



## Le pouvoir de conclure des ALE européens de nouvelle génération : l'avis 2/15 de l'avocat général Sharpston

Laurens Ankersmit



### Les entreprises d'État boliviennes peuvent-elles soumettre un différend à l'arbitrage international ? Analyse du complexe système juridique bolivien en matière d'investissement étranger

José Carlos Bernal Rivera

### Le règlement des différends relatifs aux investissements : discussion sur la redevabilité démocratique et l'intérêt public

Lise Johnson et Brooke Skartvedt Guven

**Également dans cette édition :** Les nouveaux règlements de SIAC et CCS ; Le Parlement de l'UE approuve l'AECG ; Trump retire les États-Unis du PTP ; L'UE et le Canada co-organisent des discussions sur un tribunal multilatéral des investissements ; Des universitaires proposent une réforme des négociations de l'UE en matière d'investissement ; *Churchill Mining & Planet Mining c. Indonésie* ; *Renco c. Pérou* ; *Pac Rim c. El Salvador* ; *Windstream Energy c. Canada* ; *Allard v. Barbade*

# contents

- 3 Articles**  
Le pouvoir de conclure des ALE européens de nouvelle génération : l'avis 2/15 de l'avocat général Sharpston  
*Laurens Ankersmit*
- 5** Les entreprises d'État boliviennes peuvent-elles soumettre un différend à l'arbitrage international ? Analyse du complexe système juridique bolivien en matière d'investissement étranger  
*José Carlos Bernal Rivera*
- 7** Le règlement des différends relatifs aux investissements : discussion sur la redevabilité démocratique et l'intérêt public  
*Lise Johnson et Brooke Skartvedt Guven*
- 10 Nouvelles en bref**  
Le règlement d'arbitrage du SIAC entre en vigueur, le nouveau règlement de la CCS inclut un appendice sur les différends au titre de traités d'investissement ; L'AECG est approuvé par le Parlement de l'UE, son application provisoire dépend de sa ratification par le Canada ; Trump retire les États-Unis du PTP, il envisage plutôt des accords bilatéraux ; L'Union européenne et le Canada co-organisent des discussions sur un tribunal multilatéral des investissements ; Suite aux critiques contre l'AECG, des universitaires proposent une réforme de la politique et des négociations de l'UE en matière de commerce et d'investissement
- 11 Sentences et décisions**  
Un tribunal du CIRDI rejette les recours présentés contre l'Indonésie fondés sur des licences minières falsifiées  
*Inaê Siqueira de Oliveira*
- 12** Renco n'a pas respecté une exigence formelle de renonciation au titre de l'Accord de promotion commerciale États-Unis-Pérou  
*María Florencia Sarmiento*
- 13** Pac Rim c. El Salvador : tous les recours sont rejetés ; OceanaGold condamnée à payer 8 millions USD de frais  
*Martin Dietrich Brauch*
- 15** Un tribunal de l'ALENA condamne le Canada à verser plus de 28 millions CAD à un développeur étasunien de sites d'éoliennes  
*Matthew Levine*
- 16** Un tribunal de la CPA rejette les recours pour expropriation et TJE relatifs à une entreprise d'éco-tourisme  
*Amr Arafa Hasaan*
- 18 Ressources et évènements**

Investment Treaty News Quarterly est publié par  
The International Institute for Sustainable Development  
International Environment House 2,  
9, Chemin de Balexert, 5th Floor  
1219, Chatelaine, Geneva, Switzerland

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

Directrice du Groupe – Droit et Politique Économique  
Nathalie Bernasconi

Gestionnaire Principale de la Communication  
Mira Oberman

Rédacteur en Chef  
Martin Dietrich Brauch

Rédactrice, Version Française  
Suzy Nikiéma

Traduction Française  
Isabelle Guinebault

Rédactrice, Version Espagnole  
Marina Ruete

Traduction Espagnole  
María Candela Conforti

Architecte d'Information en Chef (web)  
Matt Rock

Design (PDF)  
PortoDG | [f](#) [t](#) /portodg

# Le pouvoir de conclure des ALE européens de nouvelle génération : l'avis 2/15 de l'avocat général Sharpston

## Laurens Ankersmit

### article 1



Suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, qui donna à l'Union européenne de nouvelles compétences en matière d'investissement étranger direct (IED)<sup>1</sup>, l'Union européenne a commencé à négocier une nouvelle génération d'Accords de libre-échange (ALE). Ces accords – y compris l'Accord économique et commercial global (AECG) avec le Canada, et le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), avec les États-Unis – sont de plus en plus politiquement contentieux. Allant au-delà de la simple réduction tarifaire et de la facilitation de l'**hyper-mondialisation**, ils ont fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la société civile, des syndicats et des universitaires.

C'est notamment la question de l'entité responsable de conclure de tels accords (l'Union européenne seule, ou conjointement avec les États membres de l'UE) qui a reçu la plus grande attention publique. En novembre 2015, la Commission a demandé à la Cour de justice européenne (CJEU) d'émettre un avis (Avis 2/15) sur la conclusion de l'ALE Union européenne-Singapour (ALEUES). La réponse de l'avocat général Eleanor Sharpston a fait les gros titres de **plusieurs journaux européens**. Dans ce contexte, nous abordons la répartition des pouvoirs entre l'Union et ses États membres en matière d'investissement.

#### 1. Rappel des compétences de l'UE et l'avis 2/15

L'Union européenne fonctionne au titre du principe constitutionnel fondamental de l'attribution des compétences, qui prévoit que l'Union doit agir uniquement dans les limites des compétences qui lui sont conférées par ses États membres au titre des Traités de l'UE afin d'atteindre les objectifs qui y sont fixés, et que les compétences qui ne sont pas conférées à l'Union continuent de relever des États membres<sup>2</sup>. Les compétences de l'UE peuvent être subdivisées en compétences exclusives<sup>3</sup>, en compétences partagées avec les États membres<sup>4</sup> et en compétences de coordination et d'appui<sup>5</sup>. La « politique commerciale commune », qui inclut l'IED, est une compétence exclusive de l'Union européenne<sup>6</sup>. Toutefois, les investissements de portefeuille ne le sont pas, et l'on peut juridiquement se demander si l'Union européenne dispose d'une quelconque compétence en la matière.

Le principe de l'attribution des compétences a également des conséquences sur la capacité de l'Union et de ses

États membres à conclure des accords internationaux. Aussi, si un accord international couvre des domaines dans lesquels l'Union et ses États membres exercent leurs compétences respectives, l'accord doit être « mixte », c'est-à-dire que l'Union et ses États membres devront le ratifier conjointement. S'agissant des compétences partagées, l'Union et ses États membres décident qui exerce sa compétence de conclure cette partie de l'accord ; les États membres de l'Union européenne insistent souvent pour exercer leur compétence afin de veiller à ce que l'accord soit mixte. En pratique, la quasi-totalité des accords de l'UE sont mixtes.

Dans une Union composée de 28 membres, cela peut s'avérer fort compliqué et détaillé. C'est peut-être du fait de ces éventuelles complications que la Commission européenne a requis l'avis de la CJEU sur la portée des compétences de l'UE dans le cadre de l'ALEUES envisagé, demandant si celui-ci relevait de la compétence exclusive de l'UE. L'avocat général Sharpston a présenté son point de vue dans un avis (portant le même nom, ce qui est déconcertant) faisant office d'avis non-contraignant de la CJEU, qui adoptera une décision finale et contraignante sur la question.

#### 2. L'opinion de l'avocat général Sharpston dans l'Avis 2/15

L'opinion de l'avocat général Sharpston présentée dans l'Avis 2/15 ne porte pas uniquement sur les compétences de l'UE en matière d'investissement ; elle présente également un raisonnement détaillé sur certains aspects spécifiques de l'ALEUES, tels que les services de transport, la protection de l'investissement, les marchés publics, le développement durable et le règlement des différends. En général, l'opinion nuancée de l'avocat général est sensible à certains arguments de la Commission concernant les compétences de l'UE, mais elle rejette au final la proposition de la Commission selon laquelle l'Union a la compétence exclusive sur toutes les questions liées à la protection de l'investissement dans l'ALEUES<sup>7</sup>.

En interprétant la notion d'IED contenue à l'article 207 du TFUE, l'avocat général a adopté une approche contextuelle, utilisant le concept de « l'investissement direct » dans la jurisprudence de la CJEU portant sur l'interprétation des dispositions relatives au libre mouvement des capitaux, ainsi que les définitions du Fonds monétaire international (FMI), de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). Aussi, l'IED doit être compris comme étant un investissement étranger « servant à établir ou à maintenir des liens directs et durables, sous forme de participation effective dans la gestion et le contrôle de l'entreprise, entre la personne apportant l'investissement et l'entreprise à laquelle l'investissement est mis à disposition afin de mener une activité économique »<sup>8</sup>. L'avocat général suggère ensuite un seuil d'au moins dix pour cent des droits de vote comme « indication probatoire » de la participation effective dans la gestion et le contrôle de l'entreprise. En outre, elle affirme que le terme couvre également les questions régissant la phase post-établissement de l'investissement et non pas seulement l'accès au marché de l'IED.

Si cette analyse est conforme aux arguments de la Commission, l'avocat général n'a pas suivi la position de cette dernière relative aux investissements de

portefeuille et au pouvoir de résilier les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) précédemment conclus par les États membres de l'Union<sup>9</sup>. S'agissant notamment des TBI des États membres, l'avocat général n'as pas été en mesure d'identifier suffisamment d'éléments dans les droits européen et international en faveur de l'argument selon lequel l'Union avait supplanté les États membres pour ce qui est de la résiliation de TBI précédents. Aussi, la résiliation de ces accords relèverait entièrement de la compétence des États membres.

### 3. Observations portant sur l'avis de l'avocat général Sharpston

Compte tenu de ces développements, la CJE va maintenant devoir interpréter le terme « IED » pour la première fois, et préciser si les investissements de portefeuille (par opposition à l'IED) relèvent également de la compétence exclusive (implicite) de l'UE.

Si la CJE suit l'avis de l'avocat général, la compétence de conclure des accords régissant l'investissement serait, à toutes fins et intentions, partagée entre l'Union et les États membres. Cela signifierait que la conclusion de traités d'investissement avec l'Union et ses États membres ne serait pas une mince affaire, et l'on peut s'attendre à ce que la ratification de tels accords prenne des années. La solution habituelle à cette pratique de ratification dans l'Union européenne consiste à appliquer à titre provisoire les domaines de l'accord pour lesquels l'Union a la compétence exclusive.

“ Si la CJE suit l'avis de l'avocat général, la compétence de conclure des accords régissant l'investissement serait, à toutes fins et intentions, partagée entre l'Union et les États membres. ”

Cependant, comme nous avons pu le voir avec l'AECG, cela peut ne pas donner lieu à l'application provisoire des mécanismes d'arbitrage en matière d'investissement contenus dans l'accord, ne fût-ce qu'en raison de la controverse entourant ces mécanismes. Cette controverse n'est pas sans raison, car l'application provisoire des accords au niveau de l'Union n'entraîne pas nécessairement un contrôle démocratique adéquat de l'accord. Même si le Conseil de l'Union attend en général que le Parlement européen ait consenti à la décision du Conseil de conclure un accord pour mettre en œuvre son application provisoire, le Parlement n'est pas formellement impliqué dans la décision<sup>10</sup>.

Cela pourrait se produire au désarroi des auteurs d'accords tels que l'AECG et le TTIP, qui aimeraient un processus de ratification rapide, mais l'on peut se demander si le fait de mettre en avant de tels accords controversés au niveau européen est politiquement souhaitable pour l'Union européenne. Dans tous les cas, il semble évident que la question de la « mixité » des accords devrait être encadrée par le principe constitutionnel de l'attribution, et non par l'opportunisme politique des auteurs de tels accords commerciaux et d'investissement.

Finalement, il vaut la peine de mentionner les observations

de l'avocat général relatives à la compatibilité du règlement des différends investisseur-État (RDIE) contenu dans l'ALEUES avec les Traités de l'UE. Cette question juridique contentieuse arrivera certainement sur la table de la CJE sous la forme d'une demande d'avis de la Belgique<sup>11</sup>. La Commission n'a pas demandé à la CJE de régler la question, mais seulement de déterminer qui a la compétence de conclure l'ALEUES. Cela peut laisser penser que la requête de la Commission est le résultat d'un opportunisme politique, celle-ci cherchant uniquement à étendre ses pouvoirs et à éviter tout problème juridique pouvant les limiter. De plus, lors des réunions publiques avec les Membres du Parlement européen, la Commission affirme même que si la CJE ne s'oppose pas au RDIE dans l'Avis 2/15, **l'on peut supposer qu'elle considère le mécanisme comme étant compatible avec les traités de l'UE**<sup>12</sup>.

L'avis de l'avocat général Sharpston réfute cet argument. Elle affirme que « il n'est pas demandé à la Cour d'examiner, par exemple, la compatibilité du mécanisme RDIE avec les Traités. [...] Mon analyse dans cet avis est donc sans préjudice de ces questions (le cas échéant) car il se peut qu'elles concernent la compatibilité matérielle de l'ALEUES, notamment les dispositions relatives au mécanisme RDIE, avec les Traités »<sup>13</sup>.

Quand bien même, les opinions de la CJE dans l'Avis 2/15 pourraient avoir des conséquences pour toute demande future d'avis sur la compatibilité du Système de cour d'investissement (SCI) de l'AECG, de l'ALE UE-Vietnam ou de tout autre ALE. Si la CJE adopte un avis encore plus large que l'avocat général sur la compétence de l'UE, cela pourrait faciliter la conclusion d'accords tels que l'AECG comme étant des accords relevant « exclusivement de l'UE ». Cela écarterait la capacité des États membres à demander un avis, car une ratification rapide permettrait de veiller à ce que **la CJE ne puisse plus s'exprimer sur la question**<sup>14</sup>.

#### Auteur

Laurens Ankersmit est avocat pour ClientEarth, une organisation à but non-lucratif œuvrant pour le droit environnemental dotée de bureaux à Londres, à Bruxelles et à Varsovie.

#### Notes

<sup>1</sup> Pour connaître l'historique des décennies d'efforts de la Commission pour l'extension de la politique commerciale de l'UE à l'investissement, ayant donné naissance au Traité de Lisbonne, voir l'excellente contribution de Basedow, R. (2016). A legal history of the EU's international investment policy. *The Journal of World Investment & Trade*, 17(5), 743–772.

<sup>2</sup> Versions consolidées du traité sur l'Union européenne [ci-après le TUE] et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [ci-après le TFUE] [2012] O.J. C326/01, TUE, art. 5, paras. 1–2. Tiré de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>.

<sup>3</sup> TFUE, *supra* note 2, art. 3.

<sup>4</sup> TFUE, *supra* note 2, art. 4.

<sup>5</sup> TFUE, *supra* note 2, arts. 5–6.

<sup>6</sup> TFUE, *supra* note 2, arts. 3(1)(e), 207.

<sup>7</sup> Avis de l'avocat général Sharpston émise le 21 décembre 2016, Procédure d'avis 2/15, lancée suite à une demande adressée par la Commission européenne. Tiré de <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186494&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=429984>.

<sup>8</sup> *Id.*, para. 322.

<sup>9</sup> Pour une discussion détaillée, voir <http://europeanlawblog.eu/2017/01/10/the-power-to-conclude-the-eus-new-generation-of-ftas-ag-sharpston-in-opinion-215/>

<sup>10</sup> TFUE, *supra* note 2, arts. 218(5)–(6).

<sup>11</sup> Ankersmit, L. (2016). Belgium requests an Opinion on Investment Court System in CETA. *Environmental Law Network International [ELNI] Review*, 2, 54–57. Tiré de [https://dial.uclouvain.be/downloader/downloader.php?pid=boreal:178426&datastream=PDF\\_01](https://dial.uclouvain.be/downloader/downloader.php?pid=boreal:178426&datastream=PDF_01).

<sup>12</sup> Commission de l'UE du commerce international (INTA), Réunion de commission, 10 nov. 2016, 09:05–12:40 à 12:30:30. Tiré de <http://www.europarl.europa.eu/ep-live/fr/committees/video?event=20161110-0900-COMMITTEE-INTA>.

<sup>13</sup> Avis de l'avocat général Sharpston, *supra* note 7, para. 85.

<sup>14</sup> Voir l'avis 3/94 [1995] ECR I-4577. Tiré de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99635&doclang=FR>.

## article 2

# Les entreprises d'État boliviennes peuvent-elles soumettre un différend à l'arbitrage international ?

## Analyse du complexe système juridique bolivien en matière d'investissement étranger

José Carlos Bernal Rivera



Par le passé, les nouvelles politiques boliviennes en matière d'investissement étranger et d'arbitrage ne sont pas passées inaperçues aux yeux d'ITN<sup>1</sup>. Les lois sur la promotion de l'investissement et l'arbitrage sont deux actes législatifs parmi les plus remarquables découlant du processus de changement lancé par le gouvernement bolivien sous la présidence d'Evo Morales depuis 2006. Ces deux lois, ainsi que la loi sur les entreprises d'État, ont été qualifiées par le Procureur général bolivien de « nouvelles lois sur l'investissement » de la Bolivie<sup>2</sup>, et reflètent les politiques publiques du pays en matière de protection des investissements et de la participation du secteur privé à l'économie.

Il reste toutefois difficile d'apporter une réponse claire et certaine à l'une des questions les plus brûlantes à laquelle ces lois devaient répondre : les entreprises d'État boliviennes peuvent-elles soumettre un différend à l'arbitrage international ? Diverses réponses se présentent en fonction du type d'entreprise d'État, de la transaction concernée et du secteur spécifique. Il faut pour cela lire attentivement et conjointement les trois nouvelles lois sur l'investissement. Toutefois, même si l'on combine ces trois lois, l'élaboration des normes en la matière n'est pas claire et pourrait faire l'objet d'interprétations diverses. Le présent article tente de décrire la situation actuelle en Bolivie.

### 1. Pourquoi les entreprises d'État sont-elles si importantes pour les politiques d'investissement boliviennes ?

La structure de l'économie bolivienne a connu de nombreux changements sous la présidence de Morales. Avant 2006, les principales entreprises et services publics en Bolivie étaient des « entreprises mixtes » disposant d'un capital venant à la fois de l'État et d'entreprises privées étrangères, suite aux mesures de privatisation et de capitalisation mises en place dans les années 1990 (Loi 1554 de 1994). Depuis 2006, le gouvernement met en œuvre une politique visant à récupérer les ressources naturelles, ce qui a entraîné une série de nationalisations et d'expropriations, ainsi que l'essor de nombreuses entreprises d'État.

L'importance actuelle des entreprises d'État vis-à-vis des politiques d'investissement s'explique par le nouveau rôle joué par l'État dans l'économie bolivienne. Elles sont maintenant des protagonistes dans les secteurs les plus importants de l'économie bolivienne. Dans le cadre de cette nouvelle politique, la Constitution bolivienne a été révisée en 2009, et la récupération des ressources naturelles y

apparaît comme l'un des principaux changements. L'article 309 de la Constitution stipule que l'un des objectifs des entreprises d'État est la gestion des droits fonciers relatifs aux ressources naturelles, le contrôle de la production et l'industrialisation de ces ressources. Le terme « arbitrage » n'apparaît qu'une seule fois dans la Constitution, pour préciser que les entreprises étrangères dans le domaine pétrolier et gazier ne peuvent soumettre de différends à l'arbitrage international (art. 366).

Au titre de la Constitution, le rôle de l'État dans l'économie consiste à « orienter et contrôler les secteurs stratégiques de l'économie » (art. 316), tel que le pétrole et le gaz, les mines, l'électricité et d'autres. Suite à ces changements politiques, les industries stratégiques de l'économie bolivienne ne sont plus accessibles aux investisseurs étrangers, sauf si l'investissement est réalisé à travers une entreprise d'État, ou en collaboration avec elle.

En outre, bon nombre d'entreprises d'État plus petites opèrent dans les secteurs non-stratégiques de l'économie où elles sont en concurrence avec le secteur privé. L'on trouve par exemple les entreprises Papelbol (papier), Cartonbol (carton), Lacteosbol (produits laitiers) et BOA (compagnie aérienne). Actuellement, 63 entreprises d'État, présentant divers degrés d'intervention étatique, seraient en opération dans le pays<sup>3</sup>.

### 2. Que prévoient les nouvelles lois sur l'investissement pour les entreprises d'État ?

Puisque l'investissement étranger en Bolivie est intrinsèquement lié au fonctionnement des entreprises d'État, l'importance de la question considérée ici est plus évidente. Quelles sont les normes applicables aux entreprises d'État ? Celles-ci peuvent-elles notamment soumettre un différend à l'arbitrage international avec les entreprises privées investissant en Bolivie ? Une lecture attentive de la loi sur l'arbitrage (Loi 708)<sup>4</sup>, de la loi sur les entreprises d'État (Loi 466)<sup>5</sup> et de la loi sur la promotion des investissements (Loi 516)<sup>6</sup> nous apporte quelques éléments de réponse, mais rien de décisif.

#### a. Lois relatives aux entreprises d'État et à la promotion des investissements

Ces deux lois abordent l'arbitrage mais seulement de manière indirecte. La loi relative aux entreprises d'État – antérieure à la loi sur l'arbitrage – prévoit simplement que les différends entre les partenaires au sein d'une entreprise d'État (à savoir entre l'entreprise privée et l'État) seront assujettis à des normes spécifiques devant être élaborées dans le cadre de la nouvelle loi sur l'arbitrage devant être promulguée.

Cependant, elle élabore des concepts importants. Elle établit une distinction entre trois types d'entreprise d'État : i) les entreprises d'État dotées de 100 pour cent d'un capital d'État ; ii) les entreprises d'État mixtes dotées de plus de 70 pour cent de capital d'État ; et iii) les entreprises mixtes dotées de plus de 50 pour cent de capital d'État (Loi 466, art. 6).

La loi sur la promotion des investissements adopte une approche similaire du règlement des différends. Elle réclame la publication d'une nouvelle loi relative à l'arbitrage, qui « inclura des règles spécifiques pour le règlement des différends en matière d'investissement » (Loi 516, art. transitoire 3.II) et devra être fondée sur les « principes d'équité, de vérité, de bonne foi, de confidentialité,

d'impartialité, de neutralité, de légalité, de célérité, d'économie et d'acceptabilité mutuelle » (Loi 516, art. transitoire 3.II). Conformément à ce mandat, la loi relative à l'arbitrage promulguée plus tard inclut une section distincte abordant le règlement des différends en matière d'investissement et étendant les principes du droit applicable à cette section spécifique.

Autre caractéristique importante, la loi sur la promotion des investissements renforce les dispositions de la Constitution en stipulant que les investisseurs privés ne peuvent développer des activités économiques dans les secteurs stratégiques que dans le cadre des droits qui leurs ont été conférés (Loi 516, art. 6). Elle définit également les différences entre les investissements boliviens, mixtes et étrangers. Ces termes sont également utilisés dans la loi relative à l'arbitrage promulguée plus tard.

#### b. La loi relative à l'arbitrage

Pour arriver au cœur de la question, il faut étudier plus avant la Loi 708 sur la conciliation et l'arbitrage.

Pour commencer il y a la liste des questions ne pouvant être soumises à l'arbitrage (c'est-à-dire les questions expressément exclues de la conciliation et de l'arbitrage). Parmi celles-ci, la loi exclut expressément « la propriété des ressources naturelles », « les contrats administratifs, sauf au titre des exceptions prévues par la loi », et « les questions touchant à l'ordre public » (Loi 708, art. 4).

Aussi, les contrats administratifs ne peuvent être soumis à l'arbitrage, même s'il existe quelques obscures exceptions non mentionnées expressément. Les entreprises d'État peuvent conclure des contrats administratifs, ainsi que des accords commerciaux, qui, au titre de cet article, ne sont pas concernés par cette restriction. Par ailleurs, l'ambiguïté de l'expression « ordre public » laisse suffisamment de place pour la discussion. Les droits d'une entreprise d'État pourraient-ils être considérés comme non arbitrables s'ils affectent l'intérêt public et donc considérés comme « une question touchant à l'ordre public » au sens de la loi ?

Quelles sont les exceptions qui ne sont pas expressément mentionnées ? La loi semble proposer deux réponses possibles. D'abord, elle prévoit que les organes et entreprises d'État peuvent lancer un arbitrage mais seulement pour les différends découlant d'accords conclus avec des entreprises étrangères qui ne sont pas domiciliées en Bolivie (Loi 708, art. 6). Ensuite, les entreprises d'État peuvent inclure des dispositions sur l'arbitrage dans leurs contrats administratifs, « tant que » (« en tanto » en espagnol) ces entreprises migrent sous le régime juridique prévu par la Loi 466 sur les entreprises d'État (Loi 708, art. transitoire 4).

Sur ces deux points, il est important de noter que l'article 6 pourrait être contraire à la clause constitutionnelle qui interdit d'accorder à des entreprises étrangères un traitement plus favorable que celui accordé à des entreprises nationales (Constitution, art. 320). Pourquoi les entreprises étrangères peuvent-elles recourir à l'arbitrage lorsque les entreprises nationales n'en ont pas le droit ? D'autre part, l'article transitoire 4 génère également des problèmes d'interprétation puisque l'expression « tant que » (« en tanto » en espagnol) n'est pas claire : l'on ne sait pas si l'arbitrage est accessible aux entreprises ayant déjà migré sous la Loi 466 ou s'il n'est accessible qu'aux seules entreprises qui ne sont pas encore passées sous le nouveau régime.

Finalement, la loi relative à l'arbitrage contient une section

complètement nouvelle sur « les différends avec l'État portant sur l'investissement » (Loi 708, Titre IV, Chapitre II). Dans cette section, la loi s'appuie largement sur les définitions des autres nouvelles lois de l'investissement, en créant des règles différentes pour les investissements boliviens d'une part, et pour les investissements mixtes et étrangers d'autre part. Toutefois, dans les deux cas, la loi prévoit que l'arbitrage soit mené au niveau national sur le territoire bolivien, et que le droit bolivien soit le droit applicable à la procédure d'arbitrage (*lex arbitri*), rendant ainsi impossible la présentation de différends en matière d'investissement aux instances internationales d'arbitrage.

Il est logique de supposer que ces dispositions sur l'investissement s'appliquent à tous types d'investissement réalisé en Bolivie, notamment l'investissement étranger direct. Cependant, compte tenu des dispositions constitutionnelles présentées plus haut, et de l'importante présence de l'État dans de si nombreux secteurs de l'économie, il est probable que ces dispositions revêtent une importance particulière pour les investissements réalisés par le biais d'entreprises mixtes ou d'entreprises d'État mixtes.

### 3. Conclusions

Il n'est pas aisé de tirer des conclusions définitives de normes non-concluantes. Je pense que la manière la plus appropriée de conclure cet article est de présenter la perspective de l'investisseur étranger. Si celui-ci participe à un secteur stratégique de l'économie bolivienne (le secteur des hydrocarbures par exemple), l'arbitrage international avec l'État semble être interdit par les dispositions constitutionnelles. Les contrats conclus entre des investisseurs étrangers et des entreprises d'État dans d'autres secteurs peuvent faire l'objet d'un arbitrage, mais seulement si ces contrats ne sont pas de nature administrative, ou si la barrière des questions « non arbitrables » peut être contournée avec succès par l'application de l'une des exceptions à la loi sur l'arbitrage. D'un autre côté, si un investissement étranger est réalisé par le biais d'une entreprise d'État, les différends entre l'investisseur et l'État découlant du partenariat peuvent être soumis à l'arbitrage, mais dans le cadre des normes applicables aux divers types d'investissements et d'entreprises d'État, auquel cas l'arbitrage international est hors de question. Une jurisprudence claire et concluante sera essentielle pour éclaircir ces règles complexes.

#### Auteur

José Carlos Bernal Rivera est un juriste bolivien. Il a un Magister Juris (LL.M.) de la Faculté de droit d'Harvard et est habilité à pratiquer le droit en Bolivie et dans l'État de New York aux États-Unis. Il est actuellement associé dans le cabinet Guevara & Gutiérrez à La Paz en Bolivie.

#### Notes

1 Brauch, M. D. (2014, 11 août). Une ouverture à l'investissement étranger ? Analyse de la nouvelle loi bolivienne de promotion des investissements. *Investment Treaty News*, 5(3), 9-12. Tiré de [http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd\\_itn\\_august\\_2014\\_fr.pdf](http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd_itn_august_2014_fr.pdf) ; Menacho Diederich, P. (2015, 26 novembre). Loi sur la conciliation et l'arbitrage : Ère de changement dans la protection des investissements en Bolivie. *Investment Treaty News*, 6(4), 6-7. Tiré de <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-november-2015-francais.pdf>.

2 Procuraduría General del Estado. (2015, août). *Procurador destaca tres leyes que garantizan la inversión privada*. Tiré de <http://www.procuraduria.gob.bo/index.php/en/design-and-features/noticias/275-procurador-destaca-tres-leyes-que-garantizan-la-inversion-privada>.

3 EJV! (2015, 30 avril). *En Bolivia hay 63 empresas estatales; Gobierno advierte con cerrar las que no dan ingresos*. Tiré de <http://eju.tv/2015/04/en-bolivia-hay-63-empresas-estatales-gobierno-advierte-con-cerrar-las-que-no-dan-ingresos>.

4 État plurinational de Bolivie. (2013, 27 décembre). *Ley 708: Ley de conciliación y arbitraje*. Tiré de <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N708.xhtml>.

5 État plurinational de Bolivie. (2013, 27 décembre). *Ley 466: Ley de la empresa pública*. Tiré de <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N466.xhtml>.

6 État plurinational de Bolivie. (2014, 4 avril). *Ley 516: Ley de promoción de inversiones*. Tiré de <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N516.xhtml>.

# Le règlement des différends relatifs aux investissements : discussion sur la redevabilité démocratique et l'intérêt public

Lise Johnson et Brooke Skartvedt Guven

## article 3



Un pourcentage important des différends investisseur-État (RDIE) serait réglé entre les parties au différend avant l'émission d'une décision. Une **source** indique que 26 pour cent des différends relatifs aux investissements conclus en date du 31 décembre 2015 (444 affaires) étaient réglés<sup>1</sup>. Ce chiffre est très certainement sous-estimé : il ne tient pas compte du règlement des différends qui ne sont pas rendus publics, et ne reflète pas les règlements négociés avant le dépôt d'une demande de RDIE.

Les accords de règlement peuvent être considérés comme des résultats positifs, permettant aux parties d'économiser le temps et les dépenses liés à l'arbitrage. Toutefois, dans le contexte des différends impliquant des gouvernements, les accords de règlement menacent les **principes de bonne gouvernance**, notamment la redevabilité des gouvernements, le respect de l'état de droit, la transparence et le respect des droits et intérêts des citoyens au titre du droit national et des normes internationales des droits humains<sup>2</sup>. Lorsqu'un accord de règlement inclut également le règlement d'une demande reconventionnelle, ces menaces sont exacerbées.

À ce jour, bien que les discussions sur les traités d'investissement et la réforme du RDIE se soient intensifiées et aient donné lieu à une évolution dans certains domaines, ces questions portant sur les accords de règlement et les demandes reconventionnelles ont reçu relativement peu d'attention. Pourtant, compte tenu de la fréquence des règlements, de la prévalence apparente des demandes reconventionnelles et des questions politiques que ces points soulèvent, tout programme de réforme devra également couvrir ces questions. Après avoir mis en lumière certains aspects problématiques des accords de règlement et des demandes reconventionnelles, le présent article suggère quelques voies possibles.

### 1. Les accords de règlement par les gouvernements défendeurs : conséquences sur la bonne gouvernance

Dans les différends RDIE, les États défendeurs sont souvent représentés par une agence nationale spécifique qui, en fonction du droit national et des institutions, peut exercer un contrôle unilatéral ou important de la stratégie de défense, décider des arguments à mettre en avant ou à éviter, ainsi que des éventuelles conditions de règlement. Cela pose des questions quant à la répartition intra-gouvernementale et intra-nationale des pouvoirs.

Supposons par exemple que l'agence gérant le différend soit également chargée de négocier les traités d'investissement et de gérer d'autres questions relatives aux activités économiques et politiques transfrontières, et que l'acte contesté par l'investisseur soit un manquement des représentants environnementaux à autoriser une proposition de projet. L'agence gouvernementale défendant l'affaire pourrait être habilitée à régler le différend en convenant de déroger aux prescriptions environnementales quelles que soient les préoccupations légitimes des représentants environnementaux<sup>3</sup>.

Tout un éventail de situations similaires pourrait se présenter dans lesquelles l'entité gérant le différend adopte une position contraire aux prérogatives d'autres agences nationales, à l'intention du pouvoir législatif ou aux droits des gouvernements sous-nationaux.

Corollairement, une agence défendant une affaire pourrait saper les droits de citoyens. Un accord de règlement pourrait autoriser un projet minier contre lequel se sont levées les communautés locales ; ou octroyer une **exemption fiscale** réduisant ainsi les fonds disponibles pour les services sociaux ; ou approuver des tarifs de l'électricité hors de portée des consommateurs ; garantir un accès privilégié à l'eau, la terre ou d'autres ressources naturelles **au détriment des demandes contraires**<sup>4</sup> ; ou bien encore inclure tout autre engagement à agir ou non, ou à payer ou à renoncer à une indemnisation.

Comme l'ont fait remarquer les tribunaux et les observateurs dans le contexte des différends nationaux, le fait de donner au gouvernement des pouvoirs si larges leur permettant de déterminer unilatéralement quels arguments mettre en avant et quels accords de règlement accepter peut avoir des effets significatifs – et négatifs – **sur les droits et intérêts de parties étrangères** au différend<sup>5</sup>. Comme l'a **souligné un universitaire**, « le consentement du *gouvernement* » n'implique pas nécessairement « le consentement des *gouvernés* »<sup>6</sup>.

Soulignant ces questions, la Chambre du commerce des États-Unis, une organisation commerciale, a mis en avant le problème « **sue and settle** » (ester et accepter le règlement) qui survient lorsque des agences gouvernementales règlent des poursuites lancées par des parties privées, plutôt que de les défendre. La Chambre du commerce des États-Unis affirme qu'en concluant ces accords de règlement, une agence gouvernementale s'engage en faveur de « règlements contraignants, approuvés par les tribunaux et négociés à huis clos, et sans la participation d'autres parties affectées ou du public », ce qui permet aux agences de contourner les normes légalement établies régissant le processus législatif, sapant la séparation des pouvoirs et créant une distorsion dans les priorités et les devoirs de l'agence en faveur de groupes externes privés<sup>7</sup>.

Ces préoccupations sont d'autant plus vraies dans le contexte du RDIE.

### 2. Protections dans l'intérêt public : droit national versus droit de l'investissement

Dans certains contextes nationaux, il existe plusieurs règles et mécanismes permettant un contrôle public et judiciaire des accords de règlement, par exemple :

- Les prescriptions statutaires qui s'appliquent avant la conclusion d'un accord de règlement, telles que les règles exigeant du gouvernement qu'il publie les accords proposés et laisse la possibilité de formuler des observations<sup>5</sup>
- Les règles permettant ou donnant aux parties étrangères au différend le droit d'intervenir dans les différends et de formuler des observations sur les accords de règlement ou de s'y opposer<sup>8</sup>
- Les prescriptions relatives à l'approbation judiciaire de certains projets d'accords<sup>9</sup>
- Les doctrines empêchant l'exécution d'accords de règlement contraires à la loi<sup>10</sup>.

Toutefois, les dispositions RDIE et les règlements d'arbitrage ne proposent pas ce genre de règles visant à protéger les droits et intérêts des parties étrangères au différend, ou de mécanisme permettant un contrôle public des projets d'accords de règlement.

D'une part, à l'exception d'un accord récent conclu par l'Union européenne<sup>11</sup>, il n'existe pas de prescription expresse dans les traités ou les règlements arbitraux selon laquelle un accord de règlement conclu entre les parties au différend et non soumis au tribunal devrait être rendu public. S'il est présenté au tribunal et enregistré en tant que jugement ou décision, il se peut que l'accord soit rendu public, mais trop tard pour une quelconque action. Un nombre croissant de traités ainsi que le Règlement sur la transparence de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) exigent la publication transparente des décisions, entre autres documents liés à l'arbitrage. Mais même dans ces cas, il n'existe pas de règle précise quant au moment de ces divulgations, et pas de règle selon laquelle même dans les cas où un accord de règlement serait transmis à un tribunal, il devrait être rendu public *avant* de recevoir la puissante approbation du tribunal.

En outre, les traités d'investissement et les règlements d'arbitrage qu'ils appliquent ne contiennent aucune disposition permettant aux parties étrangères au différend de se joindre à des différends en cours et d'y participer ou de contester des projets d'accord de règlement. Au mieux, les parties étrangères au différend peuvent participer en tant qu'*amicus curiae*, sans aucune garantie que leurs voix seront prises en compte. Et si certaines doctrines telles que le principe de *Monetary Gold* peuvent sauvegarder les droits des parties étrangères au différend en exigeant le rejet des affaires dont la résolution affectera les intérêts de parties étrangères au différend, les tribunaux ont eu tendance à appliquer trop strictement cette doctrine, voire pas du tout. Cela est particulièrement préoccupant car comme le montre **une étude récente**, il est plus probable qu'un accord de règlement soit trouvé lorsque les parties privées et l'État souhaitent tenir les résultats procéduraux et de fond secret des autres parties-prenantes<sup>12</sup>.

Finalement, compte tenu que les affaires RDIE relèvent du droit international, l'agence acceptant le règlement pourrait être en mesure d'affirmer avec succès que la prévalence du droit international sur le droit national justifie, voire ordonne l'exécution des règlements RDIE.

Même si l'accord de règlement est clairement illégal au titre du droit de l'État défendeur, il pourrait être difficile pour ce dernier (ou pour ces organes) d'empêcher son exécution. Supposons que les parties-prenantes d'un

État contestent avec succès la validité d'un accord de règlement devant les tribunaux nationaux. Si le gouvernement refuse par la suite de respecter cet accord, l'investisseur pourrait contester cette violation par le gouvernement dans un RDIE et obtenir gain de cause, puisque les tribunaux ont fait exécuter des engagements contractuels pris par les gouvernements même lorsque ces engagements sont d'une légalité douteuse au titre du droit national applicable<sup>13</sup>.

Un accord de règlement pourrait être encore mieux protégé contre les contestations s'il est intégré à une décision, même si des questions peuvent se poser quant à l'exécution des réparations non-pécuniaires. Au titre de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la Convention de New York), l'accord pourrait éventuellement être annulé ou suspendu au siège de l'arbitrage, ou se voir refuser l'exécution pour des raisons d'ordre public. Toutefois, ces possibilités de recours n'empêchent pas une éventuelle exécution<sup>14</sup>. Au titre de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la Convention du CIRDI), la possibilité de s'opposer à l'exécution est encore plus mince.

### 3. Les problèmes liés aux accords de règlement dans le cadre de demandes reconventionnelles

Ces préoccupations pourraient être exacerbées lorsque les obligations de fond au cœur de l'accord de règlement impliquent également des demandes reconventionnelles du gouvernement.

Bon nombre d'entre elles sont liées à la question générale de savoir si le gouvernement doit émettre et régler des recours, et lesquels : un État défendeur peut-il régler des recours portant sur les dommages causés par l'investisseur à ses citoyens ? Si oui, un accord de règlement empêcherait-il tout recours futur contre l'investisseur par les citoyens concernés ? Si certains tribunaux ont déclaré que les investisseurs qui ne sont pas partie à un accord de règlement ne sont pas concernés par ses termes, l'on ne sait pas bien s'il en est de même à l'heure d'évaluer les effets d'un accord de règlement RDIE obtenu par l'État, compte tenu du pouvoir discuté de celui-ci de représenter (et éventuellement d'éliminer les recours de) ses citoyens<sup>15</sup>.

Qu'est-ce qui pourrait empêcher un État d'utiliser des recours fondés sur la violation des droits humains ou du droit environnemental des communautés marginalisées comme objets de marchandage ? Existe-t-il des mécanismes fiables pour veiller à ce que les communautés reçoivent les deniers reversés par les investisseurs ? De même, existe-t-il des moyens de contrôler que les accords conclus par l'État soient appropriés au regard du comportement de l'investisseur et des dommages causés au tiers ? Existe-t-il des règles pour éviter toute collusion entre l'investisseur et l'État dans le règlement de certains différends par le biais d'un accord de règlement RDIE ?

Lorsqu'un accord de règlement RDIE prétend irrégulièrement limiter ou avoir le potentiel de limiter les recours de parties étrangères au différend, en quoi cela affecte-t-il la validité et le caractère exécutoire de l'accord de règlement ? Un règlement pourrait-il être annulé ou suspendu par des parties étrangères à l'accord pour

ces raisons ? Les parties étrangères à l'accord auraient-elles la possibilité de mettre en avant une exception à l'exécution fondée sur la « politique publique » ? De même, si l'investisseur, l'État ou les deux violent les obligations contenues dans l'accord de règlement et bénéficiant aux parties étrangères à l'accord, ces dernières auraient-elles la possibilité de réclamer l'exécution de l'accord ?

Ces questions ne trouvent pas facilement de réponse, et cette note conceptuelle ne vise pas à les examiner dans le détail – ainsi que de nombreuses autres questions qui pourraient se poser. Il est cependant important de les soulever afin de mettre en avant la réalité selon laquelle les demandes reconventionnelles pourraient bénéficier à l'État réalisant le règlement, mais pourraient ne pas bénéficier, voire causer du tort aux droits et aux intérêts de parties-prenantes au sein de l'État. Les mécanismes de procédure et de fond contenus dans les droits nationaux et international sont nécessaires pour éviter ces dommages au sein de l'État.

#### 4. Propositions relatives au règlement des différends relatifs aux investissements

Dans la mesure où le RDIE continue d'être inclus dans les traités d'investissement, les États pourraient envisager d'adopter des mesures leur permettant d'identifier et de répondre aux menaces à la bonne gouvernance posées par les accords règlements et les demandes reconventionnelles. Par exemple :

- Au niveau national, en tant que première étape essentielle, les États pourraient mettre en œuvre des règles et pratiques nationales relatives à leur capacité de régler les différends RDIE. Ces lois pourraient préciser qui a la capacité de conclure un accord de règlement et quelles sont les procédures à suivre, prévoir la transparence appropriée et une possibilité réelle de formuler des observations sur les accords de règlement envisagés, et exiger de ces accords de règlement qu'ils précisent qu'ils sont nuls ou invalides s'ils sont incompatibles avec le droit national et les normes applicables du droit international, notamment celles relatives aux droits humains, à la protection de l'environnement et d'autres domaines.

“ Les États pourraient veiller à ce que les traités et règlement d'arbitrage exigent clairement la transparence des accords de règlement conclus par le gouvernement. ”

- Au niveau international :

- Les États pourraient veiller à ce que les traités et règlement d'arbitrage exigent clairement la transparence des accords de règlement conclus par le gouvernement, notamment des accords qui ne sont pas adoptés dans le cadre de décisions ou de sentences.

- Les traités pourraient préciser que la validité de tout accord de règlement est assujettie au respect des prescriptions de procédure et de fond du droit national, des normes internationales des droits humains et d'autres domaines du droit international, le cas échéant.

- Qu'une telle formulation soit présente ou non dans le traité, les arbitres devraient refuser d'adopter des accords de règlement illégaux au titre du droit national (par exemple pour absence de compétence à conclure l'accord) dans le cadre de décisions ou de sentences, et les investisseurs ne devraient pas être autorisés à s'appuyer sur les obligations relatives au Traitement juste et équitable (TJE) ou à l'expropriation pour exécuter des accords illégaux ou garantir l'obtention d'une indemnisation pour leur violation.

- Les arbitres devraient s'abstenir d'adopter des accords de règlement dans le cadre de décisions si ceux-ci ne satisfont pas aux critères appropriés, notamment le fait que l'accord de règlement doit être légal et libre de toute collusion inappropriée ou corruption, et ne pas prétendre déroger ou affecter les droits de parties étrangères à l'accord.

- Les États parties à la Convention de New York pourraient envisager de conclure un instrument interprétatif clarifiant que l'exception fondée sur « l'ordre public » vise à empêcher l'exécution d'accords de règlement invalides et ultra vires au titre du droit national de l'État hôte, du droit international des droits humains ou d'autres domaines du droit international. Les États parties à la Convention du CIRDI pourraient préciser que si le tribunal prétend adopter un tel accord de règlement dans le cadre d'une décision, il s'agirait d'un « excès de pouvoir manifeste ».

#### Auteurs

Lise Johnson est responsable des questions liées au droit et aux politiques en matière d'investissement au Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI). Brooke Skartved Guven est chercheuse juridique, CCSI.

#### Notes

- 1 Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2016, juin). Investor-state dispute settlement: Review of developments in 2015. *IIA Issues Note*, 2. Tiré de [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4_en.pdf).
- 2 Voir Nations Unies, Bureau du Haut-commissariat aux droits de l'homme (HCDH). *Good governance and human rights*. Tiré de <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/GoodGovernanceIndex.aspx>.
- 3 Voir, par exemple, Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. la République fédérale d'Allemagne, Affaire CIRDI n° ARB/09/6, Décision (11 mars 2011) (règlement). Tiré de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0890.pdf>.
- 4 Cordes, K. Y., Johnson, L., & Szoke-Burke, S. (2016, mars). *Land deal dilemmas: Grievances, human rights, and investor protections*. Tiré de [http://ccsi.columbia.edu/files/2016/03/CCSI\\_Land-deal-dilemmas.pdf](http://ccsi.columbia.edu/files/2016/03/CCSI_Land-deal-dilemmas.pdf).
- 5 Voir, en général, Morley, M. T. (2014). Consent of the governed or consent of the government? The problems with consent decrees in government-defendant cases. *Journal of Constitutional Law*, 16(3), 637–696, pp. 647–649. Tiré de <http://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol16/iss3/2>. Voir également Johnson, L., & Sachs, L. (2015). *The TPP's investment chapter: Entrenching rather than reforming a flawed system*. Tiré de <http://ccsi.columbia.edu/2015/11/18/the-tpps-investment-chapter-entrenching-rather-than-reforming-a-flawed-system>.
- 6 Morley, *supra* note 5, p. 637 (italique ajoutée).
- 7 Chambre de commerce des États-Unis. (2013, mai). *Sue and settle: Regulating behind closed doors*, p. 3. Tiré de <https://www.uschamber.com/sites/default/files/documents/files/SUEANDSETTLEREPORT-Final.pdf>.
- 8 Par exemple, les règles fédérales de procédure civile des États-Unis, règles 24(a) et 24(b), tiré de [https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_24](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_24).
- 9 Par exemple, 42 U.S.C.S. § 9622, tiré de <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2015-title42/html/USCODE-2015-title42-chap103-subchap1-sec9622.htm> ; États-Unis c. Akzo Coatings of Am., 949 F.2d 1409, 1435 (6th Cir., 1991), tiré de <http://openjurist.org/949/f2d/1409/united-states-v-akzo-coatings-of-america-inc>; voir également Morley, *supra* note 5.
- 10 Morley, *supra* note 5, pp. 644, 683–688.
- 11 Accord de libre-échange UE–Singapour (ALEUES), mai 2015, annexe 9-E, art. 4(6). Tiré de <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.
- 12 Hafner-Burton, E. M., Puig, S., & Victor, D. G. (2016, septembre 27). Against international settlement? The social cost of secrecy in international adjudication. *Yale Journal of International Law*, 45 (forthcoming). Tiré de <https://ssrn.com/abstract=2720706>.
- 13 Voir Railroad Development Corp. c. Guatemala, Affaire CIRDI n° ARB/07/3, Décision (29 juin 2012), para. 234 ; Kardassopolulos c. Georgia, Décision sur la compétence (17 juillet 2007), paras. 182–184. Tiré de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf>.
- 14 Par exemple, *Belize Social Development. Ltd. c. Belize*, 794 F.3d. 99 (D.C. Cir., 2015), cert. denied, 84 USLW 3361 (9 janvier 2017).
- 15 Voir *Sempra Energy Int'l c. L'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/16, Décision (28 septembre 2007), para. 227. Tiré de <http://www.italaw.com/documents/SempraAward.pdf>.

# nouvelles en bref

## **Le règlement d'arbitrage du SIAC entre en vigueur ; le nouveau règlement de la CCS inclut un appendice sur les différends au titre de traités d'investissement**

Le **Règlement d'arbitrage des investissements** du Singapore Investment Arbitration Centre (SIAC) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017. L'on y retrouve, entre autres éléments intéressants, des dispositions relatives au rejet précoce des recours et des défenses, les communications des parties non contestantes et la divulgation obligatoire des accords de financement des tierces parties. Le tribunal peut tenir compte de ces accords à l'heure de déterminer la répartition des coûts.

Le **Règlement d'arbitrage 2017 de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS)** est entré en vigueur le même jour. L'appendice III contient des dispositions supplémentaires applicables aux arbitrages investisseur-État fondés sur un traité. Les tierces parties et les parties au traité non contestantes peuvent être invités par le tribunal à présenter une communication écrite, ou le lui demander. En outre, en l'absence d'accord sur le nombre d'arbitres, les tribunaux arbitraux seront par défaut composés de trois arbitres.

## **L'AECG est approuvé par le Parlement de l'UE ; son application provisoire dépend de sa ratification par le Canada**

Le 15 février 2017, le Parlement européen a approuvé l'**Accord économique et commercial global (AECG)**, conclu entre le Canada et l'Union européenne le 30 octobre 2016 après sept années de négociations. L'accord a été approuvé par 408 membres du Parlement européen et rejeté par 254, avec 33 abstentions.

**Comme l'indiquait ITN**, cette approbation ouvre la voie à l'application provisoire de l'accord, qui devrait intervenir dans les mois à venir, une fois que le Canada aura ratifié l'accord. Les dispositions relatives à la protection des investissements (notamment le Système de tribunal des investissements [STI]), aux investissements de portefeuille et à des dispositions du chapitre sur les services financiers n'entreront en vigueur qu'après la ratification au niveau national par les États membres de l'UE, ce qui pourrait prendre plusieurs années.

Après le vote, le Président de la Commission européenne **Jean-Claude Juncker a affirmé** : « Cet accord novateur nous donne l'occasion de façonner ensemble la mondialisation et d'influer sur la mise en place de règles commerciales internationales. Le meilleur exemple en est le travail que nous accomplissons d'ores et déjà avec nos amis canadiens en vue d'établir des règles multilatérales pour le traitement des investissements. ».

## **Trump retire les États-Unis du PTP ; il envisage plutôt des accords bilatéraux**

Le 23 janvier 2017, afin de **respecter une promesse de sa campagne**, le Président étasunien Donald Trump a formellement retiré les États-Unis du Partenariat trans-pacifique (PTP) **signé en février 2016**. L'administration Trump a indiqué vouloir **plutôt signer des accords bilatéraux**.

Lors de sa campagne, le Président étasunien avait également **promis de renégocier l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)** conclu avec le Canada et le Mexique. Lors d'une rencontre avec le Premier ministre canadien Justin Trudeau le 13 février 2017, Trump a déclaré que les **relations commerciales États-Unis-Canada ne nécessitent que quelques ajustements**, tandis que les relations avec le Mexique posaient de plus grands problèmes.

## **L'Union européenne et le Canada co-organisent des discussions sur un tribunal multilatéral des investissements**

Les 13 et 14 décembre 2016, la Commission européenne et le gouvernement du Canada ont co-organisé des **discussions préliminaires** sur la création d'un tribunal multilatéral des investissements. Les représentants

gouvernementaux de plusieurs pays ont pris part à la réunion tenue à huis clos à Genève.

Suite à la conclusion de l'AECG, **les deux organisateurs se sont engagés à travailler rapidement** à la création d'un tribunal permanent des investissements, s'appuyant sur le mécanisme **STI** inclus dans l'accord. **L'objectif du nouveau tribunal** est de remplacer le régime actuel d'arbitrage investisseur-État ad hoc ainsi que les STI bilatéraux inclus dans les accords commerciaux et d'investissement de l'UE. Il serait accessible à tous les pays intéressés afin de régler les différends fondés sur les traités d'investissement existants et à venir.

**L'Argentine, le Brésil, l'Inde, le Japon et d'autres nations auraient rejeté** l'initiative, que le Canada et l'Union européenne ont continué de promouvoir au Forum économique mondial (WEF) en Suisse. La ministre indienne du Commerce et de l'Industrie **Nirmala Sitharaman a déclaré** que « l'Inde rejette sommairement » l'idée selon laquelle l'AECG, qui inclut un mécanisme de règlement des différends investisseur-État (RDIE), puisse servir de modèle à un accord multilatéral similaire.

À cette occasion, la **ministre Sitharaman a également souligné** la position de l'Inde visant à exiger des investisseurs qu'ils épuisent les voies de recours locales avant de se tourner vers les tribunaux internationaux : « ce n'est qu'une fois que les possibilités locales de règlement des différends entre une entreprise et un gouvernement ont été épuisées que nous autoriserons la présentation des recours aux tribunaux arbitraux internationaux ».

Le 27 février, la Commission européenne a tenu une **réunion des parties-prenantes** sur une réforme multilatérale du règlement des différends en matière d'investissement. Elle organise également une **consultation publique** jusqu'au 15 mars sur les possibilités d'une telle réforme multilatérale.

## **Suite aux critiques contre l'AECG, des universitaires proposent une réforme de la politique et des négociations de l'UE en matière de commerce et d'investissement**

Le 5 décembre 2016, la région belge de Wallonie a publié la **Déclaration de Namur**, proposant de modifier la politique commerciale de l'UE et la manière dont elle mène ses négociations. Le document a été initialement signé par 40 universitaires de différents pays, notamment par Paul Magnette, le Ministre-Président de la Wallonie. La région avait fait la une des journaux en octobre 2016 lorsque son parlement avait **temporairement bloqué l'approbation de l'AECG** par le gouvernement fédéral belge.

Compte tenu des préoccupations publiques exprimées dans le cadre des négociations de l'AECG, la déclaration fait des propositions suivant trois principes : (1) le respect des procédures démocratiques, (2) la conformité avec les lois relatives aux aspects socio-économiques, sanitaires et environnementaux, et (3) la garantie des intérêts publics dans le mécanisme de règlement des différends.

En réponse à la Déclaration de Namur, plus de 60 universitaires européens ont loué le « processus de décision européen [qui] assure une légitimité démocratique unique, à de multiples niveaux (et bien au-delà de ce qui existe habituellement dans les États) » et dénoncé la menace des « tentatives de renationaliser certaines politiques européennes ». Ils ont émis la **Déclaration « Commercer ensemble »**, qui développe cinq propositions visant à rendre l'Union européenne plus démocratique.

Les propositions visent notamment à renforcer la transparence de toutes les institutions européennes quant aux objectifs qu'elles poursuivent dans le cadre de la politique commerciale internationale, ainsi que l'accès de « toutes les parties intéressées (et pas uniquement les investisseurs étrangers) » à des mécanismes de surveillance efficaces du respect par les États des accords internationaux, « y compris [les obligations] en matière de développement durable, environnementale, sociale et de protection de la santé ».

# sentences et décisions

## **Un tribunal du CIRDI rejette les recours présentés contre l'Indonésie fondés sur des licences minières falsifiées Churchill Mining PLC et Planet Mining Pty Ltd c. la République d'Indonésie, affaire CIRDI n° ARB/12/14 et affaire CIRDI n° ARB/12/40 Inaê Siqueira de Oliveira**

Après avoir rendu deux décisions distinctes sur la compétence, l'une dans l'affaire présentée par une entreprise britannique Churchill Mining PLC au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Royaume-Uni-Indonésie, et l'autre dans l'affaire présentée par l'entreprise australienne Planet Mining Pty. Ltd. au titre du TBI Australie-Indonésie, le tribunal arbitral a consolidé les deux procédures, puisque toutes deux s'appuyaient sur les mêmes faits, et a rendu une décision unique.

Les recours des deux demandeurs s'appuyaient sur le même ensemble de documents, considérés comme falsifiés par le tribunal arbitral. Celui-ci a donc déclaré tous les recours irrecevables, et ordonné aux demandeurs de payer les coûts de l'arbitrage et de rembourser à l'Indonésie 75 pour cent de ses dépenses juridiques.

### *Le contexte et les recours*

Un groupe de sept entreprises indonésiennes – le groupe Ridlatama – a présenté le projet minier East Kutai Coal Project (EKCP) aux demandeurs, projet visant à explorer un grand dépôt de charbon dans la régence de Kutai Est en Indonésie. Les demandeurs ont investi dans EKCP en acquérant toutes les parts de PT Indonesian Coal Development (PT ICD), une entreprise enregistrée en Indonésie.

Par la suite, certaines entreprises du groupe Ridlatama ont obtenu (de manière frauduleuse comme le déterminera plus tard le tribunal) des licences minières couvrant de grandes zones d'EKCP. Ces entreprises avaient conclu des accords de nantissement des actions et de coopération avec PT ICD leur permettant de planifier, de mettre en place et de réaliser toutes les opérations minières en échange de 75 pour cent des recettes générées.

Les conflits commencèrent dès 2010. Les zones couvertes par certaines licences octroyées au groupe Ridlatama chevauchaient largement les zones couvertes par les licences octroyées à d'autres entreprises. Sur recommandation du ministère indonésien pour la Forêt, le Régent de Kutai Est a révoqué toutes les licences octroyées aux entreprises du groupe Ridlatama.

Le groupe Ridlatama lança une procédure contre l'Indonésie devant les tribunaux nationaux, tandis que les demandeurs se sont tournés vers le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en 2012, exigeant l'indemnisation intégrale pour l'expropriation de leur investissement.

*Le droit applicable, et « l'obligation d'adopter les principes établis dans une série d'affaires cohérentes »*

Puisque les TBI ne faisaient pas mention des conséquences juridiques d'une falsification, le tribunal jugea bon d'appliquer, en plus des TBI, le droit indonésien et le droit international (para. 235). S'agissant de la pertinence de décisions antérieures, le tribunal considéra que bien qu'il ne fût pas tenu par des décisions antérieures, il devait dûment les prendre en compte car il avait « l'obligation d'adopter les principes établis dans

une série d'affaires cohérentes » afin de contribuer « au développement harmonieux du droit international des investissements » (para. 253).

### *Mécanisme frauduleux de falsification des licences minières*

L'Indonésie contestait l'authenticité de 34 documents. En substance, le différend portait sur la signature apposée sur ces documents. Les registres du gouvernement montraient qu'en général, ses représentants signent les documents importants (tels que ceux liés aux licences minières) à la main, tandis que toutes les signatures figurant sur les documents contestés avaient été reproduites à la machine.

En plus du problème de la signature, plusieurs étrangetés troublantes apparaissant dans des éléments auxiliaires pointaient vers la mise en place d'un mécanisme frauduleux de fabrication de documents. Certains documents existaient en plusieurs versions, ne contenaient pas la signature ou les initiales des représentants, ou ne figuraient pas dans la base de données du gouvernement. Il n'existait aucune trace documentaire de la procédure de demande de licence, et dix jours après que le Régent de Kutai Est ait révoqué les licences octroyées aux entreprises du groupe Ridlatama, un soi-disant décret de re-promulgation déclarant les licences de nouveau valables fut émis. Cette curiosité n'a pas échappé au tribunal : « Pourquoi un gouvernement révoquerait-il une licence un jour pour la remettre en vigueur dix jours plus tard ? » (para. 441). Tout bien considéré, le tribunal arbitral « déterminait qu'un mécanisme frauduleux avait infiltré les investissements des demandeurs dans EKCP » (para. 507).

S'agissant de savoir si les demandeurs avaient pris part au mécanisme frauduleux, le tribunal remarqua que les preuves pointaient « Ridlatama du doigt plutôt que les demandeurs pour ce qui est de la falsification des documents contestés » (para. 476).

### *Les conséquences juridiques de la falsification*

Afin d'établir les conséquences juridiques de la falsification, le tribunal arbitral se tourna vers le droit international et la jurisprudence en matière d'investissements. Il examina un grand nombre d'affaires et conclut que, en fonction des circonstances de chaque affaire, la fraude pouvait affecter la compétence du tribunal (tel que dans *Phoenix c. la République tchèque*, *Inceysa c. El Salvador* et *Europe Cement c. la Turquie*), affecter la recevabilité des recours (tel que dans *Plama c. la Bulgarie*) ou être examinée à la phase de l'examen quant au fond (comme dans *Cementownia c. la Turquie*, *Malicorp c. l'Égypte* et *Minotte c. la Pologne*).

S'appuyant sur les affaires *Venezuela Holdings c. le Venezuela*, *Phoenix c. la République tchèque*, *Europe Cement c. la Turquie* et *Hamester c. le Ghana*, le tribunal considéra qu'un comportement frauduleux représente un abus de droits (ou dans certaines circonstances un abus de procédure), ce qui est contraire au principe de bonne foi, car l'investisseur ne peut bénéficier de la protection d'un traité lorsque sa conduite sous-jacente est jugée abusive.

Le tribunal arbitral alla encore plus loin, observant que les affaires particulièrement graves de conduite frauduleuse, telles que *WDF c. le Kenya* et *Metal-Tech c. Ouzbékistan*, avaient été jugées contraires à la politique publique

internationale. Suivant cette idée, il considéra que « les recours découlant de droits fondés sur des éléments frauduleux ou falsifiés et délibérément ou déraisonnablement ignorés par un demandeur sont irrecevables au titre du droit public international » (para. 508).

Après avoir établi la gravité d'un mécanisme frauduleux visant à falsifier des licences minières, le tribunal arbitral se demanda si un méfait commis par une tierce partie (le groupe Ridlatama) pouvait affecter les recours des investisseurs. Pour ce faire, il s'appuya sur le test proposé dans l'affaire *Minnotte c. la Pologne* pour évaluer si les demandeurs avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance des méfaits du groupe Ridlatama.

Utilisant la norme de l'aveuglement volontaire (également appelée « ignorance délibérée »), le tribunal conclut que les demandeurs avaient fait preuve d'une absence remarquable de diligence. Selon lui, ils étaient conscients des risques liés au fait d'investir dans l'industrie charbonnière en Indonésie, qui connaît un « problème endémique » de corruption, et malgré cela, n'avaient pas fait preuve de diligence raisonnable et de contrôle dans leurs tractations avec le groupe Ridlatama.

En bref, puisque le mécanisme frauduleux affectait l'entièreté de l'investissement des demandeurs, le tribunal jugea tous leurs recours irrecevables.

#### Les coûts

Le tribunal considéra qu'il était approprié d'adopter le principe selon lequel « les frais suivent l'issue de l'instance » et ordonna aux demandeurs de régler l'ensemble des coûts. Puisque l'Indonésie avait eu des frais juridiques (environ 12 millions USD) bien plus importants que ceux des demandeurs (4 millions USD), le tribunal arbitral ordonna aux demandeurs de payer 75 pour cent des frais juridiques de l'Indonésie.

*Remarques* : le tribunal arbitral était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (présidente nommée par les co-arbitres, de nationalité suisse), d'Albert Jan van den Berg (nommé par le demandeur, de nationalité néerlandaise), et de Michael Hwang (nommé par le défendeur, de nationalité singapourienne). La décision du 6 décembre 2016 est disponible en anglais sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7893.pdf>. Les décisions sur la compétence dans les affaires *Churchill Mining Plc c. l'Indonésie* et *Planet Mining Pty Ltd c. l'Indonésie*, toutes deux datées du 24 février 2014 sont respectivement disponibles en anglais sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3103.pdf> et <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3104.pdf>.

#### **Renco n'a pas respecté une exigence formelle de renonciation au titre de l'Accord de promotion commerciale États-Unis-Pérou**

*Renco Group Inc. c. la République du Pérou, UNCT/13/1 María Florencia Sarmiento*

Un tribunal arbitral sous l'égide du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a déclaré que l'investisseur Renco Group Inc. (Renco), basé aux États-Unis, n'avait pas respecté l'exigence de renonciation contenue dans l'Accord de promotion commerciale (APC) États-Unis-Pérou. Aussi, le tribunal a décliné sa

compétence sur l'affaire.

#### Le contexte

Le 4 avril 2011, l'entreprise minière Renco, basée aux États-Unis, lança une procédure d'arbitrage en son nom propre et au nom de Doe Run Peru S.R. LTDA (DRP), entreprise qu'elle détient à 100 pour cent. Renco alléguait que le Pérou avait violé ses obligations d'accorder un traitement juste et équitable (TJE) et le traitement national au titre de l'APC, ainsi que certaines de ses obligations contractuelles. Dans une notification d'arbitrage amendée datée du 9 août 2011, Renco a retiré le recours au nom de son entreprise tout en maintenant le recours en son nom propre.

L'article 10.18(2)(b) de l'APC contient deux exigences distinctes : une exigence *formelle* de soumettre une renonciation écrite au droit de lancer ou de poursuivre devant un tribunal ou une cour administrative au titre du droit de n'importe quel pays, ou toute autre procédure de règlement des différends, toute procédure relative à une quelconque mesure constituant supposément une violation, et une exigence *matérielle*, au titre de laquelle l'investisseur doit s'abstenir de lancer ou de poursuivre des procédures locales violant la renonciation écrite.

La décision partielle rendue le 15 juillet 2016 porte sur la renonciation écrite accompagnant la notification d'arbitrage amendée de Renco. La renonciation indique que « dans la mesure où le tribunal refuse d'entendre tout recours lui étant présenté et fondé sur des motifs de compétence ou d'admissibilité, le demandeur se réserve le droit de présenter ces recours à une autre enceinte pour qu'ils soient déterminés quant au fond » – « réserve de droits » (paras. 58-59).

Le Pérou affirmait que Renco n'avait pas respecté les deux exigences formelle et matérielle de l'article 10.18(2) de l'APC. Il notait que compte tenu de la « réserve de droits », Renco se réservait le droit de présenter des recours à une autre enceinte et que, par conséquent, la renonciation de Renco n'était pas conforme aux termes de l'APC.

#### *L'analyse par le tribunal de l'exigence de renonciation de l'article 10.18(2) de l'APC*

Le tribunal entama son analyse en interprétant à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités les dispositions pertinentes invoquées dans le recours, qui établissent les procédures qu'un investisseur doit respecter afin de présenter un différend à un arbitrage, à savoir les articles de l'APC sur la « Soumission d'un recours à l'arbitrage », le « Consentement de chacune des parties à l'arbitrage » et les « Conditions et limites au consentement de chacune des parties ».

Le tribunal remarqua que sa compétence pouvait être établie au titre d'un accord d'arbitrage valable entre Renco et le Pérou, conclu au moment où Renco avait accepté l'offre permanente du Pérou de régler les recours par arbitrage conformément aux exigences de l'APC. Toutefois, il souligna que le respect de l'article 10.18(2) était une condition et une limite au consentement du Pérou à l'arbitrage, et un prérequis essentiel à l'existence d'un accord d'arbitrage, et donc à la compétence du tribunal.

S'agissant de la validité de la renonciation et de la réserve de droits de Renco, le tribunal considéra que la formulation de l'article 10.18(2)(b) démontrait que les renonciations soumises à des conditions sont inadmissibles, et que cette

interprétation est conforme à l'objet et au but de cet article, qui est de protéger un État défendeur contre les poursuites multiples. Le tribunal détermina également que l'article constitue une disposition de type « demi-tour interdit » empêchant l'investisseur de soumettre un recours postérieur à une enceinte nationale, y compris si le recours est rejeté pour des raisons de compétence ou de recevabilité.

Pour conclure, le tribunal analysa les conséquences du non-respect par Renco de l'article 10.18(2)(b). Il souligna qu'il aurait été préférable que le Pérou présente l'objection fondée sur la renonciation au début de la procédure car l'arbitrage avait commencé depuis longtemps et que l'affaire était devenue très complexe puisque les conséquences du non-respect de l'article 10.18(2)(b) sont très graves.

*Le tribunal rejette la tentative par Renco de rectifier la renonciation ou de séparer la réserve des droits et rejette l'argument de Renco selon lequel le Pérou a abusé de ses droits*

Dans sa décision, le tribunal tint également compte de (1) la possibilité ou non de rectifier la renonciation, (2) la possibilité pour le tribunal de séparer la réserve de droits et (3) de la question de savoir si les arguments et la conduite du Pérou en lien avec la renonciation constituaient un abus de droits.

S'agissant de la possibilité de rectifier la renonciation, Renco affirma que le défaut ne concernait que la forme et que les tribunaux avaient la possibilité de remédier aux problèmes liés aux exigences formelles. Le Pérou contesta que le tribunal n'était pas habilité à le faire. La majorité du tribunal conclut que la soumission d'une renonciation valable était une condition à l'existence initiale d'un accord valable et donc que le tribunal n'avait pas cette autorité. L'un des arbitres considéra que Renco avait la possibilité de purger sa renonciation défectueuse de manière unilatérale.

S'agissant du principe de séparation, le tribunal conclut que le principe ne pouvait être appliqué à l'affaire car il n'existait aucun accord d'arbitrage et donc que le tribunal n'avait pas le pouvoir de séparer la réserve de droits.

Le Pérou avait soulevé pour la première fois la question de la renonciation défectueuse dans sa notification des objections préliminaires, déposée trois ans après l'entame de la procédure. Renco affirmait que les objections du Pérou constituaient un abus de droits, affirmant que l'objectif du Pérou n'était pas de veiller au respect des droits associés à la renonciation mais de contourner son obligation d'arbitrer les recours de Renco fondés sur le traité. Le tribunal conclut que le Pérou avait légitimement cherché à exercer son droit de recevoir une renonciation conformément à l'article 10.18(2)(b). Il souligna cependant qu'il pouvait y avoir abus de droits si le Pérou arguait dans toute procédure future que les recours de Renco étaient proscrits du fait du délai de trois ans prévu à l'article 10.18(1).

*La décision et les coûts*

La majorité déclara que Renco n'avait pas respecté l'exigence formelle contenue dans l'article 10.18(2)(b) en incluant une réserve de droits dans la renonciation jointe à la notification d'arbitrage amendée, qu'il ne pouvait pas unilatéralement purger la renonciation défectueuse, et qu'il n'avait pas réussi à établir les prescriptions

pour le consentement du Pérou à l'arbitrage au titre du traité. Par conséquent, le tribunal rejeta les recours pour absence de compétence.

Dans la décision partielle sur la compétence, le tribunal avait reporté à plus tard l'examen de la question des coûts. Dans sa décision finale, le tribunal décida de s'éloigner du principe selon lesquels « les frais suivent l'issue de l'instance » contenu dans le Règlement de la CNUDCI puisque (a) le Pérou n'avait eu qu'un gain de cause relatif plutôt qu'absolu ; (b) les questions soulevées lors de la phase de la renonciation étaient nouvelles et complexes ; et (c) le Pérou avait tardé à présenter son objection à la compétence du tribunal fondée sur le non-respect par Renco de l'article 10.18(2)(b) du traité. Pour conclure, le tribunal décida que chacune des parties payerait ses propres frais juridiques et d'arbitrage, et la moitié des frais du tribunal et de l'autorité administrative.

*Remarques* : le tribunal arbitral était composé de Michael J. Moser (président nommé sur accord des parties, de nationalité australienne), de L. Yves Fortier (nommé par le demandeur, de nationalité canadienne), et de Toby T. Landau (nommé par le défendeur, de nationalité britannique). La décision partielle sur la compétence du 15 juillet 2016 est disponible en anglais sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7434.pdf> et en espagnol sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7435.pdf>, et la décision finale du 9 novembre 2016 est disponible en anglais sur [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7744\\_1.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7744_1.pdf) et en espagnol sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7745.pdf>.

**Pac Rim c. El Salvador : tous les recours sont rejetés ; OceanaGold condamnée à payer 8 millions USD de frais**  
*Pac Rim Cayman LLC c. la République d'El Salvador, Affaire CIRDI n° ARB/09/12*  
**Martin Dietrich Brauch**

Le 14 octobre 2016, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rejeté sur le fond tous les recours de Pac Rim Cayman LLC (Pac Rim) contre El Salvador. Le tribunal a condamné l'entreprise minière – actuellement détenue par l'entreprise australo-canadienne OceanaGold – à payer 8 millions USD pour couvrir les frais juridiques d'El Salvador.

*Le contexte factuel*

Entre 2002 et 2008, deux filiales salvadoriennes de Pac Rim ont acquis plusieurs licences d'exploration minière au Salvador. Le plus grand projet concernait le site d'El Dorado, à Cabañas, l'une des régions les plus pauvres du pays. Après avoir vérifié que la zone contenait d'importantes réserves aurifères à forte teneur, la filiale Pac Rim El Salvador (PRES) de Pac Rim a déposé une demande en décembre 2004 afin de convertir sa licence d'exploration – qui expirait en janvier 2005 – en une concession d'exploitation.

La demande ne contenait pas certains documents requis au titre du droit minier salvadorien, tels que le permis environnemental et le consentement des propriétaires de biens situés en surface de la zone concernée par la concession demandée.

Fin 2005, les autorités salvadoriennes ont proposé

d'amender le code minier pour limiter expressément la documentation requise à la zone concernée par les infrastructures minières ; s'il était approuvé, l'amendement entraînerait la réduction des documents que PRES devait obtenir et présenter. Bien qu'elles soutinssent PRES dans l'espoir que l'amendement soit approuvé, les autorités lui ont également formellement demandé de présenter les documents manquants et requis au titre du droit.

PRES ne les présenta toutefois pas, et le pouvoir législatif salvadorien rejeta l'amendement en février 2008. Le 10 mars 2008, le Président salvadorien Antonio Saca déclara qu'en principe il était contre l'octroi de nouveaux permis miniers ; un an plus tard, il déclara que Pac Rim ne recevrait pas de concession.

#### *Les recours et la décision sur la compétence*

Le 30 avril 2009, Pac Rim lança un arbitrage contre El Salvador – en son nom propre et au nom de ses filiales – au titre du code national de l'investissement et de l'Accord de libre-échange République Dominicaine-Amérique centrale-États-Unis (ALÉAC).

Réclamant des dommages supérieurs à 314 millions USD, l'entreprise arguait que le refus d'octroyer une concession pour le projet El Dorado résultait de la soi-disant interdiction *de facto* de l'extraction de minéraux métalliques imposée par El Salvador en violation des obligations du pays au titre des droits national et international. El Salvador contestait que Pac Rim n'avait pas le droit d'obtenir une concession d'exploitation, et que le pays n'avait pas violé ses obligations et ne devait donc verser aucune indemnisation.

Dans sa décision sur la compétence du 1er juin 2012, le tribunal rejeta les recours au titre de l'ALÉAC, mais accepta sa compétence au titre du code de l'investissement salvadorien.

#### *Le tribunal ignore une communication amicus curiae du CIEL*

Dans sa soumission comme partie non contestante, le Centre pour le droit environnemental international (CIEL) arguait que les mesures prises par El Salvador concernant El Dorado étaient soutenues par ses obligations internationales en matière de droits humains et d'environnement. Le tribunal considéra toutefois qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la soumission puisque les parties au différend n'avaient pas consenti à la divulgation des preuves factuelles au CIEL, et puisque les décisions du tribunal « n'exigent pas du tribunal qu'il examine les arguments juridiques avancés par le CIEL : et, en l'espèce, il serait inapproprié pour le tribunal de le faire » (para. 3.30).

#### *Le tribunal rejette les objections supplémentaires du Salvador à la compétence*

El Salvador arguait que les recours fondés sur le droit international et la constitution salvadorienne ne relevaient pas du consentement à l'arbitrage établi à l'article 15 du code de l'investissement. Le tribunal rejeta cette objection. Remarquant que le droit applicable n'était pas précisé dans le code de l'investissement ou dans tout autre accord conclu entre les parties, le tribunal invoqua l'article 42 de la Convention du CIRDI pour déterminer que le droit salvadorien (y compris la constitution) et les règles pertinentes du droit international s'appliquaient à l'affaire.

D'après El Salvador, le consentement à l'arbitrage international établi à l'article 15 était éclipsé par d'autres dispositions du droit salvadorien, car le code de l'investissement assujettit spécifiquement tous les investissements en sous-sol à la constitution et aux lois secondaires, et le code minier renvoie les différends relatifs aux licences d'exploration ou d'exploitation minières à la compétence exclusive des tribunaux salvadoriens. Cependant, le tribunal considéra que l'interprétation d'El Salvador n'était pas contraignante, et refusa « d'appliquer d'autres dispositions législatives outrepassant une expression de consentement à la compétence valable, claire et sans ambiguïté au titre du droit international » (para. 5.68).

El Salvador invoqua également le code civil salvadorien pour faire valoir que certains recours étaient proscrits. Le tribunal rejeta cette objection en rappelant : « le fait qu'une disposition du droit salvadorien prévoit le consentement à l'arbitrage ne signifie pas que les décisions du tribunal sur la compétence soient régies par le droit salvadorien » (para. 5.71). Il détermina également que les tribunaux d'investissement ne doivent pas nécessairement appliquer les délais de prescription prévus par le droit national.

#### *La décision porte sur le projet El Dorado*

Pour déterminer si Pac Rim avait le droit d'obtenir la concession pour le site El Dorado, le tribunal se centra sur deux aspects : l'interprétation légale de l'article 37(2) du code minier, et le recours pour estoppel ou *actos propios*. Tous deux sont résumés comme suit.

Pac Rim avait également présenté des recours auxiliaires portant sur cinq autres zones minières, mais le tribunal les rejeta tous, déterminant que l'investisseur n'avait pas démontré la responsabilité, la causalité et le préjudice.

#### *L'article 37(2)(b) est interprété de manière négative en l'espèce*

L'article 37(2)(b) exige du requérant d'une concession d'exploitation qu'il présente « le titre de propriété des biens ou l'autorisation légale accordée par le propriétaire ». Pour Pac Rim, cela concernait simplement des documents pour la zone (probablement) *directement affectée*, tandis que El Salvador considérait que les documents étaient requis pour *toute* la zone en surface de la concession demandée. Le tribunal rejeta l'argument de Pac Rim pour trois raisons.

La première était la complaisance de Pac Rim et de PRES : bien qu'elles sussent que l'interprétation de l'article 37(2)(b) par l'État n'était pas en leur faveur, elles se sont appuyées sur la possibilité d'un amendement, et n'ont pas exploré d'autres voies : « Elles étaient sûres que l'amendement de la législation leur serait favorable. Sur ce point elles se sont trompées » (para. 8.30).

Deuxièmement, le tribunal s'en remit à l'interprétation de la disposition par El Salvador, considérant que : « En général, un tribunal international doit s'en remettre à l'interprétation unanime de bonne foi de ses propres lois par les autorités responsables d'un État avant l'émergence du différend entre les parties » (para. 8.31).

Finalement, le tribunal examina une troisième raison, téléologique. Appliquant le principe de proportionnalité au titre de la constitution salvadorienne, il conclut que l'article 37(2)(b) exigeait le consentement des propriétaires ou occupants en surface faisant face à des

risques potentiels ou réels – en plus de ceux directement affectés par les activités – et conclut que Pac Rim n'avait pas respecté cette obligation.

*Le tribunal rejette le recours fondé sur la doctrine d'estoppel ou actos propios*

Pac Rim arguait également que El Salvador avait fait des « représentations claires et sans équivoques » selon lesquelles la question de l'article 37(2)(b) n'entraînerait pas un refus de la concession, et que Pac Rim s'était appuyé de bonne foi sur ces représentations ; aussi, au titre du droit international ou salvadorien, le pays ne serait pas en droit ou dans l'impossibilité d'affirmer le contraire. Toutefois, le tribunal considéra que El Salvador n'avait pas fait de telles représentations selon lesquelles, en l'absence d'un amendement de la disposition, PRES aurait été jugé comme étant en conformité avec l'exigence, ou que la concession aurait été octroyée même sans cette conformité.

*Remarques :* le tribunal du CIRDI était composée de V. V. Veeder (président nommé par les parties, de nationalité britannique), de Guido Santiago Tawil (nommé par le demandeur, de nationalité argentine) et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision est disponible en anglais sur [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7640\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7640_0.pdf) et en espagnol sur [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7641\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7641_0.pdf).

### **Un tribunal de l'ALENA condamne le Canada à verser plus de 28 millions CAD à un développeur étasunien de sites d'éoliennes**

*Windstream Energy LLC c. le Gouvernement du Canada, Affaire CPA n° 2013-22*  
**Matthew Levine**

Un tribunal arbitral constitué au titre du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) a atteint la phase de la décision finale. Bien qu'il ait rejeté les recours pour discrimination et pour expropriation indirecte, le tribunal a soutenu le recours pour manquement à accorder un traitement juste et équitable (TJE), et a condamné le Canada à payer des dommages-intérêts ainsi que la moitié des frais juridiques de l'investisseur, représentant un total de 28 millions CAD (environ 21,4 millions USD).

#### *Le contexte et les recours*

Le demandeur, Windstream Energy LLC (Windstream), est une entreprise enregistrée aux États-Unis, travaillant au développement d'un projet offshore de production d'électricité éolienne dans la province de l'Ontario, au Canada (le projet offshore)

En 2009, l'Ontario a mis en place un programme de tarifs de rachat garantis (TRG) lançant un appel d'offres aux producteurs indépendants d'énergie renouvelable pour la vente sur le réseau provincial. Dans le cadre de l'appel d'offres, Windstream s'est vu octroyé un contrat TRG pour le projet offshore.

Suite à plusieurs retards dans l'obtention des permis liés aux activités de développement de Windstream, l'Ontario a finalement imposé un moratoire sur les projets éoliens offshore. Le moratoire était principalement justifié par la nécessité de mener d'autres recherches scientifiques. Entre temps, les autres détenteurs de contrats TRG se sont vu offrir d'autres possibilités de participer au secteur de l'énergie propre d'Ontario, mais pas Windstream.

Windstream a lancé un arbitrage en janvier 2013, et le tribunal fut constitué en juillet 2013. Les recours de Windstream s'appuyaient principalement sur le fait que les actes de la province ne satisfaisaient pas à la norme TJE contenue dans l'ALENA, et avaient un effet équivalant à une expropriation.

#### *Le tribunal rejette le recours pour expropriation indirecte*

Selon le tribunal, le fait de déterminer si une expropriation indirecte a eu lieu est avant tout une question de preuve, il faut donc déterminer si une saisie réelle de propriété par l'État a eu lieu. Ce serait le cas même s'il n'y avait pas eu de transfert formel de titre, et même si l'État n'en avait pas tiré d'avantages économiques. Et pour déterminer si une saisie réelle a bel et bien eu lieu, il faut déterminer si l'investisseur a été substantiellement privé de la valeur de son investissement.

Après avoir examiné avec soin les preuves pertinentes, le tribunal conclut qu'en l'espèce, aucune expropriation n'avait eu lieu. Le tribunal pointa, entre autres facteurs, sur le fait que le contrat TRG était encore officiellement en vigueur et n'avait pas été unilatéralement annulé par l'Ontario, et que le dépôt de garantie de 6 millions CAD de l'investisseur existait toujours, n'avait pas été pris ou rendu nul par un acte ou un autre de la province. L'on ne pouvait donc affirmer que l'investisseur avait été privé substantiellement de son investissement.

#### *Le tribunal détermine que l'imposition d'un moratoire était injuste et inéquitable*

Les parties n'étaient pas d'accord quant au contenu de la norme minimale de traitement établie à l'article 1105(1) de l'ALENA, ni sur la manière dont le contenu de la norme devait être établi.

Selon le tribunal, c'était à chacune des parties de soutenir sa position sur le contenu auprès des autorités juridiques compétentes et avec les preuves appropriées. En principe, le contenu d'une règle du droit international coutumier, telle que la norme minimale de traitement, est déterminé au plus juste sur la base de la pratique réelle de l'État établissant une habitude démontrant également que les États ont reconnu cette pratique comme une règle de droit (*opinio juris*). Cependant, aucune des deux parties n'a produit ces preuves, et le tribunal dut donc s'appuyer sur des preuves indirectes pour déterminer le contenu, telles que les décisions prises par d'autres tribunaux établis au titre de l'ALENA.

En examinant les preuves indirectes présentées par les parties, le tribunal remarqua que Windstream invoquait l'élément TJE mais pas celui relatif à « la protection et la sécurité intégrales » contenus dans l'article 1105(1) de l'ALENA. Le tribunal étudia donc si les actes de l'Ontario étaient « injustes » et « inéquitables » au regard de la norme minimale de traitement du droit international coutumier, et rappela qu'il valait mieux pour cela s'appuyer sur les faits de l'affaire, plutôt que sur des concepts.

Le tribunal ne trouva rien d'injuste ou d'inéquitable dans la décision de l'Ontario d'imposer un moratoire sur les projets éoliens offshore et la procédure connexe. Il considéra que si les actes du gouvernement menant au moratoire auraient pu être plus transparents et s'il existait une opposition publique aux projets éoliens offshore, ces

facteurs n'équivalaient pas à une violation de l'ALENA.

Il considéra cependant que les actes réalisés par la province après le moratoire étaient plus troublants. Selon lui, l'Ontario avait peu fait pour répondre à l'incertitude scientifique et, plus important encore, avait peu fait pour régler le flou juridique et contractuel dans lequel s'est retrouvé Windstream après l'imposition du moratoire. Le tribunal conclut que le manquement à « prendre les mesures nécessaires, notamment pour donner instructions à l'OPA (l'Ontario Power Authority, l'agence réglementaire) dans une période de temps raisonnable après l'imposition du moratoire afin de clarifier l'incertitude réglementaire entourant la situation et le développement du projet, engendrée par le moratoire, équivaut à une violation de l'article 1105(1) de l'ALENA » (para. 380).

*L'évaluation des dommages se fonde sur des opérations comparables*

Le tribunal déterminait la méthode d'évaluation la plus appropriée compte tenu de l'étape spécifique de développement du projet. Il souligna que s'il était commun d'utiliser la méthode d'actualisation des flux de trésorerie pour évaluer les projets éoliens offshore, « elle n'est en général pas utilisée pour les projets n'étant pas financièrement clos, compte tenu des nombreux risques et incertitudes entourant de tels projets » (para. 474). En l'espèce, le tribunal considéra qu'il valait mieux évaluer le projet grâce à la méthode des opérations comparables.

Après avoir examiné les preuves relatives à des opérations comparables – des projets éoliens offshore en Europe – le tribunal nota que l'évaluation appropriée pour le projet de Windstream se situait entre 18 et 24 millions d'euros. Il pris ensuite en compte d'éventuels ajustements, mais conclut que la moyenne de cette fourchette était appropriée, soit 21 millions d'euros. Compte tenu du taux de change à la date de la décision, cela représentait 31 182 900 CAD.

Le tribunal remarqua toutefois que Windstream n'avait pas droit à l'indemnisation de la valeur totale de son investissement, qui incluait une lettre de crédit toujours valable et un contrat TRG toujours en vigueur. Le tribunal déterminait ensuite qu'il fallait retirer 6 millions CAD à la valeur fixée précédemment au titre de la lettre de crédit, mais que la valeur liée à une éventuelle reprise ou renégociation du contrat TRG s'annulait à la délivrance de la décision arbitrale.

*Les coûts*

Le tribunal approuva et prit note de l'accord des parties sur le principe de l'article 42 du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) établissant que « [l]es frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie qui succombe » (para. 512). Cette règle s'applique aux frais juridiques, mais pas aux frais d'arbitrage, c'est-à-dire aux coûts et aux frais du tribunal et de la Cour permanente d'arbitrage (CPA).

S'agissant de la répartition des frais juridiques, le tribunal rappela que Windstream avait eu gain de cause, et que bien qu'un seul de ses recours avait été accepté, c'était l'un des principaux. Finalement, le tribunal considéra qu'il était approprié que le Canada rembourse la moitié des frais juridiques de Windstream. S'agissant

des coûts de l'arbitrage, le tribunal considéra que ceux-ci découlaient de l'accord d'arbitrage des parties, et donc qu'il était plus approprié que chacune des parties en paye la moitié.

*Remarques* : le tribunal était composé de Veijo Heiskanen (président nommé sur accord des parties, de nationalité finlandaise), de R. Doak Bishop (nommé par le demandeur, de nationalité étasunienne), et de Bernardo Cremades (nommé par le défendeur, de nationalité espagnole). La décision finale de la CPA datée du 27 septembre 2016 est disponible en anglais sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7875.pdf>.

### **Un tribunal de la CPA rejette les recours pour expropriation et TJE relatifs à une entreprise d'éco-tourisme**

*Peter A. Allard c. le Gouvernement de la Barbade, Affaire CPA n° 2012-06*

**Amr Arafa Hasaan**

Le 27 juin 2016, un tribunal constitué sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) a rejeté tous les recours présentés par l'entrepreneur canadien Peter A. Allard contre la Barbade au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Canada-Barbade et du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Demandant plus de 29 millions CAD en dommages-intérêts, Allard prétendait qu'un manquement de la part de la Barbade à prendre des mesures de protection environnementale violait le TBI et avait entraîné la destruction de la valeur de son investissement dans un site écotouristique.

*Le contexte*

En 1994, Allard a décidé d'établir un site écotouristique au sud-ouest de la Barbade. Entre 1996 et 1999, il a créé et enregistré une entreprise et acquis des terres à la Barbade pour la construction d'une réserve naturelle, ouverte au public en 2004. Après un dysfonctionnement de l'usine de traitement des eaux usées de la côte sud en 2005, Allard décida de vendre la réserve naturelle en 2007, annonçant sa clôture le 29 octobre 2008.

Allard lança un arbitrage contre la Barbade le 21 mai 2010, alléguant que les actions et l'hésitation du gouvernement quant à la fermeture de la vanne de l'usine de traitement des eaux usées avaient causé des dommages environnementaux considérables, rendant nul son investissement dans le site écotouristique, en violation des dispositions du TBI sur le traitement juste et équitable (TJE), la protection et la sécurité intégrales (PSI) et l'expropriation.

Selon Allard, la réserve naturelle avait connu une importante dégradation environnementale qui avait petit à petit transformé le lieu en « à peine mieux qu'un marécage infesté de moustiques » (para. 56) au moment de sa clôture en 2009. La Barbade rejeta ces allégations, affirmant que l'écologie du site n'était déjà pas prometteuse lorsqu'Allard avait décidé de lancer ses opérations.

Dans une décision de 2014, le tribunal avait rejeté les objections *ratione materiae* et *ratione personae* de la Barbade à la compétence. Il avait déterminé qu'Allard détenait et contrôlait des actifs conformément au droit barbadien, et que ses actifs constituaient un investissement au titre du TBI. Il reporta toutefois

à la phase de l'examen quant au fond l'étude de l'objection *ratione temporis* de la Barbade à la compétence du tribunal.

*La décision d'Allard d'investir est antérieure aux représentations données par la Barbade ; pas de violation du TJE*

Allard alléguait que la Barbade n'avait pas respecté ses attentes légitimes d'investisseur et donc violé l'obligation TJE au titre du TBI. Il prétendait s'être appuyé sur les représentations données par certains représentants de la Barbade et reflétant l'engagement de la Barbade à préserver l'éco-environnement de la zone entourant le sanctuaire.

La Barbade soutint que la norme TJE correspondait à la norme minimale de traitement des étrangers au titre du droit coutumier international. Elle ajouta en outre que les représentations et les circonstances sur lesquelles Allard s'était appuyé avaient eu lieu après sa décision d'investir.

Le tribunal détermina qu'aucune des déclarations sur lesquelles Allard s'était appuyé n'équivalait à une représentation spécifique pouvant donner lieu à des attentes légitimes : il s'agissait de plans ou de rapports préparés par des experts engagés par Allard lui-même à titre privé. En outre, le tribunal conclut qu'à l'exception d'un document daté de 1986, toutes les représentations avaient été faites après sa décision d'investir en 1994. Aussi, le tribunal conclut que la Barbade n'avait pas violé l'obligation TJE.

*La Barbade a respecté ses engagements en matière de PSI*

Allard alléguait que l'engagement en matière de PSI impliquait plus que la simple sécurité contre toute interférence physique avec l'investissement. Il affirmait que la Barbade n'avait pas correctement géré la vanne, ce qui selon lui expliquait principalement la dégradation environnementale de la réserve naturelle, en plus du manquement à appliquer les lois environnementales. En réponse, la Barbade soutenait que la norme PSI était limitée à la protection contre les dommages physiques directs contre l'investisseur ou sa propriété.

Le tribunal détermina que la Barbade avait pris toutes les mesures nécessaires pour protéger l'investissement : les représentants barbadiens avaient mis en place les procédures visant à prévenir les dommages environnementaux à la réserve naturelle. Le tribunal conclut en outre que le soi-disant manquement de la Barbade à appliquer le droit environnemental pertinent n'est pas approprié pour la violation alléguée de la norme PSI. De plus, il souligna qu'Allard n'avait jamais prévenu la Barbade des problèmes liés à la non application de ces lois. Aussi, le tribunal détermina que la Barbade avait respecté son obligation PSI.

*Le recours pour expropriation indirecte est sans fondement*

Allard alléguait que les mesures prises par la Barbade équivalaient à une expropriation. Il indiqua notamment qu'en 2003, la Barbade avait mis en œuvre un plan de reclassification des terres voisines de la réserve naturelle, entraînant supposément une augmentation importante des impuretés sur le site, en faisant un site de conservation plutôt que de tourisme. Il ajouta que le manquement de la Barbade à appliquer les lois environnementales pertinentes et à faire correctement fonctionner la vanne permirent la dégradation environnementale du site. La

Barbade répondit quant à elle qu'Allard n'avait jamais été privé de la réserve naturelle ou de sa valeur économique. Au contraire, le pays avança que le site avait attiré des visiteurs jusqu'à sa fermeture en 2009.

Le tribunal était convaincu qu'Allard demeurait l'unique opérateur du site, qu'il s'agisse d'une attraction écotouristique ou d'un café par la suite : il n'avait pas été privé de la possession physique du bien immobilier. Il indiqua également qu'Allard avait retiré des bénéfices économiques de ses activités jusqu'à ce qu'il décide de clore le site. Le tribunal détermina également qu'Allard n'avait pas réussi à établir le lien causal entre la supposée dégradation de l'environnement voisin et sa décision de mettre fin à ses activités. Selon le tribunal, il n'avait pas non plus réussi à démontrer l'existence de dommages exceptionnels causés à l'environnement marin avant de prendre la décision de se séparer de la réserve naturelle. Pour le tribunal, le soi-disant manquement de la Barbade à faire appliquer les lois environnementales pertinentes ne représentait pas une violation de ses obligations au titre du TBI. Aussi, le tribunal rejeta le recours pour expropriation.

*Rejet des autres objections juridictionnelles*

L'article XIII(3) du TBI prévoit une période maximale de trois ans pour la présentation d'un recours portant sur un dommage découlant d'une violation du TBI. Puisqu'Allard avait déposé la demande d'arbitrage le 21 mai 2010, la Barbade maintenait que le tribunal n'avait pas compétence sur les faits survenus avant le 21 mai 2007. Dans sa décision de 2014 sur la compétence, le tribunal avait reporté à la phase de l'examen quant au fond sa décision sur l'objection *ratione temporis* à sa compétence en lien avec la soi-disant mauvaise gestion de la vanne avant le 21 mai 2007. Dans sa décision de 2016, après avoir déterminé que la Barbade avait satisfait à ses obligations au titre du TBI, le tribunal considéra qu'il était inutile d'examiner les objections restantes à sa compétence.

Dans sa déclaration finale lors de l'audience, la Barbade avança que les réponses données par Allard lors du contre-interrogatoire soulevaient deux nouvelles questions juridictionnelles. Le tribunal affirma toutefois que les nouvelles objections à la compétence ne se fondaient pas sur de nouveaux faits ou circonstances, et conclut qu'elles auraient dû être soulevées avant que la décision sur la compétence ne soit rendue.

*Remarques* : le tribunal de la CPA était composé de Gavan Griffith (président nommé par les co-arbitres, de nationalité australienne), d'Andrew Newcombe (nommé par le demandeur, de nationalité canadienne) et de W. Michael Reisman (nommé par le défendeur, de nationalité étasunienne). La décision du 26 juin 2016, incluant la décision du 13 juin 2014 en annexe, est disponible en anglais sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7593.pdf>.

#### Auteurs

**Inaê Siqueira de Oliveira** est étudiante en droit à l'Université fédérale de Rio Grande do Sul au Brésil.

**Maria Florencia Sarmiento** est assistante d'enseignement et de recherche à l'Université catholique d'Argentine.

**Martin Dietrich Brauch** est conseiller en droit international et travaille au Brésil pour le programme Investissement étranger et développement durable à l'IISD.

**Matthew Levine** est avocat au Canada et contributeur du programme Investissement étranger et développement durable de l'IISD.

**Amr Arafa Hasaan** est un ancien étudiant du Graduate Institute à Genève et de l'Université de Genève, et Conseiller auprès de l'autorité égyptienne des poursuites.

# ressources et évènements

## Ressources

### Le « Treaty Shopping » dans le droit international des investissements

Par *Jorun Baumgartner*, publié par *Oxford University Press*, février 2017

Cet ouvrage examine la pratique du « treaty shopping » – c'est-à-dire le changement stratégique de nationalité ou l'invocation stratégique d'une autre nationalité dans le but d'accéder à un autre traité d'investissement aux fins d'un arbitrage relatif aux investissements – pour comprendre les défis posés par cette pratique dans l'arbitrage relatif aux investissements. Il analyse cette pratique à la lumière du droit international coutumier et du droit international de l'investissement, et aborde les différentes manières dont les tribunaux arbitraux ont traité le jugement de valeur au cœur de la distinction entre le « treaty shopping » contestable et incontestable. L'ouvrage examine les pratiques de rédaction des traités d'investissement passés et actuelles, et formule des recommandations concrètes de réforme des accords d'investissement afin de les rendre moins sujets à cette pratique, à l'intention des États souhaitant mettre fin à la possibilité du « treaty shopping ». Disponible sur <https://global.oup.com/academic/product/treaty-shopping-in-international-investment-law-9780198787112>.

### La clause de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement

Par *Suzy H. Nikiéma*, publié par *IISD*, février 2017

La Nation la plus favorisée (NPF) est une disposition des traités d'investissement tout autant commune que controversée. Elle a fait l'objet d'interprétations diverses et inattendues par les tribunaux arbitraux constitués au titre d'un traité. C'est notamment depuis l'affaire *Maffezini c. l'Espagne* qu'une interprétation originale de la clause NPF a donné la possibilité aux investisseurs d'importer des dispositions plus favorables de Traités bilatéraux d'investissement (TBI) conclus entre l'État hôte et un pays tiers. Les controverses entourant la clause NPF posent des questions fondamentales dans le contexte des changements actuels dans le droit international de l'investissement et dans le régime de l'arbitrage. Partie intégrante de la **Série Bonnes pratiques de l'IISD**, cette étude réalise une typologie des traités d'investissement puis analyse les différentes interprétations de plusieurs questions clés par les tribunaux. Sont également examinées les questions soulevées par les interprétations distinctes de la clause NPF ainsi que les réactions des États dans leurs récents traités, afin d'en tirer des enseignements pour les États. Disponible en anglais et en français sur <http://www.iisd.org/library/iisd-best-practices-series-most-favoured-nation-clause-investment-treaties>.

### L'épuisement des voies de recours internes en droit international de l'investissement

Par *Martin Dietrich Brauch*, publié par *IISD*, janvier 2017

La règle de l'épuisement des voies de recours internes (EVRI) en droit international coutumier vise à sauvegarder la souveraineté des États en exigeant des particuliers qu'ils cherchent à obtenir réparation pour tous préjudices prétendument causés par un État dans le cadre de son système juridique interne avant d'engager des poursuites internationales contre ledit État. Les tribunaux arbitraux – statuant sur leur propre compétence – ont généralement dérogé à cette règle, permettant aux investisseurs étrangers de lancer un recours sans avoir fait précédemment usage des cours administratives ou judiciaires des États hôtes. Ces dernières années, certains États ont réintroduit une exigence obligatoire d'exercice ou d'épuisement des voies de recours internes dans leurs traités d'investissement, et d'autres États envisagent d'emprunter une voie similaire. Cette note consultative, qui fait partie de la **Série Bonnes pratiques de l'IISD**, examine les options et approches les plus avancées de l'exigence d'EVRI en droit international de l'investissement, sur la base des enseignements tirés du droit international coutumier, du droit international des droits de l'homme, et de la pratique des traités d'investissement et de la jurisprudence. Disponible en anglais et en français sur <http://www.iisd.org/library/iisd-best-practices-series-exhaustion-local-remedies-international-investment-law>.

### La promotion de l'égalité des sexes dans les investissements étrangers dans l'agriculture : enseignements tirés des normes volontaires de développement durable

Par *Kathleen Sexsmith*, publié par *IISD*, janvier 2017

Ce rapport analyse le contenu sexospécifique de cinq normes

majeures de durabilité agricole et de cinq principes relatifs à l'investissement responsable dans l'agriculture. Il répond à la question suivante : les principes et normes internationaux améliorent-ils l'égalité des sexes ? Il examine également la manière d'améliorer l'égalité des sexes en se fondant sur les succès et les échecs de ces initiatives. Les données d'expérience des normes de développement durable sont utilisées pour offrir des conseils pour un investissement responsable. Disponible sur <http://www.iisd.org/library/promoting-gender-equality-foreign-agricultural-investments-lessons-voluntary-sustainability>.

### Les conseils du FIG aux gouvernements : gestion des activités minières artisanales et à petites échelles

Par *Dan Paget, Nicholas Garrett & Alec Crawford*, publié par le *Forum intergouvernemental des mines, des minerais, des métaux et du développement durable (FIG)*, janvier 2017

Ce document d'orientation propose aux gouvernements une procédure détaillée leur permettant de développer, de mettre en œuvre et de contrôler une stratégie de gestion effective de l'activité minière artisanale et de petite taille. Il inclut des étapes sur la manière de veiller à l'élaboration et à la mise en œuvre d'une stratégie inclusive et efficace, ainsi que sur une gouvernance effective de la totalité de la procédure. Il encourage l'utilisateur à se centrer sur le contexte local, et à penser continuellement aux moyens les plus pratiques et réalistes pour un gouvernement d'atteindre ses objectifs en matière de développement durable dans le secteur minier artisanal. Disponible sur <http://www.iisd.org/library/igf-guidance-governments-managing-artisanal-and-small-scale-mining>.

### Lex Petrolea et le droit international de l'investissement : droit et pratique dans le golfe Persique

Par *Nima Mersadi Tabari*, publié par *Routledge*, 2016

L'ouvrage analyse la jurisprudence relative au règlement de différends précoces relatifs au pétrole entre les États hôtes du golfe Persique et les investisseurs étrangers. L'auteur examine les causes historiques, politiques et socio-économiques des cadres existants et niveaux de protection accordés aux investisseurs étrangers. Mettant l'accent sur les différends relatifs au pétrole, l'auteur propose d'abord une étude complète de la jurisprudence du droit international de l'investissement et des arbitrages découlant de traités d'investissement. Sur cette base, et dans trois chapitres distincts, il présente une analyse approfondie des régimes juridiques régissant la question dans les principaux pays producteurs de la région : l'Arabie Saoudite, l'Iraq et l'Iran. Disponible sur <https://www.routledge.com/Lex-Petrolea-and-International-Investment-Law-Law-and-Practice-in-the-Tabari/p/book/9781138656499>.

### La non-discrimination et le rôle de l'objectif réglementaire dans le droit international commercial et de l'investissement

Par *Andrew D. Mitchell, David Heaton, & Caroline Henckels*, publié par *Edward Elgar*, 2016

Les prescriptions relatives à la non-discrimination, telles que le traitement NPF et le traitement national, sont essentielles au droit commercial international et au droit international de l'investissement. Cependant, ces deux domaines présentent de profondes incohérences dans la manière dont les arbitres ont abordé les principaux éléments du test de la non-discrimination. Les auteurs étudient et discutent de la manière dont les tribunaux ont utilisé le concept de l'objectif réglementaire pour déterminer l'occurrence ou non d'une discrimination, et proposent une nouvelle définition de l'objectif réglementaire permettant d'encadrer le test de la discrimination abusive dans ces deux domaines du droit. L'ouvrage compare et contraste le droit commercial et le droit de l'investissement, dresse plusieurs parallèles et suggère des domaines dans lesquels l'un des systèmes juridiques peut apporter une réponse ou éclairer certains problèmes survenant dans l'autre système juridique. Disponible sur <http://www.e-elgar.com/shop/non-discrimination-and-the-role-of-regulatory-purpose-in-international-trade-and-investment-law>.

### Les investissements privés et l'agriculture : l'importance d'intégrer le développement durable dans la planification et la mise en œuvre

Par *Livia Bizikova*, publié par *IISD*, décembre 2016

L'agriculture représente souvent une source de revenus et

de sécurité alimentaire pour les populations de nombreux pays. Nous avons récemment assisté à l'augmentation des investissements à grande échelle dans le secteur agricole. Ce phénomène soulève de nombreuses questions politiques : dans quelle mesure ces investissements à grande échelle dans le secteur agricole contribuent-ils à l'amélioration des moyens de subsistance locaux, et des conditions économiques et environnementales locales ? Ces contributions sont-elles à la hauteur des investissements nécessaires dans le secteur pour réduire la pauvreté rurale et l'insécurité alimentaire ? Cette note conceptuelle examine certains aspects de ces questions, mettant l'accent dans les domaines suivants : les effets sur la quantité de l'eau, sur la qualité des terres et des sols, sur les droits fonciers, sur les bénéfices communautaires et la migration non-agricole. Disponible sur <http://www.iisd.org/library/private-investments-and-agriculture-importance-integrating-sustainability-planning>.

**Réaffirmation du contrôle sur le régime des traités d'investissement**

*Par Andreas Kulick (Ed.), publié par Cambridge University Press, décembre 2016*

Poussées par l'opinion publique dans les États hôtes, les parties contractantes aux accords d'investissement examinent différentes voies pour endiguer un système perçu comme étant hors de contrôle. L'ouvrage examine les nombreux problèmes de procédure, de droit matériel et de politique découlant de ce phénomène. Des aspects de procédure tels que les mécanismes relatifs aux recours abusifs, à l'établissement de mécanismes d'appel ou d'arbitrage entre États, en passant par les questions de fond telles que les interprétations conjointes, la résiliation des traités ou la définition détaillée des normes de protection, l'ouvrage identifie et aborde les principaux moyens utilisés par les États pour réaffirmer leur contrôle sur l'interprétation et l'application des traités d'investissement. Chacun des chapitres aborde l'une de ces voies et évalue sa capacité à être utilisée comme un outil de réaffirmation de contrôle pour les États. Disponible sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/reassertion-control-over-investment-treaty-regime>.

**Le droit international de l'investissement et la gestion des ressources en eau : évaluation de l'expropriation indirecte**

*Par Ana Maria Daza-Clark, publié par Brill | Nijhoff, décembre 2016*

La variabilité hydrologique, la concurrence croissante pour l'eau, et la nécessité de souplesse réglementaire peuvent de plus en plus contraindre les gouvernements à adopter des mesures aux effets économiques significatifs sur l'investissement étranger. L'ouvrage propose une évaluation de l'expropriation indirecte en revisitant la doctrine des pouvoirs politiques. Par le prisme du droit international de l'investissement, l'auteure examine un cadre qui évalue l'exercice légitime du pouvoir politique en portant une attention particulière à la nature spécifique des ressources en eau. Disponible sur <http://www.brill.com/products/book/international-investment-law-and-water-resources-management>

**L'accord d'investissement global de l'ANASE : la régionalisation du droit et de la politique en matière d'investissement étranger**

*Par Julien Chaisse & Sufian Jusoh, publié par Edward Elgar, 2016*

Le droit international de l'investissement est l'un des domaines du droit et de la politique économiques internationaux connaissant une évolution rapide et s'appuyant de plus en plus sur des traités d'investissement à large composition, tels que l'Accord d'investissement global (ACIA) de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE). Cet ouvrage examine le rôle de ce traité international spécifique sur l'investissement et le replace dans la tendance mondiale plus grande de la régionalisation du droit et de la politique en matière d'investissement étranger. D'après les auteurs, l'engagement collectif en faveur d'une norme commune contribue à dépolitiser tout éventuel conflit entre les investisseurs et les États hôtes, rendant l'accord particulièrement essentiel aux discussions impliquant les États membres de l'ANASE et entre l'ANASE et les partenaires au dialogue, ainsi que pour les décisions d'investissement notamment la libéralisation et la facilitation de l'investissement. Disponible sur <http://www.e-elgar.com/shop/the-asean-comprehensive-investment-agreement>.

**Prescriptions de résultats et mesures incitatives à l'investissement au titre du droit économique international**  
*Par David Collins, publié par Edward Elgar, 2016*

L'ouvrage analyse les prescriptions de résultats et les mesures incitatives à l'investissement, outils essentiels de toute politique économique. Adoptant une définition volontairement large de ces deux instruments, il évalue la manière dont ils sont traités par le droit économique international, et fait le lien entre le débat entourant l'utilisation de ces outils et la montée des marchés émergents comme participants clé à la mondialisation économique. Mettant l'accent sur la relation entre prescription de résultat et mesure incitative à l'investissement, l'auteur illustre les problèmes causés par leur contrôle différencié et envisage certaines approches possibles pour garantir un contrôle effectif. Se fondant sur la théorie relative à la gouvernance des réseaux, il envisage un régime de gouvernance unifié, qui permettrait une évaluation plus complète et systématique. Disponible sur <http://www.e-elgar.com/shop/performance-requirements-and-investment-incentives-under-international-economic-law>.

**Événements 2017**

**29 mars**

**LES DISCUSSIONS DE GENÈVE SUR L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER EN AFRIQUE**, « La montée des obligations des investisseurs dans les accords d'investissement africains »,

Universités de Genève et de Lausanne, à l'Université de Genève, Genève, Suisse, <http://aila.org.uk/resources/Pictures/Geneva%20Talks%20-%202017%20March%202017.pdf>

**30-31 mars**

**FORUM MONDIAL 2017 DE L'OCDE SUR LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION & L'INTÉGRITÉ**, « Dans l'intérêt public : renforcer les normes de l'intégrité »,

Organisation pour la coopération et le développement économiques, au Centre de conférences de l'OCDE, Paris, France, <https://www.oecd.org/cleangovbiz/integrity-forum-2017.htm>

**2 avril**

**CONFÉRENCE « CHANGEMENT DE PARADIGME DANS LE DROIT INTERNATIONALE DE L'INVESTISSEMENT »**,

Africa International Legal Awareness (AILA) & Faculté de droit de l'Université de Genève, au Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Le Caire, Égypte, <http://aila.org.uk/page-1806075>

**4 avril**

**CONFÉRENCE CONJOINTE CNUDCI-LAC SUR LE RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS**, Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) & Ljubljana Arbitration Centre (LAC), à la Slovenian Chamber of Commerce and Industry, Ljubljana, Slovénie, <http://www.sloarbitration.eu/en/Joint-UNCITRAL-LAC-Conference>

Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) & Ljubljana Arbitration Centre (LAC), à la Slovenian Chamber of Commerce and Industry, Ljubljana, Slovénie, <http://www.sloarbitration.eu/en/Joint-UNCITRAL-LAC-Conference>

**11 avril**

**RÉUNION D'EXPERTS « DÉVELOPPER UN NOUVEAU MÉCANISME DE REDEVABILITÉ ET DE RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS »**,

IISD & American University Washington College of Law's Program on International and Comparative Environmental Law, at American University, Washington D.C., États-Unis, <http://www.iisd.org/event/washington-expert-meeting-developing-new-accountability-dispute-settlement-mechanism-investment>

**12-15 avril**

**11<sup>ème</sup> RÉUNION ANNUELLE DE L'ASIL**, « Les valeurs du droit international », American Society of International Law (ASIL), au Hyatt Regency Capitol Hill, Washington D.C., États-Unis, <https://www.asil.org/annualmeeting>

**12 avril**

**14<sup>ème</sup> CONFÉRENCE ANNUELLE ITA-ASIL**, « Le financement par des tiers dans l'arbitrage international : considérations légales et éthiques », Institute for Transnational Arbitration (ITA) & ASIL, au Hyatt Regency Capitol Hill, Washington D.C., États-Unis, <http://www.cailaw.org/Institute-for-Transnational-Arbitration/Events/2017/ita-asil.html>



Les documents de L'IISD, 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'IISD contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce et les investissements internationaux, la politique économique, les changements climatiques et l'énergie, la gestion du capital naturel et social ainsi que 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 mondiales entre les chercheurs, praticiens, citoyens et décideurs.

L'IISD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Le financement de ses dépenses de fonctionnement de base provient du gouvernement du Canada, par l'entremise du Centre de recherche pour le développement international (CRDI), ainsi que du ministère des Affaires étrangères du Danemark et 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 Martin Dietrich Brauch à [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)

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

International Institute for Sustainable Development  
International Environment House 2  
9, Chemin de Balexert,  
5th Floor, 1219, Chatelaine,  
Geneva, Switzerland

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