



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

NUMÉRO 3. VOLUME 9. OCTOBRE 2018



Examen critique du débat sur la facilitation des investissements

Luciana Ghiotto



La réforme des traités d'investissement: la conception des traités est-elle importante?

Tarald Laudal Berge et Wolfgang Alschner



La nouvelle loi égyptienne relative à l'investissement met l'accent sur le développement durable et la facilitation

Moataz M. Hussein



Vers une convention internationale sur les entreprises et les droits humains

Carlos Lopez

Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2010

Livre électronique IISD éditée par Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Martin Dietrich Brauch





Sommaire

ARTICLE 1 Examen critique du débat sur la facilitation des investissements	4
ARTICLE 2 La réforme des traités d'investissement: la conception des traités est-elle importante.....	7
ARTICLE 3 La nouvelle loi égyptienne relative à l'investissement met l'accent sur le développement durable et la facilitation	11
ARTICLE 4 Vers une convention internationale sur les entreprises et les droits humains.....	14
LIVRE NUMÉRIQUE	18
Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2010.....	18
NOUVELLES EN BREF	19
L'ALENA 2.0 est finalisé et renommé USMCA : le Mexique et les États-Unis s'accordent pour limiter le RDIE ; le Canada se retirera du RDIE après trois ans.....	19
Le Groupe de travail III de la CNUDCI poursuit ses débats sur une éventuelle réforme multilatérale du RDIE.....	19
Le gouvernement canadien lance des consultations sur les Accords canadiens de promotion et de protection de l'investissement étranger (APPI), ouverte jusqu'au 28 octobre 2018	20
Le Groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme tient sa 4ème session du 15 au 19 octobre 2018.....	20
Plus de 300 législateurs américains soutiennent activement les efforts du représentant américain au commerce visant à supprimer le RDIE de l'ALENA.....	20
Les textes publiés révèlent des modifications mineures de la clause RDIE dans l'ALE États-Unis-Corée du Sud	20
Réduction du champ d'application du RDIE dans le RCEP ; les partenaires aux négociations visent toujours la fin 2018.....	21
Le parti travailliste australien cesse de s'opposer au CPTPP, et promet d'éliminer le RDIE au niveau bilatéral.....	21
SENTENCES ET DÉCISIONS	22
Un tribunal du CIRDI estime que la Croatie a violé ses obligations en matière d'expropriation au titre du TBI Autriche-Croatie	22
La décision d'un tribunal du CIRDI reconnaît l'Espagne coupable de violation du Traité sur la Charte de l'énergie	24
Un investisseur chypriote se voit accorder 18 millions d'euros pour expropriation et violation du traitement national et du TJE.....	25
La République tchèque repousse un autre recours portant sur son mécanisme relatif aux énergies renouvelables.....	27
Un tribunal du CIRDI décide d'indemniser un investisseur suite à la saisie de ses bateaux de production d'électricité, tout en rejetant la demande reconventionnelle du Pakistan	29
Un tribunal de la CPA juge l'Inde coupable d'expropriation abusive et de violation du TJE au titre de l'APPI Inde-Maurice	31
RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS	34

INVESTMENT TREATY NEWS

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

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



LISTE D'ACRONYMES

AECG	Accord économique et commercial global
AII	Accord international d'investissement
ALE	Accord de libre-échange
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ANASE	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CAE	Communauté d'Afrique de l'Est
CCI	Chambre de commerce internationale
CCS	Chambre de commerce de Stockholm
CE	Commission européenne
CEDEAO	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CFI	Cour multilatérale d'investissement
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
COMESA	Marché commun de l'Afrique orientale et australe
Convention CIRDI	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
IDE	Investissement direct étranger
IISD	Institut international du développement durable
ITN	Investment Treaty News
NPF	Nation la plus favorisée
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODD	Objectifs de développement durable
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
PPP	Partenariat public-privé
PTPGP	Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste
RCEP	Partenariat économique régional global
RDIE	Règlement des différends investisseur-État
RSE	Responsabilité sociale des entreprises
SADC	Communauté de développement d'Afrique australe
SCI	Système de cour sur l'investissement
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TCE	Traité sur la Charte de l'énergie
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TJE	Traitement juste et équitable
UE	Union européenne



ARTICLE 1

Examen critique du débat sur la facilitation des investissements

Luciana Ghiotto



Le débat portant sur la facilitation des investissements (FI) est relativement récent, même s'il s'est intensifié depuis que le Brésil, l'Argentine, la Russie et la Chine, entre autres, ont lancé la question sur la scène internationale¹. Au cours de l'année 2017, ces pays ont en effet présenté des propositions pour inclure la FI à l'ordre du jour de la 11^{ème} conférence ministérielle de l'OMC, mais au final, d'autres pays tels que les États-Unis, l'Afrique du Sud, l'Inde et les pays ALBA (Bolivie, Cuba et le Venezuela) les en ont empêchés. La Chine a tenté de son côté de promouvoir la question dans le cadre des préparatifs du G20 à Hambourg (2017), mais là encore celle-ci fût bloquée².

La FI est une expression large et imprécise. Elle inclut les mesures réglementaires, les rôles institutionnels et les procédures administratives visant à faciliter l'entrée, le fonctionnement et la sortie des investisseurs. Il n'existe pas de définition commune, ni d'ensemble déterminé de règles visant à faciliter les investissements.

Jusqu'à présent, la FI apparaissait comme une accumulation de principes tels que la « transparence », la « cohérence » et la « prévisibilité », dont l'objectif est de modifier certaines réglementations nationales afin de simplifier la circulation des investissements. Arguons ici que ces concepts représentent un mécanisme opérant dans le cadre des processus réglementaires nationaux, ce qui implique non seulement un ensemble de dispositions relatives au traitement devant être accordé aux investisseurs étrangers, à l'instar des traités d'investissement traditionnels, mais aussi, en l'espèce, de mettre l'accent sur les processus d'élaboration des règles et législations qui affectent directement l'investisseur.

C'est pourquoi la FI, même si elle ne progresse pas dans certaines enceintes de discussion³, ne disparaîtra pas de sitôt. La FI inclut un axe dont on a beaucoup parlé ces dernières années, c'est-à-dire la tendance à la simplification des démarches administratives et, notamment, des processus réglementaires applicables aux investisseurs étrangers et opérateurs économiques, et visant à alléger la charge réglementaire. En d'autres termes, l'objectif central de cette proposition est de réduire les coûts de fonctionnement des investisseurs étrangers, en modifiant les processus administratifs internes. Cela a par exemple fait l'objet de débats au sein de l'OMC dans le cadre de la facilitation des échanges, qui implique entre autres, la facilitation, la modernisation et l'harmonisation des procédures d'exportation et d'importation par le biais, par exemple, de mesures pour la coopération effective entre autorités douanières.

Toutes les propositions présentées dans les enceintes mondiales (ainsi que celle mise en avant par l'OCDE⁴) incluent, en plus de la facilitation administrative pour les investisseurs, des mécanismes essentiels à la coopération réglementaire, comme par exemple le

¹ Les propositions adressées au Conseil général de l'OMC sont : la Russie, JOB/GC/120 (31 mars 2017) ; le Mexique, l'Indonésie, la Corée, la Turquie et l'Australie (MIKTA), JOB/GC/121 (6 avril 2017) ; les Amis de la facilitation de l'investissement pour le développement (AFID): JOB/GC/122 (26 avril 2017) ; la Chine, JOB/GC/123 (26 avril 2017) ; l'Argentine et le Brésil, JOB/GC/124 (26 avril 2017) ; le Brésil, JOB/GC/169 (1er février 2018). Voir Zhang, J. (2018).

Investment Facilitation: Making sense of concepts, discussions and processes. Genève : IISD. Tiré de <https://www.iisd.org/library/investment-facilitation-making-sense-concepts-discussions-and-processes>

² Voir Ghiotto, L. (2017) *La negociación sobre reglas de facilitación multilateral de las inversiones*. Document de travail, Transnational Institute (TNI). Tiré de <https://www.tni.org/es/publicacion/la-negociacion-sobre-reglas-para-la-facilitacion-multilateral-de-las-inversiones>

³ Third World Network. (2018, 30 juillet). WTO investment facilitation & technical assistance activities deferred, *Service d'information de TWN sur l'OMC et les questions commerciales* (Juillet 18/24). Tiré de <https://www.twon.my/title2/wto-info/2018/ti180724.htm>

⁴ OCDE. (2015). *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*. Tiré de <https://www.oecd.org/regreform/34978350.pdf>



terme de « transparence ». Dans ce débat, les parties-prenantes de l'investissement étranger, qu'il s'agisse d'entités privées ou d'États, auraient la possibilité de participer au processus d'élaboration de nouvelles réglementations relatives à l'investissement étranger. Cela comporte un risque relativement élevé de réduction des normes sociales, environnementales et relatives aux droits humains, compte tenu de la pression du secteur privé⁵ qui cherche à réduire ses coûts de fonctionnement et à élargir sa marge de manœuvre dans les territoires nationaux.

La coopération réglementaire au cœur du débat sur la facilitation des investissements

La FI ne représente pas un système de protection des investissements, mais répertorie plutôt une série de changements que les États doivent apporter à leurs procédures administratives ainsi qu'à leurs réglementations relatives aux investissements étrangers. Elle représente donc un nouveau mode de coopération réglementaire impliquant une tendance à l'harmonisation et à la redevabilité des systèmes et procédures réglementaires. Ainsi, l'accent est mis, non pas sur les règles en elles-mêmes, mais sur les procédures administratives d'élaboration de ces règles. Il s'agit au final de minimiser les obstacles réglementaires futurs par la mise en place de procédures communes⁶.

L'instrument de la coopération réglementaire a déjà été inclus dans les nouveaux accords méga-régionaux tels que le Traité transpacifique (CPTPP) et le Traité transatlantique (TTIP), ainsi que dans l'ALE entre l'Union européenne et le Canada (AECG). Il apparaît aussi dans le processus de convergence entre l'Alliance du Pacifique et le MERCOSUR, tel que l'ALE conclu entre l'Argentine et le Chili, sous le titre « Obstacles techniques au commerce »⁷. Il est également mis en avant depuis 2013 par la Commission Juncker de l'Union européenne sous le titre « Mieux légiférer ». Il existe un lien direct avec ce que l'OCDE considère être les « Bonnes pratiques de la réglementation », dont les principes sont la transparence, la consultation, les études d'impact et la maximisation des bénéfices.

⁵ European Environmental Citizens Organization for Standardisation (ECOS). (2016). *Mutual recognition of standards in TTIP: Another threat to citizens' welfare and the environment*. Tiré de <http://ecostandard.org/wp-content/uploads/ECOS-2016-POS-002-TTIP.pdf>

⁶ Meuwese, A. (2015). Constitutional aspects of regulatory coherence in TTIP: An EU perspective. *Law and Contemporary Problems*, 78. Tiré de <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol78/iss4/7>

⁷ Ghiotto, L. et López, P. (2018). El tratado de libre comercio Argentina-Chile: El camino a un retorno encubierto del ALCA. *ALAI Net*. Tiré de <https://www.alainet.org/es/articulo/194817>

Plusieurs de ces principes apparaissent également dans les propositions relatives à la FI présentées à l'OMC en 2017, qui indiquent que la coopération réglementaire est l'instrument le plus important dans le cadre de ce débat. Il pourrait s'agir d'un ensemble de principes communs permettant aux investisseurs de bénéficier d'un cadre « stable, prévisible et efficace »⁸, conformément à la proposition du Brésil et de l'Argentine. De leur côté, la Chine et la Russie avancent que ces mécanismes permettent d'« encourager l'établissement de critères clairs et cohérents, ainsi que de procédures portant sur la sélection, l'évaluation et l'approbation des investissements »⁹.

La transparence exige des États qu'ils mettent à disposition de tous leurs lois, réglementations, décisions juridiques et codes et règlements relatifs aux investissements étrangers. Ils doivent également établir un répertoire des lois et réglementations qui concernent l'investissement. L'objectif est de faire en sorte de faciliter les investissements, en réduisant les démarches administratives et en facilitant l'accès aux permis par la mise en place d'un guichet unique pour toutes les procédures, ainsi que l'accès à toutes les informations nécessaires à la réalisation d'un investissement sur une plateforme en ligne. Il a même été proposé de mettre en place un ensemble de principes communs pour le traitement des demandes d'investissement et l'octroi de permis.

Les parties intéressées jouent un rôle dans le sens où il a été suggéré qu'elles devraient avoir la possibilité de formuler des observations sur les nouvelles lois, réglementations et politiques proposées par un État, ainsi que sur les changements apportés dans le futur aux réglementations existantes. Le secteur privé aurait une voix décisive dans la législation d'un pays, intervenant directement dans la création des cadres juridiques. Par exemple, dans le TTIP ce mécanisme apparaît sous la forme d'un principe de notification et de commentaire, qui exige que les parties intéressées puissent faire des propositions et soient invitées à formuler des commentaires sur les réglementations par le biais des points de contact. Leurs commentaires devront être « pris en compte »¹⁰.

En définitive, il ne s'agit pas seulement de faciliter les investissements par des mécanismes administratifs simplifiés, mais aussi pour les États et les investisseurs

⁸ Proposition à l'OMC de l'Argentine et du Brésil, JOB/GC/124, déjà citée.

⁹ Propositions de la Chine, JOB/GC/123 et de la Russie, JOB/GC/120, déjà citées.

¹⁰ Haar, K. (2015). *Cooperating to deregulate. International Trade, CEO*. Tiré de <https://corporateeurope.org/international-trade/2015/11/cooperating-deregulate>



eux-mêmes de pouvoir influencer le rôle réglementaire des États. Cependant, s'agissant de la FI, aucune des propositions avancées n'explique dans le détail comment un tel processus pourrait fonctionner, et l'absence de définition de cette question clé pour la réglementation de l'investissement étranger pourrait s'avérer dangereuse.

Conclusions

Le débat sur la FI ne s'éteindra pas de sitôt. Même si elle stagne un peu à court terme, cette question devra faire l'objet d'analyses plus poussées de la part des experts du système de la protection des investissements. En effet, la FI couvre une question commune à tous les ALE et aux débats en cours dans les enceintes internationales : la coopération réglementaire. L'on en parle actuellement au sein de l'OMC, du G20¹¹, ainsi que dans des organisations telles que l'OCDE et la CNUCED, et dans certains groupes de pays, comme par exemple l'Union européenne et l'Alliance du Pacifique. En outre, comme nous l'avons dit plus haut, la question est abordée dans la plupart des ALE de nouvelle génération, tels que l'ALE entre l'Argentine et le Chili.

Si la facilitation des investissements faisait l'objet d'un Accord international, cela impliquerait la mise en place de règles réduisant la charge administrative des investisseurs étrangers « au-delà des frontières », et donc une tendance à l'harmonisation des procédures relatives à l'adoption de réglementations internes de tous les pays membres. Cela aurait des effets directs sur l'adoption des normes internes des pays.

À l'OMC, l'intégration de la FI impliquerait la « multilatéralisation » de la discussion portant sur les investissements, ce qui représenterait un changement substantiel dans les processus réglementaires des États membres. Jusqu'à présent l'OMC a réussi à réduire les obstacles au commerce au niveau des frontières. Mais si la FI faisait l'objet d'un Accord international, cela impliquerait la mise en place de règles réduisant la charge administrative des investisseurs étrangers « au-delà des frontières », et donc une tendance à l'harmonisation des procédures relatives à l'adoption de réglementations internes de tous les pays membres. Cela aurait des effets directs sur l'adoption des normes internes des pays.

Dans ce sens, les pays les plus affectés seraient ceux dont les normes sont les plus élevées. Par exemple, les pays dotés des législations les plus strictes pour l'acceptation d'un investisseur dans les secteurs considérés comme stratégiques ou incluant certaines prescriptions de résultats pour les investisseurs étrangers, seraient contraints d'aligner leurs réglementations internes sur celles de pays aux règles plus souples. Cela donnerait lieu à une « spirale destructrice » généralisée, puisque la pression mise par le secteur privé pourrait entraîner la réduction des réglementations en matière d'investissement à l'échelle mondiale.

Auteure

Luciana Ghiotto est chercheuse auprès de CONICET-Argentina dont le siège se trouve à l'École de politique et de gouvernance de l'Université nationale de San Martín (UNSAM), et professeure d'économie politique internationale dans le cursus des Relations internationales (UNSAM). Elle collabore également avec le Transnational Institute (TNI) et est membre de ATTAC Argentina ainsi que de la Asamblea Argentina mejor sin TLC.

¹¹ En plus des propositions présentées à l'OMC, la FI est abordée dans d'autres forums : CNUCED. (2016). *Menu d'action globale pour la facilitation des investissements*. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Action%20Menu%2001-12-2016%20FR.pdf> ; G20. (2016). *Principes directeurs sur les politiques globales d'investissement*. Tiré de <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-GuidingPrinciples-for-Global-Investment-Policymaking.pdf> ; Alliance du Pacifique. (2012). *Ruta critica en materia de cooperación reguladora*, sur <https://alianzapacifico.net/cloudcomputing/iadb-org/serverhosted/alianzapacifico/multimedia/archivos/Anexo-3-Ruta-cr%C3%ADtica.pdf>

ARTICLE 2

La réforme des traités d'investissement: la conception des traités est-elle importante?

Tarald Laudal Berge et Wolfgang Alschner



Dans les années 1990, une vague législative transformait la politique mondiale : des systèmes de gouvernance étaient mis en place là où la politique régnait en maître¹. Il n'en fût pas autrement pour les politiques en matière d'investissements internationaux. Plus de 200 TBI incluant l'accès au RDIE furent signés chaque année entre 1994 et 1996.

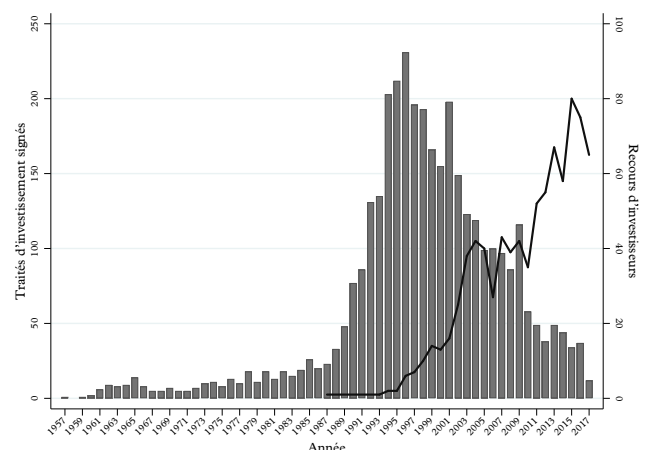
Toutefois, l'arbitrage en matière d'investissements a connu un revers lors de la dernière décennie. Le débat porte maintenant sur la conception des traités d'investissement. Des organisations internationales telles que la CNUCED² plaident pour des réformes profondes. En outre, tout un ensemble d'acteurs étatiques – de l'Inde au Canada, en passant par la Commission européenne – mènent une réflexion ouverte sur leurs politiques de traités d'investissement.

Ce changement de cap émerge clairement dans la pratique. Des États intègrent de nouvelles obligations à leurs traités, notamment s'agissant de la conduite de l'investisseur. D'autres clarifient les disciplines et procédures existantes en vue de régler les différends découlant d'un traité. De plus, nous assistons à une plus

grande prise de conscience de l'importance de la marge de manœuvre politique au titre des traités d'investissement.

Ce changement s'explique en partie par la vague de demandes d'arbitrage qui a succédé à l'explosion des signatures de traités d'investissement dans les années 1990 (figure 1). Toutefois, l'on ne sait pas bien s'il existe un lien entre la conception des traités et le risque de susciter des demandes d'arbitrage, ou dans quelle mesure les nouvelles dispositions des traités, telles que les clauses d'exception générale fondée sur la politique publique, ont un poids quelconque dans un différend³.

Figure 1



Un différend par design ?⁴

Si le débat public portant sur le droit international de l'investissement a mis l'accent sur les mécanismes RDIE⁵, bon nombre de parties-prenantes ont le sentiment que les premiers traités d'investissement ont été élaborés en des termes trop larges ou flous. Dans l'ensemble des réformes qu'elle propose, la CNUCED recommande aux

¹ Goldstein, J. et al. (2000). Introduction: Legalization and world politics. *International Organization*, 54(3), 238–399.

² CNUCED. (2012). Rapport sur l'investissement dans le monde 2015 : réformer la gouvernance de l'investissement international. Tiré de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf (aperçu en français https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2015overview_fr.pdf); CNUCED. (2015). *Cadre pour une politique d'investissement au service du développement durable*. Tiré de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf

³ Cette observation se fonde sur deux documents de travail : Berge, T.L. (2018). *Dispute by design? Legalisation, backlash and the drafting of investment agreements*. Présenté lors de la Midwestern Political Science Association's Annual Conference 2018. Tiré de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3201306 ; et Alschner, W. & Hui, K. (2018). *Missing in action: General public policy exceptions in investment treaties*. Présenté lors de la Society of International Economic Law Conference 2018, à Washington D.C. Tiré de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3237053

⁴ Cette partie s'appuie sur Berge (2018), *supra* note 3.

⁵ Waibel, M. et al. (2010). *The backlash against international investment arbitration: Perceptions and reality*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International ; et Behn, D. & Langford, M. (2018). Managing backlash: The evolving investment treaty arbitrator? *The European Journal of International Law*, 29(2), 551–580.



États d'envisager d'omettre ou de reformuler certaines dispositions dans leurs futurs traités d'investissement pour améliorer la précision et la prévisibilité⁶.

Certains États, tels que le Canada et les États-Unis, avaient pris des mesures anticipées à cette fin. Après avoir tenu le rôle de défendeur dans plusieurs arbitrages au titre de l'ALENA, ils avaient inclus des formulations plus explicites et détaillées dans leurs modèles de traités d'investissement de 2004⁷. D'autres États, tels que l'Inde, l'Indonésie et les Pays-Bas, ont indiqué publiquement que bon nombre des traités d'investissement qu'ils ont signé par le passé sont trop vagues et accordent peu d'importance à l'équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs⁸.

Une lecture attentive permet d'observer qu'il existe cinq préoccupations communes et interconnectées dans les divers discours en faveur de la réforme des traités. Les États, les organisations internationales et autres parties-prenantes sont préoccupés par le fait que les anciens traités :

1. Incluent une quantité trop importante d'obligations de fond.
2. Offrent trop peu de flexibilité politique.
3. Contiennent des définitions de l'investissement et de l'investisseur à la portée trop large.
4. Utilisent une formulation qui semble manquer de précision.
5. Contiennent des clauses RDIE accordant un degré trop important de discrétion ou de délégation juridique aux arbitres.

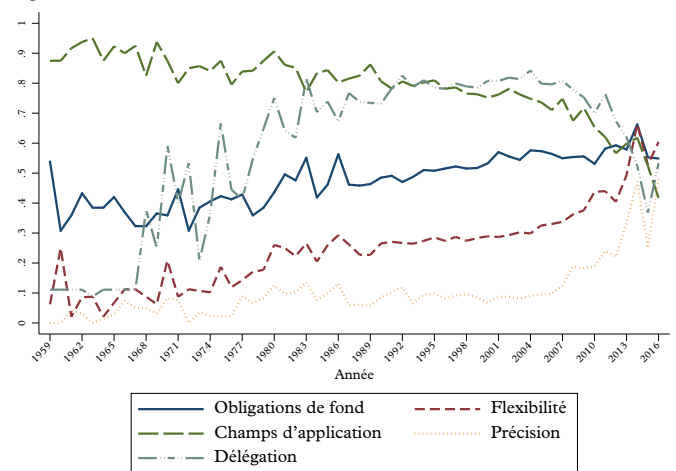
L'on présume généralement que plus d'obligations de fond, moins de flexibilité, des définitions à trop grande portée, moins de précision et plus de délégation juridique peuvent accroître le risque de demandes d'arbitrage. La cartographie détaillée du contenu juridique de plus de 2

500 TBI par la CNUCED peut être utilisée pour évaluer ces présomptions dans la pratique⁹. L'un des auteurs du présent article a créé cinq indices permettant de mesurer la performance des traités dans chacune de ces dimensions¹⁰.

Chaque indice varie entre 0 et 1, lorsque des valeurs les plus élevées indiquent davantage d'obligations, un usage plus grand des mécanismes de flexibilité, une portée plus restreinte de la définition de l'investissement, plus de précision et plus de délégation juridique en cas d'arbitrage. La figure 2 montre l'évolution dans le temps de la pratique des traités dans chacune des cinq dimensions, en faisant la moyenne de la performance de tous les traités signés au cours d'une année entre 1959 et 2017.

L'on constate en général des changements significatifs dans la pratique des traités dans le temps. Le nombre d'obligations de fond a grimpé. Il y a eu une claire augmentation du recours aux mécanismes de flexibilité tels que les exceptions générales fondées sur la politique publique. La portée des investissements couverts par les traités s'est largement réduite avec le temps. Le recours aux éléments permettant de préciser l'interprétation des obligations de fond, tels que les normes externes, a connu une nette augmentation ces dernières années. Enfin, le degré de délégation juridique au titre des traités a atteint des sommets au milieu des années 1990, avant de redescendre depuis.

Figure 2



Lorsque l'on utilise les notes des traités pour évaluer, d'un point de vue économétrique, si le contenu des traités à une quelconque influence sur le risque de demandes d'arbitrage, l'on s'aperçoit qu'en général, les différences dans la conception des traités sont en effet liées à divers risques de demandes d'arbitrage en matière d'investissement. Toutefois, il n'en va pas de même

⁶ CNUCED (2015), *supra* note 2, pp. 132–133

⁷ Gagné & Morin. (2006). The evolving American policy on investment protection: Evidence from recent FTAs and the 2004 model BIT. *Journal of International Economic Law*, 9(2), 357–382

⁸ S'agissant des Pays-Bas, voir : Verbeek & Knotterus (2018). The 2018 draft Dutch model BIT: A critical assessment. *Investment Treaty News*, 9(2), 3–6. S'agissant de l'Inde, voir : Ranjan, P. (2016). India's bilateral investment treaty programme – Past, present and future. Dans K. Singh & B. Ilge (Eds.), *Rethinking bilateral investment treaties: Critical issues and policy choices*. Amsterdam : Both ENDS ; New Dehli : Madhyam ; Amsterdam : SOMO. S'agissant de l'Indonésie, voir : Jaillani, A. (2016). Indonesia's perspective on review of international investment agreements. Dans K. Singh & B. Ilge (Eds.), *Rethinking bilateral investment treaties: Critical issues and policy choices*. Amsterdam : Both ENDS ; New Dehli : Madhyam ; Amsterdam : SOMO.

⁹ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

¹⁰ Voir Berge (2018), *supra* note 3, pp. 13–15 pour une description détaillée de la conception de ces indices.



pour toutes les présomptions des États et organisations internationales en la matière. D'après notre analyse statistique, les deux seules dimensions qui sont fortement et systématiquement associées à un risque substantiellement plus important de demandes d'arbitrage sont un grand nombre d'obligations de fond et des définitions trop larges de l'investissement et de l'investisseur. L'usage d'éléments permettant de préciser l'interprétation ou de limiter la discrétion des arbitres ne semble pas réduire le risque de demandes d'arbitrage. Point majeur, le risque imposé par les obligations de fond et les larges définitions du traité ne semble pas être compensé par une plus grande flexibilité politique ou une plus grande précision.

D'après nous, cela s'expliquerait peut-être par le fait que certains changements apportés à la conception des traités auraient plus de poids que d'autres. Il vaut alors la peine de se demander si les parties au différend et les arbitres sont réceptifs aux innovations spécifiques apportées à la conception des traités, et de vérifier si les différences dans le contenu des traités entraînent en pratique des décisions arbitrales distinctes.

Changer les traités pour changer les résultats des arbitrages ?¹¹

L'inclusion d'exceptions générales fondées sur la politique publique figure parmi les plus radicaux des changements apportés aux traités récents. Si une mesure en relève, l'État qui l'a adoptée est exempt de toute responsabilité. Il s'agit donc du meilleur mécanisme de flexibilité ou clause dérogatoire¹².

Bien qu'elles soient nouvelles dans les traités d'investissement, les exceptions générales fondées sur la politique publique sont en augmentation. Au moins une centaine de traités autonomes contiennent une telle clause, dont deux tiers s'inspirent de l'article XX du GATT et un tiers suit le modèle des clauses d'interdiction et de restriction incluses à l'article 11 du TBI Singapour-Chine de 1985. Pourtant, malgré leur popularité, les exceptions générales fondées sur la politique publique ne pèsent pas bien lourd dans le cadre du règlement des différends.

Afin de comprendre les effets de ces clauses dans la pratique, nous avons analysé les décisions récentes rendues au titre d'accords contenant des exceptions générales fondées sur la politique publique. À notre grande

surprise, nous avons observé que les États défendeurs ne s'appuyaient pas sur ces clauses et que les tribunaux ne les examinaient pas de leur propre initiative. En outre, même lorsqu'elles sont appliquées, les tribunaux leur accordent généralement peu de poids. En bref, les exceptions générales fondées sur la politique publique ratent complètement le coche. Les affaires *Copper Mesa c. l'Équateur*¹³ et *Beer Creek c. le Pérou*¹⁴ l'illustrent bien.

Dans l'affaire *Copper Mesa*, le premier arbitrage en matière d'investissement à se pencher sur une telle clause, le tribunal conclut que le caractère arbitraire et irrégulier du retrait par l'Équateur d'une licence minière non seulement violait les clauses d'expropriation et TJE du TBI Canada-Équateur de 1996, mais rendait également l'article XVII (la clause d'exception générale du traité) inapplicable, car elle ne s'appliquait qu'aux mesures « qui ne sont pas appliquées de manière arbitraire ou injustifiable »¹⁵.

Le tribunal de l'affaire *Beer Creek* arriva à la même conclusion, mais conclut en outre que l'exception générale fondée sur la politique publique de l'ALE Canada-Pérou de 2009 s'appliquait en tant que *lex specialis*, à l'exclusion des défenses fondées sur le droit coutumier international¹⁶.

Dans les deux cas, sans expliquer leur raisonnement, les tribunaux adoptèrent une interprétation qui limitait drastiquement les effets de ces clauses dans la pratique. Si les exceptions générales ne sont pas applicables pour les mêmes raisons qui ont donné lieu, à l'origine, à une violation des obligations principales, elles permettront rarement aux États d'éviter toute responsabilité. De même, si elles remplacent la flexibilité déjà offerte au titre du droit international coutumier, telle que la doctrine des pouvoirs de police, plus qu'elles ne la complètent, elles n'apporteront qu'une marge de manœuvre politique supplémentaire limitée, ou pourraient même la réduire¹⁷.

Dans d'autres affaires, les défendeurs n'ont même pas avancé les exceptions générales fondées sur la politique publique applicables. Dans une série d'affaires portant sur l'expropriation d'entreprises aurifères au Venezuela,

¹³ *Copper Mesa Mining Corporation c. la République d'Équateur*, Affaire CPA n° 2012-2, décision, 15 mars 2016. Tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf>

¹⁴ *Bear Creek Mining Corporation c. la République de Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/2, décision, 30 novembre 2017. Tiré de <https://www.italaw.com/cases/documents/6322>

¹⁵ *Copper Mesa c. Équateur*, *supra* note 13, paras. 6.58–6.67.

¹⁶ *Beer Creek c. Pérou*, *supra* note 14, paras. 4.73–74.

¹⁷ Sur ce point, voir B. Legum et Ioana Petculescu, "GATT Article XX and International Investment Law," dans *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, ed. Roberto Ehandi et Pierre Sauve (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 340–62; Levesque, C. "The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs: A Potentially Risky Policy," dans *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, ed. Roberto Ehandi et Pierre Sauve (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

¹¹ Cette partie s'appuie sur Alschner & Hui (2018), *supra* note 3

¹² Pour une évaluation juridique de ces clauses, voir Sabanogullari, L. (2015, May 21). Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement. *Investment Treaty News*, 6(2), 3–5. Tiré de <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-fr.pdf>



le pays défendeur argua avoir révoqué les concessions minières de plusieurs entreprises canadiennes pour des raisons environnementales, mais sans mentionner l'exception générale fondée sur la politique publique contenue à l'article II(10), annexe (b) du TBI Canada-Venezuela de 1996 pour étayer son argument, perdant ainsi chacune des affaires¹⁸.

Dans une autre affaire, le Costa Rica chercha à justifier la révocation d'une licence minière sur la base de préoccupations environnementales. Mais plutôt que d'invoquer l'exception générale du TBI Costa Rica-Canada de 1998 qui lui aurait permis de ne pas être tenu responsable, il avança la clause du traité relative au droit de réglementer, qui calque l'article 1114 de l'ALENA et autorise les mesures environnementales « par ailleurs conformes » au traité¹⁹.

Les investisseurs fondent de plus en plus leurs recours sur d'anciens traités. Il reste important de continuer de mettre à jour les anciens traités d'investissement.

En somme, les États défendeurs comme les tribunaux sont responsables du fait que les exceptions générales fondées sur la politique publique ratent le coche dans la pratique. Ils devraient examiner l'affaire *CC/Devas c. l'Inde*, qui est un bon exemple de défense effective de l'État défendeur et d'une évaluation approfondie par le tribunal de l'exception générale fondée sur la politique publique, même si en l'espèce il s'agit d'une exception fondée sur la sécurité nationale²⁰. Compte tenu des nombreux différends futurs au titre des traités de deuxième génération incluant des exceptions générales, les défendeurs et tribunaux à venir ont tout loisir de se pencher sur la question et d'examiner les nombreux problèmes d'interprétation connexes qui restent pour le moment sans réponses.

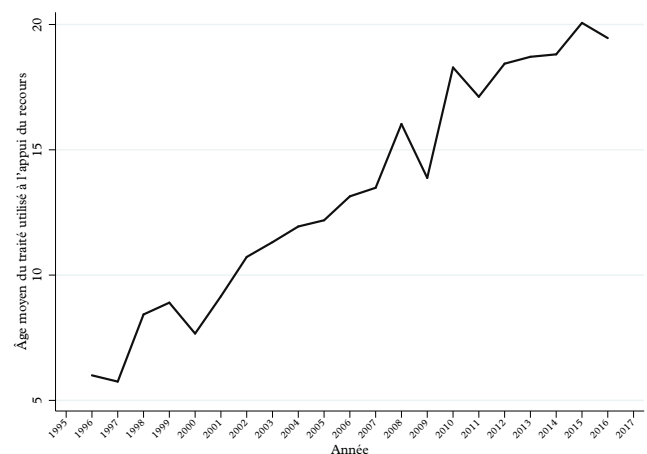
Conclusions

Quelles conclusions générales pouvons-nous tirer de tels résultats ? En premier lieu, si l'on s'intéresse principalement au risque de demandes d'arbitrages, le fait de préciser la

formulation des clauses fondamentales, d'ajouter plus de flexibilité politique, ou de limiter le pouvoir discrétionnaire des arbitres n'est pas nécessairement la panacée. Le plus important semble être la présence dans le traité d'obligations de fond et le nombre d'investisseurs couverts par ces obligations. À l'avenir, les États devraient davantage se préoccuper de savoir *quelles* protections ils offrent à *quels* investisseurs au titre des traités, plutôt qu'à *la manière* de formuler ces protections.

Ensuite, ces résultats pourraient indiquer que peu de traités de deuxième génération ont été utilisés à ce jour pour tester l'interprétation arbitrale. En fait, les investisseurs fondent de plus en plus leurs recours sur d'anciens traités. Au milieu des années 1990, l'âge moyen des traités utilisés pour appuyer les recours était de six ans. À l'heure actuelle, l'âge moyen se situe proche des 20 ans (figure 3). C'est pourquoi il reste important de continuer de mettre à jour les anciens traités d'investissement.

Figure 3



Enfin, il est inutile de modifier la conception des accords d'investissement si les États en tant que défendeurs n'utilisent pas ces nouvelles dispositions, et si les tribunaux ne tiennent pas nettement compte de la nouvelle structure des traités dans leur raisonnement. Le fait que les exceptions générales fondées sur la politique publique n'ont pas d'effets pour le moment en est la preuve. La réforme de la conception des traités ne s'arrête donc pas à la signature du document, mais se poursuit tout au long de son application et des différends en découlant.

Auteurs

Tarald Laudal Berge est doctorant, Département des sciences politiques et PluriCourts, Université d'Oslo.

Wolfgang Alschner est Professeur-assistant, Section de Common Law, Université d'Ottawa.

¹⁸ *Gold Reserve Inc. c. la République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/1) ; *Crystallex International Corporation c. la République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2) ; *Rusoro Mining Ltd. c. la République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/5).

¹⁹ *Infinito Gold Ltd. C. la République du Costa Rica* (Affaire CIRDI n° ARB/14/5).

²⁰ *CC/Devas c. la République d'Inde* (Affaire CPA n° 2013-09), Décision sur la compétence et sur le fond, 25 juillet 2016. Tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9750.pdf>



ARTICLE 3

La nouvelle loi égyptienne relative à l'investissement met l'accent sur le développement durable et la facilitation

Moataz M. Hussein



À l'heure où le monde est témoin des changements fondamentaux ayant lieu aux échelons national et international en faveur d'une nouvelle génération de traités, de lois, de politiques et de réglementations de l'investissement, l'Égypte contribue à ce processus par le remaniement de ses cadres juridiques national et international régissant l'investissement.

L'élément saillant de cette contribution est la nouvelle Loi égyptienne relative à l'investissement n° 72 de 2017¹. En remplacement d'une loi relative aux investissements datant de plus de vingt ans, la nouvelle loi marque un tournant manifeste de la politique d'investissement, mettant l'accent sur la qualité des IED plutôt que sur leur quantité, conformément à la Stratégie égyptienne pour le développement durable adoptée en 2015 (la Vision 2030 de l'Égypte)².

La nouvelle loi encourage les investissements nationaux et étrangers qui contribuent au développement durable et respectent les normes d'une conduite commerciale responsable. Elle offre également des mesures incitatives et de facilitation, dans le cadre d'un équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs et des États.

¹ Loi égyptienne relative à l'investissement n°72 de 2017, publiée dans le bulletin officiel du 31 mai 2017, article (1). Tiré de <http://www.gafi.gov.eg/English/StartaBusiness/Laws-and-Regulations/PublishingImages/Pages/BusinessLaws/Investment%20Law%20english%20ban.pdf>

² <http://www.cabinet.gov.eg/English/GovernmentStrategy/Pages/Egypt%E2%80%99sVision2030.aspx>

Le développement durable, l'un des principaux objectifs de l'investissement en Égypte

Cette tendance émerge clairement dans la définition de « l'investissement » qui implique « d'utiliser l'argent aux fins de l'établissement, de l'expansion, du développement, du financement, de la possession ou de la gestion d'une entreprise d'investissement d'une manière qui contribue au développement durable et global de l'État » (art. 1). Au titre de la loi, ce même concept du développement durable apparaît comme l'un des principaux objectifs de l'investissement en Égypte (art. 2).

Les principes régissant l'investissement en Égypte

La nouvelle loi identifie également huit principes régissant l'investissement et s'appliquant aux investisseurs comme à l'État. Ces principes incluent (art. 3-8) :

1. L'égalité des opportunités d'investissement et la non-discrimination,
2. Le soutien aux entreprises émergentes, aux entrepreneurs et aux micro, petites et moyennes entreprises (MPME),
3. La prise en compte de la dimension sociale, de la santé publique et de la protection de l'environnement,
4. La libre concurrence, la prévention des monopoles et la protection des consommateurs,
5. Le respect des principes de gouvernance, de transparence, de gestion prudente et d'intérêts non-concurrents,
6. Le maintien de la stabilité des politiques d'investissement,
7. La célérité et la facilitation des transactions des investisseurs,
8. La préservation des intérêts publics et de sécurité nationale.



Les garanties et les sauvegardes

La nouvelle loi conserve les sauvegardes fondamentales offertes aux investisseurs notamment concernant les normes générales de traitement, l'entrée et le séjour des investisseurs étrangers, la protection contre la nationalisation, l'expropriation abusive et la confiscation, les avertissements donnés avant la révocation ou la suspension d'une licence, les transferts de fonds, le droit de recruter des employés étrangers, et l'exécution des contrats conclus avec l'État (art. 3 à 8).

Les mesures incitatives de l'investissement

La loi offre en outre tout un ensemble de mesures incitatives générales, spéciales, procédurales et de financement supplémentaire de l'investissement. Les mesures spéciales soutiennent par exemple les entreprises axées sur le développement, sur une base géographique et sectorielle. Les investisseurs peuvent ainsi déduire de leurs profits nets imposables 50 pour cents de leurs coûts d'investissements dans le secteur A, et 30 pour cents dans le secteur B. Le secteur A englobe les zones du pays ayant des besoins urgents en développement, tandis que le secteur B englobe tout le reste du pays (art. 11). Le secteur B vise les entreprises opérant dans des secteurs directement liés au plan de développement de l'Égypte, notamment les secteurs intensifs en main d'œuvre, les secteurs orientés à l'export, les MPME, les énergies renouvelables, les mégaprojets, ainsi qu'une liste d'autres secteurs.

La facilitation de l'investissement

S'agissant de la facilitation de l'investissement, une avancée fondamentale a été introduite en 2004 par l'Autorité générale de l'investissement (AGI) : le guichet unique. Quant à elle, la nouvelle loi a créé le Centre de service à l'investisseur en vue de faciliter l'établissement des entreprises et l'émission des approbations, permis et licences requis pour établir ou gérer les entreprises d'investissement, et d'offrir entre autres des services de suivi, conformément au droit égyptien (art. 21). Dans la même veine, la loi exige l'automatisation et l'unification des procédures relatives aux services pré- et post-établissement, notamment l'établissement électronique (art. 48). En outre, elle exige la mise à disposition, sur les sites Internet et dans les publications des autorités compétentes, d'un « Manuel de l'investisseur » regroupant les conditions, les procédures et les dates relatives à l'obtention des propriétés immobilières et à l'émission des approbations, permis et licences relatifs à l'investissement (art. 19).

La responsabilité sociale des entreprises

Pour soutenir la RSE, la loi offre des avantages fiscaux aux investisseurs qui consacrent une part de leurs profits annuels à la création de systèmes de développement social en dehors du cadre de leurs projets, notamment dans les domaines de la protection de l'environnement, de la santé, des services sociaux et culturels, de l'éducation technique, de la recherche et du développement (art. 15). En vue de lutter contre la corruption, la loi refuse d'accorder sa protection, ses sauvegardes, privilèges et exemptions aux entreprises établies sur la base de la tromperie, de la fraude ou de la corruption (art. 3).

Le règlement des différends

La loi prévoit des mécanismes à niveaux multiples pour le règlement des différends relatifs à l'investissement, notamment les procédures judiciaires nationales, le règlement à l'amiable et le règlement alternatif des différends (RAD), ainsi qu'un examen administratif mené par trois comités spécialisés :

1. Au sein de l'AGI, le Comité des plaintes examine les plaintes déposées à l'encontre des décisions émises conformément aux dispositions de la nouvelle loi par l'AGI ou par les autorités compétentes pour l'émission des approbations, permis et licences.
2. Le Comité ministériel pour le règlement des différends relatifs à l'investissement examine les demandes, les plaintes et les différends entre investisseurs ou impliquant une entité, une autorité ou une entreprise de l'État.
3. Le Comité ministériel pour le règlement des différends relatifs aux contrats d'investissement règle les différends découlant des contrats d'investissement auxquels l'État ou l'une de ses entités, autorités ou entreprises est partie.

La loi refuse d'accorder sa protection, ses sauvegardes, privilèges et exemptions aux entreprises établies sur la base de la tromperie, de la fraude ou de la corruption.

En outre, sous réserve d'un accord entre l'État et l'investisseur, la loi autorise le règlement par le biais d'un arbitrage national, international ad hoc, ou institutionnel. Finalement, la loi crée le Centre égyptien d'arbitrage et



de médiation, un centre indépendant chargé de régler les différends entre investisseurs ou impliquant des entités gouvernementales (art. 82 à 91).

Le modèle de TBI égyptien de 2007 sert de feuille de route pour la négociation des investissements, et vise à obtenir une cohérence des contenus et libellés de fond des TBI égyptiens, et d'attirer un IED qui soutienne le développement durable.

La relation entre la nouvelle loi et la réforme des traités

La promulgation de ce nouveau code de l'investissement constitue une étape importante qui traduit l'intention du gouvernement égyptien d'adopter une nouvelle génération de réglementations de l'investissement au niveau national, dans le but de soutenir et d'accentuer ses efforts en vue de la refonte de son réseau d'AII, notamment ses TBI.

Les efforts de l'Égypte en vue de réformer son cadre juridique international régissant les investisseurs étrangers en Égypte ont débuté avec la création du modèle de TBI égyptien en 2007, et ses mises à jours successives. Ce modèle sert de feuille de route pour la négociation des investissements, et vise à obtenir une cohérence des contenus et libellés de fond des TBI égyptiens, et d'attirer un IED qui soutienne le développement durable tout en conservant un équilibre entre les droits et obligations des investisseurs, en réduisant le nombre des différends fondés sur les traités, et en développant un mécanisme efficace et flexible de règlement des différends relatifs à l'investissement.

Auteur

Moataz Hussein (docteur), est un spécialiste des AII auprès de l'Autorité générale pour l'investissement (AGI), sous l'égide du ministère égyptien de l'Investissement et de la Coopération internationale. Les opinions exprimées par l'auteur ne reflètent pas nécessairement celles de l'AGI.



ARTICLE 4

Vers une convention internationale sur les entreprises et les droits humains

Carlos Lopez



L'avant-projet de l'un des traités internationaux en matière de droits humains les plus importants de ces dernières années – un instrument portant sur les entreprises et les droits humains – a été rendu public en juillet 2018 par l'ambassadeur de l'Équateur qui préside le processus¹. Mettant largement l'accent sur la question clé de l'accès à la justice et des recours pour ceux qui se disent victimes des agissements d'une entreprise, ce projet de texte a déjà des effets sur le ton et la nature des débats qui s'étaient jusqu'à présent principalement concentrés sur les questions politiques et procédurales. Le présent article mène à bien une analyse critique liminaire des éléments saillants du projet de traité.

En 2014, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, à Genève, adopta à la majorité la [résolution 26/9](#) portant création d'un Groupe de travail intergouvernemental chargé d'élaborer un « instrument juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises » (un traité sur les entreprises et les droits humains)². Le Groupe

de travail s'est déjà réuni à trois reprises³, et sa prochaine session est prévue du 16 au 19 octobre 2018.

L'avant-projet de texte a adopté une structure générale raisonnable et met principalement l'accent sur les obligations des États. Le modèle choisi est un traité mettant l'accent sur l'accès aux recours et à la justice pour les victimes d'abus commis par des entreprises, ainsi que sur la responsabilité juridique des sociétés transnationales. D'autres options incluaient un traité-cadre, et un traité qui mettrait l'accent sur la création ou la reconnaissance des obligations directes relatives aux droits humains des entreprises au titre du droit international. Dans cette version, les obligations relatives aux droits humains des entreprises ne sont reconnues en tant que tel que dans le préambule, qui indique que toutes les entreprises commerciales « doivent respecter les droits de l'homme ».

L'on peut se féliciter que l'accent soit mis sur les recours et la responsabilité pour les abus commis par les entreprises commerciales, et la structure du traité, notamment les titres, abordent de front les questions les plus urgentes, notamment la responsabilité juridique des entreprises, les droits des victimes, la juridiction et l'assistance juridique mutuelle, entre autres. Tous ces éléments font du projet de traité une alternative politique viable. Toutefois, ces questions sont traitées de manière inégale, imprécise, et parfois même obscure. Quoiqu'il en soit, le fait d'avoir un projet de texte complet devant soi contribue sans aucun doute aux débats et à l'éventuelle amélioration du texte.

Le rôle de l'État

L'on peut regretter que le projet de texte attache si peu d'importance au rôle commercial de l'État et à la nécessité d'inclure la reddition de compte et les recours à cet égard. Très souvent, les États créent des coentreprises avec les investisseurs ou, d'une manière ou d'une autre, facilitent et appuient les opérations commerciales dans

¹ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme [HCDH]. (2018, 16 juillet). *Instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'Homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises*. Tiré de <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

² Conseil des droits de l'homme. (2014, juillet 14). *Résolution 26/9 Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme (A/HRC/RES/26/9)*. Tiré de http://ap.ohchr.org/documents/dpage_f.aspx?si=A/HRC/RES/26/9

³ Zhang, J., & Abebe, M. (2017, décembre). Le parcours d'un Traité contraignant sur les droits humains : déjà trois ans... où va-t-il mener ? *Investment Treaty News*, 8(4), 3–4. Tiré de <https://www.iisd.org/itn/fr/2017/12/21/the-journey-of-a-binding-treaty-on-human-rights-three-years-outand-where-is-it-heading-joe-zhang-and-mintewab-abebe> ; Zhang, J. (2015, novembre). Lancement des négociations d'un traité contraignant relatif aux entreprises et aux droits humains. *Investment Treaty News*, 6(4), 10–11. Tiré de https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-november-2015-francais_0.pdf



le secteur des mines, du pétrole et du gaz ou autre, ou assurent la sécurité des sites opérationnels, et bon nombre des abus rapportés impliquent généralement une entreprise privée et la complicité de l'État. En outre, certaines dispositions semblent aller dans le sens contraire. Par exemple, l'article 13 sur la cohérence avec le droit international propose étonnamment des dispositions largement formulées qui laissent les obligations existantes des États inchangées.

Le champ d'application

L'avant-projet ne porte que sur la conduite des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales réalisant des « activités transnationales ». Les actes ou les manquements des entreprises n'agissant que sur le territoire national ne sont pas considérés. L'avant-projet de texte définit les « activités commerciales de nature transnationale » comme des « activités à but lucratif... ayant lieu ou impliquant des actions, des personnes ou ayant des effets dans deux juridictions nationales ou plus » (art. 4(2)). Ce champ d'application limité est au détriment d'une portée plus large couvrant toutes les opérations des entreprises, tel qu'y avaient appelé certains États et ONG.

Le champ d'application limité est un point d'achoppement depuis le début du processus⁴. Il a des effets sur l'envergure et la cohérence de plusieurs dispositions du traité qui mettent l'accent sur la définition des motifs de responsabilité juridique (principalement civile et pénale) des entreprises et sur l'accès aux recours et à la réparation. Ses effets déstabilisants se font le plus sentir dans la définition des infractions pénales des entreprises que les États parties sont tenus de promulguer au niveau national. Au titre du champ d'application et des définitions actuels, seuls les comportements criminels (quel que soit le degré de gravité) se produisant dans plus d'une juridiction sont punissables, ce qui pourrait donner lieu à des situations absurdes où les actes criminels flagrants (par exemple les crimes contre l'humanité) pourraient ne pas être punissables s'ils ont été commis par des entreprises dans une seule juridiction.

Afin d'atténuer cette distorsion, le projet de texte aurait pu insérer une disposition s'inspirant de l'article 34.2 de la [Convention des Nations Unies contre la](#)

[criminalité transnationale organisée](#)⁵. Une formulation adaptée pourrait être :

Les infractions établies conformément à l'article 10.8 de la présente Convention devront être transposées dans le droit interne de chaque des États parties, indépendamment de la nature transnationale de l'activité commerciale, sauf dans la mesure où la nature du crime exige l'élément transnational.

Cette proposition de disposition pourrait également être élargie pour couvrir la diligence raisonnable en matière de droits humains (art. 9).

Malgré ces lacunes, le projet de traité rassurera les personnes inquiètes du fait que les opérations des entreprises transnationales pourraient ne pas être correctement traitées si elles étaient insérées dans des normes larges et vagues qui parleraient de « toutes les entreprises commerciales ».

La prévention

Le projet de traité adopte une approche radicale de la question des mesures préventives que les États exigeront des entreprises commerciales (art. 9). Ces mesures sont présentées comme une sorte de diligence raisonnable (relative aux droits humains) qui s'éloigne radicalement des approches traditionnelles.

Comme l'indiquent les [Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme](#)⁶, la diligence raisonnable en matière de droits humains est une procédure en quatre étapes par laquelle les entreprises commerciales devraient identifier leurs incidences sur les droits humains, les prévenir, en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient. L'avant-projet parle également de « consultations significatives » avec les groupes affectés, de l'exigence d'une garantie financière permettant de couvrir les éventuelles demandes d'indemnisation et de l'incorporation de certaines mesures dans les contrats transnationaux des entreprises. Le non-respect de ces mesures de diligence raisonnable entraînerait la responsabilité juridique. La disposition relative aux « procédures nationales effectives » visant à « garantir le respect » – disposition toujours faible par ailleurs – est positive. Toutefois, il sera difficile, à la fois pour les entreprises et pour les gouvernements, de respecter ou

⁴ Commission internationale des juristes. (2015, 30 mai). *Submission on scope of future treaty on business and human rights*. Tiré de <https://www.icj.org/submission-on-scope-of-future-treaty-on-business-and-human-rights>

⁵ Office des Nations Unies contre les drogues et le crime. (2004). *Convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale organisée et les protocoles qui s'y rapportent*. Tiré de <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-f.pdf>

⁶ HCDH. (2011). *Principes directeurs sur les entreprises et les droits de l'homme : Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*. Tiré de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf



de veiller au respect de ces dispositions à moins que ces obligations de diligence raisonnable ne soient mieux clarifiées et définies.

Puisque les mesures préventives sont généralement considérées comme une priorité et que de nombreux secteurs de la société civile organisée plaident pour l'obligation de la diligence raisonnable en matière de droits humains pour les entreprises, cette section du projet de traité devrait être maintenue dans la version finale, quoique sous une forme révisée.

La responsabilité juridique et l'accès aux voies de recours

Les dispositions relatives à la responsabilité juridique des entreprises transnationales ainsi qu'au droit des victimes aux voies de recours et à la réparation sont peut-être au cœur du projet de texte. Bien que cela ne soit pas réellement nécessaire, le projet d'article 8 commence par rappeler le droit des victimes d'avoir accès à la justice et aux voies de recours. L'on ne sait pas encore bien comment les différentes formes de réparation fonctionneront lorsqu'appliquées aux entreprises. En outre, il faudra également clarifier si les expressions « réhabilitation environnementale » et « remise en état écologique » sont différentes des autres formes de réparation généralement acceptées.

Les dispositions relatives à la responsabilité juridique des entreprises transnationales ainsi qu'au droit des victimes aux voies de recours et à la réparation sont peut-être au cœur du projet de texte.

Parmi les droits des victimes consacrés dans le projet de convention, la disposition audacieuse qui précise que « en aucun cas il ne pourra être demandé aux victimes de rembourser tout ou partie des dépenses juridiques de l'autre partie au différend » (art. 8(5)(d)) pourrait éventuellement prêter à controverse puisqu'elle pourrait être considérée comme encourageant les recours frivoles, bien que ce problème pourrait être solutionné grâce à un système de contrôle. Le projet de texte prévoit également la mise en place d'un Fonds pour les victimes (art. 8(7)).

L'article 10 met l'accent sur la responsabilité civile et pénale. Il exige la promulgation de lois portant

sur la responsabilité juridique civile, pénale ou administrative pour les abus commis dans le contexte des activités commerciales transnationales, et prévoit que la responsabilité concerne tant les personnes physiques que morales.

Dans le cadre de cette discussion, les principales questions portent sur les relations entre l'entreprise-mère et les filiales, et entre l'entreprise et ses fournisseurs, ainsi que les responsabilités juridiques correspondantes en cas de tort causé ou de contribution à celui-ci, dans le contexte des opérations commerciales. Le projet d'article 10(6) tente d'aborder cette question fort complexe et controversée en imposant certains paramètres selon lesquels une « personne ayant des activités commerciales de nature transnationale » (certainement une entité commerciale) sera responsable du tort causé dans le contexte de ces opérations :

6. Toute personne réalisant des activités commerciales de nature transnationale sera tenue responsable du tort causé par les violations des droits de l'homme survenant dans le contexte de leurs activités commerciales, y compris tout au long de leurs opérations :

a) dans la mesure où elle exerce un contrôle sur les opérations, ou

b) dans la mesure où elle démontre une relation suffisamment étroite avec sa filiale ou entité dans sa chaîne d'approvisionnement et lorsqu'il existe une forte connexion directe entre sa conduite et le tort souffert par la victime, ou

c) dans la mesure où des risques de violation des droits humains ont été envisagés ou auraient dû être envisagés dans la chaîne d'activité économique.

Les différents motifs au titre desquels la responsabilité des sociétés-mères peut être établie pour ce qui est du tort causé par leurs filiales sont remarquables pour leur définition flexible et leur application alternative. Cela suggère un effort visant à couvrir toutes les manières possibles pour une entreprise d'être impliquée dans le tort causé par d'autres. Cependant, il faut également analyser le texte attentivement pour déterminer l'efficacité de ces dispositions dans la clarification du lien entre société-mère et filiale, ou pour voir si, au contraire, elles inciteront les sociétés-mères à adopter des stratégies visant à éviter des liens trop « forts » ou clairs avec d'autres entreprises.



Cette disposition donnera certainement lieu à des débats animés au cours des négociations car bon nombre d'entreprises et d'État restent fortement attachés à la doctrine de la séparation des entités juridiques (le voile de la personnalité morale). Les experts juridiques s'y attarderont davantage, mais aussi les groupes et communautés du monde entier qui se plaignent des dommages causés à leurs moyens de subsistance, à l'environnement et à leur santé, entre autres, par les filiales de grandes entreprises du secteur extractif.

L'élaboration du traité exige un travail considérable pour satisfaire le niveau d'exigence et les besoins exprimés par la communauté internationale, et notamment les personnes en attente de justice et de réparation.

Les dispositions portant sur la responsabilité juridique pénale (art. 10(8)–(12)) sont également formulées de manière floue. Précisons d'emblée qu'une disposition spécifique sur la responsabilité pénale des entreprises est un pas en avant louable et devrait être conservée dans la version finale, même si sa formulation doit être précisée. Le projet de traité appelle non seulement à la responsabilité pénale pour toutes les violations des droits humains équivalant à des délits pénaux au titre du droit international et du « droit national » (ce qui laisse la possibilité d'avoir des approches divergentes, voire arbitraires), mais il limite aussi son application aux infractions commises par des « personnes réalisant des activités commerciales de nature transnationale ». Cette portée limitée donnera certainement lieu à d'autres débats et échanges.

Arrangements institutionnels internationaux

Le projet de traité envisage la création d'un comité d'experts chargé de veiller au respect de la mise en œuvre du traité, et de le promouvoir, ainsi que d'une conférence des États parties (art. 14), mais confine malheureusement ces fonctions aux fonctions traditionnellement réalisées par les organes similaires existants. Les limites de l'efficacité du système international actuel de suivi et de contrôle par les comités d'experts sont bien connues. Ce système n'est déjà pas suffisant pour évaluer le respect par les États des instruments classiques des droits humains, et pourrait

s'avérer encore moins efficace pour ce qui concerne les pratiques et politiques d'entreprises commerciales. Plutôt que de répliquer le système existant, ce nouveau traité sur les entreprises et les droits humains pourrait établir des pratiques et mécanismes novateurs afin de renforcer les fonctions et l'efficacité du système international de suivi et de contrôle des traités.

Début août, l'ambassadeur de l'Équateur a également publié un projet de protocole facultatif contenant des dispositions relatives à un mécanisme national de mise en œuvre ainsi qu'à une fonction d'examen des plaintes par le comité d'experts créée en vertu de l'article 14 du traité. Bien que l'on puisse se féliciter de cette fonction de réception et d'examen des plaintes adressées au comité, la procédure applicable ainsi que les résultats sont loin d'être clairs et effectifs. Ces aspects méritent une analyse distincte.

Conclusion

Tout bien considéré, l'on pourrait affirmer que le projet de traité représente un pas en avant et une option valable. Nombreux étaient ceux qui doutaient que le processus puisse un jour aboutir à un projet de texte complet pour les négociations. Le processus est maintenant dans sa quatrième année et continue d'aller de l'avant malgré les nombreux défis. Mais l'élaboration du traité exige un travail considérable pour satisfaire le niveau d'exigence et les besoins exprimés par la communauté internationale, et notamment les personnes en attente de justice et de réparation.

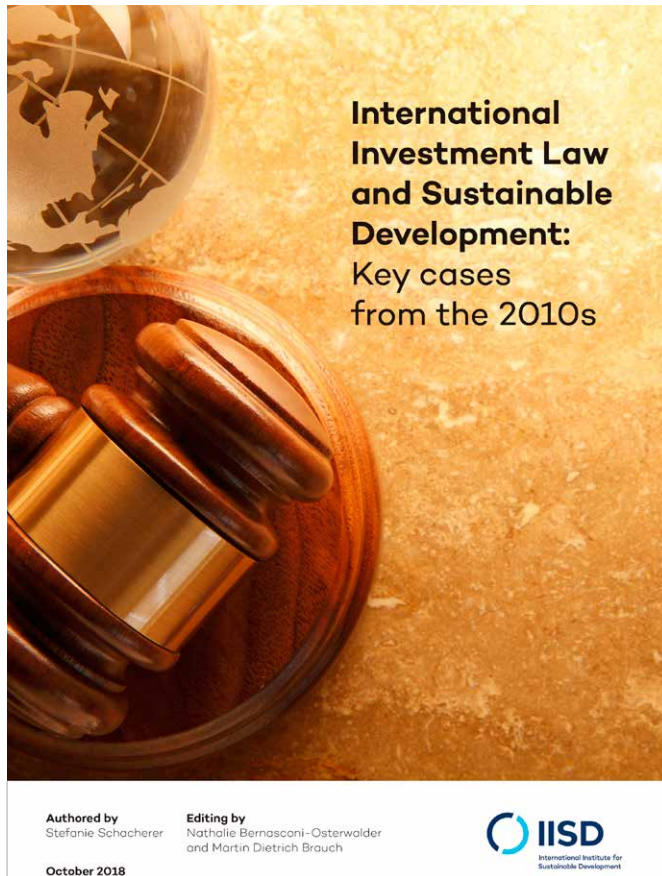
Auteur

Carlos Lopez est conseiller juridique confirmé à la Commission internationale des juristes.



LIVRE
NUMÉRIQUE

Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2010



En 2011, IISD avait publié *Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2000-2010*. Cet ouvrage électronique présente les résumés de 17 affaires ayant des effets sur le développement durable, ainsi que l'analyse des décisions rendues par les tribunaux arbitraux dans les affaires d'arbitrage investisseur-État fondées sur des traités¹.

À présent, IISD publie *Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2010*². Ce nouvel ouvrage électronique, qui vient compléter le volume publié en 2011, mène à bien le même exercice, mettant l'accent

¹ Bernasconi-Osterwalder, N. & Johnson, L. (Eds.). (2011, juillet). *Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2000-2010*. Genève : IISD. Tiré de <https://www.iisd.org/library/international-investment-law-and-sustainable-development-key-cases-2000-2010>

² Bernasconi-Osterwalder, N. & Brauch, M. D. (Eds.). (2018, octobre). *Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2010*. Genève : IISD. Tiré de <https://www.iisd.org/library/international-investment-law-and-sustainable-development-key-cases-2010s>

sur 10 affaires d'arbitrage tranchées dans les années 2010. En examinant les affaires par le prisme de la durabilité, Stefanie Schacherer illustre la relation complexe entre droit international des investissements et développement durable.

Les dix affaires ont été choisies pour leur pertinence vis-à-vis d'un large éventail de questions relatives au développement durable, notamment la protection de l'environnement, l'évaluation d'impact socio-environnemental, les énergies renouvelables, la fiscalité, la corruption et les droits humains. Ces affaires mettent également en lumière les questions juridiques de fond ainsi que les débats actuels dans le domaine du droit international des investissements, tels que la notion d'attentes légitimes et la question connexe de l'équilibrage des droits publics et privés, le montant des indemnités accordées suite aux actes des États affectant le retour sur investissement, et la tendance croissante en faveur d'un investissement responsable en rendant les investisseurs responsables de leurs actions dans l'État d'accueil.

En plus de cet ouvrage électronique, IISD publie les résumés des 27 affaires des deux volumes sur le site Internet d'ITN, à l'adresse <https://www.iisd.org/itm/es/isds-investment-arbitration-sustainable-development>.

En présentant ce recueil d'affaires et d'analyses, IISD espère contribuer au débat plus large de la réforme du droit et de la politique internationaux des investissements, et veiller à ce que l'investissement étranger soutienne le développement durable

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

Directrice du groupe, Programme droit et politique économiques, IISD

Martin Dietrich Brauch

Associé et conseiller juridique international, Programme droit et politique économiques, IISD
Rédacteur-en-chef, Investment Treaty News



NOUVELLES EN BREF

L'ALENA 2.0 est finalisé et renommé USMCA : le Mexique et les États-Unis s'accordent pour limiter le RDIE ; le Canada se retirera du RDIE après trois ans

Le 30 septembre 2018, Robert Lighthizer, le représentant au commerce des États-Unis (USTR) et Chrystia Freeland, la ministre canadienne des Affaires étrangères, ont annoncé que leurs deux pays s'étaient mis d'accord, avec le Mexique, pour moderniser l'accord commercial. L'ALENA sera ainsi remplacé par le nouvel accord, appelé **Accord États-Unis-Mexique-Canada (USMCA)**, une fois qu'il entrera en vigueur.

Le Canada, le Mexique et les États-Unis avaient lancé la **renégociation de l'ALENA** en août 2017. Après un cycle de discussions en juillet 2018, le Canada s'était mis en retrait afin de laisser ses partenaires régler quelques **différences bilatérales**, ou peut-être l'avaient-ils écarté. Après que le **Mexique et les États-Unis aient annoncé avoir trouvé un accord bilatéral** le 27 août 2018, le Canada avait repris les négociations avec les États-Unis.

Si les protections offertes aux investisseurs au titre du **Chapitre 14** de l'USMCA sont similaires à celles contenues dans le **CPTPP**, la clause RDIE est plus limitée. Les investisseurs peuvent en effet présenter des recours portant uniquement sur les clauses relatives au traitement national et NPF post-établissement, ou à l'expropriation indirecte. Avant de lancer un arbitrage, les investisseurs étrangers sont tenus d'épuiser les voies de recours nationales de l'État hôte ou d'exercer ces recours pendant au moins 30 mois.

L'annexe 14-D, qui contient la clause RDIE, intitulée « Différends Mexique-États-Unis en matière d'investissements », indique que le mécanisme ne s'applique pas aux demandeurs canadiens ou au Canada en tant qu'État défendeur.

Les investissements réalisés entre l'entrée en vigueur de l'ALENA (le 1er janvier 1994) et sa résiliation, et valables au moment de l'entrée en vigueur de l'USMCA, sont définis comme des « investissements existants ». Au titre de l'annexe 14-C, les investisseurs des trois États parties à l'USMCA peuvent présenter des recours au titre de l'ALENA portant sur des investissements existants dans les trois années suivant

la résiliation de l'ALENA. Cette période de trois ans n'affecte pas les procédures en cours ou les recours lancés au titre des investissements existants.

Les différends RDIE Canada-Mexique seront toujours possibles au titre du **CPTPP** une fois son entrée en vigueur. Toutefois, après la période de trois ans offerte aux recours portant sur les investissements existants, il n'existera plus de traité pouvant appuyer le RDIE entre le Canada et les États-Unis.

Au titre de l'annexe 14-E, les recours RDIE Mexique-États-Unis sont également ouverts aux investisseurs dans certains secteurs ayant conclu un contrat avec leur gouvernement d'accueil. Ces secteurs incluent le pétrole et le gaz, la production d'électricité, les télécommunications, ainsi que les transports et infrastructures. Pour ces secteurs, les investisseurs peuvent présenter des recours fondés sur la plupart des protections de l'investisseur au titre de l'USMCA, sans être tenus d'épuiser d'abord les voies de recours internes.

En plus de couvrir l'investissement, l'accord contient 33 autres chapitres, incluant des disciplines sur le commerce des marchandises et services, l'agriculture, les règles d'origine, les marchés publics, les services financiers, les télécommunications, la propriété intellectuelle, la politique en matière de concurrence, le droit du travail et l'environnement, entre autres.

D'après le **secrétaire mexicain à l'Économie, Ildefonso Guajardo Villareal**, l'USMCA pourrait être signé par les présidents du Canada, du Mexique et des États-Unis lors du sommet du G20 prévu fin novembre à Buenos Aires. Les trois États parties devront alors ratifier l'accord pour qu'il entre en vigueur et remplace l'ALENA.

Le Groupe de travail III de la CNUDCI poursuit ses débats sur une éventuelle réforme multilatérale du RDIE

Le Groupe de travail III de la CNUDCI devrait reprendre les discussions sur **une éventuelle réforme du RDIE** lors de sa 36^{ème} session, prévue du 29 octobre au 2 novembre 2018 à Vienne. À cette occasion, les États membres de la CNUDCI commenceront à identifier et examiner les domaines où une réforme multilatérale du RDIE est à leur sens souhaitable. De plus amples informations ainsi que les documents examinés lors de la session sont disponibles sur **le site internet du groupe de travail**.



Le gouvernement canadien lance des consultations sur les Accords canadiens de promotion et de protection de l'investissement étranger (APPI), ouverte jusqu'au 28 octobre 2018

Jim Carr, le ministre canadien de la Diversification du commerce international, a [annoncé](#) le 14 août 2018 le lancement de consultations publiques portant sur les TBI du Canada, appelés Accords de promotion et de protection de l'investissement étranger (APPI). Elles sont l'occasion pour les canadiens de donner leur avis sur les règles et institutions soutenant le commerce et le régime international des investissements.

Dans le cadre des consultations, le gouvernement pose six questions générales. Les quatre premières mettent l'accent sur la manière dont les APPI promeuvent au mieux les intérêts des petites et moyennes entreprises (PME) canadiennes, promeuvent l'égalité hommes-femmes et l'émancipation économique des femmes, reflètent les intérêts des entreprises et peuples autochtones, et promeuvent et renforcent le concept d'entreprise socialement responsable. La cinquième question examine la manière de rendre les mécanismes RDIE plus justes et transparents. La sixième et dernière question invite les sondés à donner leur avis sur les bénéfices et inconvénients des APPI et à expliquer si d'autres mécanismes pourraient adéquatement protéger les intérêts des investisseurs canadiens à l'étranger.

Le gouvernement canadien encourage tous les citoyens à prendre part aux consultations. [La plateforme de consultation en ligne](#) est ouverte jusqu'au 28 octobre 2018.

Le Groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme tient sa 4^{ème} session du 15 au 19 octobre 2018

La quatrième session du Groupe de travail intergouvernemental sur les entreprises transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme aura lieu du 15 au 19 octobre 2018 dans la salle XX du Palais de Nations, à Genève.

Au cours de cette session, le groupe de travail abordera l'avant-projet d'un « instrument juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises », ainsi que l'avant-projet de protocole

facultatif. D'autres informations, ainsi que l'avant-projet sont disponibles sur le [site Internet du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies](#).

Dans une [lettre ouverte](#) datée du 1^{er} octobre 2018, plus de 150 chercheurs et experts du domaine du droit public international, du droit des droits humains, des entreprises et des droits humains, et du droit économique international « pris instamment tous les États à participer de manière constructive et de bonne foi au processus de négociation d'un instrument international juridiquement contraignant ». La lettre restera [ouverte pour signature](#) jusqu'au terme de la quatrième session du groupe de travail, le 19 octobre 2018.

Plus de 300 législateurs américains soutiennent activement les efforts du représentant américain au commerce visant à supprimer le RDIE de l'ALENA

Dans une lettre du 12 septembre 2018, [312 législateurs](#) – démocrates et républicains – de 50 États américains annoncèrent « soutenir activement » les efforts du représentant américain au commerce (USTR) Robert Lighthizer visant à [supprimer le RDIE de l'ALENA](#). À l'inverse, une lettre de mai 2018 [en faveur du RDIE dans l'ALENA](#) n'avait récolté que 12 signatures parmi les législateurs.

Le RDIE attire un large soutien parmi les républicains siégeant au congrès des États-Unis. Un groupe de 103 sénateurs et représentants républicains avaient signé [une lettre le 20 mars 2018](#), appelant Lighthizer à conserver le RDIE dans l'ALENA. Les législateurs y indiquaient que l'exclusion pure et simple du RDIE, ou un [système à choix](#) dans un ALENA renégocié « remettrait en cause le soutien des républicains » à l'accord.

Les textes publiés révèlent des modifications mineures de la clause RDIE dans l'ALE États-Unis-Corée du Sud

Les États-Unis et la Corée du Sud ont renégocié les dispositions relatives à l'investissement contenues dans leur ALE (ALE KORUS). [D'après les textes publiés le 3 septembre 2018](#) par le gouvernement coréen, l'accord révisé inclut des modifications mineures au mécanisme du RDIE, et de nouvelles clauses visant à prévenir le recours abusif d'entreprises multinationales à l'arbitrage international, et à préserver le droit des États de régler.



Réduction du champ d'application du RDIE dans le RCEP ; les partenaires aux négociations visent toujours la fin 2018

Lors d'un cycle de négociations du RCEP à Singapour organisé fin août 2018, la plupart des partenaires aux négociations se seraient mis d'accord pour réduire le champ d'application de la clause RDIE.

Un haut-fonctionnaire a indiqué que le RDIE ne s'appliquerait pas aux recours NPF ; aussi, divers membres du RCEP pourraient fonctionner sous divers régimes de règlement des différends. L'Inde aurait aussi obtenu l'engagement que les différends relatifs à l'interdiction des prescriptions de résultats seraient exclus de la portée du RDIE. L'accord, impliquant 16 pays, devrait être parachevé d'ici à la fin 2018.

Le parti travailliste australien cesse de s'opposer au CPTPP, et promet d'éliminer le RDIE au niveau bilatéral

Le 10 septembre 2018, le parti travailliste australien (les travaillistes) a abandonné son opposition de longue-date au CPTPP, ouvrant ainsi la voie de l'accord au sénat. Les verts australiens et l'alliance du centre ont fortement critiqué ce revirement, accusant les travaillistes de s'être vendus. Les représentants syndicaux – notamment le conseil australien des syndicats, le syndicat des ouvriers manufacturiers et le syndicat des électriciens – se sont également sentis trahis par le parti.

Dans une déclaration devant la Chambre des représentants, le porte-parole des travaillistes, Jason Clare, a souligné que le parti « n'est pas en faveur de l'inclusion de dispositions RDIE dans les accords commerciaux » tout en rappelant que le CPTPP n'offrait le RDIE qu'au Canada. L'Australie dispose déjà d'accords bilatéraux incluant le RDIE avec les autres partenaires au CPTPP. Si les travaillistes remportent les prochaines élections, Clare s'est engagé à négocier avec le Canada pour éliminer le RDIE entre les deux pays, comme l'a fait la Nouvelle-Zélande.

La déclaration de Clare indique également que selon les travaillistes, « la manière dont l'Australie négocie ses accords commerciaux doit changer ». Il a ajouté que si un gouvernement travailliste était élu, il « chercherait à éliminer les dispositions RDIE des accords de libre-échange existants et à légiférer afin qu'aucun gouvernement australien futur ne puisse signer d'accords contenant de telles dispositions ».



SENTENCES ET DÉCISIONS

Un tribunal du CIRDI estime que la Croatie a violé ses obligations en matière d'expropriation au titre du TBI Autriche-Croatie

Georg Gavrilović et Gavrilović D.O.O. c. la République de Croatie, Affaire CIRDI n° ARB/12/39

Kirrin Hough

Dans une décision du 26 juillet 2018, un tribunal du CIRDI a rendu ses conclusions sur les recours présentés contre la Croatie par Georg Gavrilović, un ressortissant autrichien, et Gavrilović d.o.o., une entreprise enregistrée au titre du droit croate. Le tribunal y affirme l'expropriation directe au titre du TBI Autriche-Croatie, et accorde au demandeur environ 3 millions € à titre d'indemnisation, mais rejette les recours restants.

Les faits et les recours

Lorsque la république communiste de Yougoslavie a été créée après la Seconde Guerre mondiale, l'entreprise de viande de la famille de Georg Gavrilović passa sous un régime de propriété sociale. Entre l'effondrement de la Yougoslavie en 1989 et la guerre d'indépendance croate en 1991, l'entreprise repassa sous propriété privée, comprenant une société de portefeuille et neuf entreprises à responsabilité limitée.

Cinq des neuf entreprises furent placées en faillite. Le tribunal des faillites autorisa la vente de ces cinq entreprises par le biais d'un appel d'offre public, et M. Gavrilović présenta l'unique offre en novembre 1991. Le liquidateur et M. Gavrilović conclurent un accord d'achat, qui prévoyait l'acquisition des cinq entreprises ainsi que de leurs actifs, sans toutefois préciser la nature de ces actifs.

Selon les demandeurs, l'accord d'achat confirmait les droits de M. Gavrilović en tant que propriétaire des cinq entreprises (conjointement appelées Gavrilović d.o.o., à savoir l'autre demandeur de l'arbitrage). Toutefois, la Croatie affirmait que M. Gavrilović avait frauduleusement mis en faillite les entreprises pour pouvoir les racheter.

Défendant la légitimité de l'acquisition, les demandeurs arguaient que la Croatie avait sapé l'investissement de M. Gavrilović, ne l'avait pas protégé ou promu, et l'avait finalement exproprié.

Le tribunal a compétence sur le différend ; les recours sont jugés recevables

La Croatie argua que le tribunal n'avait pas compétence sur les recours puisque le pays n'avait pas consenti à l'arbitrage au regard de l'orchestration par M. Gavrilović de la mise en faillite, en violation du droit croate. Toutefois, le tribunal détermina que c'était en fait le tribunal des faillites – un organe d'État – qui avait orchestré la mise en faillite suite à un *quid pro quo* lié à l'aide apportée par M. Gavrilović dans la contrebande de devises en soutien de la guerre d'indépendance croate.

La Croatie argua également que l'investissement était devenu illégal, et donc que les recours étaient irrecevables. Le tribunal détermina toutefois que la Croatie n'avait pas démontré les irrégularités alléguées. En outre, le tribunal estima que même si c'était le tribunal commercial régional de Zagreb qui avait compétence sur les différends découlant de l'accord d'achat au titre de celui-ci, la clause parapluie du TBI rendait les recours recevables.

La Croatie viole ses obligations en matière d'expropriation directe

Les demandeurs alléguèrent que la Croatie avait exproprié, de manière directe et abusive, la propriété réelle de Gavrilović d.o.o. en indiquant que l'État en était le propriétaire, en violation de l'article 4(1) du TBI. Les terrains avaient été enregistrés par l'État au titre de l'article 362(3) de la loi sur la propriété qui transférait à la Croatie tous les droits de propriété sociale lorsque la propriété de ce terrain n'avait pas encore été déterminée ; toute personne affirmant le contraire avait la charge de la preuve. Le tribunal détermina que cette disposition de la loi sur la propriété était discriminatoire dans la mesure où l'affirmation de sa propriété par la Croatie ne pouvait être renversée sans action supplémentaire de la part des demandeurs, par exemple par le biais des tribunaux nationaux. Aussi, il estima que la Croatie avait utilisé cette disposition de manière expropriatoire.

Les demandeurs arguèrent également que la Croatie avait indirectement exproprié le terrain de Gavrilović d.o.o. en l'empêchant d'en enregistrer son droit de propriété sur ce terrain. Toutefois, le tribunal remarqua que les demandeurs n'avaient jamais tenté d'enregistrer le droit de propriété et ne pouvaient donc alléguer de manière convaincante qu'ils en avaient été empêchés. Le tribunal rejeta également l'argument des demandeurs selon lequel la Croatie avait exproprié les droits contractuels de M. Gavrilović.



au titre de l'accord d'achat, puisqu'il n'existait pas de droits contractuels pertinents pouvant être expropriés.

Le tribunal rejette le recours au titre du TJE

Le reste de l'analyse du tribunal portait sur les terrains restants et pour lesquels les demandeurs n'avaient pas encore démontré de violation du TBI. Dans son analyse et citant *Tecmed c. le Mexique* et *El Paso c. l'Argentine*, le tribunal détermina que la violation des attentes légitimes et raisonnables d'un investisseur pouvait donner lieu à une violation de la norme TJE. Il estima finalement qu'il ne pouvait y avoir d'attentes légitimes vis-à-vis de propriété n'appartenant pas aux demandeurs ou pour laquelle ils n'ont pas de droits contractuels.

Ensuite, le tribunal examina si les demandeurs avaient une attente légitime que Gavrilović d.o.o. serait en mesure d'enregistrer son droit de propriété sur les terrains. La Croatie arguait que ni l'accord d'achat (qui ne spécifiait pas quels actifs devaient être vendus avec les entreprises) ni aucun autre document ou relevé ne donnait aux demandeurs d'attente légitimes quant au titre ou à la capacité d'enregistrer les propriétés réclamées.

Finalement, le tribunal détermina que puisque les demandeurs n'avaient pas démontré que la Croatie avait donné des représentations ou garanties selon lesquelles les demandeurs pourraient acquérir les droits de toutes les propriétés réclamées, M. Gavrilović ne pouvait avoir légitimement ou raisonnablement cru qu'il pourrait enregistrer son droit de propriété sur l'ensemble. Cependant, le tribunal estima que M. Gavrilović avait une attente légitime et raisonnable selon laquelle il disposait d'un titre enregistrable sur le terrain qu'il pouvait démontrer la propriété.

Les demandeurs arguèrent que la tentative d'annulation du contrat d'achat par l'État, l'enquête criminelle portant sur les agissements de M. Gavrilović ainsi que la campagne publique contre lui en résultant rendaient très improbable la vente ou la mise en hypothèque des actifs immobiliers en l'absence d'autres documents fournis par la Croatie, en violation des attentes légitimes des demandeurs. Ils arguèrent également qu'on les avait empêchés d'enregistrer et d'améliorer les propriétés et que la Croatie avait vendu la propriété des demandeurs sur la base de la demande en annulation en cours. Toutefois, le tribunal estima que les dommages allégués étaient trop hypothétiques et qu'il n'existait pas de lien causal entre l'enquête criminelle et l'incapacité des demandeurs à enregistrer la propriété ou obtenir un financement.

The tribunal considered additional FET claims, but ultimately found no breach. It also indicated that the

claimants had not argued or shown that Croatia had violated domestic law, domestic procedure or domestic notions of due process as part of their FET claims.

Le tribunal examina les recours TJE supplémentaires, mais détermina qu'il n'y avait pas de violation. Il indiqua également que les demandeurs n'avaient pas argué ou démontré, dans le cadre de leurs recours TJE, que la Croatie avait violé les concepts de diligence raisonnable inclus dans son droit national, ses procédures nationales ou autres.

Le tribunal rejette les recours fondés sur la clause parapluie et le traitement national

Les demandeurs arguaient qu'au titre de la clause parapluie du TBI, la Croatie était tenue par les termes de l'accord d'achat qu'elle n'avait pas respecté, violant ainsi la clause parapluie. Toutefois, le tribunal détermina que l'accord d'achat avait été conclu entre M. Gavrilović et les cinq entreprises en faillite représentées par le liquidateur ; la Croatie n'était pas partie à l'accord et n'avait donc aucune responsabilité envers les demandeurs à son titre (para. 1159).

De plus, les demandeurs alléguèrent, au titre de la clause nationale de traitement de l'article 3(1) du TBI, qu'ils avaient été traités moins favorablement qu'un ressortissant croate, Davor Imprić, qui avait acquis et enregistré un lot provenant de l'une des propriétés Gavrilović en faillite. Le tribunal décida au final de rejeter ce recours. Il considéra que les demandeurs et M. Imprić n'étaient pas dans des circonstances similaires, puisque M. Imprić avait acquis et revendiqué la propriété d'un seul site sur les neuf, tandis que les demandeurs en revendiquaient beaucoup ; les termes des accords d'achat respectifs différaient ; les demandeurs n'avaient pas produit de titre enregistrable pour toutes les propriétés revendiquées ; et les demandeurs n'avaient pas réussi à démontrer leurs droits de propriété sur les terrains. Pour toutes ces raisons, le tribunal rejeta le recours pour violation du traitement national.

Les dommages

Après avoir déterminé que la Croatie avait directement exproprié les terrains saisis, en violation de l'article 4(1) du TBI, le tribunal accorda à Gavrilović d.o.o. 9 699 463,73 HRK et 1 658 960,49 EUR en dommages, plus intérêts composés. La Croatie fut également condamnée à payer 30 pour cents plus intérêts des frais et dépenses juridiques des demandeurs, et 30 pour cents des coûts de l'arbitrage, plus intérêts.

Remarques : le tribunal était composé de Michael Pryles (président nommé par les parties, de nationalité



australienne), de Stanimir Alexandrov (nommé par les demandeurs, de nationalité bulgare) 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/italaw9887.pdf>

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

La décision d'un tribunal du CIRDI reconnaît l'Espagne coupable de violation du Traité sur la Charte de l'énergie

Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. et Antin Energia Termosolar B.V. c. le Royaume d'Espagne, Affaire CIRDI n° ARB/13/31

Trishna Menon

Dans une décision finale datée du 15 juin 2018, un tribunal du CIRDI a estimé que l'Espagne avait violé la norme TJE au titre de l'article 10(1) du TCE, dans une affaire lancée par Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. et Antin Energia Termosolar B.V. (conjointement, Antin), des entreprises enregistrées au Luxembourg et aux Pays-Bas, respectivement.

Le contexte et les recours

L'une des politiques de l'Espagne visant à stimuler l'investissement dans le secteur des énergies renouvelables était le Décret royal 661 de 2007 (RD 661/2007), au titre duquel les producteurs d'énergie renouvelable pouvaient bénéficier d'une prime fixée par le gouvernement au-dessus du prix du marché de gros. Les producteurs étaient rémunérés sur la base d'un tarif de rachat garanti pour toute la durée de vie de l'installation.

Sur la base du RD661/2007, Antin investit en 2011 en acquérant des participations dans deux centrales solaires thermodynamiques opérationnelles (les entreprises Andasol) situées à Grenade, dans le sud de l'Espagne. Antin affirmait que le régime réglementaire avait considérablement changé depuis qu'elle avait réalisé son investissement – notamment compte tenu du nouveau régime, créé par la loi 15/2012 du 28 décembre 2012, qui excluait effectivement les entreprises Andasol de l'application du RD661/2007, y compris du droit à recevoir un tarif de rachat garanti, et créait une taxe sur la valeur de l'énergie électrique produite (TVPEE).

Les demandeurs arguèrent que ces changements avaient eu des effets négatifs très importants sur les entreprises Andasol, et donc sur leurs investissements. Selon le rapport d'expert présenté par les demandeurs, le montant des primes à percevoir au titre du RD661/2007 était bien supérieur aux paiements spéciaux offerts au titre du nouveau régime. En outre, d'après les demandeurs, leur capacité de gérer librement leurs flux de trésorerie et de capitaux propres avait également été drastiquement réduite.

Antin lança un arbitrage pour obtenir une déclaration selon laquelle l'Espagne avait violé la norme TJE au titre de l'article 10(1) du TCE, ainsi que la restitution intégrale par le rétablissement de la situation précédant la violation supposée par l'Espagne du TCE, et l'indemnisation de toutes les pertes subies avant la restitution suite aux violations supposées du traité par l'Espagne.

Le tribunal reconnaît sa compétence sur le différend

L'Espagne s'opposa à la compétence personnelle (*ratione personae*) du tribunal au motif que, puisque les demandeurs étaient ressortissants d'un État membre de l'UE et que le défendeur était un État membre de l'Union, les demandeurs n'étaient pas des investisseurs « d'une autre partie contractante » au titre de l'article 26(1) du TCE. L'Espagne considérait que le contexte du TCE devait entraîner l'exclusion des différends investisseur-État intra-européens au titre du TCE. Toutefois, le tribunal nota que l'Espagne avait déjà présenté cette objection en tant que défendeur dans les affaires Charanne, Isolux et Eiser, qui avait été rejetée à chaque fois.

L'Espagne argua également que le tribunal n'avait pas compétence matérielle (*ratione materiae*) puisque les demandeurs ne détenaient ni ne contrôlaient, directement ou indirectement, les actifs identifiés par eux comme étant leur investissement, et n'avaient donc pas d'investissement protégé au titre de l'article 1(6) du TCE. Le tribunal remarqua que la formulation de l'article 1(6) du TCE impliquait que l'investissement devait être soit détenu soit contrôlé par l'investisseur, directement ou indirectement, mais que le texte et le contexte du TCE ne mentionnait nullement que seul le propriétaire ou bénéficiaire réel ou final pouvait présenter des recours à l'arbitrage, comme l'affirmait l'Espagne. Aussi, le tribunal rejeta également cette objection.

La troisième objection était que le tribunal n'avait pas la compétence matérielle (*ratione materiae*) pour entendre les recours portant sur la taxe sur la valeur



de l'électricité produite, introduite par la loi 15/2012 (TVPEE), puisque l'Espagne n'avait pas donné son consentement à l'arbitrage des différends portant sur la violation alléguée de l'article 10(1) du TCE relatif aux mesures fiscales, grâce à l'exemption contenue à l'article 21 du TCE. Le tribunal considéra que la TVPEE avait une finalité publique générale, et ne visait pas spécifiquement à détruire l'investissement d'Antin. Aussi, il admit l'objection de l'Espagne à la compétence s'agissant de la TVPEE.

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

Antin argua qu'elle avait investi en Espagne en s'appuyant sur le régime créé par le RD661/2007, conçu pour attirer l'investissement étranger. En particulier, les demandeurs arguaient s'attendre légitimement à profiter du tarif de rachat garanti pendant toute la durée de vie opérationnelle des centrales, puisque celles-ci respectaient les critères d'éligibilité et qu'ils s'étaient appuyés sur une offre de l'Espagne garantie par décret royal.

En particulier, Antin alléguait que l'Espagne avait frustré ses attentes légitimes, entre autres, en supprimant le tarif de rachat garanti pour l'électricité produite à partir de gaz naturel, en introduisant la TVPEE – coupe déguisée et injustifiée au tarif de rachat garanti, en éliminant entièrement le régime économique au titre du RD661/2007 et en introduisant un régime largement moins favorable sans le tarif de rachat garanti.

Le tribunal conclut que l'obligation TJE au titre de l'article 10(1) du TCE comprenait une obligation d'accorder une stabilité fondamentale des caractéristiques essentielles du régime juridique sur lequel s'appuient les investisseurs à l'heure de réaliser des investissements à long-terme. Toutefois, il se rangea du côté de l'Espagne et estima que cela ne signifiait pas qu'un investisseur puisse avoir une attente légitime que le cadre juridique n'évolue pas ou qu'un État partie au TCE soit entravé dans l'exercice de ses pouvoirs réglementaires et dans l'adaptation du régime au changement de circonstances dans l'intérêt public. Au contraire, selon le tribunal, cela signifie que les attentes légitimes d'un investisseur peuvent être contrecarrées si l'État hôte supprime les caractéristiques essentielles du cadre réglementaire sur lequel s'est appuyé l'investisseur pour faire son investissement à long-terme.

En conclusion, le tribunal estima que le déficit tarifaire auquel l'Espagne a fait face ne justifiait pas la suppression des caractéristiques essentielles du régime instauré au titre du RD661/2007 et son remplacement

par un régime complètement nouveau, assorti de critères inidentifiables. Selon le tribunal, cela équivalait à une violation des attentes légitimes de l'investisseur et de la norme TJE.

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. L'Espagne plaida pour une méthode fondée sur les actifs et s'opposa à la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie (DCF) telle que proposée par Antin, qui était selon elle, spéculative. Le tribunal divergea, considérant que la prétendue imprévisibilité de la méthode DCF était fondamentalement liée à l'imprévisibilité du régime juridique de l'Espagne, et décida d'appliquer cette méthode. Il condamna l'Espagne à verser à Antin 112 million € à titre d'indemnisation pour la violation du TJE, assortis d'intérêts pré- et post-décision de 2,07 pour cents, composés mensuellement.

Remarques : le tribunal était composé d'Eduardo Zuleta Jaramillo (Président, nommé par le président du Conseil administrative du CIRDI, de nationalité colombienne), de Francisco Orrego Vicuña (nommé par les demandeurs, de nationalité chilienne) 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/italaw9875.pdf>.

Trishna Menon est associée chez Clarus Law Associates, à New Delhi, en Inde.

Un investisseur chypriote se voit accorder 18 millions d'euros pour expropriation et violation du traitement national et du TJE

Olin Holdings Limited c. l'État de Libye, Affaire CCI n° 20355/MCP

Pietro Benedetti Teixeira Webber

Dans un arbitrage lancé par l'entreprise chypriote Olin Holdings Limited (Olin), un tribunal de la CCI a estimé que la Libye avait violé ses obligations d'accorder un TJE à l'investisseur et de traiter l'investissement d'Olin de manière non moins favorable que les investissements nationaux libyens. En outre, le tribunal détermina que la Libye avait abusivement exproprié les investissements d'Olin. Il a rendu sa décision le 25 mai 2018.



Le contexte et les recours

Dans les années 1990, la Libye a lancé une série de réformes dans le but d'encourager les investissements étrangers. Dans ce contexte, Olin décida d'investir dans une usine de produits laitiers et de jus de fruit à Tripoli. Vers la fin de 2006, lorsque l'usine d'Olin était construite et prête à démarrer la production, l'entreprise reçut un ordre d'expulsion (l'ordre d'expropriation) l'informant qu'elle avait été dépossédée de son usine et lui ordonnant de libérer la propriété sous trois jours.

Peu après l'émission de l'ordre d'expropriation et conformément à celui-ci, l'armée libyenne détruisit plusieurs bâtiments autour de l'usine. Bien que deux concurrents libyens opérant dans le même secteur aient été formellement exempts de l'ordre d'expropriation, le gouvernement libyen refusa d'en exempter Olin. Cette dernière lança une procédure auprès des tribunaux libyens, et l'ordre d'expropriation fut annulé en 2010. Toutefois, en février 2011, une période de révolution commença et les tribunaux libyens décidèrent de réouvrir la procédure. En 2014, ils conclurent qu'Olin n'avait pas réussi à démontrer les pertes qu'elle avait subies. Olin mit terme à toutes ses opérations dans l'usine en octobre 2015.

Olin lança un arbitrage auprès de la CCI en juillet 2014, demandant au tribunal de déclarer la Libye en violation de l'article 7 du TBI Chypre-Libye (le TBI) relatif à l'expropriation, de la clause de traitement national (art. 3 du TBI) et des normes TJE et relative à la protection et la sécurité intégrales (PSI) (art. 2(2) du TBI). Olin demandait également une indemnisation pour ses pertes subies et gains manqués.

La Libye a ignoré les critères d'une expropriation légale

Les arbitres commencèrent par analyser les articles 7(1) du TBI et 23 de la loi libyenne sur l'investissement, qui précisent les critères d'une expropriation licite : (i) l'intérêt public, (ii) l'application régulière de la loi, (iii) une base non-discriminatoire ; et (iv) une indemnisation prompte, adéquate et effective. Le tribunal conclut que l'ordre d'expropriation ne satisfaisait pas à ces critères.

D'emblée, le tribunal détermina les entités qui avaient été affectées par l'ordre d'expropriation. Bien que le site d'implantation de l'usine d'Olin appartenait à un ressortissant libyen, « l'ordre d'expropriation incluait nécessairement l'expropriation de tous les bâtiments implantés sur le site en question » (para. 156). Faisant référence à l'affaire *Sd Myers c. le Canada*, le tribunal considéra que cette mesure de l'État avait un effet équivalant à une expropriation.

S'agissant du premier critère, l'intérêt public, les arbitres conclurent que les parties au différend « n'avaient pas produit suffisamment de preuves leur permettant de tirer une conclusion probante » (para. 169). Malgré tout, le tribunal considéra que l'ordre d'expropriation était abusif puisqu'il ne procédait pas de l'application régulière de la loi. Puisqu'il s'agissait d'une résolution administrative, le tribunal estima qu'il ne remplissait pas le critère pour être considéré comme une loi ou une décision d'un tribunal. En outre, le tribunal considéra que l'ordre d'expulsion était discriminatoire, et que la Libye avait manqué à son obligation d'accorder une indemnisation prompte et effective.

La Libye viole son obligation de traitement national

Olin alléguait que la Libye lui avait accordé un traitement moins favorable qu'aux investisseurs libyens, en violation de l'article 3 du TBI. Examinant les normes mises en avant dans l'affaire *Total c. l'Argentine*, le tribunal établit qu'« un traitement discriminatoire pouvait être démontré si l'investisseur prouvait que l'État avait traité différemment les personnes dans une situation similaire » (para. 202). Pour le déterminer, le tribunal examina si : (a) Olin et les investisseurs nationaux étaient dans une situation similaire ; (b) si la Libye avait traité Olin de manière moins favorable que les investisseurs nationaux ; et (c) si la discrimination alléguée était justifiée.

D'abord, les arbitres considèrent qu'Olin et les investisseurs nationaux étaient dans la même situation, puisque les entreprises opéraient dans le même secteur et qu'elles étaient situées proches les unes des autres dans la même zone industrielle. Ensuite, la Libye avait expressément exempté les investisseurs nationaux de la démolition et les avait autorisés à rester sur le site de manière permanente, tandis qu'Olin avait fait face à 4 ans et demi d'incertitude jusqu'à ce que les tribunaux libyens n'annulent l'ordre d'expropriation. Ensuite, le tribunal estima que la Libye n'avait pas démontré que la différence de traitement se justifiait. Aussi, il confirma le recours d'Olin fondé sur le traitement national.

La Libye n'a pas accordé un TJE à Olin et violé la clause d'entrave

Le tribunal considéra que l'obligation TJE incluait « le respect de la capacité de l'investisseur à gérer son investissement avec un degré minimal de certitude quant à son avenir, et à mettre en œuvre les décisions commerciales fondamentales sans entraves » (para. 311). Il conclut que l'émission de l'ordre d'expropriation avait frustré les attentes légitimes d'Olin, puisque la Libye avait empêché Olin de gérer son usine dans des circonstances commerciales normales.



Selon le tribunal, la Libye avait violé son obligation TJE du fait du manque de transparence dans l'expropriation du site sur lequel se trouvait l'usine d'Olin, ainsi qu'en prenant une série de mesures liées à l'importation d'une nouvelle ligne de production et au rapatriement des bénéfices d'Olin. Il considéra toutefois qu'Olin n'avait pas satisfait la charge de la preuve et « le seuil relativement élevé » (para. 353) de la preuve du déni de justice.

En outre, les arbitres estimèrent que la clause d'entrave intégrée à l'article 2(2) du TBI était violée si la Libye avait « entravé la gestion, la maintenance, l'usage, la jouissance et l'expansion de l'investissement du demandeur » (para. 374) par le biais de mesures déraisonnables ou discriminatoires. Aussi, le tribunal conclut que les actions de la Libye avaient négativement affecté l'investissement d'Olin, en violation de la clause d'entrave.

La Libye n'a pas violé la norme relative à la protection et la sécurité intégrales

S'agissant de l'article 2(2) du TBI, le tribunal arbitral conclut également que la Libye n'avait pas d'obligation de « garantir un climat de protection et de sécurité » (para. 362). Le tribunal se référa à l'affaire *Saluka c. la République tchèque* et conclut qu'il n'y avait pas eu usage de la force ni atteinte à l'intégrité physique. Aussi, bien que l'usine d'Olin avait dû réduire sa cadence, les arbitres affirmèrent qu'il n'y avait pas de preuves permettant de conclure que la Libye avait violé la norme PSI.

Le demandeur se voit accorder 18 millions EUR en indemnisation de ses pertes subies

Le tribunal décida qu'Olin avait droit à l'indemnisation totale des pertes qu'elle avait subi. Considérant qu'Olin n'avait pas satisfait la preuve de la charge quant au montant de ses gains manqués, les arbitres décidèrent qu'elle ne devait être indemnisée que pour les pertes passées. Celles-ci furent évaluées grâce à la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie (DCF).

La décision et les coûts

Le tribunal conclut que la Libye avait violé les articles 2(2), 3 et 7 du TBI et ordonna à l'État de verser à Olin 18 225 000 EUR en indemnisation de ses pertes passées, assortis d'un intérêt simple de 5 pour cents par an. S'agissant des frais et dépenses juridiques, le tribunal décida que la Libye devait rembourser 75 pour cents des frais d'Olin, à hauteur de 1 069 687 EUR. De plus, la Libye fut condamnée à payer 773 000 USD en frais d'arbitrage.

Remarques : le tribunal arbitral était composé de Nayla Comair-Obeid (arbitre présidente nommée par la Cour

d'arbitrage international de la CCI, de nationalité franco-libanaise), de Roland Ziadé (nommé par le demandeur, de nationalité franco-libano-équatorienne) et d'Ibrahim Fadlallah (nommé par le défendeur, de nationalité franco-libanaise). La décision finale est disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9766_0.pdf

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

La République tchèque repousse un autre recours portant sur son mécanisme relatif aux énergies renouvelables

Antaris Solar GmbH et Dr. Michael Göde c. la République tchèque, Affaire CPA n° 2014-01

Joseph Paguio

Dans une décision du 2 mai 2018, un tribunal constitué sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage rejetait les recours d'investisseurs allemands dans le secteur des énergies renouvelables relatifs à la violation de la protection et la sécurité intégrales (PSI) et du TJE au titre du TCE et du TBI Allemagne-Tchécoslovaquie de 1992.

Le contexte et les recours

Entrée en vigueur le 1er août 2005, la loi tchèque 180/2005 (loi de promotion) visait à promouvoir l'usage de systèmes à base d'énergie renouvelable ainsi qu'à accroître la part de l'électricité produite à partir de sources renouvelables. Conformément à la section 6 de cette loi, la République tchèque offrait aux investisseurs un tarif minimum de rachat garanti pour les sources d'énergie renouvelable pendant 15 ans à partir de la date de mise en service des dites sources. Plus tard, l'office tchèque pour l'énergie renouvelable (ERO) porta cette période à 20 ans.

Après l'entrée en vigueur de la loi, l'ERO réalisa, à l'étranger et dans le pays, des exposés garantissant les prix minimums fixés par la loi pour 15 (puis 20) ans.

Dans les années suivantes, compte tenu de la popularité du programme ainsi que des coûts à la baisse de la production photovoltaïque, les représentants tchèques craignirent une augmentation des coûts de l'électricité pour les ménages et les entreprises. Aussi, le 14 décembre 2010, la Tchéquie promulga la loi 402/2010



qui imposait une taxe de 26 pour cents sur les tarifs de rachat garantis et de 28 pour cents sur les subventions vertes. Le 1er janvier 2011, la loi 330/2010 mit un terme à toutes les mesures incitatives liées aux centrales photovoltaïques générant plus de 30 kWc mises en service après le 1er mars 2011.

Le 8 mai 2013, Antaris Solar GmbH et Dr. Michael Göde, ainsi que huit autres demandeurs, lancèrent un arbitrage contre la Tchéquie. Ils arguaient que le pays avait violé ses obligations tant au titre du TCE que du TBI en faisant marche arrière sur les mesures économiques incitatives prévues à l'origine dans le but d'attirer les investisseurs dans le secteur de la génération d'électricité photovoltaïque.

Le tribunal rejette l'objection à la compétence fondée sur l'exemption fiscale du TCE

La Tchéquie argua que le tribunal n'avait pas compétence sur les recours des demandeurs présentés au titre du TCE car la taxe sur l'énergie solaire et les amendements successifs à la loi de promotion étaient des mesures fiscales au titre du droit tchèque, et en tant que tel, étaient donc exclues grâce à l'exemption fiscale contenue à l'article 21 du TCE.

Les demandeurs rétorquèrent en invoquant l'article 31(1) de la CVDT et exigèrent du tribunal qu'il interprète les amendements à la loi de promotion de bonne foi et dans le contexte du TCE. Conformément à ce raisonnement, ils affirmaient que la taxe solaire représentait davantage une réduction du tarif de rachat garanti qu'un impôt, son but et objet étant de compenser les paiements effectués sur le budget de l'État au titre du tarif de rachat garanti.

Rejetant l'argument de la Tchéquie, le tribunal estima pertinent que le Tribunal administratif suprême tchèque, la Cour constitutionnelle tchèque et le ministère tchèque des Finances avaient tous trois conclu que la taxe solaire représentait en réalité une réduction du tarif de rachat garanti. Le tribunal affirma que l'exemption fiscale contenue à l'article 21 du TCE ne pouvait être invoquée que pour les mesures fiscales dont l'objectif principal est la collecte de revenus pour l'État, et non pas la réduction des dépenses due par l'État au titre du tarif de rachat garanti.

La République tchèque n'a pas agi de manière arbitraire ou déraisonnée, et n'a pas frustré les attentes légitimes

Reconnaissant l'objet et le but du TCE, la Tchéquie rétorqua que le traité ne visait pas à rendre un cadre juridique immuable, empêchant toute modification

future. Le pays argua que compte tenu du maintien du tarif de rachat garanti pendant toute la durée de vie des projets, de l'existence d'un taux de retour raisonnable et que les amendements avaient été pris dans un objectif public, l'on ne pouvait arguer que ces mesures étaient déraisonnables ou disproportionnées.

Les demandeurs rétorquèrent que la loi de promotion contenait une promesse intrinsèque de stabilité réglementaire et que les investissements qu'ils avaient réalisés par la suite reposaient sur le postulat de stabilité et sur le tarif de rachat minimum garanti pendant 15 (puis 20) ans. Appliquant le test en trois parties élaboré dans le cadre de l'affaire *Micula c. la Roumanie*, ils affirmaient que leurs attentes légitimes avaient été frustrées car (i) il existait une promesse spécifique de stabilité, (ii) cette promesse était essentielle aux investissements de demandeurs et (iii) cette attente était raisonnable.

À l'instar des tribunaux TCE récents appelant à une approche modérée, le tribunal estima que le TCE n'incluait pas d'obligation autonome visant à accorder un cadre juridique stable et prévisible. Le tribunal rejeta également la proposition de l'affaire *Charanne c. l'Espagne* selon laquelle aucune attente légitime ne pouvait survenir sans engagement spécifique. Pour le tribunal, une promesse expresse ou implicite était suffisante pour donner lieu à une attente légitime.

Le tribunal ne douta pas du fait que le principal objectif de la loi de promotion visait à établir un régime sûr, stable et prévisible. Les promesses claires de l'ERO quant au tarif de rachat garanti, ainsi que les déclarations de représentants du gouvernement, en renforçaient l'importance.

Toutefois, le tribunal reprocha aux demandeurs d'être des « investisseurs opportunistes » (para. 431) qui auraient dû savoir que des changements au régime existant étaient imminents. Le tribunal réitéra les déclarations du Premier ministre tchèque, du ministère de l'Industrie et du Commerce et du ministère de l'Environnement ainsi que les articles de presse parlant des changements imminents aux mesures incitatives ainsi que de la controverse politique autour du mécanisme tchèque relatif aux énergies renouvelables. Aussi, selon le tribunal, l'absence de diligence raisonnable des demandeurs rendait irrecevable leur plainte selon laquelle ils avaient été entravés par une conduite arbitraire ou déraisonnable.

À l'heure de déterminer l'existence d'attentes légitimes, il est une fois de plus important de noter que le tribunal affirma qu'il « n'admettait pas que... il existe une obligation autonome d'accorder un cadre



d'investissement stable et prévisible » (para. 365). Il rejeta également l'affirmation de la Tchéquie selon laquelle il faut un engagement spécifique de stabilité pour donner lieu à des attentes légitimes (para. 365). Pourtant, compte tenu que les mesures avaient été prises dans l'objectif public de lutter contre la hausse des coûts pour les consommateurs et contre les superprofits des investisseurs, et de l'absence de diligence raisonnable de la part des demandeurs eux-mêmes, la majorité du tribunal rejeta les recours TJE et pour préjudices causés.

Les coûts

Alors que la Tchéquie l'avait emporté sur le fond, le tribunal décida que les demandeurs payeraient trois-quarts des coûts de l'arbitrage, puisqu'ils avaient eu gain de cause sur la question de l'exemption fiscale.

L'opinion divergente de l'arbitre Gary Born

Suivant de près son opinion divergente dans l'affaire *Wirtgen c. la République tchèque*, Born ne considérait pas que la diligence raisonnable était une condition à la protection fondée sur les traités dans le droit international. Selon lui, la diligence raisonnable entre en jeu si elle avait été, dès le départ, en contradiction avec la compréhension initiale de l'investissement par les demandeurs. Aussi, Born considéra que la formulation de la section 6 de la loi de promotion était claire et accordait une garantie à long-terme d'un tarif de rachat minimum spécifique, et qu'une diligence plus poussée n'aurait pas incité les demandeurs à penser autrement.

En outre, Born critiqua la majorité qui n'avait pas donné effet aux attentes légitimes découlant du cadre réglementaire général. Il répéta à plusieurs reprises l'importance de la nature contraignante de la législation. Selon lui, cette dernière est un moyen à la fois pragmatique et approprié de réglementer la conduite [des acteurs] dans un système économique ; le fait de nier aux « États le pouvoir de donner des garanties contraignantes aux parties, notamment aux investisseurs, par le biais de garanties législatives (ou réglementaires) » équivaudrait à un affront à l'état de droit (opinion divergente, para. 37).

À l'instar de l'affaire *Micula*, le seul point important pour Born consistait à déterminer « si les déclarations et actions de l'État offraient un engagement suffisamment clair quant au traitement futur pour donner naissance à des droits légaux ou à des attentes légitimes de la part de l'investisseur » (opinion divergente, para. 35). Compte tenu de l'existence d'un cadre réglementaire explicite affirmant la stabilité économique, l'opinion divergente était affirmative.

Remarques : le tribunal était composé de Lawrence Antony Collins (président nommé par les co-arbitres, de nationalité britannique), de Gary Born (nommé par les demandeurs, de nationalité étasunienne) et de Peter Tomka (nommé par le défendeur, de nationalité slovaque). La décision est disponible en anglais sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9809.pdf> et l'opinion divergente de Gary Born est disponible en anglais sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9810.pdf>

Joseph Paguio est un juriste canadien basé au Centre d'arbitrage international d'Asie à Kuala Lumpur, en Malaisie. Il est titulaire d'une licence en droit international de l'Université d'Edinburgh.

Un tribunal du CIRDI décide d'indemniser un investisseur suite à la saisie de ses bateaux de production d'électricité, tout en rejetant la demande reconventionnelle du Pakistan

Karkey Karadenize Elektrik Uretim A.S. c. la République islamique du Pakistan, Affaire CIRDI n° ARB/13/1

Amr Arafa Hasaan

Le 22 août 2017, un tribunal du CIRDI a rendu une décision dans l'affaire lancée par l'entreprise turque Karkey Karadenize Elektrik Uretim A.S. (Karkey) contre le Pakistan au titre du TBI Pakistan-Turquie. À l'étape des mesures conservatoires, le tribunal avait ordonné au Pakistan de respecter ses obligations internationales. Au final, le tribunal accorda à Karkey environ 800 millions USD (incluant les intérêts), tout en rejetant la demande reconventionnelle du Pakistan contre Karkey.

Le contexte

Suite à une crise de la production d'électricité au Pakistan, Karkey conclut un contrat en décembre 2008 avec Lakhra Generation Company (Lakhra), une entreprise d'État pakistanaise, pour la réalisation d'un projet de centrales électriques en location. Le contrat fut amendé en avril 2009.

Compte tenu d'allégations de non-conformité du contrat avec des règles pakistanaises relatives aux marchés publics, le président de la Cour suprême pakistanaise entama en septembre 2009 une procédure portant sur



les irrégularités dans l'octroi du contrat. Le 30 mars 2012, Karkey envoya un avis de résiliation du contrat, fondé sur le fait que Lakhra n'avait pas réalisé les paiements auxquels elle était tenue au titre du contrat. Le même jour, la Cour suprême pakistanaise émit une décision selon laquelle le contrat avait été octroyé en violation des règles relatives aux marchés publics et était donc nul ab initio, et ordonna aux autorités compétentes de mener une enquête pour corruption dans l'octroi du contrat. Peu après, le compte bancaire au Pakistan de Karkey fut gelé, et le 3 avril 2012, Karkey fut informée que ses navires n'étaient pas autorisés à quitter le port où ils se trouvaient jusqu'à nouvel ordre.

Karkey adressa un avis de différend au titre du TBI Pakistan-Turquie le 12 mai 2012, et déposa sa demande d'arbitrage le 13 janvier 2013. Elle arguait que le Pakistan avait violé le TBI en expropriant son investissement et en violant son droit de libre transfert de son investissement. Elle présentait en outre d'autres recours fondés sur les clauses NPF, TJE et parapluie. Karkey réclamait des dommages supérieurs à 1,4 milliards USD plus intérêts (para. 234).

Les doutes ne sont pas suffisants pour prouver qu'il y a eu corruption dans l'obtention de l'investissement

Le Pakistan s'opposa à la compétence du tribunal, alléguant que Karkey avait obtenu le contrat par la corruption. Il argua notamment que Karkey avait employé M. Zulqarnain, son représentant local, pour agir en tant que lobbyiste illégal et inciter les agents publics à octroyer le contrat à Karkey (para. 506). Karkey rejeta les arguments du Pakistan et expliqua que les services de M. Zulqarnain étaient plausibles et nécessaires pour lancer une entreprise au Pakistan. Le tribunal estima que le Pakistan ne pouvait pas démontrer l'implication de M. Zulqarnain « dans des actes pouvant relever de la corruption » (para. 517).

En outre, le Pakistan souleva 17 questions ou « doutes », qui, s'ils n'étaient pas réfutés par Karkey, démontreraient que l'investissement était entaché de corruption. Le tribunal considéra cependant que ces questions ne faisaient pas passer la charge de la preuve à Karkey. Il conclut qu'il n'était « pas en mesure de trouver dans les éléments inclus dans les questions du Pakistan des « doutes » indiquant la corruption... et encore moins une preuve positive de corruption » (para. 521).

Les actes de Lakhra sont imputables au Pakistan

Karkey argua que le Pakistan avait induit Lakhra à conclure le contrat et ses amendements et à ne pas

faire les paiements dus au titre du contrat. Le Pakistan clamait quant à lui que Lakhra était un organe indépendant du gouvernement pakistanais.

Le tribunal estima que le Pakistan avait désigné Lakhra comme l'acheteur des services de production d'électricité de Karkey. Selon lui, le Pakistan avait en outre déterminé les engagements de Lakhra au titre du contrat. Aussi, il détermina que le Pakistan avait instruit et dirigé Lakhra, et donc que les actes de l'entreprise étaient attribuables au Pakistan au titre du droit international.

Karkey n'a pas obtenu son investissement par la fraude

Selon le Pakistan, Karkey avait confirmé qu'elle réaliserait ses engagements au titre du contrat dans les 180 jours suivant l'obtention du contrat, mais ne l'avait pas fait. Aussi, le pays arguait qu'il s'agissait d'une fausse déclaration de Karkey en vue d'obtenir le contrat. Le tribunal nota que le Pakistan n'avait pas réalisé ses obligations au titre du contrat et que cela avait affecté la capacité de Karkey à exécuter le contrat à temps. De même, compte tenu de considérations logistiques, le tribunal estima qu'il n'était pas possible de considérer exacte l'estimation par Karkey du temps nécessaire pour sa réalisation du contrat. Il conclut donc que la déclaration de Karkey était une erreur plutôt qu'une fausse déclaration.

Le Pakistan ne peut prétendre que Karkey a obtenu son investissement par le biais d'une infraction

Le Pakistan affirmait que le contrat avait été obtenu en violation des lois et règles pakistanaises sur les marchés publics. Toutefois, Karkey rejeta ces allégations et argua que le tribunal devait rejeter cet argument sur la base du principe de l'estoppel. Le tribunal se rangea du côté de Karkey, soulignant que le processus d'appel d'offre, le contrat et ses amendements avaient tous été réalisés sous la supervision des autorités pakistanaises. Le tribunal indiqua que « le témoin du Pakistan lui-même, M. Khan, a admis lors de l'audience que le Pakistan défendait à la fois le contrat devant la plus haute cour du Pakistan, tout en l'attaquant ici dans le cadre de l'arbitrage » (para. 626).

Le Pakistan a exproprié l'investissement de Karkey au moyen du jugement de la Cour suprême

Karkey arguait que le Pakistan avait exproprié son investissement au moyen des pouvoirs judiciaire, administratif et exécutif pakistanais. Cependant, le pays rétorqua que Karkey n'avait pas produit de preuves substantielles de la dépossession de son investissement et que ses droits contractuels présumés ne pouvaient pas être assujettis à l'expropriation puisqu'ils avaient été rendus nuls ab initio par la Cour suprême pakistanaise.



Selon le tribunal, le raisonnement du jugement de la Cour suprême s'appuyait largement sur la compréhension erronée d'un parlementaire, M. Salah Hayat, que le Pakistan disposait de suffisamment de capacités de production d'électricité, contrairement à la déclaration de l'Entreprise pakistanaise de production d'électricité (PEPCO). De plus, le jugement supposait une responsabilité identique pour tous les commanditaires de projets de production d'électricité en location, quelles que soient les différences substantielles entre les projets. Le tribunal considéra que le jugement de la Cour suprême était arbitraire puisque, selon le tribunal, il ne définissait pas « dans le détail les fondements et motifs juridiques » de la responsabilité imposée (para. 554). En outre, il conclut que le jugement privait Karkey de la jouissance de ses droits au titre du contrat (para. 648).

Le tribunal conclut aussi que le Pakistan avait violé ses obligations en matière de libre transfert au titre du TBI, mais rejeta tous les autres recours fondés sur les clauses NPF, TJE et parapluie, « car les dommages résultant de ces supposées violations et de la violation des clauses relatives à l'expropriation et au libre transfert seraient identiques » (para. 657). Il ordonna au Pakistan de verser à Karkey, à plusieurs titres, un total de plus de 490 millions USD plus intérêts. Il ordonna en outre au Pakistan de payer 10 millions USD pour les frais et dépenses juridiques de Karkey et plus de 300 000 USD en remboursement de la part de Karkey des coûts de l'arbitrage.

Le tribunal n'a pas compétence pour entendre la demande reconventionnelle du Pakistan

Le Pakistan avait l'intention de présenter une demande reconventionnelle contre Karkey pour obtenir du tribunal une déclaration reconnaissant que le contrat était nul ab initio ou, alternativement, pour réclamer des dommages suite aux fausses déclarations et aux violations du contrat par Karkey. Selon le pays, Karkey avait déjà consenti aux demandes reconventionnelles lorsqu'elle avait déposé ses recours auprès du CIRDI ; si le tribunal reconnaissait sa compétence sur les recours de Karkey, il aurait automatiquement compétence sur les demandes reconventionnelles du Pakistan (para. 1007).

Le tribunal nota que le TBI n'autorisait pas les demandes reconventionnelles et que « la plupart des tribunaux du CIRDI n'ont pas trouvé la théorie du consentement ipso facto suffisante pour conclure que le consentement d'un investisseur aux demandes reconventionnelles auprès du CIRDI était automatique » (para. 1015). Il décida donc qu'il n'avait pas compétence sur la demande reconventionnelle du Pakistan.

Remarques : le tribunal était composé de Yves Derains (président nommé par le Président du Conseil administratif du CIRDI, de nationalité française), de David A. O. Edward (nommé par le demandeur, de nationalité britannique) et d'Horacio A. Grigera Naón (nommé par le défendeur, de nationalité argentine). La décision est disponible en anglais sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9767.pdf>

Amr Arafa Hasaan est étudiant au Graduate Institute de Genève et à l'Université de Genève, et Conseiller auprès de l'autorité égyptienne de défense de l'État.

Un tribunal de la CPA juge l'Inde coupable d'expropriation abusive et de violation du TJE au titre de l'APPI Inde-Maurice

CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited., et Telcom Devas Mauritius Limited c. la République d'Inde, Affaire CPA n° 2013-09

Gladwin Issac

Dans une procédure lancée par trois sociétés par actions basées à Maurice et appartenant à Devas Multimedia Private Limited (Devas) – une entreprise basée à Bangalore, en Inde – un tribunal de la CPA a rendu une décision portant sur la responsabilité et concluant que l'Inde était coupable d'expropriation des investissements réalisés au titre d'un contrat conclu entre Devas et Antrix Corporation Ltd. (Antrix), le bras commercial de l'agence spatiale indienne. Le tribunal a notamment conclu que l'annulation du contrat par Antrix constituait une expropriation et une violation du TJE au titre de l'Accord bilatéral de promotion et de protection des investissements (APPI) Inde-Maurice.

Le contexte et les recours

En janvier 2005, Antrix et Devas ont signé un accord portant sur la licence d'une fréquence du spectre (bande S) en vue de fournir des services Internet à haut-débit par satellite. En février 2011, Antrix mit un terme au contrat suite à une décision du Comité du Cabinet indien chargé de la sécurité (CCS) invoquant des intérêts essentiels de sécurité.

Les trois actionnaires mauriciens de Devas lancèrent un arbitrage contre l'Inde au titre du Règlement de la CNUDCI et de l'APPI Inde-Maurice, arguant que la résiliation du contrat équivalait à une expropriation



des investissements des demandeurs en Inde et constituait un déni du TJE.

La résiliation du contrat amena également Devas à lancer un arbitrage commercial international contre Antrix. En septembre 2015, un tribunal de la CCI ordonna à Antrix de verser 562,5 millions USD plus intérêts à Devas pour les dommages causés par la résiliation abusive du contrat.

Définition de « l'investissement » au titre de l'APPI Inde-Maurice

L'Inde souleva une objection à la compétence fondée sur la clause d'admission contenue dans l'APPI, qui protège « les actifs investis et autorisés conformément aux lois et réglementations du pays hôte », mais pas les « activités préinvestissements » (art. 1(1)(a)). Le pays arguait que puisque Devas n'avait pas déposé de demande pour les licences en question et l'approbation gouvernementale, l'ensemble des activités menées par Devas étaient qualifiées d'« activités préinvestissements » et n'étaient donc pas des investissements au sens de l'APPI.

En l'absence de preuves, le tribunal ne pouvait accepter l'argument de l'Inde. Selon lui, les actions, obligations et autre formes de participation des demandeurs dans Devas, et leur détention partielle indirecte des actifs commerciaux de Devas relevaient de la définition de « l'investissement » contenue dans l'APPI. Aussi, il conclut que les demandeurs avaient des investissements couverts par l'APPI.

L'Inde avance une défense fondée sur les « intérêts essentiels de sécurité »

Le principal argument de défense de l'Inde reposait sur le fait que l'article 11(3) de l'APPI l'autorisait à prendre des mesures en vue de protéger ses intérêts essentiels de sécurité sans être responsable au titre de l'APPI. Elle argua notamment que la disposition est d'interprétation unilatérale (*self-judging*) et que le tribunal ne peut « agir en tant qu'organe réglementaire ou décisionnaire supranational et réviser les décisions politiques prises par le Comité du Cabinet chargé de la sécurité » puisque les autorités nationales « sont dans une position unique pour déterminer ce qui constitue les intérêts essentiels de sécurité d'un État quelles que soient les circonstances, et quelles mesures devraient être adoptées pour préserver ces intérêts » (para. 214).

Le tribunal rejeta toutefois cet argument. Il estima qu'en l'absence de formulation explicite dans l'article 11(3) visant à octroyer à l'État l'entière discrétion pour déterminer ce qui est nécessaire pour protéger ses intérêts de sécurité, la disposition n'est pas d'interprétation unilatérale (*self-judging*). Il clarifia

que, si l'Inde n'avait pas à prouver la nécessité – dans le sens où la mesure adoptée était la seule valable dans les circonstances – elle devait malgré tout établir que la mesure relevait de ses intérêts « essentiels » de sécurité.

Ensuite, le tribunal aborda la question difficile d'établir s'il existait un réel besoin pour les agences militaires et de sécurité indiennes de se réserver les fréquences en bande S ou s'il s'agissait d'un prétexte pour justifier un événement de *force majeure*¹ permettant à Antrix de mettre un terme au contrat à des conditions avantageuses. À la majorité, le tribunal détermina qu'une partie des mesures relevait en effet des « intérêts essentiels de sécurité » et donc de l'article 11(3).

La majorité conclut cependant que les mesures n'ayant pas une finalité militaire ou paramilitaire devaient être assujetties à l'article 6 de l'APPI sur l'expropriation. Compte tenu des preuves avancées, la majorité conclut qu'une attribution raisonnable du spectre aux fins de la protection des intérêts essentiels de sécurité ne devait pas excéder 60 pour cents de la portion de la bande S attribuée aux demandeurs. Il détermina que 40 pour cents pourraient être alloués aux fins d'autres intérêts publics et seraient assujettis aux conditions d'expropriation de l'article 6 de l'APPI.

Les mesures de l'Inde ont donné lieu à une expropriation abusive

Les demandeurs arguèrent que les mesures coordonnées prises par différentes agences indiennes ayant donné lieu à la résiliation du contrat entraînent l'expropriation abusive de leurs investissements, en violation des articles 6 et 7 de l'APPI. Selon eux, leurs actifs et droits, leur propriété indirecte du contrat et des systèmes et activités commerciales de Devas, ainsi que leurs droits contractuels de préemption à une attribution de la bande S pouvaient être, et furent réellement, expropriés directement et indirectement par l'Inde.

Le tribunal conclut que les mesures adoptées par l'Inde, en tous cas la partie ne relevant pas de ses intérêts essentiels de sécurité (40 pour cents), équivalaient à une expropriation abusive et violait l'application régulière de l'article 6 de l'APPI. Aussi, il détermina que les demandeurs avaient droit à l'indemnisation de 40 pour cents de la valeur de leurs investissements en Inde.

La résiliation par l'Inde du contrat constitue une violation du TJE

Les demandeurs avancèrent que l'Inde avait violé

¹ En français dans le texte, n.d.l.t.



le TJE. Si l'Inde argua que la norme TJE incluse à l'article 4(1) de l'APPI n'allait pas au-delà de la norme minimale requise par le droit international coutumier, les demandeurs affirmèrent qu'en l'espèce, une large norme TJE était de mise.

S'appuyant sur l'affaire *El Paso c. l'Argentine*, le tribunal remarqua que les attentes légitimes des investisseurs étaient centrales au TJE quel que soit le traité d'investissement et que les demandeurs ne pouvaient avoir d'attentes légitimes que l'Inde n'invoquerait jamais l'exception relevant des « intérêts essentiels de sécurité » incluse à l'article 11(3) de l'APPI. Il ajouta par ailleurs que puisque l'Inde n'avait pas informé les demandeurs de la décision du CCS d'annuler le contrat, elle avait violé le principe de bonne foi du droit international ainsi que la norme TJE au titre de l'APPI.

Les autres recours sont rejetés

Le tribunal rejeta les recours portant sur la nature prétendument déraisonnable et discriminatoire des mesures, puisqu'aucune preuve ne permettait de suggérer que les mesures prises par l'Inde visaient spécifiquement les investisseurs ou investissements étrangers.

La décision et les coûts

À la majorité, le tribunal rendit une décision sur la responsabilité concluant que la résiliation du contrat équivalait à une expropriation des investissements des demandeurs en Inde et constituait un déni de TJE. Il détermina donc que l'Inde devait indemniser les demandeurs pour la part de l'investissement (40 pour cents) qui n'était pas protégée par les intérêts essentiels de sécurité de l'Inde.

L'opinion divergente de David R. Haigh

L'arbitre David R. Haigh n'était pas d'accord avec l'opinion de la majorité quant à l'argument de la « sécurité essentielle » invoqué par l'Inde. Selon lui, l'unique objectif de l'Inde était de veiller à ce que le contrat soit annulé ou résilié à moindres frais, et il était donc inutile de tenter de déterminer une attribution raisonnable du spectre aux fins de la sécurité nationale ou d'autres objectifs. Aussi, selon lui, la saisie de la partie du spectre en bande S était une expropriation pure et simple à des fins publiques, relevant de l'article 6 de l'APPI.

Remarques : le tribunal était composé de Marc Lalonde (président nommé par les co-arbitres, de nationalité canadienne), de David R. Haigh (nommé par les demandeurs, de nationalité canadienne) et d'Anil Dev Singh (nommé par le défendeur, de nationalité indienne). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9750.pdf> et

l'opinion divergente de David R. Haigh est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9751.pdf>.

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



RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

RESSOURCES

La transparence dans l'arbitrage international en matière d'investissements : guide du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage investisseur-État fondé sur des traités

Par Dimitrij Euler, Markus Gehring et Maxi Scherer (Eds.), publié par Cambridge University Press, août 2018

Cet ouvrage éclaire le débat sous-jacent au règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage investisseur-État fondé sur des traités, et offre une analyse approfondie de chacun de ses paragraphes. Les auteurs expliquent dans le détail comment utiliser les règles et analysent la question de la transparence dans le droit des investissements au sens large. Les chapitres couvrent tous les différends investisseur-État fondés sur des traités, et examinent les perspectives des parties au différend, des tierces parties, des États qui ne sont pas parties au différend, ainsi que des tribunaux arbitraux. Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/transparency-international-investment-arbitration-guide-uncitral-rules-transparency-treaty-based-investor-state-arbitration>

Le droit international des investissements et la mondialisation : l'investissement étranger, la responsabilité et les organisations intergouvernementales

Par Jean-Michel Marcoux, publié par Routledge, août 2018

Les processus d'élaboration et de mise en œuvre des responsabilités des investisseurs étrangers par les organisations internationales ont-ils atteint le domaine de la légalité ? S'appuyant sur un cadre analytique et une méthodologie qui combinent le droit international et les relations internationales, cet ouvrage répond à cette question en deux temps. Il démontre d'abord que l'intégration normative des responsabilités des investisseurs étrangers dans le droit international des

investissements est fragmentée et conforme aux intérêts des acteurs les plus puissants. Ensuite, s'appuyant sur la théorie de l'interaction du droit international pour évaluer le caractère normatif de plusieurs instruments internationaux élaborés et mis en œuvre par les organisations internationales, il met en lumière le degré d'obligation généré par chacun de ces instruments. Cette analyse démontre qu'un tel processus de codification est marqué par les relations de pouvoir et a donné lieu à plusieurs normes sociales, mais à relativement peu de normes juridiques. Disponible sur <https://www.routledge.com/International-Investment-Law-and-Globalization-Foreign-Investment-Responsibilities/Marcoux/p/book/9781138596221>

Guide relatif à la succession d'États dans le droit international des investissements

Par Patrick Dumberry, publié par Edward Elgar, juillet 2018

Cet ouvrage propose une analyse approfondie des questions liées à la succession d'États dans le contexte du droit international des investissements. Il examine les conséquences juridiques découlant de la disparition ou la création d'un État, ou du transfert de territoire entre États, dans le contexte de l'arbitrage investisseur-État. Il analyse en particulier si un État successeur est lié par les traités d'investissement (bilatéraux ou multilatéraux) et par les contrats signés par l'État précédent la succession. Disponible sur <https://www.e-elgar.com/shop/a-guide-to-state-succession-in-international-investment-law>

Réaffirmer le contrôle sur le régime des traités d'investissement

Andreas Kulick (Ed.), publié par Cambridge University Press, juin 2018

Les États utilisent de nombreuses voies pour maîtriser le régime international des investissements, perçu comme étant devenu hors de contrôle. L'ouvrage examine les nombreux problèmes de procédure, de droit matériel et de politique découlant de cette tendance – des aspects de procédure tels que les mécanismes à l'encontre des requêtes frivoles, à l'établissement d'un mécanisme d'appel ou d'un arbitrage entre États, en passant par les questions de fond telles que les interprétations conjointes, la résiliation des traités ou les définitions détaillées des normes de protection. Il identifie et aborde les principaux



outils que les États peuvent utiliser – ou utilisent – pour réaffirmer leur contrôle sur l'interprétation et l'application des traités d'investissement. Chacun des chapitres aborde l'un de ces outils, et évalue sa capacité à être utilisé comme un instrument pour la réaffirmation du contrôle des États. Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/reassertion-control-over-investment-treaty-regime>

La proportionnalité, le caractère raisonnable et les normes d'examen dans le droit international des investissements et l'arbitrage

Par Valentina Vadi, publié par Edward Elgar, avril 2018

Cet ouvrage examine le bien-fondé et les lacunes de l'usage, par les tribunaux arbitraux, des concepts de proportionnalité et de caractère raisonnable afin d'examiner la compatibilité des actions réglementaires de l'État avec ses obligations au titre du droit international des investissements. Les chercheurs en droit des investissements ont attaché une plus grande importance au caractère proportionnel qu'au caractère raisonnable ; cet ouvrage repousse cette tendance en examinant les deux concepts sans favoriser l'un par rapport à l'autre, mais plutôt en permettant au lecteur de se positionner en connaissance de cause. L'auteure étudie également la profondeur de l'analyse, comme l'un des principaux outils permettant d'ajuster les divers intérêts sous-tendant les arbitrages investisseur-État. Disponible sur <https://www.e-elgar.com/shop/proportionality-reasonableness-and-standards-of-review-in-international-investment-law-and-arbitration>

Événements 2018

11 octobre – 15 novembre

SÉRIE D'INTERVENTIONS SUR LE DROIT ET LA POLITIQUE INTERNATIONAUX DES INVESTISSEMENTS, AUTOMNE 2018, Centre Columbia sur l'investissement durable (CCSI), à la Faculté de droit de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2018/10/11/fall-2018-international-investment-law-and-policy-speaker-series>

15–19 octobre

RÉUNION ANNUELLE GÉNÉRALE 2018, Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable (FIG), au Palais des Nations, Genève, Suisse, <http://igfmining.org>

22–26 octobre

FORUM MONDIAL DE L'INVESTISSEMENT 2018, CNUCED, au the Palais des Nations, Genève, Suisse, <http://worldinvestmentforum.unctad.org>

24 octobre

L'INVESTISSEMENT AU SERVICE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE : INCORPORER LES OBLIGATIONS DES INVESTISSEURS DANS LES ACCORDS COMMERCIAUX ET D'INVESTISSEMENT, événement parallèle au Forum mondial de l'investissement 2018, organisé par l'IISD, la Commission internationale des juristes (CIJ) & Friedrich Ebert Stiftung (FES), au Palais des Nations, Genève, Suisse, <https://iisd.org/event/investment-sustainable-development-incorporating-investor-obligations-trade-and-investment>

25 octobre

L'AVENIR DU RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT : OPTIONS ET MODÈLES, événement parallèle au Forum mondial de l'investissement 2018, organisé par l'IISD, la Commission internationale des juristes (CIJ) & Friedrich Ebert Stiftung (FES), au Palais des Nations, Genève, Suisse, <https://iisd.org/event/future-investment-related-dispute-settlement-options-and-models>

23–25 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 du Lichtenstein,



Prague, République tchèque, <https://home.kpmg.com/cz/en/home/insights/2018/10/8th-investment-treaty-arbitration-conference.html>

26 octobre

31ÈME CONFÉRENCE PUBLIQUE SUR L'ITF : LES DROITS HUMAINS DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS, Investment Treaty Forum (ITF), à la British Academy, Londres, Royaume-Uni, <https://www.biicl.org/event/1331/thirty-first-itf-public-conference-human-rights-in-international-investment-law>

26–27 octobre

LE FUTUR DE L'ARBITRAGE EN EUROPE, Centre de Stockholm pour le droit commercial & Institut pour le droit européen et comparatif, Oxford, à Sankta Clara, Klara Strand, Stockholm, Suède, <https://sccinstitute.com/about-the-scc/event-calendar/stockholm-the-future-of-arbitration-in-europe>

29 octobre – 2 novembre

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

31 octobre

SESSION POUR LES PARTIES-PRENANTES SUR LE PROCESSUS DE RÉFORME DU RDIE PAR LA CNUDCI, IISD, Centre Columbia pour l'investissement durable (CCSI) & Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), à la Diplomatische Akademie Wien, Vienne, Autriche, <http://bit.ly/2Rkoynj>

6–7 novembre

NOUVELLES FRONTIÈRES DES MÉCANISMES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS (ARD) : DES QUESTIONS COMMERCIALES ET D'INVESTISSEMENT AUX VIOLATIONS RÉGLEMENTAIRES, Comité de médiation de l'Association internationale du barreau (IBA), IBA North America Forum, Université McGill, Université de Montréal & Chambre internationale du commerce (CIC), à McGill Faculty Club and Conference Centre, Montréal, Canada, <https://www.ibanet.org/Conferences/conf904.aspx>

Événements 2019

27 février–1er mars

12ÈME FORUM ANNUEL POUR LES NÉCOGATEURS D'INVESTISSEMENT DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT, IISD, Centre Sud et Gouvernement de Colombie, à Carthagène, Colombie, <https://www.iisd.org/event/12th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>



© 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