



## Dérive de la mission :

Accords internationaux d'investissement et restructuration de la dette souveraine  
par Kevin P. Gallagher



**Un centre d'arbitrage de l'UNASUR :** Principales caractéristiques de la proposition équatorienne par Silvia Karina Fiezzoni

**L'évolution des investissements dans l'Accord de partenariat trans-Pacifique** par Jane Kelsey

**Les Pays-Bas:** Une porte d'entrée au treaty shopping pour la protection des investissements par Roeline Knottnerus & Roos van Os

**Egalement dans cette édition:** Philip Morris c. Australie; Abaclat et autres c. République d'Argentine; Hochtief AG c. République d'Argentine; HICEE B.V. c. République Slovaque; Mise à jour des négociations CNUDCI sur la transparence

# tables des matières

3	<b>Articles</b> Dérive de la mission : Accords internationaux d'investissement et restructuration de la dette souveraine <i>par Kevin P. Gallagher</i>	Investment Treaty News Quaterly est publié par The International Institute for Sustainable Development International Environment House 2, Chemin de Balexert, 5th Floor 1219, Chatelaine, Geneva, Switzerland
6	Un centre d'arbitrage de l'UNASUR : principales caractéristiques de la proposition équatorienne <i>par Silvia Karina Fiezzoni</i>	Tel +41 22 917-8748 Fax +41 22 917-8054 Email <a href="mailto:itn@iisd.org">itn@iisd.org</a>
8	L'évolution des investissements dans l'Accord de partenariat trans-Pacifique <i>par Jane Kelsey</i>	Président et chef de la direction Franz Tattenbach
10	<i>Les Pays-Bas :</i> <i>Une porte d'entrée au treaty shopping pour la protection des investissements</i> <i>par Roeline Knottnerus et Roos van Os</i>	Directeur et Représentant Européen, Section Commerce et Investissement de l'IIDD Mark Halle  Responsable du Programme Investissements étrangers au service du Développement Durable Nathalie Bernasconi
13	<b>Nouvelles en bref :</b> Philip Morris fait une demande d'arbitrage relatif à la propriété intellectuelle contre l'Australie; Les clivages continuent de freiner les avancées dans les négociations de la CNUDCI sur la transparence; Réclamations de la Corée au sujet d'une disposition relative à l'arbitrage investisseur-État de l'ALE États-Unis-Corée du Sud; Vattenfall envisagerait un arbitrage contre le retrait allemand du nucléaire; Des investisseurs étrangers poursuivent l'Espagne suite à la hausse des tarifs de l'énergie solaire	Rédacteur en chef Damon Vis-Dunbar  Rédacteur, Version française Henrique Suzy Nikema  Traduction française Isabelle Guinebault  Rédacteur, Version espagnole Fernando Cabrera  Traduction Espagnole Maria Candeli Conforti  Design: The House London Ltd. Web: <a href="http://www.thehouselondon.com">www.thehouselondon.com</a>
15	<b>Sentences et décisions :</b> Abaclat et autres c. la République d'Argentine; Hochtief AG c. la République d'Argentine; HICEE B.V. c. la République de Slovaquie; Chevron Corporation et Texaco Petroleum Company c. la République d'Équateur; Libananco Holdings Co. Limited c. la République de Turquie	
19	<b>Ressources et Évènements</b>	

## Dérive de la mission : Accords internationaux d'investissement et restructuration de la dette souveraine par Kevin P. Gallagher

### article 1

Les membres de la zone Euro le savent bien maintenant, l'absence de régime de restructuration de la dette souveraine constitue l'une des lacunes les plus flagrantes du système financier international. Cela dit, la décision rendue cet été par un tribunal du Centre international de règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI) montre qu'un régime de facto pourrait apparaître et permettre aux investisseurs mécontents d'utiliser les accords internationaux d'investissement (AII) afin de contourner la restructuration de la dette. La dite décision reconnaît que la restructuration de la dette souveraine argentine après sa crise financière de 2001 relève d'un traité bilatéral d'investissement (TBI). Cela équivaut à détourner les AII de leurs objectifs initiaux. Une telle dérive dans cette direction est trop importante pour les AII. La restructuration de la dette souveraine devrait relever de la compétence des gouvernements nationaux et des autorités financières et monétaires internationales.

Ce bref article explique que des obligataires considèrent la restructuration de la dette souveraine comme un argument pouvant étayer une demande d'arbitrage au titre d'un AII ; ces sauvegardes sont limitées dans les AII, notamment dans les AII américains, ce qui signifie que nous ne savons pas clairement quelles mesures pourraient laisser aux gouvernements la latitude nécessaire à la restructuration effective de leur dette en temps de crise ; et si les réclamations contre la restructuration de la dette souveraine se multiplient, elles pourraient bien menacer la sortie, déjà fragile, de la crise financière. Finalement, des options techniques pour la réforme des traités et de la restructuration de la dette sont présentées.

#### Contexte : la dette, le MRDS et les CAC

Même si son nom fait de plus en plus peur dans le contexte de la crise actuelle, la dette est un élément important de la croissance et du développement économique. Mais mal gérée, la dette peut devenir non viable et forcer les États à se déclarer en défaut de paiement ou à restructurer leurs emprunts. Au tournant du siècle, le Fonds monétaire international (FMI) a proposé un mécanisme mondial pour la gestion des problèmes de dette, qui a été rejeté par le gouvernement américain et la communauté internationale des affaires. Ont alors été mises en place des clauses d'action collectives, toujours pas généralisées et présentant des obstacles qui les rendent inappropriées.

Correctement gérés, les emprunts d'États peuvent représenter un élément essentiel du développement économique, comme c'est le cas depuis plusieurs siècles. Toutefois, comme nous le voyons en Europe, même quand les pays parviennent à maintenir un bon ratio dette-PIB, ils peuvent tout de même s'enfoncer dans une crise de la dette – c'est-à-dire quand un pays ne peut plus (ou ne veut plus) assurer le service de sa dette. La contagion des autres crises ou des répliques reflétant le manque de confiance des investisseurs pourraient inciter les crédateurs à ne pas reconduire ou augmenter les prêts. En outre, la dette est parfois libellée en monnaie étrangère, donc quand les taux d'intérêts augmentent ou que la valeur de la monnaie étrangère baisse (seule ou par rapport à ses voisins), le coût du service de la dette peut exploser.

Même les pays bénéficiant de faibles déficits peuvent se retrouver rapidement affectés lorsque les gouvernements empruntent pour renflouer les banques insouciantes ou stimuler l'économie durant une récession, mais ils connaissent ensuite une croissance ralentie puis une réduction de leurs recettes fiscales. Ces tensions sont à leur comble dans les pays en

développement, qui sont surexposés aux marchés financiers internationaux. N'importe quelle combinaison des facteurs présentés précédemment peut entraîner une entrée massive de dette et des modifications importantes des sorties pouvant provoquer une instabilité financière.

Le sauvetage mondial des banques fait partie de la réponse traditionnelle pour la prévention et l'atténuation des crises de la dette, mais est souvent critiqué du fait de son coût et de son manque d'efficacité. L'Europe a ainsi payé 1 000 milliards USD en mai 2010, plus de 100 milliards USD en juillet 2011, et propose de payer encore 109 milliards USD dans le cadre du paquet d'octobre 2011. Cet argent passe directement de la poche des contribuables aux crédateurs privés. Dans le meilleur des cas, l'efficacité des sauvetages est limitée, et cela peut prendre plusieurs années à un pays de s'en relever, s'il y parvient. En outre, les sauvetages peuvent encourager les risques moraux : les États et les investisseurs adoptent des comportements plus risqués car ils pensent être renfloués au bout du compte (Eichengreen, 2003).

La restructuration de la dette souveraine (RDS) est une alternative au sauvetage de plus en plus utilisée. La communauté internationale considère toutefois que le régime RDS présente d'importantes lacunes. Quand un gouvernement souverain n'est plus disposé à ou ne peut plus payer sa dette, la restructuration souveraine se produit au cours des changements formels des contrats d'emprunts négociés entre les crédateurs et les débiteurs. La RDS (ou « sortie de la dette ») réduit souvent la valeur nominale de la dette, et fonctionne comme un échange par lequel de nouvelles obligations dotées de taux d'intérêts réduits et d'une échéance plus longue remplacent les obligations en souffrance, et ainsi de suite. Ces plans de sortie de la dette sont généralement très restreints et entraînent une perte pour les obligataires. Les pertes et rabais sont généralement appelés des « décotes ».

Au début des années 2000, le FMI a proposé un mécanisme de restructuration de la dette souveraine (MRDS). Ce MRDS cherchait à offrir une enceinte équitable pour les négociations entre obligataires et gouvernements, une clause de statu quo empêchant les obligataires de retirer leur argent d'une nation endettée, un mécanisme permettant le financement à court terme et l'établissement d'un calendrier de paiement de la dette d'une nation endettée, et des clauses limitant la capacité des obligataires minoritaires mécontents à lancer des poursuites contre des nations endettées. Les États-Unis et le monde des affaires ont très vite rejeté le MRDS.

Les États-Unis ont plutôt proposé de généraliser l'utilisation des clauses d'actions collectives (CAC).

Celles-ci se caractérisent comme suit : un élément de *représentation collective* permettant d'organiser une réunion des obligataires où ils peuvent échanger leurs opinions et discuter de la restructuration/du défaut de paiement ; un élément de *restructuration majoritaire* permettant à une « super majorité » de 75 % des obligataires d'obliger tous les détenteurs au respect des conditions de restructuration ; et un élément *minimal de respect des règles* selon lequel un minimum de 25 % des obligataires doit approuver le lancement d'une procédure.

Malheureusement, la majorité des obligations de la zone euro n'incluent pas de CAC, et même si c'était le cas, une

restructuration ne se fait pas sans frais. L'International Swaps and Derivatives Association peut écarter une CAC et choisir de payer l'assurance aux obligataires. Les CAC ne s'appliquent pas non plus aux émissions obligataires et il sera donc difficile d'obtenir un accord pour l'ensemble de la dette d'une nation que celle-ci aimerait échanger. Et il se pourrait également que les CAC ne s'appliquent pas non plus aux All.

### Bonjour l'Argentine : les All et la restructuration de la dette souveraine

Nos lecteurs savent qu'une part croissante des plus de 2 000 traités commerciaux et d'investissement régissant les flux internationaux d'investissement couvrent « tout type d'actifs ». Ce qui est sans doute nouveau est qu'un panel du CIRDI a récemment considéré la restructuration de la dette souveraine argentine suite à sa crise financière de 2001 comme relevant du TBI Italie-Argentine. La dette souveraine est en effet un « actif parmi d'autres » et un TBI peut donc permettre aux investisseurs de chercher à récupérer la valeur totale de leurs obligations.

Quand l'Argentine a restructuré sa dette en 2005, près de 180 000 obligataires italiens ont entamé une procédure au titre du TBI Italie-Argentine pour environ 4,3 milliards USD. Certains d'entre eux ont accepté un arrangement dans le cadre de la restructuration de 2010, et environ 60 000 obligataires italiens chercheraient encore à obtenir 2 milliards USD de l'Argentine auprès du CIRDI. En septembre dernier, la majorité d'un tribunal de la Banque mondiale a décidé que la restructuration de la dette argentine relevait effectivement de ces traités. La procédure va donc se poursuivre, malgré la dissension virulente du troisième membre du tribunal (IAR, 2011). Les obligataires cherchant la restitution de leurs investissements à travers le traité commercial font partie des quelques derniers résistants.

L'encadré 1 montre où les All peuvent couvrir la restructuration de la dette souveraine. Et il n'est pas sûr que le nombre restreint de mesures en place puisse garantir le règlement d'une dette d'un pays sans que celui-ci ne soit pris au piège d'un processus CIRDI.

#### Encadré 1 : Les All et la restructuration de la dette souveraine

**Juridiction :** Si les All sont réputés couvrir « tout type d'actifs », on peut alors avancer que la dette souveraine relève d'un traité.

**Expropriation :** La RDS peut être considérée comme une expropriation indirecte car la restructuration diminue la valeur d'une obligation souveraine.

**Traitement juste et équitable (TJE) :** Dans la mesure où le TJE est considéré comme une protection des attentes légitimes des investisseurs, un échange d'obligations non anticipé pendant la période initiale d'investissement pourrait être interprété comme une violation de cette norme.

**Traitement national :** Dans certaines circonstances financières, il est important de traiter les obligataires nationaux différemment des étrangers. Toutefois, cela pourrait être considéré comme une violation de la clause de traitement national.

Les sauvegardes et exceptions de nombreux All ne sont pas suffisantes pour couvrir la restructuration de la dette des États. Dans la plupart des cas, les seules sauvegardes possibles sont des dispositions en matière de sécurité essentielle. Quelques traités des États-Unis contiennent une annexe très limitée relative à la restructuration de la dette souveraine.

Il est possible pour une nation de présenter des actions adoptées au cours d'une crise financière comme des mesures nécessaires à la protection de la sécurité essentielle d'un État. La formulation de l'article 18 du TBI modèle des États-Unis se retrouve dans de nombreux traités :

... d'empêcher une Partie d'appliquer des mesures qu' *elle considère* comme nécessaires pour le respect de ses obligations vis-à-vis du maintien ou du rétablissement de la paix ou de la sécurité internationale, ou la protection de ses propres intérêts de sécurité essentielle (USTR, 2004).

Cet article ne mentionne pas clairement les crises économiques, mais « tous les tribunaux qui se sont penchés sur la question ont interprété les règles de manière suffisamment large pour inclure ces crises » (Salacuse, 2010 : 345). 345). Toutefois, les tribunaux diffèrent largement quant à l'ampleur de ces difficultés. En Argentine encore, les tribunaux sont arrivés à des conclusions opposées, et seul un des trois tribunaux jugea que l'Argentine ne pouvait être tenue responsable des actions entreprises pour mettre fin à sa crise. Une question clé consiste donc à savoir si la mesure prise par un État et visant à enrayer une crise peut-être considérée comme « du domaine réservé de l'État ». En d'autres termes, le pays d'accueil peut-il trancher lui-même si une mesure a été prise pour protéger sa sécurité ? La formulation précédente du TBI modèle de 2004, « qu'elle considère », est maintenant interprétée comme faisant référence à une mesure déterminée unilatéralement (à cause du « *elle* »), mais le TBI Argentine-États-Unis et d'autres n'incluaient pas un langage aussi précis à l'époque (Salacuse, 2010).

Certains des All récents négociés par les États-Unis définissent clairement les obligations souveraines comme des investissements couverts par les accords, et offrent des instructions très claires quant aux interactions entre la RDS et les All. Généralement, les États-Unis hésitent à négocier de telles instructions, car ils considèrent les CAC comme des sauvegardes suffisantes de la restructuration de la dette souveraine. Toutefois, quand leurs partenaires aux négociations insistent, les États-Unis se montrent parfois disposés à établir un compromis dans une annexe.

Dans le TBI États-Unis-Uruguay, et les ALE signés avec l'Amérique centrale, le Chili, le Pérou et la Colombie, se trouve une annexe spécifique sur la restructuration de la dette souveraine. Si le texte de l'annexe en question varie d'un traité à l'autre, il interdit en général les réclamations contre « la restructuration négociée de la dette », sauf si un investisseur argue que la restructuration viole la clause de traitement national (TN) ou de la nation la plus favorisée (NPF). Ces traités définissent en général une « restructuration négociée » comme une restructuration où 75 % des obligataires ont consenti à un changement des modalités de paiement. Si un investisseur souhaite présenter une réclamation contre une restructuration qui ne soit pas encore négociée, il/elle doit respecter une période d'attente de 270 jours avant de pouvoir le faire. Pour une restructuration négociée ou non-négoiée en violation de la clause TN ou NPF, il n'y a pas de délai d'attente.



Ces annexes ne sont pas la norme dans les traités américains postérieurs à l'ALENA (l'ALENA exclue la dette souveraine de la définition d'un investissement). En effet, les accords des États-Unis avec l'Australie, la Corée du Sud, la Maroc, Oman, le Panama et Singapour incluent les obligations et la dette dans les investissements couverts mais n'incluent pas d'annexe relative à la restructuration de la dette souveraine.

L'Accord de libre-échange République Dominicaine-Amérique centrale ressemble fortement à l'ALE avec le Chili. Comme dans les accords précédents, les obligations et autres instruments de la dette sont considérés comme des investissements couverts par l'accord. L'annexe 10-A stipule très clairement que la restructuration de la dette souveraine n'est soumise qu'aux articles 10.3 (traitement national) et 10.4 (NPF). Le délai d'attente supplémentaire ne semble pas s'appliquer et la « restructuration négociée » n'est pas mentionnée comme une pré-condition.

“

## La restructuration de la dette souveraine devrait relever de la compétence des gouvernements nationaux et des autorités financières et monétaires internationales

”

Ces annexes peuvent sembler aller dans la bonne direction compte tenu que les parties à l'accord reconnaissent que la restructuration est un cas particulier ; elles demeurent pourtant loin d'être appropriées pour au moins quatre raisons. Tout d'abord, les CAC n'enlèveront pas aux nations la possibilité de présenter une réclamation pour restructuration. Comme indiqué précédemment, les « fonds vautour » et autres « résistants » peuvent acquérir une super majorité lors de l'émission d'obligations et neutraliser cette émission, et une minorité de 25 % peut convenir de lancer une procédure d'arbitrage. Deuxièmement, les clauses parapluie et celles relatives à l'investissement permettent l'arbitrage investisseur-État au titre du traité, que ces obligations soient couvertes ou non par la législation nationale. Troisièmement, la plupart des restructurations concernent plusieurs aspects et pâtissent de l'accumulation décrite plus tôt. Encore une fois, les clauses d'action collective ne s'appliquent qu'à une émission d'obligations, et non pas à plusieurs aspects souvent regroupés dans une restructuration.

Enfin et surtout, les économistes et institutions financières internationales ont souvent rappelé que les obligataires et institutions financières nationales devaient parfois être traités différemment en temps de crise, ce qui est en contradiction avec le principe de traitement national. Donner la priorité à la dette nationale peut être nécessaire pour relancer un système financier national, fournir des liquidités et gérer les risques au cours d'une reprise (Gelpern et Setser, 2004, p. 796).

### Réformer la mission

Ce bref article a mis en évidence certains AII qui incluent des dispositions pouvant limiter la capacité des autorités financières et monétaires à gérer efficacement les crises de la dette. L'Argentine est donc certainement le seul pays à faire l'objet de réclamations, mais les nombreux traités d'investissement négociés depuis la crise argentine de 2001 et la fragilité du système financier international indiquent malheureusement que des cas similaires pourraient se produire dans le futur.

Voici trois solutions politiques non exclusives permettant aux AII futurs d'allouer aux nations l'espace politique nécessaire à une RDS efficace :

- **Exclure la dette souveraine des AII.** L'exclusion de la dette souveraine des investissements « couverts » des futurs traités permettrait aux tribunaux nationaux et aux organes financiers internationaux d'être compétents en matière d'arbitrage de la dette souveraine. Certains AII, tels que l'ALENA ou d'autres, excluent déjà la dette souveraine. Et il semblerait que le nouveau TBI modèle de l'Argentine aille également dans ce sens.
- **Préciser que l'atténuation de la crise financière est un élément de la « sécurité essentielle ».** Il est nécessaire de clarifier que les exceptions de sécurité essentielle couvrent les crises financières et que la restructuration de la dette engagée par les pays d'accueil est « du domaine réservé » et « nécessaire ».
- **Les organes de résolution des différends État-État en matière de RDS ou de crise** devraient être plus prudents que lors d'un arbitrage investisseur-État car, dans de telles circonstances, les gouvernements doivent tenir compte d'une foule de questions. Ils doivent tenter d'anticiper les effets des crises sur l'économie en générale ou le bien-être public tandis que les entreprises ne s'intéressent, logiquement, qu'à leurs propres résultats. Les arbitrages investisseur-État inversent le rapport coûts-bénéfices, et donnent du pouvoir aux « perdants » même quand les gains des « gagnants » (la population et l'avenir d'un pays) d'une restructuration méthodique surpassent de loin les coûts pour les perdants.

### Auteur

Kevin Gallagher est un professeur associé du Département de relations internationales de l'Université de Boston. Cet article se base sur un rapport plus long intitulé « The New Vulture Culture: Sovereign Debt Restructuring and Trade and Investment Treaties », document de travail IDEAS n° 2-2011.

### Références

- Eichengreen, Barry (2003), "Restructuring Sovereign Debt," *Journal of Economic Perspectives* vol. 17(4), pages 75-98.
- Gelpern, Ann et Brad Setser, (2004), "Domestic and External Debt: The Doomed Quest for Equal Treatment," *Georgetown Journal of International Law*, v35, n4, 795-814.
- Investment Arbitration Reporter (IAR), "Argentine sovereign bond arbitration at ICSID", vol. 4, n° 16, 3 novembre 2011.
- Salacuse J (2010). *The Law of Investment Treaties*. Oxford. Oxford University Press.
- Représentant des États-Unis au commerce (2004), TBI modèle des États-Unis, Washington.

# Un centre d'arbitrage de l'UNASUR: Principales caractéristiques de la proposition équatorienne

par Silvia Karina Fiezzoni

## article 2



Il y a cinq ans, certains pays d'Amérique Latine ont commencé à être critiques à l'égard du Centre international de règlement des différends en matière d'investissement (le CIRDI), l'organe de la Banque Mondiale arbitrant les litiges entre investisseurs étrangers et pays d'accueil. Ils considéraient que les procédures d'arbitrage du CIRDI étaient devenues problématiques au cours des années précédentes du fait de son manque de transparence et de son incapacité à traiter les besoins plus larges de la société. Les préoccupations concernaient également le manque de précédents, qui a mené à des décisions incohérentes parmi les différents tribunaux au sujet de points centraux du droit international des investissements. Aussi, afin de limiter ou d'exclure la juridiction du CIRDI<sup>1</sup>, un groupe de pays d'Amérique Latine, mené par l'Équateur, a demandé la création d'un centre d'arbitrage alternatif sous l'égide de l'Union des nations sud-américaines (UNASUR).

L'UNASUR, dont le traité constitutif est entré en vigueur le 11 mars 2011, est la première organisation régionale à inclure la plupart des pays sud-américains. Le Brésil, qui a ratifié le traité de l'UNASUR en juillet 2011<sup>2</sup>, est la principale destination des flux d'IDE en Amérique Latine. Le Brésil n'est d'ailleurs pas signataire de la Convention du CIRDI et n'a pas non plus ratifié de traité bilatéral d'investissement. Aussi, l'entrée du Brésil dans l'UNASUR et la volonté politique de tous ses pays membres de créer un centre d'arbitrage régional au sein de l'UNASUR représente un développement important du droit de l'arbitrage international.

Afin de comprendre la méfiance de certains pays d'Amérique Latine à l'égard du CIRDI et les efforts visant à mettre en place une alternative régionale, il est important de constater que 9 des 12 pays de l'UNASUR font face à 111 cas devant les tribunaux du CIRDI, ce qui représente 31 % du total des cas du CIRDI<sup>3</sup>.

Le présent article explique la situation de l'UNASUR, et présente les principales caractéristiques de la proposition équatorienne visant à créer un centre d'arbitrage au sein de l'UNASUR.

### La situation actuelle de l'UNASUR et la proposition de création d'un centre d'arbitrage

Le 23 mai 2008, l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, l'Équateur, le Guyana, le Paraguay, le Pérou, le Suriname, l'Uruguay et le Venezuela ont signé le traité constitutif de l'UNASUR<sup>4</sup>. Cette étape renforça l'objectif d'une plus grande intégration économique en Amérique du Sud<sup>5</sup>.

En juin 2009, lors de la 39<sup>ème</sup> session de l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains, le Ministre équatorien des affaires étrangères, Fander Falconí, a proposé la création d'un centre d'arbitrage au sein de l'UNASUR comme une alternative au CIRDI<sup>6</sup>. En décembre 2010, au Guyana, les Ministres des affaires étrangères des pays membres de l'UNASUR ont unanimement décidé que l'Équateur devait présider le groupe de travail du système de règlement des différends du centre d'arbitrage proposé. Lors de la même réunion, l'Équateur communiqua une proposition pour l'ensemble des règles du centre<sup>7</sup>. La Commission de l'UNASUR du système de règlement des différends affine actuellement cette proposition avant qu'elle ne soit soumise à l'examen des pays membres de l'UNASUR<sup>8</sup>.

### Les principales caractéristiques de la proposition équatorienne

La proposition équatorienne pour le système de règlement des différends de l'UNASUR est incluse dans trois documents : 1. Un projet d'ensemble de règles pour un centre d'arbitrage ; 2. Un code de conduite pour les arbitres et médiateurs de l'UNASUR et ; 3. Un projet de centre de conseils pour le règlement des différends en matière d'investissement. Dans cet article, seules les règles opérationnelles du centre d'arbitrage de l'UNASUR seront discutées.

Le projet de règlement autorise les arbitrages entre États ainsi qu'entre investisseur et État quand ils sont prévus par les dispositions contractuelles ou un instrument international. La juridiction du centre exclut les litiges relatifs à la santé, aux questions fiscales et à l'énergie, entre autres, sauf si le traité ou le contrat pertinent prévoit autre chose. En outre, un tribunal arbitral ne pourra en aucun cas traiter les litiges concernant la légitimité des lois internes (ni leurs effets économiques) des pays membres de l'UNASUR<sup>9</sup>. Même si la compétence du projet de centre d'arbitrage de l'UNASUR ne se limite pas encore aux différends en matière d'investissement, la précision apportée plus haut réduit considérablement certaines questions liées à l'investissement et au commerce. De plus, les pays membres peuvent également demander, comme pré-condition à l'arbitrage, l'épuisement des voies de recours juridiques et administratifs nationaux. Ce pré-requis pourrait contraindre la partie lésée à attendre des années avant de pouvoir accéder à l'arbitrage de l'UNASUR. Il pourrait donc être nécessaire de stipuler une période de temps raisonnable pour la conclusion des procédures nationales afin d'apporter certitude et sécurité aux parties au litige.

Le projet de règles de l'Équateur présente différentes caractéristiques intéressantes, comme par exemple :

1. Les parties doivent tout faire pour résoudre les différends par le biais de consultations (d'une durée maximale de 6 mois à partir de la date de la demande, à moins que les parties conviennent de les poursuivre) et/ou d'une médiation avant l'arbitrage (qui n'a pas de durée limitée).

2. Le processus d'élection et de récusation des arbitres doit répondre aux critiques faites à l'encontre du CIRDI dans ce domaine. Au titre du règlement du CIRDI, c'est le Président de la Banque mondiale qui est chargé de désigner un arbitre si une partie ne peut en choisir un, et de désigner l'arbitre président s'il n'y a pas d'accord entre les parties. Cette règle a été critiquée par certains

pays d'Amérique Latine au motif qu'elle compromet l'impartialité des procédures et génère des conflits d'intérêts. À l'inverse, dans les procédures de l'UNASUR, la direction générale de l'UNASUR désigne les arbitres par tirage au sort quand les parties ne peuvent choisir le leur ou qu'elles divergent au sujet de l'arbitre président. Concernant la récusation d'un arbitre, le CIRDI prévoit qu'un arbitre doit révéler tout intérêt, relation ou question pouvant affecter son indépendance au cours de la procédure. Le projet de règles de l'UNASUR va plus loin et inclut l'examen de la probabilité qu'un arbitre ait un état d'esprit ou une idée préconçue favorable à l'une des parties au différend.

3. Afin d'éviter les décisions et sentences incohérentes, le tribunal arbitral devra réunir au moins deux cas relatifs à des circonstances ou législations concernant la même mesure ou décision. En outre, le projet de règles prévoit un mécanisme d'appel permettant le réexamen, par un tribunal d'appel, d'une question de droit sur la base de précédents. L'objectif est d'apporter une jurisprudence cohérente et logique, donnant aux investisseurs et aux États une plus grande prévisibilité, qui fait actuellement défaut dans les procédures du CIRDI.

4. Concernant la transparence, les règles prévoient que toutes les procédures d'arbitrage devront être rendues publiques (notamment les documents, procès-verbaux, preuves, audiences et sentences), sauf celles relatives à la défense ou la sécurité des États et dans les cas particuliers définis conjointement par les parties. Ce projet de règle est cohérent avec le règlement d'arbitrage de l'ALENA.

5. Le projet de règles précise le seul cas où il sera possible de rejeter une sentence ou sa mise en œuvre, c'est-à-dire quand, conformément à la constitution ou la législation d'un pays d'accueil, le sujet du différend n'est pas arbitral ou va à l'encontre de la politique publique. Cette règle est similaire à celle de la Convention de New York de 1958 et à la plupart des règlements d'arbitrage internationaux. Elle diffère toutefois du règlement du CIRDI, selon lequel les États ne peuvent invoquer la politique publique pour rejeter la mise en œuvre d'une sentence du CIRDI (article 53 de la Convention du CIRDI). Même si cette règle différencie généralement le CIRDI des autres centres d'arbitrage, il faut noter qu'elle ne signifie pas que les investisseurs obtiennent l'application automatique de la sentence dans le système du CIRDI, car il existe une réserve dans les règles relatives à l'immunité. Au titre de l'article 55 de la Convention du CIRDI, après la prononciation d'une sentence contre un État, un investisseur doit en effet entamer une procédure formelle d'application qui relève de la législation nationale du pays d'application.

6. Le centre d'arbitrage de l'UNASUR sera mis en œuvre par étapes. Au début, celui-ci sera réservé aux pays membres de l'UNASUR. Ensuite, les services du centre seront ouverts aux pays d'Amérique centrale et des Caraïbes, et finalement, à tous les pays désireux d'y faire appel. Ce processus progressif de mise en œuvre facilitera le développement stable du centre.

plupart des préoccupations formulées par les pays d'Amérique Latine à l'encontre du CIRDI. Il faut aussi noter l'influence du système de règlement des différends de l'OMC pour ce qui est de la consultation, du tribunal d'appel et du respect de la sentence.

### Chances de succès

Comme le mentionne Martín Doe Rodríguez, le Conseiller de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, la proposition équatorienne a toutes les chances de réussir car les pays membres de l'UNASUR ont une volonté commune d'établir un centre d'arbitrage<sup>10</sup>.

Toutefois, il sera essentiel pour le succès du projet de centre de garantir en pratique l'indépendance et l'impartialité des arbitres ainsi que leurs hautes qualifications universitaires et professionnelles. En outre, il est important d'assouplir les limites de la juridiction du centre d'arbitrage et de fixer une durée maximale pour l'obligation d'épuiser les recours juridiques nationaux.

### Auteurs

Silvia Karina Fiezzoni a un doctorat en Droit international de l'Université maritime de Dalian. Elle est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Buenos Aires en Argentine et professeure invitée de l'Institut national des hautes-études (IAEN) en Équateur. Cet article s'appuie sur une version plus longue intitulée « The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration », publiée dans le *Beijing Law Review*, 2011, 2, 134-144.

### Notes

1 Marry H. Mourra, note de conclusion, dans : M. H. Mourra, Ed., *Latin American Investment Treaty Arbitration. The Controversies and Conflicts*, Kluwer Law International BV, 1ère édition, Pays-Bas, 2008, p. 196.

2 Ministério das Relações Exteriores, Brasil ratificó creación de UNASUR, 16 juillet 2011. <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/selecao-diaria-de-noticias/midia-internacional/italia/agencia-ansa/2011/07/16/brasil-ratifico-creacion-de-unasur>

3 Centre international de règlement des différends en matière d'investissement, "Recherche dans les affaires du CIRDI", 2011. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases>

4 UNASUR, Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas. <http://www.pptunasur.com/downloads/tratado-constitutivo-UNASUR.pdf>

5 ICSID Lawyers, Union of South American Nation – UNASUR, <http://www.icsidlawyers.com/UNASURarbitration>

6 Katia F. Gómez, *Latin America and ICSID: David versus Goliath?*, papier de recherche, Université de Saragosse, Saragosse, 2010, pp. 40-41. [http://aragosaurus.academia.edu/katiafachgomez/Papers/858321/Latin\\_America\\_and\\_ICSID\\_David\\_versus\\_Goliath](http://aragosaurus.academia.edu/katiafachgomez/Papers/858321/Latin_America_and_ICSID_David_versus_Goliath)

7 El ciudadano.gov.ec., Sistema de Solución de Controversias inicia su proceso, 3 décembre 2011. [http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=19256:sistema-de-solucion-de-controversias-inicia-su-proceso&catid=1:actualidad&Itemid=42](http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=19256:sistema-de-solucion-de-controversias-inicia-su-proceso&catid=1:actualidad&Itemid=42)

8 Noticiero Legal, Comisión de UNASUR alista Centro de Arbitraje Regional, 20 juin 2011. [http://www.noticierolegal.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8180:comision-de-unasur-alista-centro-de-arbitraje-regional&catid=35:unasur&Itemid=38](http://www.noticierolegal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=8180:comision-de-unasur-alista-centro-de-arbitraje-regional&catid=35:unasur&Itemid=38)

9 Ceci exclurait par exemple la loi d'urgence économique argentine, adoptée au beau milieu de sa crise financière, et qui a conduit à de nombreux cas contre l'Argentine auprès du CIRDI.

10 Andina, Expertos aseguran que corte de arbitraje desde la UNASUR es viable, 6 octobre 2011. <http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-expertos-aseguran-corte-arbitraje-desde-unasur-es-viable-380915.aspx>

Il est important de noter que la proposition équatorienne améliore la transparence et la cohérence des décisions en établissant un mécanisme d'appel avec un système de précédents. Il satisfait la

# L'évolution des investissements dans l'Accord de partenariat trans-Pacifique

par Jane Kelsey

## article 3

Les partisans de l'Accord de partenariat trans-Pacifique (TPP) le décrivent comme « un accord de nouvelle génération du 21<sup>ème</sup> siècle » allant au-delà des limites des accords de libre-échange précédents. Cela laisse entrevoir d'importantes modifications du régime d'investissement présent dans les ALE et traités bilatéraux d'investissement (TBI) actuels.

D'aucuns spéculent sur la nature précise de ces changements. Le projet de texte et les documents de travail demeurent secrets, ce qui va à l'encontre de la tendance à la divulgation des textes et documents de travail au cours des négociations du cycle de Doha, de l'Accord commercial anti-contrefaçon, et de la Zone de libre-échange des Amériques au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les neuf pays participants avaient en effet convenu de ne révéler aucun document de travail avant quatre ans après l'entrée en vigueur de l'accord ou l'échec des négociations.

Dans ce qui sera plus un investissement qu'un accord commercial, le chapitre sur l'investissement lui-même semble raisonnablement prévisible. Afin de fournir la référence d'un document relatif à l'investissement présenté au forum des « parties prenantes » lors du cycle de négociation de Santiago du Chili en février 2011, un texte composite comportant des crochets a été préparé en utilisant les chapitres sur l'investissement des ALE existants entre les pays aux négociations TPP.

Depuis lors, quelques nouveautés du projet d'accord ont été clarifiées, largement grâce aux textes ayant fait l'objet de fuites. Il semblerait que la nature « nouvelle génération du 21<sup>ème</sup> siècle » du TPP réside dans le jeu complexe de règles et obligations relatives aux investissements, services financiers, transferts, à la transparence, la cohérence réglementaire, la concurrence, les entreprises d'État, les marchés publics, la propriété intellectuelle, la clause de la nation la plus favorisée, les disciplines sectorielles, les chaînes d'approvisionnement et plus encore.

Ces négociations remontent à l'Accord stratégique trans-Pacifique de Partenariat économique conclu entre quatre pays, Brunei, le Chili, la Nouvelle Zélande et Singapour en 2006, familièrement appelé le P4. Les services financiers et l'investissement ont été mis de côté pendant plusieurs années. Le Président George W. Bush a fait entrer les États-Unis dans ces négociations en 2008, au commencement de la crise financière mondiale. Ces cycles de négociations ont produit des projets de textes basés sur l'ALE américain modèle.

Les négociations pour le Partenariat trans-Pacifique ont débuté lorsque les États-Unis, puis l'Australie, le Pérou, le Viet Nam et la Malaisie ont déclaré vouloir faire partie du P4. Après quelques temps, l'administration Obama a confirmé la participation des États-Unis. En réalité, le TPP est un accord États-Unis + 8. Pas seulement parce que les États-Unis sont économiquement dominants dans cet accord à la portée commerciale plus limitée qu'un ALE classique, compte tenu du réseau étendu d'accords entre les parties, ou parce que le congrès américain dispose d'un réel droit de veto sur les accords commerciaux. Le plan d'action sous-jacent, confirmé lors de la réunion de novembre de la CAEP à Honolulu, consiste à utiliser le TPP comme l'élément économique de la stratégie géographique « America's Pacific Century » des États-Unis, en plus d'une présence militaire accrue, afin de contrecarrer la Chine dans la région Asie-Pacifique.

Neuf cycles complets de négociation ont été organisés depuis mars 2010. La date limite originale fixée pour la conclusion des négociations était novembre 2011, lors de la réunion des dirigeants de la CAEP à Honolulu. Même si le communiqué commun émis par les parties à la CAEP ne fixait aucune nouvelle date limite, l'objectif officiel est la présentation d'un texte juridique consensuel lors de la réunion des ministres

CAEP du commerce en Russie à la mi-2012, ainsi que la conclusion des calendriers d'engagement d'ici à la fin de cette même année. Le Japon, le Canada et le Mexique, qui ont indiqué vouloir se joindre aux négociations, suivent une voie parallèle en convaincant toutes les parties qu'elles parviendront à satisfaire la « norme d'excellence » fixée pour l'accord.

Quelles sont les conséquences possibles pour le droit des investissements ? Le projet de chapitre sur l'investissement est quasiment terminé. En général, il est similaire au TBI modèle de 2004 des États-Unis, mais inclut d'importantes parties entre crochets.

Différentes questions ont été soulevées. Il n'existe apparemment pas de flexibilités spéciales pour les pays en développement. L'accent sur les engagements en matière d'accès au marché, de traitement national et de NPF pour les investisseurs et les investissements, engagements réalisés sur la base de listes négatives, se révèle déjà être un problème pour la Malaisie et le Viet Nam. Ceci va à l'encontre de l'approche de l'OMC en matière de commerce des services par exemple, qui ne libéralise que les secteurs listés comme positifs dans le calendrier des engagements. En outre, ces exclusions n'offrent aucune protection contre les réclamations pour expropriation ou non-respect de la norme minimale de traitement, ou contre les disciplines en matière de transparence, réglementation nationale ou de concurrence. Le texte concernant les entreprises d'État, initié par les États-Unis, est conçu pour offrir de nouvelles opportunités et protections aux entreprises étrangères, notamment dans les pays en développement. Si d'autres membres de la CAEP à faible revenu se joignaient à l'accord, les conséquences sur le développement seraient très importantes et surpasseraient de loin les obligations en matière d'investissement que ces pays ont rejeté dans le cadre de l'OMC.

Le mécanisme de règlement des différends investisseur-État (RDIE) est également controversé. L'Australie a exclu le RDIE de l'ALE États-Unis-Australie de 2004. Sa volonté s'est encore renforcée à la suite des actions récentes du géant américain du tabac Philip Morris International (PMI) visant à faire invalider la législation australienne sur l'emballage simple des produits du tabac, actions prises au titre du TBI Australie-Hong-Kong. L'Australie a maintenant déclaré officiellement qu'elle n'accepterait plus aucune disposition en matière de règlement des différends investisseur-État dans ses ALE. Un accord excluant l'Australie ou les parties « industrialisées » sera difficile à vendre aux autres. Le gouvernement de gauche du Pérou récemment élu subit des pressions pour l'obtention d'une telle exemption après que le groupe Renco ait formulé une réclamation au titre de l'ALE Pérou-États-Unis concernant son incapacité à assainir une fonderie hautement polluante à La Oroya, au Pérou. Le traitement différencié dans le RDIE pourrait également offrir la possibilité de demander des exceptions pour d'autres parties du TPP, sapant ainsi son ambition d'excellence. Exiger l'épuisement des recours nationaux, qui ne se trouve pas dans les ALE américains récents, pourrait répondre à certaines préoccupations mais ne résoudrait pas le problème compte tenu de la possibilité de choisir son TBI. Un pays pourrait faire face, simultanément, à des cas impliquant un arbitrage en matière d'investissement au titre d'un TBI non-TPP et un litige national au titre du TPP. Par exemple, l'Australie connaît actuellement une telle situation car PMI la poursuit au titre du TBI Australie-Hong-Kong, et la compagnie British American Tobacco dans ses tribunaux nationaux.

La controverse relative au règlement des différends a des retombées sur les mouvements visant à inclure des dispositions en matière d'expropriation, sur la norme minimale de traitement et le traitement juste et équitable. Il existe d'importantes différences dans les annexes



interprétatives relatives à l'expropriation des différents ALE des parties. La version américaine exige un examen des demandes d'expropriation au cas par cas et basé sur les faits. Le premier facteur examiné est l'impact économique de l'action de l'État sur l'investisseur, mais l'impact négatif seul n'est pas déterminant. Les autres facteurs sont le degré d'interférence de l'action en question avec des attentes distinctes fondées sur l'investissement, ainsi que la nature de l'action gouvernementale. L'Accord d'investissement ASEAN et l'ALE ASEAN-Australie-Nouvelle Zélande, auxquels six des neuf pays aux négociations sont parties, sont plus strictes. Un examen des demandes au cas par cas doit déterminer si l'action viole les engagements écrits contraignants pris précédemment par le gouvernement envers l'investisseur, étudier le but du gouvernement, et appliquer un critère de proportionnalité à l'objectif public.

Les deux versions excluent les actions réglementaires non-discriminatoires visant à satisfaire des « objectifs légitimes d'intérêt public » de la portée de l'expropriation indirecte. La liste indicative non-exhaustive mentionne la santé publique, la sécurité publique ainsi que l'environnement, mais pas l'instabilité financière ou économique. Toutefois, les ALE américains et plusieurs autres signés par les parties au TPP font référence à ces possibilités d'exception par l'expression vague « sauf dans de rares circonstances ».

Les ALE des parties varient également sensiblement au sujet de la norme minimale de traitement et du traitement juste et équitable, et de sa relation vis-à-vis du droit coutumier international. Par exemple, les États-Unis conditionnent la disposition relative à la norme minimale de traitement à la norme du droit coutumier international afin de restreindre les interprétations trop larges (bien que la norme du droit international laisse la possibilité d'interprétations larges au cours d'arbitrage). On rapporte que certains pays auraient insisté pour obtenir des exceptions plus importantes dans le TPP, mais sans fuite d'informations, il est impossible de savoir si les États-Unis sont disposés à ajuster leurs conditions types.

Un autre point de tension porte sur l'obligation classique contenue dans les ALE américains et visant à garantir les transferts et paiements sans limites, même en cas de situations urgentes de la balance des paiements du pays d'accueil. Le renouveau des contrôles de capital, notamment parmi différents pays de la CAEP, et validés par le Fonds monétaire international, démontre le danger lié au blocage dans une orthodoxie en déclin. Que l'exception d'ordre prudentiel controversée soit révisée ou non, elle ne s'applique normalement pas aux transferts. L'obligation générale et l'absence d'exception relative à la balance des paiements ont été abordées lors des négociations, mais le résultat de ces discussions demeure inconnu.

Les fuites répétées montrent que les investisseurs étrangers dans les industries liées aux technologies et dans les services, ainsi que les détenteurs de droit de propriété intellectuelle, obtiendraient des droits directement applicables si les dispositions plus strictes en matière de brevets et droits d'auteur proposées par les États-Unis sont acceptées. De nombreux pays s'y opposent.

L'accord devrait permettre aux investisseurs d'utiliser les conditions les plus avantageuses, celles du TPP ou celles de l'accord bilatéral signé par les parties. Les conclusions des discussions sur ces questions auront bien sûr plus d'importance pour les pays n'étant pas déjà largement engagés avec leurs partenaires aux négociations. Par exemple, le chapitre du TPP sur l'investissement aura beaucoup plus d'impact sur la Nouvelle Zélande et la Malaisie, qui n'ont pas signé de traité d'investissement ou d'ALE avec les États-Unis, et pour l'Australie, qui exclut le règlement des différends investisseur-État d'un ALE avec les États-Unis.

Quels nouveaux droits et protections pour l'investisseur pourraient apparaître dans d'autres parties du TPP ? Les textes divulgués relatifs à la transparence et à la cohérence réglementaire suggèrent que les intérêts commerciaux étrangers pourraient disposer de moyens supplémentaires pour exiger une participation privilégiée aux décisions réglementaires « après la frontière ».

Le texte relatif à la transparence des technologies médicales ayant fait l'objet de fuites et très contesté, propose des mécanismes permettant aux producteurs de biens pharmaceutiques et médicaux d'influencer les processus législatifs nationaux. Un chapitre plus large sur la transparence devrait exiger la divulgation des critères et données, la possibilité pour les parties intéressées de formuler des commentaires préalables et pour les régulateurs d'y répondre, des explications relatives aux décisions finales, ainsi qu'un accès aux procédures d'examen ou d'appel. Ce projet de texte, au contraire, ne devrait donner du pouvoir qu'aux seuls acteurs commerciaux intéressés, tandis que les groupes d'intérêt public ayant éventuellement des opinions opposées n'auraient pas de droits d'accès équivalents.

Le chapitre sur la cohérence réglementaire s'appuie largement sur le travail de la CAEP et de l'OCDE. Toutes les parties seront tenues d'adopter un processus centralisé, préférablement à travers un organisme, visant à coordonner le développement des « mesures réglementaires couvertes » par l'accord, mesures qu'il reste à définir. Une « caractéristique commune » vise à faire progresser les disciplines dans le chapitre sur la transparence ; une autre cherche à promouvoir une « réforme réglementaire systématique ». En vue d'adopter de bonnes pratiques réglementaires, les États sont tenus de mener des évaluations de l'impact réglementaire incluant l'évaluation des bénéfices nets et des effets distributifs, ainsi que l'examen d'alternatives moins lourdes, fournissant des munitions pour les réclamations basées sur les critères de « nécessité » ou de « proportionnalité » d'autres chapitres. Ces processus doivent interagir avec des règles strictes, tels que des chapitres sectoriels sur les télécommunications, les services financiers ou la distribution par exprès, ou avec des règles de procédures régissant les obstacles techniques au commerce, les entreprises d'État ou la concurrence.

Le chapitre sur la cohérence réglementaire relève des décisions réglementaires nationales et des choix de l'État, et non pas de la convergence des parties, même si les déclarations des États-Unis ont tendance à mêler les deux. Les parties au TPP conviennent de promouvoir une collaboration réussie entre elles-mêmes et leurs « parties prenantes » respectives. Ceci sera supervisé par un Comité sur la cohérence réglementaire qui devra mettre en place des mécanismes visant à garantir des opportunités significatives pour les « personnes intéressées » d'apporter leur point de vue au sujet d'approches visant au renforcement de la cohérence réglementaire à travers l'accord. En réalité, seules les entités dotées des ressources financières et organisationnelles, des connaissances et des relations et autorisations de participer seront à cette table, ce qui représente un moyen pour les entreprises et groupes de pression d'appuyer leur désir de déréglementation dans le futur.

Si elle est adoptée, cette combinaison d'opportunités garanties de participer et de recevoir des informations détaillées dans un cadre juridique de règles résolution pro-marché devrait fournir aux grandes entreprises la possibilité d'influencer les décisions réglementaires nationales et des mécanismes permettant de développer la déréglementation au niveau du TPP. En élevant le niveau des engagements en matière de règles sur la « transparence » et la « cohérence réglementaire », le TPP renforcera probablement le pouvoir des investisseurs à l'heure de remettre en question les réglementations nationales des États, notamment pour cause d'expropriation indirecte ou de violation des normes minimales de traitement et du traitement juste et équitable.

#### Auteur

Jane Kelsey est doyenne associée (recherche) de la Faculté de droit de l'Université d'Auckland, en Nouvelle Zélande.

#### Informations Complémentaires

Jane Kelsey (ed) *No Ordinary Deal. Unmasking the Trans-Pacific Partnership Free Trade Agreement*, Bridget Williams Books, Wellington NZ, Allen & Unwin, Sydney Australie, 2010

Pour les différents documents et analyse de référence de l'article, voir [http://web.me.com/jane\\_kelsey/Jane/TPPA.html](http://web.me.com/jane_kelsey/Jane/TPPA.html) ; <http://www.citizen.org/Page.aspx?pid=3129>; et <http://aftinet.org.au/cms/trans-pacific-partnership-agreement/trans-pacific-partnership-agreement>

# Les Pays-Bas: Une porte d'entrée au treaty shopping pour la protection des investissements

par Roeline Knottnerus et Roos van Os

## article 4



Il est avéré que de nombreuses entreprises transnationales choisissent la juridiction des Pays-Bas pour leurs opérations internationales de commerce et d'investissement, notamment grâce au régime fiscal favorable du pays, qui facilite les stratégies d'évasion fiscale des entreprises<sup>1</sup>. Un nouveau rapport du Centre de recherche sur les entreprises multinationales (SOMO) intitulé « Traités bilatéraux d'investissement des Pays-Bas – Porte d'accès au treaty shopping pour la protection des investissements réalisés par les entreprises multinationales »<sup>2</sup> souligne le rôle – jusqu'à présent inexploré – joué par la politique néerlandaise en matière de protection des investissements dans les décisions des entreprises multinationales quant à leur lieu d'installation ; le rapport étudie également les risques associés aux importantes protections des investissements offertes au titre des traités bilatéraux d'investissement (TBI) néerlandais. Le rapport conclut qu'une majorité d'entreprises tirant parti des généreuses protections offertes aux investissements par les TBI néerlandais sont des « sociétés écran » qui n'ont aucun employé et pas de réelle activité économique aux Pays-Bas.

### La protection des investissements « à la hollandaise »

Les Pays-Bas gardent l'un des réseaux de TBI les plus généreux du monde. Les TBI néerlandais, dont 95 sont actuellement en vigueur, se caractérisent par l'utilisation de formulations et de définitions juridiques très larges. Les TBI néerlandais ignorent les récentes et croissantes révélations démontrant qu'une trop grande protection des investissements encourage le « treaty shopping » – c'est-à-dire réaliser des investissements par le biais de pays tiers afin de bénéficier de la protection de traités d'investissement auquel l'investisseur n'aurait pu prétendre dans la juridiction de son pays de résidence. Alors que d'autres pays ont commencé à réviser et moderniser leurs TBI, les Pays-Bas continuent de se vanter de leurs généreuses protections, formulées de manière vague, et mal définies. Le pays insiste même auprès de l'UE pour que ses normes deviennent le point de référence de la future politique commune d'investissement de l'Union européenne. Le gouvernement néerlandais soutient que ses incitations à l'installation des entreprises contribuent au renforcement d'un climat propice aux affaires et à l'attrait d'investisseurs étrangers, ce qui apporte un élan

substantiel à la croissance économique et à l'emploi dans le pays.

Toutefois, le nouveau rapport du SOMO s'inquiète du fait que la politique fiscale et d'investissement néerlandaise ait contribué à attirer quelques 20 000 entreprises fictives. Si ces sociétés écran se sont d'abord installées aux Pays-Bas pour tirer parti des possibilités d'évasion fiscale, nombre d'entre elles profitent également des importantes protections des investissements offertes par les TBI néerlandais pour poursuivre non seulement des pays tiers, mais parfois même leur propre pays au titre des dispositions en matière de règlement des différends investisseur-État. Le gouvernement néerlandais ne considère pas l'utilisation perverse de son réseau de TBI comme problématique. En effet, lors d'un débat parlementaire sur les TBI et les accords de libre-échange en 2011, le secrétaire néerlandais au commerce, M. Henk Bleker, a confirmé que les dispositions des TBI néerlandais devaient s'appliquer à tous les investisseurs enregistrés aux Pays-Bas, y compris aux simples sociétés fictives<sup>3</sup>.

### Examen des cas d'arbitrage néerlandais

Nous avons étudié les 41 cas d'arbitrage en matière d'investissement connus et lancés au titre d'un TBI néerlandais. À l'image du réseau étendu de TBI néerlandais, ces 41 cas représentent un peu plus de 10 % des 400 cas connus dans le monde. Ces affaires se déroulent quasiment toujours derrière des portes closes. Les informations concernant les sentences sont rarement rendues publiques, et il se peut que des cas n'aient même jamais été divulgués<sup>4</sup>.

Notre recherche montre que la majorité (29) des investisseurs demandant un arbitrage au titre d'un traité d'investissement néerlandais étaient étrangers (c'est-à-dire que la maison mère n'est pas basée aux Pays-Bas), alors que 25 des demandeurs sont en fait des sociétés écran qui se sont installées dans la juridiction des Pays-Bas dans le seul but de profiter des généreuses concessions fiscales et protections des investissements néerlandaises. Les définitions contenues dans les TBI néerlandais ne fixent que quelques critères limités pour les « ressortissants d'un pays » et les « investisseurs ». L'établissement de « structures spécifiques » par des tiers ayant pour unique objectif d'utiliser les protections des TBI néerlandais pour poursuivre des États souverains devient alors un jeu d'enfant. D'après les recherches du SOMO, les mécanismes de règlement des différends investisseur-État inclus dans les TBI néerlandais ont déjà entraîné des réclamations de la part d'entreprises multinationales pour un montant de 100 milliards USD contre des gouvernements de pays d'accueil, pour préjudice allégué à la rentabilité de leurs investissements. Les sentences peuvent concerner des centaines de millions de dollars, et donc avoir un impact sérieux sur les budgets publics.

### Un jeu très risqué

Le SOMO remarque que de telles sentences prohibitives renforcent la menace latente des entreprises contestant

une nouvelle législation – même si celle-ci est clairement adoptée à des fins publiques, et les risques d'entrer dans une période de « gel réglementaire ». Avec leurs budgets limités, les pays en développement sont particulièrement vulnérables, mais au vu du pouvoir croissant des entreprises multinationales, même les pays industrialisés ne peuvent continuer de se croire à l'abri. En effet, les pays développés, notamment les Pays-Bas et d'autres États membres européens, sont des destinations de plus en plus prisées par les investisseurs des économies émergentes telles que l'Inde, la Chine et le Brésil. Si les Pays-Bas continuent de se faire les champions des « niveaux élevés de protection des investissements » à travers des garanties de l'investisseur amples et vagues, le pays ne semble pas ou peu conscient que ces dispositions pourraient également se retourner contre lui. Que les Pays-Bas n'aient pas été, à ce jour, impliqués comme défendeurs dans un cas d'arbitrage en matière d'investissement ne signifie pas qu'ils seront épargnés dans le futur.

### Des déséquilibres ignorés

Depuis les années 1990, la prise de conscience croissante des déséquilibres existants dans le droit international des investissements, entre les intérêts de l'investissement et des investisseurs d'une part, et le pouvoir réglementaire des pays d'accueil et leurs objectifs de politique (publique) non-économique d'autre part, a entraîné le développement d'une nouvelle génération d'accords de protection des investissements. Ces TBI ont tendance à aborder toute une série de questions allant au-delà des préoccupations purement économiques, et incluent, entre autres, la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement, ainsi que la promotion des droits du travail reconnus à l'échelon international. Leurs définitions de l'investissement sont plus strictes et précises afin d'éviter les pratiques abusives permettant de couvrir des actifs contre la volonté des parties à l'accord, ainsi que des procédures de règlement des différends investisseur-État plus transparentes. Cette nouvelle approche s'est accélérée quand d'importants pays exportateurs de capitaux tels que les États-Unis et le Canada ont commencé à être poursuivis par des investisseurs étrangers au titre de leurs propres accords d'investissement. Les risques associés à la protection des TBI et aux poursuites ont amené l'Afrique du Sud à réviser tous ses TBI, alors que le Brésil, le plus important bénéficiaire d'investissement direct à l'étranger d'Amérique du Sud, n'a jamais ratifié de TBI.

Cette conscience accrue des risques associés aux TBI, qui garantissent la protection des investissements sans mentionner la responsabilité des gouvernements de protéger également l'intérêt public, a largement épargné les Pays-Bas. Le pays rejette en outre toute responsabilité pour les effets négatifs du *treaty shopping* facilité par son approche très large des TBI.

Bien que les Pays-Bas aient adopté un nouveau TBI modèle en 2004, son format ne présente aucune tentative de limiter la définition de l'investissement, mais continue de s'appuyer sur un critère large basé sur les actifs. Le modèle n'exige pas non plus une présence substantielle des investisseurs dans le pays pour qu'ils soient éligibles

à la protection de leur investissement. Les obligations des investisseurs ne sont pas ou peu mentionnées, et le texte relatif au développement durable et à la protection sociale et environnementale est limité au préambule, qui n'est pas contraignant. Aussi, le TBI néerlandais modèle protège tous les investissements, qu'ils soient importants ou non, pérennes ou non, qu'ils contribuent ou pas au développement économique du pays d'accueil, et qu'ils respectent, ou non, la législation du pays d'accueil. À l'exception de quelques uns, presque tous les TBI conclus par les Pays-Bas suivent cette large approche.

Dans l'UE, alors que le Traité de Lisbonne de 2009 prévoit le développement d'une politique commune d'investissement européenne, les Pays-Bas se sont déjà positionnés comme opposés à tout rééquilibrage des droits et obligations des investisseurs. Au niveau européen, en tant que membre actif du groupe appelé *Friends of Investment*, les Pays-Bas ont contribué à faire accepter à la Commission européenne des mandats de négociation de chapitres d'investissements dans les ALE de l'UE qui continuent de maintenir les « niveaux les plus élevés possibles de protection des investissements »<sup>5</sup>, ignorant le souhait du Parlement européen, qui avait demandé que les nouveaux accords d'investissements de l'UE abordent également les obligations des investisseurs, telles que le respect des droits de l'homme et des normes anti-corruption.

### Les tribunaux sont liés par les traités

Certains tribunaux arbitraux ont manifesté leur préoccupation quant au *treaty shopping* et aux dangers que les litiges d'investissements posent au pouvoir de régler de l'État<sup>6</sup>. Toutefois, ils ont également reconnu que si certains TBI étaient parfois utilisés de manière moralement douteuse, ils se considèrent liés par les larges définitions adoptées par les signataires des TBI.

Dans le cas de *Saluka Investment BV v. la République Tchèque*, le tribunal a exprimé « une certaine sympathie en faveur de l'argument selon lequel une entreprise n'ayant pas de réels liens avec un État partie à un TBI, et n'étant en réalité qu'une simple société écran contrôlée par une autre entreprise constituée sous les lois d'un autre État, ne devrait pas pouvoir invoquer les dispositions de ce traité ». Le tribunal s'inquiète qu'une « telle possibilité conduit à des abus lors de la procédure arbitrale, et à des pratiques de *treaty shopping* qui partagent bien des désavantages de la pratique fort critiquée consistant à rechercher le tribunal le plus favorable (*forum shopping*) »<sup>7</sup>. Cependant, le tribunal a maintenu sa position de baser sa décision sur les dispositions du traité, et de ne pas imposer une définition de « l'investisseur » plus stricte que celle adoptée par les États parties à l'accord<sup>8</sup>.

Dans *Mobil c. le Venezuela* – un litige basé sur la nationalisation des projets pétroliers et gaziers par le gouvernement vénézuélien – le tribunal remarqua que Mobil avait restructuré son investissement aux Pays-Bas dans le seul but d'avoir accès à l'arbitrage du CIRDI<sup>9</sup> pour contester la nouvelle politique énergétique du Venezuela au titre du TBI Venezuela-Pays-Bas<sup>10</sup>. Le tribunal conclut



qu'il s'agissait « d'un objectif tout à fait légitime pour ce qui était des différends à venir »<sup>11</sup>. Il a toutefois fait exception à cette approche pour les litiges préexistants en affirmant que « la restructuration d'investissements dans le seul but de bénéficier de la juridiction d'un TBI constituerait [...] une manipulation abusive du système de protection internationale des investissements offert par la convention du CIRDI et les TBI »<sup>12</sup>.

### La nécessité d'un changement politique

L'analyse de cas des TBI néerlandais souligne la nécessité d'un rééquilibrage urgent du cadre de protection des investissements. Compte tenu des résultats de nos recherches, nous recommandons entre autres, une formulation sensiblement plus stricte des définitions et textes juridiques. Nous aimerions que les Pays-Bas, mais aussi tous les États membres de l'UE, reconnaissent que le règlement des différends investisseur-État basé sur des définitions larges des TBI peut représenter un danger pour le pouvoir de régler et la sauvegarde des biens et intérêts publics, et que ce risque n'est plus seulement limité aux seuls pays en développement, mais s'étend également et de plus en plus aux pays industrialisés.

Cela implique, concrètement que les Pays-Bas précisent leurs définitions de « l'investisseur » et de « l'investissement » dans les textes de leurs TBI. Les formulations juridiques étendant la protection aux investisseurs indirectement contrôlés et aux investissements spéculatifs devraient être évitées. En reconnaissant les problèmes inhérents au treaty shopping, les TBI néerlandais pourraient tirer parti de l'intégration d'un rejet clair des dispositions sur les bénéficiaires, qui permettent aux parties à l'accord de refuser la protection offerte par le traité aux entreprises contrôlées par des investisseurs d'une entité non-partie à l'accord et ne disposant pas d'activité commerciale substantielle dans le territoire du pays dans lequel elles sont constituées.

Entre-temps, les signataires de TBI néerlandais doivent être conscients que les investisseurs de monde entier peuvent les poursuivre au titre de ces TBI. Même si un État n'a pas négocié de traité d'investissement avec les États-Unis par exemple, un investisseur américain peut quand même poursuivre cet État en établissant son investissement dans un pays signataire d'un traité d'investissement avec les États-Unis. Cela signifie également que si un État a négocié des traités respectant le pouvoir de régler et les intérêts publics mais qu'il a également signé un traité néerlandais, les investisseurs peuvent, en faisant passer leur investissement par les Pays-Bas, poursuivre le premier État au titre du traité néerlandais plutôt qu'au titre des TBI conclus avec leur pays réel de résidence.

Nous espérons que grâce à notre rapport, les législateurs des Pays-Bas et de l'UE comprendront pourquoi il est impératif de réviser les cadres de protection des investissements – pas seulement en vertu d'une responsabilité morale envers les pays d'accueil de leurs investisseurs, mais également pour leurs propres intérêts. Les gains économiques de la présence des sociétés écran sont très limités pour les Pays-Bas, tandis que permettre

à ces entreprises de tirer profit des traités néerlandais pourrait affecter les relations du pays avec les pays d'accueil poursuivis par ces entreprises. En outre, les pays développés comme les Pays-Bas seraient bien mal avisés de croire qu'ils ne feront jamais face à un arbitrage financièrement invalidant, même si cela n'a pas été le cas jusqu'à présent. Ils sont vulnérables au titre des dispositions des TBI qu'ils ont eux-mêmes négocié à différentes époques, mais qui, dans un contexte mondial évoluant rapidement, les expose à des poursuites de la part des économies émergentes telles que la Chine et l'Inde, qui investissent de plus en plus à l'étranger.

La menace vient parfois de l'intérieur. Le cas du géant suédois de l'énergie Vattenfall, qui menace le gouvernement allemand d'une poursuite auprès du CIRDI pour un montant d'un milliard d'euro suite à la décision politique du pays de retirer l'énergie nucléaire<sup>13</sup>, ouvrira-t-il peut-être les yeux des législateurs. D'ici là, nous espérons pouvoir fournir des munitions supplémentaires pour faire avancer le débat concernant la norme de référence de la future politique commune d'investissement de l'UE.

### Auteurs

Roos van Os est chercheur au Centre de recherche sur les entreprises multinationales (SOMO). Roeline Knotnerus est consultante indépendante en matière de politique commerciale et d'investissement pour des organisations de la société civile.

### Notes

1 F. Weyzig et M. van Dijk, The Global Problem of Tax Havens: The Case of the Netherlands, SOMO, janvier 2007. Sur : [http://somo.nl/publications-en/Publication\\_3464/](http://somo.nl/publications-en/Publication_3464/)

2 R. van Os et R. Knotnerus, 'Dutch Bilateral Investment Treaties – A gateway to 'treaty shopping' for investment protection by multinational companies', octobre 2011. Disponible sur : [http://somo.nl/publications-en/Publication\\_3708](http://somo.nl/publications-en/Publication_3708)

3 Verslag van een algemeen overleg. Vastgesteld 24 mei 2011: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-2150102062.html?zoekcriteria=%3Fzkt%3DEenvoudig%26vrt%3D171&resultIndex=10&sorttype=1&sortorder=4>. Vu le 24 juin 2011.

4 L'augmentation du nombre d'arbitrages a suivi la même courbe que les accords de protection des investissements. Selon des chiffres de la CNUCED, le nombre de litiges investisseur-État est passé de 6 cas connus en 1995 à 390 à la fin 2010. CNUCED, Derniers développements en matière de règlement des différends entre investisseur et État (2011), note de recherche All, n° 1.

5 Voir le texte des mandats de négociation, Texte des mandats approuvés par le Conseil Affaires générales, pour les chapitres relatifs à la protection des investissements dans les accords de libre-échange de l'UE avec le Canada, l'Inde et Singapour, [www.s2bnetwork.org/themes/eu-investment-policy/eu-documents/text-of-the-mandates.html](http://www.s2bnetwork.org/themes/eu-investment-policy/eu-documents/text-of-the-mandates.html)

6 Il est à noter que les opinions des tribunaux diffèrent grandement. Leur sentences montrent que même s'ils adoptent parfois une position plus progressiste, ils ont en général tendance à rechercher les interprétations les plus larges possibles des dispositions des TBI.

7 Saluka Investments B.V. v. la République Tchèque, sentence partielle de la CNUDCI, 17 mars 2006, paras. 240-241

8 Ibid.

9 Le CIRDI est une institution internationale autonome établie au titre de la Convention sur le règlement des différends en matière d'investissement entre États et ressortissants d'autres États (La Convention du CIRDI ou de Washington) et compte plus de cent quarante États membres. Le CIRDI est considéré comme le principal organe d'arbitrage spécialisé dans le règlement des différends investisseur-État.

10 Mobil Corporation, Venezuela Holdings B.V. ; Mobil Cerro Negro Holdings, Ltd. ; Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc. ; Mobil Cerro Negro, Ltd. ; et Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. la République bolivarienne du Venezuela, décision relative à la juridiction, 10 juin 2010, affaire CIRDI n° ARB/07/27, para. 190.

11 Para 204 et voir aussi M. Skinner, C.A. Miles et S. Luttrell, "Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping" (2010) 3 JWELB 260

12 Para 205

13 'Vattenfall vs. Germany - Nuclear Phase-Out Faces Billion-Euro Lawsuit', Der Spiegel Online, 2 novembre 2011. Sur : <http://www.spiegel.de/international/germany/0,1518,795466,00.html> (vu le 23 novembre 2011).



# Nouvelles en bref

## Philip Morris fait une demande d'arbitrage relatif à la propriété intellectuelle contre l'Australie

L'entreprise de tabac Philip Morris a introduit une requête d'arbitrage le 21 novembre 2011, prétendant que la législation australienne sur les marques de cigarettes viole le traité d'investissement bilatéral Hong-Kong-Australie.

L'annonce est arrivée le jour même où le parlement australien a adopté la loi interdisant la plupart des éléments de marque sur les produits du tabac. Au titre de cette nouvelle loi, les emballages sont dépouillés de logos et d'éléments de marque, même si le nom de la marque de tabac peut demeurer sur le produit. La loi devrait entrer en vigueur en décembre 2012.

L'Australie est le premier pays au monde à mettre en œuvre une restriction si rigide sur les marques figurant sur les produits du tabac, même si d'autres pays envisagent des lois similaires.

Philip Morris a mis le gouvernement australien en alerte en juillet 2011 quand l'entreprise a émis une notice d'arbitrage, mettant ainsi en œuvre la période de trois mois exigée avant de pouvoir entamer une procédure d'arbitrage. Dans sa notice d'arbitrage, rendu public récemment conformément à une demande d'accès, Philip Morris prétend que la législation australienne sur l'emballage simple équivaut à une expropriation de son investissement en Australie.

« La propriété intellectuelle joue un rôle essentiel car elle permet de distinguer les produits de Philip Morris des produits de ses concurrents... Sans la marque, les produits de PML ne sont pas facilement différenciables des produits des concurrents par le consommateur ; aussi, la concurrence se basera principalement sur le prix », affirme Philip Morris.

L'entreprise de tabac précise que le TBI Hong-Kong-Australie « couvre un large éventail d'investissements », notamment « les droits d'auteurs, de brevets, les marques commerciales, les noms de marque, les dessins industriels, les secrets commerciaux, le savoir-faire et le fonds de commerce... ».

Philip Morris prétend également que les restrictions sur l'emballage du tabac vont à l'encontre des principes de l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur la propriété intellectuelle. Toutefois, contrairement aux protections offertes par le TBI Hong-Kong-Australie, qui permet à Philip Morris de poursuivre directement le gouvernement australien, le droit commercial international n'autorise que le règlement des différends entre gouvernements.

Par sa réclamation, Philip Morris cherche à obtenir l'abrogation de la législation, et affirme que les dommages monétaires pourraient représenter des milliards de dollars.

Le gouvernement australien a notamment annoncé en avril 2011 qu'il n'inclurait plus dans ses futurs accords internationaux, de dispositions permettant aux investisseurs de poursuivre les gouvernements dans un arbitrage international, une décision politique qui s'explique probablement en partie par les menaces de l'entreprise de tabac.

L'Australie affirme que le procès lancé par Philip Morris, ainsi que les mécontentements d'autres entreprises de tabac, sont un signe de l'efficacité de la législation sur l'emballage simple. « L'emballage simple signifie que le fait de fumer n'est plus glamour, et les cigarettes sont maintenant présentées pour ce qu'elles sont : des produits meurtriers qui détruisent des milliers de familles australiennes », a affirmé le Ministre australien de la santé, Nicola Louise Roxon.

Philip Morris prétend en revanche que la loi sera sans effets. L'entreprise affirme en effet que « la réduction probable des prix et le désir relatif de produits de tabac à bas prix et illicites montrent que la mesure est sans doute contre-productive ».

Philip Morris a également initié une demande d'arbitrage contre l'Uruguay au sujet de sa réglementation sur l'emballage des produits de tabac. Dans son affaire contre l'Uruguay, Philip Morris se base sur une prétendue violation du TBI Suisse-Uruguay.

## Les clivages continuent de freiner les avancées dans les négociations de la CNUDCI sur la transparence

Les efforts visant à rendre le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unis pour le droit commercial international (CNUDCI) plus favorable à la transparence se poursuivent.

Le groupe de travail en charge de la question de la transparence dans le règlement s'est réuni pour la troisième fois à Vienne en octobre 2011. Il a étudié différents projets de règlement reflétant les propositions formulées au cours des deux sessions précédentes, et s'est efforcé d'identifier les options que les États membres de la CNUDCI ne pourraient soutenir.

En général, la discussion sur les options s'est penchée sur deux domaines distincts mais liés : la question de l'applicabilité (quand les règles s'appliqueront) et la question du contenu (qu'imposeront les règles).

Ce travail remonte à plusieurs années. En 2008, la Commission a formellement « convenu par consensus de l'importance de garantir la transparence dans le règlement des différends investisseur-État »<sup>1</sup>. Elle a ensuite chargé un groupe de travail de développer une norme juridique cohérente avec la décision de la Commission sur la transparence.

Le groupe de travail, composé de pays membres et d'observateurs des pays membres et non-membres, a officiellement commencé ses travaux en octobre 2010, et s'est réuni au cours de trois sessions d'une semaine dédiées à ce thème. En juin 2011, afin d'aider à maintenir la dynamique et de soutenir les efforts du groupe de travail, la Commission « a réitéré son engagement » quant à l'importance de garantir la transparence dans les arbitrages investisseur-État<sup>2</sup>.

### *Applicabilité des règles sur la transparence*

La question de l'applicabilité est particulièrement importante en ce qui concerne l'impact que les nouvelles règles auront (ou pas) sur l'accroissement de la transparence dans les arbitrages investisseur-État.

Au cours de cette troisième session, quelques délégations ont exprimé leur souhait d'empêcher le nouveau règlement de la CNUDCI de s'appliquer aux différends futurs survenant au titre de traités existants, ce qui est significatif. Compte tenu qu'il existe actuellement environ 3 000 traités d'investissement, et que la plupart mentionnent le règlement d'arbitrage de la CNUDCI comme une option possible, une telle approche aurait pour effet d'empêcher tout changement réel par rapport à l'ancien règlement de la CNUDCI, rendant le nouveau règlement moins pertinent.

Plusieurs délégations se sont toutefois opposées à l'insertion d'une disposition limitant l'application des règles aux seuls traités futurs. Aux termes de cette approche, ce sont les tribunaux qui interprèteront le traité pour déterminer si le règlement s'appliquerait aux différends survenant au titre de traités existants.

Au final, le groupe de travail n'a pas pu résoudre la question de l'applicabilité aux traités existants et/ou futurs au cours de la session d'octobre 2011.

Les délégués se sont penchés sur un autre point de l'applicabilité : pour les futurs traités d'investissement, les parties seront-elles tenues d'adopter explicitement le nouveau règlement sur la transparence afin qu'il s'applique aussi à elles, ou une référence générale au règlement d'arbitrage de la CNUDCI sera-t-elle suffisante pour entraîner son application? Tout comme pour l'applicabilité aux traités existants et futurs, l'approche adoptée aura d'importantes conséquences pour la pertinence du règlement et sa capacité à accroître la transparence des arbitrages investisseur-État. Les délégations n'ont toutefois pas été capables de se mettre d'accord sur l'approche à retenir.

### *Le contenu du règlement*

Il semblait y avoir moins de désaccords, dans l'ensemble, au sujet du contenu. De nombreuses délégations ont plaidé pour une ouverture accrue de différents aspects des arbitrages investisseur-État.

Un consensus s'est notamment manifesté au sujet de la divulgation automatique de l'existence du différend (c'est-à-dire, le fait de révéler le début d'un arbitrage, l'identité des parties, le secteur économique concerné et le traité servant de base à la réclamation) ; la publication de différents documents présentés aux tribunaux arbitraux ; des sentences et décisions émises par les tribunaux ; et la participation d'amici curiae.

L'un des principaux points de contenu devant encore être déterminé est lié aux exceptions au règlement. Les délégations soutenaient en général le principe que les règles sur la transparence ne devaient pas exiger la divulgation d'informations « confidentielles » ou « sensibles ». Toutefois, les délégations ne se sont pas encore mises d'accord sur la définition de ces concepts, et n'ont pas encore déterminé si la divulgation d'informations pouvait être limitée pour d'autres raisons. Par exemple, une petite poignée de délégations souhaiterait permettre aux tribunaux de restreindre l'accès du public afin de protéger « l'intégrité des procédures ».

Pourtant, plusieurs délégués du groupe de travail ont exprimé leur préoccupation concernant ces exceptions, comme celles de « l'intégrité du processus », qui pourraient affaiblir ou noyer les règles sous-jacentes sur la transparence de manière inadéquate.

La portée des exceptions rejoindra probablement la question de l'applicabilité comme points clés des discussions au cours de la prochaine réunion du groupe de travail, prévu pour février 2012.

**Réclamations de la Corée au sujet d'une disposition relative à l'arbitrage investisseur-État de l'ALE États-Unis-Corée du Sud**  
L'Accord de libre-échange Corée du Sud-États-Unis (ALE KORUS), que les législateurs coréens ont ratifié le 22 novembre 2011, a soulevé des protestations en Corée du Sud au sujet de la disposition de l'accord relative à l'arbitrage investisseur-État.

D'abord négocié en 2007, l'accord est longtemps resté controversé en Corée du Sud, déclenchant une opposition véhémente chez les fermiers qui craignent l'importation de produits agricoles à bas coûts des États-Unis.

Plus récemment, les critiques se sont toutefois concentrées sur une disposition permettant aux investisseurs américains de poursuivre le gouvernement sud-coréen dans un arbitrage international pour violations alléguées de la norme de l'ALE relative à l'investissement (ou vice-versa, des réclamations d'investisseurs coréens contre les États-Unis).

Ces dispositions investisseur-État sont communes dans les traités d'investissement internationaux, notamment dans ceux négociés précédemment par la Corée du Sud. La disposition est pourtant fortement critiquée par les parlementaires de l'opposition et par les groupes de la société civile, qui craignent que les investisseurs américains n'aient un pouvoir important leur permettant de contester les politiques sociales et environnementales de la Corée.

Des dizaines de juges coréens se sont également exprimés contre les dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État. « Après examen des discussions concernant l'ALE, j'en conclus que l'accord devrait comporter de nombreuses clauses défavorables à la Corée et violer la souveraineté juridique de la nation » a affirmé le juge Kim Ha-neul du Tribunal du district d'Incheon, selon le Korean Times.

Le Président Lee Myung-bak's a proposé de renégocier la disposition relative au règlement des différends investisseur-État dans les trois mois suivant l'entrée en vigueur de l'ALE KORUS. Mais cette annonce n'a pas réussi à calmer les protestataires, qui ont poursuivi leur manifestation dans les jours suivant la ratification de l'accord.

L'accord a été ratifié après un vote surprise par le Grand parti national qui dirige le pays.

L'ALE KORUS a été ratifié en octobre par les États-Unis. Il s'agit de l'accord commercial et d'investissement le plus important des États-Unis depuis l'Accord de libre-échange nord-américain, et le deuxième plus important pour la Corée du Sud, après l'ALE avec l'Union européenne, qui date de 2009.

## Vattenfall envisagerait un arbitrage contre le retrait allemand du nucléaire

Selon la presse germanique, l'entreprise suédoise d'énergie Vattenfall envisage de déposer une réclamation contre l'Allemagne au titre du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE), en réponse à la décision allemande de sortir de l'énergie nucléaire.

En mai 2011, l'Allemagne a annoncé sa sortie progressive de l'énergie nucléaire d'ici à 2022. Six centrales ont fermé en 2011, et les neuf autres restantes fermeront au cours des dix années à venir.

La décision a été prise suite à la catastrophe nucléaire de Fukushima Daiichi au Japon, même si l'énergie nucléaire fait débat depuis longtemps en Allemagne.

Vattenfall affirme risquer de perdre 700 millions d'euros d'investissements réalisés dans les centrales nucléaires, basés selon elle sur sa conviction que la durée de vie des centrales serait étendue.

Si les entreprises allemandes d'énergie nucléaire contestent la décision dans les enceintes juridiques nationales, Vattenfall pourrait chercher à accéder à un arbitrage international à travers le TCE – un accord multilatéral qui gouverne les investissements réalisés dans le secteur de l'énergie. Le TCE contient des droits et des garanties pour les investisseurs, similaires à ceux contenus dans les traités bilatéraux d'investissement.

L'entreprise a déjà fait usage du TCE pour contester le gouvernement allemand. En avril 2009, Vattenfall avait en effet déposé une réclamation contre l'Allemagne pour contester des restrictions environnementales imposées par la ville de Hambourg contre une centrale au charbon. Vattenfall avait réclamé environ 1,4 milliards d'euros en dommages et intérêts. Le différend a été réglé le 11 mars 2011 par un accord selon lequel Vattenfall a obtenu, entre autres choses, un permis modifié de l'utilisation de l'eau. Aux termes de l'accord, l'entreprise a également été libérée de ses obligations précédentes de construire et de gérer un refroidisseur dans la centrale de Moorburg.

## Des investisseurs étrangers poursuivent l'Espagne suite à la hausse des tarifs de l'énergie solaire

Un groupe de 14 investisseurs étrangers ont communiqué à l'Espagne une notice d'arbitrage en réponse à la réduction des tarifs de l'énergie solaire.

L'avis, émis le 17 novembre, a été communiqué quelques jours avant que le parti socialiste espagnol, qui a adopté la hausse des tarifs, ne perde les élections. Le Parti Populaire de l'opposition, mené par Mariano Rajoy, a suivi la majorité.

Les demandeurs arguent qu'ils comptaient sur une législation assurant un prix minimum, qui garantissait des prix supérieurs à ceux du marché pour les énergies renouvelables injectées dans le réseau, au moment de réaliser leurs investissements. Les prix ont toutefois été réduits en 2010, au motif qu'ils étaient trop élevés. Au titre de la nouvelle législation, les producteurs d'électricité générée par l'énergie solaire peuvent vendre une certaine quantité d'électricité à un taux supérieur, et le reste au prix du marché.

« L'Espagne a incité nos clients à investir des milliards d'euros dans le secteur photovoltaïque et, après avoir perçu les bénéfices de cet investissement, le pays est tout simplement revenu sur sa part du contrat », a affirmé l'un des avocats des investisseurs.

La réclamation s'inscrit dans le cadre du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE). Il s'agit du deuxième cas rendu public au titre du TCE contre un gouvernement d'Europe occidentale. Comme mentionné précédemment, en 2009, l'entreprise européenne du secteur de l'énergie Vattenfall a présenté une demande contre le gouvernement allemand, après que la construction d'une centrale ait été bloquée pour raisons environnementales. Les gouvernements des pays de l'ex-URSS et d'Europe de l'Est font l'objet de la plupart des réclamations d'investisseurs au titre du TCE.

## Notes

1 Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-et-unième session, 16 juin -3 juillet 2008, para. 314.

2 Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-quatrième session, 27 juin-8 juillet 2011, para. 200.

# Sentences et décisions

## Un des arbitres critique vivement la décision de la majorité dans la réclamation d'obligataires italiens contre l'Argentine *Abaclat et autres* (anciennement affaire *Giovanna A Beccara et autres*) c. *la République d'Argentine*, affaire CIRDI n° Arb/07/15 **Damon Vis-Dunbar**

Le Professeur Georges Abi-Saab a présenté une dissension acerbe contre une décision accordant au CIRDI la compétence dans une affaire impliquant des dizaines de milliers d'Italiens prétendant posséder des titres liés aux obligations d'État argentines.

Dans son opinion du 28 octobre 2011, le Professeur Abi-Saab remet en question la décision adoptée par les Professeurs Pierre Tercier et Albert Jan van den Berg de reconnaître les obligations d'État argentines comme un investissement couvert par le TBI Argentine-Italie et la Convention du CIRDI. Il réplique également qu'un tribunal du CIRDI ne peut accepter compétence en matière de litiges de masse, sans le consentement de l'État partie.

Tout en construisant son opinion dissidente autour de ces deux points principaux, le Professeur Saab relève des erreurs dans de nombreux aspects de la décision de la majorité.

« L'une des principales raisons de ma gêne vis-à-vis de cette trop longue sentence, est qu'elle tourne autour des principaux points, et les noie dans un océan de détails, plutôt que de les étudier en profondeur », écrit le Professeur Abi-Saab.

*Les obligations d'État peuvent-elles être considérées comme un « investissement » ?*

Une question clé pour le tribunal de cette affaire consistait à savoir si les obligations d'État étaient reconnues comme un investissement au titre de la Convention du CIRDI. La réponse n'est pas simple car la Convention du CIRDI ne donne pas de définition d'un investissement, forçant ainsi certains tribunaux, comme celui de la majorité dans cette affaire, à s'appuyer sur les définitions des TBI.

Le Professeur Abi-Saab plaide pour exclure les obligations souveraines des investissements protégés. À son sens, l'absence de définition explicite de l'investissement dans la Convention du CIRDI ne signifie pas que l'on puisse utiliser n'importe quelle définition établie par un État dans ses traités.

Sur cette base, le Professeur Abi-Saab étudie le type d'investissements envisagés par la Convention du CIRDI, et conclut qu'il s'agit d'investissements qui « contribuent au développement économique du pays d'accueil, c.-à-d. à l'expansion de ses capacités productives... ».

Le Professeur Abi-Saab continue et affirme qu'un investissement direct à l'étranger est « le type d'investissement idéal aux fins du CIRDI ». S'il n'énonce pas clairement que les investissements financiers en portefeuille ne sont pas protégés par le CIRDI, il n'avance pas non plus qu'ils le sont.

Selon le Professeur Abi-Saab, ce qui pose problème avec les obligations d'État argentines dans cette affaire c'est qu'elles n'ont pas de lien territorial avec l'Argentine. Le Professeur Abi-Saab souligne que les obligations ont été vendues sur des marchés financiers en dehors de l'Argentine en monnaie étrangère, et à travers des intermédiaires d'autres pays, et soumises à des lois différentes de celles de l'Argentine. N'étant plus basées sur le territoire argentin, le Professeur Abi-Saab affirme que les obligations ne peuvent pas être considérées comme un investissement protégé au titre du TBI Argentine-Italie ou de la Convention du CIRDI.

En conclusion, le Professeur Abi-Saab plaide que la présente affaire est « la première à être présentée devant un tribunal du CIRDI dans laquelle l'investissement en question est indépendant et dissocié, sans liens, éloigné de tout projet, entreprise ou activité économique sous-jacent, dans le territoire du pays d'accueil. Aucun des raccourcis logiques mis en avant par la décision de la majorité pour palier cette absence n'est valable ».

## *Litiges de masse*

Pour sa défense, l'Argentine argua que les litiges de masse n'étaient pas compatibles avec le système d'arbitrage du CIRDI. Toutefois la majorité minimisa les différences liées au fait d'avoir des milliers de demandeurs. Comme l'a expliqué la majorité, « en supposant que le tribunal a compétence sur les réclamations de plusieurs demandeurs individuels, il est difficile de concevoir pourquoi et comment le tribunal pourrait perdre compétence dans le cas où le nombre de demandeurs serait supérieur à un certain seuil ».

Le Professeur Abi-Saab remet cette position en question. À son sens, il existe des différences fondamentales entre une action bilatérale et un litige de masse (ou une procédure représentative), et ces différences exigent le consentement spécial de l'État partie au traité.

Afin de soutenir sa position, le Professeur Abi-Saab remarque que les procédures représentatives ont été introduites, pour la plupart, dans les juridictions nationales ou internationales au moment où la Convention du CIRDI a été rédigée. Il souligne également que presque tous les litiges de masse jugés au niveau international se basaient sur le consentement spécial entre les parties, et selon des règles de procédures conçues spécialement.

Ceci, écrit le Professeur Abi-Saab, est « en contradiction évidente avec la décision de la majorité de cette affaire ».

Le Professeur Abi-Saab conteste également l'avis de la majorité selon lequel le règlement du CIRDI pourrait convenir aux litiges de masse sans qu'il ne soit « amendé », mais à travers une « adaptation » des règles et un « comblement des lacunes ».

Il s'agit d'une distinction « extraordinaire » et « déroutante », selon le Professeur Abi-Saab. Il contrecarre en affirmant qu'« aucun sophisme, jeu de mots ou nouvelle formulation ne peut cacher le fait que les adaptations proposées divergent des procédures habituelles du CIRDI... » et que l'affaire ne relève donc pas de la compétence du tribunal.

## *Exigence de procédure nationale*

Le Professeur Abi-Saab critique également la décision de la majorité d'autoriser les demandeurs à contourner l'exigence inscrite dans le TBI Argentine-Italie, exigence selon laquelle les parties au litige doivent d'abord tenter de résoudre leur différend à travers la consultation et les tribunaux nationaux du pays d'accueil pendant 18 mois, avant d'avoir recours à l'arbitrage.

La majorité avait décidé qu'il serait « injuste » de rejeter une réclamation sur la base de l'échec à amener le litige devant les tribunaux argentins. Pour différentes raisons, la majorité conclut que l'Argentine « n'était pas en mesure de traiter correctement le litige actuel dans le cadre de son système juridique national ».

En réponse, le Professeur Abi-Saab indique l'article 26 de la Convention du CIRDI, qui stipule que « comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés ».

Compte tenu que l'exigence d'épuiser les recours nationaux est une « condition à son consentement », elle représente également une limite pour la compétence. En tant que telle, le Professeur Abi-Saab soutient que le non-respect de la période de consultation de 18 mois aurait dû entraîner le rejet de l'affaire pour absence de compétence.

## *Développements récents*

Le Professeur Abi-Saab a démissionné de son poste d'arbitre au tribunal peu après la publication de son opinion dissidente, ce qui signifie que l'Argentine doit désigner un nouvel arbitre. Les procédures ont toutefois été suspendues avant la publication de l'opinion dissidente car l'Argentine avait demandé l'exclusion de

Tercier et van den Berg aux motifs qu'il n'était « pas sûr que leurs jugements soient indépendants ».

#### Notes

L'opinion dissidente du Professeur George Abi-Saab est disponible sur : [http://italaw.com/documents/Abaclat\\_Dissenting\\_Opinion.pdf](http://italaw.com/documents/Abaclat_Dissenting_Opinion.pdf)

La décision de la majorité relative à la compétence et à la recevabilité est disponible sur : <http://italaw.com/documents/AbaclatDecisiononJurisdiction.pdf>

Le résumé de la décision sur la compétence et la recevabilité est disponible sur le site d'ITN : <http://www.iisd.org/itn/2011/10/07/awards-and-decisions-5/>

#### **La majorité du tribunal adopte une approche large de la disposition NPF du TBI Allemagne-Argentine** *Hochtief AG c. la République d'Argentine, affaire CIRDI n° ARB/07/31* **Damon Vis-Dunbar**

Dans une décision partagée, deux membres d'un tribunal du CIRDI ont autorisé une entreprise allemande à contourner les tribunaux argentins et à soumettre sa réclamation directement à un arbitrage international.

La décision du 24 octobre 2011 sur la compétence met en avant les divisions de longue date entre les arbitres concernant l'utilisation de la disposition sur la Nation la plus favorisée (NPF) ; les arbitres se demandaient notamment si celle-ci inclue des questions de compétence, permettant par exemple aux demandeurs d'accéder à des dispositions relatives au règlement des différends plus larges, contenues dans les TBI d'Etats tiers.

Le demandeur, Hochtief, a formulé sa réclamation auprès du CIRDI en 2007, en lien avec un litige concernant la construction et la gestion d'une route à péage.

Le TBI Allemagne-Argentine établit que les différends peuvent être soumis à arbitrage après une période de procédure interne de 18 mois devant les tribunaux nationaux – ou si les deux parties sont d'accord, d'aller directement à l'arbitrage. La majorité s'est montrée sceptique à propos de l'utilité de la clause sur la procédure interne, notant que les parties étaient libres par la suite de soumettre leur différend à un arbitrage.

« Contraindre les parties à une procédure interne de 18 mois, alors que l'une ou l'autre des parties, ou les deux, aurait décidé à l'avance de rejeter toute décision émanant des tribunaux semble inutile », a écrit la majorité.

Les deux arbitres ont toutefois évité de se demander si, utile ou pas, la procédure nationale était une exigence incontournable ; ils ont plutôt étudié si le demandeur pouvait faire appel à une disposition relative au règlement des différends moins restrictive contenue dans le TBI Argentine-Chili, à travers la clause NPF du TBI Allemagne-Argentine.

La clause NPF du TBI Allemagne-Argentine fait référence aux « activités en lien avec les investissements », ce qui, selon Vaughan Lowe (le président du tribunal) et Charles N. Brower (l'arbitre nommé par le demandeur), inclut « sans aucun doute » le règlement des différends.

Cette décision contraste avec une décision de 2008 sur la compétence dans l'affaire *Wintershall v. Argentina*, où le tribunal faisait face à la même question sur le TBI Allemagne-Argentine. Dans la décision de l'affaire *Wintershall*, le tribunal a rejeté la compétence aux motifs que le respect des conditions de la clause relative au règlement des différends était lié au consentement argentin à l'arbitrage.

La majorité dans la décision de l'affaire *Hochtief* nota toutefois que le demandeur devait adopter la totalité de la disposition relative au règlement des différends du TBI Argentine-Chili, et ne pouvait pas choisir les éléments des dispositions relatives au règlement des

différends de plusieurs traités. Même si elle n'a pas d'incidence sur la décision de la majorité d'accepter la compétence sur l'affaire, la mise en garde fait écho à une critique formulée récemment par le Professeur Brigitte Stern dans son opinion dissidente concernant la décision de l'affaire *Impreglio S.p.A. v. Argentine*. Le Professeur Stern avait mis en garde contre le fait d'autoriser les demandeurs à utiliser les éléments d'autres traités leur étant favorables, et de rejeter les éléments moins souhaitables – ce qui créé en pratique des « super » traités favorisant plus les investisseurs que tout autre traité seul.

#### *L'opinion dissidente de Christopher Thomas*

Christopher Thomas, l'arbitre nommé par l'Argentine, a remis en question plusieurs points de l'opinion de la majorité. Si la majorité considérait l'exigence de 18 mois de procédure nationale comme « inutile », M. Thomas l'a au contraire défendu. Il argue que le fait de soumettre le litige aux tribunaux internes « peut contribuer au règlement du différend, ou au moins à restreindre les questions au litige ».

M. Thomas remettait également en question, de diverses manières, la décision de permettre à la clause NPF du TBI Allemagne-Argentine de s'appliquer aux dispositions relatives au règlement des différends d'autres TBI. Il considère que la disposition relative au règlement des différends établit des étapes soutenant le consentement argentin à l'arbitrage.

M. Thomas nota également que la disposition NPF en question ne faisait pas référence à « toutes les questions sujettes à cet accord », que d'autres tribunaux ont utilisé pour justifier l'inclusion des procédures relatives au règlement des différends. En outre, M. Thomas considérait que les rédacteurs du traité pensaient à des « activités » directement liées à la gestion de l'investissement (le traité mentionne par exemple l'acquisition de matières premières et la vente de produits).

Mettant en perspective le débat sur l'objet de la clause NPF, M. Thomas note que ce n'est que lors de la décision de 2000 sur la compétence de l'affaire *Maffezini v. Espagne* que la clause NPF a été étendue au règlement des différends. Aussi, M. Thomas explique qu'« il est tout à fait possible que les parties contractantes n'aient pas spécifiquement exclu les conditions d'accès au règlement des différends au titre de la disposition NPF car il ne leur est pas venu à l'esprit que cette clause pouvait être utilisée pour modifier les conditions de règlement des différends. Avant *Maffezini*, il ne s'agissait pas seulement d'une approche raisonnable et légitime, mais de l'approche orthodoxe ».

#### Notes

La décision sur la juridiction est disponible sur : [http://italaw.com/documents/Hochtief\\_v\\_Argentina\\_Jurisdiction\\_24Oct2011\\_En.pdf](http://italaw.com/documents/Hochtief_v_Argentina_Jurisdiction_24Oct2011_En.pdf)

L'opinion dissonante de Christopher Thomas est disponible sur : [http://italaw.com/documents/Hochtief\\_v\\_Argentina\\_JurisdictionDissent\\_24Oct2011\\_En.pdf](http://italaw.com/documents/Hochtief_v_Argentina_JurisdictionDissent_24Oct2011_En.pdf)

#### **Rejet de la compétence dans une affaire de participation indirecte dans des sociétés d'assurance santé slovaques** *HICEE B.V. c. la République de Slovaquie, CNUDCI* **Damon Vis-Dunbar**

La majorité d'un tribunal de la CNUDCI a décliné sa compétence dans une affaire impliquant un investisseur des Pays-Bas, après avoir décidé qu'une disposition du TBI Pays-Bas-Tchécoslovaquie formulée de manière ambiguë excluait les investissements transitant par des filiales locales du pays d'accueil.

La décision partielle du 23 mai 2011 a été rendue publique après une demande d'accès aux informations détenues par le gouvernement slovaque, formulée par le service d'informations Investment Arbitration Reporter.

La réclamation, par laquelle le demandeur cherche à obtenir plus d'un milliards de dollars à titre de compensation, survient suite



à des modifications de la législation nationale slovaque, qui ont affecté la rentabilité des assurances maladie. Le demandeur néerlandais, HICEE, a acquis une société holding slovaque, Doversa Holding, qui détient des participations dans plusieurs sociétés d'assurance maladie.

Tout d'abord, les parties ont convenu de donner la priorité à une disposition du TBI stipulant que le terme investissement « devait inclure tout type d'actif détenu directement ou à travers un investisseur d'un pays tiers... ». L'interprétation de la disposition par le tribunal détermine si les participations de HICEE dans les sociétés slovaques sont couvertes par le TBI.

Selon le gouvernement slovaque, la disposition signifie que le TBI ne couvre pas les investissements « indirects » réalisés à travers des filiales locales, comme c'est le cas de l'investissement de HICEE.

À l'inverse, le demandeur affirme que la disposition stipule que l'investissement peut être réalisé soit à travers une société néerlandaise, soit à travers une filiale d'un pays tiers, mais dans tous les cas elle n'exclue pas les investissements transitant à travers une filiale slovaque.

Malgré les objections du demandeur, la majorité, composée de Sir Franklin Berman et du juge Peter Tomka, a examiné des notes soi-disant émises par le ministère néerlandais des finances au parlement durant le processus de ratification du traité. Ces notes semblaient soutenir la position slovaque. Elles indiquent :

« Normalement, les accords de protection des investissements couvrent également les investissements réalisés dans le pays d'accueil (par une « filiale » ou « sous-filiale »). La Tchécoslovaquie souhaite exclure la « sous-filiale » de la portée du présent Accord, car il s'agit alors d'une entreprise créée par une entité juridique tchécoslovaque, et le pays ne souhaite pas accorder, entre autres choses, des droits de transfert à une telle entreprise ».

La majorité qualifia cette note de « documentation additionnelle valable que le tribunal pourra, le cas échéant, considérer pour l'examen de la question en cours ». Compte tenu qu'il a soutenu l'interprétation slovaque de la disposition en question, la majorité a décliné sa compétence.

#### *L'opinion dissidente du juge Bower*

Dans une opinion dissidente, Charles N. Bower, désigné par le demandeur, partageait l'opinion de celui-ci, à savoir que la disposition établissait deux manières de réaliser un investissement – directement dans le pays d'accueil, ou à travers une filiale dans un pays tiers – et n'excluait pas les investissements réalisés à travers des filiales dans le pays d'accueil. Il conclut que l'interprétation de la majorité, basée sur les notes du gouvernement néerlandais, était « pour le moins incongrue ».

Selon le juge Bower, il n'était pas nécessaire de recourir à la note néerlandaise pour interpréter la disposition, compte tenu de l'évidence de celle-ci. Pour cette raison, il maintenait que la Convention de Vienne sur le droit des traités, à laquelle le tribunal a eu recours pour savoir si et comment utiliser les notes néerlandaises, ne soutiendrait pas l'utilisation de documents additionnels pour guider l'interprétation.

Il considérait en outre la note néerlandaise comme problématique à deux égards. Il remit d'abord en question sa fiabilité, remarquant que ces notes étaient dans les dossiers du gouvernement à Prague, et non pas à La Haye, et que les représentants néerlandais n'étaient pas coopératifs à l'heure de fournir des informations.

Il rejeta ensuite le fait que la note mentionnait un accord, ou « la concordance des vues » comme le dit la majorité, entre les Pays-Bas et la Slovaquie, compte tenu de l'intérêt propre de la Slovaquie en faveur des informations de la note afin de se défendre dans l'arbitrage.

#### *Rejet de la récusation du juge Tomka*

Après la décision de la majorité de décliner compétence sur l'affaire, le demandeur présenta une demande de récusation contre le juge Tomka, nommé au tribunal par la Slovaquie. Le demandeur arguait que Tomka se trouvait dans une situation de conflit d'intérêt, car il cherchait à être de nouveau nommé à la Cour internationale de justice, et avait besoin pour cela du soutien de la Slovaquie.

Le président de l'Institut d'arbitrage de Stockholm rejeta la récusation, sans fournir d'explications.

#### *Coûts*

La majorité ordonna au demandeur de supporter 60 pourcents des coûts de l'arbitrage, et au défendeur les 40 pourcents restants. Chacune des parties est responsable de ses propres frais juridiques. La majorité remarqua que les parties avaient coopéré pendant la procédure, avaient été concises, et avaient toutes deux soulevés des questions difficiles et novatrices.

#### *Notes*

La décision partielle et l'opinion dissonante sont disponibles sur : <http://italaw.com/documents/HICEEv.SlovakRepublicPartialAwardandDissentingOpinion.pdf>

#### **Domages-Intérêts finaux sensiblement réduits dans l'arbitrage Chevron-Équateur** *Chevron Corporation (États-Unis) et Texaco Petroleum Company (États-Unis) c. la République d'Équateur, CNUDCI, affaire PCA n° 34877.* **Wyoma Jha**

Dans une décision finale datant du 31 août 2011, un tribunal de la CNUDCI a accordé à Chevron et Texaco quelques 96 millions USD dans un litige les opposant à l'Équateur.

La sentence fait suite à une décision partielle de mars 2010 qui concluait que l'Équateur avait violé le TBI États-Unis-Équateur en n'offrant pas aux demandeurs « un moyen efficace d'affirmer leurs demandes et de réclamer leurs droits » devant les tribunaux équatoriens.

La réclamation fait suite à plusieurs procès par Texaco Petroleum contre l'Équateur au début des années 1990, concernant des violations de contrats pétroliers conclus entre les deux parties entre 1973 et 1977. Chevron, qui a racheté Texaco en 2001, a entamé un arbitrage contre l'Équateur en mai 2006 alléguant que le pays avait violé son obligation de traitement juste et équitable ainsi que son obligation de fournir un moyen efficace d'affirmer des demandes et de réclamer des droits, au titre de l'article II(7) du TBI.

Dans sa décision partielle, le tribunal remarqua que l'article II(7) établit un « test distinct et potentiellement moins exigeant » plutôt qu'un « seuil élevé » devant être atteint afin d'établir un déni de justice au titre du droit coutumier international. Aussi, selon le tribunal, le retard pris par les tribunaux équatoriens pour se prononcer dans les procès impliquant Texaco – procès en cours depuis 13 ans au début de l'arbitrage – dépassait le seuil admis au titre de l'article II(7) du TBI.

Le tribunal détermina que les demandeurs pouvaient prétendre à près de 698 millions USD en dommages-Intérêts, sujets aux ajustements fiscaux et intérêts pré-sentence.

#### *Calcul des dommages totaux*

Dans sa décision finale, le tribunal a principalement étudié le taux fiscal appliqué aux 698 millions USD.

Le tribunal accepta les conclusions des experts en droit fiscal équatorien désignés par les parties, et fixa un taux d'imposition de 87,31 % sur le montant nu, et de 25 % sur les intérêts. Ces calculs ont brutalement ramené la sentence finale à 96 millions USD.

Concernant les coûts de l'arbitrage, le tribunal a manifesté une préférence pour le principe des « frais réglés à l'issue de l'instance », sauf en cas de circonstances exceptionnelles. Il conclut toutefois que, puisqu'aucune des parties n'avait réellement eu gain de cause, chacune devait s'acquitter de ses propres frais juridiques ainsi que de la moitié des coûts du tribunal.

#### *Développements récents*

L'Équateur cherche à obtenir le rejet de la décision sur la compétence, la responsabilité et les dommages aux Pays-Bas, le lieu de l'arbitrage, aux motifs que le tribunal a eu une « interprétation erronée » de l'article II(7) du TBI États-Unis-Équateur.

Dans une action distincte, l'Équateur a entamé un arbitrage entre États contre les États-Unis le 28 juin 2011. Le pays avait demandé au gouvernement américain de soutenir son interprétation de l'article II(7) du TBI, demande à laquelle les États-Unis n'ont pas répondu. L'arbitrage Équateur-États-Unis, dans lequel l'Équateur cherche une décision concernant l'interprétation de l'article II(7), sera mené sous l'égide des règles de procédures de la CNUDCI.

#### *Notes*

Le tribunal de l'affaire Chevron Corporation (États-Unis) et Texaco Petroleum Company (États-Unis) v. la République d'Équateur était composé du Professeur Karl-Heinz Böckstiegel (arbitre président), du juge Charles N. Brower (désigné par le demandeur) et du Professeur Albert Jan van den Berg (désigné par le défendeur).

La décision est disponible sur : <http://italaw.com/documents/ChevronEcuadorFinalAward.pdf>

#### **La Turquie sort indemne d'une réclamation d'un montant de 10,1 milliards USD ; le tribunal ne reconnaît pas d'investissement au titre du Traité sur la Charte de l'énergie Libananco Holdings Co. Limited c. la République de Turquie, affaire CIRDI n° ARB/06/8 (ECT).** **Vyoma Jha**

Un tribunal du CIRDI composé de trois membres a décliné sa compétence dans une affaire impliquant la famille Uzan. Les Uzan sont une famille turque très riche, empêtrée dans de nombreux procès de par le monde, procès en partie basés sur des soupçons de fraude à leur égard. La famille est également impliquée dans plusieurs affaires contre la Turquie au titre de traités d'investissement, toutes ayant été rejetées pour des raisons de compétence\*.

#### *Contexte du litige actuel*

Cet arbitrage concerne une réclamation d'un montant de 10,1 milliards USD présentée par Libananco Holdings Co. Ltd., une entreprise chypriote, contre la Turquie pour violations alléguées du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE). Le demandeur prétend posséder des parts dans deux entreprises turques de services, Cukurova Elektrik Anonim Sirketi (CEAS) et Kepez Elektrik Turk Anonim Sirketi (Kepez), qui appartenaient aux membres de la famille Uzan avant l'expropriation alléguée.

Le différend concerne la saisie des actifs de CEAS et de Kepez, actifs dans lesquelles Libananco prétend posséder des parts, et l'annulation des accords de concession conclus entre CEAS et Kepez et le gouvernement turc le 12 juin 2003.

Le demandeur a formulé une demande d'arbitrage contre la Turquie le 23 février 2006, près de trois ans après l'expropriation alléguée.

#### *Pas « d'investissement » de Libananco*

Le demandeur a d'abord prétendu que Libananco avait acquis des parts de CEAZ et Kepez à travers 32 accords de transfert entre octobre 2002 et mai 2003. Libananco a toutefois changé son histoire par la suite, et prétendu que les parts des deux entreprises lui avaient été transférées avant l'expropriation alléguée à travers trois principaux actes de teslim, c.-à-d. le transfert légal de biens au titre de la loi turque.

Le tribunal procéda au rejet de l'argument de Libananco selon lequel il était juste requis d'apporter la preuve prima facie de la propriété des parts lors de l'étape sur la compétence. En réponse, Libananco a produit plusieurs preuves de sa réception des parts de la part des membres de la famille Uzan, mais le tribunal n'en fut pas convaincu.

Aussi, le tribunal détermina que Libananco n'avait pas « d'investissement » et n'était pas un « investisseur » au titre de la Convention du CIRDI ou du TCE.

Le tribunal ordonna au demandeur de payer 602 500 dollars USD à la Turquie en remboursement de ses frais d'arbitrage, et 15 000 000 de dollars en frais juridiques et dépenses engagées.

Dans le même ordre, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a récemment rejeté des demandes formulées par 47 actionnaires minoritaires de CEAS et Kepez qui alléguaient des violations de la Convention européenne des droits de l'homme en raison des mesures turques ayant mis fin à la concession et à la radiation des actions. La CEDH nota que la Turquie avait respecté sa législation nationale tout en radiant les actions et que les actionnaires pouvaient recourir aux moyens nationaux pour remettre en cause les actions de la Turquie. Aussi, la CEDH a rejeté les demandes en les qualifiant d' « infondées » et d' « irrecevables ».

#### *Notes*

Le tribunal était composé de Michael Hwang (président), d'Henri Alvarez (désigné par le demandeur) et de Sir Frank Berman (désigné par le défendeur).

La décision est disponible sur : <http://italaw.com/documents/LibanancoAward.pdf>

\* Plusieurs tribunaux ont adopté la même vision limitée dans d'autres réclamations contre la Turquie et impliquant des membres de la famille Uzan. Par exemple :

*Europe Cement Investment & Trade S.A. c. la République de Turquie*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/2. Voir les anciens articles d'ITN : "Tribunal dismisses claim by Europe Cement against Turkey; Claimant ordered to bear cost of the arbitration", par Damon Vis-Dunbar, septembre 2009, disponible sur : <http://www.iisd.org/itn/2009/08/31/tribunal-dismisses-claim-by-europe-cement-against-turkey-claimant-ordered-to-bear-cost-of-the-arbitration/>

*Cementownia "Nowa Huta" S.A. c. la République de Turquie*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/06/2. Voir les anciens articles d'ITN : "Cementownia claim against Turkey found to be "manifestly ill-founded"", par Elizabeth Whitsitt, novembre 2009, disponible sur : <http://www.iisd.org/itn/2009/11/01/cementownia-claim-against-turkey-found-to-be-manifestly-ill-founded/>

*M. Saba Fakes c. la République de Turquie*, affaire CIRDI n° ARB/07/20. Voir les anciens articles d'ITN « La demande contre la Turquie a été jugée « frivole », par Damon Vis-Dunbar, septembre 2010, disponible sur : <http://www.iisd.org/itn/2010/09/23/awards-and-decisions/>

# Ressources et événements

## Ressources

### Les traités d'investissement et leur rôle dans le développement durable : Questions et réponses

*Institut international du développement durable, décembre 2011*

Ce manuel présente de manière accessible les traités d'investissement et leur pertinence pour le développement durable. Il offre une brève présentation historique des traités d'investissement, avant d'entrer dans le contenu de ces traités et leurs implications. Le manuel offre en outre des commentaires concernant le traitement juste et équitable, l'expropriation, le traitement national, la clause de la nation la plus favorisée, les prescriptions de résultats, le libre transfert des capitaux, les clauses parapluie et le règlement des différends. Il conclut en suggérant différentes manières de traiter les problèmes inhérents aux traités d'investissement. Disponible sur : <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=1534>

### L'amélioration des accords internationaux d'investissement

*Recherche de Routledge en droit économique international, à paraître en mars 2012*

Cet ouvrage aborde certaines des critiques formulées contre le droit international des investissements et propose des solutions possibles. Il a été préparé par un groupe d'universitaires et de praticiens canadiens et européens. Il adopte une approche multidisciplinaire du sujet, et analyse les différentes perspectives juridiques, politiques et économiques. La première partie de l'ouvrage retrace l'évolution des négociations des traités d'investissements et offre une évaluation du point de vue de la politique économique et de l'économie. Les trois parties suivantes sont organisées autour des concepts d'efficacité, de légitimité et de durabilité. Chacun des contributeurs analyse un ou plusieurs points de la négociation, de la substance ou du mécanisme de règlement du traité, dans le but d'améliorer ces domaines des négociations des traités. Plus d'informations sur : <http://www.routledge.com/books/details/9780415671972/>

### L'exploitation minière lucrative devant les tribunaux internationaux

*Institute for Policy Studies, novembre 2011*

Ce rapport jette un œil critique sur les arbitrages investisseur-État et décrit les dernières tendances en matière de différends liés au pétrole, aux mines ou au gaz. Le rapport conclut que devant le tribunal le plus fréquemment utilisé, le Centre international de règlement des différends en matière d'investissement (le CIRDI), 43 des 137 affaires en cours opposant un investisseur à un État sont liées au pétrole, aux mines ou au gaz. En revanche, l'année dernière il n'y avait que 32 cas similaires, et seulement 3 en 2001. Le rapport conclut également que les gouvernements d'Amérique Latine représentent une part importante de ces cas. Ceux-ci représentent en effet environ 10 % des 157 gouvernements membres du CIRDI, et sont pourtant la cible de 68 (soit 50 %) de tous les cas du CIRDI, et de 25 (soit près de deux-tiers) des 43 cas actuels impliquant les industries extractives. Disponible sur : [http://www.ipsdc.org/files/3936/Mining\\_for\\_Profits\\_November\\_2011\\_FINAL-2.pdf](http://www.ipsdc.org/files/3936/Mining_for_Profits_November_2011_FINAL-2.pdf)

### Mesures non-exclues dans les accords internationaux d'investissement indiens et le pouvoir réglementaire de l'Inde en tant que pays d'accueil

*Prabhash Ranjan, Journal asiatique de droit international, 30 novembre 2011*

Cet article présente la première analyse détaillée des dispositions sur les mesures non-exclues (NPM) contenues dans les traités d'investissement indiens, du point de vue du pouvoir réglementaire de l'Inde en tant que pays d'accueil. Il analyse d'un œil critique les clauses NPM contenues dans les cinquante-sept traités d'investissement indiens en étudiant leurs différentes formulations et affirme que la formulation actuelle des clauses NPM des traités d'investissement indiens n'est pas appropriée pour que l'Inde exerce son pouvoir réglementaire dans tous les aspects politiques. Aussi, au vu des pour et contre croissants de l'arbitrage au titre de traités d'investissement, cet article conclut que les dispositions NPM des traités d'investissement indiens devraient être reformulées de manière à établir un équilibre entre la protection des investissements et le pouvoir réglementaire indien nécessaire à ses objectifs de politique générale. Disponible sur : <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=8444515&fulltextType=RA&fileId=S2044251311000129>

## Événements 2012

### Janvier 19

**LE GEL DE CES COÛTS: DIALOGUE ENTRE LA SUÈDE ET LA ROUMANIE SUR LE CONTRÔLE DES COÛTS DE L'ARBITRAGE, INSTITUT D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE STOCKHOLM (SCC) ET SALC ADVOKATBYRA, Bucarest, Roumanie, <http://www.sccinstitute.se/?id=42012>**

### 30 janvier—3 février

**GROUPE DE TRAVAIL II DE LA CNUDCI, ARBITRAGE ET CONCILIATION, PRÉPARATION D'UNE NORME JURIDIQUE SUR LA TRANSPARENCE DANS LES ARBITRAGES INVESTISSEUR-ÉTAT AU TITRE D'UN TRAITÉ, Vienne, Autriche, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html)**

### Mars 28-31

**106ÈME RÉUNION ANNUELLE DE L'ASIL – FAIRE FACE À LA COMPLEXITÉ, SOCIÉTÉ AMÉRICAINE DE DROIT INTERNATIONAL, Washington, D.C., États-Unis, <http://www.asil.org/annual-meeting.cfm>**

### Avril 21-26

**TREIZIÈME SESSION DE LA CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT (CNUCED XIII), Doha, Qatar, <http://www.unctad.org/Templates/meeting.asp?intItemID=1942&lang=1&m=21643>**

### Juin 10-13

**21ÈME CONSEIL INTERNATIONAL DU CONGRÈS SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL (ICCA), Singapour, <http://www.iccasingapore2012.org/site>**



© 2011 Institut international du développement durable (IIDD)

Publié par l'Institut international du développement durable

Les documents de l'IIDD, y compris les images, ne peuvent être publiés de nouveau sans l'autorisation écrite expresse de l'Institut. Pour obtenir l'autorisation, veuillez contacter [info@iisd.ca](mailto:info@iisd.ca) et inclure une liste des renseignements que vous souhaitez publier de nouveau ou un lien y conduisant.

L'IIDD contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce les investissements internationaux, les politiques économiques, les changements climatiques, la mesure et l'évaluation, la gestion des ressources naturelles, et le rôle habilitant des technologies de l'information dans ces domaines. Nous rendons compte des négociations internationales et partageons le savoir que nous avons acquis lors de projets collaboratifs. Cela se traduit par une recherche plus rigoureuse, un développement des capacités dans les pays en développement, des réseaux de meilleure qualité entre le Nord et le Sud ainsi que de meilleures connexions à l'échelle mondiale entre les chercheurs, praticiens, citoyens et décideurs.

L'IIDD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. L'IIDD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par l'Agence canadienne de développement international (ACDI), le Centre de recherche pour le développement international (CRDI) et Environnement Canada, ainsi que du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projets lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

ITN Quarterly reçoit volontiers les soumissions de travaux originaux non publiés. Les demandes doivent être adressées à Damon Vis-Dunbar à [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)

Pour souscrire à ITN Quarterly, veuillez vous rendre à la page : [https://lists.iisd.ca/read/all\\_forums/subscribe?name=itn-english](https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english)

L'Institut international de développement durable  
Maison internationale de l'environnement 2  
9, Chemin de Balaxert,  
5ème étage, 1219 Châtelaine,  
Genève, Suisse

Tel: +41 22 917-8748  
Fax: +41 22 917-8054  
Email: [dvis-dunbar@iisd.org](mailto:dvis-dunbar@iisd.org)