



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

NUMÉRO 3. VOLUME 10. SEPTEMBRE 2019



**La sentence C-252 de 2019 de la Cour constitutionnelle de Colombie :
Revirement jurisprudentielle dans le contrôle des TBI**

Federico Suárez Ricaurte



**Le nouveau Code des investissements
en Côte d'Ivoire : focus sur les enjeux
relatifs au développement durable et
au règlement de différends**

Mouhamed Kebe, Mahamat Atteib et
Mouhamoud Sangare



**Vers un code de conduite pour les
arbitres des affaires
d'investissement : des normes
éthiques peuvent-elles sauver le RDIE?**

Martin Dietrich Brauch





Sommaire

ARTICLE 1 La sentence C-252 de 2019 de la Cour constitutionnelle de Colombie : Revirement jurisprudentiel dans le contrôle des TBI.....	4
ARTICLE 2 Le nouveau Code des investissements en Côte d'Ivoire : focus sur les enjeux relatifs au développement durable et au règlement de différends.....	8
ARTICLE 3 Vers un code de conduite pour les arbitres des affaires d'investissement : des normes éthiques peuvent-elles sauver le RDIE ?	12
NOUVELLES EN BREF	16
Le secrétariat de la CNUDCI publie des documents qui seront examinés lors de la session d'octobre 2019 du Groupe de travail III sur la réforme du RDIE.....	16
Procédure d'amendement du règlement du CIRDI : troisième document de travail publié en août 2019, consultations avec les États prévues en novembre 2019, et approbation attendue en octobre 2020	16
Les ministres du RCEP annoncent que l'accord est sur la bonne voie pour une conclusion en 2019, alors que les discussions sur l'accès au marché progressent rapidement.....	17
Les négociations sur l'investissement entre l'UE et la Chine enregistrent des progrès sur le traitement national et les services financiers	18
La facilitation de l'investissement : les membres de l'OMC intéressés font le point, et indiquent leur souhait d'intensifier leurs travaux.....	18
Lancement de la phase opérationnelle de la ZLECAf, et préparation de la mise en œuvre et des discussions de la phase II, notamment l'investissement.....	19
Le Traité sur la Charte de l'énergie : le Conseil de l'Union approuve les directives de négociation pour Bruxelles	20
SENTENCES ET DÉCISIONS	21
L'Espagne est condamnée à verser 290,6 millions d'euros à NextEra dans une affaire portant sur les énergies renouvelables.....	21
L'Espagne est reconnue coupable de violation du TJE au titre du TCE suite à la frustration des attentes légitimes de 9REN, un investisseur luxembourgeois dans le secteur des énergies renouvelables	23
Les recours de Clorox contre le Venezuela sont rejetés à l'étape de la compétence en l'absence d'« action d'investir ».....	25
Un tribunal du CIRDI rejette sa compétence dans une affaire contre l'Uruguay après avoir déterminé que l'entreprise étasunienne n'est pas propriétaire et ne contrôle pas l'investissement	27
Dans une nouvelle affaire contre l'Italie portant sur des incitations dans l'énergie solaire, un tribunal du TCE applique le test de la proportionnalité et conclut à une violation des attentes légitimes.....	29
RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS	32

INVESTMENT TREATY NEWS

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

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

Directrice du Groupe - Droit et Politique Économique
Nathalie Bernasconi

Traduction Française
Isabelle Guinebault

Rédacteur en Chef
Martin Dietrich Brauch

Traduction Espagnole
María Candela Conforti

Rédactrice, Version Française
Suzy Nikiéma

Attachée de presse et de communication
Sofía Baliño

Rédactrice, Version Espagnole
Marina Ruete

Design (PDF)
PortoDG



LISTE D'ACRONYMES

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



ARTICLE 1

La sentence C-252 de 2019 de la Cour constitutionnelle de Colombie : Revirement jurisprudentiel dans le contrôle des TBI

Federico Suárez Ricaurte



La sentence C-252 de la Cour constitutionnelle colombienne¹, au moyen de laquelle la Cour a vérifié que le TBI entre la Colombie et la France² était conforme à la constitution, a suscité un certain intérêt³, car il s'agit de l'opinion du juge constitutionnel quant à la manière dont les dispositions substantielles de protection des investissements étrangers sont incorporées dans le droit national. Dans le présent article, j'expliquerai certains éléments du contexte dans lequel cette sentence a été prise, les principaux points abordés dans la sentence et les raisons qui la sous-tendent. Finalement, je formulerai quelques conclusions visant à mettre en lumière les limites fixées par la Cour pour la négociation de ce type de traités, quoiqu'une réelle protection de

l'intérêt national dans ce domaine implique de réaliser des modifications plus profondes dans la gestion de la politique économique extérieure.

Le contexte de la décision

Le premier aspect à mentionner est le contexte juridique dans lequel cette sentence a été rendue. Compte tenu de l'existence de plus de 24 TBI, ALE et autres traités d'investissement ratifiés par l'État colombien⁴, 20 demandes de RDIE avaient été présentées par des multinationales contre la Colombie au moment où la décision a été rendue : 9 d'entre elles faisaient l'objet d'un règlement direct, et 11 avaient entamé une procédure formelle. En outre, les dommages réclamés au titre de ces recours totalisent 9,525 milliards USD, ce qui représente plus de 10 pour cent du budget national total pour 2019 ; et ce montant pourrait encore augmenter si l'on y ajoute les intérêts, les frais de défense juridique et les frais de procédure RDIE⁵. Par ailleurs, 9 des 11 recours examinés dans le cadre d'un arbitrage se fondent sur la réalisation alléguée d'un fait internationalement illicite découlant des décisions rendues par la Cour constitutionnelle elle-même, que ce soit dans le cadre d'une procédure de protection ou d'une procédure constitutionnelle.

De tels éléments viennent s'ajouter à certaines caractéristiques de contexte mondial qui creusent le fort degré de vulnérabilité et de risque auquel un État tel que la Colombie fait face dans le cadre du RDIE. En date de 2018, les pays du monde avaient signé quelques 3 322 traités de protection des investissements. Si le nombre de traités ratifiés a légèrement baissé, le nombre de recours de la part des investisseurs étrangers a quant à lui augmenté, totalisant 942 affaires. Soixante-et-un pour cent des affaires connues ont été tranchées en faveur des investisseurs⁶.

¹ Cour constitutionnelle de Colombie (CCC), Décision C-252 de 2019. Extrait de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm> [la sentence].

² Accord entre le Gouvernement de la République de Colombie et le Gouvernement de la République française sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 10 juillet 2014. Extrait de <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3488/colombia---france-bit-2014-> (en espagnol), et de <https://www.senat.fr/leg/pj14-669-conv.pdf> (en français) [le TBI Colombie-France].

³ Voir, par exemple, Zuleta, E. et Rincón, M. C. (2019, 4 juillet). Colombia's Constitutional Court conditions ratification of the Colombia-France BIT to the interpretation of several provisions of the treaty. *Kluwer Arbitration Blog*. Extrait de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/04/colombias-constitutional-court-conditions-ratification-of-the-colombia-france-bit-to-the-interpretation-of-several-provisions-of-the-treaty> ; Prieto, G. (2019, 29 juillet). The Colombian Constitutional Court judgment C-252/19: A new frontier for reform in international investment law. *EJIL Talk*. Extrait de <https://www.ejiltalk.org/the-colombian-constitutional-court-judgment-c-252-19-a-new-frontier-for-reform-in-international-investment-law/#more-17376>

⁴ Sentence, *supra* note 1, fondement 50.

⁵ Sentence, *supra* note 1, fondement 60.

⁶ CNUDCI. (2018). *Rapport sur l'investissement dans le monde : L'investissement et les nouvelles politiques industrielles*. CNUDCI : Genève. Extrait de https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf (en anglais) ; principaux points et aperçu en français sur https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2018_overview_fr.pdf



Les preuves empiriques en la matière indiquent que les pays en développement sont les perdants dans le RDIE, et, en général, les grands gagnants sont les entreprises multinationales ou les milliardaires venant de pays exportateurs de capitaux, ainsi que les arbitres qui perçoivent des honoraires considérables pour régler les différends soumis à leur considération⁷.

La méthode d'interprétation : la situation antérieure et le changement de précédent qu'entraîne la décision adoptée

En Colombie, le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux examine deux aspects : le processus d'approbation de l'instrument, et la compatibilité des dispositions de fond du traité avec la Charte politique. Compte tenu de diverses spécificités du processus de contrôle de la constitutionnalité des dispositions de fond des traités d'investissement réalisés par la Cour, celui-ci se limitait à examiner le libellé de ces clauses au regard de la Constitution sans étudier la portée qu'elles pourraient avoir dans le cadre du règlement de différends par les arbitres⁸.

La Cour a initialement réitéré que les traités d'investissements étaient compatibles avec la Constitution conformément aux principes de l'intérêt national et de la réciprocité, et conformément à l'internationalisation des relations politiques, économiques et sociales du pays⁹. Le changement de précédent opéré par la Cour dans le cadre de la sentence C-252 de 2019 concerne l'examen de la compatibilité des dispositions substantielles de

protection des investissements avec la Charte politique. Cette fois-ci, la Cour a examiné un à un les mandats découlant de chaque énoncé normatif du traité, en a comparé la portée aux directives pertinentes fixées par les sentences arbitrales sur les dispositions matérielles de contrôle, et a identifié les dispositions compatibles et incompatibles à partir de l'interprétation du texte constitutionnel. Elle a complété cet exercice par un examen du débat en cours à l'échelle mondiale sur le droit de l'investissement, comparant l'accord conclu entre la Colombie et la France aux développements récents en la matière, tels que l'ACEUM, le PTPGP, le modèle de traité d'investissement de l'Inde et l'AECG, ainsi qu'aux décisions judiciaires nationales adoptées par exemple par le Conseil constitutionnel français sur l'AECG, ou par l'Autorité de promotion du commerce (*trade promotion authority* – TPA) des États-Unis en 2015. Plusieurs de ces énoncés engageaient la France, tant au niveau national qu'international, et contenaient des éléments différents de ceux convenus par le pays avec la Colombie.

La décision adoptée

La Cour constitutionnelle a informé le Président de la République du fait que s'il décidait de parachever le processus de ratification du traité, il devrait établir une déclaration interprétative conjointe avec la France visant à préciser les termes mentionnés dans la sentence¹⁰. La Cour a fixé sept conditions :

1. Les droits substantifs accordés aux étrangers ne pourront pas donner lieu à « un traitement plus favorable injustifié que celui accordé aux investisseurs nationaux »¹¹.

Pour mieux comprendre les conditions fixées par la Cour s'agissant de l'obligation d'accorder le TJE¹² aux investisseurs étrangers, examinons les éléments pertinents de l'article du traité relatif au TJE¹³ :

Chacune des Parties Contractantes s'engage à assurer un traitement juste et équitable, **conformément au droit international applicable, aux investisseurs de l'autre Partie Contractante et à leurs investissements sur son territoire**. Aux fins de clarification, l'obligation d'assurer un traitement juste et

⁷ Schultz, T., & Dupont, C. (2014). Investment arbitration: promoting the rule of law or over-empowering investors? A quantitative empirical study. *European Journal of International Law*, 25(4), 1147–1168. Extrait de <http://www.ejil.org/pdfs/25/4/2551.pdf> ; Van Harten, G., & Malysheuski, P. (2016). Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants. *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*, 12(3), No. 14. Extrait de <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/135> ; Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA). (2017). *Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador. Informe ejecutivo*. Extrait de <http://caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes> ; Olivet, C., Müller, B. & Ghiotto, L. (2019, avril). *ISDS en números: impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe*. Transnational Institute : Amsterdam. Extrait de <https://www.tni.org/en/publication/isds-in-numbers>

⁸ Voir CCC, Décision C-750 de 2008 (ALE Colombie-États-Unis). Extrait de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-750-08.htm> ; CCC, Décision C-608 de 2010 (ALE Colombie-Canada). Extrait de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-608-10.htm>, entre autres.

⁹ Constitution politique de Colombie, 1991, art. 226. Extrait de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>

¹⁰ Sentence, *supra* note 1, fondement 68.

¹¹ Sentence, *supra* note 1, fondement 112.

¹² Sentence, *supra* note 1, fondement 174.

¹³ TBI Colombie-France, *supra* note 2, art. 4(1), début du paragraphe.



équitable inclut *entre autres* :

- a) l'obligation de ne pas pratiquer de déni de justice dans le cadre de procédures civiles, pénales ou administratives conformément au principe de la régularité de la procédure ;
- b) l'obligation d'agir de manière transparente, non discriminatoire et non arbitraire envers les investisseurs de l'autre Partie Contractante et leurs investissements.

Ce traitement est conforme au principe de prévisibilité et à la prise en compte **des attentes légitimes** des investisseurs. [...] [non souligné dans le texte]

S'agissant de la norme TJE, la Cour a fixé trois conditions :

2. L'expression « *entre autres* » devra être interprétée de manière restrictive, dans un sens analogique, et non pas complémentaire ; en d'autres termes, il est interdit d'engager l'État de manière illimitée par le biais d'obligations qui n'auraient pas fait l'objet d'un accord entre les parties¹⁴.
3. L'expression « conformément au droit international, applicable aux investisseurs de l'autre Partie Contractante et à leurs investissements sur son territoire » est subordonnée au fait que son contenu sera déterminé par les parties (au moyen d'une déclaration interprétative conjointe) dans le but de préciser juridiquement ce à quoi les États s'engagent¹⁵.
4. L'expression « attentes légitimes », également incluse dans la disposition relative à l'expropriation comme l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer une expropriation indirecte¹⁶, devra être interprétée « en tenant compte du fait que celles-ci n'existent que si elles découlent d'actes spécifiques et réitérés de la Partie contractante qui incitent l'investisseur de bonne foi à réaliser ou maintenir l'investissement, et que des changements soudains et inattendus sont appliqués par les autorités publiques et affectent son investissement »¹⁷.

¹⁴ Sentence, *supra* note 1, fondement 208.

¹⁵ Sentence, *supra* note 1, fondement 204.

¹⁶ TBI Colombie-France, *supra* note 2, art. 6(2)(c): « [...] Pour déterminer si une mesure ou une série de mesures adoptée par l'une des Parties Contractantes constitue une expropriation indirecte, il convient d'effectuer un examen au cas par cas, en tenant notamment compte : [...] c) des conséquences de la mesure ou de la série de mesures sur les **attentes légitimes** de l'investisseur » [non souligné dans le texte].

¹⁷ Sentence, *supra* note 1, fondement 212.

La Cour a également fixé des conditions s'agissant de la norme de traitement national et NPF. Voyons la partie pertinente du texte de la disposition, pour mieux les comprendre¹⁸ :

Chaque Partie Contractante applique sur son territoire aux investisseurs de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un **traitement** non moins favorable que celui accordé dans des **situations similaires** à ses investisseurs, ou le traitement accordé aux investisseurs de la nation la plus favorisée, si celui-ci est plus favorable [non souligné dans le texte].

Les deux conditions fixées par la Cour sont les suivantes :

5. L'expression « situations similaires » devra également être clarifiée de manière à apporter la sécurité juridique¹⁹.
6. Si le Congrès conserve sa compétence s'agissant de la ratification du traité, la Cour a indiqué que le terme « traitement » devra être interprété comme préservant « la compétence du Président de la République s'agissant de la direction donnée aux relations internationales et de la conclusion de traités, conformément à l'article 189.2 de la Constitution politique »²⁰.

Finalement, la Cour a fixé une condition s'agissant de l'article sur l'expropriation et l'indemnisation. Examinons le texte pertinent de la disposition pour mieux comprendre²¹ :

Les mesures adoptées par une Partie Contractante pour protéger des objectifs légitimes de politiques publiques, tels que la santé, la sécurité ou l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte, si elles sont **nécessaires et proportionnées** au regard de ces objectifs et si elles sont appliquées de manière à effectivement remplir les objectifs de politiques publiques pour lesquels elles ont été adoptées [non souligné dans le texte].

7. Dans ce contexte, la Cour a fixé la condition selon laquelle l'expression « nécessaires et proportionnées » devra être interprétée de manière à « respecter la liberté de configuration et l'autonomie des autorités nationales aux fins de, respectivement, garantir l'ordre public et protéger les objectifs légitimes de politique publique »²².

¹⁸ TBI Colombie-France, *supra* note 2, art. 5(1).

¹⁹ Sentence, *supra* note 1, fondement 255.

²⁰ Sentence, *supra* note 1, fondement 255.

²¹ TBI Colombie-France, *supra* note 2, art. 6(2), dernier paragraphe.

²² Sentence, *supra* note 1, fondements 247, 248 et 250.



Cependant, la méthode interprétative et les conditions fixées pour les diverses dispositions substantielles de protection étaient différentes à l'heure d'analyser le RDIE. Les juges impliqués, Álvarez²³, Urueña²⁴ et Correa²⁵, ainsi que l'opinion présentée par le juge Carlos Bernal, ont averti des risques liés aux éléments convenus en matière de RDIE, telle que l'absence d'interprétation conformément aux droits humains de certaines décisions arbitrales, la tendance des États à perdre ces affaires, l'éventuelle révision des décisions de la Cour constitutionnelle par les arbitres, et le montant des recours qui peut largement affecter les finances de l'État. Malgré ces mises en garde, la Cour a déclaré que l'accord avait force exécutoire, c'est-à-dire qu'elle reconnaissait purement et simplement sa compatibilité avec la Constitution et son application²⁶.

Commentaires additionnels

Le RDIE, la conception des dispositions de fond des traités d'investissement, ainsi que le contenu de plusieurs décisions arbitrales développent et contiennent une limitation injustifiée et inappropriée de la capacité de l'État de régler, et de ses prérogatives environnementales, administratives et économiques. Une telle limitation entraîne un biais démesuré en faveur de l'investissement étranger direct, et au bout du compte, un tel traitement affecte gravement la souveraineté économique et politique des États, notamment s'ils sont en voie de développement.

Le fait que la Cour constitutionnelle ait imposé des limites et des conditions à l'interprétation traditionnelle des clauses de protection des investissements au titre du TJE, du traitement national et de la NPF, ainsi que de l'expropriation, est tout à fait inédit et très important. Cependant, si la Cour avait d'importantes réserves quant à la constitutionnalité de certaines expressions, comme c'était le cas, il aurait été plus pratique, s'agissant de l'application du traité, de déclarer que certaines parties contraires à la Constitution étaient inconstitutionnelles ou n'étaient pas exécutoires. D'autant plus que la déclaration interprétative dont il est question devra être établie en accord avec la France, et qu'elle ne sera pas soumise à la considération du Congrès, de l'opinion publique ou de la Cour elle-même.

Cette décision reflète également la nécessité, pour la Colombie et les pays en développement, de repenser

leurs politiques extérieures en matière de droit économique international. La décision de la Cour établit de nouveaux critères, et sert également de base à la Colombie pour la réforme de son programme de droit économique international, en matière d'investissement, de commerce, de double imposition et de propriété intellectuelle²⁷, puisque plusieurs des dispositions examinées ont des effets sur ces domaines.

Il est urgent pour l'État colombien de réviser sa politique dans les domaines mentionnés, car à la fin août 2019, pour la première fois, la Colombie a été condamnée dans le cadre du RDIE. La décision arbitrale oblige la Colombie à payer à Glencore 19 millions USD, en plus des intérêts et des coûts de procédure. Le contenu de cette décision a d'importantes conséquences pour les attributions fondamentales de l'État et sa capacité de sanctionner les infractions fiscales ou administratives réalisées par les entreprises multinationales²⁸.

De la même manière, compte tenu de la nature de la décision de la Cour constitutionnelle, celle-ci n'implique pas une révision immédiate des traités commerciaux, d'investissement ou de propriété intellectuelle, qui génèrent une bonne partie des recours internationaux des investisseurs étrangers au titre du RDIE et qui mettent en péril la capacité et l'autonomie réglementaires de la Colombie. Aussi, une réelle défense intégrale des intérêts du pays passe par un réexamen de la direction donnée aux relations internationales du pays, qui relèvent du pouvoir exécutif. Il convient en outre de renforcer les niveaux de contrôle et d'examen que le pouvoir législatif et la société civile devraient avoir dans le processus d'incorporation dans le droit national d'instruments tels que les accords internationaux d'investissement et de commerce.

Auteur

Federico Suárez Ricaurte est avocat, professeur et chercheur à la Faculté de droit, Universidad Externado de Colombia en droit international économique et en droit constitutionnel. Il a également été chercheur invité de l'Institut de droit transnational du King's College de Londres (2016).

²³ Sentence, *supra* note 1, fondement 360.

²⁴ Sentence, *supra* note 1, fondements 361 à 363.

²⁵ Sentence, *supra* note 1, fondement 364.

²⁶ Sentence, *supra* note 1, fondement 373.

²⁷ Externado Radio. (2019). El control constitucional en el tratado de libre inversión entre Colombia y Francia. *Derecho a la Carta*, 331. Extrait de <https://www.speaker.com/user/externadoradio/331-el-control-constitucional-en-el-tbi>

²⁸ Glencore International A.G. et C.I. Prodeco S.A. c. la République de Colombie, Affaire CIRDI n° ARB/16/6, Décision, 27 août 2019. Extrait de https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10767_0.pdf

ARTICLE 2

Le nouveau Code des investissements en Côte d'Ivoire : focus sur les enjeux relatifs au développement durable et au règlement de différends

Mouhamed Kebe, Mahamat Atteib & Mouhamoud Sangare



La Côte d'Ivoire a adopté un nouveau code des investissements le 1er août 2018¹. Le nouveau dispositif² comporte nombre d'innovations allant du renouvellement du cadre institutionnel au réaménagement des règles fiscales en passant par de nouvelles obligations à la charge des investisseurs. Il s'inscrit ainsi dans un objectif de transparence et d'attractivité des investissements.

Parmi les innovations majeures, deux éléments particuliers méritent l'attention dans la perspective de l'agenda global de réformes du régime juridique international des investissements pour le développement durable : (1) les modes de règlement de différends relatif aux investissements et (2) la promotion des investissements productifs et socialement responsables et les exigences en matière du contenu local.

1. Les innovations au titre du règlement des différends investisseur-État

L'article 50 du nouveau code prévoit désormais trois modalités de règlement de différends.

D'abord, une procédure de règlement à l'amiable est prévue. L'accord transactionnel qui pourrait en résulter, précise le code, tiendra lieu de loi aux parties qui s'efforceront de l'exécuter dans les meilleurs délais. La violation éventuelle de cet accord pourrait être sanctionnée au titre de la responsabilité civile.

Ensuite, à défaut de parvenir à un accord suivant cette procédure amiable dans un délai de douze mois au maximum, le règlement de la CNUDCI sur la conciliation s'applique.

Enfin, les parties peuvent toujours, selon le nouveau code, « convenir de soumettre leur différend en règlement au Centre d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage [CCJA] de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique [OHADA] »³. En comparaison, l'ancien code prévoyait que « le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du mécanisme supplémentaire, selon le cas, ... est constitué, pour la République de Côte d'Ivoire par le présent article, et exprimé expressément dans la demande d'agrément pour la personne concernée ».

Trois principales observations résultent de la nouvelle disposition sur le règlement des différends : (a) Le retrait de l'accès direct à l'arbitrage CIRDI ; (b) l'inclusion d'une clause d'option irrévocable pour l'investisseur ; et (c) la promotion de l'arbitrage institutionnel de l'OHADA.

a. Le retrait de l'accès direct à l'arbitrage CIRDI

Le législateur a opté de supprimer l'offre unilatérale d'arbitrage au CIRDI, tout en privilégiant le Centre d'Arbitrage de la CCJA par rapport à d'autres

¹ Ordonnance N° 2018-646 du 1er août 2018, disponible sur <http://www.tourisme.gouv.ci/uploads/Ordonnance-2018-646-du-01-08-2018code-investissement.pdf.pdf> [Code 2018]. Le nouveau code abroge et remplace l'Ordonnance N° 2012-487 du 7 juin 2012 portant Code des investissements, disponible sur <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/cote-divoire/RCI-Code-2012-des-investissements.pdf> [Code 2012].

² Le code est complété par les décrets du 18 décembre 2018 portant respectivement (1) organisation et fonctionnement du Comité d'agrément de l'Agence chargée de la Promotion des Investissements et (2) Entreprises éligibles au crédit d'impôt pour ouverture du capital social aux nationaux s'inscrivent dans cette perspective.

³ Code 2018, *supra* note 1, article 50.



institutions d'arbitrage. Cela n'exclue pas en principe la possibilité pour ces dernières de recourir à d'autres forums d'arbitrages, notamment le CIRDI. Cette disposition suggère qu'il n'y a plus de consentement direct de l'État à l'arbitrage investisseur-État.

En tout état de cause, le choix de toute institution d'arbitrage par l'investisseur, y compris l'offre de la CCJA, devra se faire dans la demande d'agrément soumise à l'approbation de l'État. Cela suppose donc que le consentement de l'État et son choix du forum d'arbitrage sera exprimé dans le nouveau modèle d'agrément qui sera adopté.

Cette innovation s'insère plus largement dans les controverses sur le RDIE ces dernières années, et notamment l'épineuse question du consentement des États hôte à l'arbitrage investisseur-État devant les tribunaux arbitraux⁴.

"Le législateur a opté de supprimer l'offre unilatérale d'arbitrage au CIRDI, tout en privilégiant le Centre d'Arbitrage de la CCJA par rapport à d'autres institutions d'arbitrage. Cette disposition suggère qu'il n'y a plus de consentement direct de l'État à l'arbitrage investisseur-État."

Cette innovation n'est probablement pas étrangère à l'affaire *Société Resort Company Invest Abidjan c. Côte d'Ivoire*. Dans cette affaire, le tribunal a expressément suggéré dans la sentence arbitrale sur la compétence du 1er août 2017⁵ sa décision sous forme de recommandation à la Côte d'Ivoire de réformer sa législation y relative en raison de l'ambiguïté de son offre de règlement de différends. En effet le tribunal arbitral a considéré qu'une demande d'agrément acceptée de l'investisseur constitue une preuve du consentement de

l'investisseur à l'arbitrage CIRDI. Le tribunal s'est fondé sur l'article 20 précité du code des investissements de la Côte d'Ivoire de 2012. Le tribunal reconnaît tout de même que l'article 20 n'est pas un modèle de clarté et qu'il gagnerait en conséquence d'être réformé :

Si la Côte d'Ivoire, après avoir reçu la décision du Tribunal, maintient son désaccord avec la majorité de l'analyse du Tribunal, alors son recours peut être rapide et simple : il peut introduire des modifications à l'article 20 du code de 2012 et à son modèle de « demande d'agrément », de sorte que les investisseurs potentiels n'auront aucun doute quant à la manière dont ils transmettront leur consentement à l'arbitrage CIRDI⁶.

b. L'inclusion d'une clause d'option irrévocable pour l'investisseur

Le nouveau code dispose qu'un choix adopté par l'investisseur implique la renonciation à toute autre offre d'arbitrage. Cette innovation introduit une clause d'option irrévocable (*fork in the road*) insérée dans certains traités d'investissement. Cette clause signifie qu'en optant pour une voie de règlement de différends déterminée (juridictions étatiques, par exemple), on renonce irrévocablement à toute autre voie de règlement de différend (institutions arbitrales, par exemple). D'ailleurs, les récents TBI signés par la Côte d'Ivoire comportent de tels engagements⁷.

"Le nouveau code dispose qu'un choix adopté par l'investisseur implique la renonciation à toute autre offre d'arbitrage. Cette innovation introduit une clause d'option irrévocable."

⁴ Voir Mbengue, M. M. (2012, 19 juillet). Consentement à l'arbitrage dans les législations nationales en matière d'investissement. *Investment Treaty News*, 2(4), 7-9. Disponible sur https://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_july_2012_fr.pdf

⁵ Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici et Gérard Bot c. République de Côte d'Ivoire, ICSID Case No. ARB/16/11, Decision on the Respondent's Preliminary Objection to Jurisdiction. Disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9371.pdf>

⁶ Id., para. 157.

⁷ Voir, par exemple, l'article 12 du TBI Côte d'Ivoire-Turquie de 2016, disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/3694/c-te-d-ivoire---turkey-bit-2016->



c. La promotion de l'arbitrage institutionnel de l'OHADA

Le code consacre le Centre d'Arbitrage de la CCJA de OHADA comme un forum d'arbitrage d'investissement ouvert aux parties en litige. Cette référence explicite à un centre d'arbitrage africain est une innovation, qui reflète une tendance adoptée dans plusieurs codes récents en Afrique francophone⁸.

L'inscription du forum CCJA dans le nouveau code ivoirien se justifie par une double proximité. D'une part, l'État ivoirien est membre de l'OHADA. D'autre part, la Côte d'Ivoire abrite la CCJA de l'OHADA. Ce recours à la CCJA peut s'expliquer aussi par la réforme récente du droit de l'arbitrage OHADA qui s'ouvre désormais expressément à l'arbitrage d'investissement. Le Centre d'Arbitrage de la CCJA a ainsi accueilli plusieurs contentieux investisseur-État sur la base d'une convention d'arbitrage. Globalement, la nouvelle offre d'arbitrage participe de la promotion de centres africains d'arbitrage et révèle un certain consensus à l'échelle du continent sur le façonnement du droit international des investissements⁹.

2. Les obligations environnementales renforcées et des exigences en matière de contenu local

Contrairement à l'ancien code, qui se limitait à des références ponctuelles et parfois allusives¹⁰, le nouveau code affirme expressément qu'il a pour but de promouvoir le développement durable en favorisant des investissements productifs et socialement responsables¹¹.

Ainsi, le code instaure une obligation expresse pour tout investisseur de se conformer aux lois et règlements en vigueur relatifs à la protection de l'environnement et à défaut, aux normes internationales applicables¹². Le législateur a ainsi procédé à une certaine densification normative

des anciennes dispositions qui invitaient alors les investisseurs à promouvoir ces obligations environnementales. En plus d'être impératives, les nouvelles dispositions sont assorties de sanctions en cas de non-respect. Ainsi, la violation des obligations environnementales par l'investisseur entraîne le retrait de son agrément par l'agence de promotion des investissements de Côte d'Ivoire¹³. Cette évolution réglementaire répond à la nécessité de renforcement des exigences environnementales à la charge des investissements, telle que reconnue par les Principes directeurs de l'ONU relatif aux entreprises et aux droits de l'homme.

"La violation des obligations environnementales par l'investisseur entraîne le retrait de son agrément par l'agence de promotion des investissements de Côte d'Ivoire. Cette évolution réglementaire répond à la nécessité de renforcement des exigences environnementales à la charge des investisseurs."

L'objectif de développement durable se manifeste également à travers les nouvelles dispositions relatives au contenu local pour un renforcement de l'impact socio-économique de l'investissement sur le territoire national.

En effet, les investisseurs étrangers sont exhortés à s'appuyer sur les entreprises locales dans la conduite de leurs opérations, comme condition pour pouvoir bénéficier des certaines facilités offertes par le nouveau dispositif juridique. L'objectif est bien entendu d'ouvrir des espaces d'opportunités aux petites et moyennes entreprises locales et de donner un caractère inclusif à la croissance économique ivoirienne.

Ainsi, les grandes entreprises étrangères éligibles aux avantages du nouveau code, appartenant aux

⁸ Voir, par exemple, le code des investissements de 2012 du Togo (article 8), le code des investissements de 2012 du Mali (article 29) et le code des investissements de 2015 de la Guinée (article 43), tous disponibles sur <http://www.droit-afrique.com>, et le code des investissements 2018 du Burkina (article 39), disponible sur https://www.assembleenationale.bf/IMG/pdf/loi_038_portant_code_des_investissements.pdf

⁹ Mbengue, M. M., & Schacherer, S. (2017). The "Africanization" of international investment law: the Pan-African Investment Code and the reform of the international investment regime. *The Journal of World Investment & Trade*, 18(3), 414-448.

¹⁰ Voir Code 2012, *supra* note 1, articles 3 et 38.

¹¹ Voir Code 2018, *supra* note 1, article 3.

¹² Voir Code 2018, *supra* note 1, article 36.

¹³ Voir Code 2018, *supra* note 1, article 48.



catégories 1 et 2¹⁴, ont droit à des crédits d'impôts¹⁵ à condition qu'elles appliquent une politique de contenu local portant sur la création d'emplois, l'ouverture du capital social aux nationaux et la sous-traitance. Concrètement, un crédit d'impôt additionnel de 2 % est accordé à l'investisseur étranger dont l'effectif de cadres et agents d'encadrement (instances dirigeantes telles que directeurs, responsable de production, manager opérationnel, chef de vente, etc.) de nationalité ivoirienne représente 90 % de l'effectif total de ces deux catégories d'employés¹⁶.

"Les investisseurs étrangers sont exhortés à s'appuyer sur les entreprises locales dans la conduite de leurs opérations, comme condition pour pouvoir bénéficier des certaines facilités offertes par le nouveau dispositif juridique."

Le même crédit d'impôt est accordé aux entreprises qui sous-traitent à des entreprises nationales la réalisation de biens destinés à être incorporé dans un produit final en Côte d'Ivoire ou à l'étranger. Cet avantage est étendu également aux entreprises qui ouvrent leur capital social aux nationaux¹⁷. Un décret d'application du 18 décembre 2018 soumet ainsi l'accès au crédit d'impôt aux entreprises éligibles ayant ouvert au moins 15 % de leur capital social aux nationaux ivoiriens.

Conclusion

En définitive, le nouveau code propose des innovations importantes pour la promotion du développement durable. Il reste à souhaiter que ces innovations soient alignées avec le réseau des TBI de du pays ainsi que ses contrats d'investissements pour assurer une cohérence globale du régime juridique applicable aux investissements en Côte d'Ivoire.

Auteurs

Mouhamed Kebe est avocat inscrit au barreau du Sénégal et de Côte-d'Ivoire, il est associé-Gérant du Cabinet d'avocats GENI & KEBE basé au Sénégal et en Côte d'Ivoire. **Mahamat Atteib** et **Mouhamoud Sangare** sont Juristes au Cabinet d'Avocats GENI & KEBE. Ils sont chercheurs associés aux Universités Gaston Berger et Cheikh Anta Diop du Sénégal.

¹⁴ La catégorie 1 comprend l'agriculture, l'agro-industrie, la santé et l'hôtellerie. Le secteur de l'hôtellerie est éligible seulement si les investissements prévus sont d'un montant égal ou supérieur à 5 milliards en zone A et 2 milliards en zones B et C. Notons que le territoire ivoirien est divisé en trois zones A, B, C définies par décret pris en conseil des Ministres. La catégorie 2 regroupe d'abord les secteurs d'activités ne relevant pas de la catégorie 1, ensuite les secteurs d'activités qui ne sont pas expressément exclus par l'article 6 du code des investissements (le secteur du commerce, les secteurs bancaires et financiers, le secteur du bâtiment à usage non industriel, le secteur des professions libérales) et enfin le secteur de l'hôtellerie pour les investissements d'un montant inférieur aux seuils fixés pour la catégorie 1.

¹⁵ Un crédit d'impôt correspond à une réduction d'un impôt payé par une entreprise ou un particulier sous la forme d'un remboursement. Il constitue une mesure fiscale incitative qui vise à favoriser certains secteurs d'activités qui tiennent compte notamment des exigences du développement durable.

¹⁶ Voir Code 2018, *supra* note 1, article 21.

¹⁷ Voir Code 2018, *supra* note 1, article 21.



ARTICLE 3

Vers un code de conduite pour les arbitres des affaires d'investissement : des normes éthiques peuvent-elles sauver le RDIE ?

Martin Dietrich Brauch



Critique de l'ouvrage de Katia Fach Gómez, Principales obligations des arbitres des affaires d'investissement international : étude transnationale des dilemmes juridiques et éthiques¹.

L'idée de confier à des arbitres nommés par les parties le pouvoir de juger des différends investisseur-État par le biais de sentences définitives et contraignantes, héritée de l'arbitrage commercial et traditionnellement considérée comme appropriée, entraîne à présent un certain malaise chez les critiques. Les doutes croissants quant à l'indépendance et l'impartialité des arbitres ont donné lieu à des réflexions quant à la légitimité de l'arbitrage international en tant que mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement impliquant souvent des questions réglementaires et d'intérêt public.

Ces préoccupations alimentent désormais plusieurs initiatives de réforme du RDIE abordant l'éthique des arbitres. Les traités d'investissement et modèles de traité modernes incluent de plus en plus souvent des normes éthiques plus strictes. De plus, l'UE a remplacé, dans ses accords les plus récents, le RDIE traditionnel par

un Système juridictionnel des investissements (SJI), composé de tribunaux de première instance et d'appel permanents, dont les juges sont titulaires. L'objectif de l'Union est d'étendre le SJI à l'échelle internationale grâce à la création d'un Tribunal multilatéral d'investissement (TMI). Dans le cadre du processus d'amendement des règlements du CIRDI en cours, les discussions ont également porté sur le développement d'un code de conduite, ainsi que sur l'exigence de normes éthiques plus strictes. Finalement, dans le cadre du processus de réforme multilatérale du RDIE au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI, les États ont identifié « des préoccupations relatives aux arbitres et aux décideurs », notamment leur (apparente) absence d'indépendance et d'impartialité, et les mécanismes existants limités pour les récuser, et leurs qualifications pour juger les affaires. Le groupe de travail a conclu qu'il serait souhaitable que la CNUDCI mette au point des réformes permettant de répondre à ces préoccupations, et les abordera lorsqu'il élaborera des solutions.

Katia Fach Gómez entreprend donc de « proposer une analyse détaillée d'un ensemble significatif de fonctions attribuées aux arbitres des affaires d'investissement, qu'il s'agisse d'arbitres traditionnels de l'investissement international mais aussi des membres éventuels des tribunaux » (p. 9). Son analyse tout à fait opportune apportera une contribution précieuse aux discussions sur la déontologie des arbitres menées dans les processus de réforme susmentionnés, et aux efforts de l'UE pour l'établissement d'une TMI. Et l'évolution de ces processus exigera certainement bientôt une mise à jour de cet ouvrage.

L'auteur a choisi de ne pas consacrer de chapitre à l'obligation d'indépendance et d'impartialité, qui est déjà largement abordée dans la littérature et la jurisprudence. L'ouvrage met au contraire l'accent sur des obligations qui « jusqu'à présent ont été considérées comme moins claires, voire même secondaires » (p. 10) : les obligations de divulgation, de diligence et d'intégrité personnelles, de confidentialité, de contrôle des coûts de l'arbitrage, et de formation continue.

¹ Fach Gómez, K. (2019). *Key duties of international investment arbitrators: a transnational study of legal and ethical dilemmas* (« Fonctions clé des arbitres des affaires d'investissement international : étude transnationale des dilemmes juridiques et éthiques »). Springer : Cham. Extrait de <https://www.springer.com/gp/book/9783319981277>



Chapitre 1 : Introduction. Étude transnationale des dilemmes éthiques et juridiques

Pour décrire les principales caractéristiques du RDIE et son évolution, l'auteure attache une attention particulière « aux développements récents en la matière issus d'initiatives de l'UE » (p. 1). Elle remarque par exemple que plusieurs éléments du projet européen de SJI – tels que la nomination des juges par un comité, leur statu assimilable à celui d'un fonctionnaire, un salaire fixe, l'assignation aléatoire des affaires et le mécanisme d'appel – reflètent la notion de justice sociale que l'UE souhaite intégrer dans son système juridictionnel puis dans une éventuelle TMI (pp. 4 et 5). Les processus de réforme menés à la CNUDCI et au CIRDI, ainsi que la renégociation de l'ALENA, sont brièvement mentionnés (pp. 5 et 6).

L'accent mis par l'ouvrage sur les travaux de l'UE peut s'expliquer par l'expérience de l'auteure et par ses efforts louables d'apporter une contribution positive aux initiatives de l'UE. De plus, la détermination de l'Europe à créer une TMI suggère qu'elle le fera, même si l'idée n'est pas appuyée par consensus au sein de la CNUDCI. Cela étant dit, compte tenu que plusieurs États n'ont pas conclu d'accords avec l'UE incluant un SJI, et pourraient ne pas le faire, et décider par ailleurs de ne pas devenir membre d'une TMI, les initiatives de réforme du RDIE menées par la CNUDCI et le CIRDI pourraient s'avérer plus pertinentes à l'échelle internationale.

L'auteure semble soutenir l'idée de l'UE qu'une proposition de SJI/TMI « dynamite » et substitue totalement le mécanisme de « RDIE obsolète » (p. 5), mais elle aurait pu l'exprimer de manière plus nuancée. Si la proposition de SJI/TMI pourrait répondre à certains problèmes éthiques, elle ne répond pas à d'autres problèmes du RDIE. Tout comme le RDIE classique, le SJI/TMI offre aux investisseurs étrangers d'extraordinaires voies de recours légales fondées sur un traité, sans offrir les mêmes droits aux autres parties-prenantes de l'investissement, telles que les investisseurs nationaux, les individus ou les communautés affectés, ou même les États. Et malgré ces améliorations éthiques, le SJI/TMI ne représente qu'une version partiellement améliorée du RDIE², et en ce sens, reflète

encore une vision du monde des années 1960 (p. 3).

Le chapitre introductif pointe aussi du doigt l'absence de systématisation des traités et des règlements arbitraux à l'heure d'aborder les obligations des arbitres, mais salue le code de conduite, qui figure notamment dans les propositions des universitaires, les modèles de TBI, les traités européens et le processus d'amendement des règlements du CIRDI, comme « une nouveauté intéressante qui a émergé ces dernières années dans le secteur de l'arbitrage des investissements » (p. 8). Il indique cependant que codes de conduite récents sont « libellés en des termes généraux et ambigus » et ne sont pas nécessairement exhaustifs.

Chapitres 2 et 3 : l'obligation de divulgation

Le chapitre 2 aborde l'obligation des arbitres « de divulguer un ensemble de circonstances qui pourraient les lier à l'affaire ou à ses parties-prenantes » (p. 25). L'auteure analyse d'abord les aspects et le contenu formel des déclarations d'impartialité et d'indépendance requises au titre des règlements du CIRDI et d'autres institutions arbitrales, telles que la CCI, le Centre international d'arbitrage de Singapour (SIAC), la CPA et la CNUDCI, ainsi qu'au titre de règlements similaires issus d'autres contextes que celui de l'investissement, comme par exemple ceux de la CJUE et de l'OMC.

Prenant note des vertus d'approches plus modernes, l'auteure souligne que le CIRDI pourrait « affiner et renforcer ses exigences s'agissant de l'obligation de divulgation des arbitres » (p. 37). Concluant que la supposée méconnaissance des arbitres de circonstances particulières a souvent été acceptée pour éviter une récusation, elle appelle à la reformulation des dispositions du CIRDI relatives à l'obligation de divulgation pour « passer de normes centrées sur les arbitres à des normes davantage centrées sur les parties » (p. 44). Elle recommande également d'inclure « des références explicites à la nature continue de l'obligation de divulgation », soulignant la nécessité de maintenir une confiance constante entre l'arbitre et les parties (p. 50).

Il est important de noter que Fach Gómez plaide pour que les institutions arbitrales jouent un rôle plus actif dans le contrôle du respect de l'obligation de divulgation, en vérifiant par exemple les déclarations et CV des arbitres, ou en organisant des formations obligatoires sur des « questions telles que l'éthique et l'intégrité », entre autres (p. 68). Elle se penche notamment sur les rares cas où des institutions arbitrales

² Programme sur l'investissement de l'IISD. (2017, mars). *Reply to the European Commission's public consultation on a multilateral reform of investment dispute resolution*. Extrait de <https://www.iisd.org/library/reply-european-commission-s-public-consultation-multilateral-reform-investment-dispute>



ont imposé des sanctions aux arbitres *commerciaux* qui n'avaient pas respecté leur obligation de divulgation, mais se dit sceptique quant à la possibilité de tenir les arbitres *d'investissement* responsables, compte tenu que leur « immunité...s'est jusqu'à présent avérée être un principe quasi-inébranlable » (p. 70).

Le chapitre 3 se plonge dans les Lignes directrices de l'Association internationale du barreau (IBA) sur les conflits d'intérêt dans l'arbitrage international ; les références qui y sont faites dans les différends en matière d'investissement et dans certains traités d'investissement récents ; et leur éventuelle influence sur le développement en cours des codes de conduite. L'auteure présente des études de cas détaillées sur trois aspects controversés de l'arbitrage des investissements – les nominations répétitives, les conflits dits « de fonction » et les doubles casquettes – et leurs liens avec l'obligation de divulgation.

Le chapitre 4 : l'obligation de diligence et d'intégrité personnelles

Pour définir les contours de l'obligation de diligence et d'intégrité personnelles, et en analysant la pratique des arbitres du CIRDI consistant à engager des assistants en plus du secrétaire officiel du CIRDI, ainsi que les propositions connexes dans le processus d'amendement des règlements du CIRDI, Fach Gómez commence par l'interdiction, pour les arbitres, de déléguer leurs responsabilités. Elle examine l'affaire *Yukos c. la Russie*, suite à laquelle la Russie a contesté auprès des tribunaux néerlandais la décision la condamnant à verser 50 milliards USD à l'investisseur, en partie aux motifs qu'un assistant avait été largement impliqué dans les délibérations du tribunal, notamment à l'étape de la décision sur le montant, « en violation du mandat du tribunal de personnellement réaliser ces tâches » (p. 135). Si elle indique que cet aspect n'a pas été déterminant dans l'annulation de la décision, l'auteure plaide pour une clarification des règles en dressant la liste des tâches des assistants ou en déterminant que leurs tâches devraient être fixées en consultation avec les parties.

L'auteure explore deux autres facettes de l'obligation de diligence et d'intégrité personnelles. S'agissant de la disponibilité temporelle des arbitres, elle remarque l'influence de la formulation du code de conduite de l'ALENA de 1994, ainsi que les propositions d'amendement des règlements du CIRDI visant à obliger les arbitres à être plus disponibles, et ainsi améliorer l'efficacité des procédures. En outre, compte tenu du succès des demandes de récusation des arbitres

dans les affaires *Burlington c. l'Équateur* et *Perenco c. l'Équateur*, elle soutient l'inclusion de références à « un comportement digne » dans les codes de conduites futurs (p. 153).

Chapitre 5 : l'obligation de confidentialité

Pour Fach Gómez, il existe une convergence entre « les devoirs [d'un arbitre d'investissement] en tant que garant de la transparence vis-à-vis du public, et son obligation de confidentialité s'agissant des participants à la procédure » (p. 171). Elle considère le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités comme un « texte international extrêmement important » qui peut servir de référence en matière de transparence, tout en notant qu'au bout du compte, la confidentialité est liée à l'interdiction des communications ex parte imposée aux arbitres, et à l'obligation des institutions arbitrales de respecter le caractère privé et secret des délibérations et projets de textes du tribunal (p. 166). Elle note également que l'adoption croissante par les États de normes améliorées en matière de transparence entraîne une réduction de la portée de l'obligation de confidentialité, puisque « rares sont les informations pouvant encore être classées comme non publiques » (pp. 172 et 173).

Chapitre 6 : les autres obligations. Le contrôle des coûts de l'arbitrage et la formation continue

Faisant référence aux affaires *Getma c. la Guinée*, dans laquelle les arbitres ont unilatéralement relevé leurs honoraires, et *Chevron et Texaco c. l'Équateur*, dans laquelle l'arbitre-président a perçu des honoraires d'environ 1 million USD, le chapitre 6 examine brièvement l'obligation des arbitres de rationaliser les coûts de la procédure. Cette obligation est liée à une autre catégorie de préoccupations où une réforme est souhaitable, et identifiée par les États membres de la CNUDCI : les coûts et la durée significatifs des procédures de RDIE.

L'auteure mentionne les propositions d'amendement des règlements du CIRDI visant à renforcer l'obligation des arbitres de contrôler les coûts, telles que la fixation de délais pour rendre les décisions, la détermination de la rémunération des arbitres après des étapes spécifiques, ou la pénalisation des retards par la réduction des honoraires des arbitres. Elle met également la lumière sur les dispositions liées aux coûts dans l'approche européenne du SCI, telles que les clauses interdisant



les recours multiples, ainsi que les articles abordant spécifiquement la garantie des coûts et le financement par des tiers, ainsi que la création d'un régime de rémunération pour les arbitres (pp. 180 et 181).

Finalement, l'auteure indique que les arbitres internationaux ont l'obligation de continuellement développer leurs compétences professionnelles. À son sens, si les arbitres étaient sensibilisés aux normes éthiques et des droits de l'homme, par exemple, et en avaient une meilleure connaissance, ils pourraient prendre des décisions de meilleure qualité. Elle encourage les institutions arbitrales, l'UE et la CNUDCI, à examiner plus avant cette question (p. 185).

Chapitre 7: Conclusion. Un nouveau code de conduite à l'intention des arbitres d'investissement actuels et futurs

Le chapitre final résume les recommandations politiques de Fach Gómez, ainsi que ses arguments en faveur d'un nouveau code de conduite à l'intention des arbitres d'investissement actuels et futurs » (p. 203). Elle loue une fois de plus les initiatives européennes en la matière, affirmant qu'elles « constituent des progrès en termes de systématisation, de visibilité, de transparence et de responsabilité » qui pourraient contribuer à « déclencher une course vers le sommet » (pp. 191 et 192).

"Un ensemble d'arbitres d'investissement qui respectent les normes éthiques les plus élevées ne peut pas faire grand-chose si le droit qu'ils appliquent est fondamentalement imparfait."

J'interprète cet optimisme avec ambivalence. L'ouvrage de Fach Gómez propose une analyse convaincante des mérites éventuels des codes de conduite pour atteindre des normes éthiques plus élevées chez les arbitres et ainsi améliorer le régime de RDIE. Mais ses travaux montrent également leurs limites, et la nécessité d'être affinés, compte tenu que ces efforts en sont encore aux premiers stades et souffrent d'« ambigüité et d'incomplétude », ce qui vaut également pour « le contenu des obligations spécifiques des arbitres d'investissement qui pourraient donner forme au code

de conduite » (p. 192).

Fach Gómez mentionne également certaines questions soulevées dans le processus de la CNUDCI : « comment les règles éthiques devraient-elles être appliquées et par qui (les arbitres, les parties, les institutions, d'autres parties-prenantes) ? » (p. 18). Elle affirme que ces questions « devraient trouver résolution à l'avenir par l'appel au développement d'une gamme d'instruments disciplinaires, disponibles au cas où les arbitres d'investissement ne respecteraient pas leurs obligations » (p. 18). Mais quelle est la probabilité que de tels instruments disciplinaires soient développés et utilisés efficacement, compte tenu du « principe quasi-inébranlable » de l'immunité des arbitres d'investissement (p. 70) ?

Plus important encore, un code de conduite n'est pas la panacée pour les problèmes plus larges et profonds inhérents au régime du RDIE. Il existe encore des dispositions de fond largement formulées dans des traités d'investissement déséquilibrés, accordant des droits aux investisseurs étrangers sans leur imposer d'obligations à force exécutoire. Ces traités continuent de permettre aux investisseurs étrangers de contester les mesures gouvernementales visant à réaliser des priorités nationales de développement, les ODD et des objectifs d'atténuation et d'adaptation aux changements climatiques. Un ensemble d'arbitres d'investissement qui respectent les normes éthiques les plus élevées ne peut pas faire grand-chose si le droit qu'ils appliquent est fondamentalement imparfait.

Auteur

Martin Dietrich Brauch est conseiller en droit international et associé du Programme de l'IISD sur l'investissement pour le développement durable, et le Rédacteur en chef d'*Investment Treaty News*.



NOUVELLES EN BREF

Le secrétariat de la CNUDCI publie des documents qui seront examinés lors de la session d'octobre 2019 du Groupe de travail III sur la réforme du RDIE

Les délégués prenant part aux discussions du Groupe de travail III de la CNUDCI sur une réforme multilatérale du RDIE se réuniront de nouveau à Vienne du 14 au 18 octobre 2019. Lors de leur session précédente en avril 2019 à New York, le groupe de travail a convenu qu'il développerait, lors de la session d'octobre, un calendrier de réforme, et qu'il « examinerait et mettrait au point plusieurs solutions de réforme possibles simultanément », mettant l'accent sur deux voies : les réformes structurelles, et d'autres types de solutions.

Le projet d'ordre du jour de la session de Vienne indique que le groupe de travail devrait poursuivre l'examen de la réforme du RDIE sur la base des documents préparés par le secrétariat et des communications adressés par les gouvernements au secrétariat de la CNUDCI.

Les documents préparés par le secrétariat incluent des notes récentes sur les options de réforme (également disponible sous forme de tableau), la création d'un centre consultatif, la sélection et la nomination des arbitres, d'éventuelles solutions s'agissant du financement par des tiers, ainsi que deux documents de travail à paraître, l'un sur un code de conduite, et l'autre sur les pertes indirectes des actionnaires.

Les communications adressées au secrétariat par les gouvernements suivants sont accessibles au public : l'Afrique du Sud, le Brésil, le Chili, Israël et le Japon (communication conjointe), la Chine, la Colombie, la Corée du Sud, le Costa Rica (communications I et II), l'Équateur, l'Indonésie, le Maroc, la Thaïlande, la Turquie et l'UE et ses États membres (y compris un addendum).

Toutes les autres communications des États – ainsi que leur traduction dans les six langues officielles des Nations Unies – seront publiées sur la page Internet du Groupe de travail au fur et à mesure. Les communications réalisées par les organisations internationales et non gouvernementales, ainsi que d'autres ressources, sont disponibles sur une page distincte du site du Groupe de travail.

(Note de l'éditeur : IISD, l'éditeur de ITN, a présenté quatre communications, conjointement avec le Centre Columbia sur l'investissement durable [CCSI] et l'Institut international pour l'environnement et le développement [IIED] : [1] Projet de formulation – Retrait du consentement à l'arbitrage et résiliation des accords internationaux d'investissement ; [2] Projet de texte sur la transparence, et l'interdiction de certaines formes de financement pas un tiers dans le règlement des différends investisseur-État ; [3] Le droit des tierces parties dans le règlement des différends investisseur-État : possibilités de réforme ; et [4] Façonner le programme de réforme : préoccupations identifiées et questions transversales).

Procédure d'amendement du règlement du CIRDI : troisième document de travail publié en août 2019, consultations avec les États prévues en novembre 2019, et approbation attendue en octobre 2020

Le 16 août 2019, le Secrétariat du CIRDI a publié le troisième document de travail présentant le projet d'amendement des règlements, basé sur les contributions des États membres et du public. Les amendements proposés incluent un article sur l'arbitrage accéléré, l'assujettissement des tribunaux à des délais, leur capacité à nommer des experts indépendants et de demander un cautionnement pour frais, entre autres.

Le processus d'amendement en cours a été annoncé en octobre 2016 à l'occasion de la réunion du Conseil administratif du CIRDI, l'organe directeur du Centre qui compte des représentants des États membres. Le processus porte principalement sur d'éventuelles révisions des règles de procédure et règlements. Le règlement d'arbitrage original du CIRDI date de 1967, et a été amendé à trois reprises avant le processus actuel, en 1984, en 2002 et en 2006.

En plus des documents de travail, il existe aussi deux recueils des commentaires des États et du public sur



ces documents, le **dernier** d'entre eux présentant des commentaires datés de juin 2019. (*Note de l'éditeur : l'un des ensembles d'observations de partie-prenante publique figurant dans le dernier recueil émane de IISD, l'éditeur de ITN*).

D'après le **troisième document de travail**, le plus récent, le Secrétariat du CIRDI organisera des consultations en personne relatives au document, avec les États membres du CIRDI, du 11 au 15 novembre 2019. Le Secrétariat ambitionne que la consultation de novembre « soit la dernière, ou tout au moins, l'avant-dernière avant que les nouveaux règlements ne soient soumis au vote du Conseil administratif ».

Dans le document de travail précédent, le **deuxième**, le Secrétariat envisageait un vote sur les projets de règlements lors de la réunion d'octobre 2019 du Conseil. Compte tenu que la consultation avec les États membres interviendra après la réunion de cette année du Conseil, l'objectif a été reporté à octobre 2020.

Ce processus d'amendement ne concerne pas la Convention du CIRDI elle-même. Le CIRDI est une institution arbitrale sous l'auspice du Groupe de la Banque mondiale, chargé de traiter les différends investisseur-État. La dernière mise à jour des **statistiques des affaires** du CIRDI indiquait que 56 affaires ont été enregistrées en 2018 au titre de la Convention et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, qui porte sur les affaires ne relevant pas de la portée du traité. Du 1er janvier au 30 juin 2019, 22 affaires avaient été enregistrées. Au total, depuis la création du CIRDI, celui-ci a enregistré 728 affaires au titre de la Convention du CIRDI et du Règlement du Mécanisme supplémentaire, ce qui inclut à la fois les différends au titre d'un traité, et les litiges contractuels.

Les ministres du RCEP annoncent que l'accord est sur la bonne voie pour une conclusion en 2019, alors que les discussions sur l'accès au marché progressent rapidement

D'après un communiqué publié en août par les ministres des 16 pays prenant part au processus, les négociations pour l'accord commercial et d'investissement **RCEP** devraient être finalisées d'ici à la fin 2019, et les discussions sur l'accès au marché et les annexes connexes ont enregistré des progrès marqués. Les 16 pays incluent les dix pays membres de l'ANASE, ainsi que leurs partenaires à l'ALE, à savoir l'Australie, la Chine, la Corée du Sud, l'Inde, le Japon et la Nouvelle-Zélande. Les ministres du RCEP ont parachevé leur huitième réunion ministérielle intersessionnelle le 3 août 2019 à Pékin.

Le **communiqué de presse conjoint** qu'ils ont émis dans la foulée fait état de « résultats mutuellement satisfaisants » dans environ deux-tiers des points abordés dans les discussions sur l'accès au marché, sans donner plus de détails. Ces derniers mois ont enregistré d'autres avancées, avec la finalisation des discussions sur les services financiers, les télécommunications et les services professionnels, qui figurent tous les trois en annexes du texte du RCEP.

Avant la réunion, dans un entretien avec une station locale de **Radio National**, Simon Birmingham, le ministre australien au Commerce, au Tourisme et à l'Investissement, avait indiqué que les discussions en vue de finaliser les négociations du RCEP en 2019 connaissent une « véritable dynamique » et « volonté politique ».

Dans une perspective d'avenir, d'autres représentants au commerce du RCEP ont suggéré que la signature de l'accord pourrait intervenir l'année prochaine, si les négociations elles-mêmes respectent l'échéance de 2019.

« Nos avancées actuelles sont d'environ 60 pour cent, puisque nous avons finalisé les négociations sur sept des vingt questions majeures du RCEP », a indiqué Jurin Laksanawisit, le Premier ministre adjoint thaïlandais et ministre du Commerce au **Bangkok Post**. Les sept questions font référence au nombre de chapitres parachevés dans le cadre général des négociations, en plus des annexes. Une autre réunion ministérielle du RCEP est prévue en septembre dans la capitale thaïlandaise.



Les négociations sur l'investissement entre l'UE et la Chine enregistrent des progrès sur le traitement national et les services financiers

Les discussions portant sur un TBI UE-Chine ont réalisé quelques progrès dans les domaines des services financiers et du traitement national, selon un rapport publié par la Commission européenne en juillet, alors qu'un autre cycle de négociation est prévu pour la semaine du 23 septembre.

Le rapport d'une page porte sur le 22ème cycle de négociation depuis le lancement officiel des négociations en novembre 2013. Il décrit également les discussions portant sur l'environnement et le droit du travail, sans en donner plus de détails. Il mentionne en outre que « des progrès plus concrets » sont nécessaires dans le domaine du règlement des différends entre États, également abordé lors du cycle précédent.

Le traitement national est une question sensible qui a fait l'objet d'une étude dédiée mandatée par Bruxelles. L'étude de 2015, préparée par Covington & Burlington LLP, examinait si l'obtention du traitement national au titre du TBI entraînerait l'assujettissement des investissements européens en Chine aux politiques et cadre réglementaire chinois relatifs aux investissements nationaux.

Elle cherchait également à déterminer si l'obtention du traitement national au titre du TBI serait suffisante pour améliorer les conditions d'accès au marché des investisseurs européens, compte tenu du fonctionnement en pratique des processus d'approbation chinois, et en fonction des secteurs que Pékin insistera pour inclure dans une liste négative exclue des obligations de traitement national.

L'étude indiquait que « [L]es investisseurs étrangers potentiels souhaiteront certainement examiner avec soin les conditions d'approbation et les politiques connexes applicables aux investisseurs nationaux dans leurs secteurs spécifiques pour déterminer dans quelle mesure le seul traitement national pourrait leur ouvrir de nouvelles portes en Chine ». Elle plaidait également pour un libellé plus fort dans le TBI quant à la transparence des prises de décisions administratives et quant aux « engagements positifs en matière d'accès au marché » qui s'inspirent de l'AECG Canada-UE.

Le 22ème cycle de négociations s'est tenu à Bruxelles, en Belgique, du 15 au 19 juillet, tandis que le cycle de septembre devrait avoir lieu à Pékin. Les dirigeants des

deux géants économiques avaient indiqué plus tôt dans l'année qu'ils envisageaient de finaliser en 2020 les négociations d'un accord d'investissement « ambitieux », qui remplacera alors les divers TBI conclus par les États membres de l'UE avec la Chine. L'Irlande est le seul État parmi les 28 membres de l'Union à ne pas avoir négocié d'accord d'investissement individuel avec Pékin.

La facilitation de l'investissement : les membres de l'OMC intéressés font le point, et indiquent leur souhait d'intensifier leurs travaux

Les 70 membres de l'OMC qui prennent part aux discussions structurées sur un éventuel cadre multilatéral sur la facilitation de l'investissement ont conclu la phase actuelle de leurs travaux fin juillet, et ont déclaré vouloir « intensifier » leurs efforts après les vacances annuelles de l'organisation au mois d'août.

Le 18 juillet, à l'occasion d'une session de bilan, Juan Carlos González, l'ambassadeur colombien auprès de l'OMC et coordonnateur du groupe, a présenté l'état actuel des discussions et les possibles prochaines étapes, notamment compte tenu de l'intérêt marqué de plusieurs participants de disposer de résultats d'ici à la prochaine conférence ministérielle de l'OMC en juin 2020. González est arrivé au terme de sa mission en tant que coordonnateur, et sera remplacé par l'ambassadeur du Chili auprès de l'OMC, Eduardo Gálvez.

Depuis le mois de janvier, les participants à l'initiative conjointe se sont réunis presque tous les mois en vue d'examiner les exemples mis en avant par les pays et servant de base aux « éléments » pouvant figurer dans ce cadre multilatéral envisagé.

Ces réunions de Janvier, mars, avril, mai et juin visaient à « améliorer la transparence et la prévisibilité des mesures concernant les investissements », « simplifier et [...] accélérer les procédures et prescriptions administratives », « renforcer la coopération internationale, le partage de renseignements, l'échange des meilleures pratiques, et la dimension développement ». Ces points sont ceux qui figurent dans la déclaration conjointe marquant le lancement officiel de l'initiative en décembre 2017.



Selon un résumé préparé par González, les participants ont soumis 40 communications écrites contenant des exemples divers, liées à la « liste de questions » découlant des discussions menées l'an dernier. En tant que coordonnateur, González avait également soumis des exemples pour les discussions portant sur les questions transversales. Si ces communications apparaissent sur [le portail en ligne des documents de l'OMC](#), la plupart ne sont accessibles que par les membres. Ces communications ont été discutées par les participants, ainsi que d'autres « suggestions », et font désormais partie d'un « recueil d'exemples basés sur des textes » présentant l'intégralité des contributions reçues à ce jour.

González a remarqué que les points de vue des participants divergeaient quant au degré de convergence sur certains points, et donc quant à leur volonté d'entamer des discussions basées sur des textes dès le mois de septembre. Le programme de travail pour le reste de l'année sera déterminé lors d'une réunion d'organisation après le mois d'août. González a indiqué que les participants envisagent maintenant de discuter du cadre lui-même, après avoir mis l'accent sur les éléments à inclure dans ce cadre. Les participants ont demandé au coordonnateur de préparer un document de travail afin de faciliter leurs efforts, et permettant d'identifier clairement les points de convergence et de divergence.

Un [précédent résumé](#) du coordonnateur portant sur les discussions de mars indiquait que les participants étaient généralement d'avis que les discussions basées sur des exemples, tenues entre janvier et juillet 2019, pourraient permettre de clarifier les obligations futures qu'ils pourraient souscrire au titre d'un tel cadre.

Le résumé indiquait : « Il y a eu un large accord sur le fait que les exemples concrets présentés aidaient à visualiser la manière dont les différents éléments contenus dans la liste de questions pourraient être convertis en engagements opérationnels. Alors que certains de ces exemples étaient déjà adaptés au contexte multilatéral de la facilitation de l'investissement, bon nombre d'entre eux devaient être adaptés spécialement ».

Lancement de la phase opérationnelle de la ZLECAf, et préparation de la mise en œuvre et des discussions de la phase II, notamment l'investissement

L'Union africaine (UA) a formellement lancé la phase opérationnelle de l'[Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine \(ZLECAf\)](#) lors d'un sommet de haut-niveau organisé au Niger début juillet 2019, et qui a [rassemblé](#) les chefs d'État et de gouvernement de tout le continent.

Entré en vigueur fin mai 2019, l'accord commercial a été ratifié par 27 des 54 pays signataires. Au moment de rédiger ces lignes, le seul membre de l'Union africaine qui [n'a pas signé](#) l'accord était l'Érythrée, compte tenu que le Bénin et le Nigeria l'ont signé pendant le sommet de juillet.

D'autres négociations sont prévues au titre de la phase II de l'accord, puisque la phase I portait principalement sur les échanges de biens et services, ainsi que sur le règlement des différends. Les discussions de la phase II devraient se poursuivre [tout au long de l'année 2020](#), et la prochaine étape importante sera l'adoption des mandats des groupes de travail chargés de ces processus.

Issoufou Mahamadou, le Président nigérien a [indiqué lors du sommet](#) que « [l']optimisation des effets positifs [de la ZLECAf ne sera obtenue que si les protocoles déjà signés [...] sont accompagnés d'accords, actuellement en cours de négociation, sur les investissements, sur la concurrence et sur la propriété intellectuelle ».

D'ici là, il sera essentiel d'assurer une mise en œuvre sans heurts ; la Secrétaire générale adjointe des Nations Unies, Amina J. Mohammed, a d'ailleurs [indiqué lors du sommet](#) que les Nations Unies se tenaient prêtes à aider les parties à la ZLECAf à prendre les mesures nécessaires, notamment au niveau national.

« Nous sommes déterminés à travailler avec les institutions africaines pour mobiliser les ressources nécessaires à la mise en œuvre intégrale de ladite Zone. Tout d'abord, le Fonds fiduciaire pour l'intégration régionale en Afrique aidera les pays à mobiliser des ressources pour financer l'intégration régionale », a-t-elle [indiqué](#), soulignant la possibilité d'obtenir des financements de sources telles que les banques régionales de développement et l'Initiative *Belt and Road*.



D'autres représentants, tels que le Président de la Commission de l'UA, Moussa Faki Mahamat, a également affirmé que si le lancement opérationnel de l'AfCFTA marquait une étape importante, il restait beaucoup à faire pour garantir une mise en œuvre souple, notamment pour développer les infrastructures nécessaires et obtenir d'autres ratifications du protocole de la ZLECAf sur la libre circulation des personnes sur le continent.

Le Traité sur la Charte de l'énergie : le Conseil de l'Union approuve les directives de négociation pour Bruxelles

Lors d'une réunion le 2 juillet 2019, le Conseil européen a approuvé les directives de négociation relatives à la participation de l'Union européenne aux discussions visant à moderniser le TCE, confirmant ainsi sa décision.

En mai 2019, la Commission européenne avait présenté une proposition de mandat de négociation, citant la nécessité d'aligner l'accord commercial et d'investissement de 1994 sur la pratique et les normes actuelles de la protection de l'investissement. Le TCE s'applique au secteur de l'énergie, et son objectif affiché est de créer « un cadre juridique destiné à promouvoir la coopération à long terme dans le secteur de l'énergie, coopération fondée sur des intérêts complémentaires et des avantages réciproques ».

Depuis deux ans, les parties contractantes cherchent activement à moderniser l'accord, bien que les négociations formelles ne devraient pas commencer avant la fin de l'année 2019.

« Ces dispositions obsolètes ne sont plus tenables ou appropriées pour faire face aux défis actuels ; il s'agit pourtant de l'accord d'investissement le plus souvent invoqué dans les différends dans le monde » avait indiqué la Commission européenne en mai, pour étayer sa demande d'approbation des directives de négociation. À ce jour, 122 différends ont été lancés au titre du traité, qui compte plus de 50 parties contractantes. Ces dernières incluent la quasi-totalité des États membres de l'Union européenne, ainsi que l'UE et l'Euratom à titre individuel.

La décision du Conseil européen approuvant les directives de négociation contient une section spéciale sur la protection des investissements, appelant à aligner

le TCE modernisé sur les normes pertinentes des accords récemment conclus par l'UE, et à garantir « un niveau élevé de protection des investissements » et « la sécurité juridique pour les investisseurs et les investissements sur les marchés de chacune des parties ».

Notons que les directives indiquent que l'UE devrait s'efforcer de faire en sorte que le TCE soit assujéti au TMI qu'elle a proposé dans le contexte du processus du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE. Dans ses accords d'investissement les plus récents, l'UE a choisi de négocier l'intégration d'un SJI dans le but de jeter les bases d'un futur TMI, même si la proposition n'est pas appuyée dans le cadre de la CNUDCI.

Les directives notent également que les processus de réforme du RDIE actuellement en cours dans d'autres instances – notamment à la CNUDCI et au CIRDI – devraient être reflétés dans le TCE modernisé, mais elles s'abstiennent de préciser que les discussions sur la modernisation du TCE devraient être reportées jusqu'au parachèvement de ces autres processus.

D'après la liste d'aspects adoptée par la Conférence de la Charte de l'énergie l'année dernière, les points devant être abordés dans les discussions sur la modernisation du TCE incluent la définition du TJE, qui apparaît régulièrement dans les arbitrages au titre du TCE, notamment dans certaines affaires très médiatisées sur les énergies renouvelables. Les directives de négociations de l'UE indiquent qu'une disposition TJE modernisée devrait être « bien circonscrit[e] aux fins de l'interprétation ».

Les directives indiquent également que le TCE modernisé « devrait réaffirmer explicitement le droit des parties contractantes au TCE de prendre des mesures pour atteindre des objectifs légitimes de politique publique, tels que la protection de la santé, la sécurité, l'environnement ou la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs ("droit de réglementer") ». Le « droit de réglementer » figurait également dans la liste approuvée par la Conférence de la Charte de l'énergie en 2018.

Les directives de l'Union enjoignent également le traité révisé à « contribuer à la réalisation des objectifs de l'accord de Paris », faisant référence à l'Accord des Nations Unies visant à lutter contre les émissions de gaz à effets de serre en vigueur depuis novembre 2016. Elles stipulent également que les dispositions du TCE modernisé sur le développement durable devraient mentionner « le changement climatique et la transition vers une énergie propre, conformément à l'accord de Paris », aux libellés utilisés dans les accords récemment conclus par Bruxelles, et aux négociations en cours.



SENTENCES ET DÉCISIONS

L'Espagne est condamnée à verser 290,6 millions d'euros à NextEra dans une affaire portant sur les énergies renouvelables

NextEra Energy Global Holdings B.V et NextEra Energy Spain Holdings B.V c. le Royaume d'Espagne, Affaire CIRDI n° ARB/14/11

Gabriela Barcellos Scalco

Un tribunal du CIRDI a ordonné à l'Espagne de verser 290,6 millions d'euros à deux investisseurs néerlandais, en indemnisation de la violation de la norme TJE au titre de l'article 10(1) du TCE, ainsi qu'un tiers de leurs frais juridiques.

Le contexte et les recours

Les demandeurs, NextEra Energy Global Holdings B.V et NextEra Energy Spain Holdings B.V (conjointement, NextEra), sont des entreprises enregistrées au titre du droit néerlandais. NextEra avait investi dans la construction de deux centrales solaires thermodynamiques, les centrales Termosol.

NextEra affirmait qu'après que ses filiales espagnoles se soient engagées à construire les deux centrales et dépensé environ 750 millions d'euros pour la construction, l'Espagne modifia le cadre réglementaire qui leur était applicable, nuisant à la rentabilité du projet. Les modifications apportées au régime prévoyaient que les centrales seraient payées sur la base de leur capacité, et non plus de leur production, et que des taxes supplémentaires seraient appliquées.

NextEra lança un arbitrage le 23 mai 2014, arguant que l'Espagne avait violé son obligation TJE au titre de l'article 10(1) du TCE, de trois manières : (1) en frustrant les attentes légitimes de NextEra, (2) en violant son obligation d'accorder un cadre stable, cohérent et transparent, et (3) en adoptant des mesures déraisonnables, disproportionnées et discriminatoires.

Pour étayer ces recours, NextEra alléguait qu'en l'absence du cadre réglementaire original, qui offrait un régime de rémunération basé sur la production, et la certitude quant aux primes et tarifs, elle n'aurait jamais investi. L'Espagne rétorqua toutefois que NextEra aurait dû savoir que des changements pouvaient être apportés au régime réglementaire.

La décision sur la compétence, la responsabilité et la méthode de calcul du quantum : violation du TJE par la frustration des attentes légitimes de NextEra

Le 12 mars 2019, le tribunal rendit sa *Décision sur la compétence, la responsabilité et la méthode de calcul du quantum*. Il détermina d'abord qu'il avait compétence sur l'affaire, puisque NextEra était un investisseur reconnu. L'Espagne s'était opposée à la compétence du tribunal, arguant que le TCE ne s'appliquait pas aux différends intra-européens compte tenu de la décision dans *Achmea* du 6 mars 2019. Le tribunal rejeta toutefois cette objection, concluant que le consentement de l'Espagne à l'arbitrage des différends au titre du TCE n'excluait pas les différends intra-européens en matière d'investissement.

S'agissant de la responsabilité, le tribunal commença par évaluer si l'Espagne avait violé les attentes légitimes de NextEra, protégées par l'article 10(1) du TCE. Il estima que la modification de la réglementation elle-même ne suffisait pas à violer les attentes de NextEra selon lesquelles les conditions du cadre réglementaire précédant seraient garanties. Il considéra toutefois que les déclarations et assurances données directement à NextEra par les autorités espagnoles pouvaient justifier les attentes légitimes de NextEra.

Le tribunal estima que les modifications apportées au cadre réglementaire étaient substantielles, notamment compte tenu des éléments suivants :

- (i) Les centrales allaient désormais être rémunérées en fonction de leur capacité, et non plus en fonction de l'électricité produite.
- (ii) Les tarifs de rachat garantis ainsi que les options de vente en gros à un prix plus élevé précédemment réglementés étaient abolis.
- (iii) La rémunération n'était plus due pendant toute la durée de vie des centrales, mais était limitée à une « durée de vie programmée » de 25 ans.
- (iv) L'indexation des prix sur l'indice des prix à la consommation (IPC) était abolie.
- (v) L'électricité produite à partir de gaz naturel ne recevait plus de prime au-dessus du prix du marché, alors qu'au titre du Décret royal (DR) 661/2007



(confirmé par le DR 1614/2010), les centrales avaient été autorisées à utiliser du gaz naturel pour 12 à 15 pour cent de leur production annuelle (selon qu'elles vendaient au tarif de rachat garanti ou au prix de vente en gros plus prime).

(vi) La rémunération au prix du marché était désormais assujettie à une nouvelle taxe de 7 pour cent sur les revenus bruts.

Aussi, compte tenu des garanties données par l'Espagne à NextEra, le tribunal considéra que l'Espagne était responsable de ces dommages.

S'agissant de l'évaluation des dommages, le tribunal écarta la méthode d'actualisation des flux de trésorerie, et considéra qu'il serait plus approprié de calculer la valeur des actifs ainsi qu'un taux raisonnable de retour sur cette valeur. Il justifia cette décision par le fait que l'utilisation de la méthode d'actualisation des flux de trésorerie exige de déterminer une base appropriée pour la prévision des bénéfices futurs. Hors, les centrales Termosol avaient opéré pendant moins d'une année avant la violation, et le tribunal estima que la prévision des bénéfices n'étaient pas suffisante pour utiliser cette méthode.

Il décida donc que les investisseurs avaient droit à des dommages basés sur un retour sur la valeur capitalisée de leurs actifs au 30 juin 2016, soit le coût moyen pondéré du capital des centrales Termosol, majoré d'une prime de 200 points de base. Il détermina également que NextEra avait droit à des intérêts post-décision correspondant à ceux des obligations d'État espagnoles à échéance de 5 ans.

Pour résumer, le tribunal affirma sa compétence sur les recours de NextEra ; sur le fond, il détermina que l'Espagne n'avait pas respecté son obligation d'accorder le TJE au titre de l'article 10(1) du TCE en ne protégeant pas les attentes légitimes de NextEra. Ayant déterminé que NextEra avait droit à des dommages, le tribunal ordonna à NextEra de les recalculer sur la base de la méthode de calcul du quantum décrite.

La décision sur le quantum, les intérêts et les coûts

Le 21 mars 2019, en réponse à la décision du 12 mars, NextEra présenta un montant de 290,6 millions d'euros et demanda au tribunal de préciser le taux d'intérêt applicable. Dans sa communication du 5 avril, l'Espagne indiquait qu'elle n'avait pas d'observations à formuler quant au montant des dommages. Elle arguait également que le tribunal avait déjà déterminé le taux d'intérêt applicable et qu'il

n'était pas utile de réouvrir la discussion.

Puisque l'Espagne ne contestait pas l'exactitude du montant présenté par NextEra sur la base de la méthode de calcul décrite dans la décision de mars, le tribunal l'accepta et ordonna à l'Espagne de payer 290,6 millions d'euros à NextEra. S'agissant des intérêts, il détermina que le taux d'intérêt serait celui des obligations d'État à échéance de 5 ans dès la date de la décision de mars.

Le tribunal considéra par ailleurs que même si l'Espagne n'avait pas eu gain de cause quant à la compétence et sur le fond, ses arguments sur la compétence n'étaient pas triviaux, et les arguments de NextEra sur le fond n'étaient pas complètement étayés. Il ordonna donc à l'Espagne de payer deux-tiers des coûts de la procédure, et à NextEra d'en payer le dernier tiers. Il ordonna également à l'Espagne de payer ses propres frais juridiques et un tiers de ceux de NextEra.

Remarque : le tribunal était composé de Donald M. McRae (Président nommé sur accord des parties, de nationalités canadienne et néo-zélandaise), d'Yves Fortier (nommé par le demandeur, de nationalité canadienne) et de Laurence Boisson de Chazournes (nommée par le défendeur, de nationalités franco-helvétique). La décision du 31 mai 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10568.pdf>. La décision sur la compétence, la responsabilité et la méthode de calcul du quantum du 12 mars 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10569.pdf>.

Gabriela Barcellos Scalco détient une licence en droit de l'Université fédérale de Rio Grande do Sul, Brésil, et travaille chez Rossi, Maffini, Milman e Grando Advogados.



L'Espagne est reconnue coupable de violation du TJE au titre du TCE suite à la frustration des attentes légitimes de 9REN, un investisseur luxembourgeois dans le secteur des énergies renouvelables

9REN Holding S.À.R.L. c. le Royaume d'Espagne, Affaire CIRDI n° ARB/15/15

Yashasvi Tripathi

Le 31 mai 2019, un tribunal du CIRDI déterminait que l'Espagne avait violé le TJE au titre de l'article 10(1) du TCE suite à la frustration des attentes légitimes de l'investisseur luxembourgeois dans les énergies renouvelables 9REN Holding S.À.R.L. (9REN), tout en rejetant le recours fondé sur l'expropriation. Il ordonna à l'Espagne de verser 41,76 millions d'euros en dommages, plus les intérêts composés annuellement, ainsi que 4,609 millions d'euros en frais et dépenses juridiques.

Le contexte et les recours

Le 23 avril 2008, 9REN acquit 96,5 pour cent des parts d'entreprises produisant de l'énergie à partir de sources renouvelables, en Espagne, pour 211 millions d'euros. Suite aux changements apportés par le pays aux réglementations de son secteur de l'énergie entre 2010 et 2014, 9REN lança un arbitrage contre l'Espagne le 31 mars 2015, alléguant des violations du TJE, des clauses d'entrave et parapluie (article 10 du TCE) et de l'expropriation (article 13 du TCE).

9REN affirmait notamment que (1) les décrets royaux (DR) 2007 et 2008 garantissaient la stabilité et la non abrogation des avantages du mécanisme de tarifs de rachat garantis et de certains taux bonifiés tout au long de la durée de vie des installations enregistrées avant le 29 septembre 2008 ; (2) les réformes introduites par l'Espagne devaient être interprétées dans leur contexte comme cherchant à attirer des investisseurs ; et (3) l'Espagne avait démantelé le mécanisme incitatif au titre des DR, sur la base duquel 9REN avait investi, forçant 9REN à vendre son investissement.

Quant à elle, l'Espagne affirmait que (1) elle avait le droit et l'obligation de réglementer son secteur de l'énergie dans l'intérêt public, dans l'exercice de son autorité souveraine ; (2) 9REN avait ou aurait dû avoir connaissance des changements réalisés si elle avait fait preuve de diligence raisonnable ; et (3) les réformes visaient également à garantir la durabilité économique du Système électrique espagnol (SEE).

Rejet de l'objection *Achmea*

S'appuyant sur le raisonnement de la CJUE dans la décision sur *Achmea*, l'Espagne s'opposa à la compétence du tribunal. Elle affirmait que l'arbitrage au titre du TCE avait pour effet de retirer un différend opposant un investisseur de l'Union à un État membre européen de la compétence des cours européennes, en violation du droit européen.

Selon le tribunal, la décision sur *Achmea* distinguait les TBI intra-européens des traités multilatéraux tels que le TCE, et reconnaissait que l'UE est assujettie aux mécanismes de règlement des différends non européens au titre des traités auxquels elle est partie. Le tribunal estima que la décision sur *Achmea* ne pouvait considérer que l'UE pouvait être exposée aux recours au titre du TCE, mais que ses États membres en seraient exempts. Il remarqua en outre qu'aucun élément du texte du TCE ou de la décision sur *Achmea* ne différenciait les droits et les voies de recours des États membres de l'UE de ceux des États non membres de l'UE parties au TCE. Il rejeta donc l'objection de l'Espagne.

Pas d'attentes légitimes en l'absence d'engagements clairs et spécifiques

Le tribunal tenta de pondérer l'autonomie réglementaire de l'État au regard de ses obligations internationales. Il affirma le droit souverain de l'État de réglementer son économie dans l'intérêt de ses citoyens. Faisant référence à de précédentes décisions arbitrales (*Saluka c. la République tchèque*, *El Paso c. l'Argentine* et *Glamis c. les États-Unis*), le tribunal déterminait, d'une part, que seules des promesses et représentations spécifiques données par un État à un investisseur peuvent donner naissance à des attentes légitimes à force exécutoire, ou lorsque l'État opère un changement radical du cadre juridique, et, d'autre part, que le TJE ne devait être interprété comme entraînant le gel des réglementations économiques et juridiques.

Il estima en l'espèce que bien qu'aucun représentant espagnol n'ait communiqué clairement à l'investisseur que les avantages offerts au titre du DR 2007 étaient irrévocables, le DR 2007 représentait un engagement clair et spécifique (para. 295) puisqu'il ciblait un « ensemble identifiable de personnes » (« les investisseurs potentiels dont les capitaux étaient nécessaires au programme de tarifs de rachat garantis de l'Espagne » - para. 257), son but et son objet étaient spécifiques (« encourager les investissements » - para. 295), et il avait réussi à attirer l'investissement de 9REN. Il conclut donc que le DR 2007 créait des



attentes légitimes de stabilité des profits de 9REN (para. 259).

Interprétation contextuelle du DR : 9REN s'y est appuyé et en a conçu des attentes légitimes

Le tribunal considérait que le DR 2007 devait être interprété dans le « contexte plus large dans lequel il a été adopté, et de son objectif primordial clair et manifeste » (para. 266), qui était d'encourager les investissements dans le secteur des énergies renouvelables (para. 266). Il estima que l'UE avait fait pression sur l'Espagne pour qu'elle respecte ses objectifs en matière d'énergies renouvelables, ce qui l'avait poussé à grandement améliorer son mécanisme incitatif par le biais du DR 2007.

Acceptant le témoignage du directeur de 9REN ainsi que le rapport de diligence raisonnable présenté par l'entreprise, le tribunal détermina que 9REN n'aurait pas investi 211 millions d'euros si elle avait su que l'Espagne risquait de modifier les tarifs de rachat accordés aux projets parachevés de manière rétroactive (para. 270 à 273). Par ailleurs, compte tenu des « importants coûts initiaux » (para. 273) de l'investissement, il conclut qu'il était raisonnable d'estimer que 9REN aurait, et avait exigé une garantie avant de réaliser un tel investissement.

La date de l'investissement correspond au moment où celui-ci a été réalisé, et non quand il a été mis en œuvre

L'Espagne affirmait que l'investissement de 9REN n'était pas couvert par le DR 2007 puisque l'entreprise n'avait pas investi avant la date butoir du 29 septembre 2008, et que l'existence des attentes légitimes devait être déterminée à la date de la dernière étape de l'investissement. Le tribunal estima toutefois que l'Espagne confondait la date à laquelle l'investissement avait été réalisé avec la date de l'enregistrement des projets. Il se rangea du côté de 9REN, concluant que l'entreprise avait investi en une seule fois, avant la date butoir.

La frustration des attentes légitimes entraîne la violation du TJE

Le tribunal conclut que l'Espagne avait frustré les attentes légitimes de 9REN, compte tenu que les représentations des avantages au titre du DR 2007 données par l'Espagne étaient claires et spécifiques, et que les attentes de 9REN que les tarifs resteraient stables étaient raisonnables et légitimes. Il nota cependant que la frustration des attentes légitimes n'entraîne pas nécessairement une violation du TJE (para. 308).

Il examina donc d'autres facteurs, notamment la

vulnérabilité financière des projets de 9REN, qui s'accompagnaient de « lourds coûts initiaux en capital » (para. 311) et étaient gelés à long-terme, et le fait que seule l'Espagne allait profiter de la montée des prix de l'énergie, mais que le poids des chutes des prix était porté par les seuls investisseurs. Il considéra qu'un tel traitement unilatéral violait le TJE au titre du TCE.

Le tribunal rejette les allégations de violation des obligations de transparence et de non-discrimination

9REN prétendait que, par le biais de mesures non transparentes et discriminatoires, l'Espagne avait violé la clause d'entrave du TCE. Elle arguait d'une part qu'au titre du nouveau régime, son rendement était calculé au moyen de formules complexes, et d'autre part, que la Taxe sur la valeur de la production d'énergie électrique (TVPEE) n'était pas légitime puisqu'elle distinguait les producteurs d'énergie à base de sources conventionnelles des producteurs d'énergie à base de sources renouvelables. L'Espagne affirmait que le nouveau régime était plus détaillé et spécifique, et comportait des systèmes méticuleux de calcul du rendement.

Le tribunal estima que le nouveau régime comportait diverses variables et des formules explicites pour déterminer l'indemnisation due aux investisseurs, qui le rendaient peut être complexe, mais pas nécessairement non transparent. Il conclut en outre que les mesures prises par l'Espagne étaient manifestement liées à un objectif légitime de l'État : garantir la solvabilité du SEE. Il détermina donc que les mesures n'étaient pas déraisonnables ou arbitraires. Il estima également que la question de la TVPEE ne relevait pas de sa compétence compte tenu de l'exception relative aux mesures fiscales prévue à l'article 21 du TCE.

La législation et les règlements administratifs ne sont pas couverts par la clause parapluie du TCE

9REN arguait qu'au titre des DR, l'Espagne avait contracté des obligations spécifiques de payer les investisseurs, et que ces engagements étaient couverts en vertu de la clause parapluie du TCE. Le tribunal rejeta cet argument, partageant l'opinion de l'Espagne selon laquelle la clause ne protège pas les obligations statutaires. Selon lui, le terme « les obligations » doit être interprété conformément aux autres termes utilisés dans l'article 10(1) : « contractées » et « vis-à-vis d'un investisseur ». Il conclut que ces termes couvrent les obligations bilatérales, telles qu'au titre d'un contrat, d'une concession ou d'une licence, mais pas la législation ou les réglementations d'un État qu'il ne « contracte » pas (para. 342). Selon le tribunal, le fait d'assujettir les DR à la clause parapluie reviendrait à



confondre les protections au titre du TJE et au titre de la clause parapluie.

La perte de valeur des parts de 9REN ne constitue pas une expropriation

Le tribunal considéra que la perte de valeur des parts de 9REN dans les entreprises espagnoles ne constituait pas une expropriation (para. 369 à 372). Il précisa que 9REN ne pouvait prétendre à aucune recette de la vente d'électricité à SEE, mais que les entreprises opérant en aval le pouvaient. Bien que la valeur des parts de 9REN avait été affectée par les changements réglementaires, l'Espagne n'avait jamais suspendu les versements, et 9REN n'avait jamais fait état de la perte de contrôle des parts. Le tribunal rejeta donc le recours fondé sur l'expropriation.

Remarques : le tribunal était composé d'Ian Binnie (président nommé sur accord des parties, de nationalité canadienne), de David R. Haigh (nommé par le demandeur, de nationalité canadienne) et de V.V. Veeder, (nommé par le défendeur, de nationalité britannique). La décision du 31 mai 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10565.pdf>

Yashasvi Tripathi est une juriste basée à New York. Elle détient une maîtrise en droit, arbitrage international et différends, de la Faculté de droit de l'Université de New York, et une licence de droit (avec distinction) de l'Université nationale de droit de New Delhi, en Inde.

Les recours de Clorox contre le Venezuela sont rejetés à l'étape de la compétence en l'absence d'« action d'investir »

Clorox Spain S.L. c. la République bolivarienne du Venezuela, Affaire CPA n° 2015-30

Inaê Siqueira de Oliveira

Le tribunal d'un arbitrage mené en espagnol sous l'égide de la CPA au titre du règlement d'arbitrage de 2010 de la CNUDCI a rendu sa décision finale le 10 mai 2019, dans une affaire au titre du TBI Espagne-Venezuela. Le tribunal a rejeté l'affaire contre le Venezuela lancée par l'entreprise espagnole Clorox Spain S.L. (Clorox) en mai 2015, pour des raisons de compétence.

Le différend sous-jacent et le transfert des parts de Clorox International à Clorox Spain

La décision présente le résumé des arguments sur les questions de fond (para. 437 à 781), mais le tribunal ne les a pas examinés. La filiale locale du demandeur, Clorox Venezuela, fabriquait des produits d'entretien. Clorox contestait des mesures législatives et administratives adoptées par le Venezuela dès novembre 2011, qui limitaient la capacité de l'entreprise de fixer ses prix et de mener ses opérations commerciales. Selon Clorox, ces mesures violaient les clauses du TBI sur le TJE, la protection et la sécurité intégrales, et l'expropriation.

Clorox International, enregistrée aux États-Unis, était l'unique actionnaire de Clorox Venezuela depuis les années 1990 lorsqu'elle a été constituée, jusqu'en avril 2011, lorsque Clorox Spain (la demanderesse) avait été constituée et avait immédiatement reçu l'ensemble des parts que Clorox International détenait dans Clorox Venezuela.

Les objections du Venezuela à la compétence

Le Venezuela présenta plusieurs objections à la compétence du tribunal : (i) absence d'un investisseur reconnu, (ii) absence d'un investissement protégé, (iii) abus de procédure, et (iv) *treaty shopping*. Le tribunal n'analysa que les deux premiers, considérant que Clorox était, a priori, un investisseur, mais que ses parts n'étaient pas un investissement protégé pour absence d'« action d'investir ».

L'objection du Venezuela fondée sur le fait que Clorox Spain n'est pas un investisseur reconnu car elle n'a pas d'investissement protégé

Le Venezuela alléguait que Clorox International était le véritable investisseur (para. 210) et que Clorox Spain, une société écran sans liens substantiels avec son lieu d'enregistrement (para. 213 à 216), n'avait pas réalisé l'investissement.



Le Venezuela souligna le libellé de l'article 1(2) du TBI, qui définit les investissements comme des actifs « investis par des investisseurs » (“invertidos por inversores”) (para. 230). Le défendeur interprétait le terme « por » (« par ») comme exigeant un lien entre l'investisseur et l'investissement, en général de cause à effet (para. 226). S'appuyant sur l'affaire *Quiborax c. la Bolivie*, le Venezuela argua que la simple propriété des parts ne suffisait pas à définir un investissement, car une « action d'investir » était également nécessaire (para. 229).

Le défendeur emprunta également le test de *Salini* de la jurisprudence du CIRDI, arguant que puisque Clorox n'avait pas pris de risque, ni réalisé de contribution en capital, en actifs ou en savoir-faire, le test n'était pas respecté.

Clorox alléguait quant à elle être un investisseur au sens du TBI, qui n'exigeait que l'enregistrement dans l'une des parties contractantes (para. 334). L'entreprise arguait que la tentative par le Venezuela d'ajouter des prescriptions au TBI, telles que des activités commerciales substantielles dans le territoire d'enregistrement, devait être rejetée, car de telles prescriptions devraient être explicites dans le texte du traité (para. 335). Elle demanda au tribunal de reconnaître que sa propriété des parts de Clorox Venezuela constituait en soi un investissement protégé.

L'analyse en deux étapes du tribunal

Puisque les parties étaient en âpre désaccord quant à la charge de la preuve dans les questions de compétence, le tribunal remarqua que (i) Clorox avait la charge de la preuve de la compétence personnelle, matérielle et temporelle, mais que (ii) le Venezuela avait la charge de la preuve des défenses affirmatives, de l'abus de procédure et du *treaty shopping* (para. 785). S'agissant du test de *Salini*, le tribunal indiqua brièvement qu'il considérait qu'il n'était pas pertinent en l'espèce (para. 819).

Bien qu'il considérait que les objections du Venezuela représentaient « les deux faces de la même pièce » fondées sur l'article 1(2) du TBI, le tribunal décida de les aborder à tour de rôle.

Il examina d'abord la définition de l'investisseur. Il se rangea du côté de Clorox et détermina que le TBI n'exigeait que l'enregistrement, mais pas d'activités économiques substantielles ou d'autres critères (para. 769). Le tribunal estima donc que Clorox satisfaisait *a priori* à la prescription de la compétence personnelle pour prétendre à la protection du TBI (para. 797). Il ajouta cependant qu'une personne juridique correctement enregistrée ne devient un investisseur protégé que « si elle a réalisé un investissement qui respecte la définition d'un

investissement protégé » (para. 798).

Le tribunal estima ensuite que Clorox, étant l'unique actionnaire de l'entreprise enregistrée dans le pays, avait *a priori* un investissement protégé (para. 800). Toutefois, s'appuyant sur le libellé de l'article 1(2), il ajouta que la protection se limitait aux actifs « investis par un investisseur ». Il confirma cette interprétation par référence à d'autres articles du TBI, qui mentionnent les investissements « réalisés » par un investisseur (“inversones efectuadas” et “inversiones realizadas”). Le tribunal détermina donc que le TBI exigeait une « action d'investir » (para. 802).

Puisqu'aucun élément du TBI n'empêchait les investissements indirects (para. 803 et 816), le tribunal chercha à déterminer si Clorox avait réalisé une telle « action d'investir » (para. 805). Il remarqua d'une part, que Clorox confondait le fait de détenir un actif avec le fait de réaliser un investissement, comme s'il n'existait pas de différence entre eux (para. 808 et 821), et, d'autre part, que l'argument du Venezuela sur la question avait évolué au cours de l'arbitrage (para. 809).

Pour le tribunal, il existait des preuves d'un investissement au Venezuela, mais pas d'une « action d'investir » de la part de Clorox, comme l'exigeait le TBI (para. 815). Compte tenu que Clorox Spain avait été constituée le 25 avril 2011, avec un capital social composé de parts qui lui avaient été transférées par Clorox International, le tribunal estima que cette transaction n'impliquait pas de réel échange (para. 831) et que Clorox elle-même n'existerait pas si ce transfert n'avait pas eu lieu (para. 831). Il conclut que, puisque Clorox n'avait pas réalisé d'« action d'investir », elle ne disposait pas d'un investissement protégé.

La répartition des coûts

Considérant l'article 42(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui prévoit que les frais sont à la charge de la partie qui succombe, le tribunal détermina que Clorox devait payer l'ensemble des coûts de l'arbitrage et rembourser au Venezuela ses frais juridiques (d'environ 4,5 millions USD) (para. 845 à 847).

Remarques : le tribunal était composé d'Yves Derains (président nommé par le CPA, de nationalité française), de Bernard Hanotiau (nommé par le demandeur, de nationalité belge) et de Raúl E. Viñuesa (nommé par le défendeur, de nationalité argentine). La décision du 10 mai 2019 est disponible (en espagnol uniquement) sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf>.

Inaê Siqueira de Oliveira est étudiante en master en droit privé à l'Université de Sao Paulo, au Brésil.



Un tribunal du CIRDI rejette sa compétence dans une affaire contre l'Uruguay après avoir déterminé que l'entreprise étasunienne n'est pas propriétaire et ne contrôle pas l'investissement

Italba Corporation c. la République orientale d'Uruguay, Affaire CIRDI n° ARB/16/9

Vishakha Choudhary

Dans un arbitrage lancé par l'entreprise Italba Corporation (Italba), basée aux États-Unis, contre l'Uruguay, un tribunal du CIRDI a rejeté sa compétence matérielle. Dans sa décision du 22 mars 2019, le tribunal conclut qu'Italba ne disposait pas de la propriété ou du contrôle de l'investissement au cœur du différend.

Le contexte et les recours

En 1997, le ministère uruguayen de la Défense nationale avait accordé à Gustavo Alberelli, citoyen italien et résident permanent des États-Unis, l'autorisation de commercialiser des lignes numériques hertziennes dédiées pour la transmission de données. L'Autorité nationale des communications, DNC, lui attribua également l'usage exclusif de certaines fréquences spécifiques. Entre 1999 et 2000, Alberelli transféra l'autorisation ainsi que les fréquences à Trigოსul Sociedad Anónima (Trigოსul), une entreprise uruguayenne prétendument acquise par lui et sa mère, Carmela Caravetta Durante, par le biais d'Italba, entre 1996 et 1999.

Trigოსul n'aurait apparemment pas payé les frais réglementaires dus entre juillet et septembre 2009. En outre, suite à une inspection, l'Unité uruguayenne de réglementation des services de communication (URSEC) a découvert que les bureaux de Trigოსul ne se trouvaient pas à l'adresse indiquée. Cette dernière recommanda donc la révocation de l'autorisation accordée à Trigოსul en 1997, ainsi que la libération des fréquences. Cette décision fut mise en œuvre en janvier 2011.

Trigოსul contestait la décision de l'URSEC et les actions prises dans sa foulée. En octobre 2014, un tribunal uruguayen décida d'annuler la révocation de l'autorisation de Trigოსul et d'attribuer à l'entreprise de nouvelles fréquences. Toutefois, selon Trigოსul ces fréquences ne valaient rien. Elle considérait en outre que le rétablissement tardif de ses droits en 2016 constituait une violation de l'obligation de l'Uruguay d'accorder une indemnisation rapide, adéquate et effective en cas d'expropriation.

Prétendant avoir la pleine propriété et contrôle de Trigოსul, Italba lança une procédure contre l'Uruguay auprès du CIRDI, au titre du TBI Uruguay-États-Unis (le TBI). Elle arguait que la licence de Trigოსul et les droits connexes constituaient des « investissements » au sens de l'article 1 du TBI, et que les actes de l'Uruguay étaient expropriatoires et discriminatoires, et constituaient une violation des clauses TJE et de la protection et la sécurité intégrales.

Le tribunal rejette la remise en cause de l'expert uruguayen par Italba

Italba contestait l'indépendance de l'expert uruguayen, Eugenio Xavier de Mello Ferrand, arguant qu'il était l'un des partenaires d'un cabinet juridique représentant l'Uruguay dans un autre arbitrage concomitant. L'expert rétorqua que son cabinet était constitué comme un « groupe d'intérêts économiques » (GIE), au titre duquel chaque avocat(e) et ses clients entretiennent une relation avocat-client individuelle, indépendante et autonome des autres membres du cabinet.

Le tribunal examina la structure des GIE à la lumière du droit uruguayen et conclut que, si ces entités sont créées pour le développement des activités économiques de leurs membres, cela ne donnait pas le droit aux membres de travailler conjointement ou de partager les bénéfices. Il souligna en outre la manière très distincte dont les cabinets juridiques fonctionnent en Amérique latine, où les avocats partagent leurs frais et locaux, mais ne tirent aucun profit du travail des uns et des autres. Par conséquent, le tribunal considéra que le modèle de GIE de l'entreprise de de Mello était proche du « modèle britannique de la chambre des avocats », qui se distingue du « cabinet juridique où les membres travaillent en partenariat et partagent les bénéfices » (para. 151).

Reconnaissant qu'il n'existe pas de disqualification automatique « si un membre d'une chambre d'avocats agit en tant qu'arbitre dans une affaire où un autre membre agit comme conseil » (para. 151), le tribunal s'opposa à la disqualification automatique de de Mello en tant qu'expert. De plus, le tribunal considéra que le Professeur de Mello n'était pas tenu de divulguer les activités en cours des autres membres de son cabinet, compte tenu de l'indépendance opérationnelle de chacun des membres.

Ces conclusions furent corroborées par référence aux [Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international](#). Ces règles n'obligent pas les experts à donner des détails relatifs aux



relations actuelles ou passées entre les parties et leur organisation ; au contraire, l'objectivité de l'expert doit être évaluée sur la base de sa propre position économique ou personnelle.

Concluant que le Professeur de Mello n'avait pas connaissance de la relation de son cabinet avec l'Uruguay, et n'obtenait aucun avantage de celle-ci, le tribunal rejeta la demande d'Italba d'exclure son rapport des débats.

Italba ne démontre pas qu'elle est propriétaire de Trigosul

Italba affirmait sa propriété sur Trigosul pour plusieurs raisons. Elle arguait d'abord que par le biais de transferts successifs, les parts de Trigosul appartenaient maintenant à Italba. Ensuite, elle prétendait que, comme l'indiquait le verso des certificats d'actions, celles-ci avaient été endossées au profit d'Italba. Troisièmement, Italba affirmait avoir réalisé des investissements et des négociations au nom de Trigosul. Aussi, selon Italba, les actes formels, comme la réalité économique démontraient sa propriété de Trigosul. Au contraire, l'Uruguay contestait ces arguments compte tenu d'incohérences et de contradictions dans les preuves exposées par Italba.

Le tribunal remarqua d'emblée que les certificats d'actions de Trigosul ne mentionnaient pas expressément Italba comme la propriétaire, mais uniquement Mme Durante et M. Alberelli. Leur propriété exclusive fut en outre confirmée par trois feuillets des procès-verbaux des réunions des actionnaires et du Conseil d'administration de Trigosul.

Il remarqua également qu'un seul des six certificats d'actions disponibles indiquait un endossement en faveur d'Italba. Puisque celui-ci n'indiquait pas de lieu, la validité de l'endossement fut vérifiée au titre du droit uruguayen, où Trigosul avait été créée et enregistrée, et où elle opérait. Toutefois, le droit uruguayen exige que chaque endossement soit consigné dans un registre des titres, ainsi que dans les comptes de l'entreprise. En l'espèce, n'apparaissant ni dans un registre, ni dans les comptes de l'entreprise, l'endossement fut jugé invalide. Le tribunal nota par ailleurs que cet endossement invalide ne pouvait démontrer l'intention de Trigosul de transférer la totalité de ses actions à Italba. Ici, prenant note de l'expérience de M. Alberelli en tant qu'entrepreneur, le tribunal refusa d'excuser les incohérences constatées dans les comptes de Trigosul par son « manque de connaissances juridiques » (para. 209).

S'agissant de la réalité économique de la propriété de Trigosul, le tribunal suivit le raisonnement du Prof. De Mello – la pertinence de la doctrine se limite aux cas où la personnalité juridique d'une entreprise est utilisée abusivement pour commettre des actes frauduleux. En outre, Italba n'avait pas produit de preuves de sa participation aux réunions d'actionnaires de Trigosul, de sa contribution aux pertes et profits de Trigosul ou à son capital, ni de son rôle dans la gestion de l'entreprise. Le tribunal conclut donc qu'au titre du droit uruguayen, Italba ne pouvait être considérée comme étant la propriétaire de Trigosul.

Le tribunal évalua également les revendications d'Italba quant à sa propriété de l'entreprise au titre du droit de l'État de la Floride aux États-Unis, où elle est enregistrée. La législation de la Floride exige la fourniture de certificats d'actions, l'intention de transférer les parts, et l'acceptation des parts par le bénéficiaire. Compte tenu de l'absence de preuves portant sur ces trois critères, le tribunal rejeta les arguments d'Italba.

Italba ne contrôlait pas Trigosul

L'article 1 du TBI définit les « investissements » comme des actifs détenus ou contrôlés par les investisseurs. Le tribunal reconnut que cet article étendait la protection du TBI aux investissements simplement « contrôlés » par les investisseurs. Puisque ce terme n'était pas défini dans le traité, le tribunal détermina son sens sur la base des faits de l'affaire.

Italba prétendait qu'en prenant les décisions commerciales au nom de Trigosul, en contribuant à son capital, en finançant ses opérations et en se présentant à des tiers comme étant la propriétaire de Trigosul, elle avait le « contrôle » de cette dernière. Après analyse des preuves connexes, le tribunal détermina que les arguments d'Italba se fondaient sur des éléments non concluants et contraires aux preuves documentaires déposées par ses témoins. Pour étayer ses dires, Italba fit également référence aux éventuelles coentreprises qu'elle négociait, présentant Trigosul comme sa filiale, en vue de réaliser la pleine valeur de ses investissements dans Trigosul. Mais selon le tribunal, ce seul fait n'avait aucune valeur probante.

Aussi, ayant rejeté les arguments d'Italba en faveur de sa propriété et contrôle de Trigosul, le tribunal rejeta sa compétence au titre de l'article 25 de la Convention du CIRDI. Il décida par conséquent de ne pas évaluer les autres objections à la compétence présentées par l'Uruguay.



La décision et les coûts

Le tribunal avait fait droit aux objections de l'Uruguay à la compétence. Compte tenu de l'accord des parties quant à l'application du principe du « perdant payeur », et de la discrétion du tribunal quant à la répartition des coûts au titre de l'article 61(2) de la Convention du CIRDI, le tribunal ordonna à Italba de payer ses propres frais et de rembourser à l'Uruguay l'intégralité de ses coûts. En l'absence de fondement suffisant, il rejeta la demande de l'Uruguay de se voir verser des intérêts sur ces coûts.

Remarques : le tribunal était composé de Rodrigo Oreamuno (président, nommé par les parties, du Costa Rica), de John Beechey (nommé par le demandeur, de Grande-Bretagne), et de Zachary Douglas (nommé par le défendeur, d'Australie). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10439.pdf>

Vishakha Choudhary est étudiante en Master en droit (2019) à l'Europa-Institut, Université de Saarland (Allemagne) et chercheuse à la chaire du Prof. Dr. Marc Bungenberg, Directeur de l'Europa-Institut.

Dans une nouvelle affaire contre l'Italie portant sur des incitations dans l'énergie solaire, un tribunal du TCE applique le test de la proportionnalité et conclut à une violation des attentes légitimes

CEF Energia B.V. c la République italienne, Affaire d'arbitrage de la CCS V (2015/158)

Alessandra Mistura

Le 16 janvier 2019, un tribunal constitué au titre du TCE a rendu sa décision dans l'affaire *CEF Energia c. l'Italie*, faisant en partie droit au recours de l'investisseur portant sur son investissement dans le secteur italien de l'énergie photovoltaïque. Cette dernière vient élargir la longue liste d'affaires découlant de la réforme menée par l'Italie de son mécanisme d'octroi de tarifs préférentiels dans l'énergie solaire (voir par exemple, *Blusun c. l'Italie* et *Greentech c. l'Italie*).

Le contexte du différend

Entre 2010 et 2012, l'entreprise CEF, enregistrée au titre du droit néerlandais, avait acquis les parts de trois entreprises italiennes : Megasol, Phenix et Enersol. Suite à l'acquisition, Megasol et Phenix firent une demande pour l'octroi des tarifs préférentiels tels que prévu par les Décrets italiens dits de Conto Energia, adoptés pour la mise en œuvre du Décret législatif n° 387/2003. Quant à elle, Enersol bénéficiait déjà des tarifs préférentiels au moment de l'acquisition, par le biais d'un contrat spécifique conclu avec l'agence administrative italienne compétente. Plus tard, Megasol et Phenix se virent également octroyer les tarifs préférentiels.

En 2015, CEF lança l'arbitrage contre l'Italie, contestant plusieurs mesures qui modifiaient directement ou indirectement le mécanisme de tarifs préférentiels. Il s'agissait notamment du décret *Spalmaincentivi*, qui réduisait le montant des subventions, des frais administratifs liés au paiement des subventions, du mécanisme de correction de la distorsion des coûts, et de mesures fiscales telles que la taxe *Robin des Bois* et d'autres impôts sur les biens immobiliers. CEF affirmait que ces mesures violaient la norme TJE, la clause parapluie, l'obligation de disposer d'un cadre juridique transparent, et l'obligation de ne pas entraver l'investissement de manière déraisonnable au titre de l'article 10 du TCE.

Le tribunal rejette l'objection à la compétence fondée sur la nature intra-européenne du différend

Avant toute chose, le tribunal rejeta l'objection de



l'Italie à sa compétence sur le différend fondée sur le fait que le TCE ne s'applique pas aux différends intra-européens. Il remarqua que le TCE ne contient pas d'exemption implicite ou explicite des différends intra-européens, et que cette conclusion reste valide même après l'adoption des traités européens fondamentaux subséquents ou la [décision de la CJUE sur *Achmea*](#). Selon le tribunal, cette dernière décision a « une application limitée » (para. 97) puisqu'elle s'intéresse uniquement à la clause RDIE contenue dans le TBI en question, plutôt qu'à la compatibilité de l'ensemble du système de RDIE avec le droit européen.

Le tribunal limite la portée du recours de CEF fondé sur le TJE

Lors de l'examen quant au fond, le tribunal affirma d'abord que seules les attentes légitimes des investisseurs existant au moment où l'investissement avait été réalisé étaient couvertes par la norme TJE. Le tribunal remarqua que lorsque l'investissement avait été réalisé, les entreprises Megasol et Phenix devaient encore satisfaire à plusieurs conditions avant de pouvoir demander à bénéficier des tarifs préférentiels, et que CEF ne pouvait avoir d'attentes quant au succès de leur demande. À l'inverse, le tribunal remarqua qu'au moment où CEF avait investi, Enersol bénéficiait déjà des tarifs préférentiels convoités. Il conclut donc que l'investisseur n'avait des attentes légitimes s'agissant du versement des subventions que pour Enersol, mais pas pour Megasol et Phenix.

Le tribunal conclut également que les griefs portant sur les frais administratifs, la distorsion des coûts, la taxe *Robin des Bois*, et les impôts sur les biens immobiliers relevaient tous de l'exemption fiscale prévue à l'article 21 du TCE. À l'heure d'identifier les « mesures fiscales » aux fins de l'article 21 du TCE, le tribunal manifesta une retenue élevée à l'égard de la large définition apportée par la Cour constitutionnelle italienne.

Le tribunal limita donc le recours TJE de CEF à la violation de ses attentes légitimes relatives à son investissement dans Enersol par la promulgation du décret *Spalmaincentivi*.

En appliquant les tests de la diligence raisonnable et de la proportionnalité, le tribunal conclut à une violation des attentes légitimes.

Pour déterminer si l'Italie avait violé les attentes légitimes de CEF, le tribunal adopta une approche en deux étapes. Il examina d'abord l'origine et la portée des attentes légitimes de CEF, et examina si l'entreprise s'était raisonnablement appuyée sur celles-ci. Il

remarqua que les attentes légitimes de CEF étaient à la fois précises quant à leurs origines, découlant d'actions explicites de la part de l'Italie, et spécifiques quant au montant et à la durée des subventions qu'Enersol devait percevoir.

S'agissant de savoir si CEF s'était appuyée sur ces attentes, le tribunal analysa la diligence raisonnable de l'entreprise dans la réalisation de son investissement. L'Italie arguait notamment qu'un rapport de diligence raisonnable préparé par le conseiller juridique de CEF avertissait l'entreprise d'un risque que des lois rétroactives modifiant le mécanisme préférentiel du secteur de l'énergie soient promulguées. Aussi, CEF ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le cadre réglementaire italien relatif au mécanisme préférentiel du secteur de l'énergie reste stable. CEF rejeta toutefois cet argument, indiquant que le rapport indiquait clairement que le risque de changements rétroactifs était extrêmement faible et ne concernait que les entreprises qui n'avaient pas encore conclu de contrat de subventionnement, ce qui n'était pas le cas d'Enersol. Le tribunal appuya l'argument de CEF, affirmant que l'entreprise s'était en effet raisonnablement appuyée sur ses attentes légitimes.

Le tribunal appliqua ensuite les critères de proportionnalité établis dans l'affaire *El Paso c. l'Argentine* pour déterminer si les attentes légitimes de CEF avaient été violées. Dans ce contexte, le tribunal remarqua qu'il existait « un degré acceptable de changement » au titre duquel un État peut exercer ses pouvoirs réglementaires dans l'intérêt public et ainsi amender son cadre réglementaire sans violer les attentes légitimes d'un investisseur. En vue de déterminer si ce degré acceptable de changement avait été dépassé, le tribunal devait réaliser « un exercice d'équilibrage et de pondération » des attentes du demandeur et du droit de défendeur de réglementer.

Le tribunal remarqua que les modifications apportées par l'Italie à son cadre réglementaire étaient raisonnables et prises dans un intérêt public. Il nota également que les tribunaux devaient manifester une grande retenue à l'égard des actes souverains, mais toutefois pas une retenue absolue. Le tribunal considérait que les changements réglementaires devaient être examinés à la lumière des engagements spécifiques du défendeur et de ses obligations internationales envers l'investisseur, qu'il a librement contractées. S'il existe un engagement plus fort entre l'État et l'investisseur, comme c'est le cas ici, une moindre retenue doit être manifestée à l'égard



d'actions qui, même si elles sont raisonnables, finissent par violer les attentes légitimes des investisseurs.

Aussi, la majorité du tribunal conclut que le décret *Spalmaincentivi* violait l'article 10(1) du TCE s'agissant des attentes légitimes de CEF quant à son investissement dans Enersol. L'arbitre Giorgio Sacerdoti, n'était pas d'accord et affirma que l'exercice d'équilibrage et de pondération aurait dû inciter le tribunal à conclure à l'opposée. Il remarqua notamment que les conclusions du rapport de diligence raisonnable quant à la possibilité de modifications unilatérales, le caractère raisonnable des modifications réglementaires apportées par l'Italie, la transparence dans leur promulgation et l'existence d'un intérêt public légitime indiquaient tous que CEF ne pouvait raisonnablement s'appuyer sur ses attentes légitimes.

Les recours restants sont rejetés sur le fond

Le tribunal rejeta le recours fondé sur la clause parapluie, basé sur l'allégation que l'Italie avait violé les contrats de subventionnement des trois investissements de CEF. Le tribunal manifesta une grande retenue à l'égard de l'appellation des contrats, dits « contrats accessoires à des mesures publiques » au titre du droit italien, qui incluent la possibilité pour le défendeur de les amender de manière unilatérale. Puisque les obligations relevant de la clause parapluie doivent être examinées au regard du droit qui leur est applicable, et puisque le droit italien prévoit l'amendement unilatéral de ces contrats, le tribunal conclut que l'Italie n'avait pas violé les obligations dues à CEF au titre de la clause parapluie.

Finalement, le tribunal rejeta les recours fondés sur l'incapacité à offrir un cadre juridique transparent, et sur l'entrave déraisonnable, puisqu'il avait déjà déterminé que les mesures réglementaires adoptées par l'Italie étaient raisonnables.

Compte tenu de ce qui précède, le tribunal ordonna à l'Italie de verser 9,6 millions d'euros à CEF à titre de dommages, plus des intérêts composés jusqu'à la date du paiement au taux LIBOR annuel majoré de 2 points, ainsi que 1 million d'euros à titre de contribution aux frais et dépenses juridiques de CEF.

Remarques : le tribunal était composé de Klaus Reichert (président nommé par les parties au différend, de nationalités allemande et irlandaise), de Klaus Sachs (nommé par le demandeur, de nationalité allemande) et de Giorgio Sacerdoti (nommé par le défendeur, de nationalité italienne). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/7364>. La décision fait

actuellement l'objet d'un appel auprès des tribunaux suédois, ce qui a entraîné la suspension de l'exécution de la décision jusqu'à nouvel ordre.

Alessandra Mistura est doctorante en droit international au Graduate Institute de Genève.



RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

RESSOURCES

Les actes judiciaires et l'arbitrage au titre des traités d'investissement

De Berk Demirkol, publié par Cambridge University Press, août 2019

Cet ouvrage met l'accent sur les caractéristiques propres aux actes judiciaires des États, qui font de plus en plus l'objet de recours internationaux en matière d'investissement. Pour déterminer la responsabilité de l'État pour un acte illicite commis dans l'exercice de ses pouvoirs judiciaires, plusieurs conditions doivent être remplies : l'investisseur doit prouver que l'État est responsable d'une violation qui lui est attribuable ; le tribunal d'investissement doit avoir compétence sur le différend en question ; et les dommages subis par l'investisseur doivent résulter de la violation en question. L'auteur aborde des questions relatives au fond, à la compétence, à l'admissibilité et aux voies de recours dans les affaires où la responsabilité de l'État découle d'un acte judiciaire illicite. Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/judicial-acts-and-investment-treaty-arbitration>

Examen des décisions de RDIE rendues en 2018 : quelques problèmes liés à la réforme des AII

De la CNUCED, publié par la CNUCED, juillet 2019

Cette note sur les AII examine les décisions rendues dans les affaires de RDIE et accessibles au public, en mettant l'accent sur les affaires et les questions pertinentes du point de vue de l'élaboration des traités et de la réforme des AII. En 2018, les tribunaux arbitraux ont rendu au moins 50 décisions de fond en matière de RDIE, dont 29 étaient publiquement accessibles au mois de janvier 2019. Les décisions reflétaient bon nombre des sujets de réforme des AII, notamment maintenir le droit de réglementer, améliorer le règlement des différends relatifs à l'investissement et garantir la responsabilité de l'investisseur. La plupart des décisions se fondaient sur des traités d'ancienne génération signés dans les années 1990 ou plus tôt. Il serait souhaitable que les décideurs

politiques examinent les implications de ces décisions sur l'élaboration de traités futurs et la modernisation des traités existants. Disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1206/review-of-isds-decisions-in-2018-selected-iaa-reform-issues>. Un recueil complémentaire de tableaux au cas par cas, donnant un aperçu des principaux points examinés dans 24 affaires de RDIE tranchées en 2018 est disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1207/supplementary-material-to-review-of-isds-decisions-in-2018-selected-iaa-reform-issues>

La médiation dans les différends internationaux relatifs au commerce et à l'investissement

De Catharine Titi et Katia Fach Gómez (Eds.), publié par Oxford University Press, July 2019

Cet ouvrage indique que les litiges commerciaux et d'investissement internationaux sont principalement réglés par le biais de l'arbitrage international, mais que la médiation et la conciliation internationales gagnent du terrain. L'UE encourage la médiation dans les domaines du commerce, mais aussi de l'investissement ; la Convention de Singapour sur la médiation de la CNUDCI de 2019 vise à garantir l'exécution des accords de règlements commerciaux internationaux issus d'une médiation ; l'on a enregistré la médiation des premiers différends investisseur-État au titre du règlement de l'Association internationale du barreau (IBA) ; le mécanisme de conciliation du CIRDI est plus souvent invoqué que par le passé ; et la Chambre de commerce internationale (CCI) a récemment mené sa première médiation d'une affaire fondée sur un TBI. Dans ce contexte, l'ouvrage rassemble les contributions d'experts émanant d'institutions universitaires, de médiation et d'arbitrage, ainsi que de la pratique juridique internationale, et discutant de la médiation dans les différends commerciaux et d'investissement internationaux. Disponible sur <https://global.oup.com/academic/product/mediation-in-international-commercial-and-investment-disputes-9780198827955>



L'expropriation dans l'arbitrage fondé sur des traités d'investissement

De Johanne M. Cox, publié par Oxford University Press, juillet 2019

Constitutif de la Oxford International Arbitration Series, cet ouvrage propose un guide complet de l'expropriation dans le droit international de l'investissement, et de la manière dont elle est appliquée dans la pratique. L'auteure présente un examen détaillé de la jurisprudence existante, et tire du droit international des principes de fond communs en matière d'expropriation. Elle examine par ailleurs les affaires pertinentes de la Cour internationale de justice (CIJ), de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, dans le but de compléter l'accent mis sur l'arbitrage fondé sur des traités d'investissement, et sur les affaires au titre du CIRDI, de l'ALENA et du TCE. Le livre décrit l'évolution de l'expropriation dans le droit de l'investissement, examine la relation entre l'expropriation et d'autres normes de protection issues d'un traité (telle que le TJE), et évalue d'un point de vue critique la pertinence de l'expropriation. Disponible sur <https://global.oup.com/academic/product/expropriation-in-investment-treaty-arbitration-9780198804918>

Le droit économique international après la crise mondiale : l'histoire de disciplines fragmentées

De C. L. Lim et Bryan Mercurio (Eds.), publié par Cambridge University Press, juillet 2019

Cette collection se penche sur le thème de la fragmentation au sein du droit économique international, abordant les questions liées à la coopération monétaire, au commerce et à la finance, au commerce et à ses ramifications, au droit international de l'investissement, à la protection de la propriété intellectuelle et aux changements climatiques. Les chapitres relatifs à l'investissement portent notamment sur « La schizophrénie des contre-mesures dans le droit économique international : l'exemple de l'accord d'investissement global de l'ANASE » ; « La restructuration de la dette grecque, *Abaclat c. l'Argentine* et les obligations au titre des traités d'investissement : l'impact des accords d'investissement internationaux sur la défaillance de la Grèce » ; « Les traités bilatéraux d'investissement chinois : un exemple de fragmentation interne » ; « Un problème post-crise économique mondiale : le développement, l'agriculture, les accaparements de

terres et l'investissement étranger direct » ; et sur « Les droits de propriété intellectuelle dans les accords d'investissement internationaux : viser la cohérence dans les droits national et international ». Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/international-economic-law-after-global-crisis-tale-fragmented-disciplines>

Le commerce, l'investissement et la finance durables : vers des cadres réglementaires responsables et cohérents

De Clair Gamage & Tonia Novitz (Eds.), publié par Edward Elgar, 2019

Le développement durable demeure une grande priorité des politiques et des échanges internationaux. Cet ouvrage examine la manière dont sont reflétés les contours et les aspects de la durabilité économique, environnementale et sociale dans les normes juridiques s'appliquant au commerce, à l'investissement et à la finance. Analysant un éventail de questions découlant d'initiatives privées, d'actions étatiques et d'organisations internationales, les chapitres explorent le rôle d'acteurs internationaux puissants dans la quête de développement durable. Les auteurs identifient et examinent les défis qui se posent à la réalisation d'une politique cohérente en matière de développement durable, et se penchent sur les interactions complexes des mécanismes internationaux, régionaux et nationaux, qui posent de sérieux problèmes pour l'avenir de la planète, ses habitants et leur prospérité. Disponible sur <https://www.e-elgar.com/shop/sustainable-trade-investment-and-finance>



ÉVÉNEMENTS 2019

18-19 septembre

CONFÉRENCE CONJOINTE ITA-IEL-CCI SUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN MATIÈRE D'ÉNERGIE, Institut pour l'arbitrage transnational (ITA), Institut pour le droit sur l'énergie (IEL) du Centre pour le droit américain et international, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, à Singapour, <http://www.cailaw.org/Institute-for-Transnational-Arbitration/Events/2019/ita-iel-icc-asia-conference.html>

25-26 septembre

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

25 septembre

14^{ème} CONFÉRENCE ANNUELLE DE COLUMBIA SUR L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL, "Aligner les entreprises sur les objectifs de développement durable", à la Faculty House de l'Université Columbia, à New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2019/09/25/14th-annual-columbia-international-investment-conference-aligning-corporations-with-the-sdgs>

26-27 septembre

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

3-4 octobre

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

7-11 octobre

15^{ème} RÉUNION GÉNÉRALE DU FIG/IGF : « L'exploitation minière dans un contexte de changement climatique », Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable, à Genève, Suisse, <https://www.igfmining.org/event/15th-annual-general-meeting>

8-11 octobre

FORUM PUBLIC DE L'OMC, au Centre William Rappard, à Genève, Suisse, https://www.wto.org/french/forums_f/public_forum_f/public_forum_f.htm

14-18 octobre

38^{ème} SESSION DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI, « Réforme du règlement des différends investisseur-État », Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Vienne, Autriche, https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state

25-26 octobre

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

29-30 octobre

6^{ème} FORUM DE L'OCDE SUR LA FINANCE ET L'INVESTISSEMENT VERTS, à l'OCDE, à Paris, France, <http://www.oecd.org/cgfi/forum>



4-7 novembre

MASTERCLASS SUR L'ARBITRAGE DES INVESTISSEMENTS, à la Charte internationale de l'énergie, à Bruxelles, Belgique, <https://energycharter.org/what-we-do/knowledge-centre/training-programmes/training-programme-4-7-november-2019>

22 novembre

CONFÉRENCE SUR L'ARBITRAGE ET LA MÉDIATION INTERNATIONAUX, à la Faculté de droit Fordham, à New York, États-Unis, <http://law.fordham.edu/ciam2019>

26-27 novembre

FORUM SUR LA CROISSANCE VERTE ET LE DÉVELOPPEMENT DURABLE, à l'OCDE, à Paris, France, <http://www.oecd.org/greengrowth/ggsd-forum.htm>



© 2019 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable.

Institut International du Développement Durable (IISD)

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

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

Investment Treaty News (ITN)

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

ITN reçoit volontiers des soumissions de travaux originaux non publiés.

Les demandes doivent être adressées à Martin Dietrich Brauch à itn@iisd.org

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



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development