



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

NUMÉRO 2. VOLUME 9. JUILLET 2018



Le projet 2018 de modèle de TBI néerlandais : évaluation critique

Bart-Jaap Verbeek et Roeline Knottnerus



Charge contre le financement par des tiers dans l'arbitrage d'investissement

Frank J. Garcia



Mettre le droit de réglementer consacré dans les politiques et lois relatives à l'investissement au service du développement : réflexions à partir des données d'expérience de l'Afrique du Sud et du Brésil

Fabio Morosini



Conflit entre États latinoaméricains et entreprises transnationales : les défis de la région face à des traités d'investissement asymétriques

Jorge Marchini, Josefina Morales et Gabriela Roffinelli





Sommaire

ARTICLE 1 Le projet 2018 de modèle de TBI néerlandais : évaluation critique	3
ARTICLE 2 Charge contre le financement par des tiers dans l'arbitrage d'investissement	7
ARTICLE 3 Mettre le droit de réglementer consacré dans les politiques et lois relatives à l'investissement au service du développement : réflexions à partir des données d'expérience de l'Afrique du Sud et du Brésil.....	11
ARTICLE 4 Conflit entre États latinoaméricains et entreprises transnationales : les défis de la région face à des traités d'investissement asymétriques.....	15
NOUVELLES EN BREF	20
Une communication de la Commission européenne relative à la protection des investissements intra-UE rejette le TCE comme base du RDIE intra-UE.....	20
Le point sur les négociations commerciales et d'investissement de l'Union européenne avec le Japon, le Vietnam, l'Australie, la Nouvelle Zélande et le Mexique.....	20
Le représentant des États-Unis au commerce présente un plan de négociation en vue d'un modèle d'accorde de libre-échange avec les pays d'Afrique subsaharienne.....	21
Le Groupe de travail III de la CNUDCI poursuit les discussions sur les préoccupations relatives au RDIE et sa réforme multilatérale.....	21
SENTENCES ET DÉCISIONS	16
Un tribunal du CIRDI estime que l'Espagne a violé la norme TJE au titre du Traité sur la Charte de l'énergie.....	22
Les objections du Kosovo à la compétence contre les recours d'un investisseur allemand sont retenues.....	24
Un tribunal de la CNUDCI ne reconnaît pas sa compétence au motif que le TBI France-Maurice ne s'applique pas aux investisseurs binationaux	26
Un tribunal du CIRDI condamne un investisseur à verser 9 millions CAD au gouvernement canadien après l'échec de son recours au titre de l'ALENA.....	27
Un fonds luxembourgeois se voit accorder 53,3 millions EUR pour violation du TJE suite à la réduction du mécanisme espagnol d'aide en faveur de l'énergie renouvelable	29
RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS	32

INVESTMENT TREATY NEWS

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

Tel +41 22 917-8748
Fax +41 22 917-8054
Email itn@iisd.org
Twitter

Directrice du Groupe - Droit et Politique Économique
Nathalie Bernasconi

Traduction Française
Isabelle Guinebault

Rédacteur en Chef
Martin Dietrich Brauch

Traduction Espagnole
María Candela Conforti

Rédactrice, Version Française
Suzy Nikiéma

Design (PDF)
PortoDG

Rédactrice, Version Espagnole
Marina Ruete

ARTICLE 1

Le projet 2018 de modèle de TBI néerlandais : évaluation critique

Bart-Jaap Verbeek et Roeline Knottnerus



Le 16 mai 2018, le ministre néerlandais des Affaires étrangères a publié son nouveau projet de modèle de Traité bilatéral d'investissement (TBI)¹. Ce projet de modèle, ouvert aux commentaires publics jusqu'au 18 juin 2018, devrait remplacer le modèle 2004 de TBI et être utilisé pour la renégociation des 79 TBI néerlandais existants signés avec des pays qui ne sont pas membres de l'Union européenne, ainsi que pour la négociation de futurs accords.

C'est en 2015 que le gouvernement néerlandais a lancé l'idée d'un réexamen de son TBI², dans le cadre d'une réflexion plus large sur les accords commerciaux et d'investissement du pays³. Malheureusement, le nouveau modèle de TBI longuement attendu demeure en deçà de la « réinitialisation politique » promise visant à donner la priorité au développement durable. Malgré certaines améliorations appréciées, le modèle perd une opportunité en or de s'éloigner du régime actuel de la protection de l'investissement fondée sur les traités, et de répondre effectivement à ses déséquilibres systémiques.

¹ <https://www.internetconsultatie.nl/investeringsakkoorden>

² Courrier du ministre du Commerce extérieur et du Développement adressé à la Présidence de la Chambre des représentants, Kamerstuk 21 501-02, nr. 1481, Den Haag, avril 9, 2015. Disponible sur <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21501-02-1481.html>

³ Ploumen, L. (2016, septembre). *The Netherlands: Reforming EU trade policy: protection, not protectionism*. Document officiel. Tiré de <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/handelsverdragen-europese-unie/documenten/vergaderstukken/2016/09/01/reforming-eu-trade-policy-protection-not-protectionism>.

Un récent rapport préparé entre autres par le Centre pour la recherche sur les sociétés multinationales (SOMO) montre que 12 pour cents de toutes les affaires connues de Règlement des différends investisseur-État (RDIE) sont lancées par des investisseurs prétendant être originaires des Pays-Bas, et que 17,5 pour cents du montant cumulé des demandes proviennent d'investisseurs prétendument néerlandais, alors même que les Pays-Bas ne sont parties qu'à 3 pour cents de tous les traités d'investissement. Ce rapport a également calculé que les sociétés transnationales et autres investisseurs utilisant les Pays-Bas comme pays d'origine ont présenté des recours en matière d'investissement totalisant 100 milliards USD⁴. Cela fait des Pays-Bas le deuxième pays d'origine le plus populaire pour les requêtes RDIE, après les États-Unis.

Seuls 13 pour cents de ces investisseurs sont réellement néerlandais : 84 pour cents des recours émanent d'entreprises qui ne sont pas néerlandaises, et 3 pour cents ont une origine indéterminée. 77 pour cents de tous les recours prétendument néerlandais sont lancés par des « sociétés boîte aux lettres » ne disposant pas d'une présence commerciale ou opérationnelle substantielle dans le pays. Il est extrêmement intéressant pour un investisseur d'établir une filiale aux Pays-Bas puisque ce pays couvre 90 traités d'investissement du pays, et offre un climat fiscal attractif⁵.

⁴ Knottnerus, R., Van Os, R., Verbeek, B.-J., Dragstra, F., & Bersch, F. (2018, janvier 13). *50 jaar ISDS. Een mondiaal machtsmiddel voor multinationals gecreëerd en groot gemaakt door Nederland*. Amsterdam: TNI, SOMO, BothEnds, Milieudéfensie. Tiré de <https://www.somo.nl/nl/50-jaar-isds-een-mondiaal-machtsmiddel-voor-multinationals>.

⁵ Van Os, R. & Knottnerus, R. (2011, octobre). *Dutch bilateral investment treaties: A gateway to "treaty shopping" for investment protection by multinational corporations*. Amsterdam: SOMO. Tiré de <https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2011/10/Dutch-Bilateral-Investment-Treaties.pdf> ; les chiffres du FMI montrent que les Pays-Bas sont le premier pays au monde en termes de flux entrants d'investissement et le deuxième en termes de flux sortants, dépassant ainsi des économies bien plus importantes. Voir <http://data.imf.org/?sk=40313609-F037-48C1-84B1-E1F1CE54D6D5&Id=1482247616261>.



Ces dernières années, plusieurs pays ont fait part de leur mécontentement vis-à-vis de l'approche néerlandaise après avoir été confronté à un ou plusieurs recours RDIE au titre de traités néerlandais. L'Afrique du Sud, la Bolivie, l'Équateur, l'Inde, l'Indonésie, l'Ouganda et le Venezuela ont même entamé une procédure visant à mettre fin unilatéralement à leur TBI avec les Pays-Bas. Plusieurs de ces pays ont formulé des approches alternatives innovantes de la protection de l'investissement, cherchant à atteindre un meilleur équilibre entre les droits des multinationales et leur responsabilité sociale, notamment en incluant certaines exigences spécifiques de respect des droits humains et de contribution au développement durable du pays d'accueil et des communautés locales.

Cependant, un examen plus détaillé du nouveau modèle néerlandais de TBI démontre que celui-ci n'a guère réussi à suivre une voie similaire. Nous analysons ci-après certaines des définitions et droits substantiels accordés aux investisseurs au titre du nouveau modèle de TBI néerlandais, dont bon nombre calque l'approche adoptée par l'Union européenne dans ses traités récents, notamment l'Accord économique et commercial global (AECG) Union européenne-Canada.

1. La portée : définition plus stricte de l'investisseur, mais une définition aussi large que possible de l'investissement

S'agissant des investissements couverts, le projet de modèle utilise une liste illustrative qui couvre non seulement tout type de propriété ou de créance, mais également tout résultat contractuel doté d'une valeur économique, les droits de propriété intellectuelle, les catégories d'actifs tels que la clientèle et le savoir-faire, et tout droit accordé au titre d'un contrat. Les droits de prospection, d'exploration, d'extraction et d'exploitation des ressources naturelles sont mentionnés explicitement comme des investissements couverts. Rien n'a été fait pour essayer d'en réduire la portée : le projet de modèle continue d'utiliser une définition aussi large que possible des investissements, couvrant « tout type d'actif » (art. 1(a)).

L'article 1 (b)(iii) exige des personnes morales qu'elles aient des « activités commerciales substantielles » dans le territoire de l'État d'origine. Un renvoi précise que les éléments attestant d'activités commerciales substantielles incluent le siège de l'entreprise et de son administration, le siège social et la direction, un bureau, un centre de production ou un laboratoire de recherche, le nombre

d'employés, et le chiffre d'affaires généré dans le pays. Cela représente une rupture drastique vis-à-vis de la pratique néerlandaise existante en matière de traités et devrait permettre de réduire la portée et la possibilité pour les sociétés boîte à lettres d'en tirer parti. Reste à voir quelle sera l'efficacité de ces prescriptions dans le contexte du RDIE. Les Pays-Bas jouissent d'un secteur florissant de sociétés fiduciaires qui pourraient aider les entreprises écran à satisfaire à ces prescriptions de fond⁶.

Le modèle de TBI prévoit que les États peuvent refuser d'accorder ces bénéfices à un investisseur qui aurait modifié la structure de son entreprise dans le but principal de présenter un recours « au moment où un différend est survenu ou est envisagé » (art. 16(3)). Il serait cependant plus logique de traiter la question de la restructuration des entreprises dans le cadre de la compétence : si un investisseur modifie la structure de son entreprise dans le but de présenter un recours, le tribunal n'a pas compétence.

2. Le devoir de réglementer des États n'est pas affirmé, mais il y a au moins une disposition relative au droit de réglementer

Le nouveau modèle de TBI laisse encore aux arbitres le soin de déterminer, en toute discrétion, si une mesure contestée et adoptée par un État partie relève de la définition d'une action *nécessaire* pour réaliser des objectifs politiques *légitimes*. Sur ce point, il reste en deçà des demandes de la société civile néerlandaise visant à affirmer le *devoir* des États de réglementer dans l'intérêt public⁷. Toutefois, le modèle de TBI cherche à entériner plus efficacement le droit de réglementer en affirmant que « le simple fait qu'une partie contractante réglemente, y compris en modifiant ses lois, d'une manière qui affecte ou interfère négativement avec les attentes d'un investisseur, notamment en matière de bénéfices, ne constitue pas la violation d'une obligation au titre du présent accord » (art. 2(2)).

⁶ Enquête parlementaire sur les structures fiscales, (2017, juin 5). *Report of public hearings*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 34 566, nr. 4. Tiré de <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2017D20244>.

⁷ Knottnerus, R., Van Os, R., Van der Pas, H., Vervest, P. (2015, janvier). *Socialising losses, privatising gains. How Dutch investment treaties harm the public interest*. Amsterdam: SOMO, BothEnds, Milieudefensie, TNI. Tiré de <https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2015/01/Socialising-losses-privatising-gains.pdf>.



3. Le TJE est élargi pour inclure les « attentes légitimes » de l'investisseur

Les dispositions relatives au traitement national et à la Nation la plus favorisée (NPF), au Traitement juste et équitable (TJE) et à l'expropriation indirecte suivent largement le texte de l'AECG. À l'instar de ce dernier, l'article 9 du modèle de traité néerlandais permet aux tribunaux arbitraux de « prendre en compte si une Partie contractante a fait une représentation spécifique à un investisseur dans le but d'induire un investissement, qui aurait donné lieu à une attente légitime », ce qui pose problème dans le sens où il donne aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire. En outre, l'article 9(5) précise que « [l]orsqu'une Partie contractante a souscrit un engagement écrit avec des investisseurs de l'autre Partie contractante au sujet d'un investissement spécifique, cette Partie contractante ne pourra [...] violer cet engagement en exerçant son autorité gouvernemental de manière à entraîner des pertes ou des dommages à l'investisseur ou à son investissement ». Cette disposition sert de clause parapluie, donnant aux obligations contractuelles une nature internationale. Aussi, la formulation de cet article élargit encore la compréhension fugace de ce que constitue le TJE en droit international coutumier.

4. Une ambition limitée de la promotion du développement durable, pas d'obligation connexe pour les investisseurs

Le projet de modèle exige certaines caractéristiques des investissements, notamment une certaine durée, l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, la prise de risques et l'anticipation de gains ou de bénéfices. Cependant, on notera l'absence de la contribution au développement économique de l'État hôte, l'un des critères du test de *Salini*⁸. Les parties s'engagent au titre d'une simple obligation de moyens à « œuvrer à renforcer la promotion et la facilitation d'investissements qui contribuent au développement durable » dans le cadre de consultations et d'échanges d'informations portant sur les opportunités d'investissement (art. 3 (3)), sans plus de précisions.

L'article sur le développement durable (art. 6) est excessivement faible et manque d'ambition. Il mentionne

bien les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT), la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'Accord de Paris sur le climat, mais affirme seulement que les parties réaffirment leurs engagements au titre de ces accords dans la mesure où ils en sont parties (art. 6.5), sans en exiger la ratification et la mise en œuvre.

En réalité, la seule formulation « ferme » relative au développement durable semble davantage chercher à protéger les droits économiques des investisseurs et à créer des droits supplémentaires pour eux contre les États, qu'à exprimer une réelle ambition de promotion de la durabilité. L'article 6.4 est libellé comme suit : « Une Partie contractante ne pourra adopter et appliquer des lois nationales contribuant au développement durable si cela constitue une discrimination injustifiable ou une restriction déguisée au commerce ». Une telle formulation ouvre la voie à de larges interprétations.

À l'instar de l'AECG, le nouveau modèle néerlandais de TBI limite la portée du RDIE si l'investissement a été « réalisé par le biais d'une omission frauduleuse, dissimulation, corruption, ou acte de mauvaise foi similaire équivalant à un abus de procédure » (art. 16 (2)). Cette limite aurait pu et aurait dû être étendue pour inclure également les obligations en matière de droits humains, les normes du travail et environnementales ainsi que la conduite responsable des entreprises, en accord avec les objectifs d'atténuation et d'adaptation au changement climatique.

S'agissant de la Responsabilité sociale des entreprises (RSE), au titre du nouveau modèle, les Parties réaffirment simplement l'importance d'encourager les investisseurs opérant sur leur territoire ou assujettis à la compétence d'une Partie à incorporer volontairement à leurs politiques internes ces normes et lignes directrices internationalement reconnues ainsi que les principes de la responsabilité sociale des entreprises qui ont été approuvés ou appuyés par cette Partie (art. 7). Aussi, le modèle ne parvient pas à établir une obligation contraignante, ni même au moins à relever la barre en exigeant des investisseurs qu'ils respectent le niveau de RSE le plus strict de l'une ou l'autre des Parties⁹.

Un tribunal pourrait, à l'heure de déterminer le montant d'une indemnisation, tenir compte de tout manquement

⁸ *Salini Costruttori S.P.A. et Italstrade S.P.A. c. le Royaume du Maroc*, Affaire CIRDI n° ARB/00/4, Décision sur la compétence, juillet 23, 2001, para. 52. Tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>

⁹ Voir, par exemple, le TBI de 2016 entre le Nigéria et le Maroc : <https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/5409.pdf>



de l'investisseur à respecter les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et les Principes directeurs de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales (art. 23). Toutefois, la réduction éventuelle du montant de l'indemnisation semble bien mal indiquée pour répondre aux violations des droits humains. En outre, le tribunal n'est pas requis de tenir compte de ces questions, mais y est seulement autorisé.

5. Transparence accrue, autorité de nomination des arbitres, pas de « double casquette » ; sinon, le RDIE reste classique

Le projet de modèle donne aux investisseurs la possibilité de lancer des recours RDIE pour la violation des normes essentielles du TBI. Il envisage l'établissement futur d'un tribunal multilatéral des investissements (TMI) en précisant que « les dispositions RDIE cesseront de s'appliquer au moment de l'entrée en vigueur d'un accord international portant création d'un [TMI] » (art. 15). D'ici là, les recours ne peuvent être présentés qu'au titre de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention du CIRDI) (ou au titre du mécanisme supplémentaire du CIRDI) ou au titre du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI), et c'est la Cour permanente d'arbitrage (CPA) qui en gère la procédure (art. 19 (1)).

Plus précisément, le modèle s'éloigne des approches classiques du RDIE dans le sens où il prévoit que les trois membres du tribunal arbitral soient nommés par une autorité de nomination – le Secrétaire-général du CIRDI pour les arbitrages au titre du CIRDI, ou le Secrétaire-général de la CPA pour les arbitrages au titre de la CNUDCI (art. 20). Au titre des TBI néerlandais, nouveaux ou renégociés, cela mettrait effectivement un terme à la pratique consistant pour les arbitres à être nommés par les parties au différend. Cependant, rien n'indique que les sélections faites par ces deux autorités de nomination entraîneront davantage de diversité parmi les arbitres.

Le Règlement sur la transparence de la CNUDCI est intégré à l'article 20 (11), et le nouveau modèle de texte cherche à répondre au problème de la « double casquette » des arbitres et du conflit d'intérêt connexe, en stipulant que les arbitres ne peuvent avoir joué le rôle d'avocat au cours des cinq années précédentes. Le modèle n'adopte toutefois pas la même approche que l'AECG, qui interdit en outre aux membres du tribunal d'agir en

tant qu'expert ou témoin nommé par une partie dans d'autres différends relatifs aux investissements.

Le projet de modèle n'inclut pas de disposition autorisant les États à présenter des demandes reconventionnelles contre les investisseurs fondées sur les obligations relatives aux droits humains ou à l'environnement. Il ne permet pas non plus aux tierces parties affectées se participer à la procédure de plein droit ou dans les mêmes conditions que les parties principales au différend. De cette manière, le RDIE reste basé sur un régime asymétrique qui accordent des droits aux investisseurs étrangers, sans toutefois les accompagner d'obligations ayant force exécutoire.

Conclusion

Alors qu'un nombre croissant de pays et de régions mettent l'accent sur les obligations contraignantes pour les investisseurs au nom du développement durable, le modèle de TBI néerlandais révisé apparaît comme une occasion manquée de réduire de manière significative les protections offertes aux investissements au titre des traités et d'atteindre un meilleur équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs étrangers. Le TBI néerlandais déçoit, car la « réinitialisation de la politique commerciale » annoncée par le ministère des Affaires étrangères avait fait naître l'espoir d'une approche beaucoup plus innovante permettant de faire progresser le développement durable rapidement.

Auteurs

Bart-Jaap Verbeek et **Roeline Knottnerus** sont chercheurs auprès du Centre pour la recherche sur les sociétés multinationales (SOMO), une organisation de recherche indépendante et non-lucrative basée à Amsterdam, aux Pays-Bas.



ARTICLE 2

Charge contre le financement par des tiers dans l'arbitrage d'investissement

Frank J. Garcia



Le financement des procédures judiciaires par des tierces parties (FTP) est une industrie en pleine expansion, composée d'investisseurs spéculatifs qui investissent dans des recours judiciaires pour en contrôler les conclusions et obtenir une part des réparations¹. Suite à la crise financière mondiale et à la recherche par le secteur de la finance spéculative de nouveaux véhicules de placement, le FTP a découvert le régime des Traités bilatéraux d'investissement (TBI) et ses mécanismes de règlement des différends investisseur-État (RDIE).

Les coûts élevés des affaires de RDIE et leurs dommages potentiellement énormes en ont fait un nouveau marché extrêmement attrayant pour le FTP. À l'heure actuelle, il est difficile d'estimer l'ampleur du FTP dans le RDIE, puisque les bailleurs FTP préfèrent généralement ne pas divulguer leur rôle aux autres parties ou aux arbitres. Toutefois, les éléments disponibles suggèrent un rôle d'ores et déjà significatif, le FTP (réel ou supposé) étant présent dans plusieurs affaires récentes de RDIE². Bon

nombre de juridictions commence à reconnaître l'impact du FTP et son rôle unique dans l'arbitrage international des investissements, c'est pourquoi il est important d'examiner si ce financement par des tiers est compatible avec les objectifs du régime juridique des investissements et avec les valeurs et intérêts que les États doivent mettre en avant et protéger.

Un mécanisme d'exploitation qui freine l'accès à la justice plus qu'il ne l'améliore

Les partisans du FTP avancent que, dans le cadre de plusieurs plateformes de règlement des différends, le FTP apporte divers avantages, notamment la promotion de l'accès à la justice et l'élimination des recours sans fondement. Quelle que soit la valeur du FTP dans le cadre du règlement des différends civils et commerciaux, dans le contexte de l'arbitrage des investissements, les arguments traditionnels du FTP sont infirmés et ses risques amplifiés. Le contexte juridique du RDIE (des traités asymétriques) et son économie politique (les sentences sont payées par les États grâce à des fonds publics, et dans deux-tiers des cas, ce sont les États qui règlent ou perdent les affaires) soulèvent des préoccupations majeures au sujet du FTP, qui sont spécifiques au contexte de l'arbitrage des investissements.

Disons les choses franchement : dans un système aussi déséquilibré que celui du régime juridique des investissements, le FTP constitue une exploitation. Celle-ci est définie comme étant une forme « d'avantage déloyal »³. Le FTP est explicitement conçu pour permettre au secteur de la finance spéculative de profiter de la structure asymétrique du régime actuel des investissements. Le modèle de financement repose sur un système dans lequel les États n'ont pas de droits substantiels au titre des traités, les demandeurs participent directement à la sélection des arbitres et le droit de recours n'existe pas⁴. En outre, dans le climat

¹ Voir en général Steinitz, M. (2011). Whose claim is this anyway? Third party litigation funding, *Minnesota Law Review*, 95, 1268.

² Voir Abaclat c. la République d'Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, (4 août 2011) ; Abaclat c. la République d'Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Opinion divergente, Georges Abi-Saad, (28 octobre 2011) ; RSM Production Corp. c. la Grenade, Affaire CIRDI n° ARB/05/14, Procédure en annulation, (28 avril 2011) ; Ioannis Kardassopoulos et Ron Fuchs c. la République de Géorgie, Affaire CIRDI n° ARB/07/15, Décision (3 mars 2010) ; ATA Constr., Indust. & Trading Co. c. le Royaume hachémite de Jordanie, Affaire CIRDI n° ARB/08/2, Procédure en annulation, (août 2011) (non publié), tel que rapporté par Hepburn, J. (2011, août). Dans cette dernière affaire contre la Jordanie, la procédure en annulation auprès du CIRDI a été suspendue puisque la question du FTP a été soulevée. *Investment Arbitration Reporter*

³ Voir Wertheimer, A. (1996). *Exploitation*. New Jersey: Princeton University Press.

⁴ Voir Garcia, F. J., Ciko, L., Gaurav, A., & Hough, K. (2015). Reforming the international investment regime: Lessons from international trade law. *Journal of International Economic Law*, 18(4), 861-892.



mondial actuel de l'investissement, il peut être risqué pour les États défenseurs soucieux de leur classement en matière d'investissement de choisir d'ignorer une sentence arbitrale.

Le FTP offre à une poignée d'investisseurs encore plus de ressources leur permettant de lancer des recours déséquilibrés contre des États entravés. Ces recours représentent un coût significatif pour les pays ciblés et leurs citoyens, puisque qu'ils devront au final être réglés par un groupe de partie-prenantes largement sous-représenté : le public, c'est-à-dire les contribuables qui sont les « preneurs de risque résiduels » du système actuel. Les pays en développement défenseurs sont particulièrement vulnérables. Les recherches suggèrent que la grande majorité (88 pour cent) de tous les investisseurs demandeurs viennent de pays à revenus élevés, et que les pays en développement gagnent deux fois moins que les pays développés⁵. Les financeurs du FTP ont reconnu prendre ces facteurs en compte dans leur évaluation préliminaire d'un recours ou « investissement » potentiel⁶.

Ainsi, par le biais du régime de TBI/RDIE, le FTP permet un transfert de richesse des citoyens de l'État défendeur vers les bailleurs du FTP et leurs investisseurs. Le régime des investissements n'a pas été conçu dans le but d'obtenir de tels transferts. Au contraire, ces transferts semblent aller à l'encontre du principe fondamental de l'investissement, pas d'expropriation sans indemnisation. En outre, ces transferts de richesse semblent renverser un principe d'équité largement accepté, équivalant à prendre aux masses moins favorisées sans les indemniser, pour donner à une poignée de privilégiés.

Les partisans du FTP dans le RDIE ont cherché à le justifier par le biais des arguments traditionnels, arguant que le financement des recours d'investissement offre un accès à la justice aux investisseurs qui désirent obtenir réparation mais qui ne disposent pas de ressources financières suffisantes pour ce faire. Les bailleurs affectionnent cet argument qui présente leur rôle comme étant vital puisqu'il permet de faciliter

et de contribuer à la justice économique mondiale. Toutefois, dans le contexte du RDIE, cette vision est fondamentalement incorrecte, car l'on ne peut considérer que dans le RDIE, le FTP équivaut à financer des demandeurs désavantagés⁷.

Traditionnellement, lorsque l'on parle d'accès à la justice, l'on fait référence au renforcement des compétences pour la justice sociale, c'est-à-dire apporter un soutien financier ou autre aux parties ne disposant pas de suffisamment de ressources humaines et financières pour ester. À l'inverse, dans le RDIE, le FTP s'intéresse principalement à la gestion du bilan, offrant à des demandeurs généralement bien pourvus la capacité de minimiser les risques associés au lancement d'un recours, et ne cherche pas à apporter un financement aux demandeurs démunis ou désavantagés⁸.

"Par le biais du régime de TBI/RDIE, le FTP permet un transfert de richesse des citoyens de l'État défendeur vers les bailleurs du FTP et leurs investisseurs. Le régime des investissements n'a pas été conçu dans le but d'obtenir de tels transferts."

Selon l'un des principaux bailleurs FTP, « le marché actuel du financement des procédures judiciaires s'intéresse bien davantage à l'utilisation corporative croissante de sources de financement par de grands groupes disposant d'importantes ressources qui cherchent des moyens de gérer les risques, de réduire les budgets alloués aux procédures judiciaires ou d'en faire disparaître les coûts des bilans, ou qui ont d'autres raisons commerciales de ne pas vouloir allouer de ressources au financement d'un arbitrage »⁹.

⁵ Schultz, T., & Dupont, C. (2014). Investment arbitration: Promoting the rule of law or over-empowering investors? A quantitative empirical study. *European Journal of International Law*, 25(4), 1147-1168.

⁶ Discussion en table ronde sur le financement par des tierces parties dans le Règlement des différends investisseur-État avec ICCA/Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, Columbia Ctr. for Sustainable Inv., à N.Y.C., N.Y (17 octobre 2017).

⁷ Voir Santosuosso, T. & Scarlett, R. (2018). *Third-party funding in investment arbitration: Misappropriation of access to justice rhetoric by global speculative finance*. Document de travail n° 8, Boston College Law School Law and Justice in the Americas. Tiré de <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ljawns/8>

⁸ Ibid.

⁹ Bogart, C. P. (2016, 14 octobre). Third-party financing of international arbitration. In Global Arbitration Review (édit.), *The European Arbitration Review 2017*. Tiré de <https://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-arbitration-review-2017/1069316/third-party-financing-of-international-arbitration>. Christopher Bogart est le cofondateur et PDG de Burford Capital.



Lorsque l'on examine l'accès à la justice dans son contexte social plus large, l'on remarque qu'en réalité, le FTP freine l'accès à la justice des pays en développement défendeurs et de leurs citoyens. Le FTP exacerbe le déséquilibre inhérent au régime de TBI, affectant de manière disproportionnée la capacité d'États déjà désavantagés de contrôler les changements réglementaires sur leur territoire et d'offrir des bénéfices sociaux importants. Au contraire, le FTP effectue un transfert du pouvoir et des ressources vers les investisseurs privés, ce qui peut par conséquent avoir des effets négatifs sur les affaires politiques et le système social des pays en développement. Des mesures de santé et de sécurité publiques, et de protection de l'environnement ont été contestées au titre du régime TBI/RDIE. Les pays en développement ne peuvent se permettre un tel poids sur leurs finances publiques, car même les recours ne portant pas sur une mesure sociale publique devront être payés sur les deniers publics¹⁰.

La voie à suivre pour ce qui est du FTP dans le RDIE : options politiques

Pour toutes ces raisons, tel que conçu actuellement, le FTP ne peut jouer un rôle constructif dans l'arbitrage en matière d'investissement tant qu'il n'est pas régleménté et que le régime TBI/RDIE n'est pas réformé en profondeur. Si l'on permet au secteur de la finance spéculative de jouer un rôle dans les conclusions et de participer à la sélection des recours à lancer, des arbitres à nommer et des affaires devant être réglées, cela équivaut, ni plus ni moins, à l'exploitation délibérée des failles du régime des TBI au profit des spéculateurs et aux dépens financiers de l'État défendeur, de ses contribuables et citoyens.

Les États devraient envisager d'interdire complètement le FTP, au moins jusqu'à ce que le régime international des investissements soit réformé et donne lieu à des accords plus équilibrés. Les États interdisant déjà le FTP au titre de leur législation nationale devraient maintenir cette interdiction, en tous cas pour ce qui concerne le FTP dans l'arbitrage des investissements. Ils devraient également prendre des mesures pour interdire le FTP dans leur TBI et dans les chapitres sur l'investissement des Accords de libre-échange (ALE)

régionaux. Finalement, les États devraient guetter les possibilités d'action commune de faire preuve de leadership au niveau multilatéral, et devraient œuvrer à l'établissement d'une interdiction du FTP dans les règlements d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), entre autres. En agissant de concert, les États minimisent tout risque réel ou perçu d'éloigner l'investissement étranger ou l'arbitrage en matière d'investissement créé par des interdictions unilatérales.

"Les États devraient envisager d'interdire complètement le FTP, au moins jusqu'à ce que le régime international des investissements soit réformé et donne lieu à des accords plus équilibrés."

Si le FTP devait être autorisé dans le cadre du RDIE, le régime devrait alors exiger une large divulgation obligatoire des accords FTP, et être accompagné d'un cautionnement obligatoire pour frais¹¹. S'il existe un consensus croissant quant à la nécessité de divulguer l'existence et l'identité d'un bailleur FTP, cette divulgation pourrait aller plus loin et inclure les termes des accords de financement. Cela s'inscrit parfaitement dans la tendance institutionnelle générale vers davantage de transparence et permet de révéler les dispositions des accords de financement qui pourraient créer des incitations perverses. Cette large divulgation permettrait également d'obtenir les données indispensables aux recherches futures portant sur les bénéfices et les coûts liés au FTP, et permettrait également une réglementation plus efficace à l'avenir. Le cautionnement obligatoire pour frais pourrait décourager les bailleurs FTP de lancer des recours fragiles pour leur seule valeur de règlement.

Bien qu'il n'existe pas à l'heure actuelle d'exigence générale de divulgation de la présence ou de l'identité de bailleurs FTP, certaines étapes prometteuses ont

¹⁰ Voir en général Eberhardt, P. & Olivet, C. (2012, 27 novembre). Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fueling an investment arbitration boom. Tiré de <https://www.tni.org/en/briefing/profitng-injustice>

¹¹ Voir Thrasher, R. D. (2018). The regulation of third party funding: Gathering data for future analysis and reform. *Boston College Law School Law and Justice in the Americas Working Paper No. 9*. Tiré de <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ljawps/9>



été prises. Bien que timide dans son évaluation et dans ses recommandations, le rapport du Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA)/ Queen Mary sur le financement par des tierces parties appelle à une forme limitée de divulgation¹². Sur le front réglementaire, l'article 8.26 de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne exige la divulgation obligatoire de la présence et de l'identité de bailleurs FTP, tandis que l'article 23(1) du règlement du Centre d'arbitrage international de Singapour (SIAC) donne au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'ordonner également la divulgation des détails de l'accord. Les États devraient tirer parti de ces balbutiements, tout en étant conscients que les bénéfices de la divulgation seront précédés, dans l'intervalle, des coûts de la présence croissante de FTP dans le RDIE, et qu'il faudra également abandonner les bénéfices systémiques larges de l'interdiction du FTP.

"Si le FTP devait être autorisé dans le cadre du RDIE, le régime devrait alors exiger une large divulgation obligatoire des accords FTP, et être accompagné d'un cautionnement obligatoire pour frais."

Conclusion

Il est essentiel que les États, leurs négociateurs, les chercheurs et la société civile examinent attentivement, de manière publique et transparente, les risques que le FTP pose pour le public et pour le régime des investissements lui-même. Plutôt que d'être présenté comme un *fait accompli*¹³, le FTP devrait être correctement réglementé, s'il n'est pas purement et simplement éliminé. Dans le cas contraire, l'on risque de se retourner sur cette période et de se lamenter des occasions manquées, comme on l'a fait de la période précédant la crise financière mondiale.

Auteur

Frank J. Garcia est enseignant et chercheur au Dean's Global Fund, Faculté de droit du Boston College. L'auteur remercie Kirrin Hough de son aide précieuse dans la préparation de cette note de recherche. L'auteur est le principal chercheur dans une étude collaborative dirigée par le Boston College sur le FTP, et salue chaleureusement les contributions essentielles au développement de ces arguments de Tara Santosuosso et Randall Scarlett, et de Rachel Denae Thrasher de la Pardee School de l'Université de Boston. L'auteur souhaite également remercier Lise Johnson et Brooke S. Güven du Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) pour leur rôle dans ce projet et leurs travaux révolutionnaires dans le cadre de la réforme du droit des investissements.

¹² Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA). (2018, avril). *Report of the ICCA–Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration*. Tiré de http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf

¹³ En français dans le texte, n.d.l.t.



ARTICLE 3

Mettre le droit de réglementer consacré dans les politiques et lois relatives à l'investissement au service du développement : réflexions à partir des données d'expérience de l'Afrique du Sud et du Brésil

Fabio Morosini



1. Introduction

Le droit de réglementer peut être défini comme le droit souverain des États de réglementer dans l'intérêt public, c'est-à-dire leur marge de manœuvre politique. Compte tenu que les Accords internationaux d'investissement (AII) ont été créés pour limiter certains aspects du droit de réglementer des pays, la première vague d'AII a inhibé les tentatives réglementaires des pays d'accueil qui pourraient être dommageables pour les droits des investisseurs étrangers. Les critiques internes et la peur croissante des pays développés de faire face à des recours auprès des tribunaux arbitraux ont forcé les premiers à conserver une certaine marge de manœuvre au titre de la partie des AII relative au droit de réglementer¹. Cette évolution du droit de l'investissement s'est principalement faite au bénéfice des pays souhaitant récupérer leur marge de manœuvre politique dans des domaines tels que l'environnement, la santé et la sécurité².

¹ En pratique, si une mesure relève de l'une de ces catégories, il est fort probable que le gouvernement ne sera pas tenu d'indemniser les investisseurs étrangers pour le tort causé. Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) (2004). *L'"expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement*. (Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2004/04). Tiré de https://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/FR%20WP-2004_4.pdf

² Titi, A. (2014). *The right to regulate in international investment law*. Munich : Nomos.

Dans le cadre de ce large débat, les approches fondées sur le développement, qui sont essentielles pour les pays du Sud mondial, n'ont pas reçu le même niveau d'attention. Du point de vue des pays en développement, une réforme juste visant à promouvoir une plus grande marge de manœuvre politique devrait être en mesure de tenir compte des préoccupations en matière de développement, leur permettant d'expérimenter des politiques dans une gamme de domaines, de la justice distributive à la politique industrielle. Dans le présent article, je propose d'élargir la notion du droit de réglementer dans les AII, sur la base des données d'expérience de l'Afrique du Sud et du Brésil, pour y inclure la dimension du développement. Les réformes en cours dans ces deux pays émergent dans le contexte d'une opposition croissante au modèle traditionnel de la protection de l'investissement, et pourraient influencer les réformes visant à créer une plus grande marge de manœuvre politique en faveur du développement.

2. L'approche fondée sur le développement du droit de réglementer de l'Afrique du Sud

L'Afrique du Sud, pays encore aux prises avec les inégalités, dépend largement des capitaux étrangers. Dans le cadre de sa stratégie visant à attirer l'investissement direct étranger (IDE), le pays s'est hâté de conclure des Traités bilatéraux d'investissement (TBI) avec les pays exportateurs de capital en vue de signifier son engagement en faveur du capitalisme mondial³. Le libellé des TBI traditionnels ne laissait qu'une toute petite marge de manœuvre politique aux pays d'accueil, et aucune place pour la promotion de politiques fondées sur la race, qui pourraient s'avérer dommageables pour les droits des investisseurs. Désireuse de prendre part au système capitaliste mondial après des années d'isolement, et nécessitant cruellement des capitaux,

³ Morosini, F. & Sanchez Badin, M. R. (Eds.) (2017). *Reconceptualizing international investment law from the Global South*. Cambridge : Cambridge University Press.



l’Afrique du Sud n’a pleinement évalué les externalités potentiellement négatives des TBI sur sa marge de manœuvre politique que plus tard, lorsqu’un recours a été présenté, ouvrant ainsi la boîte de Pandore aux différends aux motifs similaires⁴. Dans l’affaire *Foresti*, des investisseurs privés ont contesté la Loi sudafricaine sur le développement des mines et du pétrole, et la Charte minière pour la prétendue expropriation d’un investissement, lorsqu’ils ont dû s’adapter aux exigences de la loi pour l’émancipation économique des Noirs⁵.

En 2009, l’Afrique du sud publia un exposé de position dans le but d’évaluer, de manière critique, sa politique relative à l’investissement, suggérant un rééquilibrage des droits des investisseurs et de la marge de manœuvre réglementaire⁶, et servant de base à sa législation nationale, la loi sudafricaine de 2015 sur la protection de l’investissement. Cette loi remet en question les libellés dominants de la réglementation de l’investissement, et établit l’intention du gouvernement de ne pas renouveler les TBI dits de première génération, et de ne conclure de nouveaux TBI que pour des motifs économiques et politiques impérieux⁷. Cette loi inclut des changements de fond, en limitant par exemple la définition de l’investissement et de l’investisseur, ainsi que la protection et la sécurité intégrales, en excluant le Traitement juste et équitable (TJE), et en remplaçant l’arbitrage investisseur-État par les décisions des tribunaux nationaux et l’arbitrage entre États après l’épuisement des voies de recours nationales.

Plus important encore, la loi assujettit les droits de propriété à la Constitution de la République d’Afrique du Sud. Celle-ci garantit les droits de propriété, mais, à l’instar de tout droit constitutionnel, ceux-ci font l’objet de limitations liées aux objectifs publics. Plus précisément, la section 25(2) de la Constitution autorise l’expropriation de propriétés dans l’intérêt public sous réserve du versement d’une indemnisation

équitable. Autre aspect important de la loi, l’obligation de prendre des mesures visant à protéger et promouvoir les populations historiquement désavantagées figure au cœur de l’accord : dans le préambule, sous la partie relative au droit de réglementer, ainsi que comme exception à la norme de traitement national.

Dans la même logique, l’Afrique du Sud a pris une part active à l’élaboration du modèle de TBI de 2012 de la Communauté de développement d’Afrique australe (SADC) qui intègre, entre autres, une dimension développement à sa disposition sur le droit de réglementer, et inclut une autre disposition spécifique sur le droit d’un État partie de promouvoir ses objectifs de développement, notamment en prenant « des mesures nécessaires à la réparation des disparités économiques historiques ayant affecté des groupes ethniques ou culturels identifiables et s’expliquant par des mesures discriminatoires ou oppressives à l’encontre de ces groupes »⁸.

À l’heure actuelle, de nouveaux défis se profilent. La loi en préparation sur la possibilité d’exproprier des terres sans indemnisation donne lieu à un débat public acharné, ce qui tend encore davantage les discussions en Afrique du Sud. Si les mesures précédemment adoptées par le gouvernement concernaient surtout la violation des engagements au titre du TBI, ces nouvelles mesures visant à exproprier des terres sans indemnisation semble aller à l’encontre de la section 25 de la Constitution, qui exige qu’une expropriation soit suivie d’une indemnisation.

3. L’approche fondée sur le développement du droit de réglementer du Brésil

Le Brésil a été en mesure de conserver sa marge de manœuvre politique en dehors du régime traditionnel de l’investissement. La relation du pays vis-à-vis des politiques relatives à l’investissement a évolué, passant de la résistance aux TBI traditionnels dans les années 1990, au développement d’un nouveau modèle d’accord d’investissement en 2015, remplaçant le paradigme de la protection de l’investissement par un modèle fondé sur la coopération et la facilitation. Dans les deux cas, le gouvernement s’est toujours efforcé de protéger la marge

⁴ Forere, M. (2017). *The new South African Investment of Protection Act*. Dans F. Morosini & M. R. Sanchez Badin (eds.), *Reconceptualizing international investment law from the Global South*. Cambridge : Cambridge University Press.

⁵ Piero Foresti, Laura de Carli et autres c. la République d’Afrique du Sud, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/01, Décision, août 4, 2010. Tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>

⁶ République d’Afrique du Sud (2009). *Bilateral investment treaty policy framework review*. Exposé de position du gouvernement. Tiré de http://www.dtps.gov.za/documents-publications/category/94-vodacom.html?download=441:annexure-c_repofsa_bit-policy-framework_june2009.

⁷ Institut international pour le développement durable (IISD). (2015). Meeting report: Investment treaties in a state of flux: Strategies and opportunities for developing countries (Rio de Janeiro, novembre 16–18, 2015). Tiré de <http://www.iisd.org/sites/default/files/material/IISD%209th%20Annual%20Forum%20Meeting%20Report%20English.pdf>.

⁸ Southern African Development Community (SADC). (2012, July). *SADC model bilateral investment treaty template with commentary*, Article 21. Gaborone: SADC. Tiré de <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>



de manœuvre réglementaire du Brésil des engagements en matière d'investissement.

Dans les années 1990, à l'âge d'or du néolibéralisme, le Brésil s'abstint de prendre part à un quelconque accord d'investissement, même s'il en signa 14, sans jamais les ratifier⁹. Ces accords, principalement conclus avec des économies développées, reproduisent les libellés classiques des TBI.

En 2003, Lula da Silva fut élu président et secoua un État développementaliste dormant, ressuscitant la politique industrielle du Brésil et donnant lieu à d'importantes retombées pour l'investissement¹⁰. Grâce principalement au financement par la Banque nationale brésilienne pour le développement économique et social (BNDES), le gouvernement cibra un groupe de « champions » nationaux et favorisa l'émergence d'une nouvelle partie-prenante : les entreprises brésiliennes multinationales¹¹. Cette politique eut des effets directs sur les activités de ces entreprises à l'étranger. Entre 2005 et 2010, les flux sortants d'IDE brésiliens furent multipliés par presque neuf¹².

Bien que l'idée ait été débattue dans la littérature, l'on a avancé que le financement par la BNDES a été l'un des facteurs permettant de renforcer les flux sortants d'investissement brésilien au cours des gouvernements ouvriers successifs. Cette politique aurait pu être écourtée et les multinationales brésiliennes auraient pu être affectées négativement si le Brésil avait été partie à des AII. En dehors du cadre de ce large programme de financement par l'État, les investisseurs étrangers auraient également pu contester le droit du Brésil de réglementer dans des domaines variés, de la politique fiscale à l'approvisionnement en eau, comme plusieurs pays en développement en ont fait l'expérience. D'un autre côté, le Brésil choisit une stratégie de développement n'incluant pas la signature de TBI traditionnels, demeurant malgré tout l'un des principaux bénéficiaires d'IDE, et remettant ainsi en

question les discours existants sur la nécessité d'avoir des TBI pour attirer l'IDE.

Le Brésil a récemment décidé de lancer un programme de traités d'investissement s'éloignant du libellé habituel des traités d'investissement dont le principal, voire le seul objet est la protection de l'investissement étranger. Cette nouvelle approche, fondée sur la coopération et la facilitation de l'investissement, met l'accent sur : 1) la création de mécanismes, tels que les médiateurs ou les comités conjoints chargés de surveiller et prévenir l'émergence de différends et 2) la création d'accords à durée illimitée ou d'accords-cadres pouvant être adaptés dans le temps pour tenir compte des besoins en développement des États parties, par le biais de programmes thématiques de travail¹³. Depuis mars 2015, le Brésil a signé neuf Accords de coopération et de facilitation des investissements (ACFI) avec d'autres pays en développement (l'Angola, le Chili, la Colombie, l'Éthiopie, le Malawi, le Mexique, le Mozambique, le Pérou et le Suriname) ainsi que le Protocole de facilitation de l'investissement du Mercosur. En outre, les accords de facilitation de l'investissement, tels que ceux mis en avant par le Brésil, ont fait l'objet de discussions dans les enceintes multilatérales, telles que le G20 et l'Organisation mondiale du commerce (OMC), et bénéficient du soutien manifeste de la Chine¹⁴.

La recherche par le Brésil d'opportunités de promotion du développement en dehors du régime traditionnel de l'investissement par le biais d'un cadre réglementaire alternatif est actuellement en suspens. L'administration actuelle a pris des mesures drastiques, se débarrassant de nombreux éléments de l'État développementaliste du Brésil¹⁵. Le Brésil s'est engagé dans un programme de réforme néolibérale, mené par le ministère des Finances,

⁹ Morosini, F. & Xavier Junior, E. C. (2015). *Regulação do investimento direto no Brasil: Da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório*. *Revista de Direito Internacional*, 12(2), 421–448.

¹⁰ Trubek, D. M., Alviar Garcia, H., Coutinho, D. R. & Santos, A. (Eds.) (2013). *Law and the new developmental state: The Brazilian experience in Latin American context*. Cambridge : Cambridge University Press.

¹¹ Amann, E. (2009). Technology, public policy and the emergence of Brazilian multinationals. In: L. Brainard & L. Martinez-Diaz (Eds.) *Brazil as an economic superpower? Understanding Brazil's changing role in the global economy*. Washington, D.C. : Brookings Institution, pp. 187–220.

¹² Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2018). *UNCTADstat*. Tiré de <http://unctadstat.unctad.org>.

¹³ Bernasconi-Osterwalder, N., & Brauch, M. D. (2015, septembre). *Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*. Tiré de <http://www.iisd.org/library/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas> ; et Morosini, F., & Sanchez Badin, M. R. (2015, août).

L'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) : un nouveau modèle pour les accords internationaux d'investissement ? *Investment Treaty News*, 6(3), 3–5. Tiré de <https://www.iisd.org/itn/fr/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements> ; Martins, J. H. V. (2017). Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) du Brésil et les faits nouveaux. *Investment Treaty News*, 8(2), 10–12. Tiré de <https://www.iisd.org/itn/fr/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/>

¹⁴ Berger, A. (2018, avril 23). What's next for investment facilitation?, *Columbia FDI Perspectives*, 224. Tiré de <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-224-Berger-FINAL.pdf>

¹⁵ Singer, A. (2017). The failure of the developmentalist experiment in three acts. *Critical Policy Studies*, 11(3), 358–364.



et incluant : l'approbation d'une coupe budgétaire sur 20 ans, affectant l'investissement dans l'éducation et la santé ; 2) la limitation des droits du travail ; 3) la tentative d'approbation d'une réforme des fonds de pension ; et 4) la demande d'adhésion à l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE). Au titre de ce nouveau programme, les politiques brésiliennes relatives à l'investissement, considérées par certains comme un héritage de l'administration précédente, risquent de perdre de leur attrait.

"Le Brésil a récemment décidé de lancer un programme de traités d'investissement s'éloignant du libellé habituel des traités d'investissement dont le principal, voire le seul objet est la protection de l'investissement étranger."

4. Réflexions finales : le développement triomphera-t-il ?

Les expériences menées par l'Afrique du Sud et Brésil dans le domaine du droit et des politiques en matière d'investissement, dans le but de promouvoir le développement connaissent quelques difficultés. À l'international, leurs pratiques vont à l'encontre du régime traditionnel fondé sur plus de 3 000 accords conçus dans l'ombre de l'approche néolibérale de la réglementation de l'investissement. Si certains signes ont récemment montré que l'approche traditionnelle autorise quelques détours, comme par exemple pour certaines mesures environnementales et sanitaires, il n'est pas certain qu'elle devienne une approche fondée sur le développement qui remette en question la logique de la protection de l'investissement.

En outre, ces deux pays connaissent également des problèmes internes dans la mise en œuvre de leurs politiques relatives à l'investissement. Après la démission du Président Zuma, c'est maintenant au Président Ramaphosa que revient la responsabilité d'atteindre un équilibre entre la réparation des inégalités raciales historiques du pays – l'ADN même du parti du Congrès national africain – et le système capitaliste mondial dans lequel s'inscrivent les TBI. L'expérience du Brésil des politiques anticonformistes visant à promouvoir un modèle alternatif de développement, notamment en matière d'investissement, est moins claire suite à l'élection d'un gouvernement à tendance

néolibérale. Dans un tel contexte, le futur de la politique d'investissement du Brésil restera incertain jusqu'à ce qu'un gouvernement nouvellement élu prenne ses fonctions en 2019.

Malgré ces difficultés, les données d'expérience de l'Afrique du Sud et du Brésil démontrent qu'il est possible de repenser complètement le régime de l'investissement, et de faire en sorte que les intérêts des investisseurs correspondent aux besoins en développement des pays d'accueil. S'ils souhaitent trouver un équilibre entre des intérêts potentiellement contraires, les pays se doivent d'être créatifs et de concevoir des alternatives plus flexibles qui vont au-delà de la préservation de la marge de manœuvre politique dans les domaines de l'environnement, de la santé et de la sécurité, pour inclure d'autres priorités économiques nationales.

Auteur

Fabio Morosini est Professeur de droit à l'Université fédérale de Rio Grande do Sul, et chercheur auprès du ministère brésilien de la Science et Technologie (CNPq). L'auteur remercie Malebakeng Forere, Martin Dietrich Brauch et Nathalie Bernasconi-Osterwalder pour leurs observations sur les versions précédentes. Une version complète de cet article sera publié dans un chapitre de Kennedy, D. W., Santos, A., Thomas, C., & Trubek, D. M. (Eds.) (à paraître). *Rethinking trade and investment law*. Londres : Anthem Press.

ARTICLE 4

Conflit entre États latinoaméricains et entreprises transnationales : les défis de la région face à des traités d'investissement asymétriques

Jorge Marchini, Josefina Morales et Gabriela Roffinelli



1. Introduction

Les positions politiques et les législations relatives à l'investissement étranger se sont polarisées en deux points de vue opposés. D'une part, l'un suppose que l'investissement direct étranger (IDE) est essentiel pour susciter un bond dans le développement économique des pays de la périphérie, impulsant ainsi leur promotion, voire générant une certaine concurrence entre les pays désireux d'attirer cet investissement par des mesures incitatives. D'autre part, l'autre considère que les pays doivent légiférer sur l'IDE et le réglementer de manière à donner la priorité aux intérêts nationaux et à générer des stratégies et dynamiques propres de développement économique et social durable, et de défense du patrimoine national, sans les subordonner au seul objectif de maximisation des profits ni à la logique des décisions du capital étranger privé, toujours changeante et incertaine.

La question de l'analyse des politiques et normes, ainsi que du traitement donné à l'investissement étranger a été débattue dans les pays latinoaméricains tout au long de leur histoire. Depuis l'émancipation coloniale de l'Amérique latine au XIX^{ème} siècle, le traitement de l'IDE et le règlement des litiges ont influencé les transformations politiques et économiques de la région.

Dès le XIX^{ème} siècle, l'imposition récurrente de la protection diplomatique par les pays investisseurs

dans la région a donné lieu à d'importants conflits. Ces derniers, associant entreprises et États d'origine de l'investissement ont transformé les différends des investisseurs provenant de pays du centre pour les pays latinoaméricains en confrontations fiscales ou impériales. Au début, cela signifiait la négation de la capacité légale des États latinoaméricains et de l'existence des législations nationales pour légiférer et rendre un jugement de manière indépendante ; et dans d'autres cas, cela signifiait la subordination en acceptant le statut privilégié de l'IDE fondé sur des relations de force par le biais de moyens politiques, économiques et militaires.

2. La généralisation des TBI et l'Amérique latine

Avec l'essor du néolibéralisme dans les années 1990, le ralentissement du débat sur le développement a laissé celui-ci au bon vouloir de marchés ouverts. L'absence d'avancées équilibrées dans les accords multilatéraux a suscité la généralisation d'accords bilatéraux d'investissement entre pays, les fameux Traités bilatéraux d'investissement (TBI), qui ont connu un élan particulier en Amérique latine.

Conformément aux statistiques générées par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), sur un total de 2 947 TBI actuellement en vigueur à l'échelle mondiale, 414 concernent des pays latinoaméricains, en plus des 280 Traités de libre-échange (TLE) incluant des dispositions relatives au traitement de l'investissement.¹

D'un point de vue légal, les TBI traditionnels sont des accords entre deux pays servant de cadre de référence juridique commun aux investissements. Ils contiennent généralement des dispositions similaires : la nation la plus favorisée, le traitement national, le traitement juste et équitable, l'interdiction des prescriptions de résultats,

¹ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/iia>



la restriction des changements législatifs, le libre transfert de fonds, l'élimination des exigences de contenu national, et la non-obligation d'acheter ou de recruter aux niveaux local ou national.

En général, les TBI entre pays du centre et de la périphérie n'incluent pas de dispositions contraignantes pouvant particulièrement intéresser ces derniers, comme par exemple les dispositions relatives au droit du travail, à la migration, à l'environnement ou aux droits humains. Ils n'incluent pas non plus de dispositions relatives au traitement spécial et différencié, ou de mécanismes explicites de soutien pour les pays en développement, leur permettant de rapprocher leurs niveaux de conditions productives et de vie de ceux des autres pays.

Par le biais du mécanisme établi dans les TBI pour le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), les investisseurs étrangers peuvent se soustraire à la justice du pays hôte, et dénoncer, auprès de tribunaux arbitraux, l'État hôte pour le non-respect des dispositions susmentionnées. Les décisions des tribunaux arbitraux, tout comme ceux rendus sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), lié à la Banque mondiale, incluent l'indemnisation contraignante des parties affectées.

3. Il est nécessaire de revenir vers le multilatéralisme

Les mobilisations massives désavouant les politiques néolibérales du début du XXI^{ème} siècle en Amérique latine ont forcé les pays de la région à d'importants changements politiques qui ont à leur tour entraîné des changements dans les conditions économiques et financières des investissements. Cela a donné lieu à la multiplication des affaires contre les États auprès de tribunaux arbitraux ad hoc prévus par les TBI.

Les demandes portant sur plusieurs millions, l'absence de contrôle et d'informations publiques des procédures établies par les tribunaux arbitraux, en particulier sous l'égide du CIRDI, et les doutes quant à l'impartialité des arbitres compte tenu de l'existence de conflits d'intérêts donnèrent lieu à d'importantes polémiques et critiques. Dans un climat de dénonciations et de désaccords évidents, la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela ont proposé de mettre un terme à tout ou partie de leurs TBI, même si ceux-ci restent en vigueur compte tenu de la présence de clauses de survie.

En vue de mieux comprendre les conditions des TBI et de trouver des alternatives, le gouvernement équatorien

a pris l'initiative, particulièrement significative, de lancer, en octobre 2013, une Commission pour l'audit intégral citoyen des traités de protection réciproque des investissements et du système d'arbitrage relatif aux investissements (CAITISA, en espagnol), qui compte avec la participation d'experts internationaux². Au moment de présenter son rapport final en mai 2017, la présidente de la Commission, Cecilia Olivet, a déclaré :

Il est tout à fait logique pour l'Équateur d'aller de l'avant et de dénoncer ses accords de protection des investissements, puisque, comme le démontre notre rapport, ceux-ci se sont avérés très coûteux pour le pays. Les TBI n'ont pas contribué à attirer l'investissement étranger, et ont détourné des millions de dollars des comptes publics pour la défense contre des demandes de l'ordre de plusieurs millions. À leur tour, celles-ci ont systématiquement sapé la réglementation sociale et environnementale³.

De toute évidence, le traitement de l'investissement étranger s'avère central pour l'Amérique latine ; il faut donc plaider de nouveau pour retrouver des positions communes et des propositions cohérentes entre les pays de la région. En d'autres termes, il faut de nouveau se tourner vers le traitement multilatéral, plutôt que bilatéral problématique, de l'investissement étranger.

4. Le groupe de recherche du CLACSO et ses conclusions préliminaires

Pour faire face à cette évidence, le Conseil latinoaméricain des sciences sociales (CLACSO en espagnol) a lancé un groupe spécial multidisciplinaire, dont l'un des objectifs est de développer une base de données suffisamment large portant sur la situation des TBI auxquels les pays membres de la Conférence ministérielle sur les États et les entreprises transnationales et les pays observateurs de la région d'Amérique latine sont parties, ainsi que sur la situation des différends avec des investisseurs étrangers qui

² Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA - Commission pour l'audit intégral citoyen des traités de protection réciproque des investissements et du système d'arbitrage relatifs aux investissements). (2017, mai). *Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador: Informe ejecutivo*. Tiré de <http://caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>

³ Olivet, C. (2017, mai 4). *Comisión de Auditoría emitirá informe mientras que Ecuador da pasos para retirarse de los tratados de inversión*. Tiré de <https://www.tni.org/en/node/23493>



affectent les pays car ils invoquent les engagements pris par les pays au titre de ces traités.

Il a été proposé d'inclure dans cette base de données des informations portant sur la structure et le contenu des TBI, ainsi que sur les conséquences de leur application en termes juridiques, institutionnels et économiques, pour les pays signataires. L'objectif étant de faire de cette base de données le point de départ (de référence) en vue d'établir des rapports périodiques sur la situation des

différents internationaux relatifs aux investissements et de permettre aux États impliqués de disposer d'outils juridiques et politiques d'analyse, et d'éventuels mécanismes de défense, de manière à protéger efficacement leurs intérêts dans le cadre des contrats commerciaux et des traités d'investissement.

Certains résultats de la recherche portant sur les demandes RDIE contre ces pays sont présentés sur la carte ci-dessous.



Argentine

Le pays connaît le plus grand nombre de demandes : 60 auprès de tribunaux internationaux.

L'affaire Repsol. L'entreprise pétrolière espagnole a poursuivi l'Argentine suite à l'expropriation de 51 pour cents du capital actionnaire d'YPF aux mains de l'entreprise transnationale espagnole. Alléguant la violation du TBI Argentine-Espagne de 1992, Repsol soutint que par le biais de l'expropriation, l'Argentine avait violé les clauses de traitement juste et équitable, de la non-discrimination et de la protection et sécurité intégrales prévues par le TBI. À l'origine, de hauts fonctionnaires du gouvernement prétendirent que l'expropriation « ne coûterait pas un centime » compte tenu du non-respect par Repsol des engagements en matière d'investissement au titre du document de privatisation, et des importantes dettes environnementales de l'entreprise. Au final, et au terme d'après procédures judiciaires parallèles, le gouvernement a concédé le paiement d'une indemnisation, hors du cadre du CIRDI, de 5 milliards USD plus intérêts. Le paiement final, en 2015, s'élevait à 6,77 milliards USD.



Colombie

Demande lancée en mars 2016 par la multinationale suisse Glencore International : elle rejette la sanction imposée par le Contrôleur général de la République pour cause d'ajustements abusifs dans les contrats de concession portant sur les mines de charbon.

Trois autres demandes sont en cours de règlement direct :

1. L'entreprise canadienne Eco Oro Mineral, suite à l'interdiction par la Cour constitutionnelle d'exploiter des mines dans la zone du Páramo de Santurbán.
2. América Móvil, entreprise mexicaine qui conteste les changements apportés aux règles du jeu dans le secteur des télécommunications.
3. Tobie Mining, des États-Unis, suite à l'interdiction d'exploiter des mines dans le Parc national naturel Yaigojé-Apaporis, récemment institué.



El Salvador

En 2009, l'État a été poursuivi sous l'égide du CIRDI par les entreprises Commerce Group Corp et San Sebastián Gold Mines pour dommages et préjudices dans l'exploitation minière à San Sebastián, municipalité de Santa Rosa de Lima, dans le département de La Unión. Ces entreprises ont poursuivi ses activités minières pendant plus de 70 ans, provoquant des dommages environnementaux irréversibles, notamment aux sources d'eau, polluées par les produits chimiques dégagés par les activités, comme l'arsenic, le plomb, le fer ou le manganèse. Le fleuve San Sebastián est maintenant appelé « fleuve mort » puisque ses eaux ne peuvent plus être utilisées à cause des grandes quantités de produits chimiques présentes. Cette affaire a été rejetée par le CIRDI en 2013.

En octobre 2016, le CIRDI a rendu un jugement en faveur du Salvador dans l'affaire lancée par l'entreprise minière Pacific Rim Cayman LLC (Pac Rim).



Mexique

Entre 1997 et 2016, 20 affaires ont été lancées au titre de l'ALENA ; 17 proviennent d'entreprises étasuniennes, et 3 d'entreprise canadiennes. Seules deux affaires ont été lancées sous l'égide de l'ONU (règlement CNUDCI), le reste sous l'égide du CIRDI. Parmi les jugements rendus, neuf sont en faveur du gouvernement mexicain. Contrairement aux autres pays de la région où les demandes portent principalement sur le secteur minier ou de l'énergie, au Mexique les affaires les plus coûteuses émanent d'entreprises agroindustrielles, et les plus nombreuses concernent le secteur des services. Des différends ont affecté le secteur minier, mais ont été réglés en dehors des tribunaux. Sur les sept affaires au titre d'un TBI, cinq sont parachevées et deux sont en cours.



Puerto Rico

Le pays ne connaît aucune affaire de RDIE sous l'égide du CIRDI. Les affaires contre Puerto Rico sont examinées sous l'égide du Tribunal supérieur de Puerto Rico, ou de la Cour fédérale des États-Unis. À l'exception de six affaires liées à des questions fiscales, toutes les autres affaires enregistrées sont récentes (2016).

Il existe 21 affaires de différends entre des entreprises transnationales et le gouvernement de l'île : six portent sur des questions fiscales, deux sur des questions de prix de transfert, une autre conteste la capacité de l'île de réglementer les opérations des entreprises internationales sur son territoire, et 13 portent sur des fonds vautours.

Dans 19 de ces affaires, les entreprises proviennent des États-Unis.



41 affaires connues, l'une en 1996, les autres entre 2000 et 2016 ; près de la moitié d'entre elles ont été lancées en 2011 et 2012. Huit d'entre elles concernent le secteur du pétrole, du gaz et des mines ; cinq autres ne portent que sur le secteur minier. Les principaux demandeurs, le Canada, l'Espagne et les Pays-Bas, représentent chacun cinq affaires. Les affaires portent majoritairement (19) sur une expropriation non-négociée. Seize affaires ont atteint un total de 7,755 milliards de dollars. Le CIRDI annonce que 18 affaires sont parachevées, bien que pour plusieurs d'entre elles, la sentence est en cours d'exécution.

5. Conclusions

L'analyse menée par l'équipe du CLACSO pointe du doigt quelques conclusions liminaires :

- En général, les TBI et autres accords internationaux d'investissement matérialisent l'intégration subordonnée des pays aux exigences du marché mondial. Ils libéralisent l'investissement, accordent aux investisseurs des privilèges supérieurs aux droits publics et nationaux ; et mettent l'accent sur les services financiers, les marchés publics et les droits de propriété intellectuelle.
- Ils donnent lieu à un libéralisme asymétrique et à sens unique. La règle n'est pas la négociation des traités, mais l'imposition, par le biais de pressions extra-économiques, de nature politique, voire militaire si cela est opportun. Dans le même temps, ils maintiennent le prérequis de la désintégration (ou du blocage) de précédents projets d'intégration.
- Ils prévoient des forums d'arbitrage RDIE visant à soustraire de la sphère nationale le règlement des différends portant sur des questions stratégiques pour les intérêts des pays.

Auteurs

Jorge Marchini, Josefina Morales et Gabriela Roffinelli sont coordinateurs du groupe de recherche du CLACSO (Conseil latinoaméricain des sciences sociales) sur les différends entre États nationaux et entreprises transnationales en Amérique latine.

La première étape des travaux entrepris par le CLACSO a consisté au développement de la base de données relatives aux affaires contre l'Argentine (Javier Echaide et Luciana Giotto), la Colombie (Carolina Jiménez, José Francisco Cuello-Socarrás et David Saiz Idarraga), El Salvador (Sandra Núñez), l'Équateur (Piedad Mancero), le Mexique (M. Teresa Gutiérrez Haces), Puerto Rico (Maribel Aponte García, Carmen Correa Matos, Amílkar Cruz, J.D. et Yarlier Y. López Correa) et le Venezuela (Oly Millán Campos, Paulino Nuñez et Guillermo Moro).



NOUVELLES EN BREF

Une communication de la Commission européenne relative à la protection des investissements intra-UE rejette le TCE comme base du RDIE intra-UE

Le 19 juillet 2018, la Commission européenne (CE) a publié une communication adressée au Parlement européen et au Conseil de l'Union européenne et intitulée *Protection des investissements intra-Union européenne*.

Le document souligne la position de longue date de la CE, selon laquelle les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) intra-Union européenne ne sont pas compatibles avec le droit européen. Il met en avant le jugement rendu le 8 mars 2018 dans l'affaire *Achmea*, dans lequel la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) affirme que les clauses d'arbitrage investisseur-État contenues dans les TBI intra-Union européenne sont illégales. Pour la CE, la décision de l'affaire *Achmea* est également valable quant à l'application du *Traité sur la Charte de l'énergie (TCE)*. La CE estime que le TCE ne peut être invoqué pour le règlement des différends entre investisseurs de l'Union européenne et États membres européens.

La communication rappelle également les normes de fond et de procédure les plus importantes du droit européen s'appliquant aux investissements transfrontaliers réalisés dans l'Union européenne. Elle souhaite ainsi dissiper toute impression selon laquelle, suite à la décision de l'affaire *Achmea*, le droit européen n'offre pas de garanties suffisantes aux investisseurs intra-Union européenne.

Le point sur les négociations commerciales et d'investissement de l'Union européenne avec le Japon, le Vietnam, l'Australie, la Nouvelle Zélande et le Mexique

Le 17 juillet 2018, le président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker et le Premier ministre du Japon, Shinzo Abe, ont signé l'Accord de partenariat économique Japon-Union européenne (APE). Les négociations avaient été conclues en décembre 2017. La signature sera suivie des procédures de ratification dans l'Union européenne et au Japon.

Compte tenu que la protection de l'investissement et le Règlement des différends investisseur-État (RDIE) n'ont pas été inclus dans l'APE, il devrait être possible d'éviter certains problèmes juridiques et une certaine opposition politique dans les États membres européens. La CE estime que l'accord devrait entrer en vigueur en début d'année 2019.

Bien qu'il n'ait pas été inclus dans l'APE, l'investissement continue de faire l'objet de négociations entre les deux partenaires. Le 11 juillet 2018, les négociateurs en chef des deux partenaires ont tous deux reconnu qu'il y avait « un large degré de convergence quant aux normes de protection de l'investissement », tout en notant qu'il leur faudrait encore réconcilier certains points de vue, notamment s'agissant du règlement des différends. L'Union européenne souhaite mettre en avant son système de tribunal d'investissement (STI), mais le Japon n'y serait pas favorable.

Le 26 juin 2018, la CE a annoncé que l'examen juridique de son accord de libre-échange (ALE) avec le Vietnam était parachevé, ouvrant ainsi la voie à la signature, la conclusion et la ratification de l'accord. Les négociations de l'ALE, qui inclut le STI, ont été finalisées en décembre 2015, et le texte publié en février 2016.

Les 18 et 21 juin 2018, la CE a lancé des négociations avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande respectivement, en vue de conclure des ALE incluant un chapitre sur l'investissement. Le Conseil de l'Union européenne a publié les mandats confiés à la CE le 25 juin 2018. Ceux-ci n'incluent pas le RDIE. Les premiers cycles de négociations avec les deux pays ont été parachevés en juillet.

Le 21 avril 2018, l'Union européenne et le Mexique ont trouvé un accord de principe sur la version modernisée de l'accord global UE-Mexique de 1997. Les textes, publiés le 26 avril, révèlent qu'il s'agit du quatrième accord européen incluant le STI, après ceux signés avec le Canada, Singapour et le Vietnam.

La CE publie et fait régulièrement le point sur ses négociations commerciales.



Le représentant des États-Unis au commerce présente un plan de négociation en vue d'un modèle d'accord de libre-échange avec les pays d'Afrique subsaharienne

Le 17^{ème} Forum de l'African Growth and Opportunity Act (loi étasunienne sur la croissance et les possibilités économiques en Afrique, AGOA), organisé par les États-Unis pour les pays d'Afrique subsaharienne, s'est tenu à Washington DC du 9 au 12 juillet 2018. L'évènement était intitulé « Forger de nouvelles stratégies pour le commerce et l'investissement entre les États-Unis et l'Afrique ».

Dans son discours à l'occasion de la plénière d'ouverture le 11 juillet, le représentant des États-Unis au commerce (USTR), Robert Lighthizer, a exposé « une nouvelle stratégie très particulière, le souhait de l'administration Trump de **négocier un modèle d'accord de libre-échange** avec un pays d'Afrique subsaharienne ».

Comme l'a expliqué Lighthizer, la stratégie « repose sur trois objectifs essentiels : (1) conclure un accord bilatéral avec un partenaire le souhaitant ; (2) veiller à ce que l'accord soit conçu de manière à pouvoir servir de modèle pouvant être utilisé pour d'autres partenaires désireux d'Afrique subsaharienne ; et (3) veiller à ce que le modèle d'accord renforce l'intégration régionale et continentale en Afrique ».

Lighthizer a affirmé qu'aucune décision définitive n'avait été prise quant au(x) pays avec le(s)quel(s) le modèle d'accord serait négocié, mais il a souligné : « Nous sommes très sérieux et désirons avancer rapidement. J'espère pouvoir vous annoncer des discussions liminaires très bientôt ».

Le Groupe de travail III de la CNUDCI poursuit les discussions sur les préoccupations relatives au RDIE et sa réforme multilatérale

Le Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a poursuivi ses discussions sur une éventuelle réforme du Règlement des différends investisseurs-État (RDIE) lors de sa 35^{ème} session, tenue du 23 au 27 avril 2018 à New York. Les représentants de 50 des 60 États membres de la CNUDCI ont pris part à la réunion, ainsi que 36 États non-membres disposant du statut d'observateur, et les représentants d'organisations internationales et non-gouvernementales.

Les déclarations générales faites en début de session ont mis en lumière l'importance des travaux du Groupe pour les pays en développement, compte tenu de l'impact de l'investissement étranger et du RDIE sur le développement durable. Plusieurs d'entre elles ont souligné la nécessité pour toute réforme du RDIE d'atteindre un équilibre entre les droits et obligations des États et des investisseurs, ainsi que l'importance d'envisager une éventuelle réforme du RDIE à l'échelon multilatéral, comptant avec la participation des pays en développement et des pays développés. Des contributions ont été versées au fonds d'affectation spécial de la CNUDCI pour permettre aux représentants de pays en développement de prendre part aux discussions.

Au cours de la semaine, le Groupe de travail a abordé les questions de cohérence et d'uniformité des décisions rendues dans le cadre du RDIE. Il a également examiné les préoccupations portant sur la nomination des arbitres ainsi que les exigences éthiques, notamment s'agissant du nombre limité de personnes régulièrement nommées comme arbitres, de l'absence de transparence dans le processus de nomination, des personnes agissant en tant qu'avocats ou arbitres selon les procédures (double casquette) et de l'impression que les arbitres sont moins conscients des questions d'intérêt public que les juges assumant une charge publique. D'autres questions ont été abordées, telles que le financement par des tiers, l'absence de divulgation et les garanties quant aux coûts.

Le Groupe de travail a présenté un rapport d'avancement lors de la 51^{ème} session de la CNUDCI qui s'est tenue à New York entre le 25 juin et le 13 juillet 2018. La 36^{ème} session du Groupe de travail est prévue, à titre provisoire, du 29 octobre au 2 novembre à Vienne. Lors de cette prochaine session, les États membres de la CNUDCI commenceront à identifier et à discuter les points sur lesquels une réforme multilatérale serait, selon eux, souhaitable. De plus amples informations ainsi que les documents officiels sont disponibles sur le [site Internet du Groupe de travail](#).



SENTENCES ET DÉCISIONS

Un tribunal du CIRDI estime que l'Espagne a violé la norme TJE au titre du Traité sur la Charte de l'énergie

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. le Royaume d'Espagne, Affaire CIRDI n° ARB/14/1

Trishna Menon

Dans sa décision finale du 16 mai 2018, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) estima que l'Espagne avait violé la norme de Traitement juste et équitable (TJE) au titre de l'article 10(1) du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE), dans une affaire lancée par Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. (Masdar), une entreprise créée aux Pays-Bas.

Le contexte et les recours

L'une des politiques de l'Espagne visant à stimuler les investissements dans le secteur des énergies renouvelables était le Décret royal 661 de 2007 (RD661/2007), au titre duquel les producteurs d'électricité renouvelable bénéficiaient d'une prime supérieure aux prix du marché de gros fixée par le gouvernement espagnol. Les producteurs d'électricité étaient rémunérés sur la base d'un tarif de rachat applicable pendant toute la durée de vie de l'installation par le biais d'un prétendu engagement de stabilité : l'article 44.3 du RD661/2007 empêcherait tout changement futur du tarif d'affecter les centrales enregistrées et mises en service avant le 1er janvier 2012.

Masdar arguait que, par le biais d'une série de mesures contestées, adoptées entre 2012 et 2014, l'Espagne avait aboli le régime instauré par le RD661/2007 et mit en place un régime bien moins favorable qui s'appliquait également aux installations mises en service au titre du RD661/2007.

Masdar avait investi dans trois centrales solaires thermodynamiques (CST), conformément au RD661/2007. Arguant que ses investissements avaient été affectés par les mesures en question, Masdar lança un arbitrage demandant la reconnaissance de la violation par l'Espagne de la norme TJE au titre de l'article 10(1) du TCE. Elle réclamait également la pleine réparation du tort causé à son investissement, sous forme de restitution intégrale par le rétablissement de la situation en place avant la prétendue violation par

l'Espagne du TCE, ainsi que l'indemnisation de toutes les pertes subies avant la remise en place du régime.

Le tribunal rejette la plupart des objections de l'Espagne à la compétence

Contestant la compétence personnelle (*ratione personae*) du tribunal, l'Espagne alléguait que la conduite de Masdar, en vertu de l'indice général de contrôle, était attribuable aux Emirats Arabes Unis, qui ne sont pas partie au TCE. Puisque le différend opposait deux États, l'Espagne argua que les prescriptions de l'article 26 du TCE, et de l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la Convention du CIRDI), n'étaient pas satisfaites. Le tribunal rejeta cette objection puisque l'Espagne n'avait pas présenté d'éléments soutenant son argument relatif au contrôle, et avait déjà concédé que Masdar ne disposait pas de pouvoirs étatiques.

L'objection de l'Espagne à la compétence matérielle (*ratione materiae*) du tribunal s'appuyait sur l'argument selon lequel Masdar n'avait pas d'« investissement » en Espagne au sens des articles 1(6) du TCE et 25 de la Convention du CIRDI. Le tribunal estima que plusieurs décisions récentes, telles que celles rendues dans les affaires *Abaclat c. l'Argentine* et *GEA Group Aktiengesellschaft c. l'Ukraine*, considéraient que le terme « investissement » détenait un sens intrinsèque que tout investissement présumé devait respecter, en plus de relever de l'une des catégories d'actifs mentionnées dans les Traités bilatéraux d'investissement (TBI). En fait, le tribunal détermina que la clarification du sens du terme « investissement » faisait partie de l'interprétation de l'article 1(6) du TCE. Il estima donc que Masdar avait bien réalisé un « investissement » au sens des affaires précitées.

L'Espagne s'appuya sur les versions linguistiques espagnole et italienne du TCE pour arguer que l'article 17 du TCE exige d'un investisseur qu'il ait des activités commerciales substantielles dans son pays d'origine. Elle souleva une objection au consentement (*ratione voluntatis*), arguant que la présence de Masdar aux Pays-Bas ne satisfaisait pas ce critère. Le tribunal rejeta cette objection en l'absence de preuves.

Une autre objection au consentement portait sur la « taxe



imposée sur la valeur de la production directe et réelle d'électricité », dont l'Espagne arguait qu'il s'agissait d'une taxe de bonne foi à laquelle s'appliquait l'exemption fiscale prévue à l'article 21(1) du TCE. Le tribunal en convint et conclut qu'il n'avait pas compétence sur les recours portant sur l'introduction de la taxe.

Pour le tribunal, *Achmea* ne s'applique pas aux traités multilatéraux auxquels l'Union européenne est partie

La dernière objection présentée par l'Espagne reposait sur le fait que l'article 26 du TCE ne s'applique pas aux différends intra-Union européenne : puisque Masdar était une entreprise néerlandaise, le droit de l'Union devrait prévaloir sur le TCE. Le tribunal conclut qu'aucun élément du TCE n'excluait les différends intra-européens de sa portée et que le droit de l'Union n'est pas incompatible avec la disposition relative à l'arbitrage investisseur-État contenue dans le TCE. Les deux ordres juridiques peuvent être appliqués conjointement dans cet arbitrage, puisque seul le TCE prévoit l'arbitrage investisseur-État, et qu'aucun élément du droit de l'Union européenne ne peut être interprété comme excluant l'arbitrage investisseur-État au titre du TCE ou de la Convention du CIRDI.

Suite à la décision de la CJUE dans l'affaire *République de Slovaquie c. Achmea BV* du 6 mars 2018, l'Espagne demanda au tribunal de reprendre l'arbitrage. Elle chercha à faire reconnaître officiellement la décision de l'affaire *Achmea*, arguant qu'elle confirmait son objection fondée sur les différends intra-Union européenne. Toutefois, le tribunal considéra que la décision de l'affaire *Achmea* s'appliquait aux TBI, mais pas aux traités multilatéraux auxquels l'Union européenne elle-même est partie, tels que le TCE (para. 679).

Le traitement juste et équitable au titre de l'article 10(1) du TCE

Selon Masdar, la promulgation des mesures contestées entraîna le démantèlement du régime créé par le RD661/2007, et supprima effectivement la stabilité promise et sur base de laquelle Masdar avait réalisé ses investissements. L'Espagne s'appuya sur l'affaire *Charanne c. l'Espagne* pour arguer que les dispositions relatives à la stabilisation contenues dans la loi générale, les communiqués de presse ou d'autres documents, ne peuvent donner lieu à des attentes légitimes chez les investisseurs.

Dans son analyse, le tribunal affirma qu'un État dispose d'une liberté incontestée pour amender sa législation.

Il indiqua que le TJE ne pouvait inclure de stabilité économique et juridique, et que les investisseurs étrangers ne pouvait légitimement attendre une telle stabilité, sauf si des engagements explicites étaient directement donnés aux investisseurs (para. 485). Le tribunal fit cependant savoir que ce droit n'était pas sans limites.

Pour déterminer si l'Espagne avait violé les attentes légitimes de l'investisseur, le tribunal examina les deux écoles de pensées développées dans l'affaire *Charanne*. La majorité de ce tribunal détermina que seuls des engagements spécifiques peuvent donner lieu à des attentes légitimes. Mais l'arbitre à l'opinion dissidente considéra que si les investisseurs s'appuient sur la loi générale comme source de leurs attentes légitimes, ils doivent démontrer avoir exercé suffisamment de diligence raisonnable pour comprendre le système juridique.

Le tribunal de l'affaire *Masdar* détermina que l'investisseur avait exercé suffisamment de diligence raisonnable pour comprendre le système juridique et présenter un recours relatif aux attentes légitimes fondé sur la loi générale. S'il nota qu'il n'était pas contraint par l'opinion de la majorité du tribunal de l'affaire *Charanne*, et n'était donc pas tenu de déterminer l'existence d'engagements spécifiques, le tribunal estima également qu'un engagement spécifique existait, en l'espèce une résolution émise par l'Espagne et adressée spécifiquement à chacune des entreprises concernées (para. 520).

Puisque des engagements spécifiques existaient, en plus d'engagements généraux, tous pouvant donner lieu à des attentes légitimes, le tribunal refusa de choisir entre ces deux écoles de pensées et détermina que l'Espagne avait violé ses obligations relatives au TJE au titre de l'article 10(1) du TCE.

La décision et les coûts

Le tribunal détermina que l'Espagne avait violé la norme TJE au titre de l'article 10(1) du TCE et que Masdar avait droit à la réparation intégrale. Considérant que la remise en place du régime créé par le décret RD661/2007 aurait des effets matériels sur l'autorité législative de l'Espagne, le tribunal décida d'accorder la réparation de Masdar par le biais d'une indemnisation financière. Le tribunal ordonna à l'Espagne de payer des dommages de 64,5 millions EUR, en plus des intérêts composés pré- et post-décision.

Remarques : le tribunal était composé de John Beechey (président, nommé par le président du Conseil administratif du CIRDI, de nationalité britannique), de Gary Born (nommé par le demandeur, de nationalité



étasunienne) et de Brigitte Stern (nommé par le défendeur, de nationalité française). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>.

Trishna Menon détient une licence de sciences, ainsi qu'une licence de droit (avec mention) de l'Université nationale de droit de Gujarat, Inde.

Les objections du Kosovo à la compétence contre les recours d'un investisseur allemand sont retenues

ACP Axos Capital GMBH c. la République du Kosovo, Affaire CIRDI n° ARB/15/22

Kirrin Hough

Dans une décision du 3 mai 2018, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) rejetait les recours présentés par l'entreprise allemande ACP Axos Capital GMBH (Axos) contre le Kosovo après l'annulation par le pays de l'appel d'offre et de la vente de 75 pour cents des parts du service des Postes et télécommunications du Kosovo (PTK). Le tribunal détermina qu'il n'avait pas compétence au motif qu'il n'existait aucun contrat valide entre Axos et le Kosovo au titre de la législation kosovare.

Le contexte factuel et les recours

Après son indépendance en 2008, le Kosovo décida en 2011 de privatiser l'autorité étatique des postes et communications, PTK, et créa à cet effet un Comité gouvernemental de privatisation (CGP) chargé de lancer l'appel d'offre et de vendre 75 pour cents des parts de PTK. Le Kosovo lança ensuite une invitation publique à prendre part à l'appel d'offre. En réponse à cette invitation, un consortium d'entreprises comprenant Columbia Capital V LLC (Columbia) et Axos, présenta une soumission et fut l'un des cinq soumissionnaires préqualifiés.

En septembre 2012, les soumissionnaires préqualifiés reçurent les Instructions à l'intention des soumissionnaires (IIS) ainsi que des projets de documents relatifs à la transaction, notamment la Convention d'achat d'actions (CAA) qui devait être signée pour que l'appel d'offre et la vente soient conclus. En décembre 2012, Columbia annonça qu'elle se retirait du consortium, et Axos devint ainsi la principale entreprise du consortium, avant d'être rejointe par Najafi Companies, LLC (Najafi).

Le 3 avril 2013, le consortium Axos/Najafi présenta une soumission pour l'achat des parts de PTK. Le 18 avril 2013, les consultants dans la transaction informèrent Axos par courrier que le consortium serait classé au premier rang. La semaine suivante, Najafi se retira du consortium.

Au cours de l'été 2013, Axos chercha à négocier les termes des documents relatifs à la transaction, et se dit préoccupée par les résultats financiers de PTK. Le Kosovo refusa d'amender une quelconque partie des documents relatifs à la transaction, mais assura Axos quant à son engagement envers le succès du processus de privatisation. Le CGP demanda par la suite à l'Assemblée kosovare d'examiner un rapport détaillant le processus de privatisation de PTK. Après un examen de plusieurs mois par l'Assemblée et la prorogation de la date de signature, l'Assemblée ne réussit pas à obtenir le quorum sur le rapport de privatisation.

Le 30 décembre 2013 étant la date limite pour la signature de la CAA, le CGP détermina qu'il ne disposait d'aucune base juridique pour reporter encore la date de la signature. Aussi, il décida d'annuler le processus de privatisation de PTK, et donc la transaction avec Axos.

Le 30 janvier 2014, Axos notifia au Kosovo son intention de lancer un arbitrage, arguant que le Kosovo avait exproprié l'investissement d'Axos et manqué à son obligation de lui accorder un Traitement juste et équitable (TJE), avait compromis son investissement en prenant des mesures arbitraires et manqué à ses obligations vis-à-vis d'Axos, en violation du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Allemagne-Yougoslavie.

Le Kosovo conteste la compétence du tribunal : pas d'investissement protégé

Le Kosovo argua que le tribunal n'avait pas compétence puisque l'entreprise n'avait ni établi d'investissement protégé au sens de l'article 1(1) du TBI, ni réalisé un investissement au sens de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la Convention du CIRDI).

Axos rétorqua qu'un contrat valide portant sur la vente des parts de PTK avait été conclu sur la base des échanges entre le Kosovo et Axos en avril 2013. Axos argua que l'existence d'un tel contrat constituait un investissement au titre du TBI, et donc que le tribunal avait compétence.



Pas d'offre ou d'acceptation au titre de la loi kosovare

Afin de déterminer l'existence d'un contrat valable pour la vente des parts entre Axos et le Kosovo, le tribunal examina en premier lieu l'argument d'Axos selon lequel la soumission du 3 avril 2013 constituait une offre au sens de la Loi kosovare sur les obligations. Remarquant que la soumission avait été réalisée conformément aux IIS, qui indiquaient clairement que la soumission ne constituait pas une offre pour l'acquisition des parts de PTK, le tribunal conclut que la soumission n'était qu'une simple offre dans le but d'être retenu comme « soumissionnaire », mais pas une offre pour la conclusion d'un contrat pour la vente des parts.

Le tribunal analysa ensuite l'argument d'Axos selon lequel le courrier du 18 avril 2013 adressé au consortium par le Kosovo, informant Axos de son classement au premier rang, constituait une acceptation de l'offre, créant ainsi un contrat entre les deux parties. Le tribunal considéra que le courrier n'était guère plus qu'une indication selon laquelle le consortium était le soumissionnaire retenu. Il conclut qu'il fallait, après avoir sélectionné le soumissionnaire retenu, signer la CAA, et que le courrier adressé par le Kosovo ne constituait pas une acceptation de conclure un contrat pour la vente des parts.

Le demandeur ne peut se prévaloir de droits qu'il ne détient pas

Le tribunal détermina en outre que puisque la soumission avait été réalisée par le consortium, tout droit détenu par un soumissionnaire retenu appartenait au consortium Axos/Najafi. Aussi, puisque Najafi avait quitté le consortium, Axos ne disposait pas de la capacité d'exercer unilatéralement ces droits en tant que soumissionnaire retenu puisque rien n'indiquait qu'Axos avait légalement hérité des droits.

Le droit inconditionnel du Kosovo d'annuler la privatisation de PTK

Suite à son analyse, le tribunal conclut que, conformément aux termes des IIS, le Kosovo avait le droit inconditionnel d'annuler le processus de privatisation de PTK à tout moment avant la date de la signature, sans indemnisation des soumissionnaires. Le tribunal estima que, puisqu'il n'existait pas de contrat, le Kosovo pouvait légitimement annuler l'appel d'offre jusqu'à la dernière minute avant la signature des documents relatifs à la transaction.

Les prescriptions du droit public kosovar ne sont pas satisfaites

Le Kosovo argua que même s'il existait un accord entre

le consortium et le Kosovo, celui-ci n'était pas valable puisqu'il n'avait pas été exécuté conformément à la Loi kosovare sur les Partenariats public-privé (PPP). En effet, celle-ci exige que le représentant habilité de la partie privée et le plus haut représentant de l'État (en l'espèce, le ministre présidant le CGP) signent l'accord. Le tribunal estima qu'en l'absence de signature du ministre, il n'existait pas de contrat valable.

La conduite du demandeur confirme qu'aucun accord contraignant n'a été conclu

Finalement, à l'heure de déterminer si Axos et le Kosovo avaient conclu un accord contraignant valide, le tribunal analysa également la conduite des parties après la sélection de la soumission retenue. Il conclut que si Axos avait pensé qu'il existait un accord contraignant, elle aurait immédiatement signé ou offert de signer les documents relatifs à la transaction. Au lieu de cela, Axos tenta de renégocier les termes de ces documents et ne proposa de les signer que plusieurs mois plus tard. Aussi, le tribunal conclut que la conduite d'Axos ne suggérait pas qu'un accord contraignant avait été conclu.

Pas de compétence sur les recours d'Axos ; le Kosovo se voit rembourser la totalité de ses frais

Compte tenu de ses conclusions qu'il n'existait pas de contrat valide entre Axos et le Kosovo pour la vente des parts de PTK, le tribunal conclut qu'il n'existait aucun investissement au sens de l'article 1(1) du TBI et donc qu'il n'avait pas compétence sur le différend. Puisque le Kosovo avait eu gain de cause, le tribunal décida qu'Axos payerait l'ensemble des frais de l'arbitrage ainsi que les frais et dépenses juridiques raisonnables du Kosovo, et ordonna à l'entreprise de verser 1 713 349,90 USD et 132 446,20 EUR au Kosovo.

Remarques : le tribunal était composé de Philippe Pinsolle (président nommé par le Secrétaire-général du CIRDI, de nationalité franco-helvétique), de Michael Feit (nommé par le demandeur, de nationalité israélo-helvétique) et de J. Christopher Thomas (nommé par le défendeur, de nationalité canadienne). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9648.pdf>

Kirrin Hough est une juriste étasunienne basée à Washington, D.C., aux États-Unis.



Un tribunal de la CNUDCI ne reconnaît pas sa compétence au motif que le TBI France-Maurice ne s'applique pas aux investisseurs binationaux

Dawood Rawat c. la République de Maurice, Affaire CPA 2016-20

Pietro Benedetti Teixeira Webber

Dans la procédure lancée par M. Dawood Rawat contre Maurice, un tribunal constitué au titre du Règlement d'arbitrage de 1976 de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a estimé ne pas avoir compétence pour se prononcer sur les recours de l'investisseur au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) France-Maurice de 1973. L'arbitrage s'est tenu sous les auspices de la Cour permanente d'arbitrage, et la décision a été rendue le 6 avril 2018.

Le contexte et les recours

M. Rawat affirmait contrôler « l'un des conglomérats les plus innovants et dynamiques de Maurice » (Déclaration, para. 29) dans le secteur bancaire. Il arguait que peu de temps après les élections générales mauriciennes de 2014, il commença à faire face à une série d'actions illégales menées par le gouvernement, notamment la révocation de sa licence bancaire (plus tard transférée à une entreprise d'État) et l'arrestation de membres de sa famille. Arguant que Maurice avait violé les articles 2 et 3 du TBI (dispositions relatives à l'expropriation et au traitement juste et équitable), M. Rawat exigeait la restitution de ses actifs ainsi que le versement d'une indemnisation.

Maurice ne contestait pas l'occurrence de certaines des actions avancées par M. Rawat, mais affirmait qu'elles se justifiaient par une enquête légale ouverte pour blanchiment d'argent contre M. Rawat et sa famille. Avant que le tribunal n'examine le fond de ces arguments, Maurice souleva des objections liminaires à la compétence du tribunal, lui demandant de rejeter les recours de M. Rawat.

Bien que M. Rawat soit né à Maurice et ait la nationalité mauricienne, le tribunal remarqua que bon nombre d'éléments attestaient du fait qu'il avait acquis la nationalité française après avoir épousé une Française. Cependant, les parties divergeaient quant au fait que M. Rawat était donc reconnu comme investisseur français autorisé à lancer un arbitrage contre Maurice au titre du TBI. Le tribunal devait donc essentiellement déterminer si le TBI France-Maurice s'appliquait en l'espèce compte tenu de la binationalité franco-mauricienne du demandeur.

Les binationaux ne sont pas expressément exclus de la portée du TBI

Les arbitres estimèrent qu'ils ne pouvaient « ajouter de conditions au TBI, tel qu'élaboré et ratifié par la France et Maurice » (para. 170). Ils remarquèrent que le traité ne contenait pas d'exclusion expresse des binationaux des protections offertes par le TBI, à l'inverse d'autres traités signés par les mêmes États, tels que le TBI France-Chine de 1984 et le TBI Maurice-Égypte de 2014, et considérèrent que vu sous cet angle, M. Rawat était protégé par le TBI France-Maurice.

Interprétation du TBI conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités

Le tribunal s'efforça ensuite d'interpréter le TBI conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT). Il remarqua que « l'objet et le but du TBI France-Maurice semblent également indiquer que les binationaux sont inclus, et non exclus » (para. 172), puisque le préambule du TBI précise que l'objet du traité est « la protection et la stimulation de l'investissement », sans faire de distinction entre les sources possibles d'investissement.

S'agissant de l'interprétation à la lumière du contexte (art. 31(2) de la CVDT), le tribunal considéra nécessaire d'examiner les dispositions pertinentes du TBI. Selon lui, l'article 9 du TBI *exige* que les accords d'investissement conclus sur le territoire des États parties incluent une clause relative à l'arbitrage auprès du CIRDI. L'article 25(2) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la Convention du CIRDI), quant à lui, exclut expressément les binationaux du concept de « ressortissants » dans la version officielle en français.

Le tribunal estima que l'article 9 du TBI « rend obligatoire, plutôt qu'optionnelle, l'inclusion par les États parties, d'une clause d'arbitrage auprès du CIRDI dans les contrats d'investissement » (para. 178). Par conséquent, il existait un alignement strict entre le concept de « ressortissant » au titre du TBI et de la Convention du CIRDI.

En conclusion, le tribunal estima qu'en faisant référence à la Convention du CIRDI, la France et Maurice avaient implicitement exclus les binationaux de la portée du TBI. Aussi, il détermina qu'il n'avait pas compétence sur le différend.

Interprétation du TBI conformément au principe de l'effet utile

Selon le tribunal, le principe de l'effet utile permettrait d'étayer cette conclusion. Les arbitres firent référence



à l'affaire *Cemex c. le Venezuela* (Affaire CIRDI n° ARB/08/15) et affirmèrent que, bien qu'il ne soit pas expressément établi dans la CVDT, « l'on considère généralement que [l'effet utile] découle du principe de l'interprétation de bonne foi des traités, tel qu'envisagé à l'article 31(1) de la CVDT » (para. 182).

Puisque le TBI fait référence à la Convention du CIRDI, selon laquelle les investisseurs binationaux ne peuvent lancer un arbitrage (art. 25(2)), les dispositions relatives à l'arbitrage ne peuvent être invoquées. Aussi, l'application du principe de l'effet utile donnerait lieu à la même conclusion : il serait donc insensé d'interpréter le TBI comme ouvrant l'arbitrage aux ressortissants binationaux franco-mauriciens.

Établir la compétence par le biais de a clause NPF

Les parties étaient d'accord sur le fait que le TBI France-Maurice n'incluait pas de clause relative à l'arbitrage investisseur-État. Cependant, M. Rawat argua que Maurice avait consenti à l'arbitrage avec les investisseurs français en deux temps. D'abord, le pays avait consenti à la disposition NPF du TBI France-Maurice, qui permet à un investisseur de « bénéficier de toutes les dispositions plus favorables que celles du [TBI] pouvant découler d'engagements internationaux déjà pris ou qui seront pris dans le futur » (art. 8 du TBI). Ensuite, Maurice avait conclu un accord d'investissement prévoyant l'arbitrage direct avec la Finlande. Aussi, le demandeur invoqua la clause NPF du TBI France-Maurice pour établir la compétence du tribunal.

Maurice rétorqua qu'il n'y avait pas de consentement à l'arbitrage, arguant que l'on ne peut invoquer la clause NPF que si l'on a réussi à établir la compétence du tribunal au titre du traité. Puisque le TBI ne mentionnait pas l'arbitrage investisseur-État, l'on ne pouvait considérer que la « question » était régie par le TBI.

Le tribunal considéra que M. Rawat n'était pas protégé par le TBI France-Maurice, affirmant que le demandeur ne pouvait bénéficier des protections substantielles offertes par le TBI. Malgré tout, le tribunal proposa des critères pour déterminer si l'on pouvait établir la compétence par le biais de la clause NPF.

D'après les arbitres, « l'essentiel du test de la doctrine *ejusdem generis* » (para. 187) consiste à définir la portée de l'expression « les questions couvertes par le présent accord » (art. 8 du TBI) et à déterminer si les questions couvertes par le TBI France-Maurice et par le TBI Finlande-Maurice sont similaires. Il faudrait pour cela distinguer les *questions* des *traitements* en évaluant

le « degré de granularité » avec lequel les questions devraient être examinées. Une telle distinction serait pertinente puisque « les 'questions' ne peuvent être améliorées par l'invoque des clauses NPF ; le 'traitement' des questions peut l'être » (para. 187).

La décision et les coûts

Le tribunal conclut qu'il n'avait pas compétence sur le différend, et ordonna à M. Rawat de payer un tiers des frais et dépenses juridiques totaux de Maurice relatifs à l'étape des objections à la compétence. Il n'accorda aucun autre remboursement s'agissant des frais de l'arbitrage, puisqu'aucune des parties n'avait eu gain de cause dans ses demandes précédentes d'adoption de mesures provisoires.

Remarques : le tribunal arbitral était composé de Lucy Reed (présidente nommée par les parties, de nationalité étasunienne), de Jean-Christophe Honlet (nommé par le demandeur, de nationalité française) et de Vaughan Lowe (nommé par le défendeur, de nationalité britannique). La décision sur la compétence du 6 avril 2018 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9618.pdf>

Pietro Benedetti Teixeira Webber est étudiant en dernière année à l'Université fédérale de Rio Grande do Sul, au Brésil.

Un tribunal du CIRDI condamne un investisseur à verser 9 millions CAD au gouvernement canadien après l'échec de son recours au titre de l'ALENA

Mercer International Inc. c. le Gouvernement du Canada, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/3

Matthew Levine

Un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) constitué au titre du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) a rendu son verdict. Dans un différend lancé par l'entreprise Mercer International Inc. (Mercer), basée aux États-Unis, le tribunal s'est prononcé en faveur du Canada. Ayant eu gain de cause, celui-ci s'est vu accordé le remboursement de ses frais juridiques, représentant 9 millions CAD. Le verdict a été rendu en mars 2018 et publié en mai 2018 après la suppression des informations commerciales.



Le contexte et les recours

Mercer est une entreprise créée sous le régime des lois de l'État de Washington, aux États-Unis. Par le biais de ses filiales canadiennes, elle détient et exploite une usine de pâte à papier à Castlegar, dans la province canadienne de Colombie britannique (l'usine Celgar).

L'usine Celgar transforme des copeaux de bois provenant des scieries locales en pâte à papier. Cette activité requière de grandes quantités d'électricité, achetée au taux en vigueur auprès du service public local, FortisBC. En plus de la pâte à papier, l'usine Celgar génère une biomasse pouvant être convertie en électricité.

Jusqu'en 2009, Mercer vendait l'électricité produite à partie de la biomasse à un taux bien supérieur au taux auquel elle achetait l'électricité. Aussi, les profits découlant de la vente d'électricité finançaient en partie la production de pâte à papier. Suite à un supposé changement politique dans la province, une nouvelle base de référence de génération d'électricité a été établie pour l'usine Celgar. Celle-ci a été entérinée dans une Convention d'achat d'électricité (CAE) entre l'usine Celgar et la British Columbia Hydro and Power Authority (autorité de Colombie britannique pour l'énergie - BC Hydro).

Au titre de la nouvelle base de référence, l'usine Celgar devait utiliser l'ensemble de l'électricité qu'elle produisait elle-même, avant de pouvoir en acheter auprès de FortisBC au taux industriel inférieur.

Selon Mercer, le Canada avait donc manqué à son obligation d'accorder à l'entreprise un traitement non-discriminatoire et la norme minimale de traitement au titre de l'ALENA. Mercer lança un arbitrage contre le Canada en janvier 2012, réclamant 232 millions CAD en dommages, plus intérêts.

Les recours portant sur la CAE sont contestés compte tenu du délai de prescription de l'ALENA, mais ceux portant sur une « norme relative » sont rejetés

La première objection du Canada à la compétence reposait sur le temps pris par Mercer pour déposer sa demande d'arbitrage. Le Canada contestait également la compétence du tribunal sur les recours découlant de la CAE.

Le tribunal remarqua que les articles 1116(2) et 1117(2) de l'ALENA prévoient qu'un investisseur « ne pourra soumettre une allégation à l'arbitrage si plus de trois années se sont écoulées depuis la date à laquelle l'investisseur [ou l'entreprise] a eu ou aurait dû avoir connaissance de la violation alléguée et de la perte ou du dommage subi ».

Il s'agissait donc de déterminer à quelle date exacte l'investisseur et ses filiales avaient eu ou auraient dû avoir connaissance de la violation alléguée et de la perte ou du dommage subi.

Citant la décision de l'affaire *Grand River c. les États-Unis* au titre de l'ALENA, le Canada argua que le délai de prescription avait commencé à courir lorsque l'investisseur « faisant preuve d'une prudence ou diligence raisonnable... l'aurait su » (para. 6.10). Toutefois, l'investisseur considéra que le délai de prescription n'avait commencé que lorsque son recours était « mûr », c'est-à-dire, lorsque la mesure contestée est effectivement entrée en vigueur (para. 6.13). Le tribunal s'appuya sur la date à laquelle la CAE a pris effet, à savoir janvier 2009, et conclut qu'à cette date, Mercer connaissait les conséquences de la nouvelle base de référence de génération d'électricité.

Cependant, le tribunal décida que le délai de prescription avait commencé à courir en janvier 2009 uniquement pour certains des recours de Mercer. Il fit ici une distinction entre les recours de Mercer selon lesquels les termes de la CAE étaient arbitraires, inéquitable ou injustes, c'est-à-dire des normes objectives pouvant être évaluées directement pas le demandeur sans comparaison requise, et les recours « portant sur ce qui pourrait être largement décrit comme 'un traitement discriminatoire', déposés au titre des articles 1102, 1103 et 1105 de l'ALENA. Ceux-ci sont présentés par le demandeur comme étant des normes relatives » (para. 6.18).

Le tribunal détermina que les recours du premier groupe étaient prescrits, mais que ceux du deuxième groupe dépendaient de la connaissance réelle ou présumée de l'existence d'une autre usine de pâte à papier, au moins, en Colombie britannique, qui auraient reçu un traitement plus favorable dans des circonstances analogues. Au final, sur la base des faits, le tribunal n'a pas rejeté ces recours au motif qu'ils étaient prescrits.

D'autres recours sont rejetés au titre de l'exception de l'ALENA relative aux achats

La deuxième objection à la compétence reposait sur le fait que les recours pour traitement discriminatoire (en violation présumée des articles 1102 et 1103 de l'ALENA) relevaient des achats, et étaient donc exclus. L'article 1108(7)(a) de l'ALENA stipule en effet que ces articles « ne s'appliquent pas [...] aux achats effectués par une Partie ou par une entreprise d'État ».

Le tribunal estima qu'il devait appliquer le sens ordinaire du terme « achats » et que BC Hydro avait obtenu de l'électricité de l'usine Celgar par le biais de la CAE.



Selon lui, cela n'impliquait pas nécessairement qu'une disposition spécifique de l'APE, en l'espèce celle relative à la base de référence de génération d'électricité, était exclue de l'application des articles 1102 et 1003 de l'ALENA. Toutefois, après une analyse approfondie, le tribunal détermina que cette disposition faisait partie intégrale de la « fonction d'achat » (para. 6.47) de la CAE, et était donc exclue de la compétence du tribunal.

Les recours pour discrimination restants échouent

Suite à ses conclusions sur la compétence, il ne restait plus au tribunal qu'à examiner un ensemble limité des recours originaux de Mercer pour traitement discriminatoire, au titre des articles 1102 et 1003.

S'agissant de la base juridique permettant de déterminer la discrimination, le tribunal clarifia que les termes « dans des circonstances analogues » contenus dans les articles 1102 et 1103 de l'ALENA faisaient référence au traitement accordé à un investisseur vis-à-vis d'autres investisseurs. Le tribunal estima que les deux usines de pâte à papier générant leur propre électricité présentées, les usines Skookumchuck et Port Mellon, étaient des usines manifestement comparables. La première est de capital canadien, et la deuxième de capital étranger.

Sur cette base, le tribunal détermina que l'usine Celgar n'avait pas subi de discrimination.

La discrimination n'est pas couverte par l'article 1105

Mercer avait mis en avant des recours pour traitement discriminatoire, distinct de la discrimination, au titre de l'article 1105 (la norme minimale de traitement). Toutefois, la majorité du tribunal resta sceptique et détermina que la norme minimale du droit coutumier international ne soutenait en rien la demande d'indemnisation du demandeur.

L'arbitre Orrego Vicuña indica, dans une opinion dissidente, qu'il fallait considérer l'interdiction d'accorder un traitement discriminatoire comme faisant partie de l'article 1105. Il appuya sa position sur les conclusions d'autres tribunaux d'investissement, plutôt que sur la doctrine et la pratique gouvernementale.

Le Canada se voit accorder 9 millions CAD en remboursement de ses frais juridiques

Au cours de l'arbitrage, les parties s'étaient mutuellement critiquées pour leur conduite malveillante, mais le tribunal qualifia les événements en question d'incidents et de retards innocents s'expliquant en partie par la nature complexe et difficile du différend. Aucun aspect de la décision du tribunal quant aux coûts ne contient

d'élément punitif. Au contraire, le facteur primordial du remboursement des frais juridiques est le succès des parties à l'arbitrage. Le tribunal détermina que puisqu'il avait eu gain de cause, le Canada devait en principe se voir rembourser ses frais juridiques par Mercer. Bien que le pays ait présenté des coûts juridiques d'un montant de 9 154 166,56 CAD, le tribunal estima raisonnable de lui accorder 9 millions CAD.

Remarques : le tribunal était composé de V.V. Veeder (président, nommé par les parties, de nationalité britannique), de Francisco Orrego Vicuña (nommé par le demandeur, de nationalité chilienne) et de Zachary Douglas (nommé par le défendeur, de nationalité australienne). La décision finale du 6 mars 2018 est disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9651_0.pdf

Matthew Levine est un juriste canadien et contribue aux publications du Programme sur l'investissement pour le développement durable d'IISD.

Un fonds luxembourgeois se voit accorder 53,3 millions EUR pour violation du TJE suite à la réduction du mécanisme espagnol d'aide en faveur de l'énergie renouvelable

Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duché du Luxembourg), SICAR c. le Royaume d'Espagne, Affaire CCS n° 063/2015

Gladwin Issac

Dans une procédure lancée par le fonds d'investissement luxembourgeois Novenergia, un tribunal de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) détermina que les réformes du secteur de l'électricité menées par l'Espagne violaient l'obligation du pays d'accorder un traitement juste et équitable (TJE) à l'investisseur au titre du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE). Le tribunal souligna notamment que les actions de l'Espagne « ne s'inscrivent pas dans le cadre des comportements législatifs et réglementaires acceptables et ont complètement transformé et altéré l'environnement juridique et commercial dans lequel l'investissement avait été décidé et réalisé » (para 695). La décision a été rendue le 15 février 2018.



Le contexte et les recours

Suite à l'instauration par l'Espagne d'un mécanisme d'aide aux énergies renouvelables en vertu de la Loi 54/1997 et du Décret royal RD 661/2007, le demandeur investit dans le secteur photovoltaïque de l'Espagne le 13 septembre 2007. Ce régime spécial garantissait aux producteurs d'énergie renouvelable exploitant des centrales photovoltaïques enregistrées auprès du Registre administratif des Unités de production d'électricité (RAIPRE) un tarif de rachat, valable pour toute la durée de vie de la centrale photovoltaïque.

Cependant, en raison de la crise économique et d'un tarif réglementé de l'électricité fixé en-deçà du tarif de rachat garanti, ce mécanisme d'aide s'avéra être un gouffre financier et fut remplacé, en 2013, par un régime moins favorable. Novenergia lança un arbitrage réclamant une indemnisation pour la violation par l'Espagne de ses obligations TJE, notamment son obligation d'accorder un TJE au titre de l'article 10(1) du TCE.

Le tribunal rejette l'objection fondée sur les différends intra-Union européenne

L'Espagne affirmait que le tribunal n'avait pas compétence sur les différends intra-Union européenne. Elle souligna, en premier lieu, que l'article 26 du TCE relatif à l'arbitrage couvre les différends entre « une partie contractante » et « un investisseur d'une autre partie contractante », et argua que puisque l'Espagne et l'Union européenne étaient parties au TCE, la condition de l'article n'était pas satisfaite. Ensuite, s'appuyant sur l'affaire *Flaminio Costa c. ENEL*, l'Espagne argua que puisque le différend concernait des relations intra-Union européenne, le droit européen devait prévaloir et se substituer à toute autre source de droit, y compris le TCE. Cependant, le tribunal n'en convint pas et affirma que sa compétence découlait seulement du TCE, et pas du droit européen.

Applicabilité de l'exemption fiscale

L'Espagne argua en outre que le tribunal n'avait pas compétence sur le différend portant sur l'introduction d'une taxe au titre de la Loi 15/2012 puisque le pays n'avait pas spécifiquement consenti à l'arbitrage de ces questions. Le pays affirmait que la taxe était de bonne foi et couverte par l'exemption relative aux mesures fiscales de l'article 21(1) du TCE, et donc que le pays était dispensé de ses obligations au titre de l'article 10(1) du TCE. Le tribunal reconnut que la Loi 15/2012 était une mesure fiscale et rejeta les arguments du demandeur selon lesquels la mesure n'était pas une taxe de bonne foi. Aussi, il n'établit pas

sa compétence sur les recours portant sur la taxe.

Violation de la norme TJE au titre de l'article 10(1) du TCE

Novenergia affirma que l'Espagne avait abrogé le régime spécial de manière rétroactive, sapant ainsi les attentes légitimes de l'entreprise découlant des assurances et engagements donnés par l'Espagne. Elle prétendait également que le TCE contient une obligation renforcée de créer et de maintenir des conditions d'investissement stables et transparentes au titre de la première phrase de l'article 10(1), que l'Espagne a violé. Toutefois, le tribunal se rangea du côté de l'Espagne et affirma que l'obligation relative à la stabilité et la transparence n'était qu'une simple illustration de l'obligation de respecter les attentes légitimes des investisseurs par le biais de la norme TJE, plutôt qu'une obligation distincte. Aussi, le tribunal examina cette obligation dans le cadre de la norme TJE, plutôt que comme une norme indépendante.

S'agissant de la violation du TJE elle-même, le tribunal détermina que la conduite de l'Espagne avait donné lieu à des attentes légitimes et raisonnables que le régime spécial tel qu'établi au titre du RD 661/2007 ne connaîtrait aucun changement radical ou fondamental. Il estima cependant que les changements promulgués par l'Espagne en 2013 et 2014 mirent un terme au tarif de rachat garanti à long-terme, et ce de manière rétroactive. Il conclut que les législations introduites a posteriori par l'Espagne équivalaient à une violation de ses obligations d'accorder le TJE à l'investisseur au titre de l'article 10(1) du TCE, donnant au demandeur le droit à une indemnisation.

La révocation du régime spécial n'équivaut pas à une expropriation

Novenergia argua que la suppression totale du régime spécial et l'imposition d'une taxe sur les producteurs d'énergie renouvelable équivalaient également à l'expropriation de son investissement, en violation de l'article 13(1) du TCE relatif à l'expropriation.

Le tribunal affirma toutefois que ce recours n'était pas suffisamment motivé. Il estima que les actifs de Novenergia qui aurait pu être expropriés étaient ses propriétés industrielles ainsi que ses parts dans les entreprises impliquées dans l'investissement, directement ou indirectement détenues ou contrôlées. Il considéra que même si la valeur de ces actifs avait été réduite suite aux mesures prises par l'État, les actifs en eux-mêmes n'avaient pas été expropriés ni affectés par les mesures d'une manière équivalente



à une expropriation, et que Novenergia demeurerait l'entière propriétaire de ses centrales et la détentrice directe ou indirecte des parts et du capital des entreprises. Le tribunal conclut donc que bien qu'elles constituent une violation de la norme TJE, les mesures prises par l'Espagne n'avaient pas affecté les droits de propriété de Novenergia.

Les dommages et les coûts

Le tribunal condamna l'Espagne à payer 53,3 millions EUR en dommages pour violation de l'article 10(1) du TCE, ainsi que 2,6 millions EUR pour couvrir les frais d'arbitrage du demandeur, plus les intérêts composés.

Faits nouveaux post-décision : la décision de l'affaire *Achmea* est rendue, la clarification demandée est rejetée, sursis de l'exécution de la décision

Le 6 mars 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu son verdict dans l'affaire *République de Slovaquie c. Achmea BV*, et détermina que les clauses relatives à l'arbitrage investisseur-État contenues dans les TBI intra-Union européenne sont contraires au droit européen. Cependant, la décision reste floue quant à son application aux recours intra-Union européenne au titre du TCE.

Le 13 mars 2018, l'Espagne adressa au tribunal une demande de rectification, de clarification et de complément de sa décision finale, notamment quant à l'applicabilité et la pertinence du droit européen et sa relation avec les dispositions du TCE. Toutefois, le tribunal détermina qu'il n'était pas habilité à réévaluer les arguments de l'Espagne et rejeta la demande le 9 avril 2018.

Le 16 mai 2018, l'investisseur déposa une requête auprès du tribunal étasunien du District de Columbia demandant une ordonnance et un jugement confirmant, reconnaissant et exécutant la décision. Toutefois, le même jour, à la demande de l'Espagne et compte tenu de la décision de l'affaire *Achmea*, la Cour d'appel suédoise de Svea sursit l'exécution de la décision.

Remarques : le tribunal était composé de Johan Sidklev (président nommé par la CCS), d'Antonio Crivellaro (nommé par le demandeur) et de Bernardo Sepúlveda Amor (nommé par le défendeur). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>.

Gladwin Issac est étudiant à l'Université nationale de droit de Gujarat, en Inde.



RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

RESSOURCES

Guide IGF à l'intention des gouvernements : les politiques en matière de contenu local

Par le Forum intergouvernemental sur les mines, les minéraux, les métaux et le développement durable (IGF), publié par IISD, juillet 2018

Le guide met l'accent sur les politiques relatives au contenu local applicables au secteur minier, c'est-à-dire un ensemble de politiques visant à tirer parti de l'investissement dans le secteur minier en vue, par exemple, d'améliorer l'emploi local, de stimuler les achats locaux des entreprises minières et d'encourager l'entrepreneuriat dans d'autres secteurs. L'ouvrage cherche à aider les pays riches en ressources à réduire leur dépendance vis-à-vis de ces ressources et à diversifier leur base économique. Les politiques relatives au contenu local sont de plus en plus utilisées, notamment à l'heure où les gouvernements examinent ou révisent leurs codes et contrats miniers et d'investissement. Le guide aborde également trois objectifs transversaux : veiller à ce que les objectifs soient atteints de manière équitable entre hommes et femmes, examiner la relation entre les politiques relatives au contenu local et les obligations des pays au titre du droit commercial et de l'investissement, et examiner les implications des avancées technologiques sur le succès des politiques relatives au contenu local. Disponible sur <https://www.iisd.org/library/igf-guidance-governments-local-content-policies>

Rapport sur l'investissement dans le monde 2018 : investissement et nouvelles politiques industrielles

Par la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), publié par la CNUCED, juin 2018

Le rapport sur l'investissement dans le monde 2018 présente les tendances et perspectives de l'investissement direct étranger (IDE) aux échelons mondial, régional et national ; il analyse également les derniers développements s'agissant des mesures nationales relatives à l'investissement ; il met en avant les tendances dans les traités d'investissement et le règlement des différends ;

et enfin, il présente les avancées et les prochaines étapes dans la réforme du régime des traités d'investissement. Le rapport affirme que les politiques industrielles, notamment celles visant à la préparation en vue de la nouvelle révolution industrielle, exigent un réexamen stratégique des politiques d'investissement. Si l'IDE reste la première source externe de financement pour les pays en développement, l'IDE mondial s'est contracté de 23 pour cents, retombant à 1,43 billions USD, le rythme de croissance de la production internationale s'est ralenti et les taux de retour de l'investissement étranger ont également baissé, passant de 8,1 pour cents en 2012, à 6,7 pour cents cette année. Le rapport indique également que la croissance des chaînes de valeur mondiales a stagné et que les perspectives montrent une croissance fragile de l'IDE mondial pour 2018. Disponible (en anglais uniquement) sur <http://worldinvestmentreport.unctad.org/world-investment-report-2018>

Série sur les AII : le Règlement des différends investisseur-État : passage en revue des développements de 2017

Par la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), publié par la CNUCED, juin 2018

L'examen annuel du Règlement des différends investisseur-État (RDIE) mené par la CNUCED inclut un aperçu des affaires lancées au titre d'Accords internationaux d'investissement (AII), les décisions rendues ainsi qu'une analyse approfondie de celles-ci. Au moins 65 arbitrages au titre d'un traité ont été lancés en 2017, pour atteindre un total de 855 affaires connues. Les investisseurs ont lancé bon nombre de nouvelles affaires au titre d'AII datant des années 1980 et 1990. Cela témoigne de l'importance de s'atteler au problème des traités « d'ancienne génération » dans le cadre de la phase 2 de la réforme des AII. Les décisions rendues en 2017 concernaient en général des changements réglementaires au titre du Traitement juste et équitable (TJE), de la doctrine des pouvoirs de police, de l'expropriation indirecte, des dispositions limitant l'accès au RDIE, de la conformité au droit national de l'État d'accueil, et de la portée des clauses de la Nation la plus favorisée (NPF) et parapluie. Disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/1188>



La montée de l'arbitrage investisseur-État : politiques, droit et conséquences imprévues

Par Taylor St John, publié par Oxford University Press, mai 2018

Pourquoi les gouvernements ont-ils créé un régime juridique spécial dans le cadre duquel les investisseurs étrangers peuvent poursuivre directement les États ? Cet ouvrage expose aux lecteurs les principales décisions ayant donné naissance à l'arbitrage investisseur-État, s'appuyant sur les documents internes de plusieurs gouvernements et sur des entretiens approfondis dans le but d'illustrer la politique sous-tendant ce nouveau régime juridique. Il affirme que, lors de la création du régime investisseur-État, le lobby d'entreprises et de cabinets juridiques qui dominant aujourd'hui l'arbitrage investisseur-État n'existait pas. Il démontre que les États puissants n'avaient pas de préférence marquée pour ce mécanisme spécifique de règlement des différends et que rien ne prouvait qu'il allait faciliter l'investissement. L'ouvrage explique comment les actions menées par certains représentants internationaux aux fins de la consolidation de la paix et du développement ont lancé l'institutionnalisation graduelle du système. Il affirme que les institutions ne déterminent pas les objectifs qui pourraient leur être attribués, et il explique l'émergence de conséquences imprévues et pourquoi les institutions persistent en dépit d'objectifs prédéterminés. Disponible sur <https://global.oup.com/academic/product/the-rise-of-investor-state-arbitration-9780198789918>

Le droit international des investissements et l'arbitrage : commentaires, décisions et autres documents

Par Chin Leng Lim, Jean Ho & Martins Paparinskis, publié par Cambridge University Press, mai 2018

Cet ouvrage propose une introduction complète au droit international des investissements et au règlement des différends. Il présente la pratique juridique quotidienne ainsi que les objectifs quasiment inchangés du droit international des investissements et de l'arbitrage, au côté d'une large sélection de décisions clé et de documents originaux, et aborde les développements historiques dans le contexte du changement de cap affectant la jurisprudence arbitrale, et du débat actuel sur la réforme des traités et de l'arbitrage. Disponible sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/international-investment-law-and-arbitration-commentary-awards-and-other-materials>

Série sur les AII : faits nouveaux dans le régime international des investissements

Par la CNUCED, publié par la CNUCED, mai 2018

Ce document souligne que le nombre d'AII conclus en 2017 était au plus bas depuis 1983 et que, pour la première fois, le nombre d'extinctions effectives de traités a dépassé le nombre de nouveaux AII. La réforme va bon train dans toutes les régions. Depuis 2012, plus de 150 pays ont pris des mesures dans le but d'élaborer une nouvelle génération d'AII mettant l'accent sur le développement durable. Ils ont révisé les réseaux de leurs traités ainsi que leurs modèles de traités, et commencent à moderniser le stock existant de traités d'ancienne génération. Un nombre croissant d'entre eux émet également des notes interprétatives et remplace ou consolide leurs anciens accords. Bon nombre d'entre eux prend également part aux discussions multilatérales portant sur la réforme, notamment s'agissant du RDIE. Après avoir amélioré l'approche des nouveaux traités et modernisé les traités existants, le document appelle maintenant au lancement de la dernière étape du processus de réforme (phase 3) : veiller à la cohérence de la réforme avec les politiques nationales d'investissement et d'autres sources du droit international. Disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/1186>

L'OMC et le droit international des investissements : convergence des systèmes

Par Jürgen Kurtz, publié par Cambridge University Press, avril 2018

De tout temps, le droit international a réglementé les échanges internationaux et l'investissement étranger de manière distincte, donnant lieu à des variations dans la forme des traités, leur culture institutionnelle et dans le règlement des différends. Toutefois, des facteurs économiques, juridiques et sociologiques rapprochent actuellement ces deux systèmes. Jürgen Kurtz examine les raisons de ce phénomène de convergence, et propose un cadre permettant de comprendre l'approfondissement de la relation entre les deux. L'ouvrage propose des pistes et possibilités de réforme, et offre des réflexions théoriques et des modèles de doctrine pouvant orienter les parties-prenantes dans la construction d'éléments communs entre les deux systèmes juridiques. Disponible sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/wto-and-international-investment-law-converging-systems>



Rapport du Groupe de travail du Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA)/Queen Mary sur le financement par des tierces parties dans l'arbitrage international

Par ICCA & Institute for Regulation and Ethics, School of International Arbitration, Université Queen Mary de Londres, publié par ICCA, avril 2018

Le Groupe de travail ICCA/Queen Mary sur le financement par des tierces parties, composé de représentants de toutes les parties-prenantes et membres intéressés de l'ICCA, s'est réuni pour étudier de manière systématique les questions de procédures, d'éthique et les questions politiques relatives au financement par des tierces parties dans l'arbitrage international, et pour formuler des recommandations. Son rapport présente ses conclusions et recommandations. Disponible sur <http://www.arbitration-icca.org/publications/Third-Party-Funding-Report.html>



ÉVÈNEMENTS 2018

30 juillet au 9 août

FORMATION SUR LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ET L'ARBITRAGE À L'INTENTION DES HAUTS-FONCTIONNAIRES, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), à l'Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2018/07/30/executive-training-on-investment-treaties-and-arbitration-for-government-officials>

11 septembre

FORUM 2018 DU TRAITÉ SUR LA CHARTE DE L'ÉNERGIE, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Institut d'arbitrage de la Chambre du commerce Stockholm (CCS), Secrétariat de la Charte de l'énergie (ECS) & Cour permanente d'arbitrage (CPA), à la Banque mondiale, Paris, France, <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/Events.aspx?CID=179>

24 septembre

L'ÉNERGIE RENOUELABLE ET LES ODD : EXAMINER LES LIENS AVEC LES INDUSTRIES EXTRACTIVES, L'AGRICULTURE, ET L'USAGE DES TERRES, UN Sustainable Development Solutions Network's Thematic Network on Good Governance of Extractive and Land Resources (SDSN Thematic Network), Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) & ses partenaires, à l'Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2018/09/24/renewable-energy-and-the-sdgs-exploring-links-with-extractives-agriculture-and-land-use>

27 au 28 septembre

COLOQUE SUR LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS & LE DROIT DE LA CONCURRENCE, Faculté de droit de l'Université de Saragosse, Centre de droit public international de la Faculté de droit de l'Université nationale de Kapodistrian à Athènes, Centre de recherche de l'Université Paris II Panthéon-Assas (CERSA), Centre de recherche de l'Université de Bourgogne (CREDIMI),



Centre national français pour la recherche scientifique (CNRS), à la Faculté de droit de l'Université de Saragosse, Saragosse, Espagne, <https://eventos.unizar.es/16674/detail.html>

13ème rÉunion annuelle de l'Université de Columbia sur l'investissement international, « Les multinationales à l'ère du développement durable : nouvelles réflexions sur le rôle des accords internationaux d'investissement », CCSI, à l'Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2018/09/27/13th-annual-columbia-international-investment-conference-multinationals-in-the-age-of-sustainable-development-new-thinking-on-the-role-of-international-investment-agreements>

1 au 5 octobre

21ème SESSION DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA QUESTION DES DROITS DE L'HOMME ET DES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES ET AUTRES ENTREPRISES, au Palais des Nations, Genève, Suisse, <https://www.ohchr.org/FR/Issues/Business/Pages/WGSessions.aspx>

13 octobre

FORUM MONDIAL SUR LES INFRASTRUCTURES 2018, « Favoriser les infrastructures inclusives, résilientes et durables, fondées sur la technologie », Banque asiatique de développement (BAD), à Laguna Villas, Bali, Indonésie, <https://www.adb.org/news/events/2018-global-infrastructure-forum>

15 au 19 octobre

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ANNUELLE 2018, Forum intergouvernemental sur les mines, les métaux et le développement durable (IGF), au Palais des Nations, Genève, Suisse, <http://igfmining.org/agm-2018/>

COMITÉ SUR LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE MONDIALE CFS 45, Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), Rome, Italie, <http://www.fao.org/cfs/home/plenary/cfs45>

22 au 26 octobre

FORUM MONDIAL SUR L'INVESTISSEMENT 2018, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), au Palais des Nations, Genève, Suisse, <http://worldinvestmentforum.unctad.org>

23 au 25 octobre

8ème CONFÉRENCE SUR L'ARBITRAGE AU TITRE DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT, Ministère des Finances de la République Tchèque et KPMG République Tchèque, au Palais de Liechtenstein, Prague, République tchèque, <https://home.kpmg.com/cz/en/home/insights/2018/10/8th-investment-treaty-arbitration-conference.html>

29 octobre au 2 novembre

36ème SESSION DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI, « Réforme du règlement des différends investisseur-État », Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI), Vienne, Autriche, http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/3Investor_State.html



© 2018 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable.

Institut International du Développement Durable (IISD)

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

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

Investment Treaty News (ITN)

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

ITN reçoit volontiers des soumissions de travaux originaux non publiés.

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

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



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development