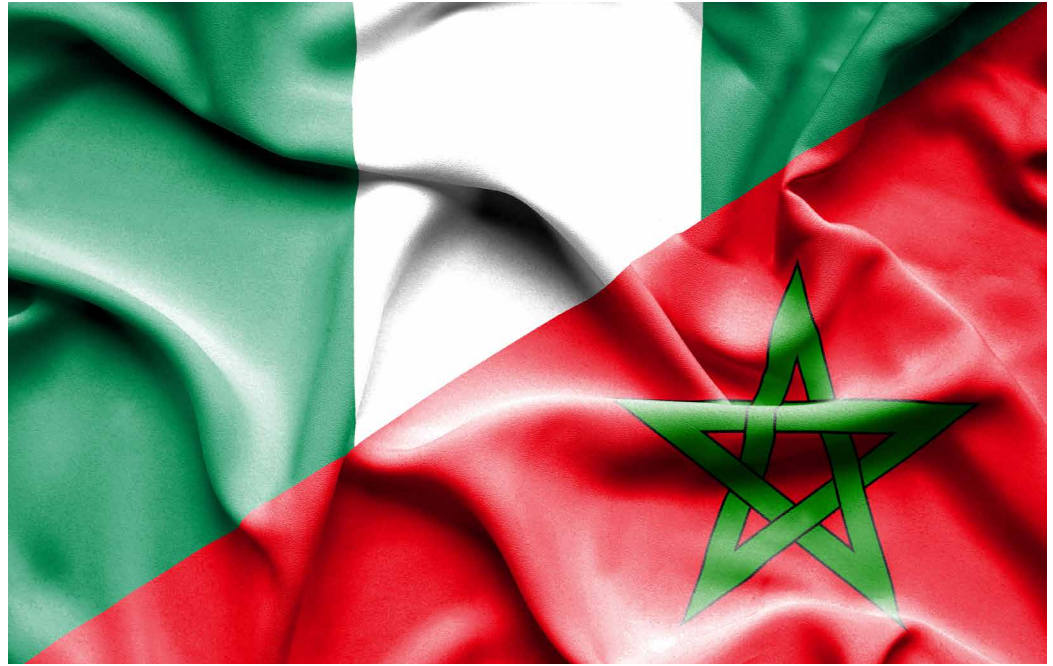
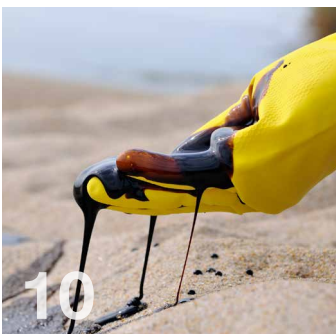




Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement

Tarcisio Gazzini



Un regard sur la lente progression de la Chine dans les affaires RDIE

Dilini Pathirana

Traités d'investissement et évaluation interne des propositions de réglementation : Étude de cas du Canada

Gus Van Harten et Dayna Nadine Scott

Les investisseurs étrangers peuvent-ils être tenus responsables des violations des droits humains ? Droit international des droits humains et au-delà

Carlos Andrés Sevilla Albornoz

Également dans cette édition : Premiers tours de renégociation de l'ALENA ; Consultation sur le règlement des différends intra-UE par UE ; CNUDCI obtient un mandat pour travailler sur la réforme du RDIE ; Traité UE-Japon, un accord de principe ; *Isolux c. Espagne* ; *Teinver c. Argentine* ; *CFH Luxembourg c. Cameroun* ; *Eiser c. Espagne* ; *WNC c. République tchèque* ; *Burlington c. Équateur*

contents

- 3 Articles**
 Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement
Tarcisio Gazzini
- 5** Un regard sur la lente progression de la Chine dans les affaires RDIE
Dilini Pathirana
- 8** Traités d'investissement et évaluation interne des propositions de réglementation : Étude de cas du Canada
Gus Van Harten et Dayna Nadine Scott
- 10** Les investisseurs étrangers peuvent-ils être tenus responsables des violations des droits humains ? Droit international des droits humains et au-delà
Carlos Andrés Sevilla Albornoz
- 12 Nouvelles en bref**
 Le Canada, le Mexique et les États-Unis entament les premières sessions de renégociation de l'ALENA ; Rapport sur le financement de l'arbitrage international par les tiers soumis à la consultation publique ; HKIAC sollicite des commentaires sur les dispositions relatives à l'arbitrage des investissements prévues par les règles révisées ; L'UE lance une consultation sur la prévention et le règlement des différends intracommunautaires en matière d'investissement ; La CNUDCI s'est vu confier le mandat pour travailler sur la réforme du RDIE, la Convention sur la transparence entrera en vigueur le 18 octobre 2017 ; L'accord de libre-échange entre l'UE et le Canada (CETA) va être appliqué provisoirement à partir du 21 septembre 2017 ; L'UE et le Japon parviennent à un accord de principe sur l'APE, la question de RDIE reste ouverte
- 13 Sentences et décisions**
 L'ensemble des demandes formulées par Isolux Infrastructure Pays-Bas à l'encontre de l'Espagne ont été rejetées
Claudia Maria Arietti Lopez
- 14** L'Argentine condamnée à payer plus de 320 millions USD au titre de l'expropriation illégale dans une affaire impliquant des compagnies aériennes
Maria Florencia Sarmiento
- 15** Un tribunal CIRDI rejette sa compétence face à l'abus de droit d'un investisseur ayant « réveillé » une société afin d'accéder à l'arbitrage
Suzy Nikièma
- 17** Les investisseurs triomphent sur l'Espagne dans un recours concernant une modification réglementaire en matière d'énergie renouvelable
Gladwin Issac
- 18** *WNC c. République tchèque* : le tribunal rejette le recours en expropriation et détermine qu'il n'a aucune compétence concernant toutes les autres allégations
Andrej Arpas
- 20** Le tribunal du CIRDI accorde environ 380 millions USD au titre de l'indemnisation pour l'expropriation illégale par l'Équateur
Matthew Levine
- 21** L'Équateur se voit accorder 41 millions USD au titre de la demande reconventionnelle introduite à l'encontre de la Société américaine de pétrole et de gaz Burlington Resources
Matthew Levine
- 23 Ressources et événements**

Investment Treaty News Quarterly est publié par

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

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

Directrice du Groupe – Droit et Politique Économique
 Nathalie Bernasconi

Gestionnaire Principale de la Communication
 Mira Oberman

Rédacteur en Chef
 Martin Dietrich Brauch

Rédactrice, Version Française
 Suzy Nikièma

Traduction Française
 Isabelle Guinebault

Rédactrice, Version Espagnole
 Marina Ruete

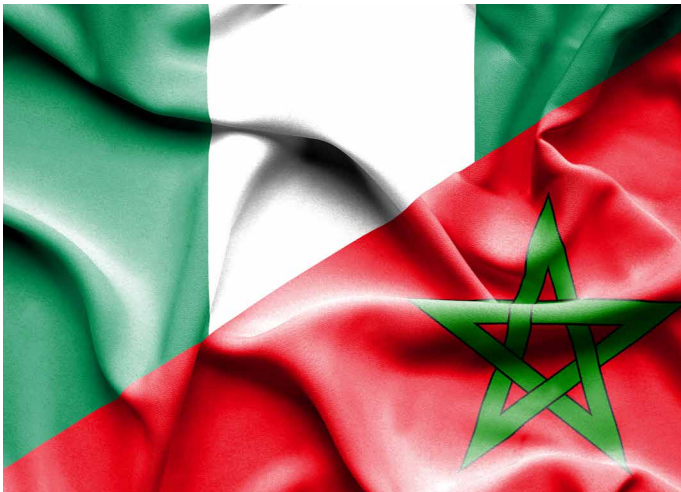
Traduction Espagnole
 María Candela Conforti

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

article 1

Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement

Tarcisio Gazzini



Le 3 décembre 2016, le Maroc et le Nigéria ont signé l'un des **traités d'investissement bilatéraux (TBI)** les plus innovants et les plus équitables jamais conclus. Bien qu'il ne soit pas encore entré en vigueur, le TBI est une réponse importante de deux pays en développement aux critiques formulées au cours des dernières années à l'égard des traités d'investissement, dont les plus importantes concernent leur contenu déséquilibré, les restrictions des pouvoirs réglementaires et les insuffisances de l'arbitrage d'investissement.

1. Contexte

Au cours des dernières décennies, l'Afrique a joué le rôle de laboratoire normatif pour les traités d'investissement¹. Plusieurs organisations sous-régionales, y compris le Marché commun pour l'Afrique orientale et australe (COMESA), la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), la Communauté de l'Afrique de l'Est (EAC) et la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) ont préparé des modèles et ont conclu des traités d'investissement prévoyant des dispositions largement innovantes visant à mieux définir la protection juridique des intérêts des différentes parties prenantes. Cependant, parallèlement, les gouvernements africains – ainsi que les pays d'autres continents – sont devenus plus réticents à ratifier de nouveaux TBI et ont même dénoncé plusieurs TBI en cours. En outre, les États africains ont hésité à adopter le Code panafricain des investissements (PAIC) sous la forme d'un traité contraignant et, en 2016, les Membres de la SADC ont adopté un amendement au Protocole sur les finances et l'investissement en supprimant les dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État (RDIE).

Dans ce contexte, le TBI Maroc-Nigéria est une tentative remarquable de deux pays en développement de rapprocher les traités d'investissement de l'évolution récente du droit international. Les quatre références au développement durable contenues dans le préambule annoncent d'emblée le principal objectif du traité. La définition de l'investissement figurant à l'article 1(3) exige en outre que les investissements contribuent au développement durable, et l'article 24(1) prévoit que les investisseurs « devraient s'efforcer de contribuer au maximum au développement durable de l'État hôte et de la communauté locale ».

Du point de vue institutionnel, le traité établit un Comité mixte composé de représentants des deux Parties. Leurs responsabilités sont les suivantes :

- (a) contrôler la mise en œuvre et l'exécution du traité (notamment en facilitant l'échange d'informations et, le cas échéant, en établissant des normes de gouvernance d'entreprise).
- (b) débattre et partager les opportunités d'expansion de l'investissement mutuel.
- (c) promouvoir la participation du secteur privé et de la

société civile.

(d) s'efforcer de résoudre à l'amiable les problèmes ou les différends concernant l'investissement des Parties.

2. Normes de protection

La définition de l'investissement figurant à l'article 1(3) du traité s'inspire de la décision *Salini*² et implique, outre la contribution au développement durable, les obligations suivantes : l'engagement du capital, la recherche de bénéfices, l'hypothèse de risque et une certaine durée. La définition de l'investissement exclut, qui plus est, les investissements de portefeuille.

Tout en assurant un niveau substantiel de protection, comparable à celui traditionnellement prévu par les TBI, le traité précise clairement les obligations de l'État hôte. En commençant par les normes contingentes, la norme de traitement national s'applique dans des circonstances similaires, précisées dans la liste non exhaustive figurant à l'article 6(3). En vertu de l'article 7, les investisseurs ont droit à une norme minimale en matière de traitement (NMT) garantie en vertu du droit international coutumier. La même disposition précise en outre que le traitement juste et équitable (TJE) comprend « l'interdiction de pratiquer le déni de la justice dans les procédures judiciaires, civiles ou administratives conformément au principe des droits de la défense consacré par les principaux systèmes juridiques d'une Partie », alors que la pleine protection et sécurité font référence au « niveau de protection policière requis en vertu du droit international coutumier ». Les autres dispositions de fond, y compris celles relatives à l'expropriation, au transfert de fonds et à la subrogation, reflètent largement la pratique consolidée dans le cadre des TBI.

3. Obligations des investisseurs étrangers

Le traité prévoit une série d'obligations à l'endroit des investisseurs. Ces derniers doivent se conformer aux processus d'examen préalable et d'évaluation sur le plan environnemental, conformément aux lois de l'État hôte ou de l'État d'origine, la loi la plus stricte étant retenue, ainsi qu'à une évaluation d'impact social fondée sur les normes convenues au sein du Comité mixte (articles 14(1) et 14 (2)).

Une fois établis, les investisseurs :

- (a) doivent appliquer – au sein de l'État hôte – le principe de précaution (article 14 (3)).
- (b) doivent maintenir un système de gestion de l'environnement et respecter les droits de l'homme conformément aux normes fondamentales en matière de travail et d'environnement, ainsi qu'aux obligations en matière de droits de travail et de droits de l'homme de l'État hôte ou de l'État d'accueil (article 18),
- (c) s'interdisent de se livrer aux pratiques de corruption ou d'en être complice,
- (d) doivent respecter ou dépasser les normes de gouvernance d'entreprise acceptées au niveau national et international (article 19).
- (e) doivent respecter un haut niveau des pratiques socialement responsables et appliquer la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale (article 24).

4. Pouvoirs réglementaires

Le TBI porte sur les restrictions perçues comme excessivement restrictives, imposées par certains traités d'investissement en matière de pouvoir réglementaire de l'État hôte en reconnaissant le droit des parties d'exercer leur pouvoir discrétionnaire en matière de réglementation, de conformité, d'enquête et de poursuites et de prendre des décisions en matière d'allocation de ressources à d'autres questions environnementales considérées comme plus prioritaires » (article 13(2)). Par ailleurs, aucune disposition du traité ne les empêche d'adopter, de maintenir ou d'appliquer, de manière non discriminatoire, toute mesure autrement compatible avec le traité qu'ils jugent appropriée pour

garantir que l'activité d'investissement sur leur territoire s'effectue d'une manière plus respectueuse de l'environnement et des préoccupations sociales (article 13(4)).

5. Dispositions procédurales

Le traité prévoit un règlement obligatoire des litiges entre un investisseur et un État et (article 27) et entre deux États (article 28). S'agissant de la première catégorie, l'article 27 garantit aux investisseurs – et aux investisseurs seulement – l'accès à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou d'un tribunal spécial conformément aux règles de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ou à toute autre règle.

Le traité prévoit également une approche innovante, mais, comme on le verra ci-après, plutôt problématique, selon laquelle, avant d'engager la procédure arbitrale, « tout différend entre les Parties sera évalué dans le cadre des consultations et des négociations par le Comité mixte » sur demande écrite de l'État de l'investisseur concerné (articles 26(1) et 26(2)). Les représentants de l'investisseur et de l'État hôte (ou d'autres autorités compétentes) participent, dans la mesure du possible, à la « réunion bilatérale » (article 26.2). La procédure prend fin à la demande de « toute Partie » et à la suite de l'adoption par le Comité mixte d'un rapport récapitulatif de la position des « Parties ». Si le litige n'est pas réglé dans un délai de six mois, l'investisseur peut recourir à un arbitrage international après avoir épuisé les recours internes (article 26 (5)).

Le TBI prévoit que la procédure arbitrale doit être transparente. En particulier, l'avis d'arbitrage, les plaidoiries, les mémoires, les conclusions soumis au tribunal, les observations écrites, les procès-verbaux des transcriptions des audiences, des ordonnances, des sentences arbitrales et des décisions du tribunal doivent être mis à la disposition du public (article 10(5)).

Enfin, le traité met en œuvre une nouvelle disposition sur la responsabilité des investisseurs qui « seront soumis à des poursuites en responsabilité civile dans le cadre des procédures judiciaires de leur État d'accueil pour les actes ou décisions rendus en relation avec l'investissement lorsque de tels actes ou décisions causent des dommages importants, des blessures corporelles ou conduisent au décès dans l'état d'accueil » (article 20).

6. Évaluation préliminaire du traité

Les dispositions au fond du traité reprennent en substance celles habituellement prévues par les TBI. On peut s'attendre à ce que les précisions relatives aux « circonstances similaires » aux fins du traitement national facilitent l'interprétation et l'application de la norme. La référence à la réalisation d'un investissement et l'exercice d'une activité commerciale dans le cadre de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) exclut vraisemblablement l'application de la norme aux dispositions procédurales, bien qu'une explication expresse en ce sens serait opportune. La disposition sur la NMT traduit l'approche prudente des Parties qui tracent une frontière entre le TJE et assimilent la pleine protection et sécurité à la protection policière.

L'importance du traité repose sur quatre éléments principaux, en grande partie innovants.

Tout d'abord, le traité restaure l'équilibre de la protection accordée aux investisseurs par une série d'obligations en matière de réalisation des investissements. Sans être totalement novatrices,³ ces obligations – en particulier celles liées à l'évaluation de l'impact environnemental et social, aux droits de l'homme, à la corruption et à la gouvernance et la responsabilité d'entreprise – augmentent considérablement la légitimité du traité.

Deuxièmement, le traité protège efficacement la marge de manœuvre politique de l'État hôte. En particulier, en ce qui concerne les mesures environnementales et sociales, il convient de noter que leur adoption dépend du jugement de bonne foi de l'État hôte sans que le critère de nécessité soit applicable. On s'attend donc à ce que les tribunaux arbitraux fassent preuve d'une grande déférence à l'égard de l'action de l'État hôte.

Le traité n'autorise pas les États à recourir à l'arbitrage international contre des investisseurs ; peut-être plus étonnamment, il reste silencieux à la fois sur les demandes reconventionnelles⁴ et les soumissions de la partie non contestante.⁵ La troisième innovation, en ce qui concerne le règlement des différends, est la participation singulière et plutôt ambiguë du Comité mixte au règlement pacifique des différends. L'article 26 porte sur les litiges entre investisseurs et les États, mais fait référence aux « litiges entre les parties » et « une solution entre les parties », sans davantage de précisions. En outre, il n'indique pas quelle est la position de l'investisseur dans l'ensemble de l'exercice au-delà de la participation « dans la mesure du possible » dans la « réunion bilatérale » du Comité mixte. Il ne définit pas, qui plus est, la nature et l'importance juridique de l'évaluation du différend, ni le sens des « consultations et des négociations ».

L'article 26 efface la distinction entre les rôles et les positions des États et des investisseurs. Il met à mal l'essence du règlement des différends opposant un investisseur à l'État, à savoir, leur protection contre les considérations politiques, les risques et la pression. Le simple fait que la procédure prévue à l'article 26 soit initiée par l'État national est discutable et peut soulever plusieurs questions, concernant, notamment, la compétence des tribunaux arbitraux en vertu de l'article 27.

La dernière innovation est la clause sur la responsabilité de l'investisseur devant les tribunaux de l'État d'origine, qui peut avoir un impact considérable sur les litiges nationaux impliquant des investisseurs, en particulier les sociétés multinationales, tout en permettant de surmonter les obstacles juridiques et, plus particulièrement, la doctrine *forum non conveniens*. Cette démarche peut être considérée comme une importante avancée sur le plan de la conduite responsable des investissements, de la réparation des actes illicites et du rôle de l'État d'origine.

7. Conclusion

Le Maroc et le Nigéria ont témoigné leur confiance dans le TBI en tant qu'instrument visant à favoriser des investissements viables d'un point de vue économique, social et environnemental. Le traité offre une protection aux investisseurs sans compromettre la capacité de l'État hôte à s'acquitter de ses responsabilités. Il comporte également plusieurs dispositions novatrices qui redéfinissent la protection juridique des intérêts de toutes les parties prenantes.

En matière de procédure, la disposition sur la responsabilité des investisseurs devant les tribunaux de l'État d'origine est une avancée importante. Le libellé des dispositions relatives à la participation du Comité mixte au règlement des différends, souève, au contraire, plusieurs questions que les Parties peuvent envisager d'examiner dans le cadre d'un échange de courriers, d'un protocole ou par tout autre moyen à leur convenance.

Auteur

Tarcisio Gazzini est professeur de droit à l'Université de East Anglia. Cet article est inspiré de l'article intitulé « Nigeria and Morocco Move Towards a "New Generation" of Bilateral Investment Treaties » publié sur *EJIL Talk!* en mai 2017, <http://www.ejiltalk.org>.

Notes

¹ Voir Schill, S. W. & Mbengue, M. M. (Eds.). (2017). L'Afrique et la réforme du régime d'investissement international [Numéro spécial]. *Journal of World Investment & Trade*, 18(3). Tiré de <http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/22119000/18/3>.

² Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Maroc, Affaire CIRDI No. ARB/00/4, Décision sur la compétence, 23 juillet 2001, para. 52. Tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>.

³ Voir, par exemple, l'Acte complémentaire A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et les modalités de leur mise en œuvre de la CEDEAO du 19 décembre 2008. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3266>.

⁴ Voir, par exemple, Gouvernement de la République d'Inde. (2015, décembre). *Modèle de texte du traité d'investissement bilatéral indien*, article 14.11. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3560>.

⁵ Voir, par exemple, le Traité entre les États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République du Rwanda relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements, 19 février 2008, article 28(2). Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2241>.

article 2

Un regard sur la lente progression de la Chine dans les affaires RDIE

Dilini Pathirana



Introduction

Les récentes décennies ont été marquées par l'ascension de la Chine sur le plan économique, militaire et diplomatique et par sa position sans cesse renforcée dans l'ordre international¹. L'adhésion de la Chine à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et son réseau élargi d'accords internationaux d'investissement (All) illustrent bien l'avancée considérable du pays dans les domaines du commerce international et de l'investissement – deux branches du droit international économique fortement façonnées par les idéologies occidentales.

En ce qui concerne plus particulièrement les investissements étrangers, la Chine a maintenu d'importants flux entrants et sortants d'investissements directs étrangers (IDE)². Elle a signé 139 traités bilatéraux d'investissement (TBI) et 21 traités comportant des dispositions en matière d'investissement, tels que des accords commerciaux, y compris des chapitres relatifs à l'investissement³. D'une part, l'élargissement de son réseau d'All constitue un effort visant à promouvoir l'opinion selon laquelle la Chine est une destination d'investissement sécurisée d'un point de vue juridique, offrant un cadre d'investissement étranger aligné sur les normes internationales en matière de droit des investissements⁴. D'autre part, la Chine a souhaité établir un cadre juridique international afin de protéger les investissements chinois extérieurs à la suite de l'adoption de la stratégie « Going Global » visant à encourager les entreprises chinoises à investir à l'étranger⁵. Le réseau des All chinois reflète l'adoption progressive des normes internationales visant à promouvoir et à protéger les investissements transfrontaliers.

L'évolution progressive de la Chine vers le règlement des différends investisseur-État (RDIE) est l'une des meilleures illustrations en la matière^{4, 5, 6}. Cette note met en lumière la présence de plus en plus remarquable de la Chine dans les affaires basées sur le mécanisme RDIE, soit en qualité d'État d'origine ou d'accueil.

La Chine et le mécanisme RDIE

Initialement, la Chine n'était pas disposée à accepter le RDIE comme méthode de règlement de conflits en matière d'investissement en raison de ses soupçons à l'égard du droit international et de l'arbitrage international, et son souci de souveraineté de l'État. Par conséquent, ses premiers TBI, tels que le TBI Chine-Suède de 1982, prévoyaient uniquement le règlement des différends étatiques. Dans les TBI ultérieurs, comme le TBI Chine-Sri Lanka de 1987, l'arbitrage international a été accepté comme méthode

pour résoudre les litiges en matière d'investissement, mais uniquement lorsque ces derniers portaient sur le montant de la compensation au titre de l'expropriation ; tous les autres litiges étaient soumis à la juridiction compétente de l'État d'origine. Certains TBI, tels que le TBI Chine-Japon de 1987, prévoient l'arbitrage international de tout différend sous réserve du consentement exprès des deux parties.

C'est seulement à la fin des années 1990 que la Chine a fondamentalement changé son approche en ouvrant aux investisseurs étrangers l'accès sans entraves à l'arbitrage international. Des traités tels que le TBI Chine-Barbade de 1998 autorisent les investisseurs étrangers à recourir à l'arbitrage international pour résoudre tout litige en matière d'investissement qui ne peut être réglé à l'amiable dans un délai de six mois. Depuis lors, l'approche libérale s'est poursuivie et la plupart des TBI conclus récemment par la Chine, tels que le TBI Chine-Ouzbékistan de 2011 et le TBI Chine-Tanzanie de 2013, comprennent des clauses complètes en matière de règlement des différends.

Il est toutefois surprenant d'observer la participation apparemment faible de la Chine dans le mécanisme RDIE soit en tant qu'État d'origine ou d'accueil, compte tenu de son rôle croissant dans les investissements entrants et sortants et son réseau élargi d'All. Sur la base des informations accessibles au public, les investisseurs chinois n'ont pas eu recours aux RDIE avant 2007 et le premier cas connu de RDIE à l'encontre de la Chine date de 2011. D'une part, certains ont suggéré le manque d'intérêt de la Chine pour l'arbitrage international et sa préférence pour le règlement des différends de manière informelle par le biais des consultations diplomatiques, ce qui explique le faible nombre de poursuites initiées par la Chine en tant qu'investisseur^{5, 6}. D'autre part, plusieurs études ont permis d'identifier les raisons possibles du faible nombre de cas de recours au RDIE à l'encontre de la Chine. On peut citer, entre autres, le fait que les investisseurs étrangers s'inquiètent notamment de mettre en danger leurs relations futures avec la Chine, la thèse défendue de longue date selon laquelle seuls les litiges impliquant une compensation au titre d'expropriation peuvent être arbitrés dans le cadre de la plupart des TBI chinois et l'opinion selon laquelle les investisseurs étrangers pourraient tirer davantage profit des négociations⁷.

Les sections suivantes fournissent un aperçu des cinq actions connues intentées par des investisseurs chinois et trois actions connues intentées à l'encontre de la Chine au cours de la dernière décennie⁸.

Cas de RDIE impliquant la Chine en tant qu'État d'origine

1. *Tza Yap Shum c. Peru*⁹

Dans le premier affaire RDIE connu, impliquant la Chine en tant qu'État hôte, le demandeur détenait indirectement TSG del Perú S.A.C., une société péruvienne de fabrication de farine de poisson exportée vers les marchés asiatiques. L'investisseur a engagé un arbitrage en vertu du TBI Chine-Pérou de 1994 en reprochant aux autorités fiscales du Pérou d'avoir adopté, à la suite d'un audit de 2004, des mesures ayant entraîné une expropriation indirecte de son investissement dans TSG et constituant une violation du principe de TJE et de pleine protection et sécurité.

Le Pérou a contesté la compétence du tribunal, les dispositions du TBI prévoyant le recours à l'arbitrage étant limitées,

mais le tribunal a affirmé sa compétence pour connaître de la demande d'expropriation. Dans son argumentation, le tribunal a déclaré que les termes « impliquant le montant de la compensation au titre de l'expropriation » de la clause du TBI visant le règlement des différends doivent être interprétés en ce sens qu'ils couvrent « non seulement le simple calcul du montant, mais aussi d'autres questions inhérentes à une expropriation » (para. 188). Il a déclaré qu'en statuant différemment, il risquait de compromettre la clause d'arbitrage, et, partant, la possibilité de recours à l'arbitrage si l'investisseur a déjà soumis d'autres questions à un tribunal compétent de l'État hôte.

Dans sa sentence finale, le tribunal a tranché en faveur de l'investisseur, estimant que les mesures prises par l'administration fiscale péruvienne et confirmées par la Cour fiscale péruvienne étaient arbitraires et équivalentes à l'expropriation, ayant considérablement frustré la capacité opérationnelle de l'entreprise.

Le Pérou a demandé l'annulation. Le comité s'est prononcé en faveur de l'investisseur, estimant que le tribunal n'a pas outrepassé son pouvoir en interprétant largement la clause de règlement des différends du TBI de manière à inclure les questions généralement en rapport avec l'expropriation et que le tribunal a interprété l'expression « conflit impliquant le montant de la compensation au titre de l'expropriation » dans le contexte général de la clause de règlement des différends (para. 98).

2. *Chine Heilongjiang c. Mongolie*¹⁰

Dans une demande introduite dans le cadre du TBI Chine-Mongolie de 1991, trois investisseurs chinois ont contesté la décision d'annulation de leur permis minier concernant la mine de fer de Tumurtei prise par la Mongolie. Cette affaire a été conclue le 30 juin 2017 et la sentence n'a pas été rendue publique. Selon le conseil de la Mongolie, le tribunal a rejeté la demande pour des motifs de compétence puisque la clause de règlement des différends du TBI limite la compétence aux « litiges qui impliquent le montant de la compensation au titre de l'expropriation »¹¹. Il est donc évident que le tribunal a adopté une interprétation étroite de la clause conventionnelle de règlement des différends prévue par la Chine, qui diffère de l'approche générale adoptée par le tribunal dans l'affaire *Tza Yap Shum* affirmé par le comité d'annulation.

3. *Ping An Life Insurance c. la Belgique*¹²

Dans le cadre des TBI de 1986 et 2009 conclus entre la Chine et l'Union économique belgo-luxembourgeoise (UEBL), les investisseurs chinois ont allégué que les plans de sauvetage d'entreprise mis en place par la Belgique à l'égard de Fortis Bank SA/NV (FBB) ont eu pour effet l'expropriation de leur investissement dans le groupe Fortis. Les deux TBI diffèrent fondamentalement en ce qui concerne les clauses visant le règlement des différends : le TBI de 1986 restreint l'arbitrage aux litiges relatifs au montant de la compensation au titre de l'expropriation, alors que le TBI de 2009 autorise les investisseurs, à leur discrétion, à soumettre les différends soit au tribunal compétent de l'État hôte, soit au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Les demandeurs ont soumis le différend au CIRDI, en s'appuyant sur le recours procédural prévu par le TBI de 2009 ainsi que sur les dispositions de fond prévues par le TBI de 1986.

En acceptant l'objection *ratione temporis* opposée par la Belgique en matière de compétence, le tribunal a conclu que « les recours plus étendus dans le cadre du TBI de 2009 » ne

s'appliquent pas aux « litiges antérieurs qui avaient été notifiés dans le cadre du TBI de 1986 mais non encore soumis à une procédure arbitrale ou judiciaire » (para. 231). Du point de vue du tribunal, l'interprétation relativement large proposée par les demandeurs permettrait aux investisseurs de se prévaloir de la clause générale de règlement des différends prévue par le TBI de 2009 pour intenter des poursuites en vertu du TBI de 1986, lequel limitait le champ d'application matériel du règlement des différends.

4. *Sanum Investments c. République démocratique populaire Lao*¹³

L'investisseur basé à Macao, Sanum, a allégué que les taxes imposées par le Laos ont privé son investissement dans l'industrie du jeu du Laos de plusieurs normes de protection garanties par le TBI Chine-Laos de 1993. En rejetant les objections juridictionnelles soulevées par le Laos, le tribunal a constaté que le TBI s'appliquait à Macao et qu'il avait compétence pour entendre les demandes d'expropriation de l'investisseur, à la suite de l'interprétation relativement large de la clause de règlement des différends dans l'affaire *Tza Yap Shum*.

Le Laos a eu gain de cause en contestant la compétence devant la Haute Cour de Singapour, qui a rejeté l'application du TBI à Macao et l'interprétation large proposée par le tribunal de la clause de règlement des différends prévue par le traité. Toutefois, la Cour d'appel de Singapour a infirmé la décision de la Haute Cour en tranchant en faveur de Sanum. L'investisseur et le Laos ont finalement accepté un règlement à l'amiable, mais l'investisseur a de nouveau entamé une procédure d'arbitrage devant le CIRDI contestant la conduite du Laos une fois le litige réglé¹⁴. L'affaire est en instance¹⁴.

5. *Beijing Urban Construction c. Yémen*¹⁵

Une entreprise chinoise d'État Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. (BUCG) reproche au Yémen, en vertu du TBI Chine-Yémen de 2002, de l'avoir privée illégalement de son investissement dans la construction d'un nouveau terminal de l'aéroport international de Sana. Le tribunal a rejeté l'objection du Yémen selon laquelle BUCG était un agent de l'État, après avoir examiné les faits spécifiques au contexte et constaté qu'il s'agissait d'une entreprise commerciale qui n'exerçait pas de fonctions gouvernementales. Le Yémen s'est également opposé à la compétence du tribunal en avançant l'argument d'une interprétation étroite de la clause de règlement du TBI. Le tribunal a cependant rejeté l'objection, en estimant que les termes « en ce qui concerne le montant de la compensation au titre de l'expropriation » dans la clause de règlement de différends doivent être interprétés de façon à « inclure des litiges relatifs à l'existence ou non d'une expropriation » (para. 87) puisqu'il favorise l'objet et l'objectif général du TBI. Cette affaire est actuellement en phase d'examen quant au fond et la décision est en cours.

Cas de RDIE impliquant la Chine en tant qu'État hôte

1. *Ekran Berhad c. Chine*¹⁶

Le premier cas connu de poursuites entamées à l'encontre de la Chine, dans le cadre du TBI Malaisie-Chine de 1990, implique un investisseur qui conteste la révocation par les autorités locales de la Zone économique spéciale de Hainan de son droit à l'exploitation de terres dans le cadre d'un bail au motif que l'exploitation de terrain par l'investisseur n'était pas conforme à la législation locale en la matière. Les parties ont convenu de suspendre l'affaire, qui n'a pas atteint l'étape de sentence.

2. *Ansung Housing c. Chine*¹⁷

Ansung Housing Co., Ltd, société privée constituée en vertu des lois de la République de Corée, a entamé la deuxième affaire contre la Chine, en vertu du TBI Chine-Corée de 2007. Ansung a reproché aux gouvernements locaux chinois d'avoir pris des mesures en violation de l'accord d'investissement en vue de l'exploitation d'un terrain de golf et des installations connexes, y compris des condominiums de luxe et d'un club-house.

La Chine a fait valoir que les demandes d'Ansung étaient prescrites car l'investisseur a introduit une demande d'arbitrage plus de trois ans après avoir pris connaissance de la perte ou du dommage. En tranchant en faveur de la Chine, le tribunal a fait valoir que « la période de prescription commence à courir à compter de la date à laquelle l'investisseur prend connaissance des pertes ou des dommages subis, et non à la date à laquelle il prend connaissance du montant de la perte ou du dommage » (para. 110).

Pour empêcher la prescription, Ansung a invoqué la clause de la nation la plus favorisée (NPF) du TBI, en faisant valoir que les délais de prescription dans d'autres TBI chinois ne sont pas limités à trois ans. Le tribunal a toutefois conclu que la clause relative à la NPF ne visait pas le consentement de l'État à l'arbitrage dans les litiges impliquant les investisseurs ni au délai de prescription relatif à l'arbitrage dans les litiges investisseur-État. Il a également souligné que le TBI offre une protection spécifique en vertu du principe de NPF concernant « l'accès de l'investisseur à la justice, aux tribunaux administratifs et aux autorités » sans faire référence au règlement international des litiges. Le tribunal a donc rejeté la demande pour défaut de compétence.

3. *Hela Schwarz c. la Chine*¹⁸

Le 21 juin 2017, un investisseur allemand a entamé la troisième affaire contre la Chine, dans le cadre du TBI Chine-Allemagne. L'avis d'arbitrage n'est pas public et on ne dispose que de peu d'informations sur cette affaire.

Observations finales sur les cas de RDIE impliquant la Chine

Compte tenu des flux importants d'IDE de la Chine, le nombre de cas de RDIE impliquant la Chine en tant qu'État d'origine ou d'accueil au cours de la dernière décennie est considérablement faible. Par conséquent, il est malaisé de formuler des observations définitives concernant les affaires RDIE impliquant la Chine.

Presque tous les affaires RDIE déjà jugées dénotent l'obstacle que les investisseurs chinois doivent franchir pour faire valoir leurs demandes en vertu des TBI de première génération prévoyant un consentement limité à l'arbitrage international. D'une part, l'interprétation relativement large adoptée dans l'affaire *Tza Yap Shum*, et ensuite dans les affaires *Sanum* et *Beijing Urban Construction*, réfutent la thèse selon laquelle la clause restrictive de règlement des différends prévue par les premiers TBI limite l'arbitrage aux litiges concernant le montant de la compensation en cas d'expropriation, offrant aux investisseurs chinois d'avantage de possibilités de soumettre les demandes d'expropriation à l'arbitrage. D'autre part, des interprétations étroites telles que celle adoptée dans l'affaire *Heilongjiang* pourraient limiter l'accès à l'arbitrage dans les cas où l'existence d'une expropriation a déjà été établie ou déclarée.

Au fur et à mesure que le nombre de cas d'IDE impliquant la Chine augmentent, les investisseurs chinois peuvent

s'appuyer sur des clauses larges d'arbitrage pour protéger leurs intérêts en matière d'investissement, ce qui donne lieu à des cas comme celui de l'affaire *Ping An*. Parallèlement, le succès de la défense dans des affaires telles qu'*Ansung* pourrait stimuler la confiance de la Chine dans le mécanisme de RDIE en tant qu'État d'accueil ayant statut de défendeur.

Le régime RDIE fait l'objet de vives critiques, en raison notamment de son impact sur le droit des États de réglementer dans l'intérêt public¹⁹. Plusieurs États appellent à la réforme du RDIE, par la création de mécanismes d'appel ou un tribunal d'investissement international permanent, en mettant l'accent sur le règlement des différends entre États ou en se tournant vers d'autres méthodes de règlement des différends²⁰. Dans ce contexte, il reste à voir si la Chine apportera son appui aux initiatives de réforme ou se bornera simplement à maintenir le statu quo.

Auteur

Dilini Pathirana est avocate (Sri Lanka); maître de conférences, Faculté de droit, Université de Colombo; et étudiante en doctorat en droit international, Faculté de droit international, Université chinoise des sciences politiques et du droit, Beijing, Chine.

Notes

1. Ikenberry, G. J. (2008). La montée de la Chine et l'avenir de l'Occident. *Affaires étrangères*, 87(1). Tiré de <https://www.foreignaffairs.com/articles/asia/2008-01-01/rise-china-and-future-west>. Huisken, R. (Ed.). (2009). *La montée de la Chine : pouvoir et réconfort*. Canberra : ANU E Press.
2. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2017). *Rapport mondial sur l'investissement 2017 : L'investissement et l'économie numérique*. New York et Genève : Nations Unies. Tiré de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf.
3. CNUCED. (2017). *Navgateur des accords internationaux en matière d'investissement*. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#ialInerMenu>.
4. Schill, S. W. (2007). Détruire la Grande Muraille : Les traités d'investissement nouvelle génération de la République populaire de Chine. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 15(1), 73 et seq.
5. Berger, A. (2008). *Le nouveau programme chinois de traités d'investissement bilatéraux : Principe, logique et implications pour la législation en matière d'investissement international*. Tiré de https://www.die-gdi.de/uploads/media/Berger_ChineseBITS.pdf.
6. Qingjiang, K. (2003). Traités bilatéraux d'investissement : L'approche et la pratique chinoises. In K. Sik, M. Masahiro, M. Pinto & S. Subedi (Eds.), *Annuaire asiatique du droit international 1998/1999*. Leiden, Boston : Martinus Nijhoff Publishers ; Shan, W., & Su, J. (Eds.). (2015). *La Chine et le droit international de l'investissement : vingt ans d'adhésion au CIRDI*. Leiden, Boston : Brill Nijhoff.
7. Trackman, L. (2015). Géopolitique, La Chine et l'Arbitrage investisseur-État. In L. Toohey, C. Picker & J. Greenacre (Eds.), *La Chine dans l'ordre économique international : Nouvelles orientations et changements de paradigmes*. New York : Cambridge University Press.
8. *Philip Morris Asia Limited c. The Commonwealth of Australia*, une affaire engagée au titre du TBI de Hong Kong-Australie de 1993, n'est pas couverte par cet article.
9. Señor Tza Yap Shum c. République du Pérou, Affaire CIRDI n° ARB/07/6. Tiré de <https://www.italaw.com/cases/1126>.
10. China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd. et Qinguangdaoshi Qilong International Industrial Co. Ltd. c. Mongolie, CNUDCI, Affaire CPA n° 2010-20. Tiré de <https://www.italaw.com/cases/279>.
11. Herbert Smith Freehills. (2017). *Arbitrages en matière d'investissement impliquant la Chine : trois développements récents*. Tiré de <http://hsfnotes.com/arbitration/2017/07/17/china-related-investment-arbitrations-three-recent-developments>.
12. Ping An Life Insurance Company, Limited et Ping An Insurance (Group) Company, Limited c. Gouvernement de la Belgique, Affaire CIRDI n° ARB/12/29. Tiré de <https://www.italaw.com/cases/3088>.
13. Sanum Investments Limited c. République démocratique populaire Lao, CNUDCI, Affaire CPA n° 2013-13. Tiré de <https://www.italaw.com/cases/2050>.
14. Sanum Investments Limited c. République démocratique populaire Lao, Affaire CIRDI n° ADHOC/17/1. Tiré de <https://www.italaw.com/cases/5776>.
15. Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. République du Yémen, Affaire CIRDI n° ARB/14/30. Tiré de <https://www.italaw.com/cases/5904>.
16. Ekran Berhad c. République populaire de Chine, Affaire CIRDI n° ARB/11/15. Tiré de <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/11/15>.
17. Ansung Housing Co., Ltd. c. République populaire de Chine, Affaire CIRDI n° ARB/14/25. Tiré de <https://www.italaw.com/cases/5391>.
18. Hela Schwarz GmbH c. République populaire de Chine, Affaire CIRDI n° ARB/17/19. Tiré de <https://www.italaw.com/cases/5973>.
19. Voir, par exemple, la Déclaration publique sur le régime d'investissement international, du 31 août 2010. Tiré de <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010>; Waibel, M., Kaushal, A., Chung, K.-H., & Balchin, C. (Eds.). (2010). *Réaction négative à l'égard de l'arbitrage en matière d'investissement : Perceptions et réalité*. Austin & Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International.
20. CNUCED. (2013, juin). Réforme du règlement des différends investisseur-État : à la recherche d'une feuille de route. *IIA Issues Note*, 2. Tiré de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf.

Traités d'investissement et évaluation interne des propositions de réglementation : Étude de cas du Canada

Gus Van Harten et Dayna Nadine Scott

article 3



La perspective de demandes formulées par des investisseurs étrangers à l'encontre des États dans le cadre du règlement des différends investisseur-État (RDIE) conduit-elle à un gel réglementaire ? Il est difficile de répondre à cette question parce que les informations sur les RDIE et la prise de décision du gouvernement ne sont généralement pas disponibles au public. Compte tenu du risque de réputation encouru par les gouvernements, il est probable que de telles informations ne soient pas accessibles au public lorsqu'elles impliquent des changements visant à apaiser les investisseurs étrangers.

Nous avons étudié la question – principalement dans le contexte de l'Ontario, au Canada – en interviewant 51 acteurs politiques, principalement des fonctionnaires des ministères ayant un mandat environnemental ou commercial, qu'ils soient en poste ou à la retraite. Notre étude visait à répondre à la question de savoir dans quelle mesure le RDIE a contribué aux changements dans le domaine de l'évaluation interne des décisions gouvernementales en matière de protection de l'environnement. Nous tenons à souligner que ce contexte peut différer suivant les juridictions et que, même pour l'Ontario, les résultats ne sont pas exhaustifs. Voici un résumé de nos principaux résultats, décrits en détail ailleurs dans cette étude¹.

1. Les ministères du gouvernement ont modifié leur processus de prise de décision pour tenir compte des préoccupations résultant des accords commerciaux et d'investissement, y compris le RDIE.

Il apparaissait clairement que les préoccupations liées aux accords commerciaux et d'investissement, y compris au RDIE, sont prises en compte dans les processus décisionnels des ministères en matière d'environnement. Par exemple, un avocat du gouvernement au sein du ministère de l'environnement dans l'Ontario a déclaré que c'est seulement après le début des années 2000 que des affaires concernant des litiges commerciaux lui ont été soumises dans le cadre de son poste. Interrogé sur la nature de ces litiges, l'avocat a pointé les dispositions prévues par l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et les dispositions RDIE en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), en soulignant que « le chapitre 11 est le plus souvent invoqué ». L'avocat a déclaré avoir examiné chaque année une ou deux, parfois trois ou quatre propositions de loi, de règlement ou de politique sur leur conformité avec la réglementation commerciale².

De même, dans une autre grande province canadienne, un responsable du ministère du commerce a déclaré que les mesures proposées dans cette province ont été examinées chaque année à plusieurs reprises sous l'angle de la conformité avec la réglementation commerciale et que le ministère du commerce disposait d'une équipe de douzaine de personnes pour ce faire. Les mesures examinées portaient notamment sur les modifications législatives, réglementaires ou politiques ou sur les politiques en vigueur et indiquaient que le RDIE était dans la ligne de mire³.

2. Le RDIE exerce une pression sur le processus de prise de décision du gouvernement en raison des risques financiers et politiques et des coûts d'opportunité qu'il implique.

Plusieurs personnes interrogées ont reconnu que les risques financiers liés au RDIE influent sur la prise de décision par le gouvernement dont la culture consiste généralement à éviter tout risque. Par exemple, interrogé sur les questions liées aux risques financiers découlant du RDIE, un conseiller politique au sein du ministère de l'environnement a déclaré : « Compte tenu de la nature de nos pratiques commerciales, éviter tout risque est juste le principe de base. Nous n'aimons pas prendre de risques avec les ressources des contribuables – les ressources qui appartiennent aux citoyens de l'Ontario. Nous prenons cela vraiment très au sérieux⁴ ». Un ancien conseiller politique du Cabinet de l'Ontario a déclaré qu'un risque de litige impliquant un risque de créance de quelques milliards de dollars serait envisagé « à la seconde même où il atterrit au cabinet du ministre ». Selon l'ancien conseiller : « Si vous êtes confronté à un risque de l'ordre de quelques milliards de dollars et à un risque important en rapport avec les poursuites, cela aura un impact considérable sur la décision⁵ ».

Le RDIE exerce également d'autres types de pression sur les gouvernements. Selon un ancien conseiller principal d'un ministère de l'environnement, les décideurs politiques envisagent les risques selon leur nature politique et non politique⁶ :

Concernant les risques de nature politique, il s'agit davantage de mener à terme un projet sur lequel ils travaillent et sur lequel ils misent leur capital politique. Quant aux risques de nature non-politique, il s'agit du gaspillage des ressources, du temps et de l'énergie investis dans un projet qui ne voit finalement pas le jour ou qui est perçu de manière négative, ou qui ne peut être réalisé qu'à moitié.

Plusieurs personnes interrogées ont souligné le risque de gaspillage de temps et de ressources, et les effets dissuasifs qui s'en suivent, en raison des RDIE^{2,7}. Nous avons également appris que les questions de commerce et d'investissement avaient plus de poids s'agissant de la prise de décision par un ministère qui a déjà été impliqué dans une affaire ALENA. Un ancien avocat d'un ministère fédéral de l'environnement a rappelé qu'à la fin des années 1990, l'affaire opposant Ethyl au Canada en vertu du chapitre 11 de l'ALENA avait pris le gouvernement fédéral au dépourvu⁸. Sur ce point, un ancien conseiller politique de haut niveau au département fédéral du commerce au moment de l'affaire Ethyl a déclaré que le recours a « vraiment effrayé les fonctionnaires qui, à mon avis, ont été très impressionnés par les contestations fondées sur le chapitre 11⁹ ». L'ancien conseiller a ajouté : « à mon avis, cela a amené les fonctionnaires à donner de très mauvais conseils car ils craignaient vraiment que quelle que soit l'efficacité de la politique mise en place, elle sera soumise à une sorte d'examen commercial et que le Canada n'aurait pas gain de cause ».

D'après les informations recueillies, les gouvernements peuvent réagir aux poursuites intentées à leur encontre dans le cadre des RDIE de manière à les rendre publiques, mais peuvent par la suite adapter leur prise de décision pour éviter les risques de RDIE en évaluant les propositions en interne. Par conséquent, les informations publiques sur l'impact du RDIE sur les gouvernements deviendraient moins disponibles une fois le choc initial passé¹⁰.

3. Le RDIE n'est pas un facteur prépondérant dans la prise de décision gouvernementale. Les pressions exercées par le RDIE peuvent être surmontées, en particulier dans le cas d'un fort engagement politique à l'égard d'une mesure proposée, doublée d'une capacité juridique permettant d'examiner de manière critique les prétendus risques du RDIE tout au long du processus d'élaboration des politiques.

Malgré son impact notable, le RDIE ne constitue pas pour le gouvernement un facteur dominant. D'autres considérations pourraient évincer ou surpasser les préoccupations en matière de RDIE. Le plus important parmi celles-ci, semble-t-il, serait l'engagement politique à « faire le bon choix », surtout si celui-ci concerne une proposition

bénéficiant d'un large soutien du public¹¹.

La loi de 2008 sur l'interdiction des pesticides utilisés à des fins esthétiques en vigueur dans l'Ontario – qui a restreint l'utilisation à des fins esthétiques des pesticides chimiques pour des raisons de santé et d'environnement – a été citée par plusieurs personnes interrogées comme un exemple de la façon dont l'engagement politique à l'égard d'une décision pourrait évincer toute préoccupation en matière de RDIE, même si la plupart ont également affirmé que l'acte n'aurait sans doute pas été adopté sans une impulsion politique et un soutien public sans réserve^{2, 6, 12}.

Dans le même ordre d'idées, nous avons appris que les risques RDIE pourraient être pris en compte avant que les propositions ne soient soumises aux décideurs politiques de haut niveau. Un ancien ministre de l'Ontario a déclaré qu'il s'attendait à ce que les préoccupations en matière de RDIE soient réglées en dehors du cabinet du ministre, en affirmant que les fonctionnaires pourraient en discuter et les avocats du gouvernement élaborer des propositions afin de limiter les risques commerciaux et les RDIE. Selon un ancien conseiller politique du Cabinet de l'Ontario⁵ :

À mon avis, si vous demandez à un quelconque ministre si le droit commercial est soumis à un gel, il est fort à parier qu'il répondra par la négative n'ayant probablement jamais vu une décision arriver sur son bureau.... Mais si vous posez la même question à un avocat honnête travaillant pour le gouvernement, chargé d'évaluer régulièrement les risques juridiques de ce genre, il répondra par l'affirmative.

Certaines personnes interrogées ont fait remarquer que les gouvernements peuvent minimiser les risques financiers liés au RDIE du moment que les montants concernés sont gérables. Certaines personnes interrogées ont qualifié un règlement de 15 millions de dollars canadiens dans une affaire ALENA contre le Canada de « petite monnaie » ou d'« erreur d'arrondi »¹³. Pourtant, cette opinion a été contredite par d'autres. Un ancien fonctionnaire d'un ministère de l'environnement nous a dit que « pour un ministère comme [le ministère de l'environnement], 15 millions de dollars canadiens représentent une somme importante », qu'il s'agisse du budget du ministère ou du montant général de recettes, parce que le ministère « ne peut pas être responsable d'imposer ce [coût] au système dans son ensemble ».

4. L'évaluation des risques commerciaux ou RDIE implique des choix de valeur. Les changements apportés aux processus décisionnels que nous avons analysés jusqu'à présent augmentent le rôle des « valeurs commerciales » et de la protection des investisseurs étrangers par rapport aux valeurs concurrentes.

Sans surprise, au sein du gouvernement les avis divergent concernant la manière d'établir la hiérarchie des intérêts des investisseurs étrangers dont les objectifs sont difficilement conciliables avec les objectifs en matière de santé ou d'environnement. En effet, il semblerait que certains fonctionnaires se servent de « valeurs commerciales » pour paravent aux priorités sanitaires ou environnementales. Un agent du commerce extérieur de l'Ontario nous a confié que certains fonctionnaires du ministère du commerce, en particulier au niveau fédéral, sont des « inconditionnels » des accords commerciaux et des effets qu'ils produisent. Les personnes interrogées ayant une expérience en matière de santé ou de réglementation de l'environnement ont exprimé une opinion similaire. Selon un expert en politique ayant à son actif une vaste expérience de la réglementation en matière environnementale au niveau fédéral¹⁴ :

... le gouvernement fédéral dispose d'une armée d'avocats spécialisés en droit commercial dont le travail consiste à déboucher ne serait-ce que l'ombre d'une pensée qui s'écarte des disciplines commerciales. Ils sont là pour écraser, car ce sont des inconditionnels de la libéralisation du commerce, tout ce qui ressemble de près ou de loin à un risque réel ... Ils faisaient office d'un marteau que les fonctionnaires du ministère du commerce étaient plus qu'heureux d'utiliser vis-à-vis des initiatives d'autres ministères.

En mettant de côté cette caractéristique de certains avocats spécialisés en droit commercial, les représentants des ministères du commerce au niveau de la province que nous avons interrogés semblent avoir une approche plus équilibrée et plus pragmatique, bien qu'ils soient toujours enracinés dans les valeurs commerciales. Ces fonctionnaires ont cité les principes de non-discrimination et la perte des avantages économiques pour les entreprises locales et se sont dits préoccupés par le fait que les lois étaient conçues à des fins économiques et déguisées en lois en matière d'environnement.

Cependant, d'autres fonctionnaires ont exprimé une opinion tout à fait différente selon laquelle les mesures environnementales sont généralement présentées sur le plan économique comme mesure de destruction d'emplois ou de discrimination en faveur de l'un ou l'autre intérêt économique.⁶ Quoiqu'il en soit, les objectifs environnementaux sont remis en cause par ceux qui affirment les valeurs commerciales. Un avocat du gouvernement qui semblait bien informé sur le droit commercial et les RDIE a déclaré qu'il n'existait pas de mesure environnementale « pure » qui ne comporte aucun impact économique², et plusieurs décideurs politiques ont déclaré que les initiatives environnementales ne verront pas le jour si elles ne s'accompagnent pas d'avantages économiques¹⁵.

Conclusion

Notre étude sur la prise de décisions en matière environnementale dans l'Ontario, au Canada, révèle que le RDIE exerce une pression sur les gouvernements pour qu'ils examinent les propositions réglementaires sous l'angle de leur impact sur les investisseurs étrangers, en particulier dans les bureaucraties réticentes à la prise de risque. L'effet dissuasif du RDIE semble être exacerbé par le coût de renoncement de la défense d'une mesure s'opposant aux demandes des investisseurs étrangers. Même lorsqu'ils sont mineurs, les litiges RDIE peuvent demander un important investissement en temps et en d'autres ressources. Les évaluations des risques du RDIE, souvent présentées sous forme de conseils juridiques ou techniques, peuvent conduire à caractériser les initiatives en matière d'environnement comme indûment nuisibles ou indûment bénéfiques pour l'économie et, partant, indésirables. Le fait que le RDIE permet aux investisseurs seuls de porter plainte augmente la prise en compte des intérêts de ces derniers, comparativement à ceux d'autres constituantes, dans la prise de décision au sein du gouvernement. À cet égard, nous pensons qu'il est prudent de conclure que le RDIE conduit à un gel réglementaire.

Auteurs

Gus Van Harten est professeur à la Faculté de droit Osgoode Hall de l'Université York qui se spécialise en droit international des investissements et en arbitrage investisseur-État. Dayna Nadine Scott est professeure agrégée à la Faculté de droit Osgoode Hall et à la Faculté d'études environnementales de l'Université York spécialisée dans le droit de l'environnement et la réglementation des risques.

Notes

- 1 Van Harten, G., & Scott, D. N. (2016). Les traités d'investissement et l'évaluation interne des propositions réglementaires : Étude de cas du Canada. *Journal of International Dispute Settlement*, 7(1), 92–116. Tiré de <https://doi.org/10.1093/jilids/idv031> ; Van Harten, G., & Scott, D. N. (2017, forthcoming). Les traités d'investissement et l'évaluation interne des propositions réglementaires : Une étude de cas du Canada (2ème partie). In A. K. Bjorklund (Ed.). *Yearbook on international investment law and policy*. Oxford : Oxford University Press.
2. Entretien avec AH (25 mars 2013).
3. Entretien avec BK, BL et BM (23 juin 2014).
4. Entretien avec BJ (28 mars 2014).
5. Entretien avec AX (22 novembre 2013).
6. Entretien avec AE (15 avril 2011).
7. Entretiens avec BH (24 mars 2014) et BP (14 juillet 2014).
8. Entretien avec AW (22 novembre 2013).
9. Entretien avec AM (8 octobre 2013).
10. Nous sommes reconnaissants à Andreas Follesdal concernant ce point.
11. Entretien avec AF (15 avril 2011).
12. Entretiens avec AL (4 octobre 2013) et BA (3 et 10 décembre 2013). Voir également Cooper, K., Bell-Pasht, K., Nadarajah, R., & McClenaghan, T.L. (2014). Seeking a regulatory chill in Canada : The Dow Agrosociences NAFTA Chapter 11 challenge to the Quebec Pesticides Management Code. *Golden Gate University Environmental Law Journal*, 7(1), 5, p. 31. Tiré de <http://digitalcommons.law.ggu.edu/gguelj/vol7/iss1/4>.
13. Entretien avec AD (15 avril 2011).
14. Entretien avec AG (14 avril 2011).
15. Entretien avec AU (15 novembre 2013).

Les investisseurs étrangers peuvent-ils être tenus responsables des violations des droits humains ?

Droit international des droits humains et au-delà

Carlos Andrés Sevilla Albornoz

article 4



L'idée selon laquelle les multinationales peuvent commettre des violations des droits humains ne semble pas irréaliste. En Équateur, par exemple, l'extraction de pétrole par Chevron et la mauvaise gestion des déchets toxiques nuisent à l'environnement naturel du pays et à la santé et à l'intégrité des communautés équatoriennes.

En réaction aux dommages causés par les multinationales, les États hôtes se sont retrouvés face au défi de protéger leurs citoyens et ont développé des instruments juridiques en vue d'établir la responsabilité des entités étrangères en matière de violations des droits humains. Certains États, tels que l'Équateur, ont légalement établi que toute entité privée, y compris des sociétés étrangères, peuvent être tenues responsable des violations des droits humains en vertu du droit interne devant des tribunaux nationaux. Plus récemment, les États ont discuté d'un potentiel instrument des droits humains directement applicable aux entités privées.

Cet article explique les bases des obligations des États en vertu du droit international des droits humains et les moyens qui peuvent être utilisés à l'encontre des investisseurs étrangers – y compris des multinationales et d'autres entités privées – pour engager leur responsabilité en matière de violations des droits humains.

1. Quelles sont les obligations envers les États en vertu des traités internationaux relatifs aux droits humains ?

Les constitutions garantissent des droits que l'État doit respecter. La plupart de ces droits résultent de la ratification de traités multilatéraux relatifs aux droits humains conclus sous les auspices des Nations Unies, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et d'autres traités conclus dans des cadres régionaux tels que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH) et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). En vertu de ces instruments internationaux, les États sont tenus de respecter et de garantir les droits humains des personnes sur leurs territoires, et adapter leurs systèmes juridiques en interdisant toute discrimination.

L'obligation de *respect* des droits humains exige que l'État et ses agents s'interdisent toute violation des

droits humains², « directement ou indirectement, que ce soit par une action ou une omission »³. En revanche, l'obligation de garantir les droits humains « exige que l'État prenne les mesures nécessaires pour que toutes les personnes soumises à la juridiction de l'État soient en mesure de les exercer et d'en jouir »⁴. Comme l'ont expliqué les juges de la Cour interaméricaine des droits humains, cette obligation implique le devoir des États d'organiser l'ensemble de l'appareil gouvernemental et, en général, l'ensemble des structures par lesquelles s'exercent les prérogatives de puissance publique, de sorte que ceux-ci soient en mesure d'assurer légalement le libre et plein exercice des droits humains⁴.

Lorsque les instruments internationaux relatifs aux droits humains entrent en vigueur sur le territoire d'un État, ils font partie de la loi nationale dudit État. Par conséquent, l'État doit élaborer le contenu de chaque droit dans sa législation nationale, conformément à l'obligation d'*adaptation juridique*. Ce faisant, les États disposent d'une marge d'appréciation leur permettant de choisir les mécanismes appropriés visant à garantir les droits humains⁵. Étant donné que la protection internationale des droits humains reflète « un caractère conventionnel ou une protection complémentaire à celle offerte par le droit interne des États »⁶, la marge d'appréciation fonctionne également comme un système permettant d'établir le lien entre le droit interne et le droit international, appliqué à l'exécution des obligations en vertu du traité.

L'obligation de *non-discrimination* est liée à l'obligation de respect et de garantie : chaque État doit respecter et garantir les droits des personnes relevant de sa juridiction « sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la naissance ou tout autre statut »⁷.

2. Que se passe-t-il lorsque les États ne respectent pas leurs obligations en matière de droits humains ?

Si une violation des droits humains se produit dans un État qui s'est engagé à respecter et à garantir ces droits dans le cadre de l'un des régimes régionaux relatifs aux droits humains ou le régime des Nations Unies, la victime peut faire valoir ses droits devant une instance internationale, tel que la Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ou la Cour européenne des droits de l'homme, susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État relative à cette violation. Une fois la procédure judiciaire terminée, l'autorité internationale compétente en matière de droits humains pourrait sanctionner l'État. Dans le cadre du régime interaméricain, par exemple, l'État pourrait être sanctionné pour ne pas avoir « empêché, enquêté et puni toute violation des droits consacrés par la Convention »⁴.

Étant donné que les États concluent les instruments internationaux relatifs aux droits humains, ils sont tenus de les appliquer, en assumant le rôle de garants des droits humains et en endossant la responsabilité en cas de violation de ces droits. Cela explique également pourquoi, entre autres, d'aucuns peuvent affirmer que

les entités privées ne peuvent être tenues responsables des violations des droits humains en vertu du droit international relatif aux droits humains en vigueur.

3. En vertu du droit international relatif aux droits humains, que se passe-t-il si une entité privée commet une violation des droits humains ?

Les obligations des États en matière de droits humains mentionnées ci-dessus constituent des bases permettant d'engager la responsabilité des États s'agissant des actes commis par des entités privées. En vertu de l'obligation de garantir le respect des droits humains, les États doivent prévenir, enquêter et sanctionner toute violation des droits humains sur leur territoire afin d'éviter que leur responsabilité ne soit engagée au niveau international. Lorsque la loi nationale établit des obligations en matière de droits humains visant les entités privées, toute violation des droits humains par une entité privée implique qu'en absence de sanction ou de réparation, l'État devra répondre de l'absence de la protection desdits droits⁸. Cela vaut également pour l'obligation légale d'adaptation à laquelle les États sont tenus⁹.

Par conséquent, en présence d'actions ou d'omissions imputables aux particuliers, les violations des droits humains « sont elles aussi susceptibles d'être considérées comme des 'faits de l'État' et d'engendrer une responsabilité internationale si elles constituent l'occasion d'un manquement à une obligation internationale »¹⁰. Les traités relatifs aux droits humains permettent de prendre certaines décisions au niveau national, dont l'une est la définition de la responsabilité des individus en matière de violations des droits humains.

4. Comment les États peuvent-ils s'assurer que les investisseurs étrangers répondent des violations des droits humains ?

Pour établir leurs activités à l'étranger, les investisseurs doivent formaliser leur fonctionnement dans le pays hôte. Ils doivent se conformer aux procédures légales en matière de domiciliation ou d'établissement de la société en vertu des lois de l'État hôte. Par conséquent, la société acquiert des droits et des obligations en vertu du droit interne du pays hôte, notamment en vertu de la constitution de l'État.

Pour se conformer à l'obligation de respecter et de garantir les droits humains, les États disposent d'une marge d'appréciation qui leur permet de décider de la manière de garantir lesdits droits. Conformément à leurs obligations consacrées par des traités relatifs aux droits humains, les États peuvent adopter une législation garantissant que la responsabilité des entités privées, qu'elles soient nationales ou étrangères, soit engagée en cas de violation par ces dernières des droits humains.

5. Ces mesures sont-elles suffisantes ?

Bien que le fait de s'assurer que les entités privées répondent des violations des droits humains commises en vertu du droit interne constitue une étape très importante franchies par les États il est cependant nécessaire d'examiner si cette mesure est suffisante pour empêcher les investisseurs étrangers de commettre des violations des droits humains. Les actes de corruption pratiqués par des multinationales économiquement puissantes peuvent nuire aux systèmes juridiques de nombreux pays. Les multinationales

peuvent s'exonérer de la responsabilité à travers leurs structures d'entreprise et la suppression des actifs dans le pays. Il existe aussi des risques résultant du déséquilibre économique entre les multinationales et les victimes, qui sont souvent des personnes et des communautés pauvres. C'est pourquoi d'autres initiatives sont à présent envisagées afin d'assurer la protection des droits humains. En ce sens, certains pays du Sud ont présenté au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies une initiative visant à créer un instrument international contraignant en matière de violations des droits humains par des multinationales, actuellement en cours de négociation¹¹.

L'approche que les États adopteront pour établir la responsabilité internationale des multinationales dans cet instrument n'est pas encore précisée. S'il est couronné de succès, cet instrument pourrait faire progresser la protection des droits humains à l'échelle internationale et étendre la responsabilité des États aux entreprises privées et permettre d'adopter à l'échelle internationale, le type d'initiatives nationales adoptées en Équateur. Il pourrait contribuer également à établir une nouvelle relation entre l'investissement direct étranger et la protection des droits humains, en créant de nouvelles normes et règles de conduite contraignantes pour les multinationales.

Auteur

Carlos Andrés Sevilla Albornoz est un avocat équatorien et conseiller juridique à la Division de la réglementation et des différends internationaux au ministère du commerce extérieur de l'Équateur. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de son auteur et ne correspondent pas nécessairement à celles du gouvernement.

Notes

1. L'article 41 de la loi organique de l'Équateur sur les garanties juridictionnelles et le contrôle constitutionnel permet à toute personne d'entamer une action auprès de la Cour constitutionnelle à l'encontre d'une entité privée en cas de survenance d'une blessure grave et lorsque la personne concernée se trouve dans un état de subordination ou d'absence de voie de recours dans un conflit économique, culturel ou religieux ou l'opposant à tout autre pouvoir. Tiré de <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2015/05/LEY-ORGANICA-DE-GARANTIAS-JURISDICCIONALES-Y-CONTROL-CONSTITUCIONAL.pdf>.
2. Gross, H. (1991). *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*. Santiago : Editorial Jurídica de Chile, p. 16.
3. *Id.*, p. 65.
4. Velásquez Rodríguez c. Honduras Case, 1989 Cour interaméricaine des droits de l'homme (ser. C) n° 4 (29 juillet 1988). Tiré de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf.
5. Contreras, P. (2014). Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ius et Praxis Año 20*, No. 2. Tiré de <http://www.scielo.cl/pdf/iuetsp/v20n2/art07.pdf>.
6. Déclaration universelle des droits de l'homme, G.A. Res. 217A, U.N. GAOR, 3rd Sess., 1st plen. mtg., U.N. Doc. A/RES/47/135/Annex (Dec. 12, 1948). Tiré de [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)).
7. Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969. Tiré de <https://www.cidh.oas.org/basicos/french/c.convention.htm>.
8. Courtis, C. (2005). La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. Baigún, D., & Argibay, C. (Coords.). *Estudios sobre justicia penal*. Buenos Aires : Editores del Puerto, p. 817.
9. Medina, C. (2005). *La Convención Americana: Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago : Centro de DDHH de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. p. 18.
10. Commission du droit international des Nations Unies. (1971). *Troisième rapport sur la responsabilité de l'État, rédigé par M. Roberto Ago, rapporteur spécial : La responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*. ONU. Doc. A/CN.4/246 and Add.1-3, para. 186. Tiré de http://legal.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_246.pdf.
11. U.N. HRC Res. 26/9, Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises commerciales relatif aux droits de l'homme, U.N. Doc. A/HRC/RES/26/9 (July 14, 2014). Tiré de http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9. Voir également : Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. (2017). *Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les entreprises transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme*. Tiré de <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTrans-Corp/Pages/IGWGOntNC.aspx> ; Déclaration au nom d'un groupe de pays à la 24e session du Conseil des droits de l'homme concernant les sociétés transnationales et les droits de l'homme, Genève, septembre 2013. Tiré de : <http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/09/DECLARACION.pdf>.

nouvelles en bref

Le Canada, le Mexique et les États-Unis entament les premières sessions de renégociation de l'ALENA

À la suite de l'initiative du président américain Trump visant à renégocier l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), la première session de négociations s'est tenue à Washington, DC du 16 au 20 août 2017 et la deuxième à Mexico du 1er au 5 septembre 2017. **Des étapes supplémentaires sont prévues** pour 23 à 27 septembre 2017 au Canada et octobre 2017 aux États-Unis.

Le 17 juillet 2017, le représentant spécial au commerce extérieur américain (USTR) a publié les **objectifs de négociation**. En ce qui concerne l'investissement, il s'agit de « réduire ou d'éliminer les obstacles aux investissements américains dans tous les secteurs » et de garantir les droits des investisseurs américains dans les pays de l'ALENA » tout en veillant à ce que les droits des pays de l'ALENA investissant aux États-Unis ne soient pas plus étendus que ceux des investisseurs nationaux ». Il semblerait que l'USTR prépare également une **proposition exigeant que les pays de l'ALENA adhèrent** au mécanisme de règlement des différends investisseur-État (RDIE).

Le 14 août 2017, la ministre canadienne des Affaires étrangères, Madame Chrystia Freeland, a souligné les **objectifs fondamentaux du Canada**. Elle a déclaré que « l'ALENA devrait être progressif » et inclure des dispositions strictes sur le travail, l'environnement, l'égalité entre les genres et les peuples autochtones. La ministre a également insisté sur le besoin de réformer le RDIE « afin de garantir aux gouvernements le droit inattaquable de réglementer dans l'intérêt public ».

Rapport sur le financement de l'arbitrage international par les tiers soumis à la consultation publique

Le Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA)-Queen Mary Task Force sur le financement de l'arbitrage international par les tiers a **soumis** son **projet de rapport** à la consultation publique. Le chapitre huit du projet de rapport porte sur le financement par des tiers de l'arbitrage des investissements. Les commentaires peuvent être adressés à tpftaskforce@arbitration-icca.org d'ici le 31 octobre 2017.

Le Groupe de travail vise à promouvoir le dialogue multilatéral sur les questions en rapport avec le financement de l'arbitrage international par des tiers et sur une meilleure cohérence dans le traitement de ces questions au niveau international. Le groupe est composé de plus de 50 membres représentant plus de 20 juridictions, parmi lesquels figurent des arbitres, des représentants du gouvernement, des praticiens de l'arbitrage, des universitaires et des bailleurs de fonds tiers.

HKIAC sollicite des commentaires sur les dispositions relatives à l'arbitrage des investissements prévues par les règles révisées

Le Comité de révision des règles du Centre international d'arbitrage de Hong Kong (HKIAC) a **solicitée** une consultation publique concernant la **proposition d'amendements** du règlement d'arbitrage de 2013, administré par le HKIAC. Il souhaite également connaître l'opinion sur l'inclusion éventuelle de dispositions expresses applicables à l'arbitrage des traités d'investissement et sur le type de dispositions à inclure. Les commentaires peuvent être adressés à rules@hkiac.org d'ici le 2 octobre 2017.

L'UE lance une consultation sur la prévention et le règlement des différends intracommunautaires en matière d'investissement

Le 31 juillet 2017, la Commission européenne a **lancé** une Consultation publique sur la prévention et la résolution amiable des différends entre investisseurs et autorités publiques au sein du marché intérieur. Selon Valdis Dombrovskis, le vice-président de la Commission responsable de la stabilité financière, des services financiers et du syndicat des marchés financiers, il s'agit de déterminer si l'établissement d'un cadre de règlement des différends « permettant d'éviter de faire perdre du temps et

de l'argent à la fois aux investisseurs de l'UE et aux autorités nationales » paraît opportun.

La consultation vise à recueillir des éléments de preuve sur la nécessité d'un tel cadre, ses caractéristiques souhaitables et sur la nécessité d'une plus grande clarté en matière de droits des investisseurs de l'UE. Parmi les options politiques envisagées dans **les Analyses d'impact initiales** figure l'établissement d'un réseau de « Points de contact d'investissement », un cadre juridique de médiation au sein de l'UE et des organismes permanents de médiation dans chaque État membre. Le **questionnaire est ouvert** jusqu'au 3 novembre 2017.

La CNUDCI s'est vu confier le mandat pour travailler sur la réforme du RDIE. La Convention sur la transparence entrera en vigueur le 18 octobre 2017

Le 14 juillet 2017, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a **chargé** son Groupe III de travail de se pencher sur la réforme éventuelle du règlement des différends investisseur-État (RDIE). Le groupe aura pour tâche d'identifier les préoccupations relatives au RDIE, d'examiner si la réforme est souhaitable et, dans l'affirmative, d'élaborer des recommandations en ce sens. Les discussions débiteront lors de la **34ème** session du groupe de travail, qui aura lieu à Vienne entre le 27 novembre et le 1er décembre 2017, et devraient bénéficier de l'expertise de toutes les parties prenantes.

En 2013, la CNUDCI a adopté les **Règles sur la transparence** dans l'arbitrage investisseur-État fondé sur un traité, applicables aux poursuites entamées conformément aux règles d'arbitrage de la CNUDCI et fondées sur des traités d'investissement conclus depuis le 1er avril 2014. La Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage des investisseurs et des États fondée sur les traités, élaborée avec la participation de la CNUDCI, fournit un mécanisme d'adhésion aux États qui souhaitent étendre l'application de ces règles de transparence aux cas prévus aux traités conclus avant le 1er avril 2014. La **Convention sur la transparence** entrera en vigueur le 18 octobre 2017.

L'accord de libre-échange entre l'Union européenne (UE) et le Canada (CETA) va être appliqué provisoirement à partir du 21 septembre 2017

Après la ratification le 17 mai 2017 par le Canada de l'Accord économique et commercial global (AECG), le Canada et la Commission européenne **ont fixé de commun accord** la date de début de l'application provisoire de l'accord au 21 septembre 2017. **Comme indiqué dans ITN**, les dispositions relatives à la protection des investissements entreront en vigueur une fois l'accord ratifié par l'ensemble des États membres de l'UE.

L'UE et le Japon parviennent à un accord de principe sur l'APE, la question de RDIE reste ouverte

L'Union européenne et le Japon **ont annoncé** le 6 juillet 2017 être parvenus à un **accord de principe** sur les principaux éléments d'un accord de partenariat économique (APE). En cours de négociation depuis 2013, le traité comprendra un engagement spécifique envers l'Accord de Paris sur les changements climatiques. Bien que les négociations ne soient pas encore achevées, les partenaires de négociation ont **publié certains textes** couverts par l'accord de principe – y compris les chapitres sur **le développement durable** et **la libéralisation des investissements** – uniquement à titre d'information.

La protection des investissements ne relève pas de l'accord de principe car les partenaires de négociation ne peuvent s'entendre sur la question du règlement des différends en matière d'investissement. La Commission européenne, qui a proposé son Système réformé de cour des investissements (ICS) au Japon, a **précisé que** « dans aucun cas les dispositions de l'ancien RDIE ne devraient être incluses dans l'accord ». Les partenaires de négociation s'efforcent d'achever les négociations d'ici la fin de 2017.

sentences et décisions

L'ensemble des demandes formulées par Isolux Infrastructure Pays-Bas à l'encontre de l'Espagne ont été rejetées *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. le Royaume d'Espagne, Affaire CCS n° V2013/153* **Claudia Maria Arietti Lopez**

Un tribunal arbitral administré par l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) a rejeté toutes les demandes introduites à l'encontre de l'Espagne par Isolux Infrastructure B.V. (Isolux). L'affaire a été portée devant le tribunal en 2013 en vertu du Traité de la Charte de l'énergie (TCE).

Les faits et les recours

Isolux, société de droit néerlandais constituée en 2012, a entamé un arbitrage en tant qu'actionnaire majoritaire de plusieurs sociétés espagnoles, parmi lesquelles Grupo T-Solar Global S.A (T-Solar) qui contrôle T-Solar Global Operating Assets S.L. (TGOA). TGOA et Tuin Zonne Origen S.L.U., détenaient à leur tour la majorité des parts dans 117 entreprises espagnoles, propriétaires de centrales solaires photovoltaïques situées en Espagne.

Isolux a affirmé avoir investi en Espagne, attiré par sa promesse de maintenir sur le long terme un tarif de rachat (FIT) visant la production d'électricité photovoltaïque lui permettant de bénéficier d'un régime spécial, qui a ensuite été supprimé en violation de l'article 10 du TCE, relatif au traitement juste et équitable (TJE). Isolux a également reproché à l'Espagne d'avoir enfreint l'article 13 du TCE (expropriation) au motif que la suppression du régime spécial a détruit la valeur économique de son investissement. Isolux a demandé une compensation de 80 million d'euros.

Le tribunal accueille l'objection quant à la compétence fondée sur la suppression de mesures fiscales

Avant d'examiner le fond, le tribunal a rejeté toutes les objections d'ordre juridictionnel formulées par l'Espagne, à l'exception d'une seule, concernant l'introduction par l'Espagne en décembre 2012, de la taxe sur la valeur de la production d'électricité (TVEP). L'Espagne a fait valoir que cette mesure était exclue de la demande formulée en vertu de l'article 21(1) du TCE.

Pour décider si une mesure fiscale était couverte par la disposition litigieuse, le tribunal s'est d'abord attaché à déterminer si la taxe avait pour seul objectif d'établir un nouvel impôt, c'est-à-dire si elle avait été adoptée en toute bonne foi. Le tribunal a constaté qu'Isolux n'est pas parvenu à prouver que la TVEP n'a pas été adoptée en toute bonne foi. Par conséquent, il a conclu qu'il n'était pas compétent pour connaître des demandes concernant les violations présumées du TCE en raison de l'imposition de la TVEP.

L'Espagne n'a pas commis de violation de son obligation de réserver un TJE aux investissements d'Isolux

Isolux a reproché à l'Espagne d'avoir créé des attentes légitimes découlant de son cadre réglementaire concernant les FIT à long terme et qu'elle a porté atteinte aux dites attentes légitimes en supprimant et en remplaçant le régime spécial.

Dans le cadre de sa prise de décision, le tribunal a examiné la sentence dans l'affaire *Perenco c. Équateur* pour déclarer que « l'aspect central de l'analyse d'une violation alléguée de la norme TJE sont les attentes raisonnables de l'investisseur concernant le traitement futur de son investissement par l'État hôte » (para. 777).

Le tribunal a établi que, pour déterminer s'il y avait eu violation du principe de TJE, il fallait d'abord déterminer si,

au moment de la réalisation de l'investissement, le cadre réglementaire en vigueur permettait à Isolux de nourrir des attentes légitimes que celui-ci ne serait pas modifié, comme il l'a été par la suite. Le tribunal a conclu que tel n'était pas le cas, car lorsque la société Isolux a décidé d'investir en Espagne (le 29 octobre 2012), le cadre réglementaire relatif aux énergies renouvelables avait déjà été modifié et faisait l'objet de plusieurs études qui ont rendu sa modification inévitable. Par conséquent, aucun investisseur ne pouvait s'attendre raisonnablement à ce que le cadre réglementaire reste inchangé.

En outre, le tribunal a constaté qu'Isolux disposait des connaissances spécifiques qui ne lui permettaient pas d'avoir une attente légitime quant à l'application du principe de TJE tout au long du cycle de vie des installations. Dans un recours administratif déposé par Isolux Corsan S.A., la société mère du groupe Isolux, devant la Cour suprême espagnole, Isolux Corsan S.A., fait expressément référence à la jurisprudence de la Cour suprême établissant que la seule limite au pouvoir du gouvernement à modifier le cadre réglementaire est la garantie d'un rendement raisonnable prévue par la loi régissant le secteur de l'énergie. Cela a été ratifiée par la décision de la Cour suprême dans cette affaire, et notifiée à Isolux Corsan S.A. en septembre 2012. Le tribunal a constaté que l'Espagne n'avait pas commis de violation de son obligation en matière de TJE concernant les investissements d'Isolux, car, au moment de la prise de décision d'investir en Espagne, Isolux avait connaissance de la jurisprudence permettant au gouvernement de modifier le cadre réglementaire tout en garantissant à l'investisseur un retour raisonnable sur investissement.

L'Espagne n'a pas commis d'acte d'expropriation indirecte de l'investissement d'Isolux

Isolux a reproché à l'Espagne d'avoir exproprié indirectement son investissement, qui consistait en sa participation dans T-Solar et dans les rendements des activités commerciales de T-Solar. L'Espagne a soutenu que l'investissement d'Isolux devrait être limité à sa participation dans T-Solar et à la participation indirecte qu'il aurait pu avoir, par l'intermédiaire des filiales de T-Solar, dans des sociétés holding des installations.

Le tribunal a estimé que, conformément à l'article 13 du TCE, Isolux avait réalisé des investissements et avait droit à une protection contre toute violation substantielle par l'Espagne de sa participation dans T-Solar, ce qui impliquait la protection de la propriété des actions et de leur valeur. Pour déterminer s'il y a eu expropriation, le tribunal a établi qu'il fallait déterminer si le rendement d'Isolux avait été impacté par des mesures prises par l'Espagne et si sa baisse était suffisamment importante pour être assimilée à une expropriation indirecte.

Les parties ont convenu d'utiliser le critère appliqué dans l'affaire *Electrabel c. la Hongrie* pour déterminer si les mesures prises par l'Espagne ont eu un effet expropriatoire. Selon ce critère, pour conclure à une expropriation, le tribunal doit conclure à « une privation substantielle, radicale, sévère, dévastatrice ou fondamentale de droits ou d'un anéantissement virtuel, d'une neutralisation réelle ou d'une destruction de facto de l'investissement, de sa valeur ou de sa jouissance » (para. 837).

Compte tenu de ce qui précède, le tribunal a jugé que l'ampleur de l'impact des mesures prises par l'État hôte sur les droits ou les actifs de l'investisseur devait être tel que son investissement perdait toute ou une partie

considérable de sa valeur et que cette perte pouvait être assimilée à une privation de propriété. Par conséquent, le tribunal a estimé qu'il était nécessaire d'évaluer si les mesures prises par l'Espagne entraînaient une perte de rentabilité des installations dont l'ampleur pourrait affecter sensiblement l'investissement.

L'Espagne a versé au dossier un rapport élaboré par Deloitte en mai 2011, initialement présenté par Isolux Corsan S.A. et les sociétés du groupe T-Solar devant la Cour suprême espagnole. Le rapport indique que la prévision de rentabilité des usines était de 6,19 pour cent, tandis que le bénéficiaire enregistré par Isolux à la suite de la mise en œuvre par l'Espagne des mesures prétendument expropriatoires, était de 7,19 pour cent après impôts.

À la lumière du rapport, le tribunal est parvenu à la conclusion selon laquelle Isolux ne pouvait pas prétendre que son investissement avait été exproprié puisque sa rentabilité au moment des faits était supérieure à 6,19 pour cent. Le tribunal a estimé que, pour que la privation soit considérée comme substantielle et significative pour étayer l'expropriation, la rentabilité d'Isolux devrait être inférieure à 6,19 pour cent.

Sur la base de ce qui précède, le tribunal a conclu à l'absence d'expropriation de l'investissement d'Isolux, la perte enregistrée n'étant ni conséquente, ni radicale.

Coûts

Le tribunal a décidé de la prise en charge des frais et dépens d'arbitrage par Isolux à hauteur de 70 pour cent et par l'Espagne à hauteur de 30 pour cent restants.

Opinion dissidente de l'arbitre Santiago Tawil

Selon Tawil, une atteinte aux attentes légitimes survient lorsqu'un investisseur respecte toutes les exigences de la loi de l'État hôte pour obtenir un avantage spécifique et l'État hôte refuse par la suite cet avantage à l'investisseur. Il a conclu que, même si l'Espagne avait le droit de modifier ou de supprimer le régime spécial, l'élimination de l'avantage accordé à Isolux dans le cadre de ce régime spécial sans qu'une compensation adéquate ne lui soit versée, constitue une violation des attentes légitimes de l'investisseur et, par conséquent, de la clause TJE du TCE.

Remarques : Le tribunal était composé de Yves Derains (arbitre président nommé par le CCN, de nationalité française), Guido Tawil (nommé par le demandeur, de nationalité argentine) et Claus von Wobeser (nommé par le défendeur, de nationalité mexicaine). La sentence du 11 juillet 2016 est disponible en espagnol à <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf>.

L'Argentine condamnée à payer plus de 320 millions USD au titre de l'expropriation illégale dans une affaire impliquant des compagnies aériennes
Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República argentina, Affaire CIRDI n° ARB/09/1
Maria Florencia Sarmiento

Statuant à la majorité, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a jugé l'Argentine responsable de l'expropriation illégale et de la violation du principe de traitement juste et équitable (TJE) dans une affaire impliquant des compagnies aériennes argentines et a accordé plus de 320 millions USD de dommages et intérêts.

Faits et recours

Trois entreprises espagnoles – Teinver S.A., Transportes de

Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. – ont engagé des poursuites contre l'Argentine dans le cadre du traité bilatéral d'investissement Argentine-Espagne (TBI). Le différend est né des mesures mises en œuvre par l'Argentine visant les investissements des demandeurs dans deux compagnies aériennes argentines : Aerolíneas Argentinas S.A. et Austral-Cielos del Sur S.A.

En 2001, Air Comet, la filiale espagnole des demandeurs a fait l'acquisition d'Interinvest, une société intermédiaire argentine détenant la majorité du capital des compagnies aériennes qu'elle exploitait. En juillet 2008, l'Argentine et les trois sociétés demanderesse ont conclu un contrat d'achat des deux compagnies aériennes, qui prévoyait que le prix serait fixé par deux évaluateurs différents nommés par chaque partie, ou par un troisième évaluateur neutre, si les parties ne parvenaient pas à se mettre d'accord. L'Argentine a refusé l'évaluation réalisée par les investisseurs et par l'évaluateur neutre et a décidé qu'une expropriation formelle basée sur une méthode d'évaluation différente était l'unique moyen de poursuivre l'exploitation des compagnies aériennes.

Les demandeurs ont entamé une procédure d'arbitrage en décembre 2008 en alléguant que l'Argentine avait violé le TBI, le droit international et le droit argentin en expropriant illégalement leur investissement et en ne leur accordant pas un TJE, pour ne citer que ces deux violations.

L'Argentine a affirmé que la détérioration de la situation financière ayant finalement conduit à l'insolvabilité des compagnies aériennes, était due à la mauvaise gestion par les demandeurs. Elle a également formé une demande reconventionnelle en vue d'obtenir des dommages-intérêts au titre des pertes encourues en raison du mauvais état des compagnies aériennes au moment de l'expropriation, prétendument dû à l'incapacité des demandeurs de faire preuve de diligence raisonnable.

Le tribunal a conclu à la violation des clauses relatives au TJE et à l'expropriation et a rejeté la demande reconventionnelle

Les demandeurs ont allégué que l'Argentine a pris une série de mesures et a ainsi violé les clauses relatives à l'expropriation et au TJE.

Premièrement, il s'agissait d'examiner la prétendue incapacité de l'Argentine à fixer des tarifs aériens économiquement viables. Les demandeurs ont déclaré que l'Argentine établissait des tarifs aériens trop bas, compromettant ainsi leur droit à un retour sur investissement raisonnable. Après avoir examiné le droit argentin, le tribunal a conclu que les compagnies aériennes bénéficiaient d'un droit substantiel d'établir des tarifs économiquement viables et que, si ces tarifs étaient inférieurs à un seuil raisonnable, elles pouvaient prétendre à une indemnisation en vertu du droit interne. Le tribunal a souligné en outre que les augmentations de prix des billets d'avion ne correspondaient pas aux augmentations des coûts engagés par les compagnies aériennes.

Deuxièmement, la question était de savoir si la faible rentabilité de l'investissement était due à la mauvaise gestion par les demandeurs ou à l'incapacité de l'Argentine à établir des tarifs aériens économiquement viables. Le tribunal a conclu que, si certaines critiques formulées par l'Argentine à l'encontre des demandeurs quant à la faible performance et son impact probable sur l'investissement semblaient justifiées, l'impact des faibles tarifs aériens sur les bénéfices, était quant à lui, réel (para. 637). Il a jugé cependant que la manière de fixer les tarifs adoptée par l'Argentine et son

refus de les augmenter entre 2001 et 2008, ne constituaient pas une violation du principe de TJE.

Pour répondre à l'allégation selon laquelle l'Argentine aurait commis une violation du principe de TJE en contrariant les attentes légitimes des investisseurs, le tribunal a procédé à l'examen des termes du traité à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il a estimé que « même si le terme 'attentes légitimes' ne figure pas dans le traité, le principe de traitement juste et équitable s'entend de l'obligation d'un État à ne pas contrarier les attentes légitimes d'un investisseur » (para. 667). Le tribunal a conclu que, nonobstant l'interprétation précitée, les demandeurs ne pouvaient pas raisonnablement nourrir les attentes revendiquées, compte tenu de l'état de l'économie argentine et des difficultés financières rencontrées par les compagnies aériennes au moment de la réalisation de l'investissement.

En résumé, le tribunal considère que la seule violation imputable à l'Argentine est son refus de se conformer à la méthode d'évaluation en vue de l'acquisition des participations d'Interinvest dans les compagnies aériennes, comme le prévoyait l'accord d'achat conclu en juillet 2008 (para. 857).

Pour étayer sa demande d'expropriation, l'Argentine a affirmé que, en prévoyant une compensation symbolique de 1 ARS (environ 0,06 USD) pour les parts d'Interinvest, elle respectait l'exigence d'une indemnisation adéquate compte tenu de la faible rentabilité de l'investissement au moment de l'expropriation. Toutefois, le tribunal estime qu'en refusant la méthode d'évaluation convenue et en procédant à une expropriation officielle selon une méthode d'évaluation différente, l'Argentine n'a pas respecté l'exigence d'une indemnisation adéquate. Il a ainsi conclu que l'expropriation à laquelle a procédé l'Argentine était illégale car elle était non conforme à la loi et la compensation versée n'était pas adéquate.

Enfin, le tribunal a rejeté la demande reconventionnelle de l'Argentine, celle-ci n'étant fondée sur aucun droit ni sur aucune obligation de fond, ni sur aucune disposition du TBI.

Le tribunal rejette la tentative d'importer la clause parapluie par le biais de la NPF, mais accueille l'importation de la clause de pleine protection et sécurité

Les demandeurs se sont également fondés sur la clause de NPF du TBI pour tenter d'importer des clauses du TBI Argentine-États-Unis.

Premièrement, le tribunal a déclaré que la clause NPF ne se limitait pas au principe de TJE, comme l'a fait valoir l'Argentine, mais pouvait être utilisée pour importer les dispositions plus favorables relatives à « toutes matières » régies par le TBI. Il a ensuite examiné la requête des demandeurs d'importer la clause parapluie et les clauses de pleine protection et sécurité (PPS) du TBI Argentine-États-Unis car le TBI Argentine-Espagne ne comportait pas de telles clauses.

Le tribunal a rejeté l'importation de la clause parapluie car cela impliquerait l'intégration d'un nouveau droit ou d'une nouvelle norme ne figurant pas dans le traité de base alors que les termes de la clause NPF faisaient spécifiquement référence « à toutes matières » régies par le traité.

En ce qui concerne la clause PPS, le tribunal a accepté son importation, en faisant remarquer que l'article III(1) du TBI Argentine-Espagne prévoit la protection des investissements en tant que domaine couvert par le traité. Néanmoins, le tribunal n'a finalement conclu à aucune violation de la norme PPS, en s'appuyant sur ses conclusions concernant la norme TJE relative au cadre réglementaire régissant les tarifs aériens (para. 906).

Décision et dépens : L'Argentine est condamnée à payer 320 millions USD au titre de l'indemnisation

Statuant à la majorité, le tribunal a déclaré que l'Argentine a exproprié illégalement l'investissement des demandeurs, a commis une violation de son obligation de TJE et a pris des mesures injustifiées entravant le droit des demandeurs à l'investissement. Il a accordé une indemnisation de 320 760 000 USD augmentée d'intérêts et a ordonné à l'Argentine de payer 3 494 807 USD au titre des frais de justice et autres coûts raisonnables encourus par les demandeurs.

Opinion dissidente : y a-t-il vraiment eu un investissement protégé ?

L'arbitre Kamal a relevé que la sentence n'a pas permis de régler certaines questions juridictionnelles restées en suspens, notamment en ce qui concerne l'identité des demandeurs. La sentence se borne à expliciter que ces derniers étaient propriétaires d'Air Comet, qui a acquis Interinvest, l'entité argentine qui possédait et contrôlait les compagnies aériennes. Cependant, selon l'opinion dissidente, lorsqu'elle a fait acquisition des parts d'Interinvest, la société Air Comet appartenait à seulement deux des trois demandeurs.

Selon l'arbitre Hossain, le terme « demandeurs » figurant dans la sentence semble faire référence non seulement aux trois sociétés, mais aussi à Air Comet et à Interinvest. Étant donné que Air Comet n'est pas officiellement un demandeur et que les demandeurs n'ont pas acquis de parts sociales, l'arbitre dissident a pointé que les trois investisseurs demandeurs ne sont pas parvenus à prouver leur investissement dans les compagnies aériennes.

De l'avis de l'arbitre Hossain, l'acquisition des parts sociales d'Air Comet par les trois demandeurs espagnols n'était pas réputée constituer un « placement » protégé dans le cadre du TBI, étant donné que la société Air Comet est également une entité espagnole. Par conséquent, l'arbitre Hossain a conclu que le tribunal n'était pas compétent étant donné que les demandeurs ne sont pas parvenus à prouver leur statut d'investisseurs protégés en vertu du TBI.

Remarques : Le tribunal était composé de Thomas Buergethal (président nommé par le président du Conseil d'administration du CIRDI, de nationalité étasunienne), Henri C. Alvarez (nommé par les demandeurs, de nationalité canadienne), et Kamal Hossain (nommée par le défendeur, de nationalité bangladaise). La sentence et l'opinion dissidente du 21 juillet 2017 sont disponibles en anglais et en espagnol sur <https://www.italaw.com/cases/1648>.

Un tribunal CIRDI rejette sa compétence face à l'abus de droit d'un investisseur ayant « réveillé » une société afin d'accéder à l'arbitrage

Capital Financial Holdings Luxembourg SA c. République du Cameroun, Affaire CIRDI n° ARB/15/18

Suzy Nikiéma

Dans une sentence rendue le 22 juin 2017, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rejeté sa compétence pour connaître d'une requête d'arbitrage contre le Cameroun, en acceptant les objections d'incompétence basées sur l'existence d'un investissement et la nationalité de l'investisseur. Il a notamment estimé que la société requérante n'avait pas de siège social au Luxembourg et a fait preuve d'abus de droit pour « étayer la réalité de son siège social luxembourgeois » (para. 365).

Les faits et le recours

Capital Financial Holdings Luxembourg SA (CFHL), une société immatriculée au Luxembourg créée en 2005, est détenue à 90 % par la société Fotso Group Holding Limited (FGH), une société chypriote, détenue elle-même à 99,8 % par le camerounais Yves-Michel Fotso. Entre 2006 et 2008, CHFL a acquis 46,47 % des actions de la Commercial Bank Cameroun (CBC) et lui a alloué des prêts d'actionnaires. La CBC est une société financière de droit camerounais dans laquelle Yves-Michel Fotso et son père étaient déjà actionnaires fondateurs.

Suite à un contrôle des activités de la CBC effectuée en 2006 pour cause d'irrégularités de certaines opérations, la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC) a pris plusieurs mesures qui ont abouti à la mise sous administration provisoire de la CBC en 2009. Ainsi, le gouvernement camerounais a enclenché une procédure de restructuration de la CBC, et un tribunal camerounais a ordonné la mise sous séquestre des actions de CFHL dans la CBC en 2013.

Le 15 avril 2015, CHFL a déposé une requête d'arbitrage auprès du CIRDI contre le Cameroun pour violation du traité bilatéral d'investissement (TBI) conclu avec l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise (UEBL). La société estimait avoir subi une expropriation de son investissement dans CBC du fait des mesures prises par le Cameroun et requiert une indemnisation. Le Cameroun contestait la compétence du tribunal sur la base de la Convention CIRDI et du TBI, et invoquait en outre un abus de droit par CFHL.

Le consentement du Cameroun à l'arbitrage CIRDI (la compétence ratione voluntatis)

La principale question posée ici était de savoir si la procédure de règlement amiable préalable de six mois prévue dans le TBI était « une condition nécessaire au consentement des Parties » à l'arbitrage (para. 143) et, dans l'affirmative, si CHFL avait satisfait à cette condition. En l'espèce, le TBI prévoyait un arrangement direct entre les parties au différend et à défaut une conciliation par voie diplomatique entre les États parties.

Ayant décidé de ne pas se prononcer sur la question de savoir s'il s'agissait d'une question de compétence ou de recevabilité, le tribunal est arrivé à la conclusion qu'il s'agissait d'une obligation de moyen incombant aux parties (para. 159). Après avoir constaté que la demanderesse avait entamé des démarches satisfaisantes et à sa portée pour régler le litige à l'amiable, il a conclu que les conditions du consentement du Cameroun étaient remplies.

La nationalité luxembourgeoise de l'investisseur (la compétence ratione personae)

Le tribunal s'est ensuite penché sur question de la nationalité de CFHL au regard du TBI, de la Convention CIRDI et du droit luxembourgeois. Si plusieurs éléments ont été discutés, la sentence s'est focalisée sur la définition du « siège social ». En effet, le TBI prévoit deux critères cumulatifs de nationalité pour les personnes morales : le lieu de l'immatriculation (que le Cameroun n'avait pas contesté) et le lieu du siège social.

Après avoir décidé qu'il fallait définir la notion de « siège social » au regard du droit luxembourgeois (para. 211), le tribunal a analysé la jurisprudence luxembourgeoise et des sentences arbitrales ayant discuté de questions similaires, notamment l'affaire *Tenaris & Talta-Trading c. Venezuela*. Faisant sien le raisonnement des arbitres dans l'affaire *Tenaris* (para. 263), le tribunal a finalement conclu que le

siège social renvoie au « siège réel » et donc au lieu de l'administration centrale de la société. Il a ensuite identifié quatre éléments d'appréciation du siège social : le lieu des assemblées générales des actionnaires, le lieu des réunions du conseil d'administration, le lieu de la comptabilité de la société, et le lieu où se trouvent les documents sociétaires et comptables (para. 237). Il parvient à la même conclusion en interprétant la notion de siège social en droit international autonome (para. 268). De l'analyse de la Convention CIRDI, le tribunal a précisé que la nationalité de CFHL, et notamment l'existence d'un siège social au Luxembourg, devait s'apprécier à la date à laquelle les parties ont consenti de soumettre le différend à l'arbitrage, à savoir le 15 avril 2015.

Après un minutieux examen des activités de CFHL de 2005 à 2015, le tribunal a conclu qu'il « ne peut admettre que la Demanderesse avait son siège social réel au Luxembourg au moment des faits » (para. 356). De surcroît, le caractère artificiel du siège social a amené le tribunal à examiner l'existence d'un abus de droit, tel qu'invoqué par le Cameroun. Sur ce point, il a arrivé au constat que « l'absence totale d'activité de la Demanderesse pendant une si longue période et son « réveil » soudain après la notification du différend sont à cet égard révélateurs d'une existence purement formelle à la date déterminante... Même si la Demanderesse n'a pas spécialement été créée pour bénéficier de la protection du Traité, elle a bel et bien été « réveillée » pour étayer la réalité de son siège social luxembourgeois, aux fins de satisfaire aux conditions de nationalité posées par le Traité. Partant, le comportement de la Demanderesse doit être qualifié d'abusif, la privant du bénéfice des dispositions procédurales et substantielles du Traité » (paras. 364 et 365).

L'existence d'un investissement protégé (la compétence ratione materiae)

Le Cameroun contestait également l'existence d'un investissement au sens de la Convention CIRDI et du TBI. Le tribunal a retenu trois critères de définition objective de l'investissement, à savoir la contribution économique substantielle, la durée et le risque économique. En l'espèce, il a constaté une confusion de patrimoines dans la gestion des sociétés CFHL, FGH et CBC, la circularité des transactions entre ces sociétés et l'absence de preuve de contrepartie financière pour l'achat des actions de la CBC et des prêts qui lui ont été accordée par la CFHL. De ce fait, le tribunal a conclu que la demanderesse « n'a pas fait de contribution substantielle à son propre compte dans la CBC...[et] n'a pas non plus encouru un risque en lien avec ces transactions » (para. 457). CFHL n'a donc pas réalisé d'investissement au Cameroun, d'après le tribunal.

Décision et frais

En définitive, le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître de cette affaire. L'arbitre nommé par la demanderesse a produit une opinion dissidente contestant l'analyse et la conclusion de la majorité sur la nationalité de CFHL et l'existence de son investissement.

Le tribunal, tenant compte de son pouvoir d'appréciation et de l'existence d'un abus de droit par la demanderesse, a condamné CHFL à supporter l'intégralité des frais de l'arbitrage des deux parties au litige, chaque partie devant régler ses propres frais et dépenses de conseil.

Remarques : Le tribunal était composé de Pierre Tiercer (Président nommé par les parties, de nationalité suisse), Alexis Moore (nommé par le demandeur, de nationalité française), et Alain Pellet (nommé par le défendeur, de

nationalité française). La sentence est disponible uniquement en français sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9017.pdf>. L'opinion dissidente de Alexis Moore est disponible uniquement en français sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9018.pdf>

Les investisseurs triomphent de l'Espagne dans un recours concernant une modification réglementaire en matière d'énergie renouvelable

Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. le Royaume d'Espagne, Affaire ICSID n° ARB/13/36 Gladwin Issac

Dans une décision rendue le 4 mai 2017, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a décidé qu'en adoptant le nouveau système de réglementation des énergies renouvelables à la suite de la crise économique, l'Espagne a manqué à ses obligations en vertu du traité sur la Charte de l'énergie (TCE) qui prévoit un traitement juste et équitable (TJE) des investissements étrangers. Le tribunal a jugé notamment qu'en mettant en place un système réglementaire entièrement nouveau, l'Espagne « a franchi la limite » et a enfreint son obligation TJE (para. 458).

Les faits et les recours

En vue de s'imposer en tant que leader mondial de l'énergie renouvelable, l'Espagne a accordé des subventions, des incitations fiscales, des prêts à taux bonifié et des garanties de prêts pour subventionner de nouveaux investissements dans les énergies renouvelables. Entre 2007 et 2011, le fonds d'investissement britannique Londres Eiser Infrastructure Limited (Eiser) et sa filiale luxembourgeoise Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. ont réalisé des investissements dans la construction et l'exploitation de trois centrales thermos-solaires en Espagne pour un montant initial de 126 millions d'euros.

Cependant, à partir de 2008, l'Espagne a commencé à réduire ces mesures incitatives pour faire face à un important déficit tarifaire. En effet, les recettes générées par les tarifs subventionnés par l'État ne suffisaient plus à couvrir les coûts, ce qui a entraîné la suppression de ces mesures dans le secteur de l'énergie solaire. Le gouvernement a ensuite adopté une nouvelle méthode de rémunération basée sur le montant investi. En appliquant cette nouvelle méthode aux investissements existants, le chiffre d'affaires d'Eiser est passé en dessous du montant nécessaire pour couvrir les coûts de financement et d'exploitation ou pour assurer le retour sur investissement. Le 9 décembre 2013, Eiser et sa filiale ont entamé un arbitrage contre l'Espagne en affirmant que celui-ci avait violé plusieurs de ses obligations en vertu du TCE, y compris des articles sur l'expropriation et le TJE.

L'objection intra-UE

L'Espagne a soutenu que le TCE ne s'appliquait pas aux différends impliquant des investissements réalisés au sein de l'UE par des investisseurs d'autres pays membres de l'UE et que, par conséquent, le tribunal n'avait pas de compétence *ratione personae*. L'Espagne a fait remarquer que l'article 26 du TCE concernant l'arbitrage visait les différends qui opposent une « partie contractante » et « un investisseur d'une autre partie contractante », et a soutenu que, puisque l'Espagne et l'Union européenne étaient parties au TCE, cela « entraîne inévitablement l'exclusion dudit article » dans les différends intra-UE. S'appuyant sur la décision juridictionnelle *RREEF c. Espagne*, les demandeurs

ont soutenu que le sens ordinaire de l'article 26 prouve que l'Espagne a consenti à l'arbitrage de leurs recours et qu'ils relèvent du traité, qui ne prévoit aucune exception pour les différends intra-UE.

Le tribunal s'est appuyé sur la décision *RREEF* et a conclu que si une exception implicite avait été prévue pour les différends intra-UE, elle aurait été clairement indiquée dans le texte, plutôt que de se dissimuler sous la forme d'un « piège pour les non-avertis » (para. 186). Il a ainsi conclu que le sens ordinaire attribué aux dispositions pertinentes du TCE, interprétées conformément aux règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités, permet aux demandeurs de faire valoir leurs revendications, et a écarté l'objection.

Recours d'actionnaires au titre de compensation

Une autre objection a consisté à dire que le tribunal n'avait pas compétence *ratione materiae* pour connaître des allégations de préjudice encouru directement par les sociétés exploitantes dans lesquelles les demandeurs détenaient des participations minoritaires. L'Espagne a alors fait valoir que les recours d'actionnaires au titre des dommages prétendument subis par les entreprises dans lesquelles ils ont investi sont interdites par le droit international public et par les systèmes nationaux avancés en matière de droit commercial. En s'appuyant sur les décisions rendues par les tribunaux d'investissement tels que *Azurix c. Argentine*, les demandeurs ont rétorqué que la définition des investissements couverts dans le cadre du TCE comprend à la fois leur droit de propriété sur les actions et leurs droits indirects sur les actifs des sociétés exploitantes espagnoles. En retenant l'argument des demandeurs, le tribunal a fait remarquer qu'il considérera la valeur des sociétés dans lesquelles les demandeurs détenaient des intérêts au moment d'évaluer le montant des dommages.

Absence de compétence en matière de mesures fiscales

En décembre 2012, l'Espagne a adopté une loi imposant une taxe de 7 pour cent (TVPEE) sur la valeur totale de l'énergie distribuée par les producteurs d'électricité dans le réseau national. L'Espagne a soutenu qu'il s'agissait d'une mesure fiscale et que, en vertu de l'article 21(1) du TCE, le tribunal n'avait pas compétence pour se prononcer sur les recours TJE résultant prétendument de mesures fiscales.

Le tribunal a fait remarquer que le pouvoir en matière d'impôts est un pouvoir souverain essentiel et que l'article 21(1) du TCE, ainsi que les dispositions correspondantes d'autres traités d'investissement, reflètent l'intention des États de préserver les questions fiscales de l'arbitrage, sauf circonstances très particulières. Par conséquent, le tribunal a conclu que les préjudices découlant de la TVPEE ne pouvaient pas être pris en considération dans une possible indemnisation.

Le tribunal a également accueilli l'objection avancée par l'Espagne selon laquelle les demandeurs n'avaient pas renvoyé aux autorités fiscales compétentes leur recours concernant l'effet expropriatoire de la TVPEE, comme l'exige l'article 21(5)(b)(i) du TCE.

Le Tribunal conclut que l'Espagne a violé le TJE

Compte tenu des considérations en matière d'économie des procédures judiciaires et en s'appuyant sur la décision dans l'affaire *SGS Société Générale c. Paraguay*, le tribunal a considéré que le recours concernant le TJE constituait d'un point de vue juridique l'angle d'attaque le plus approprié pour évaluer la situation complexe sur le plan factuel et les multiples violations alléguées.

En affirmant que le TJE dans le cadre du TCE est une norme autonome qui doit être interprétée à la lumière de l'objet et du but du traité, les demandeurs ont soutenu que la révision réglementaire drastique effectuée par l'Espagne a mis à mal leurs attentes légitimes de stabilité et les caractéristiques promises, ainsi que l'ensemble des avantages potentiels de l'ancien système réglementaire. L'Espagne a rétorqué que les demandeurs ne pouvaient s'attendre raisonnablement au gel du régime pendant une durée de 40 ans et qu'ils n'avaient pas procédé à une « diligence raisonnable » qui aurait pu les avertir d'un éventuel changement de réglementation.

Dans son analyse, le tribunal a reconnu que le TJE n'impliquait pas *en tant que tel* un droit à la stabilité réglementaire. Il a cependant précisé qu'il s'agissait en l'espèce de déterminer dans quelle mesure il était possible d'invoquer le TJE dans le cadre du TCE et de prétendre à un droit à réparation au titre de l'exercice par un État de son droit de réglementer.

Pour ce faire, le tribunal a comparé les faits de l'espèce avec ceux de l'affaire *Charanne BV c. Espagne*, dans laquelle le tribunal a rejeté les prétentions des investisseurs selon lesquels d'autres modifications du régime de réglementation espagnol ont enfreint les dispositions du TCE. Il a affirmé que les situations factuelles et juridiques dans les deux affaires sont fondamentalement différentes, les mesures contestées dans l'affaire *Charanne* n'ayant eu pour effet que de diminuer très légèrement la rentabilité des investisseurs, alors que les mesures mises en place dans le cas de l'espèce ont donné lieu à « une nouvelle orientation réglementaire » et leur application a eu pour effet de « supprimer les bases financières » des investissements existants (para. 367).

Le tribunal a par ailleurs convenu avec les demandeurs que, en interprétant le TJE en vertu du TCE, il faudrait tenir compte du contexte, de l'objet et du but du traité et des objectifs convenus en matière de stabilité juridique et de transparence. S'appuyant sur plusieurs décisions rendues par des tribunaux d'investissement, notamment sur la décision rendue dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le tribunal a affirmé que le TJE signifie que « les systèmes réglementaires ne peuvent pas être radicalement modifiés tels qu'appliqués aux investissements existants au point de priver les investisseurs qui ont investi en s'appuyant sur lesdits systèmes réglementaires de la valeur de leurs investissements » (para. 382). Le tribunal a fait valoir que les demandeurs avaient le droit de s'attendre à ce que l'Espagne ne procède à aucune modification soudaine et radicale de son système, qui aurait pour effet de réduire à néant le montant investi.

Dommages-intérêts et frais

Le tribunal a accédé à la requête des demandeurs d'utiliser dans le calcul des dommages une analyse de flux de trésorerie actualisée (DCF). Il a accordé 128 millions d'euros au titre de la perte des bénéfices selon les calculs effectués par les demandeurs, augmentée du montant des intérêts courus jusqu'à la date de la décision, au taux d'emprunt en vigueur en Espagne, soit 2,07 pour cent, calculés sur une base mensuelle à compter de la date de la violation (juin 2014), et d'intérêts de 2,5 pour cent courus à compter de la date de la décision, également calculés sur une base mensuelle.

Remarques : Le tribunal était composé de John Crook (président nommé par le président du Conseil administratif du CIRDI, de nationalité étasunienne), Stanimir Alexandrov (désigné par les demandeurs, de nationalité bulgare) et

Campbell McLachlan (désigné par le défendeur, de nationalité néo-zélandaise). La décision est disponible en anglais et en espagnol sur <https://www.italaw.com/cases/5721>.

WNC c. République tchèque : le tribunal rejette le recours en expropriation et détermine qu'il n'a aucune compétence concernant toutes les autres allégations *WNC Factoring Limited c. la République tchèque, Affaire CPA n° 2014-34* **Andrej Arpas**

Le 22 février 2017, la Cour permanente d'arbitrage (CPA) a rejeté l'ensemble des requêtes formulées par WNC Factoring Ltd. (WNC) à l'encontre de la République tchèque. Le tribunal a conclu qu'il n'avait pas compétence pour statuer sur les requêtes concernant les obligations en matière de TJE et de la Nation la plus favorisée (NPF) prévues par le traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni-République tchèque (TBI). Sur le recours concernant l'expropriation, il a conclu que la République tchèque n'avait pas enfreint les dispositions pertinentes. Par conséquent, il a ordonné à la société britannique de prendre en charge les frais de justice (soit le montant de 35 940 599,34 de CZK) et une partie des frais de l'arbitrage (soit 425 500 USD), encourus par la République tchèque.

Contexte

Entre 2007 et 2008, WNC a remporté un appel d'offres public en vue de l'acquisition d'une entreprise publique tchèque, Škoda Export, pour un montant d'environ 210 millions de CZK (environ 9,5 millions d'USD). WNC a participé à l'appel d'offres par l'intermédiaire de sa filiale ČEX, a.s., rebaptisée par la suite FITE Export, a.s.

WNC a affirmé avoir constaté à la suite de l'acquisition que l'état de l'entreprise était bien loin de celui présenté au cours de la phase de diligence due de l'appel d'offres : ses comptes faisaient état d'un montant inférieur de 860 millions de CZK par rapport aux données communiquées par l'ancienne direction (para. 3.44).

Škoda Export a alors informé le ministre des finances tchèque, Miroslav Kalousek, de la présence d'un risque de graves difficultés économiques. La société a demandé des garanties à l'État en vue d'obtenir un financement opérationnel auprès d'une banque d'exportation, mais s'est heurtée au refus du ministre. Elle a également fait une demande de crédit d'un montant oscillant entre 1 et 1,3 milliard de CZK et a formé un recours en paiement de 1 milliard de CZK auprès du tribunal municipal de Prague à l'encontre du ministère des Finances quelques semaines plus tard.

En 2009, le conseil d'administration de Škoda Export a démissionné en bloc, et l'unité chargée du blanchiment d'argent de la police tchèque a gelé les comptes de l'entreprise. Malgré le dégel des comptes en été 2009, Škoda Export a déclaré faillite en novembre 2009. Deux ans plus tard, le tribunal municipal a approuvé sa vente à une autre société.

Double objection à la compétence du tribunal pour entendre l'une des revendications de l'investisseur.

La République tchèque a soutenu que le tribunal n'avait pas compétence ratione personae parce que la clause d'arbitrage du TBI avait été remplacée par le droit de l'Union européenne (UE), et, à titre subsidiaire, qu'il n'avait pas compétence pour statuer sur les demandes relevant du TBI (sauf celle concernant l'expropriation) (para. 5.64).

Le droit de l'UE c. les TBI intra-UE

L'objection sur la compétence relative aux TBI intra-UE

s'est articulée en deux volets. En premier lieu, depuis la signature du TBI, un autre traité a été signé, à savoir le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), « visant le même objet », conformément à l'article 59(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT). La République tchèque a soutenu que, compte tenu du fait que la législation de l'UE prévoyait la protection des investisseurs de type consacré par le traité, le TFUE se substituait à la clause d'arbitrage du BIT. En second lieu, les articles 59(1)(b) et 30(3) de la CVDT prévoient que lorsque le traité antérieur n'a pas été résilié en vertu de l'article 59, il ne s'applique « que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur ». Selon la République tchèque, l'article 59 a eu pour effet de rendre caduque le TBI : si l'incompatibilité des deux traités est de nature à rendre l'application simultanée impossible, le traité antérieur « est réputé avoir expiré », et, à l'exclusion du TBI, seul s'applique le TFUE. La République tchèque a essayé en substance de se prévaloir de l'incompatibilité entre le droit de l'UE et le TBI, concernant la notion du « même objet » évoqué dans le premier volet. Le tribunal a rejeté l'objection concernant les deux volets.

Tout en reconnaissant que la législation de l'UE était en cours d'élaboration et que, en ce qui concerne les traités d'investissement intracommunautaires et leur compatibilité avec le droit de l'UE (para. 6.311) la Cour de justice européenne « définirait sa position plus précisément en temps voulu », le tribunal a conclu que d'importantes mesures de protection dont les investisseurs bénéficiaient en vertu des traités d'investissement ne pouvaient pas être garanties en vertu du droit de l'UE. Il s'est fondé plus précisément sur l'arrêt rendu dans l'affaire *Eastern Sugar c. République Tchèque*, selon lequel le droit de l'UE en matière de flux de capitaux « est difficilement compatible avec le TJE et l'interdiction d'expropriation » (para. 6.301).

De même, le tribunal a estimé que si la libre circulation des capitaux à l'intérieur et à l'extérieur de différentes juridictions de l'UE faisait partie des prérogatives du TFEU, « le traitement accordé au fonctionnement des investissements *in situ* » (para. 6.305) dans le cadre des TBI était une question bien différente. Selon le tribunal, alors que WNC relevait du TJE à la fois au moment de l'acquisition de Škoda Export et de son traitement ultérieur par la Czech Export Bank, a.s. (CEB), le droit de l'UE ne s'appliquait que dans le premier cas : « Alors que la libre circulation des capitaux était susceptible de compléter la norme TJE en ce qui concerne l'acquisition, il est difficile d'envisager comment celle-ci pourrait s'appliquer au traitement de FITE ou de Škoda Export par une banque tchèque (en tant que sociétés constituées dans le pays) » (para. 6.305).

Les clauses parapluie, NPF et TJE

Alors que ses objections sur la compétence, relatives au droit de l'UE ont été rejetées, la République tchèque a réussi à faire passer son argument subsidiaire selon lequel le tribunal n'était compétent que pour se prononcer sur l'expropriation.

La compétence du tribunal est prévue à l'article 8 du TBI (règlement des différends), qui délimite précisément les obligations pouvant être soumises à l'arbitrage. D'une manière générale, lesdites obligations visent la compensation, l'expropriation, le rapatriement et, surtout, la promotion et la protection des investissements (article 2(3) du TBI).

L'article 2(3) du TIB comporte une clause parapluie : « Chaque Partie au Contrat s'engage à respecter les dis-

positions de ces accords spécifiques, ainsi que les dispositions du présent Accord, en ce qui concerne les investissements réalisés par les investisseurs de l'autre Partie contractante ». La société WNC a invoqué cette clause pour que le tribunal puisse connaître du recours TJE concernant l'achat de Škoda Export par le biais de sa filiale FITE. Elle a par ailleurs tenté d'établir la compétence en vertu de l'article 3(1) du TBI (NPF), en se fondant dans sa demande NPF sur la clause parapluie. Ne disposant d'aucune voie de recours directe pour soumettre au tribunal le litige découlant de l'article 3, WNC a soutenu que la clause parapluie s'appliquait par le biais d'un accord spécifique. Elle a en outre soutenu que la clause avait pour effet d'étendre la compétence « à toutes les obligations substantielles du TBI » (para. 6.351).

Le tribunal a constaté que la clause parapluie dépendait de l'existence d'un « accord spécifique » (dans le cas de l'espèce, l'acquisition de Škoda Export par le biais de FITE), et que l'article ne servait pas à étendre la compétence au-delà du champ d'application prévu à l'article 8(1) du TBI. Ainsi, étant donné que FITE avait été constituée en République tchèque et n'était donc pas un investisseur britannique, le tribunal a conclu que l'accord d'acquisition n'était pas, *prima facie*, un « accord spécifique » au sens de la clause parapluie (para. 6.318). L'argument avancé par WNC ne plaidait pas non plus en faveur de l'« interprétation restrictive » qui pourrait conduire à des résultats manifestement absurdes, si en dictant des conditions de l'acquisition par une société nationale, l'État contournant ses obligations sous un TBI (para. 6.340).

Cette décision a eu pour effet de déclarer, en toute logique, nuls les recours sur le TJE et la clause NPF introduits par l'investisseur. Estimant qu'aucun article n'avait pour effet d'étendre sa compétence en vertu de l'article 8(1), le tribunal a conclu que, en l'absence d'un « accord spécifique », la clause parapluie ne lui permettait pas de statuer sur le recours formulé par WNC concernant le TJE (para. 6.362 et 6.365).

WNC a également tenté d'exploiter la clause NPF en vertu de l'article 3 (1) du TBI pour se prévaloir des clauses parapluie plus favorables prévues par d'autres TBI auxquels la République tchèque est partie. Le tribunal a estimé cependant que sa compétence découlait de l'article 8(1) du TBI et a fait remarquer que le paragraphe 3(1) était manifestement manquant (para. 6.349 et 6.358).

Expropriation

La position initiale de WNC reposait sur 3 points : (i) La République tchèque s'est mise en rapport avec les institutions financières pour proposer délibérément des financements à l'exportation aux conditions qu'elle savait impossibles à respecter par Škoda Export ; (ii) ces institutions ont tenté de détourner les projets de Škoda Export vers un autre entrepreneur ; et (iii) la CEB a gelé les comptes de Škoda Export pour des motifs fallacieux, ledit gel ayant précipité la déclaration de faillite faute d'avoir été levé en temps opportun. En d'autres termes, la République tchèque était directement responsable de la faillite de l'entreprise. Après avoir examiné l'ensemble des données dont il disposait, le tribunal a conclu à l'absence de toute preuve d'une conspiration et à la légitimité du gel. En particulier, le tribunal a établi qu'aucun comportement de la part de la République tchèque ne constituait une expropriation en vertu de l'article 5 du TBI.

Remarques : Le tribunal de la CPA était composé de Gavan Griffith (arbitre président nommé par les co-arbitres, de

nationalité australienne), Robert Volterra (nommé par le demandeur, de nationalité canadienne) et James Crawford (nommé par le défendeur, de nationalité australienne). (Crawford a ensuite été élu juge de la Cour internationale de Justice [CIJ], mais a continué à remplir ses fonctions d'arbitre dans le cadre de cette affaire). La décision est disponible en anglais sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8533.pdf>.

Le tribunal du CIRDI accorde environ 380 millions USD au titre de l'indemnisation pour l'expropriation illégale par l'Équateur

Burlington Resources Inc. c. la République de l'Équateur, Affaire CIRDI n° ARB/08/5
Matthew Levine

L'arbitrage de 2008 entre la société américaine de pétrole et de gaz Burlington Resources Inc. (Burlington) et l'Équateur en vertu du traité d'investissement bilatéral États-Unis-Équateur (TBI) est parvenu au stade de calcul du quantum de l'indemnisation. Le 7 février 2017, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rendu sa décision concernant le réexamen et la sentence.

Contexte

Burlington Oriente, une filiale en propriété exclusive de Burlington, a conclu des contrats de partage de production (CPP) avec l'Équateur concernant les blocs pétroliers 7 et 21 situés dans l'Amazonie. Conformément aux CPP, Burlington devait assumer entièrement le risque d'exploitation en contrepartie d'une part de pétrole produit. Lorsque les prix internationaux du pétrole ont grimpé en flèche, l'Équateur a tenté sans succès de renégocier les CPP.

L'État a ensuite imposé une taxe de 99 pour cent sur les super profits pétrolières. Lorsque Burlington a refusé de payer la taxe, l'Équateur a entamé des poursuites pour saisir la part de production pétrolière qui, conformément aux CPP, revenait à Burlington. La société a alors suspendu ses opérations, l'investissement étant devenu peu rentable, et l'Équateur a pris possession des blocs 7 et 21 et a mis définitivement fin aux CPP.

En 2008, Burlington a introduit une demande d'arbitrage devant le CIRDI et le tribunal a rendu sa **Décision sur la compétence** en juin 2010. Dans sa **Décision sur la responsabilité** rendue en décembre 2012, le tribunal a estimé que, en reprenant les champs pétrolières, l'Équateur a illégalement exproprié les investissements de Burlington.

Dans le cadre de l'arbitrage, l'Équateur a formulé des demandes reconventionnelles au titre des dommages causés à l'environnement et à l'infrastructure des champs de pétrole, et les parties ont conclu une entente conférant au tribunal la compétence en matière de demandes reconventionnelles. Dans sa **Décision relative aux demandes reconventionnelles, rendue le 7 février 2017**, le tribunal a conclu à la responsabilité de Burlington et lui a ordonné de verser à l'Équateur une compensation d'environ 41 millions USD.

La sentence porte sur le montant de la compensation à verser par l'Équateur et sur les coûts de l'arbitrage.

Bien que n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, les décisions préliminaires rendues avant la sentence ne devraient être réexaminées que dans des circonstances exceptionnelles

À titre préliminaire, le tribunal a examiné la requête de l'Équateur en réexamen de la décision en matière de responsabilité. Il a relevé qu'aucune disposition autorisant les tribunaux de réexaminer leurs décisions n'est prévue ni par

la Convention du CIRDI, ni par le Règlement.

Dans ce contexte, les précédents tribunaux ont conclu que les décisions rendues avant la sentence « qui mettent fin à certains points litigieux entre les parties » ont l'autorité de la *chose jugée* et ne peuvent par conséquent être réexaminées. Cependant, plus récemment, dans l'affaire *SCB c. Tanesco* le tribunal a jugé que les décisions rendues avant la sentence n'ont pas autorité de la *chose jugée* et que « dans certaines circonstances, un tribunal devrait envisager de réexaminer une décision rendue auparavant » (para. 85).

Conformément à l'arrêt dans l'affaire *SCB c. Tanesco*, le tribunal a jugé qu'une décision rendue avant la sentence n'avait pas l'autorité de la *chose jugée*. Il tenait à préciser, cependant, que l'absence de l'autorité de la *chose jugée* ne signifie pas qu'une telle décision pouvait nécessairement être réexaminée. En considérant qu'un litige tranché une fois au cours d'un arbitrage ne devrait en principe pas être réexaminé dans le cadre de la même procédure, le tribunal a conclu que la décision sur la responsabilité ne devrait être réexaminée que dans des circonstances exceptionnelles et extrêmement limitées.

Quant à la nature des circonstances exceptionnelles, le tribunal a décidé de procéder par analogie avec l'article 51 de la Convention du CIRDI. Il a alors exigé : (i) la découverte d'un fait nouveau ; (ii) de nature à exercer une influence décisive sur la décision préliminaire ; (iii) qui n'est pas été porté à la connaissance du tribunal et du requérant à la date à laquelle la décision préliminaire a été rendue ; (iv) qu'il n'y ait pas eu, de la part du requérant, faute à l'ignorer ; et (v) que la demande de réexamen soit faite dans le délai de 90 jours à compter de la date à laquelle ce dernier a pris connaissance dudit fait.

En se basant sur les faits, le tribunal a conclu que les critères exposés ci-dessus n'étaient pas respectés et a rejeté la demande de l'Équateur.

Le standard d'indemnisation appropriée est une réparation complète telle qu'énoncée dans les articles de la CDI

L'article III (1) du TBI prévoit les conditions qui doivent être remplies pour qu'une expropriation soit considérée comme légale. Il ne définit pas de standard d'indemnisation au titre des expropriations résultant de la violation du TBI. Le tribunal a jugé que le standard de d'indemnisation appropriée est la norme habituelle en matière de réparation intégrale prévue par le droit international coutumier énoncée à l'article 31 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international (articles de la CDI), appliquée par analogie.

À cet égard, le tribunal a fait remarquer que la deuxième partie des articles de la CDI énonçant les conséquences juridiques des faits internationalement illicites visés à l'article 31 ne s'applique pas à la responsabilité internationale des États vis-à-vis des entités qui ne sont pas des États. Toutefois, le tribunal a jugé que la transposition des articles de la CDI dans le contexte des différends opposant un investisseur à un État était généralement admise.

Indemnisation au titre de l'expropriation de l'investissement de Burlington quantifié selon la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie (DCF)

En application du standard d'indemnisation de la CDI, Burlington pouvait prétendre à une réparation intégrale au titre des pertes découlant de l'expropriation illégale par l'Équateur. Toutefois, le tribunal a estimé que seul l'un des trois chefs de dommages proposés par Burlington constituait

une perte susceptible de compensation.

En résumé, il a constaté que les éventuelles plaintes fondées sur le contrat résultant des filiales de Burlington, qui ont été retirées de l'arbitrage sous le traité, n'étaient pas susceptibles d'indemnisation. En outre, l'occasion manquée d'étendre le bloc 7 PSC était trop spéculative pour faire l'objet de compensation. Par conséquent, l'investissement réalisé par Burlington pourra faire l'objet d'une compensation calculée jusqu'à la date de l'expropriation, mais pas à hauteur du montant total du projet.

En ce qui concerne l'évaluation de l'investissement réalisé par Burlington, les parties ont convenu de l'utilisation de la méthode du flux de trésorerie actualisé (DCF), mais ne sont pas parvenues à se mettre d'accord concernant plusieurs variables et hypothèses à appliquer. En fin de compte, le tribunal a ordonné à l'Équateur de payer 379 802 267 USD au titre de compensation de l'expropriation de l'investissement de Burlington.

L'un des arbitres n'est pas d'accord avec le calcul effectué selon la méthode DCF

Sur la base du droit international coutumier, la majorité des membres du tribunal étaient d'avis que la compensation due à Burlington devrait être calculée à la date du 31 août 2016, soit la date prévue de l'énoncé de la sentence arbitrale. L'arbitre Stern n'était cependant pas d'accord avec l'analyse qui en résultait, car elle se basait sur des informations *ex post* et les bénéfices supplémentaires réalisés entre la date d'expropriation et la date prévue de l'énoncé de la sentence.

Malgré ce désaccord, l'arbitre Stern ne semble pas avoir rendu d'opinion dissidente. Au lieu de cela, la sentence renvoie à son opinion dissidente concernant un problème similaire dans une affaire précédente, à savoir, *Quiborax c. Bolivie*.

Ecuador ordered to pay preponderance of arbitration costs

Conformément à l'article 6(2) de la Convention du CIRDI, le tribunal a exercé son large pouvoir discrétionnaire en matière de répartition des coûts de l'arbitrage. Pour ce faire, il a procédé à l'analyse de l'ensemble des circonstances de l'affaire, en fonction, notamment, de la contribution de chaque partie aux coûts et du caractère raisonnable et justifié de celle-ci.

Le tribunal a conclu qu'il était équitable que l'Équateur prenne en charge 65% et Burlington 35% du montant du coût de l'arbitrage. Chaque partie a été condamnée à prendre en charge ses propres frais et dépens.

Remarques : Le tribunal était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (Président nommé par les parties, de nationalité suisse), Stephen Drymer (nommé par le requérant, de nationalité canadienne), et Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision sur l'examen et l'indemnisation est disponible à l'<http://www.italaw.com/cases/documents/5141>.

L'Équateur se voit accorder 41 millions USD au titre de la demande reconventionnelle introduite à l'encontre de la Société américaine de pétrole et de gaz Burlington Resources

w

Matthew Levine

Le 7 février 2017, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rendu sa décision sur les demandes reconventionnelles formulées par l'Équateur à l'encontre de la compagnie américaine de pétrole et de gaz Burlington Resources

Inc. (Burlington). Le tribunal a ordonné à Burlington de verser un montant de 41 millions USDS au titre de compensation de l'Équateur pour des dommages causés à l'environnement et aux infrastructures.

Contexte

Au début des années 2000, Burlington a commencé à acquérir des participations dans les PSC en vue d'explorer et d'exploiter des gisements pétrolières en Équateur. En 2008, Burlington a introduit une demande d'arbitrage devant le CIRDI dans le but de contester les mesures prises par l'Équateur, ayant affecté l'investissement de la société dans les gisements pétrolières.

Dans sa **décision sur la responsabilité** rendu en décembre 2012, le tribunal a reconnu que l'Équateur avait exproprié illégalement les investissements de Burlington. Dans sa **Décision sur le réexamen et la compensation** rendu le 7 février 2017, il a quantifié les dommages et intérêts dus à Burlington à 380 millions USD.

En 2011, dans le cadre de la procédure engagée par Burlington, l'Équateur a formulé des demandes reconventionnelles au titre des dommages causés à l'environnement et à certaines infrastructures connexes. Selon la demande reconventionnelle au titre des dommages causés à l'environnement, la responsabilité civile délictuelle de Burlington serait engagée sous le droit national en matière de réhabilitation des sols, d'assainissement des eaux souterraines et d'abandon de puits ayant formé des puits de boue. Selon la demande reconventionnelle concernant les dommages causés aux infrastructures, Burlington a omis d'entretenir l'infrastructure faisant l'objet de l'investissement avant l'expropriation. Les demandes reconventionnelles de l'Équateur s'élevaient à environ 2,8 milliards USD.

En mai 2011, les parties ont conclu un accord conférant au tribunal la compétence en matière de demandes reconventionnelles. Le tribunal a également rendu sa **Décision relative aux demandes reconventionnelles** le 7 février 2017.

Le droit équatorien et le droit international applicables aux demandes reconventionnelles en matière d'environnement

À titre préliminaire, le tribunal devait décider sur quels fondements juridiques la loi équatorienne pouvait s'appliquer quant au fond aux demandes reconventionnelles. En particulier, la demande reconventionnelle en matière environnementale relevait du droit de la responsabilité civile délictuelle interne, mais le choix de la disposition législative dans les contrats de partage de production (PSC) conclus par Burlington et l'Équateur ne comportait aucune référence au droit de la responsabilité civile délictuelle.

Le tribunal a jugé que l'application du droit équatorien de la responsabilité civile délictuelle ne découlait pas d'un accord conclu entre les parties conformément à la première partie de l'article 42(1) de la Convention du CIRDI. Au lieu de cela, la loi équatorienne sur la responsabilité civile délictuelle s'appliquait en tant que loi interne du pays d'accueil en vertu de la deuxième partie de l'article 42(1). Conformément aux dispositions de cette dernière, le tribunal est parvenu à la conclusion que le droit international pouvait également s'appliquer et que, selon l'approche dominante, le choix d'appliquer le droit national ou international était laissé à la discrétion du tribunal suivant le type de question à résoudre.

La législation nationale prévoit la responsabilité stricte en cas de dommages environnementaux

Le tribunal a examiné en détail les développements législatifs et judiciaires applicables aux opérations pétrolières en Équateur. Il est parvenu à la conclusion selon laquelle, depuis la promulgation en 2008 de la nouvelle Constitution, la responsabilité stricte (qui prévoit que la charge de prouver l'absence du préjudice pesait sur l'exploitant) s'appliquait aux dommages environnementaux et que, l'exploitant était uniquement responsable du préjudice qu'il a causé ; les demandes en matière environnementale étant imprescriptibles. Selon le tribunal, l'absence de l'exigence d'une faute signifiait que Burlington ne pouvait pas s'exonérer de sa responsabilité en fournissant la preuve d'avoir agi avec diligence.

Ayant constaté que le système constitutionnel de responsabilité stricte ne s'appliquait pas de manière rétroactive, le tribunal a examiné les avis divergents des parties sur le régime de responsabilité en matière d'opérations d'hydrocarbures avant l'adoption de la Constitution en 2008. Burlington a soutenu que la loi était fondée sur la faute et que l'Équateur devait donc prouver à la fois l'existence du préjudice environnemental et que celui-ci était imputable à un manque de diligence de la part de l'investisseur. Le tribunal a jugé ce point de vue n'était pas défendable et a décidé, conformément aux arguments avancés par l'Équateur, qu'à la suite d'une série de développements judiciaires de la Cour suprême équatorienne, la responsabilité stricte s'appliquait aux dommages environnementaux causés par des opérateurs d'hydrocarbures depuis, au plus tard, 2002.

Les parties ont convenu que les demandes relatives aux dommages causés après la date de promulgation de la Constitution de 2008 étaient imprescriptibles. Burlington a toutefois soutenu que la plupart des demandes reconventionnelles formulées par l'Équateur visaient des actes commis après la date butoir, fixée ci-dessus à 2002, et avant l'adoption de la Constitution en 2008. Le tribunal a rejeté l'argument de Burlington selon lequel cela a déclenché un délai de prescription de quatre ans en droit interne. Au lieu de cela, il a considéré que la période de prescription n'avait commencé à courir qu'à compter de la date à laquelle l'Équateur avait pris connaissance des dommages. Ainsi, le tribunal a décidé que la demande reconventionnelle en matière environnementale était fondée en majeure partie sur les dommages constatés après janvier 2007 et qu'elle était par conséquent formulée dans les délais requis.

Le tribunal procède à une analyse site-par-site des dommages environnementaux et des coûts de restauration

Ayant établi que la responsabilité stricte, que ce soit en vertu de la Constitution de 2008 ou du droit civil délictuel équatorien, s'appliquait aux gisements pétrolières, le tribunal a examiné le préjudice environnemental allégué.

Le degré inacceptable du préjudice environnemental devait être déterminé selon le tribunal compte tenu des critères réglementaires nationaux. C'est sur cette base qu'il a mené un examen complet des dommages et des coûts de restauration d'environ 40 sites répartis sur les deux gisements pétrolières explorés par Burlington. Dans le cadre de cet examen, le tribunal s'est également rendu sur les sites.

Il a ainsi constaté des dommages environnementaux et un besoin de restauration sur tous les sites. Pour la plupart des sites, les coûts ont été évalués à moins d'un million USD. Dans le cas particulier d'un site dont les sols ont été contaminés et d'un site de fosses à boue, le coût s'élevait à 5 millions USD par site. Il a également ordonné la prise en charge des coûts de restauration de plus de 5 millions USD au titre de la contamination des eaux souterraines sur un seul site.

Le Tribunal accède aux demandes reconventionnelles au titre des dommages causés aux infrastructures de plus de 2,5 millions USD

Selon le tribunal, certaines clauses des PSC devenues applicables à la suite de la résiliation ont permis d'établir un cadre juridique complet permettant d'évaluer les allégations en matière d'infrastructure. Bien qu'il soit conscient de certaines limites de la preuve, le tribunal a identifié sept catégories d'infrastructures : réservoirs de carburant, lignes et conduites de fluides, générateurs, pompes, systèmes électriques, matériel informatique et entretien des routes.

L'Équateur a affirmé que l'investisseur avait renvoyé trois réservoirs de carburant – sur un total de 89 réservoirs déployés dans les champs de pétrole – dans un état qui témoigne d'une détérioration au-delà de l'usure normale. Le tribunal a ordonné le versement d'une indemnisation d'un peu plus d'un million USD à l'Équateur au titre de l'un de ces réservoirs.

Le tribunal a constaté que l'état des parties significatives de deux pipelines dépassaient celui de l'usure normale. Il a donc accordé une compensation d'un montant identifié par le témoin technique équatorien – un peu moins de 1,5 million USD. Le tribunal a en outre accordé à peu près 500 000 USD au titre des coûts nés du défaut de maintenance régulière par Burlington de certains moteurs utilisés dans les champs pétrolifères.

Remarques : Le tribunal était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (Présidente nommée par les parties, de nationalité suisse), Stephen Drymer (nommé par le requérant, de nationalité canadienne), et Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision concernant les demandes reconventionnelles de l'Équateur est disponible en anglais et en espagnol sur <https://www.italaw.com/cases/documents/5140>.

Auteurs

Claudia Maria Arietti Lopez est une juriste paraguayenne et titulaire d'un LL.M. en Affaires internationales, réglementation et arbitrage de la faculté de droit de l'université de New York.

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

Suzu Nikiëma est Conseillère en droit international au Programme Investissement et Coordinatrice régional Afrique du programme Droit et politique économique de IISD ; et enseigne à l'Université Saint Thomas d'Aquin et l'Université Aube Nouvelle au Burkina Faso.

Gladwin Issac est étudiant de premier cycle en droit et en travail social à l'Université nationale de droit de Gujarat en Inde.

Andrej Arpas est un analyste spécialisé dans la politique commerciale. Diplômé de l'école de droit de l'Université de Manchester, il a rejoint le groupe de réflexion basé à Washington après un court passage au ministère du travail de la Slovaquie.

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

ressources et événements

Ressources

L'économie politique du régime des traités d'investissement

Par Jonathan Bonnitcha, Lauge N. Skovgaard Poulsen et Michael Waibel, publié par Oxford University Press, juillet 2017

En adoptant un point de vue juridique, économique et politique, cet ouvrage vise à résumer et à étayer les points de vue de plus en plus nombreux sur le droit et la politique en matière d'investissement international. Sur la base d'une analyse des droits fondamentaux et procéduraux conférés par les traités d'investissement, il pose quatre questions fondamentales. Quels sont les coûts et les avantages des traités d'investissement pour les investisseurs, les États et les autres parties prenantes ? Pourquoi les pays développés et les pays en voie de développement ont-ils signé les traités ? Pourquoi des arbitres privés devraient-ils être autorisés à examiner la réglementation publique adoptée par les États ? Quelle est la relation entre le régime des traités d'investissement et le régime général applicable à l'investissement international ? Disponible sur <https://global.oup.com/academic/product/the-political-economy-of-the-investment-treaty-regime-9780198719557>

L'indépendance et l'impartialité des arbitres du CIRDI : La jurisprudence actuelle, les approches alternatives et les suggestions d'amélioration

Par Maria Nicole Cleis, publié par Brill | Nijhoff, juin 2017

La légitimité de l'arbitrage investisseur-État est un sujet très débattu, l'indépendance et l'impartialité des arbitres étant l'une des principales préoccupations. L'auteur pose la question de savoir dans quelle mesure la Convention du CIRDI garantit l'impartialité de la prise de décision. En juxtaposant les décisions de récusation dans le système du CIRDI et les prescriptions correspondantes dans les systèmes de règlement des différends, l'ouvrage fait valoir que l'approche actuelle des recours contre les décisions de récusation des arbitres du CIRDI est trop exigeante compte tenu de l'importance des enjeux que présentent les différends entre les investisseurs et les États. L'auteur part d'une analyse du statu quo pour formuler quelques suggestions de réformes (y compris une proposition de directives sur les conflits d'intérêts spécifiques au CIRDI). Disponible sur <http://www.brill.com/products/book/independence-and-impartiality-icsid-arbitrators>

Perspectives communautaires dans l'arbitrage investisseur-État

Par Lorenzo Cotula et Mika Schröder, publié par l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), juin 2017

Bien que les procédures d'arbitrage en matière d'investissement permettent à un investisseur d'introduire une requête à l'encontre d'un État, le fonds du litige concerne également les communautés touchées, sans que ces dernières soient partie à l'arbitrage. Il s'agit en l'espèce des préoccupations concernant le respect des droits de l'homme dont bénéficient les communautés, leur accès à la terre et aux ressources naturelles, l'exposition aux dommages environnementaux et la réactivité des autorités publiques face aux demandes formulées par la communauté. Le présent rapport vise à déterminer si les tribunaux d'investissement tiennent compte des points de vue, des intérêts et des droits des communautés et de quels moyens ils disposent pour ce faire. Il passe en revue 20 procédures d'arbitrage dans lesquelles il est fait mention d'une forme quelconque d'action communautaire comme élément pertinent du cas d'espèce et qui trouve son écho – bien que partiellement et de façon singulière – dans les documents relatifs à ces affaires, mis à la disposition du public. L'analyse souligne la nécessité de repenser les dispositions en matière de règlement des différends liés à l'investissement. Disponible sur <http://pubs.iied.org/12603IIED>

Rapport mondial sur l'investissement 2017 : L'investissement et l'économie numérique

Par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), publiée par la CNUCED, juin 2017

Le Rapport sur l'investissement dans le monde (RIM) est axé sur les tendances en matière d'investissement direct étranger (IDE) et sur les mesures émergentes visant à améliorer sa contribution au développement. Dans le chapitre III intitulé « Évolution récente des politiques et enjeux clés » du RIM de 2017, la CNUCED passe en revue et analyse les avantages et les inconvénients des 10 options politiques pour la phase 2 de la réforme de l'IIA (modernisation du stock existant de traités de l'ancienne génération) : interprétation conjointe des dispositions des traités, modification des dispositions des traités, remplacement des traités « obsolètes », consolidation du réseau de l'IIA, gestion des relations entre les traités coexistants, référencement de normes mondiales, engagement multilatéral, abandon d'anciens traités non ratifiés, résiliation d'anciens traités en vigueur et retrait des traités multilatéraux. Disponible sur <http://www.worldinvestmentreport.org/world-investment-report-2017>

Égalité dans l'agriculture : Investissement dans la politique agricole Note n° 5

Par Kathleen Sexsmith, Carin Smaller et William Speller, publiée par IISD en mai 2017

Deux programmes d'envergure ont vu le jour en réponse à l'appel global pour une plus grande égalité entre les genres, un commerce plus durable et pour des investissements plus responsables dans l'agriculture. Le premier, principalement axé sur le secteur privé, est axé autour de nombreuses

normes volontaires de développement durable, telles que les labels relatifs au commerce équitable. Le second, visant principalement les gouvernements, consiste en une multitude de lignes directrices sur l'investissement responsable dans l'agriculture. Cette brève analyse de la politique tente de répondre à la question de savoir comment les normes et les lignes directrices mondiales contribuent à l'égalité entre les genres et à l'autonomisation des femmes et questionne le rôle que ces instruments peuvent jouer dans l'amélioration de la situation des femmes dans le secteur de l'agriculture. Disponible sur <http://www.iisd.org/library/how-improve-gender-equality-agriculture-policy-brief-5-investment-agriculture>

Événements 2017

26-28 septembre

FORUM PUBLIC DE L'OMC 2017, « Commerce : au-delà des gros titres », Genève, Suisse, <http://www.wto.org/pf17>

5-6 octobre

COLLOQUE, « Le droit international de l'investissement et le droit des conflits armés », Centre de droit international public d'Athènes de l'Université nationale et capodistrienne d'Athènes, Faculté de droit, Athènes, Grèce, <https://www.eventbrite.com/e/colloquium-on-international-investment-law-the-law-of-armed-conflict-registration-36507239135>

9-11 octobre

CONFÉRENCE ANNUELLE DE L'IIA, « Phase 2 de la réforme de l'IIA », Genève, Suisse, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Pages/unctad-annual-high-level-ii-a-conference-phase-2-of-ii-a-reform>

10-13 octobre

FORUM PUBLIC DE LA SOCIÉTÉ CIVILE DE LA BANQUE MONDIALE, Réunions annuelles du Groupe de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international (FMI), Washington D.C., États-Unis, <http://www.worldbank.org/en/events/2017/10/13/civil-society-policy-forum>

16-20 octobre

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ANNUALE 2017, « Gestion de l'exploitation minière artisanale et à petite échelle », Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable (IGF), Genève, Suisse, <http://igfmining.org/agm-2017>

19 octobre

SÉRIE DE DÉJEUNERS UNIGE-IISD SUR LES DIFFÉRENDS D'INVESTISSEMENT, Université de Genève (UNIGE) et Institut international pour le développement durable (IISD), Genève, Suisse, <http://www.iisd.org/project/unige-iisd-lunch-series-investment-disputes>

23-27 octobre

3e SESSION DU GROUPE DE TRAVAIL INTERGOUVERNEMENTAL À COMPOSITION NON LIMITÉE SUR LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES ET AUTRES ENTREPRISES EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME, Conseil des droits de l'homme de l'ONU, Genève, Suisse, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>

24-25 octobre

CONFÉRENCE RÉGIONALE « Politiques internationales d'investissement : La voie à suivre », CNUCED, République d'Azerbaïdjan, Charte internationale de l'énergie, Centre de recherche en droit économique transnational (Université Martin Luther Halle-Wittenberg), Bakou, Azerbaïdjan, <http://ipc baku.com>

2 novembre

CONFÉRENCE INTERNATIONALE « Courants mondiaux en droit international de l'investissement », Centre de droit international (Université nationale de Singapour), Singapour, <https://cil.nus.edu.sg/siaa-2017-conference-global-currents-in-international-investment-law>

16-17 novembre

ATELIER « Les traités internationaux d'investissement et la gouvernance nationale », Centre de Droit International (Université nationale de Singapour), Singapour, <https://cil.nus.edu.sg/call-for-papers-international-investment-treaties-and-national-governance>

27 novembre - 1er décembre

34e SESSION DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI, « Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États », Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Vienne, Autriche, http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/3Investor_State.html

27-29 novembre

FORUM DE L'ONU SUR L'ENTREPRISE ET LES DROITS DE L'HOMME DE 2017, « Ouvrir l'accès aux recours effectifs », Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), Genève, Suisse, <http://www.ohchr.org/FR/Issues/Business/Forum/Pages/2017ForumBHR.aspx>

30 novembre

SÉRIE DE DÉJEUNERS UNIGE-IISD SUR LES DIFFÉRENDS D'INVESTISSEMENT, Genève, Suisse, <http://www.iisd.org/project/unige-iisd-lunch-series-investment-disputes>



Les documents de L'IISD, y compris les images, ne peuvent être publiés de nouveau sans l'autorisation écrite expresse de l'Institut. Pour obtenir l'autorisation, veuillez contacter info@iisd.ca et inclure une liste des renseignements que vous souhaitez publier de nouveau ou un lien y conduisant.

L'IISD contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce et les investissements internationaux, la politique économique, les changements climatiques et l'énergie, la gestion du capital naturel et social ainsi que le rôle habilitant des technologies de l'information dans ces domaines. Nous rendons compte des négociations internationales et partageons le savoir que nous avons acquis lors de projets collaboratifs. Cela se traduit par une recherche plus rigoureuse, un développement des capacités dans les pays en développement, des réseaux de meilleure qualité entre le Nord et le Sud ainsi que de meilleures connexions mondiales entre les chercheurs, praticiens, citoyens et décideurs.

L'IISD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Le financement de ses dépenses de fonctionnement de base provient du gouvernement du Canada, par l'entremise du Centre de recherche pour le développement international (CRDI), ainsi que du ministère des Affaires étrangères du Danemark et du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projets lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

ITN Quarterly reçoit volontiers les soumissions de travaux originaux non publiés. Les demandes doivent être adressées à Martin Dietrich Brauch à itn@iisd.org

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

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

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