteurs ou activités de « l'investissement non durable » aux fins du TID, en annexe II. Ainsi, chaque État partie peut adapter les définitions des investissements « durables » et « non durables » à la capacité actuelle de son économie et de son marché de l'énergie.

Le TID cherche à reléguer les investissements non durables en leur reniant la protection offerte par le traité²; il interdit l'établissement de nouveaux investissements non durables et restreint l'expansion des investissements non durables existants. Il va même jusqu'à encourager la discrimination entre les

¹ Tout au long du présent article, les références entre parenthèses à des articles renvoient à : The Creative Disrupters. (2018). *Treaty on sustainable investment for climate change mitigation and adaptation [TSI]* (Traité sur l'investissement durable au service de l'atténuation et de l'adaptation au changement climatique [TID]). <http://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf>. Voir également <https://sdg.iisd.org/commentary/guest-articles/tackling-climate-change-through-sustainable-investment-all-in-a-treaty>

² The Creative Disrupters. (2018). *Treaty on sustainable investment for climate change mitigation and adaptation: Argumentation demonstrating how the model treaty meets the assessment criteria*, p. 4 [The Creative Disrupters' Argumentation]. <http://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/The-Creative-Disrupters-Argumentation.pdf>



investissements durables et non durables dans le but d'éliminer complètement ces derniers. Par ailleurs, il impose à tous les investissements des obligations visant à fixer des normes de performance environnementale élevées. Ces obligations incluent la responsabilité sociale des entreprises, la lutte contre la corruption et la transparence, le respect du droit international et national général, ainsi que des normes environnementales, des droits humains et du travail, parmi tant d'autres.

D'autre part, le TID accorde les protections du traité aux investissements définis comme durables, tout en s'éloignant des protections classiques offertes aux investisseurs au titre des TBI traditionnels³. Ses définitions de l'expropriation, de la non-discrimination et de la norme de traitement sont très précises afin d'éviter les très larges interprétations que les tribunaux arbitraux ont rendu par le passé. Il retire expressément les normes TJE, de la protection et la sécurité intégrales, des attentes légitimes et de l'expropriation indirecte, ainsi que les droits de procédure, pour les investissements non durables (art. 3(3) et (4)).

Le TID contient également des mesures encourageant les États à protéger l'environnement. Il offre des voies de recours aux citoyens qui souhaitent protester contre les États, les investisseurs ou les investissements qui ne respecteraient pas leurs obligations au titre du TID. Les États ont l'obligation d'appliquer les accords internationaux relatif à l'environnement existants, et de préparer l'abandon progressif du subventionnement des combustibles fossiles et d'autres mesures incitatives aux investissements non durables⁴.

Pour remplir son objectif de promotion des investissements durables, le TID accorde à ces derniers une position privilégiée puisqu'ils peuvent bénéficier de droits et de normes de procédure. Il impose également aux États l'obligation d'encourager les investissements durables en leur accordant un traitement non discriminatoire dans des circonstances similaires.

Le TID reconnaît que son cadre est un exemple parmi tant d'autres dans le droit public international. Il cherche donc à harmoniser les régimes commerciaux et d'investissement internationaux de ses États parties

en spécifiant que les parties au TID s'engagent à ne pas contester, dans le cadre de l'OMC, d'éventuelles subventions accordées aux investissements durables, dans le but de tendre vers l'harmonisation⁵.

Le TID régleme également la transition équitable vers une société durable en mettant l'accent sur la protection des droits des travailleurs, puisque la transition vers une économie faible en carbone perturbera nécessairement le marché du travail. Les citoyens disposent de droits de procédure leur permettant de contester les actions de l'État si celles-ci violent les obligations du pays au titre du traité, leur donnant effectivement voix au chapitre⁶.

Le TID rééquilibre les relations entre États et investisseurs en imposant à ces derniers des obligations significatives, et en donnant aux premiers plus de droits. En effet, le traité étend le droit de lancer un arbitrage aux États, conférant ainsi un caractère bilatéral au règlement des différends. Il établit également un comité conjoint chargé de contribuer à l'interprétation et à l'application du traité, ainsi qu'un point de contact national pour aider au développement des relations entre investisseurs et États hôtes. Il crée également ses propres tribunal et organe d'appel, dans le but de donner naissance à une jurisprudence cohérente sur l'interprétation du TID.

Le TID propose une refonte radicale des modèles de TBI traditionnels, et vise à répondre aux principales critiques que connaît le régime. Sa stratégie consiste donc à proposer de nouvelles normes de traité qui ne bénéficient qu'aux seuls investissements durables, et de nouveaux tribunaux chargés de les interpréter et de les appliquer de manière cohérente. Point important, les auteurs du TID sont conscients que ce modèle s'éloigne radicalement du régime actuel de l'investissement : le TDI propose donc des dispositions portant sur une transition vers les objectifs ambitieux qu'il assigne aux États hôtes, et tient compte du niveau de développement de chaque pays.

³ The Creative Disrupters' Argumentation, *supra* note 2, pp. 6–7.

⁴ The Creative Disrupters' Argumentation, *supra* note 2, pp. 7–8.

⁵ The Creative Disrupters' Argumentation, *supra* note 2, pp. 10–11.

⁶ The Creative Disrupters' Argumentation, *supra* note 2, pp. 15–16.



2. Les difficultés de mise en œuvre du TID et les pistes d'amélioration

Le modèle du TID vise les dirigeants désireux d'engager des réformes drastiques dans le but de répondre à la crise climatique. En dépit d'efforts visant à faciliter son adoption, comme par exemple le fait d'offrir aux États la possibilité de désigner, au fil du temps, les industries « non durables », les effets du TID pourraient être limités si seule une poignée de pays souhaite l'adopter comme modèle. Plusieurs facteurs pourraient en effet compliquer son adoption et, au final, l'ampleur de ses effets.

Compte tenu que le TID propose un régime plus équilibré entre États hôtes et investisseurs, ces derniers pourraient se lancer dans le « treaty-shopping » pour obtenir les protections d'anciens traités plus avantageux. Les pays devront donc réformer complètement l'ensemble de leurs TBI avant que le TID ne porte réellement ses fruits. Par ailleurs, les effets du TID pourraient être affaiblis par les contrats d'investissement existants donnant accès au RDIE au titre du régime traditionnel de l'investissement. Il semble donc que le principale obstacle au TID, et à la réalisation de tous ses effets, soit le temps nécessaire à la réforme des traités d'ancienne génération et à l'expiration des contrats existants.

Dans la réalité, le déséquilibre dans le pouvoir relatif de négociation des éventuels signataires du traité constitue un autre obstacle potentiel à l'adoption généralisée du TID. Les économies en développement ou plus petites pourraient avoir du mal à imposer un tel changement radical à des partenaires au traité plus importants ou plus puissants. Le succès du TID dépend donc de la volonté de pays influents tournés vers l'avenir d'adopter et de promouvoir ce modèle de protection des investissements.

Il se pourrait par ailleurs que certains États ne disposent pas de l'expertise ou des ressources économiques nécessaires à la mise en œuvre des obligations institutionnelles découlant du TID. Le traité anticipe cette éventuelle difficulté liée à l'établissement de son comité conjoint, et suggère des compositions alternatives au cas où des pays en développement seraient impliqués (art. 10(1)). Toutefois, les pays en développement seraient malgré tout tenus de nommer des personnes au sein de ses agences d'État représentant divers domaines tels que l'énergie, l'environnement et le changement climatique, entre autres, et de créer un point de contact national. Le TID aborde la question de la capacité des États à remplir leurs obligations au titre du TID dans

d'autres articles, en prévoyant que « L'État partie A apportera une assistance technique à l'État partie B dans la mise en œuvre du présent article » (par exemple l'art. 6(3)(4) sur l'obligation de transparence de mettre les lois et réglementations des États parties à la disposition du public). Les articles ne contiennent toutefois pas de dispositions définissant les institutions du TID ; il serait donc bon d'inclure des dispositions similaires sur les obligations institutionnelles au titre du TID, afin d'alléger la tâche des pays en développement.

Le caractère révolutionnaire du TID risque donc bien de freiner sa généralisation. Seuls les États axés sur les énergies renouvelables, désireux de tester de nouveaux modèles d'investissement, suffisamment influents pour imposer les changements profonds du TID à d'autres pays, et suffisamment développés pour établir de nouvelles institutions potentiellement coûteuses, seront en mesure d'adopter le TID. De plus, le plein potentiel du TID dépend d'une large adoption. Il devra donc certainement attendre pour que son influence se fasse pleinement sentir dans le régime de l'investissement.

3. Le TID peut inspirer la prochaine génération de TBI

Le TID peut être utilisé pour améliorer la prochaine génération de TBI, en ce qu'il illustre une approche complète des problèmes actuels de procédure et de fond que connaît le régime des traités internationaux d'investissement. Bon nombre des TBI de nouvelle génération tentent eux aussi de régler ces mêmes problèmes, mais de manière plus fragmentée. Par exemple, l'AECG adopte une stratégie similaire à celle du TID pour répondre aux problèmes procéduraux du régime, en ayant recours à des membres présélectionnés pour siéger à ses propres tribunaux *ad hoc* et d'appel. Mais ses dispositions de fond, telles que les clauses NPF et du traitement national, sont très larges et pourraient être améliorées en adoptant l'approche du TID qui consiste à définir plus précisément certaines normes, telles que le traitement national, ou en excluant tout bonnement la clause NPF. Le modèle de TBI indien et le TBI Maroc-Nigeria tentent tous deux de régler les problèmes de fond en redéfinissant les normes du traité et en employant des manières innovantes pour équilibrer les droits et les obligations des investisseurs et des États. Mais le modèle de TBI indien pourrait gagner à mentionner explicitement les objectifs de développement durable et à créer un tribunal d'appel dans le but d'harmoniser les décisions arbitrales. De même, le TBI Maroc-Nigeria serait grandement amélioré par la création de son propre tribunal arbitral *ad hoc*



et mécanisme d'appel. En général, tous ces traités susmentionnés pourraient encourager la discrimination entre les investissements durables et non durables pour cibler le développement d'investissements dans les énergies renouvelables, en offrant aux premiers plus de protection qu'aux seconds.

Le TID pourrait donc servir de guide à de nouvelles générations de TBI, puisqu'il offre une stratégie cohérente pour répondre aux critiques que connaît le régime international des traités d'investissement, et promeut l'investissement durable de manière ciblée.

4. Conclusion

Le TID fait face à des défis, compte tenu de l'infrastructure persistante de l'ancien régime d'investissement et des difficultés liées à sa mise en œuvre. Malgré tout, il répond à la plupart des critiques au cœur du tollé contre les traités d'ancienne génération et leurs mécanismes RDIE. Les États désireux de dégager une plus grande marge de manœuvre politique dans le but de promouvoir l'investissement durable pourraient se tourner vers le TID, qui constitue une approche avant-gardiste de la protection des investissements, et propose de nombreuses améliorations par rapport aux traités d'investissement existants.

Auteure

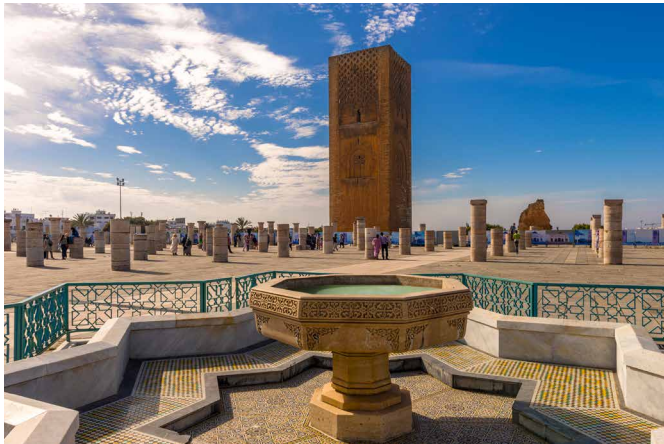
Sofia de Murard est une avocate de New York, travaillant actuellement dans l'arbitrage international à Paris. Elle détient une licence en études juridiques internationales de l'Université de New York, un master en droit privé international de l'Université de la Sorbonne, ainsi que deux licences en droit français et en droit britannique de l'Université de la Sorbonne et du King's College de Londres, respectivement.



ARTICLE 5

Le modèle de TBI du Maroc : caractéristiques innovantes et considérations politiques

Hamed El-Kady et Yvan Rwananga



1. Contexte et introduction

Face au nombre croissant de recours présentés par des investisseurs contre des pays d'accueil au titre de TBI, et des montants exorbitants accordés à ces investisseurs par les tribunaux arbitraux, le Maroc a entrepris de réviser son modèle de TBI au moyen d'une approche souple et rationnelle visant à apporter les ajustements nécessaires, tout en maintenant la politique d'ouverture du Royaume à l'IDE.

Un groupe de travail établi en 2015 a été chargé d'élaborer un nouveau modèle de TBI. Ce groupe a d'abord mené une évaluation générale des TBI marocains d'ancienne génération, ainsi qu'un examen de l'évolution récente du droit international de l'investissement, dans le but d'identifier les domaines de réforme. Le groupe a finalisé un premier projet de modèle de TBI en 2016, qui fut soumis à une consultation nationale en 2017. Au terme du processus de consultation, auquel avaient pris part diverses parties, le projet de texte fut présenté à la CNUCED pour examen en juillet 2018. La Commission paracheva son examen en septembre 2018, après quoi le Maroc publia le modèle, en décembre 2019.

C'est sur cette toile de fond que nous examinons une sélection de dispositions clés du nouveau modèle de TBI du Maroc¹, qui serviront certainement de base au Maroc

pour la (re)négociation de ses TBI et autres accords régionaux d'investissement.

2. Le préambule

D'emblée, le nouveau modèle de TBI marocain souligne que le développement durable doit être l'une des pierres angulaires du régime d'investissement du pays. Le préambule précise que le souhait des parties au traité de créer et d'encourager la coopération économique doit être en accord avec la recherche de développement durable dans ses dimensions économiques, sociales et environnementales, et que le droit corollaire des États de conserver suffisamment de marge de manœuvre pour adopter et mettre en œuvre des mesures politiques dans des domaines essentiels (tels que la santé publique, l'environnement et le travail) ne doit pas être compromis (préambule, para. 3). Le préambule souligne également le rôle clé que les investissements doivent jouer dans la promotion du développement durable et dans la réalisation des objectifs connexes de réduction de la pauvreté, de création d'emplois et de développement humain.

Le préambule ne se contente pas de mentionner le développement durable, il l'élève au rang des objectifs suprêmes du traité d'investissement, ce qui témoigne de l'importance que le Maroc attache au développement durable. Si le préambule d'un traité ne contient pas d'obligations contraignantes et exécutoires, il offre le contexte à la lumière duquel les obligations de fond du traité doivent être interprétées². Ainsi, le fait de placer le développement durable en tête du préambule, avec d'autres objectifs tels que le renforcement de la coopération économique, aidera les personnes amenées à interpréter le traité à comprendre l'intention des parties d'accorder au développement durable une place centrale. Cette stratégie est conforme aux options élaborées dans le Cadre pour les politiques

¹ Tout au long du présent article, les références aux articles entre parenthèses renvoient à : Royaume du Maroc. (2019, juin). *Accord entre le Royaume du Maroc et ... pour la promotion et la protection réciproques des investissements*. [Le modèle de TBI du Maroc] <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5895/download>

² Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980 [CVDT], Art. 31. <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-french.pdf>.



d'investissement au service du développement durable (IPFSD)³ de la CNUCED.

3. La définition de l'investissement

Le fait de n'accorder les protections et avantages du traité qu'aux seuls actifs étrangers apportant des bénéfices concrets au pays d'accueil est l'un des moyens de cibler les investissements propices au développement durable. Cela exige d'identifier des indicateurs permettant d'évaluer si un investissement comporte ou non les bénéfices que l'État d'accueil recherche, et de définir « l'investissement » sur la base de ces indicateurs. C'est l'approche adoptée dans le modèle de TBI du Maroc, conformément aux TBI de nouvelle génération⁴ et aux options politiques de l'IPFSD⁵. Aux termes du modèle, un investissement est un actif qui contribue, pendant une certaine durée, au développement durable du pays d'accueil, et qui comporte l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains et la prise de risques (art. 3(3)).

Si les critères de l'engagement de capitaux, l'attente de gains et la prise de risques sont désormais communs dans les AII modernes, le fait d'exiger d'un investisseur qu'il contribue au développement durable ou économique du pays d'accueil reste encore assez rare⁶, même s'il est de plus en plus inclus. Cela s'explique peut-être par l'absence d'accord sur la définition et les limites précises de ce critère, une ambiguïté qui a poussé certains tribunaux à rejeter ce critère, ou à l'appliquer de manière incohérente⁷. Pour se parer contre une telle difficulté, le modèle de TBI marocain propose des indicateurs permettant de mesurer la

contribution d'un investissement au développement durable : une capacité productive accrue, la croissance économique, la qualité des emplois créés, la durée de l'investissement, les transferts de technologie et la réduction de la pauvreté (art. 3(3)). Cette liste non exhaustive d'indicateurs guidera les personnes amenées à interpréter le traité, et permettra d'éviter les interprétations incohérentes et de garantir la certitude juridique. Pratique encore peu répandue dans les nouveaux AII, l'utilisation de tels indicateurs témoigne de la nature innovante du modèle marocain.

4. La définition de l'investisseur

La définition de « l'investisseur » contenue dans le modèle de TBI marocain est conforme à la pratique récente des AII consistant à affiner la portée des investisseurs couverts. Au titre du modèle, les personnes physiques ressortissantes des deux pays d'origine et d'accueil ne sont pas reconnues comme investisseur sauf si, au moment de réaliser l'investissement dans le pays hôte, leur résidence et leur activité principales se trouvent dans le territoire de l'autre État. S'agissant des personnes juridiques, le traité ne couvre que les entités constituées ou organisées conformément aux lois de l'une des parties, qui y ont leur siège et y mènent des activités commerciales substantielles. Pour une meilleure lisibilité, le modèle propose en outre une liste non exhaustive de critères indicatifs permettant de définir les activités commerciales substantielles (art. 3(4)).

Le modèle permet également aux parties de refuser d'accorder les bénéfices du traité à un investisseur ou investissement détenu ou contrôlé par des personnes ressortissantes d'une tierce partie ou de la partie qui refuse d'accorder les bénéfices (art. 25). Le fait d'inclure ces limites à la définition de l'investisseur élimine le risque d'abus découlant de l'utilisation d'entreprises « boîtes postales », du « treaty shopping » et de pratiques opportunistes par des investisseurs qui ne peuvent être bénéficiaires des avantages du traité⁸.

³ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. (2015). *Cadre de politique de l'investissement pour le développement durable*. CNUCED [l'IPFSD de la CNUCED], options politiques 1.1.0 à 1.1.2. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf

⁴ Voir par exemple, le Modèle d'accord d'investissement des Pays-Bas, art. 1. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download> ; le Modèle de TBI de l'Union économique Belgique-Luxembourg, art. 2. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5854/download> ; et l'Accord de protection des investissements UE-Vietnam, art. 1(2). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download>

⁵ IPFSD de la CNUCED, *supra* note 3, options politiques 2.1.1 et 2.1.2.

⁶ D'autres modèles de TBI récents n'incluent pas ces caractéristiques, tels que le Modèle d'accord d'investissement des Pays-Bas et le Modèle de TBI de l'Union économique Belgique-Luxembourg ; voir *supra* note 4. Voir également le TBI Burkina Faso-Turquie. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5910/download>

⁷ Hussein, D. (2015). Contribution to the host state development: A marginalised criterion? *BCDR International Arbitration Review*, 2(2), 289-304. <https://www.kluwerlawonline.com/preview.php?id=BCDR2015015>

⁸ IPFSD de la CNUCED, *supra* note 3, p. 94. Voir également les options politiques 2.2.1 et 2.2.2 de l'IPFSD.



5. Le traitement juste et équitable (TJE)

Le TJE est l'une des dispositions les plus controversées et contestées dans l'arbitrage en matière d'investissements. Comme les traités d'ancienne génération contenaient des dispositions TJE largement formulées et imprécises, et compte tenu de l'absence de prescriptions juridiques claires dans le droit international de l'investissement quant à la notion de justesse et d'équité⁹, les investisseurs les ont considérées comme une protection illimitée et les ont systématiquement utilisées pour contester, avec grand succès, les mesures des États d'accueil qui, selon eux, affectaient négativement leurs investissements. Dans le but de limiter cette possibilité, et de réduire les risques d'abus du TJE, le modèle de TBI du Maroc clarifie méticuleusement le sens du TJE et en délimite la portée, en dressant une liste exhaustive des obligations dont la violation constitue une violation du TJE (art. 6) : le déni de justice dans une procédure pénale, civile ou administrative ; une violation fondamentale des procédures légales établies ; une discrimination pour motifs illicites, tels que le sexe, la race ou les croyances religieuses ; ou le traitement abusif des investisseurs, tels que le harcèlement, la coercition et la pression¹⁰.

Le modèle reflète un effort manifeste de préserver le droit des États d'accueil de réglementer en spécifiant explicitement que certaines actions du gouvernement et d'autres circonstances ne peuvent être considérées comme équivalant à une violation du TJE. Un élément clé est l'indication expresse que la disposition TJE n'empêche pas les États d'adopter des mesures réglementaires visant des objectifs politiques légitimes, tels que la protection de l'ordre public, la santé publique ou l'environnement. Il est primordial de préserver la marge de manœuvre politique des parties pour atteindre les objectifs de développement durable¹¹.

6. Les dispositions sur la non-discrimination

Les dispositions sur la non-discrimination contenues dans le modèle de TBI marocain sont conformes aux meilleures pratiques internationales actuelles, telles que celles compilées dans l'IPFSD de la CNUCED. Conformément à la pratique désormais courante, le traitement national et le traitement NPF sont limités aux seuls investisseurs se trouvant « dans des circonstances similaires ». De plus, le modèle propose des points de référence clairs à prendre en compte à l'heure d'analyser les « circonstances similaires » (art. 7(2)).

Conformément à l'option politique 4.1.2. de l'IPFSD de la CNUCED, le modèle clarifie, s'agissant de la clause de traitement national, que l'État d'accueil conserve le droit d'accorder aux investisseurs de l'autre partie et à leurs investissements un traitement distinct de celui accordé à ses propres investisseurs dans certains secteurs économiques. Lorsque le programme national de développement envisage le développement de nouvelles industries nationales et la nécessité de les protéger au stade embryonnaire, le fait d'être suffisamment souple pour différencier les investisseurs nationaux des investisseurs étrangers en leur offrant un traitement préférentiel dans ces secteurs pourrait s'avérer un outil essentiel pour la mise en œuvre dudit programme¹².

S'agissant du traitement NPF, le modèle est tout aussi conscient de la nécessité d'éviter toute réduction indirecte de la marge de manœuvre réglementaire découlant de l'incorporation d'obligations contenues dans d'autres AII. À cette fin, la portée de la clause NPF est soigneusement délimitée afin d'éviter toute interprétation trop large pouvant donner lieu à un tel résultat. Une limite importante de la portée du traitement NPF, qui fait écho à l'option politique 4.2.2 de l'IPFSD, est l'exclusion des procédures relatives au règlement des différends en matière d'investissement entre investisseurs et États prévues dans d'autres AII et accords commerciaux (art. 8(3)). Le modèle prévoit d'autres exceptions aux clauses NPF et du traitement national dans le but de protéger la marge de manœuvre politique (art. 9).

⁹ IPFSD de la CNUCED, *supra* note 3, p. 83.

¹⁰ De précédents modèles de TBI incluaient des libellés similaires du TJE, notamment ceux de l'Union économique belgo-luxembourgeoise, des Pays-Bas et de la Slovaquie. Tous sont disponibles sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

¹¹ IPFSD de la CNUCED, *supra* note 3, options politiques 4.3.2 et 4.3.3.

¹² IPFSD de la CNUCED, *supra* note 3, p. 96.



7. L'expropriation

Comme il est de coutume dans l'élaboration des traités d'investissements, le modèle de TBI marocain préserve le droit des États de nationaliser ou d'exproprier, soumis au quatre conditions habituelles : la mesure expropriatoire doit être prise (i) dans l'intérêt public, (ii) conformément à la procédure légale établie, (iii) de manière non discriminatoire et (iv) être assortie d'une indemnisation (art. 10(1)). Cette disposition sur l'expropriation reflète le choix politique du Maroc de couvrir l'expropriation indirecte et directe (art. 10(8)), ce qui contraste avec la pratique récente de certains États consistant à omettre délibérément l'expropriation indirecte¹³.

Préoccupé par l'incertitude découlant souvent de l'absence de limites précises entre l'expropriation indirecte et l'adoption légitime de mesures politiques¹⁴, le modèle marocain propose des facteurs indicatifs à prendre en compte pour déterminer si une mesure équivaut ou non à une expropriation indirecte (art. 10(8)(b)). Toutefois, et c'est plus important encore, il souligne que des mesures non discriminatoires adoptées de bonne foi pour protéger des intérêts publics légitimes, telles que la protection de la santé publique, la sûreté, l'environnement ou les droits du travail, ne constituent pas une expropriation indirecte et pourraient ne pas ouvrir droit à une demande d'indemnisation. En offrant aux investisseurs une protection contre l'expropriation indirecte tout en veillant à ce qu'elle n'empiète pas sur la marge de manœuvre réglementaire d'un État, le modèle établit un équilibre délicat entre les intérêts des investisseurs et ceux des États.

8. Les obligations et responsabilités des investisseurs

Le modèle de TBI du Maroc comporte une section détaillant les obligations et responsabilités des investisseurs. Si l'on peut considérer que l'objectif général de cette section est de veiller à ce que les investisseurs et investissements respectent les lois et

réglementations du pays d'accueil tant qu'ils opèrent sur son territoire (art. 18(1)), cette section impose en outre aux investisseurs d'autres obligations et responsabilités spécifiques détaillées. Parmi celles-ci, l'on trouve une obligation pour les investisseurs de gérer et d'opérer leurs investissements conformément aux obligations internationales des parties contractantes dans les domaines de l'environnement, du travail et des droits humains (art. 18(7)) ; et l'obligation pour les investisseurs de ne pas prendre part à des actes de corruption, de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, dont la violation entraîne la négation du droit d'accéder aux mécanismes de règlement des différends du traité (art. 19). Les investisseurs ont également la responsabilité de contribuer au développement durable du pays d'accueil et de la communauté locale, de créer des emplois et de former le capital humain, et d'appliquer des normes universellement reconnues, telles que la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'Organisation internationale du travail, et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (art. 20).

L'inclusion d'une section dédiée aux obligations et responsabilités des investisseurs en dit long sur l'intention du Maroc de placer le développement durable au cœur de son régime d'investissement. Le Maroc cherche à corriger l'asymétrie des obligations entre les États et les investisseurs, un défaut typique du régime des AII qui a exacerbé, ou causé, la réduction de la marge de manœuvre politique dont les États ont besoin pour atteindre le développement durable. S'il faudra peut-être attendre un accord général en droit international quant à la possibilité d'imposer des obligations internationales aux investisseurs¹⁵, la politique progressiste du Maroc à cet égard mérite d'être saluée. À l'instar des autres dispositions du modèle, cette section est également conforme aux options politiques de l'IPFSD de la CNUCED¹⁶.

¹³ Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) du Brésil excluent systématiquement et explicitement l'expropriation indirecte. Voir par exemple l'ACFI Brésil-Guyana, art. 7 ; l'ACFI Brésil-Émirat arabes unis, art. 7 ; l'ACFI Brésil-Suriname, art. 7 ; tous disponibles sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil> ; voir également Brauch, M.D. (2020). Le meilleur de deux mondes ? Le traité de coopération et de facilitation de l'investissement Brésil-Inde. *Investment Treaty News*, 11(1). <https://www.iisd.org/itn/fr/2020/03/10/the-best-of-two-worlds-the-brazil-india-investment-cooperation-and-facilitation-treaty-martin-dietrich-brauch/>

¹⁴ IPFSD de la CNUCED, *supra* note 3, p. 99.

¹⁵ Voir López, C. (2019, 2 octobre). Le projet révisé de traité sur les entreprises et les droits humains : améliorations révolutionnaires et perspectives encourageantes. *Investment Treaty News*, 10(4), 11-14. <https://www.iisd.org/itn/fr/2019/10/02/the-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-ground-breaking-improvements-and-brighter-prospects-carlos-lopez>

¹⁶ IPFSD de la CNUCED, *supra* note 3, options politiques 7.1.1, 7.1.3, et 7.1.4.



9. Règlement des différends investisseur-État (RDIE)

Le modèle de TBI marocain inclut des dispositions RDIE modernes et prospectives qui tiennent compte de la nécessité de réformer le RDIE, et n'hésite pas à incorporer des propositions innovantes. Ces dispositions RDIE reprennent, pour l'essentiel, les options de réformes proposées dans l'IPFSD de la CNUCED.

Par exemple, comme le suggèrent les options politiques 6.2.0 et 6.2.1 de l'IPFSD, le modèle limite la gamme de différends pouvant être renvoyés au RDIE et délimite la portée de celui-ci : seuls les différends portant sur la violation des obligations des États au titre du traité sont autorisés (art. 28(2)) (contrairement aux différends fondés sur des contrats d'investissement), et un délai de prescription empêche l'accès au RDIE si plus de trois années se sont écoulées depuis la date à laquelle l'investisseur a eu connaissance de l'événement donnant lieu au recours (art. 28(6)). Autre innovation notable, un État d'accueil peut présenter une demande reconventionnelle si l'investisseur n'a pas respecté ses obligations, notamment celles portant sur le respect des lois nationales et sur l'interdiction de la corruption (art. 28(4)). Finalement, conformément à l'option politique 6.2.2 de l'IPFSD, le modèle de TBI exige de l'investisseur qu'il épuise les voies de recours internes avant de lancer un arbitrage international (art. 32(2)). En introduisant une telle prescription¹⁷, le modèle de TBI marocain pourrait contribuer à

réduire les inégalités entre investisseurs étrangers et nationaux au titre des TBI¹⁸.

10. Considérations politiques

Le nouveau modèle du Maroc est conforme aux normes d'un AII moderne. Il contient des clauses concises et présente un fort degré d'innovation. Plus important encore, il reflète la volonté du Maroc de donner la priorité au développement durable en atteignant un

équilibre délicat entre les droits des investisseurs et la préservation d'une marge de manœuvre réglementaire suffisante pour les États.

Développé en étroite consultation avec la CNUCED, le modèle est l'aboutissement d'efforts nationaux, qui ont inclus un examen minutieux de tous les TBI existants du Maroc, visant à moderniser la stratégie politique marocaine de l'investissement international. Le modèle va maintenant être mis à l'épreuve alors que le Maroc prend part à plusieurs négociations d'AII aux niveaux bilatéral et régional.

Peut-être plus important encore, le Maroc et les pays en développement en général pourraient utiliser de telles opportunités (l'élaboration d'un nouveau modèle) pour réformer leurs TBI obsolètes¹⁹ qui incluent des dispositions très larges qui peuvent sérieusement limiter leur droit (et leur devoir) d'adopter les mesures nécessaires à la réalisation des objectifs de développement durable du pays. Dans le cadre de ces efforts, les pays pourraient suivre les indications de la Feuille de route de la CNUCED pour la réforme des AII²⁰, notamment la phase II de la réforme, et les actions suggérées qui pourraient être menées aux niveaux bilatéral, régional et multilatéral. Compte tenu que ces actions visent à réformer le stock existant de traités, elles exigent une coopération et coordination accrues entre les partenaires au traité. Par exemple, une stratégie pourrait consister, pour un pays en développement, à identifier parmi ses partenaires contractants existants ceux qui sont le plus ouverts à la réforme et pourraient être intéressés par la modernisation des traités existants ; ou identifier les partenaires contractants des AII pour lesquels une réforme est urgente. Ce faisant, les pays pourraient considérer l'ampleur de la réforme devant être menée, notamment voir s'il convient d'apporter un nombre limité de changements dans un traité donné, ou s'il vaut mieux procéder à une refonte complète du traité.

En fonction de l'approche choisie, il faudra trouver une solution au problème des clauses de survie et à la

¹⁷ Voir Brauch, M.D. (2017, janvier). *L'épuisement des voies de recours internes en droit international de l'investissement* (Série bonnes pratiques de l'IISD). IISD. <https://www.iisd.org/library/iisd-best-practices-series-exhaustion-local-remedies-international-investment-law>

¹⁸ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. (2015). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015 : réforme la gouvernance de l'investissement international*. CNUCED, p. 149. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf

¹⁹ Le Maroc a conclu plus de 80 traités, et 60 d'entre eux ont plus de 15 ans. Voir <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/142/morocco>

²⁰ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. (UNCTAD). (2018). *Ensemble de réformes en faveur du régime international d'investissement de la CNUCED*. CNUCED. https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf



question de la transition vers un nouveau traité. Dans ce cadre, il conviendrait d'évaluer le meilleur « degré politique » possible d'action de réforme, c'est-à-dire déterminer s'il vaut mieux mener les changements au niveau bilatéral (par exemple pour moderniser un TBI spécifique), ou au niveau régional (par exemple pour remplacer les TBI entre pays africains et entre pays arabes par des instruments plus modernes), ainsi que la nature des changements à apporter.

Au final, le succès du nouveau modèle de TBI ne pourra être mesuré au regard de sa place dans les (re) négociations bilatérales ou régionales du Maroc. Son réel succès repose sur le fait qu'il est le fruit d'un processus national transparent incluant toutes les parties-prenantes, et sur le fait qu'il a permis de sensibiliser la nation quant à l'urgence de la réforme nécessaire. Le deuxième avantage du modèle est qu'il offre des orientations fortes et renforce la position du Maroc dans les négociations futures de l'investissement, qu'il s'agisse de TBI, d'accords régionaux ou même de chapitres sur l'investissement inclus dans les ALE, tels que le nouvel accord d'investissement régional des pays arabes, actuellement négocié, ainsi que les négociations portant sur le nouveau Protocole sur l'investissement de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf).

Auteurs

Hamed El-Kady est Chargé des politiques de l'investissement international à la CNUCED à Genève.

Yvan Rwananga est Consultant à la CNUCED à Genève. Ces opinions sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de la CNUCED.



ARTICLE 6

Les procédures internes de paiement des dommages-intérêts par les États dans l'arbitrage d'investissement

Affef Ben Mansour



Les hypothèses où les États risquent de se retrouver confrontés à une obligation de payer des dommages-intérêts à la suite d'une procédure judiciaire ou arbitrale internationale se sont multipliées à mesure que ce sont multipliées les juridictions internationales et le consentement des États à la compétence de ces dernières, y compris à l'arbitrage international relatif aux investissements.

Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement en particulier, cette obligation de payer des dommages-intérêts peut résulter de la responsabilité de l'État pour la violation d'un TBI, d'une loi d'investissement ou d'un contrat d'investissement. Bien que l'obligation de *restitutio in integrum* (restitution intégrale) implique d'« effacer toutes les conséquences de l'acte illicite »¹, dans les faits, elle se traduit le plus souvent pour l'État par une obligation de payer² des montants assez élevés³.

Le nombre croissant de sentences arbitrales comportant une obligation de payer pour les États succombant et le montant élevé des sommes allouées par ces tribunaux font d'ailleurs partie des principales critiques adressées depuis quelques années aux mécanismes RDIE. Ces critiques ont conduit aux initiatives en vue d'une éventuelle réforme du RDIE, y compris les discussions actuelles dans le cadre du Groupe de travail III de la CNUDCI.

Les États succombant sont dans l'obligation de se conformer à la sentence arbitrale⁴. En cas de refus de l'État, la Convention CIRDI permet à tout investisseur de recourir aux mécanismes d'exécution forcée sur les biens de l'État hôte situés sur le territoire de l'un des 163 pays parties à la Convention CIRDI. Pour les sentences rendues par des tribunaux ad hoc ou sur le fondement du Mécanisme supplémentaire CIRDI, l'exécution forcée pourra être demandée dans les 156 pays parties à la Convention de New York⁵.

Les observateurs relevaient il y a encore quelques années que les États se conformaient généralement volontairement aux sentences arbitrales d'investissement⁶, que celles-ci soient rendues dans le cadre d'arbitrages CIRDI ou *ad hoc*. Aujourd'hui, la tendance est toutefois de plus en plus à la « résistance »⁷. Ce phénomène

¹ Affaire relative à l'usine de Chorzów, fond, arrêt du 13 septembre 1928, C.P.J.I., série A n° 17, p. 47. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf

² Sur les affaires soumises à un tribunal sur le fondement de la Convention CIRDI ou du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, 66% donnent lieu à une sentence arbitrale. Et sur ces dernières, 48% aboutissent à une sentence arbitrale mettant en cause la responsabilité de l'État. Disponible sur : ICSID. (2019). *Affaires du CIRDI – Statistiques*, numéro 2019-2, pp. 26–27. [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(French\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(French).pdf)

³ Voir la liste des montants les plus élevés de dommages et intérêts alloués par des tribunaux d'investissement dans Bonnitcha, J. et Brewin, S. (2019, octobre). *L'indemnisation en vertu des traités d'investissement* (Série Bonnes Pratiques). Genève : IISD, pp. 32–34. <https://iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-compensation-treaties-fr-V4.pdf>

⁴ Voir Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, en vigueur 14 octobre 1966, art. 53(1) ; CNUDCI. (2013). *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, Art. 34(2). <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/uncitral-arbitration-rules-2013-f.pdf> ; voir également les dispositions pertinentes dans les TBI, les clauses d'arbitrages des contrats d'investissements et les Règles d'arbitrage des institutions arbitrales.

⁵ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 3, Art. III. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20330/volume-330-I-4739-French.pdf>

⁶ Voir, notamment, Dugan, C. F. (2008). *Investor-state arbitration*. New York: Oxford University Press, pp. 675-676; Alexandrov, S. A. (2009). Enforcement of ICSID awards: Article 53 and 54 of the ICSID Convention. *Transnational Dispute Management*, 1, p. 10. <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1345>

⁷ Van den Berg, A. J. (1989). Recent enforcement problems under the New York and ICSID Convention. *Arbitration International*, 5(1), 2–20 ; Baldwin, E., Kantor, M., & Nolan, M. (2006). Limits to enforcement of ICSID awards. *Journal of International Arbitration*, 23(1), 1–24.



se manifeste par la multiplication des procédures d'annulation contre les sentences arbitrales d'investissement ainsi que des procédures d'exécution forcée contre les biens des États.

L'intérêt des commentateurs des affaires d'arbitrage d'investissement se porte rarement sur les hypothèses où les États se conforment volontairement aux sentences arbitrales d'investissement. De ce fait, les problématiques juridiques que rencontrent les États pour mobiliser, dans un délai raisonnable, les montants souvent très élevés octroyés par les tribunaux arbitraux en faveur des investisseurs sont rarement analysés par la doctrine.

Parmi les nombreux obstacles que peuvent rencontrer les États dans la mise en œuvre des sentences arbitrales d'investissement, l'inadaptation des procédures budgétaires internes pour procéder au paiement des obligations pécuniaires décidées par un tribunal arbitral constitue l'un des obstacles majeurs (part 1 ci-dessous). Cette difficulté se trouve aujourd'hui atténuée dans certains États qui ont adopté des normes budgétaires permettant de faire face à ces imprévus budgétaires (part 2 ci-dessous).

1. Les défis liés aux procédures budgétaires traditionnelles pour le paiement des obligations pécuniaires internationales

La mise en œuvre d'une obligation pécuniaire peut apparaître simple au premier abord : la sentence fixe généralement le montant et la devise de la somme dont l'État doit s'acquitter, et parfois le délai du paiement. L'État n'a plus alors qu'à prendre les dispositions utiles pour opérer le transfert de la somme d'argent vers le compte bancaire de l'investisseur, dans le cas de l'arbitrage investisseur-État.

Cependant, cette apparente simplicité cache une réalité plus complexe. En effet, en dehors du principe de bonne foi et du délai raisonnable, aucune autre règle internationale ne semble encadrer cette phase *post-sentence*, si ce n'est celle qui prévoit que le paiement se fera selon les procédures internes de l'État obligé. Ainsi, peu importe la source de l'obligation internationale, l'État garde la maîtrise de la procédure budgétaire interne de paiement. Or, l'État, et plus précisément le pouvoir exécutif, est soumis aux règles budgétaires nationales pour procéder au paiement de la somme prescrite par la décision du tribunal arbitral.

À ce niveau, les défis sont principalement de deux ordres.

Premièrement, la date de la sentence ne correspond que rarement au calendrier du vote du budget annuel de l'État. En d'autres termes, le paiement des dommages-intérêts attendu n'est généralement pas prévu dans le budget annuel de l'État. De ce fait, et même lorsque l'État a l'intention de se conformer à la sentence, lorsque celle-ci est rendue, le pouvoir exécutif n'a généralement pas les autorisations nécessaires pour s'acquitter du montant alloué par le tribunal arbitral.

Deuxièmement, et conformément au principe de la séparation des pouvoirs dans les États démocratiques, les gouvernements des États succombant sont généralement tenus d'obtenir une autorisation parlementaire avant de pouvoir s'acquitter de leur dette issue d'une sentence arbitrale. Cette technique n'est pas exempte de difficultés à la fois pratiques et politiques pour les organes de l'État en charge de la mise en œuvre des obligations pécuniaires. En effet, il n'y a aucune garantie qu'un parlement accepte de voter le budget nécessaire au paiement de l'obligation pécuniaire internationale de l'État et encore moins dans un délai raisonnable. Cette situation peut alors être source d'un nouveau différend entre l'investisseur et l'État hôte en raison de l'inexécution de la sentence arbitrale rendue.

2. Des mécanismes budgétaires spécifiques pour le paiement diligent des dommages-intérêts

Afin d'assurer la mise en œuvre des jugements internationaux et des sentences arbitrales dans un délai raisonnable, certains États ont aménagé, dès la fin du XX^{ème} siècle, des mécanismes budgétaires internes afin de faciliter la mise en œuvre des obligations pécuniaires internationales.

2.1. Une procédure budgétaire basée sur l'anticipation : l'exemple de la France, du Pérou et de l'Espagne

Certains États ont introduit des procédures budgétaires, basées sur la prévoyance et l'anticipation, afin de faire face, le cas échéant, dans un délai raisonnable au paiement volontaire de dommages-intérêts attribués par une sentence arbitrale d'investissement.

En France, en matière de réparation pécuniaire à la suite d'un contentieux international ponctuel, c'est le Ministère des Affaires étrangères qui assurait le paiement à partir d'une ligne de crédit évaluative figurant dans son budget annuel. Depuis l'adoption de la Loi relative aux lois de finances de 2005, les différents organes de l'État français sont désormais dans l'obligation de mettre



en place un budget prévisionnel sur les éventuelles obligations pécuniaires de l'État. Cela revient donc à prévoir dans leurs budgets une ligne spécifique pour risques et charges dès lors que pourrait intervenir une éventuelle « sortie certaine, ou probable, de ressources, sans contrepartie attendue par l'État »⁸. Ainsi, dès lors que la France est partie à un différend devant une juridiction internationale, le Ministère des Affaires étrangères doit prévoir dans le budget de l'année qui suit une évaluation du risque pécuniaire.

Une procédure similaire existe au Pérou. Ainsi, la loi générale sur le système budgétaire national⁹ prévoit également une réserve budgétaire auprès du Ministère de l'Économie et des Finances pour se conformer aux obligations pécuniaires imprévues, qui par leur nature ne sont pas incluses dans le budget annuel de l'État. Le paiement de dommages-intérêts alloués par un tribunal arbitral peut être ainsi effectué par une autorisation du Chef de l'État et du Ministre de l'Économie et des Finances. C'est ainsi qu'à la suite de la sentence CIRDI dans l'affaire *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*¹⁰, le Chef de l'État a autorisé, avec l'accord du ministère de l'Économie et des Finances¹¹, le transfert d'une somme complémentaire au ministère de l'Énergie et des Mines afin de procéder au paiement des dommages-intérêts alloués à la société Bear Creek Mining Corporation par le tribunal arbitral. Le paiement a été effectué un an après que la sentence ait été rendue¹².

L'Espagne, un État unitaire décentralisé, prévoit également dans sa loi de stabilité budgétaire¹³ que les communautés autonomes ainsi que les entreprises publiques inscrivent dans leurs budgets annuels

une ligne spécifique pour pouvoir se conformer aux obligations financières imprévues. L'Espagne organise également une procédure d'examen des responsabilités internes entre les organes étatiques dont les actes ont été déclarés illicites par une juridiction internationale ou européenne. Il est utile de relever que l'Espagne avait appliqué ce principe bien avant l'adoption de cette loi. Dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*, le tribunal arbitral avait attribué les actes de la société SODIGA à l'Espagne. La sentence rendue, l'Espagne a transmis la sentence à SODIGA, qui procéda au paiement et imputa la dépense sur son budget annuel¹⁴.

À l'évidence, l'approche basée sur l'anticipation budgétaire peut faciliter une mise en œuvre de la sentence internationale dans un délai raisonnable. Toutefois, cette approche n'est pas sans poser des difficultés eu égard à l'irrégularité du calendrier des procédures arbitrales et à l'imprévisibilité de l'évaluation du montant probable des éventuelles indemnités, si la juridiction internationale saisie conclut à la responsabilité de l'État. Enfin, l'anticipation budgétaire ne suffit pas à permettre la mise œuvre de la sentence arbitrale dans un délai raisonnable, lorsque les sommes allouées par un tribunal arbitral atteignent des montants exorbitants pour les budgets annuels limités des pays en développement. Un tribunal arbitral CIRDI a récemment ordonné au Pakistan de payer des dommages et intérêts à hauteur de 6 milliards USD¹⁵, soit environ 1 cinquantième de son PIB annuel¹⁶.

2.2. Une procédure budgétaire exceptionnelle : l'exemple du Guatemala et la Bolivie

Les États peuvent également prévoir une procédure exceptionnelle autorisant le pouvoir exécutif à procéder à certaines modifications budgétaires en cours d'année sans autorisation du parlement. C'est dans le cadre de ces procédures d'exception que le Guatemala et la Bolivie se sont conformés aux sentences arbitrales

⁸ République Française. (2005). *Loi organique n° 2005-779 du 12 juillet 2005 modifiant la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances ; Norme comptable n° 12 de l'État*. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000451379&fastPos=1&fastReqId=1951626294&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

⁹ République du Pérou. (2012). *Loi no 28411, Loi générale sur le système budgétaire national, approuvée par le décret suprême no 304-2012-E*, Arts. 44 et 45. http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_31.pdf

¹⁰ Bear Creek Mining Corporation c. la République du Pérou, affaire CIRDI No. ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf>

¹¹ République du Pérou. (2018). *Decreto Supremo No. 246-2018-EF, 30 octobre 2018*. <https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/213392-246-2018-ef>

¹² Correo. (2019). *Gobierno pago 32 millones de dólares a Bear Creek por caso Santa Ana*. <https://diariocorreo.pe/edicion/puno/gobierno-pago-32-millones-de-dolares-bear-creek-por-caso-santa-ana-862129>

¹³ Royaume d'Espagne. (2013). *Loi organique 2/2012 de stabilité budgétaire et de développement financier durable, Article 8 (1) ; modifiée par la Loi Organique 9/2013 du 20 décembre 2013 sur le contrôle de la dette commerciale dans le secteur public, Art. 1(13)*. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2012/04/27/2/con>

¹⁴ Consello de Contas de Galicia. (2001). *Informe de fiscalización, Ejercicio 2001, XesGalicia, SXEGR, S.A. y Sodiga Galicia, SCR, S.A.*, p. 48, para. 4.14. Disponible sur : http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2001/XESGALICIA_2001_C.pdf

¹⁵ Tethyan Copper Company Pty Limited c. République Islamique du Pakistan, affaire CIRDI No. ARB/12/1, sentence du 12 juillet 2019. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10737.pdf>

¹⁶ Voir les données publiées sur le site de la Banque mondiale : <https://data.worldbank.org/country/pakistan>



d'investissement rendues dans les affaires *Railroad Development Corporation c. Guatemala*¹⁷ et *Guaracachi c. Bolivie*¹⁸, respectivement.

Dans le cas du Guatemala, la Constitution¹⁹ ainsi que la loi budgétaire²⁰ prévoient la possibilité d'une procédure budgétaire exceptionnelle, qui fait intervenir différents organes de contrôle. Cette procédure permet au pouvoir exécutif d'adopter un décret autorisant un organe de l'État ou une entreprise publique à modifier son budget annuel afin de procéder au paiement de la somme due en vertu d'une sentence arbitrale d'investissement, et non prévue dans le budget annuel de l'État. Cette procédure a ainsi permis le paiement des dommages-intérêts accordés par un tribunal CIRDI dans un délai de onze mois après que la dernière sentence ait été rendue²¹.

Bien que cet exemple ne soit pas recommandable en ce qu'il ne comporte aucune mécanisme de contrôle, en Bolivie, il a suffi d'un décret présidentiel, à la suite de la sentence arbitrale *ad hoc* rendue dans l'affaire *Guaracachi c. Bolivie*, pour autoriser le Ministre des hydrocarbures et de l'Énergie et le président de la Compagnie nationale d'Électricité à signer un accord avec l'investisseur sur le paiement de la somme de 31,5 millions USD due par la Bolivie – moyennant quelques concessions de la part de l'investisseur²². Ainsi, la Bolivie, qui avait reçu la sentence arbitrale le 31 janvier 2014, s'est acquittée de son obligation pécuniaire à peine six mois plus tard²³. Toutefois, peu de constitutions dans le

monde permettent au pouvoir exécutif de débloquer une somme de plusieurs millions de dollars américains en quelques mois sans autorisation parlementaire ou une procédure budgétaire exceptionnelle préétablie.

En l'absence de ces mécanismes exceptionnels, il est probable que la mise en œuvre volontaire des deux sentences arbitrales aurait nécessité plus de temps. Ce délai pourrait être perçu par l'investisseur comme un refus de l'État de se conformer à la sentence et le conduire à entamer des procédures d'exécution forcée sur les biens de l'État succombant. Le retard dans la mise en œuvre par l'État de la sentence arbitrale d'investissement pourrait constituer une nouvelle source de contentieux²⁴. Toutefois, ces procédures budgétaires exceptionnelles, qui échappent au contrôle traditionnel du pouvoir législatif sur les actions du pouvoir exécutif, doivent être encadrées et contrôlées pour limiter tout risque d'abus et de dérives.

Auteure

Dre ès droit **Affef Ben Mansour** est avocate au Barreau de Paris. Elle est l'auteure d'une thèse de doctorat sur *La mise en œuvre des arrêts et des sentences des juridictions internationales*, publiée aux éditions Larcier en 2011.

¹⁷ *Railroad Development Corporation c. République du Guatemala*, affaire CIRDI No. ARB/07/23, sentence, 29 juin 2012. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1051.pdf>

¹⁸ *Guaracachi America, Inc. c. l'Etat plurinational de Bolivie*, CNUDCI, affaire CPA No. 2011-17, sentence, 31 janvier 2014. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3293.pdf>

¹⁹ République du Guatemala. (1993). *Constitución política de la República de Guatemala*, Art. 183. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E36A11EC8CBB4D0105257E6C0070698F/\\$FILE/5_pdfsam_ConstitucionPoliticaDeLaRepublicaDeGuatemala.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E36A11EC8CBB4D0105257E6C0070698F/$FILE/5_pdfsam_ConstitucionPoliticaDeLaRepublicaDeGuatemala.pdf)

²⁰ République du Guatemala. (1997). *Décret n° 101-97 du Congrès de la République du Guatemala du 2 novembre 1997 portant loi organique en matière budgétaire*, Art. 29 et 49. <https://www.contraloria.gob.gt/wp-content/uploads/2018/02/8-LEY-ORGANICA-DEL-PRESUPUESTO-DECRETO-DEL-CONGRESO-101-97.pdf>

²¹ République du Guatemala, Ministère des communications, de l'infrastructure et du logement. (2013, 14 novembre). *Acuerdo gubernativo n° 436-2013*. https://www.minfin.gob.gt/images/downloads/leyes_acuerdos/acuerdogub436_201113.pdf

²² État plurinational de Bolivie. (2014, 22 mai). *Decreto supremo n° 2006*. <https://www.lexivox.org/norms/BO-DS-N2006.xhtml>

²³ Lettre conjointe de l'État Bolivien et investisseur au tribunal arbitral, 29 mai 2014. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3297.pdf>; voir également le paiement des dommages-intérêts alloués par le tribunal CIRDI dans l'affaire *Quiborax S.A. et Non-Metallic Minerals S.A. c. l'État plurinational de Bolivie (Aff. CIRDI No. ARB/06/2, sentence du 16 septembre 2015)* : État plurinational de Bolivie. (2018, 6 juin). *Decreto Supremo N° 3582*. Extrait de <https://www.lexivox.org/norms/BO-DS-N3582.xhtml>

²⁴ Voir Achtouk-Spivak, L., et Ben Mansour, A. (2015). Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales, in Charles Leben (dir.), *L'avenir des traités de protection des investissements*, Paris : Pedone, pp. 1018–1023.



NOUVELLES EN BREF

En réponse à la pandémie mondiale, la Commission européenne publie des orientations concernant le filtrage de l'IDE

Le 25 mars 2020, la Commission européenne a publié des orientations à l'intention des États membres concernant le filtrage de l'IDE dans le contexte de la pandémie de Covid-19, mettant l'accent, entre autres, sur les secteurs de la santé en général.

Ces nouvelles orientations sont publiées une année après la publication du nouveau cadre de l'Union européenne pour le filtrage des investissements étrangers, qui sera pleinement opérationnel à compter d'octobre 2020. Le cadre de 2019 permet aux États membres de bloquer les transactions d'investissement, ou de les restreindre, s'ils jugent qu'elles représentent une menace pour « les infrastructures, les technologies et intrants critiques, tels que l'énergie ou les matières premières, l'accès aux informations sensibles ou la capacité de contrôler l'information, ou la liberté ou le pluralisme des médias », d'après une feuille d'information publiée l'an dernier.

D'après la Commission, la pandémie comporte « un risque accru pour les industries stratégiques, en particulier — mais pas seulement, loin s'en faut — pour les industries liées aux soins de santé », et elle exhorte les États membres à veiller à ce que la crise « ne provoque [pas] une vente massive d'entreprises et d'acteurs industriels en Europe, y compris de PME ». Les orientations soulignent également le danger potentiel des « acquisitions prédatrices » d'actifs stratégiques « visant [...] à limiter l'approvisionnement [...] sur le marché de l'UE ».

Les orientations indiquent que les États membres ont la responsabilité de s'appuyer sur leurs mécanismes existants de filtrage de l'IDE pour « tenir dûment compte des risques représentés pour les infrastructures critiques de soins de santé, la fourniture d'intrants critiques et d'autres secteurs essentiels, comme le prévoit le cadre juridique de l'UE ». Quatorze États membres disposent actuellement de mécanismes de filtrage de l'IDE. Les orientations exhortent en outre les treize États membres qui ne disposent pas déjà d'un mécanisme de filtrage à le mettre en place rapidement, et dans l'intervalle, à utiliser toutes les autres options

disponibles pour les cas où l'acquisition étrangère d'une entreprise ou d'un actif pourrait poser un risque aux infrastructures sanitaires critiques.

Les orientations indiquent que si les investissements de portefeuille sont moins susceptibles de poser des risques en matière de sécurité, ils peuvent malgré tout être filtrés dans les limites des dispositions du TFUE relatives à la libre circulation des capitaux, qui autorisent la mise en place de restrictions pour répondre à des menaces à la sécurité ou l'ordre public, notamment la santé publique.

Les orientations concluent en indiquant que les restrictions imposées sur le mouvement des capitaux provenant de pays tiers devront être justifiées.

De manière inattendue, le Directeur général de l'Organisation mondiale du commerce démissionne

Roberto Azevêdo, le Directeur général de l'OMC, a annoncé le 14 mai 2020 qu'il quitterait ses fonctions le 31 août prochain, écourtant son mandat d'une année. Azevêdo occupe ce poste depuis le 1er septembre 2013, son deuxième mandat ayant commencé en 2017.

Sous l'égide d'Azevêdo, l'organisation a connu des moments historiques, notamment l'adoption et l'entrée en vigueur de l'Accord de l'OMC sur la facilitation des échanges, premier accord commercial mondial depuis la conclusion du Cycle d'Uruguay, ainsi que l'élargissement, entre certains membres, de l'Accord sur les technologies de l'information.

Plus récemment, l'OMC a également connu des obstacles majeurs, notamment les âpres conférences ministérielles de Nairobi et de Buenos Aires de 2015 et 2017 respectivement, ainsi que la remise en question politique de la pertinence et du fonctionnement de l'institution. Parmi ces difficultés, la plus marquante



est sans doute le refus des États-Unis d'approuver le lancement du processus de sélection des nouveaux membres de l'Organe d'appel de l'OMC, ou de renouveler les mandats des membres existants.

L'Organe d'appel ne dispose donc plus du nombre de membres requis pour l'examen des appels lancés par les membres de l'OMC suite aux décisions prises par les groupes spéciaux de l'OMC, et se trouve donc effectivement paralysé, alimentant les préoccupations quant à la santé du système commercial multilatéral en l'absence d'un mécanisme de règlement des différends pleinement fonctionnel. Depuis, plusieurs membres ont lancé un [arrangement multipartite provisoire](#) qui leur permettra d'examiner en appel les rapports des groupes spéciaux, jusqu'à ce qu'une solution à la crise de l'Organe d'appel ne soit trouvée.

À l'annonce de son départ, qui a pris de court les milieux commerciaux, Azevêdo a plutôt mis l'accent sur l'avenir de l'organisation, notamment l'importance de préparer la 12^{ème} conférence ministérielle, qu'il a qualifié de « tremplin pour l'avenir de l'OMC », et qui devrait jeter les bases de la réforme. En effet, Azevêdo a indiqué que sa décision de quitter ses fonctions s'expliquait en partie par son souhait que le processus de sélection de sa ou son remplaçant·e n'interfère pas avec les préparatifs de la conférence à venir, précédemment prévue pour juin 2020, mais reportée à une date indéfinie en 2021.

Il a en outre fait remarquer que puisque les activités de l'organisation s'étaient ralenties du fait de la pandémie mondiale, il était opportun de lancer le processus de sélection de sa ou son remplaçant·e.

Les membres sont maintenant invités à nommer d'éventuel·les successeur·e·s, qui présenteront ensuite au Conseil général leur vision, avant que d'intenses consultations ne permettent de réduire la liste des candidat·e·s jusqu'à un consensus. D'ordinaire, ce processus est mené dans les neuf mois précédant la fin du mandat du ou de la titulaire, la décision finale étant confirmée par le Conseil général de l'OMC. [Les bruits de couloir](#) indiquent que les éventuel·les prétendant·e·s sont Amina Mohamed, l'ancienne ministre kényane du Commerce, qui était en lice contre Azevêdo et sept autres candidat·e·s en 2013, et qui a plus tard présidé la dixième conférence ministérielle de Nairobi, et le britannique Peter Mandelson, ancien commissaire européen au commerce.

Aranca González, la ministre espagnole des Affaires étrangères, de l'Union européenne et de la Coopération, figure également parmi les éventuel·les successeur·e·s,

compte tenu de son expérience précédente en tant que Directrice exécutive du Centre du commerce international, et de cheffe de cabinet de Pascal Lamy sous son mandat en tant que Directeur général de l'OMC.

À la date du 10 juin, les nominations enregistrées incluent également Abdel-Hamid Mamdouh de l'Égypte, Jesús Seade Kuri du Mexique, et Ngozi Okonjo-Iweala du Nigeria. D'autres nominations devraient être annoncées d'ici au 8 juillet.

Le processus de sélection d'une ou d'un successeur·e pourrait toutefois être difficile compte tenu des restrictions liées au coronavirus imposées en Suisse. Pendant la pandémie, les membres de l'OMC ont tenu des réunions virtuelles, puisque les règles actuelles interdisent les rassemblements de plus de 5 personnes, et plusieurs membres ont indiqué être mal à l'aise à l'idée de prendre des décisions contraignantes sur une plateforme virtuelle. Si ces restrictions pourraient être assouplies en juin prochain, l'on ne sait pas encore si ces changements permettront à l'OMC de reprendre ses activités normales.

L'UE publie une proposition pour la modernisation du TCE

Le 27 mai 2020, l'UE a [publié](#) une proposition portant sur la modernisation du TCE. La dernière mouture de la proposition de l'UE inclut la modification de la définition de l'investissement dans le traité, l'affirmation du droit des parties de réglementer, une définition plus stricte du TJE, et une référence à une cour multilatérale d'investissement. La proposition suggère également l'ajout de plusieurs articles sur le développement durable, les recours abusifs, le cautionnement pour frais, les interventions des tierces-parties, le financement par des tiers, et l'évaluation des dommages.

Cette proposition est le fruit de plusieurs cycles de discussions tenus entre les États membres de l'UE après l'[approbation](#), par le Conseil européen en septembre 2019, des directives relatives à la participation de l'UE dans les négociations portant sur la modernisation du TCE. La Conférence de la Charte de l'énergie a déterminé, en novembre 2018, une [liste de sujets](#) à inclure dans le processus de modernisation.



Une copie du projet de proposition révisé, daté du 17 avril 2020, a été publiée par Euractiv.com, accompagnée d'une note explicative indiquant les mises à jour par rapport à la version précédente de mars. Les présentes nouvelles portent sur la dernière version en date, ainsi que sur la note explicative.

Définitions de l'investissement et de l'investisseur mises à jour

L'article 1(6) et (7) du TCE présente les définitions de l'investisseur et de l'investissement respectivement. L'UE propose d'ajouter les critères suivants à la liste des actifs du TCE « contrôlé[s] directement ou indirectement » par un investisseur : un investissement doit être d'« une certaine durée » et posséder « d'autres caractéristiques, telles que l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente d'un gain ou d'un profit ou la prise de risques ». La note explicative précise qu'« une certaine durée » est un critère obligatoire, en contraste avec la version de mars. La proposition de l'UE précise en outre qu'« un simple prêt ou contribution financière » ne constitue pas un investissement.

Dans la proposition, le terme « investissement » fait référence à tout investissement réalisé conformément « au droit applicable et à la législation de la partie contractante d'accueil ».

Les investisseurs doivent être « engagés dans des activités commerciales substantielles dans le territoire de cette partie contractante ». Cette définition vise certainement à régler le problème de l'utilisation d'entreprises boîte aux lettres pour lancer des recours au titre du TCE, pratique fréquente des investisseurs néerlandais dans les différends au titre du TCE.

La proposition reflète les préoccupations environnementales

La proposition de l'UE inclut un nouvel article affirmant explicitement le **droit des parties contractantes de régler** afin d'atteindre des « objectifs politiques légitimes, tels que la protection de l'environnement, notamment la lutte contre le changement climatique », entre autres.

D'autres nouveaux articles mentionnent explicitement les engagements internationaux des États relatifs à la protection de l'environnement, tels que la Déclaration de Rio de 1992 et les ODD des Nations Unies, et réaffirment le droit des parties « d'adopter ou de maintenir des mesures nécessaires à la poursuite des objectifs » des accords environnementaux auxquels elles sont parties.

Une définition plus stricte du TJE

Actuellement, l'article 10(1) du TCE, portant sur la promotion, la protection et le traitement des investissements, inclut une référence au TJE, mais ne le définit pas. La proposition de l'UE met en avant une série de mesures qui constitueraient une violation du TJE, notamment :

- (a) le déni de justice dans une procédure judiciaire nationale ; ou
- (b) une violation fondamentale de la procédure légale établie ; ou
- (c) un caractère manifestement arbitraire ; ou
- (d) une discrimination ciblée fondée sur des motifs manifestement illicites, tels que le sexe, la race ou les croyances religieuses ; ou
- (e) un traitement abusif, tel que le harcèlement, la contrainte ou la coercition.

Cette section de la proposition indique en outre que le tribunal peut tenir compte, s'il le souhaite, des « attentes légitimes » d'un investisseur à l'heure d'évaluer une éventuelle violation du TJE.

Le projet de dispositions sur le règlement des différends inclut une référence à une cour multilatérale des investissements et aux recours abusifs

L'article 26 du TCE prévoit le règlement des différends investisseur-État en vertu des règlements du CIRDI, du mécanisme supplémentaire du CIRDI, de la CNUDCI ou de la CCS. La proposition de l'UE inclut en outre la possibilité d'utiliser « le règlement d'une cour multilatérale d'investissement », qui ne figurait pas dans la version précédente de mars. La récente proposition indique également qu'aucun élément des révisions proposées n'a d'effets sur l'objectif de l'UE d'établir un système de cour des investissements.

La proposition suggère également un nouvel article prévoyant des procédures visant à faciliter le rejet des requêtes frivoles.

Autres nouveautés

La proposition fait référence à plusieurs autres sujets qui ne sont pas actuellement abordés par le TCE.

Le projet de proposition inclut un article sur les tierces parties, qui permettrait l'intervention de « toute personne physique ou morale capable de démontrer un intérêt direct et courant dans les conclusions de l'affaire ».



Au titre de la proposition de l'UE, les parties à un différend seraient tenues de divulguer tout éventuel financement par des tiers.

La proposition inclut également un nouvel article permettant à un tribunal d'ordonner au demandeur de verser un cautionnement pour tout ou partie des frais de la procédure « s'il existe des motifs raisonnables de penser que l'investisseur risque de ne pas être en mesure d'honorer, ou de ne pas le vouloir, une éventuelle décision sur les coûts à son encontre ».

La proposition contient en outre un article portant sur l'évaluation des dommages, qui indique que « les dommages pécuniaires accordés ne peuvent être supérieurs à la perte subie par l'investisseur » et que le tribunal « ne peut accorder de dommages punitifs ».

Finalement, la proposition inclut une annexe imposant plusieurs restrictions à la présentation de recours d'investissement découlant de la restructuration de la dette publique. La note explicative accompagnant le projet de texte d'avril indique que ces restrictions ont été incluses au regard de la pandémie de Covid-19.

Les États membres de l'UE signent un accord visant à éteindre les TBI intra-européens, alors qu'un investisseur allemand lance un recours contre les Pays-Bas au titre du TCE

Le 5 mai 2020, 23 États membres européens ont officiellement convenu d'éteindre les TBI intra-UE.

L'accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement conclus entre États membres de l'Union européenne n'est pas une surprise ; c'est en octobre 2019 que les États membres de l'UE avaient décidé d'éteindre les TBI intra-européens, suite aux déclarations de janvier 2019 quant aux conséquences juridiques de l'arrêt de la CJUE sur l'affaire *Achmea c. la République slovaque*.

Pour rappel, la CJUE avait déterminé que le TFUE exclut la possibilité pour des investisseurs de l'un des États membres de l'UE de lancer une procédure d'arbitrage international contre un autre État membre.

L'accord fraîchement signé éteint tous les TBI signés entre les parties (dont la liste apparaît en annexe de l'accord), ainsi que les clauses de survie des traités, qui, autrement, étendraient en la protection offerte par le traité aux investissements déjà établis, pendant une durée précise après l'extinction du traité. L'accord entrera en vigueur 30 jours après la réception, par le secrétaire général du Conseil de l'UE, du « deuxième instrument de ratification, d'approbation ou d'acceptation » de la part des États membres (art. 16).

Si l'accord n'affecte pas les procédures d'arbitrage conclues par le biais d'un accord de règlement ou d'un arrêt avant le 6 mars 2018, il a des effets sur ce qu'il définit comme les procédures d'arbitrage « nouvelles » (c.-à-d. lancées après le 6 mars 2018) et « pendantes » (c.-à-d. lancées, mais pas réglées, avant le 6 mars 2018).

S'agissant des procédures nouvelles, l'article 5 de l'accord indique simplement que « les clauses d'arbitrage ne peuvent servir de fondement juridique à de nouvelles procédures d'arbitrage ».

S'agissant des procédures pendantes, les articles 7 à 9 de l'accord prévoient toute une série de mesures devant être adoptées par les parties. D'abord, l'article 7 exige que tout tribunal arbitral examinant une affaire « pendante » soit informé des ramifications juridiques de l'arrêt *Achmea* ; par ailleurs, toute cour nationale compétente saisie d'une procédure liée à une affaire « pendante » sera tenue d'écarter, d'annuler, ou de s'abstenir de reconnaître ou d'exécuter la sentence en question.

L'accord propose en outre une procédure pour le règlement des affaires « pendantes » par le biais d'un « dialogue structuré » (art. 9), mené par un « facilitateur impartial », c'est-à-dire un expert en droit européen nommé par les autorités européennes si les parties ne peuvent se mettre d'accord. Ces procédures de règlement doivent être lancées dans les six mois suivant l'extinction du TBI, mais seulement si la CJUE ou les cours nationales ont déterminé que la mesure étatique contestée dans la procédure originale violait effectivement le droit européen.

Remarquons que l'accord n'aborde pas le Traité sur la Charte de l'énergie, auquel sont parties les 27 États membres de l'UE, ainsi que l'UE elle-même. Si des négociations distinctes sur la modernisation du TCE sont en cours, les nouveaux recours contre des États membres de l'UE parties au TCE continuent d'affluer. Plus récemment, ce sont les entités détenues par l'entreprise allemande d'énergie Uniper qui ont notifié les Pays-Bas de l'existence d'un différend au titre du



TCE. Si les détails publiés restent rares, ce recours porte certainement sur l'abandon progressif et programmé par les Pays-Bas des centrales à charbon d'ici à 2030, tel que prévu par l'Accord de Paris et les contributions déterminées au niveau national.

Les observateurs ont fréquemment indiqué que le TCE risquait fortement d'entraver les efforts visant à lutter contre le changement climatique.

L'ACEUM entrera en vigueur le 1er juillet suite à la ratification hâtive par le Canada en début d'année

Le 24 avril 2020, le Représentant des États-Unis au Commerce (USTR) a annoncé que l'ACEUM entrerait en vigueur le 1er juillet prochain, soit un mois plus tard que précédemment convenu.

L'accord, qui remplace l'ALENA, a été ratifié par le Mexique en juin 2019. Suite aux modifications apportées au texte en réponse aux préoccupations soulevées par les démocrates des États-Unis concernant l'exigence des dispositions sur le travail et l'environnement, la Chambre des représentants des États-Unis a approuvé l'accord le 19 décembre 2019.

Suite au retard du vote au parlement canadien en raison de la tenue des élections au Canada en 2019, l'accord a été présenté au parlement pour débat en janvier 2020. Si l'accord a essuyé une certaine opposition du parti conservateur, le gouvernement libéral a réussi, grâce au soutien du Nouveau Parti Démocratique de tendance gauche, à accélérer la procédure de vote sur l'accord avant la suspension du parlement, le 13 mars 2020, en raison de craintes liées au Covid-19.

Toutefois, compte tenu de la pandémie mondiale, des sénateurs des États-Unis, des groupements de constructeurs automobiles et des représentants mexicains ont demandé un report dans la mise en œuvre de l'accord jusqu'à janvier 2021, invoquant le temps nécessaire à la mise en conformité des chaînes d'approvisionnement avec les nouvelles règles d'origine fixées par l'accord. Au titre de celui-ci, 75 % des pièces automobiles doivent être produites en Amérique du

Nord. Mais la pandémie a forcé de nombreuses usines automobiles à fermer leurs portes dans le continent, ce qui pourrait poser des difficultés aux constructeurs qui doivent se conformer aux prescriptions de l'accord.

À ce jour, aucun report n'a été convenu.

La pandémie de Covid-19 reporte l'entrée en vigueur de la ZLECAf

L'entrée en vigueur de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) a été reportée du fait de la pandémie de Covid-19, selon Wamkele Mene, le Secrétaire général du secrétariat de la ZLECAf. La première phase de l'accord entrera maintenant en vigueur en janvier 2021, au plus tôt.

La phase I de la ZLECAf, qui couvre l'échange de biens et de services, devait entrer en vigueur au 1er juillet 2020, suite à la ratification de l'accord en juin 2019. L'attention a par la suite porté sur les négociations de la phase II de l'accord, portant sur les protocoles relatifs à l'investissement, la concurrence et les droits de propriété intellectuelle. Il était prévu de parachever ces négociations d'ici à janvier 2021, et d'entamer dans la foulée les négociations de phase III sur le commerce électronique, selon une annonce de l'UA en février 2020.

En outre, quelques points de détails de la phase I portant sur l'échange de biens, de services et les règles d'origine devaient encore être réglés lors d'un sommet extraordinaire de l'UA, prévu en Afrique du Sud le 30 mai. Les listes finales d'engagements en matière de biens et de services font parties des principaux points pendants. Le sommet a été annulé, et si les parties ont tenté de se réunir par voie électronique, des problèmes de connexion à l'internet auraient entravé ces efforts.

Au-delà du report de l'entrée en vigueur de la ZLECAf, la pandémie de Covid-19 pourrait considérablement réduire la croissance prévue du PIB, du fait de la réduction de la demande de pétrole, du déclin des prix des produits de base, et de la réduction du tourisme et des flux d'envois de fonds.



Pourtant, selon Stephen Karingi, la pandémie représente une opportunité de réfléchir à la manière d'adapter la ZLECAf pour mieux faire face aux défis auxquels les pays d'Afrique continueront de faire face dans le siècle à venir, notamment les épidémies et le changement climatique. Certains se sont également dits préoccupés par le niveau de capacité requis pour mettre effectivement en œuvre la phase I, et il faudra attendre pour savoir si ce report laissera suffisamment de temps pour régler ces questions.

Conférence ministérielle, qui était, jusqu'à récemment, prévue en juin 2020 au Kazakhstan.

Depuis, la conférence de juin a été reportée au moins jusqu'à la mi-2021. Entre temps, les membres de l'OMC prenant part aux négociations multilatérales et aux « initiatives conjointes » sur la facilitation de l'investissement, le commerce électronique, et les micro, petites et moyennes entreprises (MPME), ont poursuivi les réunions par voie virtuelle, avec plus ou moins de succès. Certains membres de l'OMC se sont toutefois dits réticents à l'idée d'adopter des décisions contraignantes ou de négocier des points importants de manière virtuelle.

Discussions relatives à la facilitation de l'investissement : le groupe de membres de l'OMC examine un nouveau projet de texte consolidé

Les 101 membres de l'OMC œuvrant à un éventuel cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement examinent actuellement un nouveau « texte récapitulatif », qui devrait servir de tremplin aux négociations formelles, dès qu'elles seront lancées.

Le texte récapitulatif informel, préparé par le coordonnateur du groupe sous sa propre responsabilité, a été diffusé en avril dernier. S'appuyant sur le texte simplifié diffusé en janvier dernier, le nouveau texte incorpore les propositions et suggestions de libellé de certains membres de l'OMC, et inclut de multiples propositions de texte pour plusieurs dispositions. D'autres questions doivent être approfondies, par exemple que faire des propositions visant l'entrée temporaire des investisseurs, ou des diverses définitions proposées de l'investissement, et de leurs implications sur la portée du cadre. Il reste également des questions de nature institutionnelle, par exemple concernant la place d'un tel cadre dans l'architecture de l'OMC.

Si le texte consolidé marque une nouvelle étape dans les « discussions structurées » sur la facilitation de l'investissement lancées en décembre 2017, les discussions elles-mêmes se sont ralenties du fait de la pandémie de Covid-19. Les membres de l'OMC prenant part à l'initiative avaient précédemment indiqué vouloir lancer les négociations en mars et annoncer un « résultat concret » à l'occasion de la douzième



SENTENCES ET DÉCISIONS

Un tribunal CIRDI rejette sa compétence *ratione voluntatis* sur les recours lancés contre l'Iraq au titre de l'Accord d'investissement de l'OCI

Itisaluna Iraq LLC et autres c. la République d'Iraq, Affaire CIRDI n° ARB/17/10

Maria Bisila Torao

Le 3 avril 2020, un tribunal CIRDI rejetait sa compétence sur une affaire lancée au titre de l'Accord de promotion, de protection et de garantie des investissements, conclu entre les États membres de l'Organisation de la coopération islamique (OCI). La majorité du tribunal déterminait que les investisseurs n'avaient pas respecté l'exigence préalable de mener une conciliation, et que le consentement de l'Iraq à l'arbitrage CIRDI au titre de la clause NPF de l'Accord de l'OCI ne pouvait être établi.

Le contexte et les recours

Munir Sukhtian Investment LLC (MSI), une entreprise enregistrée en Jordanie, avait conclu un Accord national de licence avec la Commission nationale iraquienne des communications et des médias, en juin 2016. MSI paya 20 millions USD pour l'acquisition de la licence, et investit plusieurs centaines de millions de dollars dans la mise en œuvre des termes de l'Accord de licence.

Au titre de l'Accord de licence, MSI avait le droit d'installer, de construire, d'opérer, de gérer et de mettre à disposition un réseau de télécommunications publiques dans le pays. MSI avait également le droit d'établir et d'opérer les services internationaux de passerelles nécessaires à l'acheminement des données de télécommunication. Selon MSI, le Secrétariat général du Conseil des ministres n'avait jamais autorisé MSI à opérer ses propres passerelles internationales comme le prévoyait l'Accord de licence, malgré des demandes répétées auprès de plusieurs organes de l'État iraquien.

En mars 2017, MSI, Itisaluna Iraq LLC (enregistrée en Jordanie), et VTEL Holdings Ltd et VTEL Middle East and Africa Limited (toutes deux enregistrées à Dubaï), (collectivement, « les investisseurs »), déposèrent une demande d'arbitrage auprès du CIRDI. Les investisseurs alléguaient des violations de l'Accord d'investissement de l'OCI et du TBI Iraq-Japon,

notamment de l'article 3 (relatifs aux obligations de traitement national) du TBI Iraq-Japon, et des articles 2, 4, 10 et 14 de l'Accord d'investissement de l'OCI (relatifs à la sécurité et la promotion de l'investissement, à l'expropriation et au TJE).

Le CIRDI enregistra l'affaire en avril 2017. En octobre de la même année, l'Iraq présenta deux objections à la compétence du tribunal, fondées sur la *ratione voluntatis* et la *ratione temporis*, arguant qu'aucun élément ne permettait de conclure que l'Iraq avait bel et bien donné son consentement à l'arbitrage CIRDI.

Le 27 octobre 2017, les parties acceptèrent le fait que l'objection de l'Iraq à la compétence *ratione voluntatis* et toute autre objection soient examinées dans le cadre d'une phase préliminaire distincte. Et le 29 juin 2018, le tribunal annonça la bifurcation de la procédure.

Interprétation et application de l'Accord de l'OCI

Le tribunal examina, en premier lieu, parmi d'autres points, le fait que les parties n'avaient présenté aucun précédent permettant d'orienter le tribunal quant à l'interprétation et l'application de l'Accord de l'OCI, ou quant à son interaction avec les traités bilatéraux d'investissement par le biais de sa clause NPF ; selon le tribunal, « l'affaire n'entr[ait] pas dans le cadre de la jurisprudence générale des traités d'investissement » (para. 65).

La nature et le caractère multilatéraux de l'Accord de l'OCI doivent être respectés

Le tribunal remarqua que contrairement aux dires des investisseurs, les termes de l'Accord de l'OCI ne pouvaient être interprétés de manière à « élargir la compétence » du tribunal en vertu de sa disposition sur le règlement des différends, en invoquant un TBI conclu entre une partie contractante (l'Iraq) et une partie non contractante (le Japon). Il expliqua en outre qu'à l'heure d'interpréter l'application de l'Accord de l'OCI, qui est un traité multilatéral, il fallait faire preuve de prudence pour veiller à respecter le sens ordinaire du traité à la lumière de la pratique de toutes ses parties contractantes, et non pas uniquement de la pratique en matière de traités bilatéraux de l'une des parties à l'Accord.

Le tribunal conclut donc qu'en l'espèce, l'interprétation de l'Accord de l'OCI devait avoir le même sens pour toutes ses parties contractantes. Aussi, « son sens ne pouvait être influencé par la pratique, sans liens, en matière de traités d'une seule partie contractante [c.-à-d. l'Iraq] » (para. 153).



Le tribunal détermina donc, qu'aux fins de l'interprétation de l'application d'un accord multilatéral, il ne pouvait s'appuyer sur la pratique en matière de traités d'une seule partie, l'Iraq.

Lien entre l'article 16 et l'article 17 de l'Accord de l'OCI : l'accord envisage l'arbitrage investisseur-État internationalisé

Les positions des parties quant à savoir si l'Iraq avait ou non consenti à l'arbitrage international des investissements dépendaient de l'interprétation des articles 16 et 17 de l'Accord de l'OCI, qui font respectivement référence à l'arbitrage national, et au règlement des différends diplomatiques. Les demandeurs arguèrent que les articles 16 et 17 de l'accord devaient être interprétés conjointement, puisque, de cette manière, l'article 16 confirme que l'Accord de l'OCI envisage le RDIE, qui couvre l'arbitrage international. L'Iraq arguait, quant à elle, que les articles 16 et 17 abordaient deux questions distinctes. Le tribunal conclut toutefois qu'aux fins de l'application, et compte tenu des règles générales portant sur l'interprétation des traités, l'article 16 ne pouvait être déconnecté de l'article 17 et « interprété individuellement » (para. 160). Il ajouta, « l'article 16 envisage [le RDIE] », faisant référence à l'objet et au but du traité et à l'intention des parties d'offrir et de mettre en place un climat favorable aux investissements. Il expliqua en outre que le libellé utilisé dans l'article 16 soutient l'argument selon lequel « l'Accord de l'OCI envisage la possibilité d'internationaliser l'arbitrage investisseur-État ».

Interprétation de l'article 17 de l'Accord de l'OCI : les parties contractantes envisageaient un mécanisme sur mesure de règlement des différends mais celui-ci n'a jamais été mis en place

Le tribunal remarqua que l'article 17 prévoyait clairement la création d'un mécanisme sur mesure de règlement des différends découlant de l'Accord, mais détermina, en accord avec le tribunal de l'affaire *Al-Warrag*, qu'aucun élément ne permettait de conclure que la Cour islamique internationale de justice, établie par la Charte de l'OCI, était l'organe approprié au titre de l'article 17. Il ajouta, pour conclure, qu'« il n'existe actuellement pas d'organe de règlement des différends en vertu de l'Accord de l'OCI qui soit opérationnel et à même d'examiner les recours investisseur-État » (para. 171). Le tribunal se pencha ensuite sur la question de savoir si la recherche d'une conciliation était une précondition à l'accès à l'arbitrage, et si les investisseurs l'avaient bel et bien respecté.

L'Accord de l'OCI contient le consentement au RDIE mais il est assujéti à une obligation de conciliation préalable

Les investisseurs arguèrent que la conciliation n'était pas obligatoire, mais optionnelle. À l'inverse, l'Iraq argua qu'au titre de l'article 17(2) la conciliation préalable est une obligation. Après avoir examiné les traductions assermentées présentées par les deux parties de l'article 17(2), la majorité du tribunal détermina que dans les deux versions « la formulation conditionnelle « si... alors » semble soutenir la conclusion selon laquelle le recours à la conciliation est une condition préalable à l'arbitrage », plutôt qu'un choix (para. 177).

Le tribunal examina ensuite si l'article 17 de l'Accord de l'OCI constituait un consentement à l'arbitrage en général. Il détermina sur ce point que le fait que l'article 17 donne le consentement à l'arbitrage en termes généraux explique précisément pourquoi le consentement général à l'arbitrage ne contient pas le consentement à l'arbitrage CIRDI.

Interprétation et application de l'article 8 de l'Accord de l'OCI : la clause NPF peut être utilisée, mais pas en l'espèce compte tenu de considérations de politique publique

Les investisseurs arguaient que le consentement de l'Iraq à l'arbitrage CIRDI contenu à l'article 17(4)(a) du TBI Iraq-Japon pouvait être importé au moyen de l'article 8 de l'Accord de l'OCI. La majorité du tribunal rejeta cet argument, notant que l'article 8(2) de l'Accord de l'OCI prévoit des limites expresses à l'application de la clause NPF. Par exemple, elle ne s'applique pas au traitement différentiel accordé aux investisseurs de l'une des parties contractantes de l'Accord de l'OCI par une autre partie contractante. Le tribunal clarifia en outre que certains des investisseurs pouvaient invoquer le TBI Iraq-Jordanie. Malgré cela, les investisseurs décidèrent collectivement de s'appuyer plutôt sur le TBI Iraq-Japon, se plaçant ainsi en dehors du cadre de l'article 8 et de l'exception contenue à l'article 18 de l'Accord de l'OCI. Le tribunal déclara donc que les investisseurs « choisissaient certains éléments du TBI Iraq-Japon » puisqu'ils cherchaient à s'appuyer sur son consentement à l'arbitrage CIRDI tout en contournant le délai prescrit à l'article 17(6) du TBI (para. 193).

Le tribunal précisa que même si ces arguments n'avaient pas été mis en avant par les parties, ils étaient pertinents car ils « clarifient l'intention, les effets et les limites de la clause NPF, et de son cadre de politique publique, sur lequel les investisseurs cherchent à s'appuyer ».



(para 207). Il ajouta en outre que le fait d'autoriser les demandeurs à invoquer le TBI Iraq-Japon les placerait dans une meilleure position que celle des investisseurs japonais investissant en Iraq au titre du TBI Iraq-Japon.

Le tribunal considéra donc qu'en l'espèce, il fallait trouver un compromis entre le respect des principes du droit des traités d'investissement d'une part, et le fait d'éviter les abus et le « treaty-shopping » d'autre part. Faisant référence à l'affaire *Maffezini c. Espagne*, le tribunal remarqua que l'application des clauses NPF ne devrait pas avoir primauté sur les considérations de politique publique, puisqu'il se pourrait que les parties aient envisagé des obligations préalables essentielles à leur acceptation d'un accord, telles que l'épuisement des voies de recours internes, les clauses d'option irrévocable, un forum spécifique d'arbitrage ou un système fortement institutionnalisé. Ces types de préconditions semblent refléter la volonté des parties souveraines et doivent donc être respectées. Par conséquent, le tribunal ajouta par ailleurs que l'Accord de l'OCI proposait un cadre clairement défini, incluant un forum d'arbitrage doté de caractéristiques sur mesures, qui omet intentionnellement l'arbitrage CIRDI. Faisant écho au raisonnement de l'affaire *Maffezini*, le tribunal conclut que cette décision était « fondée sur des considérations de politique publique » (para. 218).

Les coûts

Le tribunal ordonna aux investisseurs de rembourser à l'Iraq ses frais et dépenses juridiques, d'un total de 724 662,94 USD, et sa part des coûts juridiques de l'arbitrage, d'un montant de 172 720,47 USD.

Le tribunal détermina en outre qu'aucun intérêt ne serait ajouté au paiement de la somme totale de 897 383,41 USD, pendant une période de trois mois à compter de la date de la décision. Il imposa cependant un taux d'intérêt prorata de 1 % par an sur tout montant impayé, dès trois mois après la date de la décision et ce jusqu'à la date finale de paiement total.

L'opinion divergente de Wolfgang Peter

Dans une opinion divergente partielle, incluse dans une section de la décision finale, Peter concluait que le tribunal avait compétence sur l'affaire car l'article 17 prévoit la conciliation et l'arbitrage, comme formes distinctes de règlement des différends pouvant être utilisées l'une après l'autre, ou alternativement, et donc que l'absence de tentative de conciliation préalable n'empêchait pas l'accès à l'arbitrage. Il ajouta, citant le tribunal de l'affaire *Al-Warraq*, que « l'absence d'accord

de conciliation préalable ne constitue pas un obstacle à l'arbitrage investisseur-État » (para. 234).

Il remarqua également que la limite incluse à l'article 8 de l'Accord de l'OCI ne s'appliquait pas aux demandeurs puisqu'ils s'appuyaient sur le TBI Iraq-Japon et que le Japon n'est pas partie à l'Accord de l'OCI. Il observa en outre que le fait de donner effet à la clause NPF incluse à l'article 8 était conforme à une interprétation et une application actives et directes de la clause. Peter conclut que l'argument des demandeurs, selon lequel le consentement de l'Iraq à l'arbitrage CIRDI était contenu dans l'article 17(4) du TBI et pouvait être importé dans l'Accord de l'OCI au moyen de la clause NPF, devait être admis, puisque, au final, « la clause NPF est invoquée dans le but de remplacer une procédure inefficace par une procédure efficace, et une autorité inefficace en charge des nominations par une autorité efficace » (para. 242).

Remarques : le tribunal était composé de Daniel Bethlehem (président nommé sur accord des parties, de Grande-Bretagne), de Wolfgang Peter (nommé par les demandeurs, de Suisse), et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de France). La décision du 3 avril 2020 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11410.pdf>

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



Un tribunal du CIRDI rejette l'objection à la compétence fondée sur les TBI intra-UE et affirme sa compétence sur le recours collectif

Theodoros Adamakopoulos et autres c. la République de Chypre, Affaire CIRDI n° ARB/15/49

Marios Tokas

Le 7 février 2020, la majorité d'un tribunal du CIRDI a affirmé sa compétence sur les recours collectifs lancés contre Chypre par 951 personnes physiques et sept entreprises (les demandeurs) au titre du TBI Chypre-Grèce de 1992 et du TBI Chypre-UEBL de 1991. L'arbitre nommé par Chypre n'était pas d'accord, acceptant l'objection de Chypre à la compétence du tribunal fondée sur la nature intra-européenne de l'affaire.

Le contexte et les recours

Les demandeurs, des citoyens grecs et une entreprise luxembourgeoise, détenaient des obligations et des dépôts auprès de la Banque de Chypre et de la Banque Laiki. Suite à la crise financière de 2012-13 à Chypre, ces deux banques furent « sauvées » après la conclusion d'un protocole d'accord (PA) par Chypre avec la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le Fond monétaire international (la « Troïka ») portant sur l'adoption d'un plan d'ajustement. Le PA donna lieu à la fusion de la Banque Laiki et de la Banque de Chypre, la conversion des obligations de la Banque de Chypre en capitaux propres de la banque, ainsi que la saisie des fonds au-delà de 100 000 USD sur les comptes détenus dans les deux banques.

Les demandeurs lancèrent un arbitrage au titre des TBI susmentionnés en 2015, arguant que la conversion des obligations en fonds propres de la banque ramenait leur investissement à zéro et réduisait la valeur de leurs dépôts, représentant une perte totale de 300 millions USD. Chypre contestait la compétence du tribunal sur les recours principalement du fait de leurs natures intra-européenne et collective.

Le tribunal rejette l'objection présentée par le défendeur et fondée sur la nature intra-européenne de l'affaire

Chypre arguait que compte tenu de l'arrêt de la CJUE sur l'affaire *Achmea*, le tribunal n'avait pas compétence sur le recours, puisque les TBI intra-UE ont été supplantés par les Traités de l'UE, conformément aux articles 30 et 59 de la CVDT.

Le tribunal rejeta ces arguments, clarifiant que le fondement de sa compétence se trouvait dans les TBI pertinents et dans l'article 25 de la Convention du CIRDI. Le droit européen n'interviendrait qu'à l'heure d'examiner des questions nécessitant l'analyse du droit national du défendeur ou d'autres règles du droit international (para. 157 à 161). S'agissant de ce dernier, le tribunal considéra que l'arrêt sur *Achmea* n'était pas contraignant puisqu'il portait sur la question de la compatibilité des TBI intra-UE, mais seulement avec le droit européen, tandis que le champ d'application du tribunal est différent.

Aussi, le tribunal rejeta l'objection fondée sur le fait que le droit européen et les TBI portent sur le même sujet, puisque le droit européen n'offre pas d'alternatives au règlement des différends par les tribunaux nationaux, contrairement aux TBI. De plus, l'application du TBI n'empêche pas l'application des traités de l'UE. Au contraire, « tous deux peuvent s'appliquer conjointement », puisque ni le fonctionnement du RDIE en-dehors du système judiciaire européen, ni les éventuelles incohérences mineures dans l'examen des mesures européennes de sauvetage par la CJUE et un tribunal arbitral, ne saurait être considérés comme une incompatibilité au titre des articles 30 et 59 de la CVDT. La pratique des États membres de l'UE au moment de l'entrée en vigueur du TFUE et après l'arrêt sur *Achmea* confirme également que les prescriptions fixées à l'article 59 de la CVDT ne sont pas remplies (para. 163 à 180).

Finalement, le tribunal précisa qu'il ne se prononcerait pas sur les questions relatives aux droits et obligations au titre du droit européen puisqu'il examinera les mesures de l'UE comme éléments de fait, et qu'il ne considérerait pas comme essentiel le fait qu'il serait difficile d'exécuter les décisions intra-UE au sein de l'UE (para. 181 à 186).

Le tribunal affirme sa compétence sur les recours collectifs

Le tribunal considérait que même si certains termes apparaissent au singulier dans les TBI pertinents et la Convention du CIRDI, tels que « différend » et « investisseur », cela ne constitue pas nécessairement un argument en faveur de l'objection du défendeur à la compétence. De plus, le tribunal rejeta l'argument de Chypre selon lequel les recours collectifs exigent un consentement spécial, en plus du consentement inclus dans les TBI. Il détermina au contraire que la question essentielle était celle de savoir si les recours en question étaient suffisamment homogènes pour constituer un seul différend unique (para. 197 à 201, 205 et 209). Il considéra à cet égard que les recours invoquaient tous



la même violation du traité, même au titre de deux TBI distincts, contestaient tous le même acte illégal et portaient tous sur les mêmes mesures impliquant les mêmes deux banques, dans le même contexte. Aussi, ces recours devaient être examinés dans le cadre d'une affaire unique.

Les arguments du défendeur fondés sur la recevabilité sont rejetés

Le tribunal s'attela à répondre aux allégations du défendeur selon lesquelles la recevabilité d'un tel recours collectif rendrait la procédure ingérable. D'emblée, le tribunal indiqua son désaccord avec le tribunal de l'affaire *Abaclat*, qui avait déterminé qu'un tribunal a le pouvoir d'adapter la procédure arbitrale et d'adopter de nouvelles procédures spécifiques en vue d'éviter un déni de justice aux demandeurs, puisque le TBI en question n'offrait pas de droit spécifique de lancer un recours collectif. Le tribunal devait donc examiner si les règles et procédures actuelles au titre de la Convention du CIRDI lui permettait d'examiner le recours collectif (para. 242 à 246).

Après avoir examiné une série de points de procédure, telle que la présentation des documents, la longueur de la procédure et la vérification des allégations, le tribunal détermina qu'il était possible de gérer le recours collectif au titre du cadre actuel sans porter atteinte aux droits procéduraux des parties (para. 247 à 259). Finalement, le tribunal considéra qu'il était nécessaire de fixer le nombre des demandeurs à 956, ce qui signifiait qu'aucun d'entre eux ne pouvaient se retirer de l'affaire sans le consentement du défendeur, de proposer une bifurcation de la procédure (pour la responsabilité et les dommages), et de faire une demande de cautionnement pour frais au nom du défendeur.

Les autres objections à la compétence sont rejetées

Le tribunal examina et rejeta les autres objections à sa compétence s'agissant de certains des demandeurs, fondées sur le fait que les instruments financiers en question (des contrats d'assurance vie et des obligations) ne constituaient pas un investissement admissible ou que le TBI Chypre-Grèce ne couvrait pas la propriété effective des investissements.

Finalement, le tribunal rejeta les arguments de Chypre selon lesquels certains des demandeurs n'avaient pas respecté les préconditions à l'arbitrage, à savoir la notification obligatoire, et une période de réflexion (ou de « refroidissement »), prévues par les TBI pertinents. Le tribunal considéra que la notification préalable et le délai de réflexion de six mois avaient été satisfaits

dès lors qu'un groupe initial de 21 demandeurs avaient cherché le règlement du différend avec le défendeur. Chypre n'avait pas tenté d'obtenir un règlement à l'amiable pendant cette période de préavis de six mois, donc tout investisseur supplémentaire « impliqué » pouvait être considéré comme ayant satisfait ces prescriptions (para. 305 à 319).

Conclusion

Le tribunal affirma sa compétence sur les recours collectifs, les considérant comme recevables. Il invita les parties à soumettre leur position quant à la bifurcation du différend, et réserva sa décision sur les coûts à une date ultérieure.

L'opinion divergente de Marcelo Kohen

Dans son opinion divergente, Marcelo Kohen, l'arbitre nommé par Chypre, se disait en désaccord avec les conclusions de la majorité. Son opinion repose principalement sur l'application de l'article 30 de la CVDT à l'affaire. Kohen considérait que les traités de l'UE et les TBI intra-UE avaient le même objet puisque tous réglementent la protection et le traitement substantiels accordés aux investisseurs et aux investissements, ainsi que le renforcement de la coopération entre les parties contractantes. Aussi, l'accession de Chypre aux traités de l'UE rend les TBI intra-européens de Chypre obsolètes, puisqu'ils sont incompatibles avec le marché commun et ses règles. L'arbitre considérait donc que le tribunal aurait dû suivre l'interprétation authentique des parties et donner préséance aux traités de l'UE sur les TBI intra-européens.

Remarques : le tribunal était composé de Donald M. McRae (président nommé par le Secrétaire général du CIRDI, du Canada et de Nouvelle Zélande), d'Alejandro Escobar (nommé par les demandeurs, du Chili) et de Marcelo G. Kohen (nommé par le défendeur, d'Argentine). La décision du 7 février 2020 et l'opinion divergente sont disponibles sur <https://www.italaw.com/cases/7939>.

Marios Tokas est un juriste en droit international basé à Genève. Il termine actuellement un Master en droit international auprès du Graduate Institute of International and Development Studies. Il détient une licence en droit public international, et une licence en droit de l'Université d'Athènes. Il réalise actuellement un stage auprès de IISD, à Genève.



Un tribunal du HKIAC rejette les recours de Jin Hae Seo, une citoyenne des États-Unis, contre la Corée du Sud estimant qu'il n'a pas compétence

Jin Hae Seo c. la République de Corée, Affaire HKIAC n° HKIAC /18117

Yashasvi Tripathi

Le 27 septembre 2019, un tribunal du Centre d'arbitrage international de Hong-Kong (HKIAC) rejetait, pour des raisons de compétence, les recours fondés sur l'expropriation présentés par Jin Hae Seo, une citoyenne des États-Unis, contre la République de Corée (la Corée) au titre de l'ALE Corée-États-Unis (ALE CEU) et du règlement de la CNUDCI.

Le contexte et les recours

La demanderesse détenait une maison à deux étages à Séoul depuis 2001. En 2007, le gouvernement coréen décida de redévelopper la zone dans laquelle se trouvait la maison pour améliorer les conditions de vie. Les propriétaires de biens immobiliers situés dans la zone pouvaient choisir d'acquérir la propriété redéveloppée, ou d'obtenir une indemnisation en espèce.

Dans un premier temps, la demanderesse choisit d'acquérir la propriété, avant de changer d'avis plus tard. Les autorités coréennes exécutèrent un ordre d'expulsion à son encontre en 2016, après quoi elle rejeta l'indemnisation offerte par les autorités locales pour sa propriété.

En 2016, la demanderesse fit amender le registre foncier pour y faire figurer sa nationalité étasunienne. Après avoir libéré la propriété, elle présenta les recours fondés sur l'expropriation contre la Corée au titre de l'ALE CEU.

L'objection de la Corée à la compétence

La Corée argua que la demanderesse n'avait pas réalisé un investissement au titre de l'ALE CEU puisqu'aucune des trois caractéristiques de l'investissement au titre de l'ALE CEU n'était respectée, et puisque les critères du test de *Salini* n'étaient pas respectés. Quant à elle, la demanderesse maintenait que sa propriété était un investissement puisqu'elle respectait les trois critères de la liste exhaustive contenue dans l'ALE CEU et puisque les critères du test de *Salini* n'étaient pas applicables. En outre, les parties au différend n'étaient pas d'accord quant à savoir si la propriété était ou non un « investissement couvert » au titre de l'ALE.

Selon le tribunal, un actif est considéré comme un investissement au titre de l'ALE CEU seulement s'il présente les « caractéristiques d'un investissement ». Le tribunal s'est intéressé aux trois critères expressément mentionnés à l'article 11(28) de l'ALE CEU : « l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente d'un gain ou d'un profit, ou la prise de risques ». Il remarqua que l'expression « notamment des caractéristiques telles que » placée avant indiquait que la liste n'était pas exhaustive, et que le « ou » placés entre elles indiquait que toutes trois ne devaient pas nécessairement être présentes simultanément et qu'aucune d'entre elles n'était indispensable (para. 93 et 94). De plus, le tribunal détermina que le « ou » infirmait l'argument de la Corée selon lequel l'ensemble des quatre critères du test de *Salini* devaient être respectés.

Le tribunal rejeta l'argument de la Corée selon lequel le pluriel de « caractéristiques » signifiait qu'au moins deux d'entre elles devaient être présentes, considérant que les rédacteurs n'avait pas inclus cette prescription dans l'ALE (para. 95). Le tribunal détermina donc qu'il devait procéder à une évaluation globale des caractéristiques, à commencer par celles mentionnées, compte tenu de l'importance qu'y attachaient les rédacteurs.

En outre, il n'appliqua pas le test de *Salini*, notant qu'il avait été développé dans le contexte de la Convention du CIRDI qui ne définit pas l'investissement, tandis que l'ALE CEU le définit expressément (para. 98). Il remarqua cependant que la définition non exclusive de l'ALE lui permet de tenir compte des critères du test de *Salini*.

« L'engagement de capitaux » ne doit pas nécessairement être d'origine étrangère, mais il doit être important

Rejetant l'affirmation de la Corée, le tribunal détermina que la définition contenue à l'article 11(28) n'exige pas nécessairement que les ressources engagées soient d'origine étrangère. Il détermina également que le critère de l'origine étrangère, sous-entendue dans le préambule de l'ALE CEU, est satisfait pas d'autres prescriptions de fond : un « investisseur de l'autre partie » ou « un investisseur d'un État non partie » (para. 103).

Se rangeant du côté de la Corée, le tribunal détermina que l'engagement de capitaux est un critère pertinent, qui, comme le mentionne le préambule, vise « à améliorer les conditions de vie, promouvoir la croissance et la stabilité économiques, créer de nouveaux emplois, et améliorer le bien-être général dans [les] territoires



[des parties] en libéralisant et en accroissant les échanges » (para. 104). Il considéra toutefois que si les investissements individuels ne peuvent être tenus d'atteindre, par eux-mêmes, les objectifs du traité, un investissement si minime qu'il n'est pas en mesure de contribuer à l'économie du pays d'accueil ne peut bénéficier des protections du traité. En l'espèce, le tribunal détermina que l'engagement de 300 000 USD de la part de la demanderesse n'était pas « insignifiant », et aurait sans aucun doute été admis comme « significatif » si l'objet de l'investissement était « clairement de nature commerciale », tel que l'acquisition d'un bureau ou d'une usine (para. 106).

C'est l'objectif prédominant au moment de l'acquisition de la propriété qui détermine s'il existe une « attente d'un gain ou d'un profit », plutôt que les fins d'utilisation du profit

Le tribunal détermina que l'existence d'une attente d'un gain ou d'un profit dépendait de l'objectif prédominant de l'investissement au moment de l'acquisition de la propriété (para. 125) : celui-ci devrait être de réaliser un profit, et non pas, comme c'est le cas en l'espèce, d'acquérir une résidence privée ; et il ne devrait pas être différent, puis modifié par la suite en faveur de la réalisation d'un profit (para. 127).

Le tribunal concéda à la demanderesse que l'utilisation des profits n'était pas pertinente pour déterminer si la caractéristique existait (para. 109) ; aussi, le transfert, par la demanderesse, des loyers tirés de la location de la propriété à ses parents n'était pas pertinent. Il détermina qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'existe « l'attente d'un gain ou d'un profit », de prendre part à des activités commerciales puisque cet élément fait partie inhérente du critère de « la prise de risques » (para. 110).

Le tribunal remarqua, comme l'arguait la Corée, que la demanderesse avait acquis la propriété comme résidence privée et ne l'avait pas loué au cours des deux premières années ; seule une unité non occupée par ses parents était louée. Il remarqua également que la demanderesse n'avait pas avancé qu'elle avait cherché des locataires, et qu'elle n'avait mis la propriété en location que peu de temps avant de déménager aux États-Unis. Aussi, le tribunal conclut que puisque l'objectif prédominant au moment de l'investissement était d'acquérir une résidence privée plutôt qu'un investissement générateur de revenus (para. 126), il était peu enclin à accepter l'existence de cette caractéristique.

Les caractéristiques d'un investissement, notamment « la prise de risque », doivent aller au-delà des aspects inhérents d'un actif pour être admis comme un investissement au titre de l'article 11(28) de l'ALE CEU

La demanderesse argua qu'elle avait fait face à quatre risques : (1) le déclin de la valeur de la propriété après son acquisition, (2) le risque d'expropriation de la propriété, (3) le fait que la propriété soit assujettie aux lois du pays d'accueil, et (4) la non matérialisation des loyers anticipés.

Se rangeant du côté de la Corée, le tribunal détermina que les risques (1), (2) et (3) ne pouvaient en eux-mêmes constituer une « prise de risques », notant que tous les propriétaires fonciers font face à ces risques. Selon le tribunal, les caractéristiques requises d'un investissement, notamment la prise de risques, doivent aller au-delà des caractéristiques inhérentes à tout type d'actif ; dans le cas contraire, il serait futile d'exiger d'un investissement qu'il présente certaines « caractéristiques » (para. 130). Le tribunal nota par ailleurs que l'acquisition d'un actif dans un autre État comporte inévitablement les risques (2) et (3) (para. 132).

Le tribunal était disposé à admettre le risque (4) comme attestant d'une prise de risque puisque s'il existe une attente de profits, il y a un risque que celle-ci soit frustrée. Il remarqua toutefois que puisque l'on pouvait douter de l'attente d'un gain ou d'un profit, le risque qu'il ne se matérialise pas était tout aussi faible.

Un « investissement couvert » au titre de l'ALE CEU

Bien qu'il conclut que la propriété de la demanderesse ne constituait pas un « investissement », le tribunal examina si elle pouvait être admise en tant qu'« investissement couvert », par le biais de son « établissement », ou de son « développement » après l'entrée en vigueur de l'ALE CEU.

Dans le contexte de son analyse, le tribunal rejeta l'affirmation de la demanderesse selon laquelle elle avait établi son investissement présumé lorsque sa nationalité étasunienne était mentionnée dans le registre foncier, pour trois motifs. D'abord, elle n'avait fait modifier le registre foncier qu'après l'expropriation alléguée (para. 148). Ensuite, sa nationalité n'était pertinente que pour son statut personnel en tant qu'« investisseur de l'autre partie », et ne concernait pas l'investissement (para. 149). Enfin, seuls les actes portant création d'un actif auraient permis d'« établir » un investissement, comme par exemple la construction d'une usine ou l'enregistrement de droits de propriété intellectuelle. Puisqu'elle n'avait réalisé que des engagements



supplémentaires minimales et apporté des modifications insignifiantes à la propriété – notamment l'érection d'une clôture, le pavage du parking et le changement du papier-peint – le tribunal considéra que la demanderesse n'avait pas « développé » son investissement.

En outre, le tribunal détermina qu'au titre de l'ALE CEU, la définition d'un « investissement couvert » cherche à exclure les cas où l'investisseur n'avait pas un engagement équivalant à la détention, l'acquisition ou l'établissement de l'investissement (para. 163). Selon lui, le changement de nationalité de la demanderesse, ou les modifications mineures apportées à sa propriété ne constituaient pas le niveau d'engagement requis.

La décision et les coûts

Rejetant tous les recours présentés contre la Corée, compte tenu de son absence de compétence, le tribunal ordonna à chacune des parties de payer ses propres frais juridiques, ainsi que la moitié des frais et dépenses du tribunal et du HKIAC.

Remarques : le tribunal était composé de Bruno Simma (arbitre président, nommé par les co-arbitres au titre du règlement du HKIAC, d'Allemagne), de Benny Lo (nommé par la demanderesse, de Hong-Kong) et de Donald McRae (nommé par le défendeur, du Canada et de Nouvelle-Zélande). La décision du 27 septembre 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10880.pdf>

Yashasvi Tripathi est associé chez Nishith Desai Associates, New York. Elle est titulaire d'une maîtrise en arbitrage et contentieux international de la faculté de droit de l'université de New York et d'une licence en droit (avec mention) de la National Law University de Delhi.

Rejet de tous les recours sur le fond, dans l'affaire opposant Lidercón au Pérou : le changement du cadre réglementaire et les décisions juridiques n'ont pas violé la norme TJE

Lidercón, S. L. c. la République du Pérou, Affaire CIRDI n° ARB/17/9

Anna Sands

Les recours de Lidercón, une entreprise espagnole gérant des centres d'inspection automobile dans la Municipalité métropolitaine de Lima, contre le Pérou, ont tous été rejetés dans un arbitrage CIRDI. Si les investisseurs étrangers se plaignent fréquemment de discrimination à leur égard, dans cette affaire inhabituelle, l'entreprise arguait qu'elle avait l'exclusivité des services de contrôle technique, à l'exclusion de tous les compétiteurs nationaux et étrangers, sur la base d'une disposition contenue dans son contrat de concession. L'entreprise prétendait que les changements apportés au cadre réglementaire, les décisions des autorités et des tribunaux de l'État quant à la clause d'exclusivité, et l'aptitude des autorités de supervision de Lidercón, représentaient une violation de la norme de traitement juste et équitable.

Le tribunal ordonna à Lidercón de rembourser au Pérou 60 % des contributions payés par le pays pour les frais de l'arbitrage, ainsi que 60 % de ses frais juridiques, soit un total de plus de 4 millions USD.

Le contexte et les recours

En 2004, Lidercón signa un contrat de concession avec la Municipalité métropolitaine de Lima (MML) portant sur la construction et la gestion de centres d'inspection technique des véhicules automobiles sur le territoire de la MML. La supervision de cette zone relevait d'une autorité locale, ce qui était une anomalie puisque dans le reste du pays, ces services d'inspection relevaient du contrôle du ministère des Transports et des Communications (le ministère). Toutefois, lorsque Lidercón signa le contrat de concession avec la MML, une réforme du cadre législatif était en cours, suite à la fin du régime de Fujimori. Les changements réglementaires culminèrent avec l'adoption, en 2008, de la Loi portant création du système national d'inspection technique des véhicules (« Ley ITV »), qui octroyait au ministère la compétence exclusive s'agissant de l'approbation et de la supervision des services d'inspection automobile, et supplantait toutes normes contraires.



Le contrat de concession contenait une disposition accordant à Lidercón l'exclusivité dans la fourniture de services d'inspection technique. Si les rapports initiaux du ministère et d'INDECOPI, l'agence péruvienne en charge de la concurrence, affirmaient que ce droit exclusif serait maintenu, l'INDECOPI détermina par la suite qu'il s'agissait d'un obstacle bureaucratique illégal. Lidercón contesta cette décision auprès de la Corte superior de justicia (Cour supérieure de justice) de Lima en 2017, mais cette dernière réaffirma la décision d'INDECOPI.

Lidercón et la MML s'étaient déjà affrontées dans plusieurs procédures nationales d'arbitrage avant l'affaire de 2017. Celles-ci avaient pris fin avec la décision de 2011 maintenant la légalité du contrat de concession signé par les parties. Mais la Corte superior déclara que la décision de 2011 ne pouvait être exécutée dans la mesure où elle appelait la MML à agir au-delà de ses compétences et à superviser elle-même la performance de Lidercón.

Lidercón affirmait que le Pérou avait violé le TBI Espagne-Pérou en manquant d'accorder le traitement juste et équitable (TJE) du fait d'un déni de justice, et du fait d'actes non transparents et de mauvaise foi qui frustraient ses attentes légitimes. Elle prétendait également que le Pérou lui avait imposé des mesures injustifiées et discriminatoires, en violation du contrat de concession. Le tribunal rejeta la violation contractuelle car le TBI ne contenait pas de clause parapluie. Le raisonnement portant sur les autres recours est présenté ci-dessous.

La possibilité d'obtenir réparation pour des changements réglementaires contenue dans le contrat est pertinente s'agissant des attentes légitimes et du traitement discriminatoire

Le tribunal rejeta l'argument selon lequel le Pérou avait violé la norme TJE en niant à Lidercón le droit exclusif de fournir les services d'inspection, frustrant ainsi les attentes légitimes de l'entreprise. Il définit les attentes légitimes comme étant de nature à susciter une certitude raisonnable, et il détermina que Lidercón ne pouvait s'attendre à ce que le contrat de concession soit exclu des changements réglementaires, principalement du fait que le contrat de concession contenait des dispositions indiquant qu'il était possible que les changements réglementaires altèrent les conditions de la concession, et prévoyant des réparations (para. 197 à 206). L'inclusion de ces dispositions dans le contrat signifiait que les parties avaient explicitement envisagé cette possibilité et avaient convenu de réparations. De même, l'inclusion

de ces dispositions dans le contrat contredit également l'argument de Lidercón selon lequel elle avait été traitée de manière discriminatoire.

Le « fonctionnement normal » d'un système de prise de décision ne viole pas la norme TJE

La demanderesse prétendait que les positions en apparence contradictoires d'INDECOPI, qui avait d'abord accepté la clause d'exclusivité, avant de la rejeter, violaient la norme TJE. Le tribunal n'était pas du même avis, et détermina que ce revirement ne constituait pas une preuve d'incohérence, mais représentait « le fonctionnement normal d'un système décisionnaire quant à des circonstances différentes à des moments différents » (para. 248). INDECOPI avait pris des décisions dans le contexte d'un changement de cadre réglementaire, et ses décisions après l'adoption de la Ley ITV (qui donnait au ministère la compétence exclusive sur les services d'inspection technique) allaient nécessairement être différentes de celles prises avant.

Violation d'un traité par des actes judiciaires: Le tribunal rejette la large interprétation de la demanderesse et réaffirme le point de vue plus étroit découlant de *Alghanim c. Jordanie*

La demanderesse avançait que la décision juridique confirmant la décision d'INDECOPI et rejetant la clause d'exclusivité violait le TBI. Elle arguait que « la mesure originale était tout proche d'être considérée comme une violation du traité, seule la disponibilité des voies de recours internes l'en avait empêchée ; il se pourrait donc que l'État d'accueil soit tenu de donner réparation par le biais de ses tribunaux nationaux pour éviter une telle conséquence. Un manquement à cet égard pourrait avoir pour conséquence de cristalliser la mesure originale en violation, même dans des circonstances où les procédures judiciaires ne représentent pas un déni de justice » (para. 271, citant un article écrit par Hanno Wehland).

Le tribunal détermina qu'une telle approche n'avait pas été adoptée par d'autres décisions antérieures et accepta l'argument du Pérou selon lequel l'affaire *Alghanim c. Jordanie* la rejetait explicitement. Comme l'avait indiqué le tribunal, son rôle n'était pas de déterminer l'exactitude des tribunaux nationaux, mais seulement de déterminer si leur décision était inexcusable (c.-à-d. une décision à laquelle aucun tribunal raisonnablement compétent ne pourrait parvenir), et donc si elle constituait un déni de justice. Le tribunal de l'affaire *Lidercón c. Pérou* adopta donc un point de vue plus étroit à l'heure de déterminer à partir de quel moment les actes judiciaires constituent une violation du traité. Il réaffirma que le déni de justice



peut prendre la forme (a) d'une violation de la procédure légale établie (qui n'était pas mise en avant en l'espèce) et (b) de décisions si manifestement infondées qu'elles indiquent clairement un parti pris (ce que les faits ne démontraient pas) (para. 270). Le tribunal affirma en outre que les tribunaux nationaux du Pérou n'auraient pas pu violer d'autres normes autonomes du droit international, au-delà du droit national, et qu'il n'était donc pas possible que l'analyse du tribunal supplante le droit national péruvien (para. 273).

L'absence de discrimination n'implique pas nécessairement que les gouvernements soient tenus de protéger les investisseurs étrangers contre l'opposition des compétiteurs ou des législateurs

Finalement, en réponse à l'argument de Lidercón selon lequel elle avait fait face à une certaine hostilité de la part des législateurs, et que les décisions d'INDECOPI avaient été fomentées par ses compétiteurs, le tribunal déterminait que la simple opposition de la part des compétiteurs commerciaux ou de législateurs peu favorables à l'entreprise ne peut représenter à elle-seule une discrimination au titre du traité (para. 244).

Remarques : le tribunal était composé de Jan Paulsson (président nommé par les parties, de France et Suède), de Francisco González de Cossío (nommé par la demanderesse, du Mexique) et de Hugo Perezcano (nommé par le défendeur, du Mexique). La décision du 6 mars 2020 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11419.pdf>.

Anna Sands termine actuellement une maîtrise en études de développement auprès de l'Université d'Oxford. Sa recherche de maîtrise met l'accent sur les effets empiriques de l'arbitrage des investissements sur les choix politiques des gouvernements. Elle détient une licence de droit français de l'Université d'Oxford.

Un tribunal du CIRDI détermine que l'Ukraine n'a pas violé la procédure légale établie à l'heure de reprendre possession de trois terrains d'investisseurs britanniques

Krederi Ltd. c. Ukraine, Affaire CIRDI n° ARB/14/17

Marios Tokas

Le 2 juillet 2018, un tribunal du CIRDI infirmait que l'Ukraine avait violé ses obligations au titre du TBI Royaume-Uni-Ukraine de 1993, et rejetait les arguments du demandeur, l'investisseur britannique Krederi Ltd. (Krederi), fondés sur la procédure légale établie. Le tribunal ordonna à chacune des parties de payer ses propres frais juridiques et la moitié des coûts de l'arbitrage, et ordonna à l'Ukraine de rembourser à Krederi la somme de 313 711,67 USD, correspondant à la moitié des coûts de la procédure avancés par l'investisseur.

Le contexte et les recours

Les filiales de Krederi acquièrent deux entreprises ukrainiennes qui avaient récemment acheté trois terrains (les terrains 1, 2 et 3) précédemment détenus par la ville de Kiev. Le Conseil de la ville de Kiev (le CVK) approuva les acquisitions foncières, mais celles-ci furent invalidées par une série d'actes judiciaires dans les années précédant le différend.

Premièrement, suite à une plainte déposée par le procureur adjoint de Kiev (le PAK), le tribunal administratif du district de la ville de Kiev déclara que l'approbation par le CVK des acquisitions était invalide en raison d'irrégularités procédurales dans la décision du CVK (affaire 1). Ensuite, dans le cadre d'une procédure également lancée par le PAK, le tribunal économique de Kiev déclara que les contrats conclus par le CVK et la filiale de Krederi pour l'acquisition du terrain 1 étaient invalides (affaire 2). Troisièmement, la décision de la cour économique de Kiev ordonnait la restitution du terrain 1 à la ville de Kiev, à la demande du PAK (affaire 3). Et enfin, le PAK lança une affaire pour faire invalider l'approbation par le CVK de l'acquisition des terrains 2 et 3 par les filiales de Krederi (affaire 4).

Krederi lança une procédure d'arbitrage auprès du CIRDI contre l'Ukraine en 2014. Elle arguait que les quatre affaires lancées par le PAK étaient menées de manière irrégulière, et donc qu'elles ne respectaient pas la procédure légale établie, et constituaient un déni de justice en violation de l'article 2 du TBI.



Rejet des objections de l'Ukraine à la compétence

Au moment d'entamer son analyse des objections de l'Ukraine à la compétence, le tribunal affirma que la propriété entière indirecte par Krederi de ses filiales ukrainiennes constituait un investissement couvert par le TBI. Sur ce point, le tribunal clarifia qu'il n'était pas nécessaire que l'État d'accueil ait spécifiquement connaissance du fait que l'investisseur et son investissement étaient couverts par le TBI.

Le première objection de l'Ukraine à la compétence reposait sur son consentement à l'arbitrage au titre du CIRDI. L'article 8(2) du TBI offre trois fora possibles de RDIE auxquels les parties au différend peuvent convenir de le renvoyer, parmi lesquels le CIRDI, tout en précisant que l'arbitrage sous l'égide de la CNUDCI sera retenu comme « forum » par défaut en cas de désaccord. D'après son interprétation de la version ukrainienne du TBI, Krederi suggéra que seul l'investisseur pouvait choisir le « forum ».

Le tribunal tenta de réconcilier la différence supposée de sens en faisant référence à l'article 33(4) CVDT (para. 271). En examinant les deux versions à la lumière du principe de l'*effet utile*, il décida de s'appuyer sur la version anglaise, et conclut que l'Ukraine n'avait pas consenti à l'arbitrage auprès du CIRDI au titre de la disposition relative au règlement des différends (article 8(2)) du TBI (para. 280 et 281).

Toutefois, acceptant l'argument alternatif de Krederi, le tribunal affirma sa compétence grâce à l'application de la clause NPF contenue à l'article 3 du TBI. Selon le tribunal, le libellé spécifique de la clause NPF couvre clairement la clause de RDIE (l'article 8). Le tribunal affirma que les États parties à un TBI peuvent convenir d'étendre la portée de la clause NPF en vue d'importer le consentement d'un État d'accueil d'un TBI plus favorable conclu avec un État tiers (para. 283 à 325).

En l'espèce, le tribunal conclut que l'Ukraine avait effectivement consenti à l'arbitrage auprès du CIRDI au titre de l'article 8(1) et que l'utilisation de la clause NPF avait simplement permis de mettre le CIRDI à la disposition de l'investisseur (para. 327 à 340). Selon lui, l'accès au CIRDI représente un traitement plus favorable des investisseurs offert dans d'autres TBI ukrainiens, tels que le TBI Canada-Ukraine de 1994 (para. 341).

Parmi ses objections à la compétence, l'Ukraine arguait également que l'investissement ne respectait pas l'exigence de légalité au titre du TBI. Le tribunal précisa que seules des violations suffisamment graves de la loi nationale pouvaient priver un investisseur de ses droits

au titre du TBI (para. 348), et conclut que l'éventuelle violation d'une obligation d'enregistrement ne répondait pas à ces critères. De la même manière, il conclut que le manque de clarté de la loi nationale, qui interdit de financer l'établissement d'une entreprise par le biais de prêts intragroupes, ne pouvait priver Krederi de ses droits au titre du TBI (para. 370).

Finalement, le tribunal rejeta l'objection de l'Ukraine quant à la recevabilité, fondée sur la mauvaise foi, la corruption et le principe des « mains sales », concluant que les preuves factuelles présentées en soutien de ces allégations n'étaient pas adéquates ou suffisantes (para. 385 à 394).

Les probables déficiences judiciaires et administratives de l'Ukraine n'équivalent pas à un déni de justice

Le tribunal considéra que le respect de la procédure établie et l'interdiction du déni de justice sont des obligations essentielles de la norme TJE, et que celles-ci sont violées lorsque l'on peut identifier des déficiences et manquements graves dans le respect de la procédure légale établie (para. 436 et 437). Les éléments à prendre en compte sont des retards déraisonnables, l'épuisement des voies de recours internes, des fautes graves dans la procédure judiciaire, le déni d'accès aux tribunaux et une application manifestement erronée du droit (para. 449).

Ici, le tribunal rejeta le facteur du déni de justice puisque les irrégularités de procédure pouvant apparaître dans les quatre affaires ne sauraient équivaloir à un « manquement scandaleux du système judiciaire » (para. 447, 469 et 631).

Dans l'affaire 1, le tribunal reconnut que les allégations selon lesquelles l'affaire avait été mal plaidée devant les cours administratives et que le délai de prescription avait expiré étaient fondées. Il considéra cependant que ces irrégularités n'étaient pas suffisamment graves pour soutenir un déni de justice (para. 528).

Dans l'affaire 2, Krederi présenta de nouveau ses arguments fondés sur la violation des délais de prescription et alléguait en outre que le tribunal national n'avait pas accordé les mêmes droits à l'une des filiales de Krederi puisque le tribunal n'avait pas correctement notifié cette filiale. Le tribunal réitéra pourtant son analyse des délais de prescription et rejeta par ailleurs le deuxième argument, puisque, à l'origine, la filiale de Krederi n'avait pas cherché à être partie au différend (para. 566 à 568).

Dans l'affaire 3, le tribunal considéra que les éventuelles irrégularités ne pouvaient équivaloir à des



violations majeures de la procédure légale établie, et que rien n'indiquait que la conclusion avait été prise sans raison fondamentale valable, et nota que Krederi n'avait pas mentionné les allégations relatives à la procédure légale établie dans le cadre des procédures nationales (para. 591 à 600).

Finalement, dans l'affaire 4, les arguments de Krederi incluaient une conclusion fondamentalement inexacte et une application erronée du droit national. Le tribunal réaffirma que toute application erronée du droit national ne pouvait être nécessairement considérée comme une violation manifeste de la procédure établie au point d'équivaloir à un déni de justice (para. 622 à 624).

Le tribunal rejette tous les autres recours fondés sur le TJE, la protection et la sécurité intégrales (PSI), l'entrave et l'expropriation

Krederi avait mis en avant plusieurs autres violations du TJE, telles que le manquement à maintenir un environnement juridique stable et l'absence de transparence, mais sans analyse approfondie, que le tribunal rejeta (para. 634 et 635).

Le tribunal rejeta comme infondée l'allégation de Krederi selon laquelle l'Ukraine avait abusivement harcelé ses filiales par le biais d'enquêtes criminelles, puisque l'entreprise n'avait pas indiqué l'objet des enquêtes menées par les autorités ukrainiennes (para. 639 et 640). De la même manière, le tribunal considéra le recours de Krederi fondé sur la PSI comme étant infondé, puisque l'entreprise n'avait pas expliqué la façon dont l'Ukraine avait manqué à son obligation de prévenir les interférences ou les attaques de la part de tierces parties ou d'organes gouvernementaux (para. 651 à 656).

S'agissant de l'allégation d'entrave déraisonnable des investissements de Krederi, le tribunal rappela ses conclusions relatives au recours fondé sur le déni de justice, et ajouta que les actions du PAK concernant la restitution des terrains ne pouvaient être considérées comme entièrement discrétionnaires (para. 672 et 673).

Finalement, le tribunal considéra que l'obligation de respecter la procédure légale établie est inhérente aux clauses d'expropriation et que les actes judiciaires ne peuvent équivaloir à une expropriation que si la procédure était illégale ou en cas de déni de justice (para. 706, 713 à 715), ce qui n'est pas le cas en l'espèce, comme l'a rappelé le tribunal.

Conclusions et répartition des coûts et des frais

Le tribunal précisa qu'il avait rejeté tous les recours, mais se dit préoccupé par le résultat insatisfaisant et embarrassant compte tenu que l'Ukraine avait conservé l'investissement, tandis que l'investisseur n'avait pas été en mesure de récupérer son prix de vente original (para. 718).

Compte tenu du résultat des arguments soulevés et du comportement de bonne foi des parties avant et pendant la procédure, le tribunal ordonna à chacune des parties de payer ses propres frais juridiques et la moitié des coûts de l'arbitrage (para. 739 à 741).

Remarques : le tribunal était composé d'August Reinisch (président nommé par les parties, d'Autriche), de Markus Wirth (nommé par le demandeur, de Suisse) et de Gavan Griffith (nommé par le défendeur, d'Australie). Les extraits de la décision du 2 juillet 2018 sont disponibles sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11040.pdf>

Marios Tokas est un juriste en droit international basé à Genève. Il termine actuellement son Master en droit international auprès du Graduate Institute of International and Development Studies. Il détient un master en droit public international, et une licence en droit de l'Université d'Athènes. Il réalise actuellement un stage auprès de IISD, à Genève.



RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

RESSOURCES

Le droit international des investissements et le droit de la concurrence

De Katia Fach Gómez, Anastasios Gourgourinis et Catharine Titi (Eds), publié par Springer (2020)

Il s'agit d'un numéro spécial de l'Annuaire européen du droit économique international. Il se penche sur l'interaction entre le droit international des investissements et le droit de la concurrence. L'ouvrage aborde les accords de libre-échange ; les comportements anti-concurrentiels des investisseurs et les investissements illégaux ; les mécanismes étatiques d'aide et les attentes légitimes des investisseurs étrangers ; le respect par les États membres de l'UE des décisions d'investissement en tant qu'aide étatique (illégal) au titre du droit européen ; les entreprises d'État et la neutralité concurrentielle ; et l'interaction entre le droit relatif aux marchés publics, le droit de l'investissement et le droit de la concurrence. Disponible sur <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-33916-6#about>

Les peuples autochtones et le commerce international : développer des accords commerciaux et d'investissement internationaux équitables et inclusifs

De Jon Burrows et Risa Schwartz, publié par Cambridge University Press (juin 2020)

Cet ouvrage examine la participation des peuples autochtones aux échanges et à l'investissement internationaux, ainsi qu'à l'élaboration du droit relatifs à ces domaines. Il inclut des chapitres sur les droits des peuples autochtones et le droit de l'investissement, le commerce, la protection des droits de propriété intellectuelle et l'environnement. Disponible sur <https://www.cambridge.org/core/books/indigenous-peoples-and-international-trade/C5BC73A244A6460E985F300DEF434B3A>

Investment Trends Monitor, numéro spécial (mars 2020)

Numéro spécial du magazine *Investment Trends Monitor* de la CNUCED sur les effets de la pandémie de Covid-19 sur les chaînes d'approvisionnement mondiales et l'IDE. Disponible sur https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeciainf2020d3_en.pdf

Investment Trends Monitor, numéro spécial (mai 2020)

Numéro spécial du magazine *Investment Trends Monitor* de la CNUCED sur les réponses apportées par les politiques d'investissement à la pandémie de Covid-19. Disponible sur https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf

La protection internationale des investissements : les normes de fond

De August Reinisch et Christoph Schreuer, publié par Cambridge University Press (juillet 2020)

Cet ouvrage présente les normes communes de protection contenues dans les accords internationaux d'investissement et leur application et interprétation par les tribunaux d'investissement. Il discute également des normes de l'expropriation, du traitement juste et équitable, de la protection et la sécurité intégrales, et de la non-discrimination des clauses du traitement national et NPF, l'interdiction d'adopter des mesures déraisonnables et discriminatoires, les clauses parapluie et le transfert des garanties. Disponible sur <https://www.cambridge.org/core/books/international-protection-of-investments/E05A3AA19C18103AA3C74EF5437086A9>



Le règlement des différends commerciaux et d'investissement : convergence ou divergence ?

De Szilárd Gáspár-Szilágyi, Daniel Behn et Malcolm Langford, publié par Cambridge University Press (juin 2020)

Cet ouvrage contribue au débat sur la fragmentation du droit international, et explore une éventuelle convergence entre le droit international du commerce et celui de l'investissement, mettant l'accent sur le règlement des différends. Il inclut des chapitres sur les chapitres relatifs à l'investissement contenus dans les ACPr ; le système de cour de l'investissement de l'UE, et ses similitudes avec le système de l'OMC ; et sur les juges siégeant aux tribunaux arbitraux, entre autres. Disponible sur <https://www.cambridge.org/core/books/adjudicating-trade-and-investment-disputes/174DB8CDF54038C161AD7527F816CA14>

Le code de conduite de la CNUDCI pour les membres des tribunaux tranchant des affaires de règlement des différends investisseur-État

Projet de texte avec annotations.

Disponible sur <https://uncitral.un.org/fr/codeofconduct>

Webinaires du Groupe de travail III de la CNUDCI

Ces webinaires abordent divers sujets, notamment l'établissement d'un centre consultatif ; un instrument multilatéral de réforme du RDIE ; la participation des parties au traité dans l'interprétation du traité, et l'utilisation de leurs mécanismes de contrôle ; et la médiation. Les vidéos des séances sont disponibles sur <https://uncitral.un.org/en/advisorycentrewebinar>

Protocole sur les audiences virtuelles en Afrique de l'Académie africaine d'arbitrage, 2020

L'Académie africaine d'arbitrage vient de publier son protocole sur les audiences virtuelles en Afrique. Le protocole détaille les recommandations sur les audiences virtuelles et prend en compte les défis et circonstances spécifiques qui peuvent survenir en relation avec les audiences à distance en Afrique.

Disponible sur : <https://www.africaarbitrationacademy.org/protocol-virtual-hearings/>

ÉVÈNEMENTS

24 juin

Entretien avec Anna Joubin-Bret, la Secrétaire de la CNUDCI – 17^{ème} Conférence ITA-ASIL, événement virtuel, 13h00-15h00 Heure de l'Est (GMT -04:00) <https://www.cailaw.org/Institute-for-Transnational-Arbitration/Events/2020/ita-asil-c.html>

23-24 juillet

Compétition fictive d'arbitrage international, Association des jeunes arbitres de la Cour d'arbitrage de Lagos, <https://afaa.ngo/event-3777526>



© 2020 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 éditeurs tiennent à remercier Martin Brauch pour son travail sur les premières étapes de cette édition de Investment Treaty News.

Les demandes doivent être adressées à Zoe Phillips Williams à itn@iisd.org

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



Investment Treaty News



IISD

International Institute for Sustainable Development