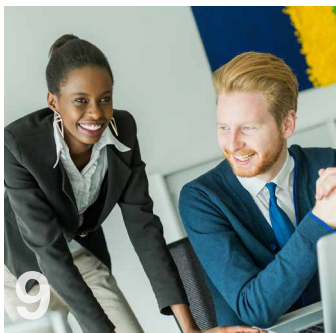




L'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) : un nouveau modèle pour les accords internationaux d'investissement ?

Fabio Morosini et Michelle Rattton Sanchez Badin



L'investissement dans les terres arables et les droits d'accès à l'eau en Afrique : les régimes juridiques convergent autour de la terre et de l'eau
Makane Moïse Mbengue et Susanna Waltman

De nouvelles idées pour valoriser les travailleurs des États-Unis et d'Europe dans le PTCI
Susan Ariel Aaronson

Également dans cette édition : Un instrument contraignant sur les droits de l'homme et les entreprises : 1ère réunion du groupe de travail ; Le Parlement européen soutient le PTCI, mais rejette le modèle actuel de RDIE ; La Commission européenne demande la fin des TBI intra-européens ; La Chine signe des ALE avec la Corée du Sud et l'Australie ; PNGSDP c. Papouasie-Nouvelle-Guinée ; Poštová Banka et Istrokapital c. Grèce ; Venoklim c. Venezuela ; Mamidoil c. Albanie ; Khan et CAUC c. Mongolie

tables des matières

- 3 Articles**
L'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) : un nouveau modèle pour les accords internationaux d'investissement ?
Fabio Morosini et Michelle Ratton Sanchez Badin
- 6** L'investissement dans les terres arables et les droits d'accès à l'eau en Afrique : les régimes juridiques convergent autour de la terre et de l'eau
Makane Moïse Mbengue et Susanna Waltman
- 9** De nouvelles idées pour valoriser les travailleurs des États-Unis et d'Europe dans le PTCI
Susan Ariel Aaronson
- 12 Nouvelles en bref**
Un instrument contraignant sur les droits de l'homme et les entreprises : le groupe de travail tient sa première réunion ; Le Parlement européen soutient le PTCI, mais rejette le modèle actuel de RDIE ; La Bolivie promulgue une loi sur la conciliation et l'arbitrage qui prévoit un système de règlement des différends investisseur-État ; La Commission européenne demande à ses États membres de mettre fin à leurs TBI intra-européens ; La Chine signe des ALE avec la Corée du Sud et l'Australie, et entame un nouveau cycle de négociations pour un TBI avec les États-Unis
- 13 Sentences et décisions**
Un tribunal du CIRDI décide à l'unanimité de rejeter un recours en expropriation compte tenu de l'absence de consentement écrit à l'arbitrage de la Papouasie-Nouvelle-Guinée
Marquita Davis
- 14** Les obligations souveraines ne sont pas couvertes, malgré la définition large de « l'investissement » contenue dans le TBI Grèce-Slovaquie ; le tribunal rejette les recours contre la Grèce
Martin Dietrich Brauch
- 16** Après avoir examiné la loi sur l'investissement du Venezuela, la majorité d'un tribunal considère que Venoklim n'est pas un investisseur et rejette l'affaire contre le Venezuela ; l'arbitre nommé par le demandeur n'est pas d'accord
Martin Dietrich Brauch
- 18** La majorité d'un tribunal du CIRDI ne reconnaît pas de violation du traitement juste et équitable par l'Albanie dans un différend pétrolier
Matthew Levine
- 20** Un tribunal condamne la Mongolie à payer plus de 80 millions USD en dommages et intérêts pour expropriation illégale
Joe Zhang
- 23 Ressources et événements**

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

Directeur et Représentant Européen, Section Commerce et Investissement de l'IISD
Mark Halle

Directrice du Groupe – Droit et Politique Économique
Nathalie Bernasconi

Directeur de la Communication
Damon Vis-Dunbar

Rédacteur en Chef
Martin Dietrich Brauch

Rédactrice, Version Française
Suzy Nikiéma

Traduction Française
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version Espagnole
Javier Echaide

Traduction Espagnole
María Candela Conforti

Design
PortoDG | www.portodg.com.br

L'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) : un nouveau modèle pour les accords internationaux d'investissement ?

Fabio Morosini et Michelle Rattou Sanchez Badin

article 1



Depuis la signature du premier Accord de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) par le Brésil en mars 2015, la traduction anglaise du document et les analyses de ses aspects innovants ont été publiées¹. La question implicite est la suivante : quelles sont les innovations apportées par les ACFI brésiliens à la réglementation relative aux investissements étrangers ?

Les alternatives au système économique international libéral actuel et à ses règles n'ont pas été si nombreuses depuis 40 ans. Les ACFI peuvent être considérés comme une réponse pragmatique au système, fondé sur les besoins du Brésil et sur sa position géoéconomique. Le modèle d'ACFI a été conçu en tenant compte des spécificités économiques d'un pays en développement comme le Brésil : un récipiendaire historique d'investissement, un exportateur de capital sur le tard, et actuellement un mélange des deux, favorisant la triangulation des investissements étrangers. Dans ce contexte, les ACFI ont sans aucun doute apporté de nouveaux éléments au paysage international des investissements.

D'autres chercheurs, des décideurs politiques et des praticiens ont réalisé d'excellentes descriptions des détails et des nouveautés des ACFI². Dans cet article, nous essayons d'aller plus loin en replaçant dans leur contexte les catalyseurs de ces accords, faisant le lien entre les nouveaux éléments de leurs dispositions et le langage juridique utilisé dans le modèle d'ACFI brésilien. Nous présentons également notre vision des ACFI brésiliens, comme le produit de différents éléments interactifs : les mouvements contestataires dans les pays hôtes contre les relations économiques inégales qui se sont cristallisés dans des Traités bilatéraux d'investissements (TBI) traditionnels, la recherche d'alternatives au débat houleux entourant la restructuration du régime actuel des investissements internationaux, et la tentative visant à créer un modèle d'accord d'investissement spécifiquement brésilien, qui tienne compte des limites constitutionnelles internes et qui réponde aux aspirations du Brésil en tant qu'économie émergente.

Nous abordons ces points en deux parties, suivies d'une brève conclusion. La première partie détaille le contexte historique et actuel du modèle, et la deuxième décrit les principaux efforts consentis par le Brésil en vue d'élaborer un accord aux dispositions symétriques dans la forme et le fond.

1. Les résultats antérieurs des ACFI brésiliens : des facteurs nationaux et internationaux

Entre mars et juin 2015, le Brésil a signé des ACFI avec le Mozambique, l'Angola, le Mexique et le Malawi³. Bien qu'il soit une économie émergente qui a traditionnellement été parmi les principaux récipiendaires d'investissements étrangers directs (IED), le Brésil a par le passé joué une carte réglementaire différente dans un monde dominé par un réseau de TBI.

Dans les années 1990, le Brésil a signé des TBI avec 14 pays. Toutefois, la forte opposition politique du Congrès et du pouvoir judiciaire du pays, ajoutée à un pouvoir exécutif indécis, a empêché le pays de ratifier ces propositions d'accords⁴. Le Brésil s'est ainsi fait connaître comme l'une des principales économies sans TBI ou sans modèle d'accord d'investissement. Suite à cet échec du pouvoir législatif, certains de ses organes menés par le ministère de l'Industrie, du Développement et du Commerce (MDIC) ont maintenu ce point à l'ordre du jour, étudiant d'autres possibilités de réglementation des investissements au niveau international. Ces efforts se sont d'abord penchés sur les relations externes avec le MERCOSUR et d'autres pays d'Amérique du Sud, puis se sont convertis en une politique plus large concernant le « Sud global » : l'Afrique, l'Asie et l'Amérique latine.

Mais ce n'est qu'en 2012 que la Chambre brésilienne du commerce extérieur (CAMEX) a formellement mandaté un Groupe technique pour les études stratégiques sur le commerce extérieur (GTEX) de travailler – entre autres choses – sur l'élaboration d'un nouvel accord d'investissement sensible aux besoins du Brésil et à ses préoccupations quant à l'évolution de l'économie internationale. Dans le contexte des relations entre le Brésil et l'Afrique, le GTEX a recommandé la création d'un nouveau type d'accord d'investissement, sous l'égide du Secrétariat au commerce extérieur (SECEX) du MDIC. Cela a relancé le processus lent mais continu qui avait commencé avec les négociations des TBI dans les années 1990. Le mandat du GTEX marque l'apogée de ce processus, et résulte de la capacité technique des agents du MDIC à un moment politiquement propice au Brésil : les bonnes personnes au bon moment.

À ce moment là, les entreprises brésiliennes avaient presque doublé leurs investissements à l'étranger en l'espace de cinq ans, pour atteindre le niveau record de 355 milliards USD. À cette époque, les politiques nationales se rapprochaient des intérêts privés de l'industrie : les entreprises investissaient à l'étranger – principalement en Amérique latine et en Afrique – tandis que la politique extérieure du Brésil mettait également

l'accent sur les relations Sud-Sud, pour des raisons pas uniquement économiques. Le GTEX a ensuite lancé des consultations avec le secteur privé brésilien⁵ au sujet des principaux défis liés à l'internationalisation des entreprises brésiliennes.

Depuis le début du processus de négociation, le Brésil imaginait un accord différent de ceux négociés dans les années 1990. En parallèle des mouvements contestataires dans les pays hôtes en développement, quoiqu'à des rythmes et à une intensité variables, l'élaboration du modèle d'accord d'investissement brésilien a également été influencé par les débats incessants portant sur la réforme du régime international des investissements, par les enseignements tirés de la non ratification des accords d'investissement négociés dans les années 1990, et par la demande intérieure d'accès aux marchés. Un modèle du nouvel accord – abordant toutes ces préoccupations – était prêt dès 2013 après son approbation par la CAMEX, puis a été proposé à tous les pays où les entreprises brésiliennes investissaient le plus. Le Mozambique, l'Angola, le Mexique et le Malawi furent les premiers pays à réagir positivement à la pression du Brésil pour l'ouverture de négociations.

2. Les ACFI : encadrer les investissements dans le cadre d'un processus qui se veut dynamique

Le cadre des ACFI a été développé suite à la révision par les décideurs politiques brésiliens des précédents accords – en tenant compte des limites de la réglementation nationale – et sur la base des contributions du secteur privé brésilien fondées sur son expérience récente d'exportateur de capital^{6,7}. La combinaison de ces demandes a donné naissance à un modèle d'accord qui met l'accent sur la facilitation de l'investissement et sur l'atténuation des risques. Bien que cette structure ne soit pas complètement nouvelle pour les accords internationaux d'investissement, l'ACFI en a enrichi le contenu. La coopération permanente entre les agences gouvernementales, par le biais de l'action diplomatique, ainsi que le respect de la législation nationale peuvent être considérées comme des notions essentielles de ce modèle d'accord, qui représente une alternative au régime international actuel de l'investissement.

2.1. La facilitation de l'investissement

Les dispositions relatives à la facilitation de l'investissement mettent principalement l'accent sur l'accès au marché, et elles sont prévalentes dans les ACFI signés jusqu'à ce jour. À cet égard, des mesures simples telles que celles portant sur les politiques de visa et la régularité des vols étaient considérées comme fondamentales pour la promotion effective des flux d'investissement du Brésil vers ses homologues (principalement d'autres économies en développement). S'ils peuvent représenter un problème pour un investisseur, indépendamment de son pays d'origine, ces obstacles sont encore plus importants pour les investisseurs des pays en développement, dans la mesure où ils limitent l'exportation de capital en l'absence

d'alternatives. Le Brésil a choisi de régler ces problèmes par le biais d'un accord d'investissement, dont l'un des principaux éléments est un programme thématique pour la coopération et la facilitation de l'investissement.

Les programmes thématiques portent notamment sur les transferts de capitaux, les procédures d'obtention des visas, les licences et certifications techniques et environnementales, ainsi que des dispositions sur la coopération institutionnelle⁸. Ces programmes relancent également les demandes des pays en développement en matière de transfert technologique, de renforcement des compétences et d'autres avantages tirés de l'investissement étranger. En outre, ils affirment que selon eux les avantages apportés au pays hôte devraient venir non seulement de l'exportation de capitaux, mais également de l'impact général que l'investissement du pays d'origine aurait sur le pays d'accueil, par exemple en matière d'emploi de la main d'œuvre locale. En ce sens, le modèle d'ACFI vise à renforcer la symétrie au-delà des règles formelles, et sa structure tient compte des besoins nationaux tant des pays importateurs que des pays exportateurs de capital.

Les ACFI encouragent les parties à négocier des engagements spécifiques, des annexes supplémentaires, et d'autres accords supplémentaires dans le cadre de l'accord principal, afin d'étendre ou de détailler les programmes thématiques⁸. Selon Daniel Godinho, le Secrétaire du SECEX qui a joué un rôle fondamental dans la conception et la négociation des accords, l'existence de ces programmes thématiques fait des ACFI des accords dynamiques, qui peuvent évoluer parallèlement aux relations bilatérales d'investissement.

2.2. L'atténuation des risques

Le volet sur l'atténuation des risques de l'accord contient les règles classiques relatives à la protection de l'investissement et de l'investisseur⁹, et des mécanismes diplomatiques et coopératifs de mise en œuvre, de contrôle et d'application des obligations des parties, notamment les mécanismes de règlement des différends. Nous considérons les dispositions de l'ACFI en la matière comme découlant principalement de l'agenda international de la réforme du régime de l'investissement et des préoccupations spécifiques nationales sur ce sujet.

Chaque ACFI crée deux types d'institutions chargées de régir l'accord : un Comité conjoint et des médiateurs ou « ombudsmen » (Points de contact). Le Comité conjoint fonctionne au niveau gouvernemental, tandis que les Points de contact, inspirés des « ombudsmen » mis en place par la loi coréenne sur l'investissement de 2010, offrent une aide gouvernementale aux investisseurs, et dialoguent avec les autorités gouvernementales afin de répondre aux suggestions et aux plaintes du gouvernement et des investisseurs de l'autre partie. Influencé par les organisations multilatérales, telles que la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED)¹⁰, ainsi que par les expériences d'autres pays, le Brésil a largement renforcé la prévention des différends entre les parties dans son

modèle d'ACFI. Ainsi, le rôle du Comité conjoint et des Points de contact consiste principalement à promouvoir l'échange régulier d'information et à prévenir les différends, et en cas de différend, à mettre en œuvre le mécanisme de règlement des différends, dans le cadre de consultations, de négociations et d'une médiation. Ce mécanisme vise à dissuader les investisseurs de contester juridiquement les mesures des gouvernements hôtes. À la différence des accords traditionnels de type TBI, les ACFI ne permettent pas aux investisseurs de lancer un arbitrage contre un État. Les représentants brésiliens notent que bien que l'arbitrage entre États soit prévu par les accords, il ne doit pas constituer le premier mécanisme de règlement des différends.

Les mécanismes de transparence des ACFI peuvent également servir à atténuer les risques. Plutôt que d'établir des normes sur la transparence, les ACFI prévoient tout de même que « chacune des Parties s'emploie au mieux de ses moyens à donner une possibilité raisonnablement suffisante aux intéressés de faire connaître leur avis quant aux mesures proposées »¹¹. Cela peut quand même représenter une innovation par rapport au système actuel. Les accords incluent également des dispositions sur la Responsabilité sociale des entreprises (RSE), qui encouragent les investisseurs étrangers à respecter les droits humains et le droit environnemental dans le pays hôte, toujours dans le but d'atténuer les risques. Même si les accords ne sont pas très clairs quant au caractère obligatoire de ces obligations RSE et encore plus concernant les mécanismes permettant de les appliquer¹², ils sont innovants car ils abordent la protection des intérêts du pays hôte et de ses citoyens dans le cadre d'une réglementation internationale de l'investissement.

Conclusion

Le Brésil a choisi de répondre à ses limites en matière de flux d'investissement, liées au fait d'être un pays en développement et un exportateur tardif de capital, par un modèle d'accord alternatif, qui peut être considéré comme un premier pas vers une plus grande symétrie dans les accords d'investissement. Les dispositions relatives à la protection de l'investisseur et de l'investissement ne sont pas les plus importantes des ACFI. Ces accords représentent en effet un outil réglementaire alternatif permettant de structurer les politiques d'investissement. Ils mettent l'accent sur la coordination constante entre les agences des parties, sur la facilitation de l'investissement dans le cadre de programmes thématiques de coopération, et sur le respect de la législation nationale. Même si nous avons identifié d'autres possibilités d'innovation dans cette partie des accords, nous sommes conscients du fait que de nouveaux éléments ont été introduits en matière d'atténuation des risques et de prévention des différends.

Toutefois, les ACFI eux-mêmes exigent encore quelques réglementations, notamment en ce qui concerne le fonctionnement des mécanismes institutionnels, et leurs dispositions doivent être appliquées. Le Brésil et ses homologues devront encore travailler pour détailler

le cadre des ACFI et des relations d'investissement au titre de ces accords. Aussi, l'ACFI modèle et ses contributions innovantes seront testés dans le cadre de la réglementation et de la mise en œuvre des accords signés, défi qui dépendra largement des capacités de coordination et de coopération des agences des parties.

Auteurs

Fabio Morosini est Professeur de droit et Directeur du Centre pour le droit, la mondialisation et le développement de la Faculté de droit de l'Université fédérale de Rio Grande do Sul (UFRGS), au Brésil.

Michelle Ratton Sanchez Badin est professeure associée, et coordinatrice du Centre pour le droit mondial de la Faculté de droit de FGV São Paulo, au Brésil.

Les auteurs coordonnent un projet conjoint de recherche sur les Alternatives du sud aux réglementations du commerce et de l'investissement de la Faculté de droit de FGV São Paulo et de l'Université fédérale de Rio Grande do Sul. Ils remercient FAPESP (2014/25776-4) et CAPES/CNPq des bourses attribuées à ce projet (MCTI/CNPq/MEC/CAPES no. 43/2013). Les références aux opinions officielles et documents spécifiques contenus dans cet article proviennent du travail de recherche empirique mené par les auteurs sur le terrain.

Notes

1 Institut international pour le développement durable (IISD). (2015, 16 juin). *Side-by-side comparison of the Brazil-Mozambique and Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreements*. Tiré de <http://www.iisd.org/publications/side-side-comparison-brazil-mozambique-and-brazil-angola-cooperation-and-investment>

2 Brauch, M. D. (2015, mai). Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) Brésil-Mozambique et Brésil-Angola : aperçu et description. *Investment Treaty News*, 6(2), 14-16. Tiré de <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-fr.pdf> ; Hamilton, J. C., & Grando, M. (2015). Brazil and the future of investment protections. *Latin Arbitration Law*. Tiré de <http://www.latinarbitrationlaw.com/brazil-and-the-future-of-investment-protections> ; Rolland, S., & Trubek, D. (2015). Brazil develops a new model BIT – A challenge to the US model? *International Trade Daily*, 108. Tiré de <http://www.washingtontradedaily.com/index.html> (sur abonnement uniquement) ; Monebhurrin, N. (2014). Crônicas de Direito Internacional dos Investimentos. *Revista de Direito Internacional*, 12(2), 64-77.

3 Le texte de l'ACFI Brésil-Mozambique est disponible sur http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR ; le texte de l'ACFI Brésil-Angola est disponible sur http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520&acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-afiliuanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280 ; les textes de l'ACFI Brésil-Mexique et de l'ACFI Brésil-Malawi sont disponibles sur demande auprès de SECEX/MDIC.

4 Lemos, L. B., & Campello, D. (2013, 1^{er} avril). *The Non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: A story of conflict in a land of cooperation*. Tiré de <http://ssrn.com/abstract=2243120>

5 Les consultations avec le secteur privé ont été organisées au sein de la Fédération des industries de l'État de Sao Paulo (FIESP en portugais) et de la Confédération nationale de l'industrie (CNI en portugais).

6 Selon le MDIC, contrairement à l'expérience des TBI traditionnels, la position du gouvernement brésilien était : 1) de restreindre le concept d'expropriation à la seule expropriation directe, et à son indemnisation conformément à la Constitution brésilienne (articles 5, 182 et 184 de la Constitution fédérale de 1988 du Brésil prévoit que l'expropriation de biens immobiliers urbains et ruraux soit – entre autres – indemnisée par des obligations publiques et agraires respectivement) ; 2) d'établir un mécanisme de règlement des différends limité aux différends entre États ; 3) d'admettre des exceptions à l'obligation des transferts libres, visant à sauvegarder la balance des paiements du pays hôte ; 4) de limiter la protection de l'investisseur au titre de l'accord pour les investissements productifs, conformément aux définitions du Fonds monétaire international et des conditions des règles nationales du pays hôte ; et 5) de respecter la marge de manœuvre politique des pays hôtes dans la définition des exceptions aux obligations relatives au traitement national et à la Nation la plus favorisée (NPF).

7 En plus de cet agenda, le secteur privé brésilien a fait connaître sa position en répondant à une enquête sur la facilitation de l'investissement. Sur la base des résultats de cette enquête et de trois autres études menées par le GTEX, trois éléments supplémentaires ont été ajoutés : 1) un point de contact auquel les entreprises peuvent s'adresser pour des conseils et de l'aide toute au long de la relation d'investissement ; 2) des dispositions sur l'atténuation des risques et la prévention des différends ; et 3) un programme de travail thématique pour la facilitation de l'investissement principalement dédié aux procédures d'obtention de visa et de licences, entre autres. D. Godinho, responsable du Secrétariat au commerce extérieur du Brésil (SECEX), ministère du Développement, de l'Industrie et du Commerce, communication personnelle, 28 avril 2015.

8 En juin 2014, l'Angola et le Brésil avaient signé un Protocole relatif à la facilitation de l'obtention de visas qui a été pris en compte dans le programme thématique de l'ACFI Brésil-Angola, annexe 1, sous-paragraphe 1.2 (i).

9 Les ACFI incluent des dispositions sur le traitement national et la NPF, mais excluent les clauses sur le traitement juste et équitable et la protection et la sécurité intégrales. L'expropriation indirecte, l'un des éléments à l'origine de la réticence du Congrès dans les années 1990, n'est pas non plus couverte par les ACFI.

10 Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED). (2013, 26 juin). Réforme du règlement des différends investisseur-État : à la recherche d'une feuille de route. *Issues Note n° 2*, p. 5. Tiré de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiapcb2013d4_en.pdf (en anglais) (« [L]es méthodes alternatives de règlement des différends peuvent contribuer à des économies de temps et d'argent, à trouver des solutions mutuellement acceptables, à éviter que le différend ne s'envenime et à préserver des relations efficaces entre les parties au différend »).

11 Voir, par exemple, article 13, paragraphe 3 de l'ACFI Brésil-Mozambique disponible sur http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR

12 Les ONG brésiliennes œuvrant pour les droits humains se sont plaintes de la faible normativité des dispositions, et de l'absence de mécanismes internationaux permettant de faire reconnaître la responsabilité des parties en cas de violations sur le terrain. Voir Borges, C. (2015, 29 mai). Acordos bilaterais à brasileira. *Valor Econômico*. Tiré de <http://www.valor.com.br/opiniaio/4072416/acordos-bilaterais-brasileira> (sur abonnement uniquement).

article 2

L'investissement dans les terres arables et les droits d'accès à l'eau en Afrique : les régimes juridiques convergent autour de la terre et de l'eau

Makane Moïse Mbengue et Susanna Waltman



L'accès à l'eau est le principal facteur expliquant le phénomène de l'investissement étranger dans les terres arables. Pourtant, l'accent y est largement mis sur l'accaparement des terres et la sécurité alimentaire, et la question de l'eau n'a reçu que peu d'attention. Bien qu'elles soient essentielles à la vie, les ressources en eau ont tendance à être considérées comme acquises jusqu'à ce qu'elles se réduisent ou soient complètement épuisées. Elles peuvent sembler abondantes, mais en réalité, seuls 3 % de toutes les ressources en eau sont propres à la consommation humaine ou à d'autres usages. Et plus de 70 % de cette eau est utilisée dans l'agriculture. Compte tenu qu'elles sont interconnectées et en évolution constante, les ressources en eau sont particulièrement vulnérables aux incidences de l'investissement dans les terres arables. Les quantités d'eau extraites aux fins des investissements agricoles, et les quantités et la nature des produits chimiques, qu'il s'agisse de pesticides ou d'engrais, ont des effets directs sur les ressources en eau à la disposition des autres usagers¹.

L'Afrique a été vantée pour ses importantes ressources en eau inexploitées et c'est le premier bénéficiaire de ces investissements, mais bon nombre d'Africains vivent déjà en situation de stress hydrique. La croissance démographique, les changements climatiques et les modifications de l'utilisation des sols devraient encore faire grandir leurs rangs. Les investissements dans les terres arables – et les exploitations agricoles à grande échelle qu'ils mettent en place – nécessitent d'importantes quantités d'eau, et accentuent ainsi la pression sur les ressources en eau.

Dans ce contexte, le droit international des investissements et les droits des investisseurs ont commencé à attirer un peu l'attention. Cependant, la localisation de ces investissements à proximité de bassins fluviaux internationaux et leur usage accru de l'eau entraînent des obligations au titre du droit international sur l'eau douce, du droit de l'environnement et des droits de l'homme. En outre, ces régimes impliquent davantage de parties-prenantes, notamment les communautés locales et les pays riverains. Il est donc essentiel de bien comprendre tous les régimes juridiques applicables ainsi que les droits de chacune des parties-prenantes.

1. Les problèmes dans le domaine des droits d'accès à l'eau et les investissements dans les terres arables

C'est sur les ressources en eau que les incidences des

changements climatiques se font le plus sentir, et l'Afrique est le continent le plus vulnérable à cet égard. Ces incidences ne sont pas seulement hypothétiques : elles se font déjà sentir dans certaines régions d'Afrique, où l'on voit le niveau des lacs s'abaisser à plusieurs endroits suite aux effets combinés de la sécheresse et du réchauffement de l'atmosphère, et des activités humaines. Les changements climatiques devraient donner lieu à des inondations et des sécheresses plus fréquentes et plus intenses, et certaines études suggèrent une réduction significative de la surface des terres agricoles non irriguées. Les terres arides et semi-arides pourraient gagner 5 à 8 % en Afrique, soit 60 à 90 millions d'hectares².

L'irrigation est donc considérée comme une réaction d'adaptation nécessaire, et les pays hôtes considèrent que l'investissement étranger leur permettra de la développer. Mais si l'on se contente d'accroître l'irrigation, l'utilisation totale de l'eau sera accrue, privant d'eau les zones en aval³.

Des études montrent qu'il serait « hydrologiquement suicidaire » de mettre toutes les terres louées à des investisseurs étrangers en production irriguée, car les quantités d'eau requises sont supérieures aux quantités disponibles, notamment dans le bassin du Nil³. Mêmes si ces mises en garde sont exagérées, les investissements dans les terres arables entraîneront certainement une augmentation importante de la consommation en eau dans la région. L'agriculture à grande échelle affecte tant la quantité que la qualité de l'eau, compte tenu des quantités nécessaires à une production commerciale constante et de l'usage répété des pesticides et des engrais. Les effets de ces investissements sur les ressources en eau méritent encore d'être évalués ; les études révèlent une absence quasi-totale de contrôle sur leur utilisation de l'eau⁴.

En outre, des études ont révélé que les cultures produites par ces investissements sont exportées vers le pays d'origine de l'investisseur ou destinées à des consommateurs urbains aisés, et ne sont pas accessibles aux populations les plus vulnérables qui en ont besoin⁴. Ces investissements contribuent donc peu à la sécurité alimentaire du pays hôte, et en général ne compensent pas adéquatement la pression additionnelle sur les ressources en eau.

2. Le cadre juridique régissant les droits d'accès à l'eau et les investissements dans les terres arables

Plusieurs régimes juridiques ont été développés afin de répondre à différents objectifs : la protection de l'investissement, la gestion durable des ressources en eau, l'environnement en général, ou les droits de l'homme. Dans le cas des investissements dans les terres arables et leur utilisation de l'eau, ces intérêts convergent mais sont également potentiellement contradictoires. En plus des pressions accrues sur les ressources en eau, il existe un déséquilibre dans les cadres juridiques régissant les investissements dans les terres arables et les droits d'accès à l'eau, tant au niveau national qu'international, comme nous le verrons ci-dessous.

2.1. La législation nationale et les contrats

a. La législation nationale

Dans la plupart des pays africains, l'eau relève du domaine

public ; les droits d'utilisation de l'eau peuvent être exercés par l'État ou par les autorités locales, ou accordés à des particuliers ou des entreprises privées aux termes de la législation nationale. Bien que les arrangements constitutionnels régissant les ressources en eau varient à travers le continent, certains éléments communs émergent, en fonction des origines de la législation en question (common law ou droit civil), et du fait des droits formels et informels découlant du rôle primordial des coutumes en Afrique.

La plupart des communautés locales détiennent des droits à la terre et d'accès à l'eau au titre du droit coutumier. Le droit coutumier est la source de droit la plus connue et la plus respectée parmi les populations des États hôtes, mais ce droit créé un désavantage pour l'utilisateur local vis-à-vis de l'investisseur étranger qui obtient des droits statutaires de contrats conclus avec l'État hôte. Au titre de la plupart des systèmes juridiques nationaux, le droit coutumier et les droits qu'il confère sont reconnus, mais ne peuvent s'appliquer dans des zones couvertes par une loi écrite ou des droits concrets. Les droits écrits et statutaires des investisseurs étrangers prévaudront donc sur les droits coutumiers non écrits des communautés locales en cas de conflit sur la terre ou les ressources en eau. En outre, dans les pays dotés de législations et gestion adéquates de l'eau, les usages et coutumes locales ne sont pas mis par écrit et ne sont pas enregistrés dans la plupart des cas, puisqu'ils concernent des utilisations limitées de l'eau et des zones qui ne sont pas couvertes par la législation écrite⁵. Les communautés locales sont donc juridiquement vulnérables même lorsqu'un cadre administratif régit les ressources en eau. Finalement, la plupart des systèmes formels de gestion des terres et de l'eau sont mal mis en œuvre et ont donc peu d'effets.

b. Les contrats conclus entre les investisseurs étrangers et les pays hôtes

Bon nombre des contrats d'investissement agricole conclus entre les investisseurs et les pays hôtes ne mentionnent pas ou n'abordent pas expressément la question de l'eau, ou ne prévoient aucune redevance pour son utilisation, ou encore ne prévoient pas une révision de la répartition de l'eau. Les pays hôtes ne sont pas forcément conscients du fait qu'en accordant aux investisseurs étrangers le droit de créer et d'exploiter un investissement agricole, ils leurs accordent aussi les droits d'accès à l'eau nécessaire à cette production, même lorsque l'eau n'est pas mentionnée dans le contrat. En outre, les clauses de stabilisation ayant une grande portée qui prévalent dans les contrats des pays africains freinent le développement des cadres réglementaires pour la gestion durable des ressources en eau. S'ils ne sont pas correctement libellés, ces contrats renforcent la position de l'investisseur étranger de manière disproportionnée.

Cependant, le contrat entre l'investisseur et le pays hôte pourrait et devrait être utilisé pour limiter expressément l'usage de l'eau des investissements dans les terres arables. Il s'agit également d'une merveilleuse occasion de fixer une redevance pour encourager une utilisation limitée de l'eau et pour reconnaître la valeur de l'eau. Le contrat devrait également prévoir le droit de réviser les droits et redevances en cas de raréfaction de l'eau⁶.

2.2. Le droit international des investissements

Les traités internationaux d'investissement contribuent également à renforcer la position des investisseurs étrangers

en leur offrant des garanties et sauvegardes juridiques supplémentaires de leurs droits. En période de sécheresse et de raréfaction de l'eau, il peut être difficile de concilier les besoins de base en eau tout en maintenant le débit de l'eau pour continuer d'alimenter le réseau fluvial et la biodiversité – qui sont essentiels à la durabilité environnementale à long-terme du pays hôte – avec les besoins en eau des investissements agricoles. Les dispositions classiques des traités internationaux d'investissement, telles que la norme de traitement juste et équitable, notamment, et la prohibition des expropriations sans indemnisation, peuvent limiter la capacité de l'État hôte à réallouer les ressources en eau⁷. Les investisseurs pourraient notamment nourrir l'attente légitime d'avoir un accès suffisant à l'eau pour maintenir une production agricole si le contrat ne limite pas expressément l'usage de l'eau ou s'il ne prévoit pas d'examen périodique de la répartition ou de l'accès à l'eau. Ils pourraient formuler des recours pour expropriation si les États hôtes réallouent les ressources en eau et empiètent sur le droit de l'investisseur étranger à exploiter sa production agricole commerciale. Les autres régimes juridiques internationaux décrits ci-dessous contiennent des éléments permettant de contrer ces recours et de justifier toute interférence dans le droit de l'investisseur étranger d'utiliser l'eau.

2.3. Le droit international sur l'eau douce

Le droit international sur l'eau douce exige des pays hôtes qu'ils respectent la part raisonnable et équitable des autres usagers sur le territoire de l'État et qu'ils ne l'entravent pas, afin de veiller à ce que l'eau soit principalement utilisée pour satisfaire les besoins humains vitaux, de notifier et de consulter d'autres États lorsqu'un investissement agricole est prévu près d'un cours d'eau transfrontière, et de protéger et de préserver les ressources en eau contre la pollution et la surexploitation. Compte tenu de la localisation de la plupart des investissements agricoles sur ou à proximité de cours d'eau internationaux, les principes et les mécanismes de la Convention sur le droit d'utilisation des cours d'eau à des fins autres que la navigation de 1997 (la Convention sur les cours d'eau) s'appliquent à l'utilisation de l'eau par les investissements agricoles et devraient être consultés en cas de problème.

Dans la plupart des pays africains, la mise en œuvre de la Convention sur les cours d'eau a été adaptée pour satisfaire aux besoins régionaux et locaux spécifiques. La plupart des cours d'eau internationaux d'Afrique sont régis par leur propre mécanisme institutionnel conjoint de gestion établi au niveau sous-régional dans le cadre d'une politique régionale pour la gestion durable de l'eau, et par le mécanisme international prévu par la Convention sur les cours d'eau. Par exemple, la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC) a élaboré et effectivement mis en œuvre un cadre institutionnel régional pour la gestion durable des bassins fluviaux et lacustres, conformément aux principes de la Convention sur les cours d'eau. Lorsqu'aucun système régional n'existe, la Convention sur les cours d'eau offre des garanties par défaut. Lorsque l'État concerné n'est pas partie à la Convention, le droit international de l'environnement prévoit des obligations de nature générale.

2.4. Le droit international de l'environnement

La Cour internationale de justice a reconnu l'obligation au titre du droit international coutumier de mener une

évaluation d'impact environnemental transfrontière si une activité présente un risque important d'entraîner des dommages transfrontières, notamment dans le cas des ressources hydriques communes⁸. Cette obligation s'applique à tous les États et à l'ensemble des ressources hydriques internationales, et pas seulement à celles qui sont couvertes par la Convention sur les cours d'eau. Cette évaluation devrait mettre l'accent sur l'utilisation de l'eau par les investissements agricoles et dévoiler leurs effets sur les ressources en eau transfrontières. Malheureusement, il semble qu'aucune de ces obligations n'ait été mise en œuvre et appliquée au niveau national en Afrique ; elles n'ont donc eu que peu d'effets sur le terrain.

2.5. Le droit international des droits de l'homme

Nombreux sont les instruments relatifs aux droits de l'homme qui reconnaissent le droit à l'eau expressément, ou implicitement comme pré-condition fondamentale à la jouissance de tous les autres droits⁹. L'Assemblée générale des Nations Unies a récemment reconnu le caractère universel du droit à l'eau, et le Conseil de sécurité des Nations Unies a appelé les États à faire particulièrement attention à ce que les groupes vulnérables aient la garantie de ce droit¹⁰. Aussi, les États doivent veiller à ce que l'utilisation de l'eau par les investissements agricoles n'interfère pas avec les droits à l'eau vulnérables des communautés, indépendamment du traité d'investissement applicable.

3. Poser les bases d'un cadre juridique et politique global

Si les États hôtes étaient amenés à réallouer les droits à l'eau dans l'intérêt public, les principes et les obligations découlant du droit international sur l'eau douce, du droit environnemental et des droits de l'homme peuvent les aider à se justifier ou se défendre face aux recours des investisseurs étrangers. Ces régimes internationaux permettent donc de contrer les droits étendus et la position juridique des investisseurs étrangers, garantis par le contrat et le traité d'investissement applicable. Toutefois, pour qu'ils aient des effets, ces régimes doivent être mis en œuvre et appliqués, ce qui ne semble pas encore être le cas. Aussi, il convient avant toute chose de mettre en œuvre et d'appliquer ces régimes juridiques à l'échelon national.

En outre, les mécanismes juridiques existants pour la gestion durable des ressources en eau devraient être incorporés dans le droit national. Les mécanismes de gouvernance de l'eau devraient également être réformés afin de permettre une plus grande participation des parties-prenantes dans les décisions de gestion de l'eau, et d'intégrer les principes de la gestion intégrée des ressources en eau, et ainsi rendre effectif le lien entre l'eau et la terre dans le cadre administratif.

Avant de conclure des contrats avec des investisseurs étrangers, les États hôtes devraient examiner avec soin leurs obligations internationales très diverses, notamment leur obligation de notifier et de consulter les États riverains si l'investissement se situe à proximité d'un cours d'eau transfrontière ou d'une frontière internationale, et de mener une évaluation d'impact environnemental étudiant expressément l'utilisation de l'eau dans la zone. Les contrats qu'ils signent avec les investisseurs devraient inclure des dispositions spécifiques sur les droits d'accès

à l'eau et les redevances connexes, et prévoir clairement un examen régulier de la répartition de l'eau et des droits d'accès, notamment du fait des considérations environnementales et humanitaires. Ces contrats devraient également inclure des mesures de sauvegarde afin qu'aucune disposition du contrat n'empêche ou n'entrave la mise en œuvre des obligations de l'État hôte au titre du droit international sur l'eau douce, sur l'environnement et les droits de l'homme, et afin de renforcer la capacité des États hôtes à réallouer leurs ressources en eau et de saper les recours des investisseurs.

Finalement, les traités internationaux d'investissement devraient inclure des dispositions similaires, afin de veiller à la cohérence du régime des investissements et des autres régimes internationaux applicables, et de préserver le droit et le devoir des États hôtes de gérer leurs ressources en eau de manière durable.

Auteurs

Makane Moïse Mbengue est professeur associé à la Faculté de droit de Genève et professeur invité à Sciences Po Paris. Il est expert auprès de nombreuses organisations internationales et non-gouvernementales, et avocat dans les différends devant les Cours et tribunaux internationaux.

Susanna Waltman est doctorante à l'Université de Genève, et travaille actuellement au bureau juridique du Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Elle a précédemment obtenu sa maîtrise en droit et règlement international des différends dans le cadre d'un programme conjoint du Graduate Institute of Development Studies et de l'Université de Genève.

Notes

¹ Cet article est un résumé du rapport : Mbengue, M. M., & Waltman, S. (2015). *Les investissements dans les terres arables et les droits d'accès à l'eau : les régimes juridiques remis en question*. Genève : IISD. Tiré de <http://www.iisd.org/publications/farmland-investments-and-water-rights-legal-regimes-stake>

² Voir Boko, M., Niang, I., Nyong, A., Vogel, C., Githeko, A., Medany, M., Osman-Elasha, B., Tabo, R., & Yanda, P. (2007). *Afrique*. Dans M. L. Parry, O. F. Canziani, J. P. Palutikof, P. J. van der Linden, & C.E. Hanson (Eds.), *Bilan 2007 des changements climatiques : Impacts, adaptation et vulnérabilité. Contribution du Groupe de travail II au quatrième Rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat* (pp. 433–467). Cambridge: Cambridge University Press. Tiré de <https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg2/ar4-wg2-chapter9.pdf>; et Kundzewicz, Z. W., Mata, L. J., Arnell, N.W., Döll, P., Kabat, P., Jimenez, B., Miller, K. A., Oki, T., Sçen, Z., & Shiklomanov, I. A. (2007). Les ressources en eau douce et leur gestion. Dans M. L. Parry, O. F. Canziani, J. P. Palutikof, P. J. van der Linden, & C.E. Hanson (Eds.), *Bilan 2007 des changements climatiques : Impacts, adaptation et vulnérabilité. Contribution du Groupe de travail II au quatrième Rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat* (pp. 173–210). Cambridge: Cambridge University Press. Tiré de <https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg2/ar4-wg2-chapter3.pdf>

³ GRAIN. (2012, juin). *Squeezing Africa dry: Behind every land grab is a water grab (L'assèchement de l'Afrique: Chaque accaparement de terres cache l'accaparement des ressources en eau)*. Tiré de <http://www.grain.org/article/entries/4516-squeezing-africa-dry-behind-every-land-grab-is-a-water-grab>

⁴ Mirza, H., Speller, W., Dixie, G., & Goodman, Z. (2014). *The practice of responsible investment principles in larger scale agricultural investments: Implications for corporate performance and impact on local communities (La pratique des principes pour l'investissement responsable dans les investissements agricoles à grande échelle : Incidences pour les résultats des entreprises et impacts sur les communautés locales)*. Groupe de la Banque mondiale. Tiré de : http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wb_unctad_2014_en.pdf

⁵ Fisher, D. (2009). *The law and governance of water resources: The challenge of sustainability (le droit et la gouvernance des ressources en eau : Le défi de la durabilité)*. Cheltenham Glos, Royaume-Uni : Edward Elgar Publishing.

⁶ Smaller, C. (2014). *The global response to foreign investment in agriculture (La réponse globale aux investissements étrangers dans l'agriculture)*. Genève : IISD. Tiré de <http://www.iisd.org/publications/global-response-foreign-investment-agriculture>

⁷ Pour un aperçu et une discussion de la manière dont les normes de l'investissement peuvent affecter les investissements agricoles et les droits d'accès à l'eau, voir également Smaller, C., & Mann, H. (2009). *Une soif de terres lointaines : L'investissement étranger dans les terres agricoles et l'eau*. Genève : IISD. Tiré de https://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2009/thirst_for_distant_lands_fr.pdf

⁸ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), Jugement, Rapport de la CIJ 2010 (I), p. 83, para. 204.

⁹ Pour la liste complète des dizaines d'instruments qui incluent l'accès à l'eau dans les droits de l'homme, voir Viñuales, J. E. (2009). Access to water in foreign investment disputes (L'accès à l'eau dans les différends relatifs à l'investissement étranger). *Georgetown International Environmental Law Review*, 21(4).

¹⁰ Voir A.G. Res. 64/292, Le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement, Doc. des Nations Unies A/RES/64/292 (28 juillet 2010). Tiré de <http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/RES/64/292&referer=/spanish/>&Lang=F>; Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Res. 15/9 du 30 septembre 2010, Les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement, dans DOAG des Nations Unies, 65^{ème} Sess., Supp. No. 53/A, p. 28, Doc. des Nations Unies A/65/53/Add.1 (13 septembre – 1^{er} octobre 2010). Tiré de <http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/65/53/Add.1&referer=/spanish/>&Lang=F>

article 3

De nouvelles idées pour valoriser les travailleurs des États-Unis et d'Europe dans le PTCI

Susan Ariel Aaronson



Le XXI^{ème} siècle n'a pas été la période la plus favorable aux travailleurs des États-Unis et d'Europe. Ils ont été secoués par des pertes d'emploi, le sous-emploi et l'insécurité économique. Nombreux sont ceux qui travaillent dur, sans aucun avantage social ou sécurité d'emploi¹. Bien que les travailleurs soient de plus en plus productifs, beaucoup d'entre eux gagnent moins aujourd'hui qu'il y a vingt ans². Les décideurs politiques européens et étasuniens avancent que, grâce à la conclusion d'un accord commercial et d'investissement entre les États-Unis et les 28 États membres de l'Union européenne, il est possible de créer de nouveaux emplois ou de meilleurs emplois : le Partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement (PTCI).

Pour conclure leurs accords commerciaux, les États-Unis et l'Union européenne s'appuient sur d'anciens modèles, mais ceux-ci ne répondent pas forcément bien aux problèmes actuels liés aux droits du travail et à l'emploi auxquels sont confrontés les travailleurs des deux géants commerciaux. En outre, puisqu'ils disposent de ces modèles d'accords, il se peut que les décideurs politiques ne cherchent pas à être créatifs en la matière. Conscient de l'enlisement du débat, le bureau de l'Organisation internationale du travail (OIT) à Washington m'a demandé de travailler de concert avec d'autres spécialistes pour trouver de nouvelles idées.

Cet article est structuré comme suit : d'abord, j'aborde la manière dont l'Union européenne et les États-Unis promeuvent le droit du travail dans leurs accords commerciaux et d'investissement. Ensuite, je signale que le libellé utilisé dans les chapitres portant sur l'investissement et la cohérence réglementaire pourrait contredire celui utilisé dans les chapitres sur les droits du travail. Finalement, compte tenu des résultats d'entretiens menés avec 23 éminents spécialistes et de mes propres idées, je suggère que le PTCI pourrait être conçu différemment de manière à bénéficier aux travailleurs et à promouvoir l'emploi³.

1. Les approches de l'Union européenne et des États-Unis pour la promotion des droits du travail

L'Union européenne et les États-Unis sont largement favorables à la diffusion des droits du travail dans leurs Accords de libre-échange (ALE) bilatéraux et multilatéraux. Leurs modèles d'accords commerciaux se fondent sur les normes fondamentales du travail dictées par l'OIT :

- La liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ;

- L'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ;
- L'abolition effective du travail des enfants ; et
- L'élimination de la discrimination dans l'emploi et la vie professionnelle.

Ces normes incluent également une clause de non-dérogation empêchant les Parties de saper leurs droits du travail et d'abaisser les normes du travail en vue d'attirer le commerce ou l'investissement. Les deux Parties sont conscients du fait que la participation et le soutien du public sont essentiels au succès des négociations et de l'accord final. Les États-Unis encouragent le public à participer au développement du chapitre relatif à l'emploi, et à formuler des commentaires sur les questions relatives au chapitre sur l'emploi une fois qu'il sera en vigueur⁴. L'Union européenne a récemment adopté une stratégie similaire pour l'Accord économique et commercial global (AECG) signé avec le Canada⁵.

Mais les deux pays ont une approche différente en ce qui concerne la réglementation du travail. Les décideurs étasuniens pensent qu'en principe, c'est au marché de déterminer la situation du marché du travail. Les régulateurs européens pensent eux que des marchés déréglementés entraînent un déséquilibre des pouvoirs entre les travailleurs et les employeurs, et donc que le gouvernement devrait réglementer de manière appropriée afin de donner des droits aux travailleurs, de créer un contrepoids vis-à-vis des entreprises, et de protéger les droits du travail⁶. Aux États-Unis, les décideurs politiques considèrent les obligations en matière de droits du travail comme un moyen de garantir que les accords commerciaux et d'investissement ne sapent pas les droits des travailleurs dans le pays ou dans les pays partenaires. Les décideurs européens considèrent les droits du travail comme fondamentaux pour le développement durable, et comme faisant partie d'un large ensemble de droits humains qu'ils cherchent à promouvoir grâce au dialogue, à la coopération et au renforcement des compétences. Les modèles de négociations des deux pays reflètent ces différences.

Les deux géants commerciaux ont également des stratégies différentes pour encourager la diffusion des normes relatives au travail. Les États-Unis incluent les droits du travail dans un chapitre distinct, et depuis mai 2007, ces droits sont contraignants et contestables, tandis que l'Union européenne inclut les droits du travail dans le chapitre sur le développement durable et exige des deux parties à l'accord qu'elles appliquent effectivement ces droits⁷.

L'AECG Union européenne-Canada et l'ALE États-Unis-Corée, deux accords impliquant des pays industrialisés, montrent le libellé que les deux géants commerciaux pourraient utiliser pour inclure les droits du travail dans le PTCI.

Comme par le passé, l'AECG incluent les droits du travail dans le chapitre sur le développement durable ; les deux parties acceptent de respecter les normes fondamentales de l'OIT, et de mettre effectivement en œuvre les conventions de l'OIT qu'elles ont ratifiées. Finalement, l'AECG prévoit la création d'un groupe d'experts chargé d'examiner les allégations de violation de l'accord. Toutefois, ce groupe d'examen ne peut qu'émettre des recommandations aux parties signataires et n'exige pas de réponses de leur part. Il n'y a donc pas de mécanisme de responsabilité directe

permettant de réparer la violation alléguée.

Les États-Unis n'ont pas cherché non plus à être créatifs à l'heure d'aborder ces questions avec la Corée. L'accord signé par les États-Unis et la Corée (2012) inclut les mêmes normes fondamentales que ceux signés avec le Pérou (2009), la Colombie (2012), et Panama (2012)⁸. Mais la Corée est très différente de ces pays ; bien que le pays jouisse d'un fort degré de démocratie active, et d'un haut niveau de syndicalisation, le gouvernement des États-Unis⁹ et les organisations internationales se sont dits préoccupés par les conditions de travail et la volonté du gouvernement à réellement appliquer les normes relatives aux droits du travail¹⁰.

Mais les deux géants commerciaux ne semblent pas décidés à abandonner leurs modèles. En fait il se pourrait bien qu'ils soient engagés dans un dialogue de sourds. L'Union européenne affirme que sa priorité en la matière est de maintenir les politiques que les États membres ont adoptées pour veiller à ce que l'intégration à l'économie mondiale n'entraîne pas une désintégration du socle social au niveau national. De son côté, le Représentant au commerce des États-Unis (USTR) affirme : « Nos accords commerciaux sont conçus pour prévenir le nivellement par le bas des protections offertes aux travailleurs »¹¹. Les États-Unis semblent ne pas entendre les préoccupations européennes selon lesquelles le PTCl ne devrait pas se contenter de lutter contre le nivellement par le bas mais aussi protéger les travailleurs contre les effets néfastes de la libéralisation des échanges et de l'investissement. Ni l'Union européenne ni les États-Unis ne semblent encourager de nouvelles idées qui pourraient aider les travailleurs qui se sentent menacés, non seulement par la mondialisation mais aussi par la stagnation des salaires, les inégalités et les nouvelles technologies, telles que la robotique.

2. Les incohérences internes du PTCl pourraient saper les droits du travail

Les représentants des deux partenaires aux négociations avancent que les chapitres sur les droits du travail et sur le développement durable clarifient leurs engagements en matière de droits du travail et d'emploi dans le PTCl. Mais ces objectifs n'auront pas autant de succès s'ils sont limités à un chapitre plutôt que d'être enchâssés dans tout le texte. Les deux partenaires ont inclus, dans des accords commerciaux récents qui auraient pu avoir des effets délétères sur les droits du travail et l'emploi, des chapitres sur la cohérence réglementaire et sur l'investissement. La présente partie explique pourquoi les négociateurs doivent examiner la cohérence de chacun des chapitres – pour veiller à ce que leur libellé ne sape ou ne soit pas contraire aux objectifs de promotion des droits du travail et de l'emploi.

2.1. Le chapitre sur la cohérence réglementaire

Les décideurs politiques de l'Union européenne et des États-Unis savent depuis longtemps que les réglementations nationales visant à protéger la santé publique, la sécurité et l'environnement peuvent entraîner une distorsion des échanges car il est plus difficile pour les producteurs étrangers de respecter ces réglementations. Les deux partenaires aux négociations insistent sur le fait que le PTCl ne sapera pas les réglementations nationales adoptées à des fins démocratiques¹². Certaines critiques avancent toutefois que ces efforts de cohérence réglementaire entraîneront nécessairement un nivellement par le bas¹³, et que les efforts visant à re-réglementer les

réglementations nationales dans un accord commercial et d'investissement relèvent d'une stratégie du XXI^{ème} siècle visant à internationaliser la déréglementation¹⁴.

Malheureusement, les décideurs politiques n'ont pas précisé si certaines réglementations relatives au travail, comme les normes sur la santé et la sécurité au travail, seront incluses ou non dans les négociations. En outre, les États-Unis n'ont pas ratifié les mêmes conventions de l'OIT en matière de santé et de sécurité que l'Union européenne. Les travailleurs étasuniens bénéficient en général de protections moindres que dans la plupart des pays européens. Puisque l'Union européenne et les États-Unis ont des coûts du travail et une productivité similaires, certains spécialistes des questions de commerce affirment que les entreprises productives européennes et étasuniennes pourraient choisir de délocaliser leurs opérations dans des pays où les réglementations sont moindres ou plus souples. Les entreprises européennes pourraient par exemple investir dans des États des États-Unis où il est difficile d'être syndicalisé, et les entreprises étasuniennes pour s'installer en Roumanie par exemple, où les droits du travail ne sont pas considérés comme étant correctement protégés¹⁵.

2.2. Le chapitre sur l'investissement

Les négociateurs des États-Unis et de la Commission européenne souhaitent inclure des dispositions relatives au Règlement des différends investisseur-État (RDIE) dans le PTCl. Ces dispositions cherchent à encourager l'investissement en donnant aux investisseurs le droit de réclamer une indemnisation si leurs investissements sont expropriés par l'un des gouvernements. La plupart des accords d'investissement définissent l'expropriation comme la saisie directe ou indirecte d'une propriété. Toutefois, lorsque les gouvernements réglementent, réduisent les subventions ou les budgets, les investisseurs peuvent voir leurs investissements perdre en valeur, directement ou indirectement, du fait de l'action gouvernementale (de « l'expropriation réglementaire »). Bien que l'Union européenne et les États-Unis aient clairement dit que les politiques réglementaires gouvernementales relevant de l'expropriation réglementaire ne pouvaient être contestées, les critiques ne sont pas rassurées¹⁶.

Par exemple, des investisseurs étrangers en Égypte ont contesté la fixation d'un salaire minimum puisque ces exigences n'étaient pas en vigueur au moment de la conclusion du contrat d'investissement original. En Roumanie et en Bulgarie, des investisseurs étrangers ont lancé des poursuites arguant que les gouvernements des pays n'avaient pas réalisé d'efforts pour freiner les grèves répétitives, privant ainsi les demandeurs de leur plein investissement¹⁷. Jusqu'à présent, aucun investisseur n'a remporté de différend portant sur des questions de travail. Mais les décideurs politiques doivent encore préciser si les investisseurs peuvent contester les accords de négociations collectives ou d'autres protections offertes aux travailleurs¹⁸. Tant qu'ils ne l'auront pas fait, le chapitre sur l'investissement pourrait menacer les droits du travail.

3. Principaux enseignements et recommandations

Les experts avec lesquels je me suis entretenue sont convaincus que le PTCl est l'occasion de repenser la manière dont les décideurs politiques des économies industrialisées peuvent protéger les droits du travail, encourager la création d'emploi et valoriser les travailleurs. Les recommandations suivantes méritent l'attention des décideurs politiques et du public ; elles sont conçues pour veiller à ce que le PTCl soit favorable aux travailleurs¹⁹.

i. Renforcer le bien-être social et responsabiliser les travailleurs :

- Responsabiliser les travailleurs grâce à un libellé plus large fondé sur les droits humains, et étendre spécifiquement cette couverture aux travailleurs du secteur informel ainsi qu'aux travailleurs exploités ;
- Veiller à ce que les signataires soient tenus par les normes minimales de l'OIT en matière de travail ;
- Encourager les syndicats à offrir des services transfrontières, par exemple la représentation collective, des avantages, des formations et d'autres services relatifs à la vie professionnelle ; et
- Expérimenter en permettant aux travailleurs moins qualifiés d'offrir leurs services dans plusieurs pays.

ii. Veiller à ce que l'accord soit pleinement favorable aux droits du travail et à l'emploi :

- Examiner chacun des chapitres dans le cadre d'un tout cohérent : vérifier la cohérence de chacun des chapitres avec les objectifs en matière de travail et d'emploi.

iii. Veiller à ce que les autres chapitres ne sapent pas les droits du travail et l'emploi, et créer ainsi une dynamique d'amélioration réglementaire par le haut :

- Inclure un libellé spécifique prévoyant que les signataires ne peuvent utiliser les chapitres sur la cohérence réglementaire pour réduire les protections offertes aux travailleurs ;
- Préciser que les investisseurs ne peuvent pas utiliser les dispositions relatives au RDIE pour contester les mesures relatives au salaire minimum, aux accords de négociations collectives, aux marchés publics, ou celles visant à protéger la santé ou le bien-être public ; et
- Demander à l'OIT d'examiner si les politiques fiscales ou monétaires nationales de l'un des partenaires commerciaux peuvent affecter la fourniture de services publics ou le bien-être social d'un autre. Les décideurs politiques devraient déterminer si ces dispositions peuvent et doivent être réglementées au titre des accords commerciaux.

iv. Améliorer la procédure de règlement des différends :

- Élargir et préciser les conditions d'un différend commercial, et étudier les approches adoptées par d'autres pays pour enquêter sur les droits du travail et les améliorer.

v. Développer des stratégies encourageant l'apprentissage mutuel et la coopération :

- Créer un secrétariat chargé d'examiner et de contrôler l'accord commercial, de préparer des rapports périodiques sur la manière dont il affecte les travailleurs et leurs droits, et de définir des bonnes pratiques afin d'atténuer ces effets négatifs ;
- Développer la confiance des parties-prenantes dans le processus de négociation en améliorant la transparence et la coopération ;
- Pour modifier les comportements, privilégier la coopération plutôt que la coercition ; et
- Encourager une meilleure compréhension de l'usage du dialogue social dans les États membres de l'Union européenne.

Auteurs

Susan Ariel Aaronson est professeur-chercheur en affaires internationales à l'Université George Washington. Elle est l'auteure de nombreux ouvrages et articles sur le commerce et les droits humains, le commerce numérique, et sur le commerce et la transparence.

Notes

- 1 Eurostat estime qu'en avril 2015, le taux de chômage corrigé des variations saisonnières pour la zone euro était de 11,1 % et que le taux de chômage des jeunes était de 20,7 % dans l'UE-28. Voir Eurostat (2015), *Faits nouveaux dans l'emploi au niveau européen et au niveau des États membres*. Tiré de http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unemployment_statistics#Recent_developments_in_unemployment_at_a_European_and_Member_State_level (uniquement en anglais). Le Département du travail des États-Unis indique qu'en mai 2015, le taux de chômage corrigé des variations saisonnières était de 5,5 %. Voir Département du travail des États-Unis, Bureau des statistiques du travail (2015), *Bases de données, tableaux et calculatrices par sujet*. Tiré de <http://data.bls.gov/timeseries/LNS14000000>. En juillet 2014, le taux de chômage des jeunes était de 14,3 %. Voir Département du travail des États-Unis, Bureau des statistiques du travail (2015), *Emploi et chômage chez les jeunes, résumé*. Tiré de <http://www.bls.gov/news.release/youth.nr0.htm>
- 2 Organisation internationale du travail (OIT). (2013). *Rapport mondial sur les salaires 2012/13: Salaires et croissance équitable*. Genève : Organisation internationale du travail, p. 62. Tiré de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---docm/---publ/documents/publication/wcms_213108.pdf
- 3 Pour le rapport complet remis au bureau de l'OIT à Washington, voir Aaronson, S. A. (2015). *Working by design: New ideas to empower U.S. and European workers in TTIP*. Washington, DC : George Washington University. Tiré de http://www.gwu.edu/~ieep/events/Working_for_All/summary.pdf
- 4 Les citoyens américains et ceux des partenaires des États-Unis aux ALE peuvent soumettre au Département du travail des États-Unis des documents portant sur les engagements et les obligations des pays partenaires au titre d'un ALE contenus dans les chapitres sur l'emploi. Voir Représentant au commerce des États-Unis. (2015). *Procédure de soumission publique*. Tiré de <https://ustr.gov/issue-areas/labor/public-submission-process>
- 5 S'agissant de l'AECG, voir Cosbey, A. (2014, 3 novembre). *Au cœur de l'AECG : décortiquer l'accord de libre-échange UE-Canada*. Tiré de <http://www.ctsd.org/bridges-news/biores/news/inside-ceta-unpacking-the-eu-canada-free-trade-deal> (uniquement en anglais).
- 6 Block, R. N., Berg, P., et Roberts, K. (2003). Comparing and quantifying labour standards in the United States and the European Union (Comparer et quantifier les normes du travail aux États-Unis et dans l'Union européenne). *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 19(4), pp. 441-468.
- 7 Voir l'article 3.1 du chapitre 24, Commerce et emploi, du texte actuel de l'AECG, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.
- 8 Département du travail des États-Unis et Représentant au commerce des États-Unis (USTR). (2015, février). *Standing up for workers: Promoting labour rights through trade (La lutte pour les travailleurs : promouvoir les droits du travail par le commerce)*, p. 48. Tiré de <https://ustr.gov/sites/default/files/USTR%20DOL%20Trade%20-%20Labor%20Report%20-%20Final.pdf>
- 9 Département du travail des États-Unis. (2011, septembre). *Republic of Korea labour rights report (Rapport sur les droits du travail en République de Corée)*, pp. 1-2. Tiré de http://www.dol.gov/lab/reports/pdf/southkorea_LRR.pdf
- 10 Voir le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, Margaret Sekaggya, Additif, Mission en République de Corée, pp. 13-15, paras. 69-74. U.N. Doc. A/HRC/55/Add.1 (23 décembre 2013). Tiré de http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session25/Documents/A-HRC-25-55-Add1_fr.doc
- 11 Département du travail des États-Unis et USTR (2015), *supra* note 8 ; et USTR. (2014, mars). *U.S. objectives, U.S. benefits in the Transatlantic Trade and Investment Partnership: A detailed view (Aperçu détaillé des objectifs et bénéfices pour les États-Unis dans le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement)*. Tiré de <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2014/March/US-Objectives-US-Benefits-In-the-TTIP-A-Detailed-View>
- 12 Fagnagné, L., et Jean, S. (2014, 16 novembre). TTIP is about regulatory coherence (Le PTCI est une question de cohérence réglementaire). *VoxEU*. Tiré de <http://www.voxeu.org/article/ttip-about-regulatory-coherence>. Les deux économistes estiment que si les deux pays peuvent atteindre une cohérence réglementaire, ils accroîtront leurs échanges de quelques 50 %.
- 13 Commission européenne. (2015, 26 mars). *10 idées reçues sur le TTIP*. Tiré de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153494.pdf.
- 14 Aaronson, S. A. (2001). *Taking trade to the streets: The lost history of public efforts to shape globalization (Rapprocher le commerce du public : les efforts perdus en vue de la mondialisation)*. Ann Arbor : University of Michigan Press, pp. 7-11.
- 15 Voir Ponce del Castillo, A. M. (2015, janvier). TTIP: Fast track to deregulation and lower health and safety protection for workers (Le PTCI accélère la dérégulation et abaisse les normes de santé et de sécurité au travail). *Document politique d'ETUI : European Economic, Employment and Social Policy*, No. 1. Tiré de <http://www.etui.org/Publications2/Policy-Briefs/European-Economic-Employment-and-Social-Policy/TTIP-fast-track-to-deregulation-and-lower-health-and-safety-protection-for-EU-workers> (uniquement en anglais). S'agissant de la Roumanie, voir le Département d'État des États-Unis. (2014, 5 mars). *Country reports on human rights practices for 2013: Romania (Rapport de pays 2013 sur les droits humains : Roumanie)*. Tiré de <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrpt/humanrightsreport/index.htm?year=2013&dliid=220323>.
- 16 Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). (2012). *Consultations publiques sur le Règlement des différends investisseur-État : 16 mai – 23 juillet 2012. Commentaires reçus au 30 août 2012*, p. 5. Tiré de http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/ISDSconsultationcomments_web.pdf ; OCDE (2004) : *L' "expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement*. Document de travail de l'OCDE sur l'investissement international, n° 2004/04, Paris : OCDE. Tiré de http://www.oecd-ilibrary.org/fr/finance-and-investment/l-expropriation-indirecte-et-le-droit-de-reglementer-dans-le-droit-international-de-l-investissemnt_871821182042 ; et Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2012). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2012*, p. 139. Tiré de http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2012overview_fr.pdf.
- 17 Commission européenne. (2015, 13 janvier). *Consultation publique en ligne sur la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans le cadre de l'accord de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP)*, document de travail des services de la Commission n° SWD (2015) 3 final, pp. 15-30. Tiré de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf (uniquement en anglais). Sur le RDIE et le salaire minimum, voir Karadelis, K. (2013, 28 juin). *Can Veolia trash Egypt at ICSID? (Veolia peut-elle saccager l'Égypte au CIRDI ?) Global Arbitration Review*. Tiré de <http://globalarbitrationreview.com/news/article/30644/can-veolia-trash-egypt-icsid>. Sur le droit de grève et pour d'autres affaires investisseur-État portant sur les droits du travail, voir Vogt, J. S. (2014). *Trade and investment arrangements and labor rights (Ajustements en matière de commerce et d'investissement, et droits du travail)*. Dans L. Blecher, N. K. Stafford, et G. C. Bellamy. *Corporate responsibility for human rights impacts: New expectations and paradigms*, pp. 121-175. Chicago : Association américaine du barreau, pp. 171-172. Pour de plus amples informations sur l'affaire contre l'Égypte, voir Peterson, L. E. (2012, 27 juin). *French company, Veolia, launches claim against Egypt over terminated waste contract and labor wage stabilization promises (L'entreprise française Veolia poursuit l'Égypte suite à la résiliation d'un contrat de gestion des déchets et à la promesse du gouvernement de stabiliser les salaires)*, *Investment Arbitration Reporter*. Pour de plus amples informations sur l'affaire contre la Roumanie, voir *Noble Ventures Inc. c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/01/11, Sentence (25 octobre 2005). Tiré de <http://italaw.com/documents/Noble.pdf>. Pour de plus amples informations sur l'affaire contre la Bulgarie, voir *Plama Consortium Limited c. la République de Bulgarie*, Affaire CIRDI n° ARB 03/24, Sentence (27 août 2008). Tiré de <http://italaw.com/documents/PlamaBulgariaAward.pdf>.
- 18 Aaronson, S. A. (2014). *A fresh approach to international investment rules (Nouvelle approche des règles de l'investissement international)*. Washington : Progressive Policy Institute.
- 19 Pour de plus amples informations sur les recommandations spécifiques, voir le rapport complet de Aaronson (2015), *supra* note 3.

nouvelles en bref

Un instrument contraignant sur les droits de l'homme et les entreprises : le groupe de travail tient sa première réunion

Le groupe de travail* des Nations Unies s'est réuni pour la première fois du 6 au 10 juillet 2015 à Genève, en Suisse, en vue d'aborder la question d'un instrument juridique sur les droits de l'homme et les entreprises transnationales. Le groupe de travail a été établi par la **résolution A/HRC/RES/26/9** du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies.

La séance inaugurale a rassemblé des représentants des membres des Nations Unies et d'États observateurs, des agences onusiennes et d'autres organisations intergouvernementales, ainsi que des représentants des institutions nationales des droits de l'homme et d'organisations non-gouvernementales dotées du statut consultatif auprès du Comité économique et social des Nations Unies. Cette séance a été retransmise en direct sur Internet et figure dans les archives de la **UN Web TV**.

Après avoir élu l'Ambassadrice de l'Équateur, Maria Fernanda Espinosa, au poste de Présidente et Rapporteur de séance, les participants ont mis l'accent sur le champ d'application du futur instrument ainsi que sur les principes et les principaux éléments qu'il devrait inclure, tels que les obligations des États, la responsabilité juridique des sociétés transnationales et des autres entités commerciales, ainsi que les mécanismes nationaux et internationaux de réparation. Ils ont également reconnu l'importance de tenir compte des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme comme point de référence lors du processus de rédaction.

Le groupe de travail tiendra sa deuxième réunion en 2016. D'ici là, il organisera des consultations informelles avec différentes parties-prenantes.

Le Parlement européen soutient le PTCI, mais rejette le modèle actuel de RDIE

Le 8 juillet 2015, le Parlement européen a adopté une **résolution non-contraignante** afin de donner des recommandations à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) avec les États-Unis. La résolution soutient largement le PTCI – mais rejette ses dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État (RDIE).

Le Parlement demande à la Commission de remplacer les dispositions par un nouveau système « soumis aux principes et contrôle démocratiques » et mené « dans la transparence par des juges professionnels indépendants, nommés par les pouvoirs publics, en audience publique ». Il appelle également à la création d'un mécanisme d'appel, à la cohérence des décisions, au respect de la compétence des tribunaux de l'Union européenne et des États membres, et à la prévalence des objectifs de politique publique sur les intérêts privés.

Pour la **Commissaire européenne en charge du commerce Cecilia Malmström**, la résolution indique que « l'ancien système [RDIE] ne devrait pas et ne peut pas être reproduit dans le [PTCI] ». Elle s'est engagée à étoffer les idées de réforme qu'elle a présentées en mai afin de les inclure dans le PTCI.

La Bolivie promulgue une loi sur la conciliation et l'arbitrage qui prévoit un système de règlement des différends investisseur-État

Le 25 juin 2015, le Président bolivien Evo Morales a promulgué la loi n° 708 sur la conciliation et l'arbitrage, approuvée par le parlement bolivien, et élaborée en consultation avec le secteur privé, le secteur universitaire, et la société civile. La loi prévoit un système spécial d'arbitrage pour le règlement des différends investisseur-État, notamment ceux portant sur des ressources naturelles stratégiques.

Le Procureur général de la Bolivie, Héctor Arce, a indiqué que la loi protège les droits de l'État comme ceux des investisseurs nationaux et étrangers. Le **Président Morales a ajouté** « [M]aintenant [...] aucun secteur commercial ne pourra se plaindre du fait qu'[en Bolivie] il n'y a pas de garanties ou de sécurité juridique ».

La Commission européenne demande à ses États membres de mettre fin à leurs TBI intra-européens

Le 18 juin 2015, la **Commission européenne a engagé des procédures d'infraction** à l'encontre de l'Australie, des Pays-

Bas, de la Roumanie, de la Slovaquie et de la Suède, leur demandant formellement de mettre fin aux Traités bilatéraux d'investissement (TBI) conclus avec d'autres États membres de l'Union européenne.

D'après la Commission, ces traités sont anciens et ne sont plus nécessaires, puisque tous les États membres sont soumis aux mêmes règles en matière d'investissements transfrontières, telles que la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux. Cela signifie que les TBI intra-UE confèrent aux investisseurs d'autres États membres des droits sur une base bilatérale, ce qui constitue une discrimination fondée sur la nationalité et qui est contraire au droit de l'Union.

Les cinq pays ont deux mois pour répondre à la demande. Si d'autres procédures d'infraction sont attendues, la Commission a engagé un dialogue administratif avec le reste des États membres, qui maintiennent encore en vigueur des TBI intra-UE – à l'exception de l'Irlande et de l'Italie, qui ont mis fin à leurs traités en 2012 et 2013 respectivement. Une réunion sera organisée en octobre prochain pour mettre fin aux traités de façon coordonnée.

La Commission prévoit en parallèle, de discuter du renforcement de la protection des investissements. Lord Jonathan Hill, le commissaire chargé de la stabilité financière, des services financiers et de l'union des marchés de capitaux a déclaré : « la Commission est disposée à étudier la possibilité d'un mécanisme de médiation rapide et efficace pour le règlement des différends en matière d'investissement ».

La Chine signe des ALE avec la Corée du Sud et l'Australie, et entame un nouveau cycle de négociations pour un TBI avec les États-Unis

Le 1er juin 2015, la Chine et la Corée du Sud ont signé un accord de libre-échange (ALE), après trois années de négociations. Le chapitre 12 (Investissement) de l'ALE propose une version mise à jour du TBI Chine-Corée de 2007 et inclut des dispositions essentielles, telles que le traitement national pré- et post-établissement, la norme minimale de traitement, le refus d'accorder les avantages du traité et le règlement des différends.

Il crée également un Comité sur l'investissement comme canal de communication bilatéral pour les questions soulevées au titre de l'ALE. Chaque partie désignera en outre un point de contact national chargé de recevoir les plaintes des investisseurs de l'autre partie portant sur des mesures administratives, et de les aider à résoudre leurs difficultés.

Quelques jours plus tard, le 17 juin, la Chine a conclu un autre accord important avec l'Australie, mettant un terme à des négociations qui ont duré 10 ans. La disposition sur le traitement national contenue dans le Chapitre 9 (Investissement) compte des engagements asymétriques que l'on trouve peu dans les traités récents : l'Australie s'engage à étendre son traitement national aux investisseurs chinois lors de leur accès au marché pré-établissement, tandis que la Chine n'accorde aux investisseurs australiens que le traitement national post-établissement.

Les dispositions classiques telles que la norme de traitement, l'expropriation et les transferts ont été exclues, laissant intacts les engagements qui y sont relatifs dans le TBI Chine-Australie de 1988. Toutefois, l'ALE modernise largement le mécanisme de règlement des différends du TBI précédent. Les parties s'engagent également à établir un programme de travail visant à fusionner le chapitre sur l'investissement de l'ALE et le TBI en un Chapitre global sur l'investissement, qui inclura certainement des dispositions sur la norme minimale de traitement, l'expropriation, les transferts, les prescriptions de performance, les dirigeants et et conseils d'administration des entreprises, et le règlement des différends.

En parallèle, la Chine a mené le 19ème cycle de négociations d'un TBI avec les États-Unis à Pékin. Pendant les discussions, les parties ont abordés les points essentiels des obligations substantielles et ont échangé leurs listes négatives préliminaires. Les deux parties ont reconnu que les négociations sur le TBI ne faisaient que commencer.

* Le Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises.

sentences et décisions

Un tribunal du CIRDI décide à l'unanimité de rejeter un recours en expropriation compte tenu de l'absence de consentement écrit à l'arbitrage de la Papouasie-Nouvelle-Guinée

PNG Sustainable Development Program Ltd. c. l'État indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée, Affaire CIRDI n° ARB/13/33

Marquita Davis

Dans une décision datant du 5 mai 2015, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) rejetait le recours de PNG Sustainable Development Program Ltd. (PNGSDP) contre la Papouasie-Nouvelle-Guinée fondé sur une allégation d'expropriation illégale. Selon le tribunal, la Papouasie-Nouvelle-Guinée n'avait pas donné son consentement écrit à l'arbitrage des recours au titre de la Convention du CIRDI.

Le contexte et les recours

Le différend portait sur l'investissement allégué de PNGSDP dans Ok Tedi, une mine de cuivre et d'or à ciel ouvert située en Papouasie-Nouvelle-Guinée. PNGSDP détenait la majorité de l'entreprise papouasienne qui disposait d'une concession minière pour la mine d'Ok Tedi.

En septembre 2013, la Papouasie-Nouvelle-Guinée a promulgué la dixième convention minière complémentaire d'Ok Tedi, qui visait à annuler toutes les parts détenues par PNGSDP dans la mine, et à en émettre de nouvelles à l'État. PNGSDP prétendait que la promulgation de cette loi équivalait à une expropriation abusive sans indemnisation, et a entamé un arbitrage en décembre 2013, sur la base de deux lois nationales papouasiennes : la loi sur la promotion de l'investissement (LPI) de 1992, et la loi sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements (LCDI) de 1992. L'entreprise avançait également des violations de la norme de traitement juste et équitable, de la garantie du libre transfert des capitaux, de la norme relative à la protection et la sécurité intégrales, de la norme du traitement national, entre autres violations des deux lois.

Compétence : la Papouasie-Nouvelle-Guinée a-t-elle « consenti pas écrit » à l'arbitrage du CIRDI ?

Dans le cadre des recours de PNGSDP, la question préliminaire consistait à savoir si le pays avait « consenti par écrit » à l'arbitrage, prescription juridique au titre de l'article 25 de la Convention du CIRDI (para. 44). PNGSDP avançait que cette prescription était remplie puisque l'article 39 de la LPI, pris séparément ou conjointement avec l'article 2 de la LCDI, constituait une offre permanente de la Papouasie à l'arbitrage des différends relatifs aux investissements au titre du CIRDI.

L'article 39 de la LPI indique : « La loi sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements de 1978, qui met en œuvre [la Convention du CIRDI], s'applique, conformément à ses dispositions, aux différends portant sur l'investissement étranger » (para. 46). L'article 2 de la LCDI prévoit : « Un différend ne sera pas envoyé devant le Centre [le CIRDI] à moins que le différend ne soit fondamental à l'investissement lui-même » (para. 47).

La Papouasie-Nouvelle-Guinée argua qu'aucune des deux dispositions ne constituait un « consentement écrit » au titre des normes juridiques nationales ou internationales : l'article 39 de la LPI indiquait simplement que la LCDI « s'appliquait, conformément à ses dispositions ».

Les parties n'étaient pas d'accord quant aux normes interprétatives que le tribunal devait utiliser pour examiner les dispositions contestées.

Le pays affirmait qu'une interprétation littérale de la LPI et de la LCDI était appropriée au titre du droit tant national qu'international, et demandait au tribunal d'examiner le « sens grammatical et ordinaire des mots » (para. 52). En outre, il considérait que le tribunal devait adopter une approche restrictive, arguant que le consentement écrit de l'État à l'arbitrage devait être « clair et sans ambiguïté » (para. 56).

“ Lorsque la législation nationale a à la fois des effets au plan national et au plan international, les dispositions législatives sont de nature « hybride », et doivent donc être interprétées d'un point de vue hybride, tenant à la fois compte du droit national et du droit international. ”

PNGSDP contra qu'il était plus exact d'interpréter l'article 39 de la LPI comme dans l'affaire *SPP c. l'Égypte*, où le tribunal affirmait que les instruments juridiques devaient être interprétés de manière « ni trop restrictive ni trop large, mais plutôt de manière objective et de bonne foi » (para. 108). L'entreprise invoqua le principe de l'*effet utile* de l'interprétation des traités, qui affirme qu'un texte devrait être lu de manière à pouvoir attribuer une raison et un sens à chaque mot du texte (para. 252). PNGSDP a également proposé une approche très similaire à celle de la Convention de Vienne, qui permettrait au tribunal d'utiliser d'autres facteurs interprétatifs, tels que la bonne foi, l'objet et le but de la soi-disant déclaration unilatérale de la Papouasie dans sa législation nationale sur l'investissement, les circonstances autour de la déclaration, et la conduite ultérieure du pays pouvant en préciser le sens. Faisant de nouveau référence à l'affaire *SPP*, PNGSDP affirma également que les documents officiels de promotion des investissements, en particulier les déclarations figurant sur les sites Internet de l'autorité papouasienne de promotion des investissements et de son ambassade aux États-Unis, devaient être utilisés pour interpréter la législation nationale en la matière.

Le tribunal se rangea du côté de PNGSDP et était d'accord avec la décision du tribunal de l'affaire *SPP* selon laquelle les instruments juridictionnels doivent être interprétés de manière objective et neutre, plutôt que de manière large ou restrictive. Il détermina qu'il était reconnu que l'on ne pouvait préjuger de la compétence

du tribunal au titre de la Convention du CIRDI, et qu'il n'y a pas plus grande exigence de la preuve que celle d'un accord à l'arbitrage. Il conclut que la norme de la preuve est, dans la plupart des cas, « la prépondérance de la preuve ou un équilibre de probabilités » (para. 255). Le tribunal considéra également que « l'historique législatif des dispositions et les documents de promotion des investissements faisaient partie du contexte pertinent dans lequel la législation avait été adoptée et comprise » (para. 274).

Selon le tribunal, lorsque la législation nationale a à la fois des effets au plan national et au plan international, les dispositions législatives sont de nature « hybride », et doivent donc être interprétées d'un point de vue hybride, tenant à la fois compte du droit national et du droit international. Lorsque les deux sources s'opposent, ce sont en général les principes du droit international qui prévalent, même si cela doit être déterminé au cas par cas. Le tribunal était également d'accord avec PNGSDP pour dire que le principe de l'*effet utile* de l'interprétation législative s'appliquait à l'interprétation des dispositions « hybrides ». Il conclut que, bien que l'interprétation par un État de sa propre législation a « incontestablement un poids considérable, elle ne suffit pas à définir la décision du Tribunal quant à sa propre compétence » (para. 273).

“ La formulation de l'article 39 de la LPI, même en combinaison de l'article 2 de la LCDI, était insuffisante pour établir « le consentement écrit » de la Papouasie-Nouvelle-Guinée à l'arbitrage au titre du CIRDI. ”

Après avoir examiné l'article 39 de la LPI, le tribunal conclut que « le sens naturel et ordinaire [de la clause] constitue une déclaration selon laquelle les dispositions – toutes les dispositions – de la LCDI s'appliquent aux investissements étrangers » (para. 286). Aussi, l'article 39 ne peut vraisemblablement pas être interprété comme satisfaisant à la prescription spécifique du consentement écrit à la compétence du CIRDI au titre de l'article 25 de la Convention du CIRDI.

S'agissant de l'article 2 de la LCDI, le tribunal détermina que la disposition prévoyait clairement que le consentement futur serait nécessaire pour soumettre des recours au CIRDI. Il décida ensuite qu'aucune autre disposition de la LCDI ne constituait le consentement écrit de l'État à la compétence du CIRDI.

Le tribunal a refusé de se fonder sur les affaires *Brandes Investment Partners c. le Venezuela*, *CEMEX c. le Venezuela*, *ConocoPhillips c. le Venezuela* et *SPP c. l'Égypte* invoquées par les parties pour interpréter les dispositions, car celles-ci portaient sur des dispositions législatives différentes contenant un libellé distinct, et ne permettaient donc pas d'interpréter ce qui constituait le consentement écrit en l'espèce.

Bien que le tribunal considéra que le principe de l'*effet utile* pouvait s'appliquer à l'interprétation des

dispositions, il rejeta l'argument de PNGSDP selon lequel l'article 39 de la LPI devait être lu comme « entraînant l'application de fait de la Convention du CIRDI au différend » (para. 306). Même s'il admit qu'il fallait tenir compte des déclarations des États, et que les interprétations créant la redondance ou l'inutilité de certains sens ou dispositions devraient être évitées, il convint avec la Papouasie-Nouvelle-Guinée que l'*effet utile* ne l'autorisait pas à réécrire les dispositions législatives. L'intention et la bonne foi des parties sont essentielles, tandis que l'*effet utile* joue un rôle subsidiaire dans la détermination de l'intention » (para. 307). Le tribunal a fait la distinction entre les déclarations unilatérales des États, des affaires impliquant des traités bilatéraux négociés, affirmant que dans certains cas, la législation d'un État ne peut être qu'une « simple confirmation » (para. 309). Ici, le tribunal raisonna que la LPI visait à détailler le régime législatif général de l'État régissant les investissements étrangers. C'est pourquoi « il est utile de rappeler au lecteur (notamment les investisseurs et les tribunaux) qu'une loi promulguée antérieurement continue d'être en vigueur et d'avoir des effets » (para. 312).

Aussi, le tribunal détermina que la formulation de l'article 39 de la LPI, même en combinaison de l'article 2 de la LCDI, était insuffisante pour établir « le consentement écrit » de la Papouasie-Nouvelle-Guinée à l'arbitrage des recours au titre du CIRDI. Le tribunal a rejeté l'affaire du fait de son absence de compétence, et a ensuite refusé d'examiner d'autres objections juridictionnelles. Chacune des parties a été condamnée à payer ses propres frais de représentation et de se partager les coûts de l'arbitrage.

Remarques : Le tribunal était composé de Gary Born (président, nommé par le président du conseil administratif, de nationalité étasunienne), de Michael Pryles (nommé par le demandeur, de nationalité australienne, et de Duncan Kerr (nommé par le défendeur, de nationalité australienne). La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4257.pdf>.

Les obligations souveraines ne sont pas couvertes, malgré la définition large de « l'investissement » contenue dans le TBI Grèce-Slovaquie ; le tribunal rejette les recours contre la Grèce
Poštová Banka, a.s. et Istrokapital SE c. la République hellénique, Affaire CIRDI n° ARB/13/8
Martin Dietrich Brauch

Le 9 avril 2015, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rejeté, en raison de son absence de compétence, une affaire contre la Grèce portant sur la dégradation des obligations d'État grecques (OEG) suite à la crise économique dans le pays.

Les demandeurs étaient Poštová banka, a.s. (Poštová banka), une banque slovaque, et Istrokapital SE (Istrokapital), une entreprise de droit chypriote. Poštová banka avait acquis en 2010 des OEG pour un total de 504 millions d'euros par le biais de diverses transactions ; Istrokapital détenait des parts dans Poštová banka. La détérioration de la situation économique de la Grèce, et la dégradation de la note

des OEG par les agences de cotation ont incité les demandeurs à lancer un arbitrage le 3 mai 2013 au titre des Traités bilatéraux d'investissement (TBI) Slovaquie-Grèce et Chypre-Grèce.

Les objections juridictionnelles de la Grèce

La Grèce s'opposait à la compétence *ratione materiae*, personnelle et temporelle du tribunal ; elle avançait également que les recours devaient être rejetés pour abus de procédure, et que le tribunal n'avait pas compétence sur les recours rendus possibles par la clause parapluie. Le tribunal a d'abord examiné la double objection de la Grèce à la compétence *ratione materiae* du tribunal, portant sur les recours d'Istrokapital au titre du TBI Chypre-Grèce, et les recours de Poštová banka au titre du TBI Slovaquie-Grèce.

Istrokapital au titre du TBI Chypre-Grèce : il s'agit d'un « investissement indirect » qui n'est pas protégé

Istrokapital arguait avoir réalisé un investissement indirect dans les OEG par le biais de sa participation dans Poštová banka, et que cet investissement – et non sa participation dans Poštová banka – était protégé par le TBI Chypre-Grèce. La Grèce s'opposa à la compétence du tribunal au motif qu'Istrokapital elle-même ne disposait pas d'un investissement au titre du TBI Chypre-Grèce et ne pouvait fonder la compétence sur les OEG de Poštová banka.

Le tribunal a largement examiné la jurisprudence pour voir si les actionnaires avaient des droits sur les actifs des entreprises dans lesquelles ils détiennent des parts, notamment les affaires *HICEE B.V. c. Slovaquie*, *ST-AD GmbH c. Bulgarie*, *El Paso c. Argentine*, *BG c. Argentine*, *Urbaser c. Argentine*, *CMS c. Argentine*, et *Paushok c. Mongolie*. Selon lui, ces décisions établissent que, si « un actionnaire dans une entreprise enregistrée dans l'État hôte peut intenter un recours contre les mesures prises à l'encontre des actifs de cette entreprise qui réduisent la valeur des parts du demandeur », l'actionnaire ne dispose pas du « statut permettant de lancer un recours pour les actifs de l'entreprise locale, puisqu'il n'a pas de droits juridiques sur ces actifs » (para. 245).

Puisqu'Istrokapital cherchait à établir la compétence du tribunal sur son investissement indirect, mais ne l'avait pas convaincu qu'elle disposait de droits sur les actifs de Poštová banka protégés par le TBI, le tribunal rejeta l'ensemble des recours d'Istrokapital pour absence de compétence.

Poštová banka au titre du TBI Slovaquie-Grèce : le tribunal élabore son interprétation pour déterminer si les OEG sont reconnues comme des « investissements »

Les parties n'étaient pas d'accord quant à l'interprétation du terme « investissement » au titre de la Convention du CIRDI et du TBI Slovaquie-Grèce, orientée par la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), et quant au fait de savoir si les OEG de la Poštová banka étaient couvertes par la définition de « l'investissement ».

Le tribunal a d'abord analysé la manière dont les OEG avaient été émises par la Grèce, et acquises par Poštová banka. Il remarqua notamment que Poštová banka avait acquis ses OEG non pas lors de leur émission initiale, mais sur le marché secondaire, et les avait déposées

chez Clearstream Banking Luxembourg (Clearstream), un dépositaire universel. Il examina ensuite si les intérêts de Poštová banka dans les OEG étaient considérés comme des « investissements » au titre de l'article 1(1) du TBI Slovaquie-Grèce.

“Les tribunaux statuant sur les affaires investisseur-État ne sont pas autorisés à élargir la portée des investissements que les États parties envisageaient de protéger juste parce que la liste des investissements protégés dans le traité n'est pas une liste fermée.”

Si « l'investissement » est défini comme « tout type d'actif », quel est l'objet de la liste indicative ?

Selon les demandeurs, leurs intérêts étaient couverts par la large définition de « l'investissement » contenue dans le chapeau de l'article 1(1) (« L'investissement est défini comme tout type d'actif et inclut en particulier, mais non exclusivement : [...] ») et dans les références aux « emprunts » ou aux « créances » dans la section (c). Selon eux, l'investissement n'avait pas de véritable sens au titre du droit international. La Grèce n'était pas d'accord, et maintenait que le terme a un sens véritable, et que le tribunal ne devrait pas chercher une définition spéciale au titre du traité.

Le tribunal considéra que si la définition de « l'investissement » au titre du TBI est large (tout type d'actif), cela ne signifie pas que toutes les catégories d'actifs sont considérées comme des « investissements », ni qu'une catégorie ne peut être exclue que par mention expresse. Il détermina que « les tribunaux statuant sur les affaires investisseur-État ne sont pas autorisés à élargir la portée des investissements que les États parties envisageaient de protéger juste parce que la liste des investissements protégés dans le traité n'est pas une liste fermée » (para. 288).

S'il est vrai que plusieurs traités incluent des définitions larges de l'investissement fondées sur les actifs, la liste indicative des catégories considérées comme un investissement peut fortement varier. Afin d'interpréter un traité de bonne foi, en tenant compte de son texte, de son contexte, de son objet et son but, comme l'exige la CVDT, le tribunal considérait qu'il fallait interpréter la liste indicative d'un « investissement » de manière à ne pas la rendre inutile ou sans objet.

Le tribunal rechercha également dans la jurisprudence de quoi soutenir sa conclusion. Il détermina que les décisions des affaires *Fedax c. Venezuela*, *Abaclat c. Argentine* et *Ambiente Ufficio c. Argentine* « ont toujours considéré le texte de la liste des catégories pouvant être considérées comme un investissement comme un élément prépondérant pour déterminer si l'activité ou l'opération en question pouvait être considérée comme un investissement » (para. 303).

Les OEG sont-elles des « investissements » au titre des catégories figurant dans la liste indicative ?

Le tribunal examina si les OEG de Poštová banka relevaient des catégories d'investissements indiquées

dans le TBI. Il se fonda sur l'hypothèse – non contestée par les parties – selon laquelle les OEG constituent une dette souveraine qui ne peut équivaloir à une dette privée, tout comme les titres sous forme d'obligations, qui sont assujettis à une réglementation stricte et spécifique.

Il nota ensuite que ni l'article 1(1) du TBI Grèce-Slovaquie ni d'autres dispositions du traité ne font référence, d'une manière ou d'une autre, à la dette souveraine, aux titres publics, aux valeurs publiques, aux obligations publiques ou à d'autres éléments similaires » (para. 332). La seule référence aux obligations, à l'article 1(1)(b) est limitée aux obligations émises par des entreprises privées (« obligations »). Le tribunal concéda à la Grèce que l'exclusion des obligations souveraines de la définition de « l'investissement » indique que les parties contractantes n'avaient pas l'intention d'en faire des investissements couverts.

Les demandeurs proposaient que les OEG relèvent d'une large interprétation de l'article 1(1)(c) qui fait référence aux « emprunts, aux créances et à toute performance réalisée au titre du contrat ayant une valeur monétaire ».

Le tribunal refusa de considérer les OEG comme des emprunts, compte tenu de la distinction entre les emprunts et les obligations. Les emprunts ont généralement des créanciers identifiés et leur cessibilité est limitée ; ils ne sont pas régis par les réglementations sur les obligations et impliquent une relation contractuelle entre le créancier et le débiteur final. Quant aux obligations, elles sont généralement détenues par de grands groupes de créanciers anonymes, peuvent être cédées très facilement, sont assujetties à des restrictions et à des réglementations, et impliquent une relation contractuelle entre le détenteur et les intermédiaires (et pas avec le débiteur final). En l'espèce la distinction est essentielle : Poštová banka a pu échanger les OEG rapidement, et avait une relation contractuelle directe non pas avec la Grèce, le débiteur final, mais avec Clearstream, l'intermédiaire auprès duquel elle avait acquis les OEG.

Les demandeurs voulaient également que les OEG relèvent des « créances » au titre de l'article 1(1)(c). Le tribunal s'y opposa également. Il expliqua d'abord qu'il ne pouvait pas étendre le libellé du traité à la légère en vue d'interpréter une référence générale aux « créances » comme incluant les obligations d'État. Ensuite, s'arrêtant sur le contexte – « les créances et toute performance réalisée au titre du contrat ayant une valeur monétaire » – le tribunal déterminait que pour que les créances relèvent de la définition, elles devaient découler d'un contrat avec le défendeur. Ce n'était pas le cas puisque Poštová banka n'avait pas conclu de contrat avec la Grèce.

Le renvoi et les coûts

Concluant qu'aucun des demandeurs ne disposait « d'investissement » au sens des TBI en question, le tribunal rejeta l'affaire pour absence de compétence, et considéra qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les autres objections de la Grèce.

Le tribunal nota que « la question de la juridiction n'était pas univoque et impliquait un contexte factuel et

juridique complexe » (para. 377) et ordonna à chacune des parties de payer ses propres frais de représentation et de se partager les coûts de l'arbitrage.

Remarques : Le tribunal était composé d'Eduardo Zuleta (président, nommé par le Secrétaire-général du CIRDI, de nationalité colombienne), de John M. Townsend (nommé par le demandeur, de nationalité étasunienne) et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4238.pdf>.

Après avoir examiné la loi sur l'investissement du Venezuela, la majorité d'un tribunal considère que Venoklim n'est pas un investisseur et rejette l'affaire contre le Venezuela ; l'arbitre nommé par le demandeur n'est pas d'accord

Venoklim Holding B.V. c. la République bolivarienne du Venezuela, Affaire CIRDI n° ARB/12/22
Martin Dietrich Brauch

La majorité d'un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rejeté une affaire pour expropriation contre le Venezuela pour raison de compétence, déterminant que l'investisseur n'était pas considéré comme un ressortissant étranger au titre de la loi vénézuélienne sur l'investissement. La décision a été rendue le 3 avril 2015.

Le contexte et la décision de bifurquer

Par le décret n° 7712 de 2010, le Venezuela avait ordonné l'acquisition forcée des actifs de cinq entreprises détenues et contrôlées par Venoklim Holding B.V. (Venoklim), enregistrée aux Pays-Bas. Aux termes du décret, l'acquisition était essentielle pour l'autonomie du Venezuela dans la production de certains lubrifiants.

Venoklim a lancé un arbitrage en juillet 2012 pour expropriation, sur la base de la loi vénézuélienne sur l'investissement et de la Convention du CIRDI. Ce n'est qu'en septembre 2013, au moment de présenter son contre-mémoire aux objections juridictionnelles du Venezuela, que Venoklim a mentionné expressément le Traité bilatéral d'investissement (TBI) Venezuela-Pays-Bas. Le tribunal a décidé de bifurquer l'arbitrage, abordant en premier lieu les objections juridictionnelles du Venezuela et reportant l'examen quant au fond.

La dénonciation de la Convention du CIRDI par le Venezuela prend effet six mois plus tard

Rappelant qu'il a dénoncé la Convention du CIRDI le 24 janvier 2012, le Venezuela arguait que le tribunal n'avait pas compétence personnelle. Selon le pays, l'article 72 de la Convention du CIRDI signifie que le consentement valable d'un pays n'existe que si la demande d'arbitrage a été reçue avant la notification de dénonciation. En réponse, Venoklim avançait qu'au titre de l'article 71 de la Convention du CIRDI, la dénonciation par le Venezuela ne prenait effet que six mois après réception de la notification de dénonciation, et souligna que l'arbitrage avait été lancé avant que les six mois ne soient écoulés.

Le tribunal rejeta l'objection et l'interprétation de l'article 72 par le Venezuela. Selon lui, cette interprétation

donnait un effet immédiat à la dénonciation de la Convention par le Venezuela, annulant le préavis de six mois prévu par l'article 71. Elle violait également le principe de la sécurité juridique, aux dépens des investisseurs.

La date de présentation de la demande d'arbitrage, et non pas la date d'enregistrement auprès du CIRDI, est la date établissant le consentement de l'investisseur

Le Venezuela objecta que, lorsque le différend avait été enregistré le 15 août 2012 et qu'il a débuté, le pays n'était plus partie à la Convention du CIRDI, même en tenant compte de la période de six mois au titre de l'article 71. Toutefois, Venoklim considérait l'enregistrement du différend par le Secrétariat du CIRDI comme une simple mesure administrative, et que le consentement avait déjà été donné lorsque la demande a été présentée le 23 juillet 2012. Le tribunal se rangea du côté de Venoklim, concluant que la date pertinente pour l'établissement de la compétence est la date à laquelle l'investisseur a donné son consentement en présentant une demande d'arbitrage, et non pas la date de l'enregistrement de celle-ci par le CIRDI.

La loi sur l'investissement du Venezuela n'est pas une base indépendante de la compétence du CIRDI

Le Venezuela argua que l'article 22 de sa loi sur l'investissement ne constituait pas une offre ouverte et générale à l'arbitrage, compte tenu du sens ordinaire de la disposition, des déclarations politiques faites au moment de la promulgation de la loi, et des comparaisons entre la disposition et les offres d'arbitrage contenues dans les TBI du Venezuela et dans les dispositions modèles du CIRDI. D'après Venoklim, la disposition inclut implicitement le TBI et constitue une base juridictionnelle indépendante.

Après avoir analysé l'esprit, le contexte et l'objectif de la disposition ainsi que les circonstances dans lesquelles elle a été élaborée, le tribunal conclut que la disposition permettait de confirmer les offres d'arbitrage du Venezuela au titre d'autres instruments juridiques, tels que les TBI, mais ne pouvait être considérée comme une offre d'arbitrage « indépendante, claire et générale » (para. 104). Il rejeta donc l'objection, conformément aux décisions précédentes du CIRDI dans les affaires *Mobil*, *Cemex*, *Brandes*, *Tidewater*, *OPIC* et *ConocoPhillips*.

Le TBI ne constitue pas une base juridictionnelle indépendante, sauf s'il est incorporé par référence indirecte à la loi du Venezuela sur l'investissement

Le Venezuela prétendait que l'invocation tardive du TBI – non pas dans la demande d'arbitrage mais plus tard dans le contre-mémoire – violait la Convention et les règles de procédure du CIRDI, qui exigent que la demande présente tous les éléments nécessaires pour établir la compétence.

Le tribunal se rangea du côté de l'investisseur et reconnu qu'il n'y avait pas d'invocation tardive. Il raisonna que le contre-mémoire se contentait d'expliquer et de détailler les éléments de compétence présentés dans la demande d'arbitrage, en l'espèce la loi sur l'investissement. L'article

22 de cette loi fait référence à l'arbitrage international prévu dans les traités d'investissement en général. Puisque Venoklim prétendait être un investisseur néerlandais, le tribunal détermina que la référence aux traités d'investissement dans la loi vénézuélienne devait en l'occurrence être comprise comme une référence au TBI Venezuela-Pays-Bas.

Adoptant le critère du contrôle effectif prévu par la loi sur l'investissement, le tribunal détermine que Venoklim n'est pas un investisseur étranger

Afin de démontrer sa nationalité étrangère, Venoklim invoqua le critère de la création de l'entreprise (mentionné dans le TBI), mais le Venezuela argua que c'était le critère du contrôle effectif (mentionné dans la loi sur l'investissement) qui devait être utilisé. D'après le pays, le contrôle effectif de Venoklim relève au final d'une entreprise vénézuélienne. L'investisseur ne pouvait donc être considéré comme un ressortissant étranger au titre de la Convention du CIRDI, de la loi sur l'investissement ou du TBI.

“ Le fait de tenir compte uniquement de l'enregistrement de Venoklim aux Pays-Bas pour le considérer comme un investisseur étranger, même si l'investissement est au final détenu par des vénézuéliens, « reviendrait à permettre au formalisme de prévaloir sur la réalité et à trahir l'objectif et le but de la Convention du CIRDI ». ”

La majorité du tribunal souligna que Venoklim devait satisfaire aux obligations de l'article 22 de la loi sur l'investissement pour bénéficier du TBI, et prouver sa nationalité étrangère au titre de la Convention du CIRDI.

Analysant l'article 22, la majorité nota que la disposition mentionne parmi les critères pertinents pour établir la nationalité « la propriété » et « le contrôle » mais pas l'enregistrement. Il considéra donc que le lieu d'enregistrement de l'investisseur n'était pas pertinent dans sa décision, et puisque les parties n'ont pas abordé la question de la propriété, il n'a examiné que le critère du contrôle. Dans cette analyse, il détermina que Venoklim était en effet contrôlée par une entreprise vénézuélienne, à son tour détenue et contrôlée par des ressortissants vénézuéliens.

Déterminant que Venoklim n'était pas un investisseur étranger au titre de l'article 22, la majorité jugea que l'investisseur ne pouvait bénéficier des protections offertes par la disposition, et que par conséquent, il ne pouvait bénéficier des protections du TBI non plus. La majorité du tribunal a donc rejeté l'affaire pour absence de compétence.

Analysant brièvement la Convention du CIRDI, la majorité raisonna que le fait de tenir compte uniquement de l'enregistrement de Venoklim aux Pays-Bas pour le considérer comme un investisseur étranger

« reviendrait à permettre au formalisme de prévaloir sur la réalité et à trahir l'objectif et le but de la Convention du CIRDI », même si l'investissement est au final détenu par des vénézuéliens (para. 156).

D'après l'arbitre Enrique Gómez Pinzón, la majorité s'est trompée en analysant la nationalité de l'investisseur sur la base de la loi sur l'investissement. Compte tenu de la conclusion précédente selon laquelle l'article 22 ne pouvait être considéré comme une offre d'arbitrage « indépendante, claire et générale », mais confirmait les engagements du Venezuela au titre des traités d'investissement, il argua que l'investisseur aurait dû être soumis aux critères de nationalité prévus par le TBI.

L'arbitre dissident n'était pas non plus d'accord avec l'interprétation par la majorité des critères de nationalité au titre de la Convention du CIRDI. Selon lui, la Convention ne définit pas la nationalité afin de laisser aux parties toute latitude pour fixer les critères de nationalité dans des instruments plus spécifiques. Dans le TBI Venezuela-Pays-Bas, les deux parties contractantes ont choisi l'enregistrement comme critère applicable, mais la majorité a négligé cet élément. Il critiqua également la décision de la majorité de lever le voile entrepreneurial de Venoklim sans savoir dans le détail si l'enregistrement aux Pays-Bas était valable ou non, ou s'il avait été fait afin de contourner des prescriptions juridiques ou de ne pas affecter les actionnaires ou des tiers.

“Pour la majorité, Mamidoil savait que l'Albanie était un pays aux infrastructures délabrées et au cadre juridique et réglementaire problématique, et que l'on ne pouvait donc pas y attendre la même stabilité que dans d'autres juridictions. ”

L'affaire est rejetée, mais le Venezuela est condamné à payer la moitié des coûts de l'arbitrage et ses propres frais de représentation

Même si le pays a réussi à démontrer que Venoklim n'était pas un investisseur étranger, ce qui a entraîné le renvoi de l'affaire pour raison de compétence, le tribunal considéra que, puisque la plupart des objections juridictionnelles du Venezuela avaient été rejetées, et puisque Venoklim avait agi correctement tout au long de la procédure, « il serait injuste » (para. 163) pour Venoklim de payer l'intégralité des coûts de l'arbitrage. Aussi, le tribunal ordonna au Venezuela de payer la moitié des coûts de l'arbitrage, notamment les frais des arbitres, et à chacune des parties de payer ses propres frais et dépenses juridiques.

Remarques : Le tribunal était composé d'Yves Derains (président, nommé par le président du conseil administratif du CIRDI, de nationalité française), d'Enrique Gómez Pinzón (nommé par le demandeur, de nationalité colombienne) et de Rodrigo Oremano

Blanco (nommé par le défendeur, de nationalité costaricaine). La décision est disponible, uniquement en espagnole, sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4229.pdf> ; l'opinion dissidente et parallèle, uniquement en espagnol également, est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4230.pdf>.

La majorité d'un tribunal du CIRDI ne reconnaît pas de violation du traitement juste et équitable par l'Albanie dans un différend pétrolier *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. la République d'Albanie, Affaire CIRDI n° ARB/11/24* **Matthew Levine**

Un arbitrage entre une entreprise grecque de produits pétroliers et la République d'Albanie a atteint l'étape de la sentence au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Le tribunal du CIRDI a établi sa compétence au titre du traité bilatéral d'investissement (TBI) Grèce-Albanie de 1991.

Le tribunal a rejeté à l'unanimité le recours de l'investisseur portant sur une prétendue expropriation indirecte. La majorité du tribunal a rejeté le recours de l'investisseur portant sur le fait que l'Albanie ne lui avait pas offert un traitement juste et équitable (TJE) ; cependant, l'arbitre nommé par le demandeur a considéré que la conduite de l'Albanie violait la norme TJE.

Le contexte

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. (Mamidoil) est une entreprise créée et fonctionnant au titre du droit grec. Dès 1991, Mamidoil a exploré différentes opportunités commerciales en Albanie liées à ses activités principales : le transport, le stockage et la vente de produits pétroliers.

Mamidoil a finalement décidé de construire et de gérer un parc de réservoirs de mazout dans la région du port de Durrës (le parc de Durrës), ce qui l'a incité à réaliser une série d'investissements de plus en plus importants en 1999 et 2000. Pendant cette période, les agents gouvernementaux locaux ont adressé divers courriers liés au fait que Mamidoil n'avait pas obtenu les permis nécessaires. Le parc de réservoirs de Durrës se situe près d'une zone résidentielle.

En 2000, le demandeur avait achevé la construction de la majeure partie du parc de réservoirs de Durrës. Par la suite, des inquiétudes se sont fait entendre quant aux incidences sociales du parc de réservoirs, et le gouvernement albanais, en tandem avec la Banque mondiale et l'Union européenne, a adopté des propositions de modifications du zonage forçant la délocalisation du parc. L'Albanie soutenait que l'interdiction ultérieure des navires pétroliers à Durrës faisait partie de sa stratégie à long-terme pour le secteur du transport et de la modernisation nécessaire du système portuaire.

Mamidoil affirmait que l'Albanie l'avait encouragé à investir dans le pays. L'Albanie n'a pas nié avoir apporté un certain soutien à Mamidoil, mais rétorqua que celui-ci était purement provisoire et apporté au plus haut niveau du gouvernement.

Les activités commerciales sont considérées comme un investissement unique aux fins de la compétence

L'Albanie arguait que « les différents éléments de l'investissement formaient un tout qui devait être examiné conjointement » (para. 364). Le tribunal admit que la construction du parc de réservoirs de Durrës, l'établissement d'une filiale albanaise d'abord contrôlée puis intégralement détenue par le demandeur, la conclusion d'un bail et l'exploitation du parc de Durrës par la filiale devaient être considérés comme constituant un investissement unique.

Si le tribunal convint avec l'Albanie que l'investissement devait être considéré comme un tout, il ne fut pas convaincu par l'argument selon lequel certains éléments de l'investissement ne remplissaient pas les critères d'un investissement couvert par la Convention du CIRDI. Il considéra plutôt que les activités commerciales de l'investisseur constituaient un investissement au titre de la Convention du CIRDI.

L'Albanie objecta également arguant que l'investisseur était dans l'illégalité puisqu'il n'avait pas réussi à obtenir les permis requis. Le tribunal considéra que cet argument était plus pertinent pour la phase de l'examen quant au fond : puisque l'Albanie avait informé l'investisseur du fait qu'elle était disposée à envisager de régler ces illégalités, l'on pourrait attendre du tribunal qu'il établisse sa compétence. (Toutefois la majorité a ensuite déterminé que sans ces permis, l'investisseur ne pouvait avoir d'attente légitime à poursuivre son investissement et que le recours pour violation du TJE, entre autres, devait être rejeté.)

Le Traité sur la Charte de l'énergie invoqué pendant l'étape des actes de procédure

Dans sa demande d'arbitrage, le demandeur a fondé son recours exclusivement sur le TBI et la Convention du CIRDI. Toutefois, le mémoire du demandeur affirmait par la suite que le consentement du défendeur à l'arbitrage du différend par le CIRDI se trouvait également dans le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE).

Le tribunal rejeta le TCE comme source de droit applicable, mais tint compte du désaccord légitime entre les parties sur le fait de savoir si l'investissement avait été réalisé de manière illégale et ne pouvait donc pas bénéficier de la protection du TCE. Pour conclure sur ce point, le tribunal nota que « dans la mesure où les deux Parties ont pris position quant à la bienséance de la conduite du défendeur au titre du TCE, pour cette seule raison le Tribunal examinera le TCE lorsqu'il s'interrogera sur l'existence et la légalité d'un investissement au titre du TBI et du TCE, ainsi que sur le respect par le défendeur du TBI et du TCE » (para. 278).

Le recours pour expropriation indirecte est rejeté à l'unanimité

Le demandeur avançait que l'Albanie avait indirectement exproprié son investissement tant au titre du TBI qu'au titre du TCE. Il se fondait sur les points clés suivants : en juin 2000, Durrës a fait l'objet d'un nouveau zonage afin d'exclure l'investissement ; en juillet 2000, l'investisseur

a reçu l'ordre de suspendre la construction du parc de réservoirs, qui a ensuite été autorisée de nouveau ; et, dès juillet 2009, l'accès au port de Durrës a été interdit aux navires pétroliers.

Le tribunal n'était pas d'accord ; il considéra que le nouveau zonage relevait de la politique du transport et que, de toute façon, le demandeur n'avait été autorisé à exploiter le port à des fins commerciales avant sa fermeture aux navires pétroliers en 2009. Il souligna que « les réglementations qui réduisent la rentabilité d'un investissement sans toutefois le clore complètement en en laissant le contrôle à l'investisseur ne pouvaient généralement pas être considérées comme des expropriations indirectes » (para. 572), faisant référence à l'affaire *El Paso c. Argentine*.

La majorité rejette les recours fondés sur le TJE et la discrimination

La majorité du tribunal (Rolf Knieper et Yas Banifatemi) nota que l'histoire récente de l'Albanie – « un régime communiste très répressif et isolationniste » suivi d'« une crise financière et économique majeure » (para. 625) – était pertinente pour examiner l'obligation TJE au titre du TBI, notamment l'obligation de fournir un cadre juridique stable et transparent. Pour la majorité, Mamidoil savait que l'Albanie était un pays aux infrastructures délabrées et au cadre juridique et réglementaire problématique, et que l'on ne pouvait donc pas y attendre la même stabilité que dans d'autres juridictions.

S'agissant des mesures déraisonnables et discriminatoires, pour la majorité, « la conduite de l'État avait un lien raisonnable avec une politique rationnelle. [...] Finalement, la fermeture de l'accès au port aux navires pétroliers n'a pas favorisé de compétiteur local puisqu'elle concernait tous les importateurs de produits pétroliers » (para. 791).

L'arbitre à l'opinion divergente détermine qu'il y a eu violation de la norme TJE

L'arbitre dissident (Stephen Hammond) n'était pas d'accord avec la conclusion de la majorité selon laquelle l'Albanie avait offert à l'investisseur un traitement juste et équitable. Son opinion s'opposait à la majorité sur plusieurs décisions factuelles de la sentence, par exemple sur le fait que le demandeur était conscient de la transformation imminente du port au moment de lancer la construction du parc de réservoirs.

Son opinion s'opposait également aux incidences juridiques de la poursuite de la construction après notification du nouveau zonage imminent. Citant la sentence de l'affaire *MTD c. le Chili*, l'arbitre suggérait qu'il s'agissait d'un simple manquement à l'obligation d'atténuation, et que cela ne pouvait entraîner une confiscation des droits conférés au titre du traité. S'agissant notamment des attentes légitimes, l'arbitre dissident décida que le moment opportun pour déterminer si des attentes légitimes avaient été créées était le moment où la décision d'investir avait été prise.

L'arbitre dissident détermine qu'il y a eu violation de l'interdiction de prendre des mesures déraisonnables ou discriminatoires au titre de la Charte sur l'énergie

L'arbitre dissident détermina que l'interdiction pour les navires pétroliers d'accéder au port de Durrës appliquée par l'Albanie entraînait un refus d'accorder le traitement juste et équitable, et constituait une violation de l'interdiction de prendre des mesures déraisonnables ou discriminatoires au titre de la Charte sur l'énergie. Si l'Albanie avançait que sa décision d'interdire l'accès aux navires pétroliers au port de Durrës se fondait sur des considérations de politique publique, Mamidoil contra qu'elle se fondait plutôt sur la nécessité de régler un autre différend, cette fois au titre d'un contrat à la Chambre de commerce internationale de Paris. M. Hammond convint que les documents disponibles montraient que l'interdiction résultait de l'accord de règlement de l'Albanie. (La majorité indiquait dans la sentence que l'accord de règlement réaffirmait les objectifs politiques du gouvernement.)

Remarques : Le tribunal était composé de Rolf Knieper (président, nommé par le président du conseil administratif du CIRDI, de nationalité allemande), de Stephen A. Hammond (nommé par le demandeur, de nationalité étasunienne) et de Yas Banifatemi (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision finale du 20 mars 2015 est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4228.pdf>. L'opinion divergente du 20 mars 2015 est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4235.pdf>.

Un tribunal condamne la Mongolie à payer plus de 80 millions USD en dommages et intérêts pour expropriation illégale

Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. et CAUC Holding Company Ltd. c. Le gouvernement de Mongolie et MonAtom LLC, Affaire CPA n° 2011-09 Joe Zhang

Dans une décision du 2 mars 2015, un tribunal formé au titre du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) jugeait que la Mongolie avait illégalement exproprié les actifs d'investisseurs étrangers, violant ainsi sa loi relative à l'investissement étranger ainsi que le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE). Les demandeurs recevront une indemnisation de 80 millions USD, en plus des intérêts et du remboursement des frais de l'arbitrage.

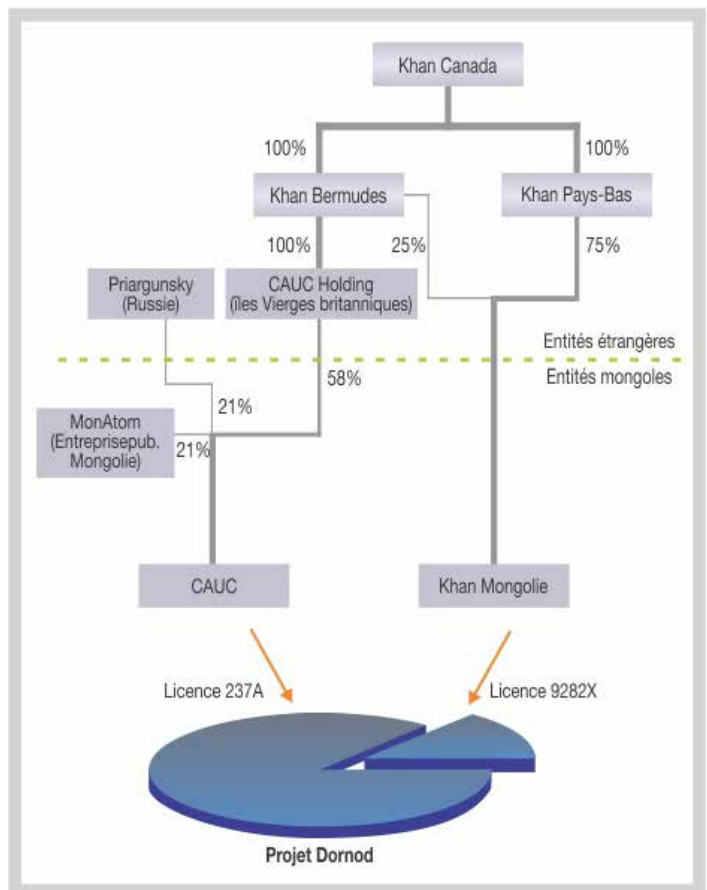
Les demandeurs et le projet

L'arbitrage a été lancé par trois demandeurs en lien avec leur investissement dans un projet d'exploration et d'extraction de l'uranium dans la province mongole de Dornod (le projet Dornod). Les demandeurs étaient (1) CAUC Holding Company Ltd (CAUC Holding), une entreprise enregistrée dans les îles Vierges britanniques (BVI) qui a investi dans le projet Dornod par le biais de sa filiale mongole majoritaire Central Asian Uranium Company (CAUC) ; (2) Kahn Resources B.V. (Kahn Pays-Bas), une entreprise hollandaise qui a investi dans le projet Dornod par le biais de sa

filiale mongole à 100 % Khan Resources LLC (Kahn Mongolie) ; et (3) Kahn Resources Inc. (Kahn Canada), une entreprise canadienne, unique propriétaire de CAUC Holding, par un intermédiaire des Bermudes, et de Khan Pays-Bas.

CAUC exploitait le projet Dornod au titre d'une licence (Licence 237A) qui couvrait à l'origine deux dépôts, et qui, à la demande de CAUC, a ensuite été réduite d'une partie dans le but de diminuer les impôts et les redevances. La partie exclue a ensuite été acquise par Kahn Mongolie au titre d'une licence minière distincte (Licence 9282X).

Le schéma ci-dessous illustre la structure de propriété des entreprises concernées juste avant que le différend ne survienne.



Les différends

Dans le cadre de sa réforme de l'énergie nucléaire, la Mongolie a promulgué en 2009 la Loi sur l'énergie nucléaire (LEN) et créé l'Agence pour l'énergie nucléaire (AEN). En octobre 2009, l'AEN a émis le décret n° 141 qui suspendaient 149 licences d'exploration et d'exploitation des mines d'uranium, notamment les licences 237A et 9282X, en attendant que l'AEN confirme leur reconduction au titre de la LEN. En mars 2010, l'AEN a inspecté le site du projet Dornod, et a noté que celui-ci n'avait pas corrigé certaines violations du droit mongol précédemment identifiées et a reconnu de nouvelles violations. En avril 2010, l'AEN a invalidé les deux licences minières, et en a informé les demandeurs plus tard la même année.

Les demandeurs ont lancé l'arbitrage en 2011, sur la base de trois instruments distincts. Khan Canada et CAUC Holding ont invoqué la clause d'arbitrage de l'accord de co-entreprise qui a créé CAUC (l'accord fondateur), arguant que la suspension et l'invalidation des licences constituaient une expropriation illégale, en violation des obligations de la Mongolie au titre de l'accord fondateur, du droit mongol (notamment la loi relative à l'investissement étranger) et du droit international coutumier. Khan Pays-Bas s'est appuyé uniquement sur le TCE, arguant qu'en violant la loi relative à l'investissement étranger, la Mongolie avait également violé ses obligations au titre du TCE par le biais de la clause parapluie du traité.

Les objections juridictionnelles

Dans une décision distincte sur la compétence rendue le 25 juillet 2012, le tribunal s'était prononcé sur plusieurs objections juridictionnelles soulevées par la Mongolie.

Des entités non signataires deviennent de « vraies parties » à la clause sur l'arbitrage par « l'intention commune »

La Mongolie s'opposait à la compétence personnelle du tribunal sur Khan Canada au motif que celui-ci n'était pas partie à l'accord fondateur. Le tribunal a remarqué que le demandeur canadien n'était pas partie à l'accord fondateur, mais il estima qu'une entité non signataire pouvait devenir une « vraie partie » à l'accord si c'était là l'intention commune des parties signataires et non signataires. Le tribunal détermina que cette intention commune existait puisque Khan Canada avait aidé CAUC Holding à réaliser ses obligations financières au titre de l'accord fondateur et que différends échanges officieux avaient parfois fait référence à Khan Canada, plutôt qu'à sa filiale BVI CAUC Holding, comme actionnaire de CAUC.

Les engagements souverains pris par les entreprises étatiques lient la Mongolie

La Mongolie argua également qu'elle ne pouvait être tenue par la clause d'arbitrage de l'accord fondateur puisqu'elle n'y était pas partie. Sur la base du témoignage de l'expert juridique des demandeurs, le tribunal détermina que l'un des actionnaires de CAUC, MonAtom, une entreprise publique mongole, avait agi comme représentant de la Mongolie et contracté des obligations que seul un État souverain peut satisfaire, en l'espèce s'engager à réduire les redevances pour l'utilisation des ressources naturelles dont devait s'acquitter CAUC, ce qui donnait donc au tribunal la compétence personnelle sur la Mongolie au titre de l'accord fondateur.

La clause d'arbitrage floue ouvre la voie aux recours au titre du contrat, du droit national et du droit coutumier international

La Mongolie contestait également la compétence *rationae materiae* du tribunal sur les recours au titre de l'accord fondateur. Le tribunal détermina toutefois que la clause d'arbitrage largement libellée contenue dans l'accord fondateur couvrait tous les recours déposés, notamment ceux portant sur des violations du droit national et du droit coutumier international, puisqu'ils étaient tous suffisamment liés à l'accord fondateur.

Le droit de refuser d'accorder les avantages au titre du TCE doit être activement exercé avant le début de l'arbitrage

S'agissant des recours de Khan Pays-Bas au titre du TCE, la Mongolie arguait que ces recours étaient interdits, puisque l'article 17(1) du TCE l'autorisait à refuser d'accorder les avantages du traité aux investisseurs ne menant « pas d'activités commerciales importantes » dans le pays hôte. Le tribunal commença son analyse en notant qu'il s'agissait d'une question de fond, plutôt que de compétence, puisque l'article 17(1) du TCE ne concerne que la troisième partie (Promotion et protection des investissements) du traité, et pas le chapitre sur le Règlement des différends (cinquième partie). Il poursuivit malgré tout son analyse et examina (a) si l'article 17(1) constituait un refus automatique des avantages et, (b) dans le cas contraire, si le droit au refus d'accorder les avantages du traité pouvait être exercé avant le début de l'arbitrage. Le tribunal s'inspira largement des décisions dans les affaires *Yukos c. Russie* et *Plama c. Bulgarie*, considérant qu'il avait « le devoir de tenir compte de ces décisions, dans l'espoir de contribuer à l'élaboration d'une interprétation cohérente du TCE capable de renforcer la capacité des investisseurs à prévoir la protection de l'investissement à laquelle ils peuvent prétendre au titre du Traité » (Décision sur la compétence, para. 417). Le tribunal détermina qu'un État devait activement exercer son droit au titre de l'article 17(1) du TCE, et que cet exercice actif devait être opportun afin de laisser suffisamment de temps aux investisseurs, et qu'aucune incertitude ne « freine la capacité des investisseurs à décider d'investir dans un pays donné » (Décision sur la compétence, para. 426).

Recours fondés sur l'expropriation illégale

Une grande partie de l'examen du tribunal quant au fond a été consacrée aux recours fondés sur l'expropriation illégale, c'est-à-dire sur le fait de déterminer si l'invalidation des licences minières et le refus de les reconduire constituait une expropriation illégale au titre de la loi mongole relative à l'investissement étranger.

Le tribunal ne concorde pas avec la Mongolie quant à l'interprétation de son droit national

La Mongolie argua d'abord que les licences minières n'étaient pas des investissements protégés par sa loi relative à l'investissement étranger, qui définit « l'investissement étranger » comme « tout type de propriété tangible et intangible ». La Mongolie avançait en outre que les licences minières n'étaient pas considérées comme des propriétés au titre du droit mongol, puisqu'une décision de la Cour suprême mongole affirmait qu'« une licence minière [...] est en possession d'une entité, mais n'en est pas sa propriété, et il n'est donc pas juridiquement fondé de considérer une telle licence minière comme un droit de propriété transférable à d'autres » (Décision quant au fond, para. 303).

Notant qu'il y avait un « concept général selon lequel les droits au titre des licences (ainsi que les droits contractuels) à exploiter les ressources naturelles constituaient une propriété intangible » (Décision quant au fond, para. 302), le tribunal ne concorda pas avec

l'interprétation par la Mongolie de son droit national et de la décision de sa Cour suprême, et détermina que le pays ne l'avait pas convaincu qu'il fallait « s'éloigner du concept général » (Décision quant au fond, para. 307).

Le tribunal examine les éléments de fond et de procédure des recours fondés sur l'expropriation

Pour déterminer s'il y avait eu une expropriation illégale, le tribunal a d'abord remarqué que le droit mongol contemple deux types d'expropriation. L'on parle de *khuraakh* lorsque l'État prive une entité de sa propriété pour violations du droit ou si l'usage de la propriété affecte les intérêts de tierces parties. Et l'on parle de *daichlakh* lorsqu'une expropriation ordonnée par l'État est jugée nécessaire pour satisfaire un intérêt public supérieur. En l'espèce, le tribunal détermina que l'invalidation des licences et leur non reconduite devait être vue comme le *khuraakh* au titre du droit mongol (Décision quant au fond, para. 313–317). Sur la base du témoignage de l'expert juridique des demandeurs, le tribunal jugea que pour que la procédure *khuraakh* fut légale, elle (a) aurait dû être juridiquement fondée et (b) menée conformément aux règles de procédure régulière.

“ Le tribunal ne concorda pas avec l'interprétation faite par la Mongolie de son droit national et de la décision de sa Cour suprême, et détermina que le pays ne l'avait pas convaincu qu'il fallait « s'éloigner du concept général » selon lequel les droits contractuels à exploiter les ressources naturelles constituaient une propriété intangible. ”

Le tribunal examina d'abord si la Mongolie était juridiquement habilitée à invalider les licences. Contrairement à la Mongolie, il détermina que les demandeurs n'avaient pas violé le droit mongol. Après avoir menée une analyse de proportionnalité, il conclut que l'invalidation des licences n'était pas une sanction appropriée, même si les violations alléguées avaient existées. Le tribunal considéra donc que la Mongolie n'avait « indiqué aucune violation du droit mongol permettant de justifier les décisions d'invalider et de ne pas reconduire » les licences minières (Décision quant au fond, para. 319). Il détermina en outre, sur la base des preuves présentées par les demandeurs, que les violations alléguées étaient des prétextes cachant la motivation réelle de la Mongolie qui était de « [développer] les dépôts de Dornod avec un partenaire russe de façon à en tirer davantage de profits » (Décision quant au fond, para. 340).

S'agissant des éléments de procédure, le tribunal considéra que les demandeurs n'avaient pas bénéficié du respect des règles de procédure régulière. Il détermina notamment que la Mongolie avait l'obligation de reconduire les licences minières

car il n'y avait « pas de cause légale suffisante pour que les demandeurs ne remplissent pas les exigences requises [et prévues] dans le cadre de la demande » (Décision quant au fond, para. 350, 358). Le tribunal détermina en outre que puisque les licences minières n'avait jamais été reconduites au titre de la LEN récemment promulguée, la procédure d'invalidation prescrite par la LEN ne pouvait s'appliquer à ces licences minières, et que l'AEN n'avait pas l'autorité pour invalider les licences sauf si elles avaient été reconduites au titre de la LEN (Décision quant au fond, para. 352–365).

La Mongolie a violé le TCE par le jeu de la clause parapluie

Après avoir conclu que la Mongolie « avait violé son obligation au titre de la Loi sur l'investissement étranger » (Décision quant au fond, para. 366), le tribunal jugea rapidement que la Mongolie était également en violation du TCE vis-à-vis de Khan Pays-Bas par le biais de la clause parapluie (Décision quant au fond, para. 366). Il fit référence à sa Décision sur la compétence, qui affirmait que « toute violation par la Mongolie des obligations qu'elle peut avoir au titre de la Loi sur l'investissement étranger constituerait une violation des dispositions de la troisième partie du [TCE] » (Décision sur la compétence, para. 438).

Les dommages

Lors du calcul des dommages et intérêts, le tribunal rejeta les méthodologies classiques proposées par les parties et décida d'évaluer l'investissement en analysant trois offres d'achat du projet Dornod reçues entre 2005 et 2010, arrivant à un montant total de 80 millions USD à titre de dommages. Le tribunal accorda également aux demandeurs des intérêts au taux LIBOR sur un an majoré de 2 points, composés sur une année, et calculés entre le 1er juillet 2009 (la date de l'évaluation) et la date du paiement. En outre, le tribunal accorda aux demandeurs 9,07 millions USD pour couvrir leurs frais de représentation juridique, notamment une « prime de réussite » calculée sur la provision sur charges réalisée par les demandeurs et leurs conseillers.

Remarques : Le tribunal était composé de David A. R. Williams (président nommé sur accord des coarbitres, de nationalité néozélandaise), de L. Yves Fortier (nommé par les demandeurs, de nationalité canadienne) et de Bernard Hanotiau (nommé par le défendeur, de nationalité belge). La décision sur la compétence est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4268.pdf>. La décision quant au fond est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4267.pdf>.

Auteurs

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

Marquita Davis est « Geneva International Fellow » de la Faculté de droit de l'Université de Michigan et contributrice du programme Investissement étranger et développement durable de l'IISD.

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

Joe Zhang est conseiller en droit international et travaille pour le programme Investissement étranger et développement durable de l'IISD.

ressources et événements

Ressources

Les origines du droit international des investissements : l'empire, l'environnement et la sauvegarde du capital

Par Kate Miles, Publié par Cambridge University Press, juillet 2015

Cet ouvrage examine l'évolution historique du droit international des investissements (DII), de ses origines pendant l'expansionnisme commercial et politique des États dominants du 17^{ème} au début de 20^{ème} siècle, jusqu'aux incidences continues de ces origines dans le DII moderne. Un aperçu des activités de la Compagnie néerlandaise des Indes orientales, des traités de Grotius et des différends internationaux relatifs à l'investissement datant d'avant la Deuxième guerre mondiale explique les controverses entourant actuellement les interactions entre intérêts privés et intérêts publics, la conception systémique de l'arbitrage investisseur-État, le fond des principes et le traitement des questions environnementales dans le DII. L'ouvrage offre un cadre conceptuel, de nouvelles perspectives, une évaluation des tendances du droit et de la politique de l'investissement, et des mesures pratiques de réforme. Disponible sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/origins-international-investment-law-empire-environment-and-safeguarding-capital>

Les contrats d'investissement dans l'agriculture : maximiser les gains et minimiser les risques

Par Carin Smaller et William Speller, avec Hafiz Mirza, Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Grahame Dixie, Publié par la Banque mondiale, la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), et IISD, juin 2015

Qu'il soit local ou international, l'investissement privé dans le secteur agricole des pays en développement ne cesse de croître depuis près de vingt ans. Ce papier examine en particulier les projets agricoles à grande échelle dans les pays en développement, et faisant l'objet d'un contrat de bail. Il regroupe deux domaines de recherche important pour montrer comment l'on peut libeller les contrats d'investissement dans le but de promouvoir le développement durable. L'article présente les cinq principaux avantages et inconvénients des investissements privés dans les projets agricoles à grande échelle. Il propose ensuite des alternatives légales permettant de maximiser les principaux effets positifs et de minimiser les plus grands inconvénients, en formulant mieux les contrats de bail de terres arables conclus entre les investisseurs et les gouvernements. Cet essai vient étoffer l'ensemble croissant de normes internationales et de conseils sur la conduite d'un investissement agricole responsable, tels que les Principes pour les investissements responsables dans l'agriculture et les systèmes alimentaires, du Comité de la sécurité alimentaire mondiale des Nations Unies (CSA), récemment adoptés. Disponible sur <http://www.iisd.org/publications/investment-contracts-agriculture-maximizing-gains-and-minimizing-risks>

Rapport sur l'investissement dans le monde 2015 : réformer la gouvernance de l'investissement international

Par la CNUCED, juin 2015

Le Rapport présente les tendances de l'investissement en 2014 à l'échelle mondiale, et indique que les flux entrants d'investissement étranger direct (IED) ont diminué de 16 %, et totalisent 1 230 milliards USD. Les flux d'IED vers les pays développés sont restés faibles, tandis que les flux vers les pays en développement ont augmenté de 2 % pour atteindre un record historique de 681 milliards USD ; la Chine en est le principal bénéficiaire. Les flux entrants d'IED en Asie ont cru de 9 %, battant là encore des records historiques, tandis que les flux entrants en Afrique ont stagné, et l'Amérique latine et les Caraïbes ont connu une baisse de 14 %. Du côté politique, les mesures gouvernementales mettent toujours l'accent sur la libéralisation, la promotion et la facilitation de l'investissement. Les mesures en faveur de l'investissement dans les secteurs porteurs du développement durable étaient limitées. Les efforts de réforme du régime international de l'investissement se sont poursuivis : pas moins de 50 pays et régions ont réalisés un examen de leurs modèles de traités. Le nombre de cas d'arbitrage investisseur-État a cru de 42 % en 2014, pour atteindre un total de 608 affaires. Et une décision a été rendue dans 43 affaires, portant le total d'affaires conclues à 405. Consciente de la nécessité de mener une réforme systématique, la CNUCED propose de mettre l'accent sur : (1) la sauvegarde du droit des États de réglementer dans l'intérêt public, (2) la réforme du mécanisme de règlement des différends

relatifs à l'investissement, (3) la promotion et la facilitation de l'investissement, (4) les investissements responsables, et (5) le renforcement de la cohérence systémique du régime ; le rapport propose également des alternatives politiques permettant d'atteindre ces objectifs. Finalement, le Rapport examine les questions de la cohérence internationale en matière de fiscalité et de politique d'investissement, de la contribution fiscale des entreprises transnationales, et de l'évasion fiscale. Disponible sur <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1245> (uniquement en anglais)

L'investissement dans les terres arables et les droits d'accès à l'eau : les régimes juridiques remis en question

Par Makane Moïse Mbengue et Susanna Waltman, Publié par IISD, mai 2015

La croissance de l'investissement étranger dans les terres arables depuis 10 ans s'explique en partie par la recherche d'accès aux ressources en eau. Une terre sans eau n'a aucune valeur ; l'eau est essentielle à la production agricole. Plus de 70 % de toutes les ressources en eau douce sont utilisées pour la production agricole. Cependant, la valeur de l'eau n'est pas encore pleinement comprise ou reconnue, et son rôle fondamental est souvent négligé dans le contexte de l'investissement dans les terres arables. Ce rapport, centré sur l'Afrique, propose un aperçu des régimes juridiques internationaux régissant les droits d'accès à l'eau et l'investissement dans les terres, et des conséquences pour les investisseurs étrangers, les gouvernements et les communautés. Disponible sur <http://www.iisd.org/publications/farmland-investments-and-water-rights-legal-regimes-stake>

Événements en 2015

8 septembre

FORMATION COURTE DU BIICL : LES DROITS DE L'HOMME POUR LES ENTREPRISES, Institut britannique de droit international et comparé (BIICL), Londres, Royaume-Uni, <http://www.biicl.org/event/1115>

18 septembre

25^{ÈME} CONFÉRENCE PUBLIQUE SUR LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT : LES 50 ANS DE LA CONVENTION DU CIRDI, Institut britannique de droit international et comparé (BIICL), à BMA House à Londres, Royaume-Uni, <http://www.biicl.org/event/1117>

21-22 septembre

ATELIER SUR LE RENFORCEMENT DE L'ASSISTANCE TECHNIQUE POUR LES PAYS AFRICAINS RICHES EN RESSOURCES, Columbia Center for Sustainable Investment, African Legal Support Facility, African Minerals Development Centre, et New Partnership for Africa's Development, Pretoria, Afrique du Sud, <http://ccsi.columbia.edu/2015/09/21/september-workshop-on-strengthening-technical-assistance-for-resource-rich-african-countries>

25 septembre

CONFÉRENCE INTERNATIONALE CIDS 2015 : LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX À L'INTERSECTION DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVÉ, Graduate Institute of International and Development Studies, et la Faculté de droit de l'Université de Genève, Genève, Suisse, <http://cidsconference2015.ch>

30 septembre

FORUM DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DE SINGAPORE (SIAF) 2015, Maxwell Chambers, Singapour, <http://www.siaf.sg>

15-16 octobre

RÈGLEMENT INTERNATIONAL DES DIFFÉRENDS : DE LA DIVERSITÉ À LA CONVERGENCE ?, Université Jagellonne, Cracovie, Pologne, <http://mediujmy.pl/en/icc-uj-conference>

21 octobre

COURS INTENSIF SUR LA PRATIQUE ET LES PROCÉDURES DU CIRDI, Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, Prague, République tchèque, https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/Events.aspx?CID=81&ListID=a7dadf11-0f78-4bf6-b631-002ae87dae0d&variation=en_us

26-30 octobre

FORUM INTERGOUVERNEMENTAL SUR L'EXPLOITATION MINIÈRE, LES MINÉRAUX, LES MÉTAUX ET LE DÉVELOPPEMENT DURABLE (IGF), Secrétariat du IGF, au Palais des Nations, Genève, Suisse, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=682>



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 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

Pour souscrire à ITN Quarterly, veuillez vous rendre à la page : https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english

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