

# L'indemnisation en vertu des traités d'investissement : Quels sont les problèmes et qu'est-il possible de faire ?

Jonathan Bonnitcha  
Sarah Brewin

décembre 2020

Les traités d'investissement permettent aux investisseurs étrangers concernés de recourir à un arbitrage international s'ils considèrent qu'un État d'accueil a enfreint le traité. Si le tribunal arbitral conclut que l'État d'accueil a enfreint le traité, il ordonnera à ce dernier d'indemniser l'investisseur. Les principes juridiques régissant l'indemnisation – et la manière dont les tribunaux ont interprété et appliqué ces principes – déterminent le montant que l'État d'accueil doit payer. De cette façon, les principes régissant l'indemnisation ont des implications directes et pratiques pour les États, les investisseurs et les autres participants au régime des traités d'investissement.

Malgré son immense importance pratique, la question de l'indemnisation (ou des « dommages-intérêts ») dans le cadre des traités d'investissement a reçu étonnamment peu d'attention à ce jour. Nous identifions dans cette note les principales préoccupations liées à l'approche actuelle des tribunaux et nous suggérons une série de réformes que les États pourraient adopter pour résoudre ces problèmes<sup>1</sup>.

## Quels sont les problèmes ?

### 1. Les montants d'indemnisation accordés sont importants – et ils sont en augmentation

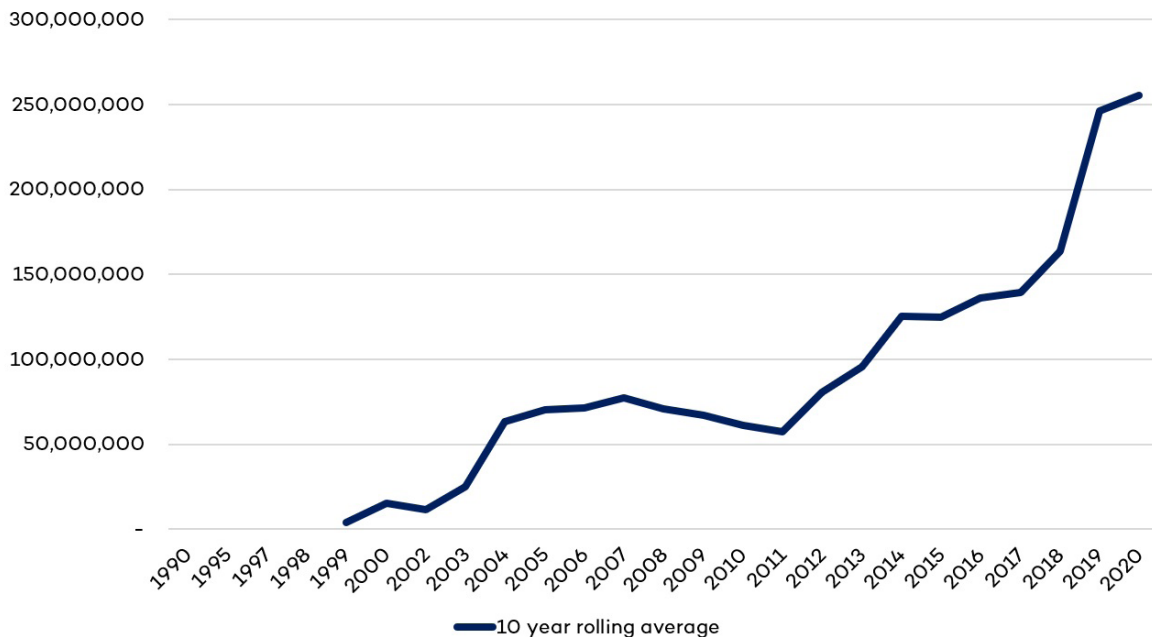
Au début des années 2000, des montants d'indemnisation accordés s'élevant à des dizaines de millions de dollars étaient considérés comme importants. Rétrospectivement, ces sommes paraissent dérisoires. À l'heure actuelle, la plus grosse indemnisation dans une procédure d'arbitrage concernant un traité d'investissement a été prononcée dans l'affaire *Hulley c. Russie* et a atteint un montant de 40 milliards USD. (Il s'agissait de la plus importante d'une série de

<sup>1</sup> Les lecteurs intéressés par une exploration plus approfondie de ces questions sont invités à lire la publication des auteurs, Bonnitcha, J. & Brewin, S. (2020). *L'indemnisation en vertu des traités d'investissement. Série Bonnes pratiques de l'IISD*. <https://www.iisd.org/publications/iisd-best-practices-series-compensation-under-investment-treaties>.



plaintes faisant suite à la nationalisation de Yukos, au cours de laquelle 50 milliards USD au total ont été attribués. Il existe actuellement 50 affaires connues dans lesquelles un tribunal a attribué une indemnisation de plus de 100 millions USD, dont huit affaires connues dans lesquelles un tribunal a accordé plus de 1 milliard USD.

**Figure 1.** Sentences arbitrales de 1990 à 2019 - Moyenne mobile sur 10 ans (USD).



Source des données : CNUCED et Italav.

## 2. Des indemnisations importantes sont accordées dans le cadre de litiges portant sur la réglementation, même si l'exploitation de l'investissement continue d'être rentable

Les dispositions conventionnelles existantes sur l'indemnisation trouvent leur origine dans l'ère de la décolonisation des années 1960 et 1970. Il existait à cette époque de graves désaccords entre les pays développés et les pays en développement sur le niveau d'indemnisation à verser pour l'expropriation d'actifs détenus par des étrangers. En dernière analyse, les dispositions des traités d'investissement sur l'indemnisation pour expropriation reflétaient le point de vue des pays développés : l'indemnisation devait être égale à la juste valeur marchande d'un bien exproprié, quelles que soient les circonstances dans lesquelles l'actif avait été acquis ou la capacité de payer de l'État d'accueil<sup>2</sup>. Nonobstant ce désaccord fondamental, les pays développés comme les pays en développement faisaient l'hypothèse que les différends relatifs aux investissements portaient généralement sur la saisie par l'État d'accueil d'actifs détenus par des étrangers.

À l'inverse, la plupart des différends récents entre investisseurs et États découlent d'interactions réglementaires entre l'État et l'investisseur, plutôt que de la saisie d'actifs. Cette situation est par exemple illustrée par la série d'arbitrages contre l'Espagne en réponse à des modifications des tarifs payés aux producteurs d'électricité solaire. Les issues de ces affaires sont très variables

<sup>2</sup> Bonnitca, J., Poulsen, L. N. S., & Waibel, M. (2017). *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford University Press, 199.



et vont du rejet des demandes des investisseurs dans leur intégralité dans certains cas à des indemnités importantes dans d'autres cas. Dans l'affaire *NextEra contre l'Espagne*, par exemple, le tribunal a accordé 327 millions USD à l'investisseur, au motif qu'il avait droit au taux de rendement supérieur à celui du marché qu'il aurait obtenu en l'absence du changement réglementaire<sup>3</sup>.

### 3. Des indemnités importantes sont accordées pour ingérence dans des investissements planifiés qui n'ont jamais vu le jour

Un autre problème dans la pratique arbitrale récente est la volonté croissante des tribunaux d'accorder des sommes importantes en indemnisation pour l'ingérence des États dans des investissements planifiés qui n'ont jamais vu le jour. Dans de telles affaires, il peut y avoir un écart important entre le montant d'argent réellement investi par l'investisseur et le montant d'indemnisation obtenu. Dans l'affaire *Tethyan Copper c. Pakistan*, un investisseur s'est vu accorder 4 milliards USD plus les intérêts parce que le Pakistan n'avait pas accordé les autorisations nécessaires à l'investisseur pour construire et exploiter une mine – même si la mine n'a jamais été construite. Le tribunal a fondé cette indemnisation sur son estimation du revenu que l'investissement aurait rapporté sur l'ensemble de son cycle d'exploitation de 50 ans s'il avait été réalisé<sup>4</sup>. Le montant de cette sentence est presque aussi élevé que celui du plan de sauvetage du Fonds monétaire international qui avait été convenu deux mois plus tôt dans l'intention de sauver l'économie pakistanaise de l'effondrement<sup>5</sup>.

La possibilité de verser des indemnités importantes, en particulier pour interférence avec des investissements planifiés qui ne sont jamais vu le jour en pratique, risque également d'encourager une corruption grave<sup>6</sup>. En effet, la possibilité d'octroyer des indemnités importantes augmente les bénéfices potentiels pour un investisseur sans scrupules de conclure des contrats d'investissement corrompus avec un État d'accueil, même si l'investisseur n'a aucune intention d'exécuter le contrat.

### 4. La pratique des tribunaux s'écarte des principes du droit international précédemment acceptés et de la pratique d'autres tribunaux nationaux et internationaux

Plusieurs facteurs sont responsables de l'augmentation du montant des indemnités accordées dans les arbitrages de traités d'investissement. Mais le facteur prépondérant est probablement la volonté accrue des tribunaux de fonder l'indemnisation sur les projections des revenus futurs attendus d'un investissement sur l'ensemble de son cycle de vie. La technique d'évaluation la plus couramment utilisée pour calculer l'indemnisation sur cette base est la méthode d'actualisation

<sup>3</sup> *NextEra Energy Global Holdings BV et NextEra Energy Spain Holdings BV c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI° ARB/14/11. Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles (Décision sur la compétence, la responsabilité et les principes de quantification des dommages), paragraphes 651 à 666.

<sup>4</sup> *Tethyan Copper Company Pty Limited c. République islamique du Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/12/1, Sentence, para. 278 (12 juillet 2019).

<sup>5</sup> Masood, S. (12 mai 2019). Pakistan to accept \$6 billion bailout from I.M.F. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2019/05/12/world/asia/pakistan-imf-bailout.html>

<sup>6</sup> L'attribution de 9,6 milliards USD dans l'affaire P&ID c. Nigeria, bien qu'il s'agisse d'une demande de RDIE basée sur un contrat, est un exemple où cela a été allégué. Voir également Amin, K. (23 octobre 2020). Did an alleged corrupt natural gas contract rob Nigeria of US\$9.6 billion? *Transparency International*. <https://www.transparency.org/en/blog/did-an-alleged-corrupt-natural-gas-contract-rob-nigeria-of-9-6-billion>



des flux de trésorerie (discounted cash flow - DCF). La pratique des tribunaux à cet égard s'écarte des principes du droit international précédemment acceptés<sup>7</sup>, ainsi que des directives de la Banque mondiale sur l'évaluation des investissements étrangers<sup>8</sup>.

La pratique arbitrale diffère également de la pratique comparable d'autres cours et tribunaux internationaux. Il est bien connu que le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) n'aboutit généralement pas à une indemnisation pour les requérants qui ont obtenu gain de cause. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est un exemple de régime juridique international qui, comme le régime des traités d'investissement, permet aux acteurs privés de poursuivre les États en justice pour obtenir une indemnisation financière. Néanmoins, les indemnités accordées dans ces différends sont bien inférieures à celles des traités d'investissement<sup>9</sup>.

## 5. Les approches existantes sont complexes et coûteuses

La complexité de la jurisprudence en matière d'indemnisation augmente les coûts et désavantage les pays qui n'ont pas la capacité interne de s'engager dans une argumentation détaillée sur les subtilités des différentes méthodes d'évaluation. La méthode DCF est particulièrement complexe, car elle repose sur un ensemble complexe de prévisions et d'hypothèses imbriquées sur l'avenir de l'investissement pendant toute sa durée de vie. Les investisseurs étrangers plaident presque toujours en faveur de l'utilisation de cette méthode, car elle tend à conduire à des indemnités plus importantes. Les investisseurs requérants s'appuient généralement sur des consultants financiers spécialisés pour fournir des preuves d'expert à l'appui des évaluations qu'ils proposent. Les États d'accueil doivent donc engager leurs propres experts financiers pour réfuter les données de l'évaluation de l'investisseur. La complexité de la méthode DCF et le recours des parties à des témoins experts font grimper les frais de justice. Dans l'affaire *Tethyan Copper c. Pakistan*, le requérant a dépensé 4,5 millions USD pour des experts financiers et 17,5 millions USD en frais juridiques pour la seule phase de la procédure portant sur le calcul de l'indemnisation<sup>10</sup>. Le Pakistan a dépensé près de 10 millions USD pour défendre la phase de calcul de l'indemnisation, qui comprend les experts financiers et les frais juridiques<sup>11</sup>.

## 6. La jurisprudence arbitrale est incohérente

La jurisprudence arbitrale sur l'indemnisation est incohérente, notamment en ce qui concerne :

- Les circonstances dans lesquelles il convient de calculer l'indemnisation sur la base des futurs revenus attendus d'un investissement.
- La qualité des preuves nécessaires pour étayer les projections qui sous-tendent les calculs d'indemnisation basés sur les revenus futurs (comme la DCF).

<sup>7</sup> Commission du droit international. (2001). *Text of the articles on the responsibility of states for internationally wrongful acts*. Annuaire de la Commission du droit international, 2001, II (deuxième partie). Doc. de l'ONU A/56/10, art. 36, cmt. 26

<sup>8</sup> Conseiller juridique de la Banque mondiale (1992) *Legal framework for the treatment of foreign investment: Volume II*. Banque mondiale, 26. <http://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>

<sup>9</sup> Shelton, D. (2015). *Remedies in international human rights law*. Oxford University Press, 338 ; Allen, T. (2006). *Compensation for property under the European Convention on Human Rights*. *Michigan Journal of International Law*, 28(2), 330. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=mjil>

<sup>10</sup> Note *supra* 4.

<sup>11</sup> *Ibid*, para. 1831.



- La façon dont les tribunaux tiennent compte des risques pesant sur le flux de revenu prévu pour un investissement tout au long de son cycle de vie.

Bien que ces débats soient techniques, il peut y avoir des centaines de millions de dollars en jeu dans le choix des tribunaux en faveur d'une approche plutôt que d'une autre. Par exemple, le choix entre différentes méthodes d'évaluation dans l'affaire *Bear Creek c. Pérou* a fait la différence entre les 500 millions USD d'indemnisation réclamés par l'investisseur et 18 millions USD d'indemnisation accordés par le tribunal<sup>12</sup>. Dans *Tethyan Copper c. Pakistan*, le tribunal a été confronté sensiblement à la même question quant à la technique d'évaluation appropriée et s'est rangé du côté de l'investisseur, ce qui a abouti à l'attribution de 4 milliards USD plus les intérêts mentionnée ci-dessus.

## 7. Les tribunaux ne tiennent pas compte de facteurs contextuels importants

Les principes existants sur l'indemnisation en vertu des traités d'investissement ont un caractère «tout ou rien». Si un tribunal conclut que la modification par un État d'accueil des dispositions réglementaires régissant l'investissement ne constitue pas une violation d'un traité d'investissement, l'investisseur ne reçoit aucune indemnisation. Si le tribunal conclut que le changement enfreint effectivement le traité d'investissement, l'investisseur reçoit une indemnisation pour la perte causée par le changement de réglementation en vertu du principe de «réparation intégrale». Les facteurs contextuels n'entrent pas en ligne de compte dans la détermination de l'indemnisation, à quelques exceptions près. Par exemple, les tribunaux ne prennent pas en considération :

- **Le degré de solidité du motif d'intérêt public justifiant une ingérence dans l'investissement.** Par exemple, un investisseur allemand utilise actuellement un traité d'investissement pour poursuivre les Pays-Bas pour sa décision de fermer toutes les centrales au charbon d'ici 2030 dans le cadre de sa transition vers l'énergie propre<sup>13</sup>. Si le tribunal juge que la fermeture a enfreint le traité d'investissement, la justification environnementale de la mesure ne sera éventuellement pas pertinente pour la détermination de l'indemnisation en vertu de la jurisprudence existante.
- **Une faute de la part de l'investisseur**, sous réserve d'un nombre limité d'exceptions. Par exemple, le fait que l'investisseur étranger dans l'affaire *Unión Fenosa Gas c. Égypte* avait obtenu son contrat de fourniture de gaz grâce à «une influence [...] sur des hauts responsables du ministère du Pétrole et d'EGPC [la compagnie égyptienne générale des pétroles]» n'a pas été pris en compte dans le calcul de l'indemnisation<sup>14</sup>.
- **La capacité de payer de l'État d'accueil**, même dans des circonstances où le paiement du montant de l'indemnisation en question serait écrasant pour celui-ci<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/21, Sentence, para. 596 (30 novembre 2019).

<sup>13</sup> Charlotin, D. (20 mai 2020). The Netherlands is put on notice of a treaty-based dispute. *Investment Arbitration Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/netherlands-put-on-notice-of-a-treaty-based-dispute/>

<sup>14</sup> *Unión Fenosa Gas, SA c. République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/14/4, Sentence, par. 7.109 (31 août 2018).

<sup>15</sup> Dans un article récent, M. Paparinskis soutient que les États ne devraient pas être tenus de payer un montant d'indemnisation qui serait «écrasant» pour l'État en question. Paparinskis, M. (2020). A case against crippling compensation in the international law of state responsibility. *Modern Law Review*, 83 (6), p. 1251.





## Qu'est-il possible de faire ?

Presque tous les traités d'investissement existants spécifient que l'indemnisation en cas d'expropriation doit être égale à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié. Mais les traités d'investissement ne précisent pas comment l'indemnisation doit être déterminée pour les violations d'autres dispositions du traité. En l'absence d'indication textuelle, les tribunaux arbitraux ont appliqué le principe de la « réparation intégrale » pour les autres violations de traités. Les tribunaux arbitraux ont alors été libres de développer leur propre jurisprudence sur l'interprétation et l'application de ces principes, sans être contraints par la fourniture d'orientations claires dans les dispositions conventionnelles des États.

Les principes régissant l'indemnisation sont trop importants pour être laissés à l'appréciation des arbitres. Des centaines de millions ou des milliards de dollars sont souvent en jeu. Les États devraient se demander si la jurisprudence existante régissant l'indemnisation reflète la manière dont ils voyaient le fonctionnement du système des traités d'investissement. Si ce n'est pas le cas, ils devraient envisager des possibilités de réforme.

Il existe au moins quatre options de nouvelles approches d'indemnisation que les États pourraient envisager. En bref, ce sont les suivantes<sup>16</sup>:

1. **Exiger que cette indemnisation reflète un équilibre entre une série de facteurs contradictoires**, au lieu d'être déterminée uniquement par la valeur de la perte de l'investisseur. On peut trouver un exemple de cette approche dans le modèle de traité bilatéral d'investissement de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC), l'Accord sur la zone d'investissement commune (CCIA) du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) et le Code panafricain des investissements (PAIC)<sup>17</sup>.
2. **Plafonner l'indemnisation au montant réellement investi par l'investisseur** (et en excluant, par exemple, le revenu que l'investisseur s'attendait à ce que l'investissement génère sur sa durée de vie).
3. **Exiger qu'un tribunal examine si l'État d'accueil a obtenu un avantage** en permettant à l'investissement de se réaliser et en enfreignant ensuite ses obligations en vertu du traité d'investissement. Dans l'affirmative, l'indemnisation serait plafonnée au moins élevé des deux montants suivants : le gain de l'État d'accueil et les dépenses de l'investisseur pour réaliser l'investissement. Dans le contraire, aucune indemnisation ne serait due.
4. **Exiger du tribunal qu'il détermine le montant de l'indemnisation conformément aux lois de l'État d'accueil**, ce qui devrait refléter le point de vue de l'État d'accueil sur l'équilibre approprié à trouver entre les intérêts contradictoires dans la réglementation de la propriété privée à l'égard de tous les investisseurs.

<sup>16</sup> Chacune de ces options de réforme potentielles est expliquée plus en détail dans Bonnitcho & Brewin (2020), *supra* note 1, y compris les dispositions des traités qui pourraient être utilisées pour mettre en œuvre les options, et une analyse des instruments potentiels pour réaliser cette réforme.

<sup>17</sup> SADC Model BIT (2012), art. 6.2. ; PAIC (2016), art. 12 (2) ; CCIA (2017), art. 20. Cela nécessite que l'indemnisation reflète :

*un équilibre équitable entre l'intérêt public et l'intérêt des personnes concernées, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes et en prenant en considération l'utilisation actuelle et passée du bien, l'historique de son acquisition, la juste valeur marchande du bien, le but de l'expropriation, l'importance des bénéfices antérieurs réalisés par l'investisseur étranger grâce à l'investissement et la durée de l'investissement.*



## Pourquoi est-il crucial que les États concernés proposent et défendent une réforme ?

Les questions portant sur l'indemnisation en vertu des traités d'investissement ne vont pas se résoudre d'elles-mêmes; au contraire, ces problèmes sont devenus plus aigus avec le temps. Cela s'explique en partie par le fait que de nombreux acteurs du régime des traités d'investissement – notamment les investisseurs eux-mêmes, les arbitres nommés par les parties qui statuent sur les demandes que seuls les investisseurs peuvent initier, les consultants financiers spécialisés et les tiers financeurs – partagent un intérêt à maintenir un système qui génère d'importants versements d'indemnités.

De nombreux États trouvent décourageante la complexité technique de la jurisprudence existante sur l'indemnisation. Mais il n'est pas nécessaire de comprendre le détail de chaque débat technique dans la jurisprudence pour déterminer si les résultats des différends au titre des traités d'investissement reflètent la manière dont les États voyaient le fonctionnement de ce système. L'approche des tribunaux en matière d'indemnisation a d'immenses implications pratiques pour les États. Si le système des traités d'investissement ne fonctionne pas comme prévu, les États devraient faire de l'indemnisation un domaine de réforme prioritaire.

© 2020 The International Institute for Sustainable Development  
Publié par l'Institut international du développement durable.

## L'INSTITUT INTERNATIONAL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

L'Institut international du développement durable (IISD) est un groupe de réflexion indépendant qui défend des solutions durables aux problèmes du XXI<sup>e</sup> siècle. Notre mission est de promouvoir le développement humain et la durabilité environnementale. Nous le faisons par le biais de travaux de recherche, d'analyses et d'acquisition de savoirs qui soutiennent l'élaboration de politiques pertinentes. Notre vision globale nous permet d'aborder les causes profondes de certains des plus grands problèmes auxquels notre planète est confrontée aujourd'hui : la destruction de l'environnement, l'exclusion sociale, les lois et les règles économiques injustes, et le changement climatique. Le personnel de l'IISD, qui représente plus de 120 personnes, plus de 50 associés et une centaine de consultants, vient du monde entier et de nombreuses disciplines. Notre travail a un impact sur la vie des habitants de près de 100 pays. Avec une démarche autant scientifique que stratégique, l'IISD apporte les connaissances qui sont nécessaires à l'action.

L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, qui possède le statut 501(c)(3) aux États-Unis. L'IISD bénéficie d'un soutien opérationnel important de la province du Manitoba et de financements de projets provenant de nombreux gouvernements canadiens et étrangers, d'organismes des Nations Unies, de fondations, du secteur privé et de particuliers.

### Head Office

111 Lombard Avenue, Suite 325  
Winnipeg, Manitoba  
Canada R3B 0T4

**Tel:** +1 (204) 958-7700

**Website:** [www.iisd.org](http://www.iisd.org)

**Twitter:** @IISD\_news



[iisd.org](http://iisd.org)