



## Le TTIP et le changement climatique : de faibles bénéfices économiques mais de réels dangers pour le climat

Matthew C. Porterfield et Kevin P. Gallagher



## Le RDIE contenu dans les accords commerciaux de l'Union européenne est-il légal au titre du droit européen ?

Laurens Ankersmit

## Les stratégies des États pour la défense de leurs intérêts nationaux dans l'arbitrage investisseur-État

Julia Calvert

**Également dans cette édition :** Signé le TPP ; Dévoilés les rapports de l'audit des TBIs de l'Équateur ; Tribunal permanent inclus dans l'ALE UE-Vietnam ; Les juges allemands rejettent le système de tribunal d'investissement au PTCI/TTIP ; Centre d'arbitrage de l'UNASUR ; TransCanada lance arbitrage ALENA contre les États-Unis au sujet du rejet d'oléoduc Keystone XL ; Philip Morris n'obtient pas gain de cause dans arbitrage CPA contre l'Australie ; *Electrabel c. Hongrie* ; *Al Tamimi c. Oman* ; *Guardian Fiduciary Trust c. Macédoine* ; *Quiborax et NMM c. Bolivie*

# tables des matières

- 3 Articles**  
 Le TTIP et le changement climatique : de faibles bénéfices économiques mais de réels dangers pour le climat  
*Matthew C. Porterfield et Kevin P. Gallagher*
- 5** Le RDIE contenu dans les accords commerciaux de l'Union européenne est-il légal au titre du droit européen ?  
*Laurens Ankersmit*
- 7** Les stratégies des États pour la défense de leurs intérêts nationaux dans l'arbitrage investisseur-État  
*Julia Calvert*
- 9 Nouvelles en bref**  
 L'accord de Partenariat transpacifique a été signé à Auckland ; un expert indépendant des Nations Unies appelle les États à sauvegarder leur marge de manœuvre réglementaire ; Audit des traités d'investissement réalisé par l'Équateur : les rapports de la CAITISA sont dévoilés ; L'ALE Union européenne-Vietnam inclut un tribunal permanent ; Les juges et les procureurs publics allemands rejettent le système de tribunal des investissements au titre du PTCl/TTIP ; La Commission européenne demande au Canada la réouverture des négociations de l'AECG en vue de revoir le RDIE ; Un pas de plus vers l'ouverture du centre d'arbitrage de l'UNASUR ; TransCanada lance un arbitrage contre les États-Unis au titre de l'ALENA au sujet du rejet du projet d'oléoduc Keystone XL ; Philip Morris n'obtient pas gain de cause dans un arbitrage de la CPA contre l'Australie portant sur la loi relative à l'emballage neutre ; La Commission européenne cède sous les pressions pour une plus grande transparence des textes du PTCl/TTIP.
- 11 Sentences et décisions**  
 Un tribunal du CIRDI rejette un recours final pour indemnisation relatif à la résiliation par la Hongrie d'un accord d'achat d'électricité  
*Matthew Levine*
- 13** Un tribunal rejette tous les recours d'un investisseur minier des États-Unis contre Oman  
*Stefanie Schacherer*
- 14** Un tribunal du CIRDI se déclare incompétent dans une affaire contre la Macédoine, et ordonne à l'investisseur de rembourser au pays 80 % de ses frais juridiques  
*Inaê Siqueira de Oliveira*
- 16** Quiborax reçoit 50 millions USD contre la Bolivie, soit un tiers de sa demande initiale  
*Martin Dietrich Brauch*
- 19 Ressources et événements**

Investment Treaty News Quarterly est publié par  
 The International Institute for Sustainable Development  
 International Environment House 2,  
 9, Chemin de Ballexert, 5th Floor  
 1219, Chatelaine, Geneva, Switzerland

Tel +41 22 917-8748  
 Fax +41 22 917-8054  
 Email [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)

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

Directrice du Groupe – Droit et Politique Économique  
 Nathalie Bernasconi

Directeur de la Communication  
 Damon Vis-Dunbar

Rédacteur en Chef  
 Martin Dietrich Brauch

Rédactrice, Version Française  
 Suzy Nikiéma

Traduction Française  
 Isabelle Guinebault

Rédactrice, Version Espagnole  
 Marina Ruete

Traduction Espagnole  
 María Candela Conforti

Design  
 PortoDG | [www.portodg.com.br](http://www.portodg.com.br)

# Le TTIP et le changement climatique : de faibles bénéfices économiques mais de réels dangers pour le climat

Matthew C. Porterfield et Kevin P. Gallagher

## article 1



La gouvernance du changement climatique devrait avoir une influence sur la gouvernance mondiale générale – notamment sur les politiques commerciales et d’investissement internationales. Compte tenu du rôle qu’il devrait jouer dans la fixation des règles de l’économie mondiale du 21<sup>ème</sup> siècle, le Partenariat transatlantique de commerce et d’investissement (TTIP) – actuellement en cours de négociation entre l’Union européenne et les États-Unis – est l’un des plus importants accords commerciaux et d’investissement.

Le modèle sur lequel repose actuellement le TTIP augmentera les émissions de dioxyde de carbone et compromettra la capacité de l’Europe et des États-Unis de mettre en place des politiques d’atténuation du changement climatique efficaces. Les traités commerciaux et d’investissement devraient être mis au service des objectifs climatiques plus larges de l’Europe et des États-Unis, et non les freiner.

Ce bref article explique la manière dont le TTIP pourrait accroître les émissions et limiter la capacité des États d’atténuer les effets du changement climatique et de s’y adapter, et propose un ensemble de recommandations qui permettraient de rendre les politiques commerciales de l’Union européenne et des États-Unis plus conformes aux objectifs de changement climatique.

### 1. Le TTIP augmentera les émissions de carbone

Puisque les États-Unis et l’Europe jouissent déjà de fortes relations commerciales et d’investissement, les bénéfices économiques du traité devraient être relativement limités. Les études les plus citées dans les débats européens ont été réalisées par Ecorys, par le Centre for Economic Policy Research (CEPR) et par l’Université Tufts. Les deux premières montrent que le traité permettra d’accroître le PIB des parties de moins de un pourcent, tandis que l’étude réalisée par l’Université Tufts suggère que les effets sur le PIB européen seront négatifs<sup>1</sup>.

Malgré les retombées économiques limitées attendues, l’étude d’Ecorys prévoit une augmentation des émissions de 11 millions de tonnes métriques. Cela équivaut à une hausse des émissions de 0,07 %, soit moins que la hausse du PIB de 0,47 % envisagée par Ecorys. Lorsque l’on multiplie ce chiffre par les estimations du coût social du carbone, les émissions de dioxyde couleraient chaque année 1,4 milliards USD à l’Union européenne<sup>2</sup>.

Ces résultats sont conformes à la littérature plus large ; selon une évaluation détaillée réalisée par l’Organisation mondiale du commerce et les Nations Unies, la plupart des accords commerciaux et d’investissement ont tendance à accroître les émissions<sup>3</sup>. Remarquons cependant que l’étude réalisée par Ecorys est seulement partielle puisqu’elle ne s’intéresse pas aux effets environnementaux de nombreux obstacles non

tarifaires, comme les subventions nationales par exemple. Les effets éventuels des dispositions du TTIP limitant la capacité des gouvernements à concevoir et à mettre en œuvre des politiques efficaces de lutte contre le changement climatique n’ont pas non plus été assez examinés. Comme nous le verrons, c’est bien l’aspect déréglementaire du TTIP qui représente le plus de risques pour les politiques de lutte contre le changement climatique.

### 2. Les risques réglementaires du TTIP

Le TTIP pourrait compromettre la capacité de l’Union européenne et des États-Unis de mettre en œuvre les réglementations appropriées pour satisfaire les objectifs climatiques. Les effets juridiques du TTIP pourraient revêtir différentes formes, notamment imposer de larges restrictions aux autorités réglementaires au titre des dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État (RDIE), limiter les normes relatives à l’intensité de carbone, modifier le régime d’exportation des combustibles fossiles en provenance des États-Unis, et restreindre les programmes relatifs aux énergies renouvelables.

#### a. Importantes contraintes sur les réglementations climatiques au titre des règles relatives à l’investissement

Le chapitre sur l’investissement du TTIP octroiera certainement d’importants droits aux investisseurs, notamment le « traitement juste et équitable » et l’indemnisation pour les réglementations considérées comme constituant une « expropriation indirecte ». Ces droits pourront être réclamés par les entreprises privées, notamment les entreprises œuvrant dans le domaine des combustibles fossiles, par le biais d’un processus controversé appelé RDIE et pouvant être utilisé pour contester un large éventail de mesures gouvernementales relatives au changement climatique<sup>4</sup>. Des règles similaires contenues dans d’autres traités ont été utilisées pour contester des mesures environnementales, notamment une réglementation allemande relative à une centrale à charbon au titre du Traité sur la Charte de l’énergie<sup>5</sup> ; une autre affaire du même type est en cours au titre de l’ALENA et concerne le moratoire imposé par le Québec sur la fracturation hydraulique ou « fracking »<sup>6</sup>.

#### b. Limitation des normes relatives à l’intensité de carbone

Les réglementations limitant l’intensité de carbone des carburants utilisés pour le transport pourraient également être visées au titre du TTIP. Michael Froman, le représentant au commerce des États-Unis, aurait profité des négociations du TTIP pour forcer l’Union européenne à saper les normes relatives à l’intensité de carbone fixées par la directive européenne sur la qualité des carburants, et ce afin de faciliter l’exportation de pétrole à haute intensité de carbone<sup>7</sup>. Même si la Commission européenne a par la suite modifié sa directive pour autoriser les pétroles les plus polluants<sup>8</sup>, les négociations du TTIP pourraient être utilisées pour imposer des restrictions sur les efforts futurs visant à mettre en œuvre des normes relatives à l’intensité de carbone pour les carburants<sup>9</sup>.

#### c. Modification du régime d’exportation des combustibles fossiles

L’un des principaux objectifs de l’Union européenne dans les négociations du TTIP vise à obtenir un « engagement juridiquement contraignant...garantissant l’exportation libre de droits des ressources pétrolières et gazières [des États-Unis] en transformant toute procédure obligatoire de licences d’exportation non-automatique en une procédure permettant d’octroyer automatiquement et rapidement les licences d’exportation vers l’UE »<sup>10</sup>. La création d’une procédure « automatique » et « rapide » d’exportation du brut et du gaz étasuniens pourrait entraîner encore davantage d’émissions de gaz à effet de serre que celles anticipées par les analyses quantitatives, en promouvant la production et la

consommation de ces combustibles.

Bien que le gaz naturel soit considéré comme une alternative à moindre teneur en carbone par rapport à d'autres combustibles fossiles comme le pétrole et le charbon, l'exportation massive de gaz naturel liquéfié (GNL) pourrait en réalité générer une augmentation des émissions de gaz à effet de serre, et ce pour plusieurs raisons. La liquéfaction, le transport et la regazéification du gaz naturel sont des opérations intensives en énergie, et le GNL exporté génère approximativement 15 % de gaz à effet de serre de plus que le gaz naturel consommé au niveau local. En outre, l'accroissement des exportations des GNL entraînera la hausse des prix du gaz naturel aux États-Unis, résultant éventuellement en l'utilisation plus importante de charbon pour la production d'électricité. L'intensification des exportations de GNL encouragera également plus de fracturation hydraulique pour la production de gaz naturel, qui pourrait donner lieu à un plus grand nombre de fuites accidentelles de gaz naturel, appelées « émissions fugitives de méthane »<sup>11</sup>. Comme le méthane est un gaz à effet de serre bien plus puissant que le CO<sub>2</sub>, « tout bénéfice climatique découlant de l'utilisation croissante de gaz naturel au niveau international pourrait être annulé par le réchauffement accéléré dû aux émissions fugitives de méthane »<sup>11</sup>.

#### d. Restrictions des programmes relatifs aux énergies renouvelables

Le TTIP pourrait également s'avérer contraire aux efforts visant à lutter contre le changement climatique en imposant de nouvelles restrictions sur les politiques de promotion des énergies renouvelables. Les règles commerciales sont déjà utilisées pour contester les programmes d'énergies de remplacement. Depuis 2010, une douzaine de différends portant sur les programmes d'énergies renouvelables ont éclaté<sup>12</sup>. L'Union européenne a indiqué avoir l'intention d'utiliser les négociations du TTIP pour chercher à obtenir de nouvelles restrictions des programmes d'énergies de remplacement incluant des prescriptions de contenu local<sup>13</sup>. Les auteurs des dispositions relatives au contenu local arguent que celles-ci sont essentielles pour fomentier le soutien politique nécessaire au maintien et au renforcement de ces programmes.

### 3. Le changement climatique passe en premier

Lors du Sommet de Paris, et au titre des tous récents Objectifs du développement durable (ODD), les nations du monde entier se sont engagées à « prendre d'urgence des mesures pour lutter contre les changements climatiques et leurs répercussions »<sup>14</sup>. Le TTIP ne doit pas saper cet objectif.

L'Union européenne comme les États-Unis ont fait de grands progrès pour donner la priorité à la lutte contre le changement climatique dans d'autres domaines de la gouvernance économique mondiale, mais pas dans leurs politiques commerciales et d'investissement internationales. La Banque européenne d'investissement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) – les banques multilatérales de développement (BMD) de l'UE – restreignent significativement le financement des activités économiques consommatrices de combustibles fossiles. Les États-Unis ont également pris des décrets restreignant leur soutien financier aux projets liés au charbon dans le cadre des BMD dont ils sont membres, et exigeant de tous les projets qu'ils soient résilients au changement climatique. Une telle approche devrait être urgemment adoptée pour le TTIP.

Les effets économiques et réglementaires délétères du TTIP sur les politiques climatiques mentionnés plus haut ne sont pas inévitables. Une approche forte pourrait être mise en avant, pour que le TTIP exclue du RDIE les mesures d'atténuation des effets du changement climatique, protège les programmes d'énergie de remplacement et les normes sur l'intensité de carbone, et décourage la production et la consommation de combustibles fossiles.

Dans le cadre d'une première étape vers une relation économique nouvelle renforçant nos objectifs de lutte contre le changement climatique, les États-Unis et l'Union européenne devraient s'engager sur ces trois principes :

- (1) les éventuels effets économiques et réglementaires du TTIP sur les politiques climatiques devraient être analysés avec soin,
- (2) les dispositions du TTIP devraient être pleinement compatibles avec les objectifs de lutte contre le changement climatique, et les soutenir, et
- (3) le TTIP devrait, pour le moins, ne pas entraîner une augmentation nette des émissions de gaz à effet de serre, i.e. le TTIP devrait avoir « une empreinte carbone neutre, ou positive ».

Comme le disent les ODD, « le changement climatique est un défi mondial qui ne respecte pas les frontières nationales. Les émissions de gaz à effet de serre affectent les populations de tous les pays. Ce problème exige des solutions coordonnées au niveau international »<sup>14</sup>. Les politiques commerciales et d'investissement ne devraient pas faire exception.

#### Auteurs

Matthew C. Porterfield est directeur adjoint et professeur à l'Institut Harrison pour le droit public du centre de droit de l'Université de Georgetown. Kevin P. Gallagher est professeur de politique mondiale de développement à la Pardee School for Global Studies de l'Université de Boston, où il codirige l'Initiative pour la gouvernance mondiale de l'économie. Les auteurs remercient le Wallace Global Fund du soutien nécessaire à la préparation de ce dossier de politique.

#### Notes

1 Voir Ecorys. (2009). *Non tariff measures in EU-US trade and investment – An economic analysis*, ECORYS Nederland BV ; et CEPR. (2013). *Reducing transatlantic barriers to trade and investment*. Londres: Centre for Economic Policy Research. Pour une discussion sur les limites des modèles EGC, voir Ackerman, F., & Gallagher, K. (2004). Computable abstraction: General equilibrium models of trade and environment. Dans F. Ackerman et A. Nadal (eds.), *The flawed foundations of general equilibrium: Critical essays on economic theory* (168–80). New York: Routledge ; et Ackerman, F., & Gallagher, K. P. (2008). The shrinking gains from global trade liberalization in computable general equilibrium models. *International Journal of Political Economy*, 37(1), 50–77.

2 Commission européenne. (2013). *Impact assessment on the future of EU-US trade relations*. EC Staff Working Document ("EC Impact Assessment"), p. 49. Tiré de [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc\\_150759.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc_150759.pdf). S'agissant des coûts sociaux du carbone, 11 millions de tonnes sont multipliées par l'estimation moyenne dans cet examen global des estimations. J. C. J. M. van den Bergh, & W. J. W. Botzen. (2014). A lower bound to the social cost of CO2 emissions. *Nature Climate Change*, 4, 253–258.

3 Organisation mondiale du commerce et Programme des Nations Unies pour l'environnement. (2009). *Commerce et changement climatique*, p. xii. Tiré de [https://www.wto.org/french/res\\_f/booksp\\_f/trade\\_climate\\_change\\_f.pdf](https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/trade_climate_change_f.pdf).

4 Voir Van Harten, G. (2015). *An ISDS carve-out to support action on climate change*, Osgoode Hall Legal Studies Research Paper No. 38/2015. Tiré de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2663504](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2663504) ; Wilinsky, M. (2014, août 7). *Potential liability for climate related measures under the Trans-Pacific Partnership*. Tiré de [http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/climate-change/wilinskytranspacificpartnership8-7-14\\_-\\_revised.pdf](http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/climate-change/wilinskytranspacificpartnership8-7-14_-_revised.pdf).

5 Bernasconi-Osterwalder, N., & Hoffmann, R. T. (2012, juin). *The German nuclear phase-out put to the test in international investment arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II)*, p. 4. Tiré de [http://www.iisd.org/pdf/2012/german\\_nuclear\\_phase\\_out.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/german_nuclear_phase_out.pdf).

6 Lone Pine Resources Inc. c. Canada (CNUDCI), Notification d'arbitrage, paras. 48–52 (6 septembre 2013). Tiré de <http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw1596.pdf>.

7 De Inside U.S. Trade (2013, septembre 19). Froman s'engage à maintenir la loi Jones, critique la directive de l'UE sur la propreté des carburants : Froman a abordé ses préoccupations quant aux effets de la directive sur les échanges « avec les hauts représentants de la Commission européenne à plusieurs reprises, notamment dans le contexte des . . . négociations du TTIP ».

8 De Inside U.S. Trade (2014, octobre 14). EU backpedals on vehicle fuels policy in face of U.S., Canadian pressure.

9 De Inside U.S. Trade (2014, octobre 14). EU backpedals on vehicle fuels policy in face of U.S., Canadian pressure: "[O]utgoing EU Climate Action Commissioner Connie Hedegaard . . . signaled that the EU was leaving the door open to directly targeting tar sands . . . for penalties in the future."

10 Conseil de l'Union européenne. (2014, mai 27). *Note for the attention of the Trade Policy Committee – Non-paper on a chapter on energy and raw materials in TTIP*. Tiré de <http://www.scribd.com/doc/233022558/EU-Energy-Non-paper>

11 World Resources Institute. (2013, mai 20). *What exporting U.S. natural gas means for the climate*. Tiré de <http://www.wri.org/blog/2013/05/what-exporting-us-natural-gas-means-climate>

12 Cimino, C., & Hufbauer, G. (2014, avril). *Trade remedies – Targeting the renewable energy sector*, p. 19. Tiré de [http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ditc\\_ted\\_03042014Petersen\\_Institute.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ditc_ted_03042014Petersen_Institute.pdf)

13 Commission européenne. (2013). *Position initiale sur le commerce et l'investissement dans les matières premières et l'énergie pour les négociations sur le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'UE et les États-Unis*, p. 3. Tiré de [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc\\_152707.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152707.pdf)

14 Nations Unies. (n.d.). Objectif 13: Prendre d'urgence des mesures pour lutter contre les changements climatiques et leurs répercussions. *Objectifs de développement durable des Nations Unies*. Tiré de <http://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/climate-change-2/>

# Le RDIE contenu dans les accords commerciaux de l'Union européenne est-il légal au titre du droit européen ?

Laurens Ankersmit

## article 2



L'architecture juridique unique et les objectifs politiques ambitieux de l'Union européenne indiquent qu'il s'agit de bien plus qu'une simple organisation internationale régie par le droit international. L'une de ses caractéristiques est que son système judiciaire est ouvert aux particuliers. Une autre caractéristique est qu'elle accorde des pouvoirs exclusifs et étendus aux tribunaux européens pour trancher les recours contre les actions de l'UE et les recours de particuliers au titre du droit européen<sup>1</sup>. Ce système a été jugé nécessaire pour le bon fonctionnement du marché interne européen, dont l'objectif ultime est de garantir que les engagements de l'UE puissent fonctionner dans les mêmes conditions dans l'ensemble de l'Union. Aussi, l'Union européenne dispose d'un ordre juridique indépendant des ordres juridiques nationaux des États membres et de l'ordre juridique international<sup>2</sup>.

Ces deux caractéristiques rendent compliquée l'introduction d'un mécanisme alternatif de règlement des différends permettant aux particuliers de contester les actions et décisions de l'UE fondées sur celles-ci. Au titre du droit européen, chaque accord international conclu par l'Union doit être compatible avec les Traités de l'UE<sup>3</sup>. Cela signifie qu'un accord international auquel l'Union est partie doit être conforme aux règles prévues par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui établit le système juridique et le marché interne de l'UE, notamment les règles relatives à l'aide publique.

La légalité du règlement des différends investisseur-État (RDIE) au titre du droit européen, notamment sous la forme d'un système de Cour d'investissement (SCI) contenu dans les accords commerciaux de l'UE, est une question contentieuse pour les universitaires et les experts juridiques, notamment après que la Cour de justice européenne (CJE) ait rendu son Avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>4</sup>. Dans cet Avis, la CJE affirme que l'Union européenne ne pourrait accéder à la CEDH car les pouvoirs de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) saperaient les pouvoirs de la CJE, ce qui est contraire aux Traités européens<sup>5</sup>. Le RDIE (y compris le SCI) présente quatre problèmes juridiques :

1. Le RDIE pourrait affecter l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE et notamment la capacité de la CJE à interpréter le droit européen.
2. Le RDIE affecte la juridiction exclusive des tribunaux européens pour entendre les demandes de dommages-intérêts.
3. En aucun cas les arbitres ou juges RDIE ne peuvent déterminer qui est le défendeur ou se prononcer sur la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres.
4. Le RDIE peut affecter négativement le fonctionnement du marché interne.

Le présent article détaille ces objections juridiques et conclut en discutant les éventuelles contestations du RDIE, notamment le SCI, au titre du droit européen.

### 1. L'autonomie de l'ordre juridique européen

Dans le contexte du droit européen des droits de l'homme, la CJE a rejeté l'adhésion de l'UE à la CEDH, car elle permettrait à la Cour européenne des droits de l'homme sise à Strasbourg d'interpréter le droit européen sans que la CJE ne soit impliquée<sup>6</sup>. Cette implication est nécessaire pour que la CJE veille à ce que la Cour de Strasbourg interprète correctement le droit européen.

Puisque l'un des objectifs fondamentaux du RDIE (et du SCI) est de permettre aux investisseurs de contester les actes et décisions de l'UE fondées sur ces actes, un tribunal arbitral RDIE ou une cour d'investissement doivent interpréter le droit européen et lui donner un sens. Tout comme dans le contexte du droit des droits de l'homme, le RDIE (et le SCI) tend à empiéter sur la capacité des cours européennes à trancher les questions touchant au droit européen.

La Commission européenne est bien consciente de ce problème pour ce qui est des Traités bilatéraux d'investissement signés par les États membres. Dans sa communication *amicus curiae* dans l'affaire *Achmea c. la Slovaquie*, la Commission arguait que le tribunal arbitral devait se déclarer incompétent parce qu'« un mécanisme arbitral investisseur-État [...] est contraire au droit européen relatif à la compétence exclusive des cours européennes sur les recours impliquant le droit européen, même les recours n'impliquant que partiellement le droit européen »<sup>7</sup>.

De même, le service juridique de la Commission s'est prononcé dans l'affaire *EURAM c. la Slovaquie* :

Le tribunal arbitral n'est pas une cour ou un tribunal de l'un des États membres, mais un mécanisme parallèle de règlement des différends entièrement extérieur au cadre institutionnel et judiciaire de l'Union européenne. Un tel mécanisme prive les cours des États membres de leurs pouvoirs en matière d'interprétation et d'application des règles de l'UE imposant des obligations aux États membres<sup>8</sup>.

En effet, l'une des objections de l'Association allemande des juges (Deutscher Richterbund) à l'encontre de la nouvelle proposition de SCI de la Commission européenne est que celui-ci altérerait l'architecture juridique de l'Union européenne et saperait les pouvoirs des juges nationaux au titre du droit européen<sup>9</sup>.

### 2. L'article 340 du TFUE : poursuivre l'Union européenne en justice

Un autre problème en lien avec les pouvoirs des cours européennes est qu'au titre du droit européen, les cours de l'UE ont la compétence exclusive pour entendre et trancher les demandes d'indemnisation pour dommages au titre du deuxième alinéa de l'article 340 du TFUE, qui couvre la responsabilité non contractuelle de l'Union<sup>10</sup>. En d'autres termes, si vous souhaitez poursuivre l'Union pour dommages, vous devez vous adresser à la CJE.

Le RDIE (et le SCI) introduit une alternative pour les investisseurs étrangers, sapant la nature exclusive des pouvoirs des cours européennes sur les demandes de réparation. Au titre du droit européen, une demande de réparation est un recours autonome, mais la CJE en limite l'usage<sup>11</sup>. Les actions en réparation ne sont notamment pas recevables si elles sont utilisées de manière abusive pour déguiser une demande en annulation ou un recours en carence. Par exemple si l'on utilise une action en réparation pour annuler les effets d'une mesure devenue définitive, comme une amende. Il est également très difficile, voire impossible de demander réparation pour des actes légitimes<sup>12</sup>. En outre, la Cour est très prudente quant à l'éventuel effet de « gel réglementaire » dans le cas où les demandes d'indemnisation étaient acceptées trop facilement.

La Cour a affirmé que « l'exercice de la fonction législative [...] ne doit pas être entravé par la perspective d'actions en dommages-intérêts chaque fois que l'intérêt général de la Communauté commande de prendre des mesures normatives susceptibles de porter atteinte aux intérêts des particuliers »<sup>13</sup>. Aussi, la présentation d'un recours au titre du RDIE présente un avantage net pour les investisseurs par rapport à la présentation d'un recours devant les cours européennes, et inflige une pression concurrentielle perverse sur ces cours européennes. Les tribunaux RDIE sont peut-être moins méfiants à l'égard des risques de gel réglementaire, et donc plus enclins que les tribunaux européens à trancher des affaires pouvant éventuellement geler les activités réglementaires.

### 3. La détermination du défendeur

Un troisième problème juridique concerne la détermination du défendeur dans une affaire. Au titre des accords commerciaux de l'UE, une affaire d'arbitrage peut être lancée soit contre l'Union européenne soit contre l'État membre concerné. Cependant, la détermination du défendeur empiète sur la répartition de la compétence entre l'Union et les États membres. Pour la CJE, ces deux questions sont non seulement traitées de manière similaire, mais elles relèvent également fondamentalement du droit européen et ne peuvent être tranchées par un organe judiciaire extérieur au contexte institutionnel de l'UE. Dans l'Avis 2/13, la Cour affirme :

La question de la répartition de la responsabilité doit être résolue uniquement en application des règles du droit de l'Union pertinentes, sous le contrôle, le cas échéant, de la Cour à laquelle appartient la compétence exclusive pour s'assurer que l'accord entre le codéfendeur [c'est-à-dire l'Union européenne] et le défendeur [l'État membre] respecte lesdites règles. Permettre à la Cour EDH d'entériner un éventuel accord entre l'Union et ses États membres sur le partage de la responsabilité reviendrait à lui permettre de se substituer à la Cour pour régler une question relevant de la compétence exclusive de celle-ci<sup>14</sup>.

L'Accord de libre-échange UE-Singapour et l'Accord économique et commercial global (AECG) UE-Canada violent tous deux cette prescription en permettant aux arbitres de déterminer le défendeur dans une affaire précise<sup>15</sup>.

### 4. Le bon fonctionnement du marché interne européen

Le conflit avec les règles relatives au marché interne européen est multiple et plus complexe, et va au-delà de la portée de cet article<sup>16</sup>. Toutefois, le RDIE (et le SCI) pose fondamentalement problème dans le cadre du droit du marché interne européen car il offre un recours discriminatoire pouvant saper le bon fonctionnement de ces règles. Par exemple, les décisions prises au titre du droit européen de la concurrence pourraient être contestées et perdre de leur efficacité. Un investisseur étranger pourrait contester une décision de la Commission lui infligeant une amende pour abus de position dominante au titre du RDIE, notamment si la Commission ne démontre pas d'effets négatifs réels pour le marché. Ces amendes peuvent représenter jusqu'à 30 pour cent des ventes annuelles d'une entreprise. Si les Cours européennes n'exigent généralement pas de la Commission qu'elle adopte une « approche économique » dans ses décisions, un examen plus attentif de la part des arbitres RDIE pourrait freiner l'efficacité des pouvoirs d'application de la Commission.

La récente affaire *Micula* offre un autre exemple manifeste ; elle porte sur l'obligation de rembourser l'aide publique illégale<sup>17</sup>. En outre, les entreprises étrangères enregistrées au titre des lois d'un État membre auraient recours au RDIE, tandis que les entreprises des États membres dans la même situation ne l'auraient pas, une violation potentielle des règles relatives à la libre circulation des services et des capitaux, et à la liberté d'établissement<sup>18</sup>. Les règles du marché interne européen sont uniques car elles jouissent d'un statut constitutionnel, qui les place au-dessus des règles incluses dans les accords commerciaux européens<sup>19</sup>.

### La remise en cause juridique du RDIE au titre du droit européen

Le RDIE (et le SCI) peut être remis en cause de deux manières auprès de la CJE. La première possibilité consiste à demander l'avis de la CJE sur la compatibilité d'un accord « envisagé » avec les Traités européens sur la base de l'article 218 (11) du TFUE. Cette procédure n'est ouverte qu'aux États membres, à la Commission, au Conseil et au Parlement européen, et vise à prévenir les complications juridiques au cas où l'Union conclurait un accord incompatible avec les Traités européens. Cela est possible tant que le Conseil n'a pas pris la décision de conclure un accord. Si la décision de la CJE est négative, l'accord envisagé ne pourra entrer en vigueur que s'il est amendé ou si les Traités sont modifiés. Compte tenu du grand nombre d'accords de libre-échange actuellement négociés par la Commission, cette possibilité s'offre pour certains de ces accords.

La deuxième possibilité consiste à contester auprès de la CJE la décision du Conseil de conclure un accord international contenant le RDIE ou le SCI. Cependant, un seul accord européen prévoyant le RDIE est actuellement en vigueur : le Traité sur la Charte de l'énergie. Il est en outre très difficile du point de vue de la procédure de contester une telle décision au titre du droit européen compte tenu des règles sur l'admissibilité dans l'Union et ses États membres. Il est donc possible que la question de la légalité du RDIE ou du SCI notamment n'arrive jamais jusqu'à la CJE. Si tel était le cas, cela pourrait avoir d'importantes conséquences pour l'avenir du droit des investissements en Europe.

### Auteurs

Laurens Ankersmit est juriste chez ClientEarth, une organisation de droit environnemental à but non-lucratif basée à Londres, Bruxelles et Varsovie.

### Notes

- 1 Ces tribunaux sont ceux des États membres et ceux de la Cour de justice de l'Union européenne. Les particuliers peuvent chercher à obtenir réparation directement auprès de la Cour de justice européenne (par le biais d'actions directes) ou auprès des tribunaux des États membres qui peuvent faire un renvoi préjudiciel à la Cour de justice au titre de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Voir les versions consolidées du Traité de l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [2012] [TFEU] O.J. C326/01 art. 267. Tiré de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>
- 2 Affaire 6/64 *Flaminio Costa c. E.N.E.L.* [1964] ECR 585.
- 3 TFUE art. 218 (11).
- 4 Voir la note de pied de page 5 dans Ankersmit, L. & Hill, K. (2012, 22 octobre). *Legality of investor-state dispute settlement (ISDS) under EU law*. Tiré de <http://www.clientearth.org/health-environment/health-environment-publications/legality-of-investor-state-dispute-settlement-under-eu-law-3020>
- 5 Avis 2/13 *Adhésion à la CEDH* [2014], paras. 246–247. Tiré de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=FR>
- 6 *Ibid.*, paras. 246–247.
- 7 Comme le précise le tribunal arbitral de l'affaire *Achmea B.V. c. la République Slovaque*, CNUDCI, Affaire CPA n° 2008-13 (décision sur la compétence du 7 décembre 2012), para. 193
- 8 Commission européenne, communication *Amicus Curiae* dans l'affaire *European American Investment Bank AG (EURAM) c. la République Slovaque* (13 octobre 2011) S.J.i.dir (2011) 1154556.
- 9 *Deutscher Richterbund*. (2016, février). *Stellungnahme Nr. 04/16: Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015*. Tiré de <http://www.drj.de/cms/index.php?id=952> (uniquement en allemand)
- 10 Affaire C-377/09 *Hanssens\_Ensch c. la Communauté européenne*, para. 17.
- 11 Lenaerts, K., Maselis, I., & Gutman, K. (2015). *EU procedural law*. Oxford : Oxford University Press, p. 490.
- 12 Affaires jointes C-120/06 P et C-121/06 P *Fabbrica italiana accumulatori motorizzati Montecchio SpA (FIAMM) et autres c. le Conseil et la Commission* [2008] ECR I-6513, paras. 164–169.
- 13 *Ibid.*, para. 174.
- 14 Avis 2/13 *Adhésion à la CEDH* [2014], para 234.
- 15 Voir art. 19 (3) ALE UE-Singapour, art. X20 AECG. La Commission a réglé ce problème dans sa proposition pour le PTCl/TTIP.
- 16 Pour de plus amples détails, voir Ankersmit, L. & Hill, K. (2012, octobre 22). *Legality of investor-state dispute settlement (ISDS) under EU law*. Tiré de <http://www.clientearth.org/health-environment/health-environment-publications/legality-of-investor-state-dispute-settlement-under-eu-law-3020>
- 17 Affaire T-646/14 *Micula et autres c. la Commission* (en attente), voir également *Micula c. la Roumanie* (Décision d'arbitrage du CIRDI) (Affaire SA.38517) et Décision de la Commission C/393/2014 [2014] OJ C 393/27.
- 18 Le droit d'établissement (article 49 TFUE), le droit de recevoir et de fournir des services transfrontières (article 56 TFUE) et la disposition sur la libre circulation des capitaux (article 63 TFUE) garantissent un traitement non-discriminatoire. Ces dispositions s'appliquent aux institutions de l'UE ainsi qu'aux États membres.
- 19 Les pierres angulaires du droit du marché interne européen sont les dites quatre libertés : la liberté de circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux. Elles se trouvent aux articles 34, 45, 49, 56, et 63 du TFUE. Les règles de l'Union sur la concurrence, inscrites aux articles 101 à 109 du TFUE dont également partie du droit du marché interne européen.

# article 3

## Les stratégies des États pour la défense de leurs intérêts nationaux dans l'arbitrage investisseur-État

Julia Calvert



Plusieurs pays ont maintenant une bonne expérience du Règlement des différends investisseur-État (RDIE), et leurs efforts de défense de leurs intérêts nationaux face aux recours des investisseurs au titre des Accords internationaux d'investissement (AII) ont parfois été couronnés de succès. Cet article examine les stratégies de défense juridique utilisées par l'Argentine et l'Équateur dans des différends contre des investisseurs dans le domaine des services publics et du pétrole, respectivement. Si les subtilités de ces différends ne peuvent être toutes examinées ici, mon intention est de tirer les enseignements d'expérience existantes afin d'aider les pays, notamment ceux en développement, à concevoir leurs stratégies futures de défense juridique.

### 1. L'Argentine<sup>1</sup>

L'Argentine est le pays le plus souvent cité dans les affaires de RDIE, dont la plupart se fondaient sur les mesures d'urgence adoptées par le pays suite à la crise économique qui l'a frappé en 2001. Ces mesures ont eu pour effet de geler les tarifs non réglementés des services publics et de dévaluer le peso argentin, qui était auparavant aligné sur le dollar US. Par conséquent, les contrats signés avec les investisseurs étrangers furent sérieusement dévalués, tandis que la dette des investisseurs resta élevée. Par la suite, ce sont au moins 44 recours fondés sur les traités et connus qui ont été portés contre l'Argentine, et presque tous (sauf quatre) auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). À eux seuls, les opérateurs de services publics en ont lancé 29 : 9 dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, et 20 dans le secteur de la distribution d'électricité et de gaz.

Quelques recours ont été lancés contre l'Argentine dans les années précédant la crise, ce qui a montré au gouvernement à quel point le pays était mal préparé pour faire face aux recours des investisseurs. Rares étaient les juristes de l'État qui connaissaient les procédures RDIE. Une équipe juridique fut établie au sein du Bureau du procureur de l'État, chargée de traiter exclusivement ces affaires, tandis que les gouvernements national et provinciaux créèrent des commissions chargées de renégocier les contrats concernant les investisseurs étrangers. La plupart des investisseurs étrangers présentèrent des recours afin de peser davantage dans ces négociations. Après l'arrivée de Nestor Kirchner à la présidence en 2003, l'on a mis l'accent sur l'octroi de mesures aux investisseurs étrangers les incitant à abandonner les recours RDIE en leur promettant de nouveaux contrats. La plupart de ces nouveaux contrats autorisaient les investisseurs étrangers à augmenter les

tarifs appliqués aux secteurs prospères et industriels de la société, et en échange, leur demandaient de s'engager à maintenir des tarifs artificiellement bas pour les consommateurs pauvres et à retirer leurs recours RDIE. Ce compromis permit aux représentants gouvernementaux de garantir l'accès aux services de base aux foyers les plus pauvres – objectif politique essentiel compte tenu de l'agitation des secteurs les plus pauvres de la société – tout en permettant aux investisseurs de maintenir la viabilité de leurs investissements. Cette stratégie a très bien fonctionné avec les investisseurs qui désiraient poursuivre leurs opérations en Argentine, mais les actionnaires et investisseurs minoritaires qui se retirèrent du marché voulaient maintenir leurs recours arbitraux.

Lorsque les renégociations des contrats échouaient, l'Argentine défendait ses choix réglementaires au cas par cas. L'état de nécessité – prévue par certains Traités bilatéraux d'investissement (TBI) et par le droit international coutumier – a été l'élément central de la défense de l'État. Cette défense exempte de la protection matérielle des traités les mesures adoptées par les États pour faire face à des circonstances extraordinaires. Les juristes de l'État arguaient que les investisseurs étrangers devaient supporter une partie des ajustements nécessaires, tout comme le faisaient les investisseurs et les contribuables nationaux. Selon eux, de telles mesures étaient également nécessaires pour garantir l'accès des citoyens aux services de base, notamment une eau potable, qui relève des obligations relatives aux droits humains. Comme l'a observé Peterson<sup>3</sup>, les arbitres n'avaient pas toujours de réponses cohérentes. Le tribunal de l'affaire *CMS c. l'Argentine* détermina par exemple que la crise ne satisfaisait pas aux critères de l'état de nécessité et octroya 133,2 millions USD à CMS. En revanche, dans l'affaire *LG&E c. l'Argentine*, le tribunal conclut qu'au cours de cette période, l'Argentine n'avait aucune obligation envers les investisseurs étrangers<sup>4</sup>.

L'Argentine a également demandé l'annulation de toutes les sentences prononcées à son encontre, et a insisté pour que celles-ci soient réexaminées par ses tribunaux nationaux aux frais de l'investisseur. Ce dernier aspect de la défense de l'Argentine a été particulièrement controversé, et a attiré les foudres des investisseurs étrangers et de leurs pays d'origine. En 2012, les États-Unis ont suspendu le statut de partenaire commercial préférentiel de l'Argentine et ont bloqué son accès aux prêts de la Banque mondiale, en représailles à son refus de payer les dommages-intérêts dus aux investisseurs lorsque ceux-ci n'avaient pas présenté les sentences aux tribunaux argentins. Depuis, l'Argentine a accepté de payer les dommages-intérêts des sentences en suspens sous forme d'obligations souveraines à un tarif réduit. D'après ses opposants corporatifs, l'équipe juridique de l'Argentine a renforcé son efficacité avec le temps. En effet, l'équipe a réussi à renverser les sentences rendues dans trois des cinq affaires dans lesquelles les arbitres avaient rejeté à l'unanimité la défense de l'Argentine fondée sur la nécessité, notamment une sentence de 106 millions USD rendue en faveur d'Enron en 2007<sup>3</sup>. La stratégie argentine a contribué à la réduction du coût des sentences et à l'amélioration des délais de paiement, tout en renforçant la capacité technique de l'État à faire face à de futurs recours d'investisseurs.

### 2. L'Équateur<sup>5</sup>

L'Équateur a été cité dans 22 affaires connues de RDIE, dont une bonne partie a été lancée par des entreprises pétrolières étrangères après que le pays ait tenté de restructurer son secteur pétrolier. Un large processus de privatisation eut lieu dans les années 1990, générant d'importants profits pour les entreprises pétrolières privées alors que la pauvreté persistait dans tout le pays. En 2001,

l'Équateur annonça que les entreprises pétrolières ne recevraient plus le remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), ce qui entraîna des recours au titre de traités d'investissement de la part d'Occidental, de Repsol et d'Encana. Puis en 2006, le gouvernement amenda sa loi sur les hydrocarbures, imposant ainsi les exportations de pétrole à 50 % lorsque les prix excédaient un point de référence. Puisque le prix du brut augmentait, le gouvernement subit des pressions pour tirer un plus grand bénéfice de l'exploitation pétrolière. Après l'arrivée de Rafael Correa au pouvoir, la loi sur les hydrocarbures fut de nouveau amendée (en 2007) pour relever la taxe sur les superprofits à 99 %. L'objectif de Correa était d'utiliser la menace de la taxe sur les superprofits pour inciter les entreprises à accepter un nouveau modèle de contrat élargissant le contrôle du gouvernement sur la production. Cela donna lieu à des recours de la part de Burlington, de Perenco et de Murphy Exploration. D'autres recours furent portés en 2006 par Chevron suite à une action collective lancée par les résidents de la forêt tropicale amazonienne, et de nouveau par Occidental après la résiliation de son contrat de concession.

L'Équateur n'était pas non plus bien préparé pour faire face aux premières affaires de RDIE. La défense juridique du pays était en grande partie sous-traitée à de prestigieux cabinets juridiques des États-Unis et du Royaume-Uni, qui agissaient sous la supervision directe du pouvoir exécutif équatorien. Bien que de nombreuses affaires soient encore en instance, les incohérences dans les décisions disponibles démontrent l'importance du libellé des dispositions des AII. Par exemple, dans les différends portant sur la TVA, Occidental a reçu 75 millions USD car les arbitres ont déterminé que l'Équateur n'avait pas prévu un cadre de planification transparent et prévisible. En revanche, le tribunal de l'affaire *Encana* conclut que les investisseurs étrangers n'avaient ni le droit ni d'attentes légitimes que le régime fiscal ne changerait pas pendant la durée du contrat<sup>6</sup>. Cette contradiction s'explique par les interprétations arbitrales de subtiles différences trouvées dans les exemptions des TBI relatives aux questions fiscales. L'Équateur a également été reconnu coupable d'expropriation dans le deuxième recours d'Occidental, et condamné à verser 1,77 milliards USD à l'entreprise.

Ces affaires sont largement politisées en Équateur, et les groupes de la société civile suivent activement les procédures. Aussi, le gouvernement a adopté une position ferme en matière de transparence, et publie régulièrement les informations relatives aux coûts et à l'avancement des affaires sur ses sites internet. Il utilise également les médias pour fustiger les entreprises lançant des recours arbitraux. Cela a permis de renforcer l'appui en faveur du retrait du pays des AII. En 2008, Correa a notifié le CIRDI qu'il ne consentirait pas à l'arbitrage pour les questions touchant à son secteur pétrolier, mais les arbitres ont rejeté cette notification<sup>7</sup>. L'Équateur a alors insisté auprès des entreprises pétrolières pour qu'elles renoncent à leur droit d'accès aux tribunaux CIRDI dans les nouveaux contrats signés. La même année, l'Équateur a promulgué une nouvelle constitution contenant un article interdisant au gouvernement de céder sa souveraineté juridictionnelle à des entités internationales d'arbitrage situées en dehors de l'Amérique latine. Cette disposition a permis à l'Équateur de résilier ses AII existants signés avec de petites économies d'Amérique latine, des Caraïbes et d'Europe, et de se retirer de la Convention du CIRDI. Ces deux initiatives ont reçu un large soutien à l'Assemblée nationale. La résiliation par l'Équateur de ses AII restants a été suspendue dans l'attente de la publication du rapport final de la Commission citoyenne d'audit créée pour élaborer des recommandations quant à ces accords.

Mais la résiliation des AII n'est pas automatique puisque la plupart de ces accords continuent à produire leurs effets pendant 10 ou 20 ans après leur résiliation. Le retrait par l'Équateur des AII et du CIRDI est donc avant tout

une contestation symbolique à l'encontre des injustices systémiques du régime actuel d'arbitrage investisseur-État, et une tentative pour créer une plus grande marge de manœuvre pour la promotion future du programme de développement du gouvernement.

### Analyse

Si ces deux exemples exposent bien les risques liés à la signature des AII, ils démontrent également que les investisseurs n'arrivent pas toujours à faire usage des droits que les AII leurs confèrent. En effet, les stratégies adoptées par les gouvernements dans les enceintes juridiques et en dehors jouent un rôle important dans l'atténuation des coûts des différends en matières d'investissement. La violation par les gouvernements de leurs obligations au titre des AII ne dissuade pas nécessairement les investisseurs de rester ou d'investir sur un marché. Les investisseurs étrangers ayant un intérêt à maintenir ou à étendre leurs investissements sur le marché hôte semblent être plus sensibles à l'usage, par les gouvernements hôtes, de pressions nationales visant à contrecarrer les recours RDIE, tandis que les investisseurs minoritaires, ou ceux qui quittent le marché, préfèrent se tourner vers le système juridique. Les stratégies de défense des gouvernements devraient donc être adaptées aux intérêts à long-terme des demandeurs auxquels ils ont affaire.

Les deux pays ont décidé de contester les règles de l'investissement suite à des suspicions d'un parti pris systémique dans les procédures actuelles de RDIE. Les deux pays s'attèlent à établir un organe alternatif de règlement des différends sous l'auspice de l'Union des nations sud-américaines (UNASUR), qui devrait être doté de règles plus fortes en matière de transparence, et d'un mécanisme d'appel, et à encourager le règlement des différends au niveau local et régional. L'on ne sait toutefois pas si l'Argentine va poursuivre cette initiative sous son gouvernement nouvellement élu, puisque Macri s'est engagé à créer un climat favorable à l'investissement. L'Équateur a également renforcé ses efforts collaboratifs avec ses partenaires d'Amérique latine et des Caraïbes, en créant notamment l'Observatoire du Sud des sociétés transnationales, visant à faciliter le partage d'informations relatives aux stratégies de défense et à former les représentants gouvernementaux. Les expériences de l'Équateur et de l'Argentine démontrent l'importance du renforcement des capacités institutionnelles, et l'Observatoire en est une première étape positive. Il faut cependant renforcer la coopération Sud-Sud sur les questions portant sur les différends relatifs aux investissements, tant dans la région de l'Amérique latine qu'en dehors.

### Auteurs

Julia Calvert est doctorante à l'Institut d'économie politique et au Département de sciences politiques de l'Université Carleton d'Ottawa, au Canada.

### Notes

<sup>1</sup> Cette partie se fonde sur des entretiens avec d'anciens membres du bureau du procureur général de l'État, des représentants juridiques d'entreprises, et des représentants gouvernementaux, menés à Buenos Aires entre janvier et mai 2014.

<sup>2</sup> Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED). (2015, février). Tendances récentes en matière d'AII et de RDIE. *Série sur les AII*, n° 1, p. 5. Nations Unies : Genève. Tiré de [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf) (uniquement en anglais).

<sup>3</sup> Peterson, L. E. (2012, janvier 29). Latest split amongst ICSID arbitrators over Argentina's necessity defence reflects wide chasm. *Investment Arbitration Reporter*.

<sup>4</sup> Voir *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine*, Sentence, Affaire CIRDI n° ARB/01/8 (8 septembre 2005) et *LG&E Energy Corp. c. la République d'Argentine*, Sentence, Affaire CIRDI n° ARB/02/1 (25 juillet 2007).

<sup>5</sup> Cette partie se fonde sur des entretiens avec d'anciens membres du bureau du procureur général de l'État, des représentants juridiques d'entreprises, et des représentants gouvernementaux, menés à Quito en octobre 2014.

<sup>6</sup> Voir *Occidental Exploration and Production Company c. la République d'Équateur*, Sentence, Cour internationale d'arbitrage de Londres (LCIA), Affaire n° UN3467 (1er juillet 2004) et *Encana Corporation c. la République d'Équateur*, Sentence, LCIA, Affaire n° UN3481 (3 février 2006), pp. 49-50.

<sup>7</sup> Voir *Murphy Exploration c. la République d'Équateur*, Décision sur la compétence, CIRDI, Affaire n° ARB/08/4 (15 décembre 2008), p. 86.

# nouvelles en bref

## L'accord de Partenariat transpacifique a été signé à Auckland ; un expert indépendant des Nations Unies appelle les États à sauvegarder leur marge de manœuvre réglementaire

Le 4 février 2016, les ministres du Commerce de douze États du Pacifique se sont réunis à Auckland, en Nouvelle-Zélande, pour signer l'accord de Partenariat transpacifique (TPP).

À la veille de la réunion, l'expert indépendant des Nations Unies pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable, Alfred de Zayas, appelait les gouvernements à publier une déclaration interprétative du TPP, réaffirmant leur engagement à respecter leurs obligations au titre des droits humains et les objectifs de développement durable.

Dans sa déclaration du 2 février 2016, de Zayas indiquait que le TPP « [était] profondément imparfait et ne devrait pas être signé ou ratifié, sauf si des mesures sont prises pour garantir la marge de manœuvre réglementaire des États ». Il rappelait que l'accord était le fruit de « négociations secrètes menées sans consultation démocratique des différentes parties-prenantes », et qu'il serait signé en dépit de « l'opposition massive de la société civile du monde entier ». L'expert a affirmé qu'il fallait contester la compatibilité de l'accord avec le droit international devant la Cour de justice internationale.

Dans un rapport publié en août 2015, de Zayas recommandait d'abolir le système actuel de règlement des différends investisseur-État (RDIE).

## Audit des traités d'investissement réalisé par l'Équateur : les rapports de la CAITISA sont dévoilés

Trois rapports rendus par la CAITISA, la commission équatorienne citoyenne d'audit des traités bilatéraux d'investissement (TBI), ont été dévoilés par le journal en ligne *Diagonal* le 24 janvier 2016. La CAITISA, composée d'experts en investissement étranger et en droit international, a été établie en 2013 par le Président Rafael Correa en vue d'examiner la légitimité et la légalité des TBI de l'Équateur et les répercussions de leur mise en œuvre. La Commission a conclu ses travaux en décembre 2015.

Dans son rapport portant sur les recommandations finales, la CAITISA recommande à l'Équateur de dénoncer ses TBI et de négocier de nouveaux instruments : des contrats spécifiques avec les investisseurs étrangers ou des traités d'investissement. Ces nouveaux instruments ne devraient pas contenir de dispositions traditionnelles limitatives de la protection, à l'exception des dispositions sur l'expropriation indirecte. Ils devraient en outre inclure des droits pour l'État et des obligations pour l'investisseur.

Dans ses observations sur l'arbitrage international relatif aux investissements, la CAITISA recommande au pays d'exclure le règlement des différends investisseur-État (RDIE) des TBI existants et futurs, et de favoriser le règlement par les tribunaux nationaux. Elle avance également l'idée d'une période de transition incluant : l'interdiction des intérêts composés dans les décisions relatives aux dommages, l'épuisement des recours nationaux, le renforcement de la transparence dans les procédures, le plafonnement des émoluments des arbitres, l'émission de notes interprétatives, la création d'un mécanisme d'appel, et l'établissement d'un tribunal international permanent ou d'une cour régionale d'investissement permanente, où siègeraient des juges permanents.

## L'ALE Union européenne-Vietnam inclut un tribunal permanent

Le 2 décembre 2015, l'Union européenne et le Vietnam

ont signé un accord de libre-échange (ALE), mettant ainsi fin à trois années de négociation. Rendu public le 1er février 2016, le texte couvre les habituelles questions commerciales, notamment les SPS et les OTC, la facilitation des échanges, mais aborde également d'autres questions comme les marchés publics, la politique relative à la concurrence, la propriété intellectuelle, la coopération et le renforcement des compétences, les entreprises étatiques et la transparence. À l'instar d'autres traités européens récents, il contient également un chapitre sur le développement durable couvrant à la fois les questions environnementales et de l'emploi.

Le chapitre sur l'investissement adopte l'approche émergente de l'Union européenne en matière de protection des investissements. Il inclut également un nouveau type de mécanisme de règlement des différends investisseur-État, composé d'un tribunal permanent de neuf membres, chargé d'entendre les affaires en première instance, et d'un tribunal d'appel permanent de six membres.

## Les juges et les procureurs publics allemands rejettent le système de tribunal des investissements au titre du PTCI/TTIP

Dans une déclaration émise début février 2016, l'Association allemande des juges (DRB sous son acronyme allemand) s'est fermement opposée à la proposition publiée par la Commission européenne le 16 septembre 2015 et visant à établir un tribunal d'investissement au titre du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI/TTIP) en cours de négociation par l'Union européenne et les États-Unis.

La DRB considère que le système proposé n'est pas nécessaire, puisque les systèmes juridiques existants des États membres garantissent l'accès à la justice des investisseurs étrangers et leur protection effective. L'Association argue que même si ce n'était pas le cas, la question pourrait être abordée par les parlements nationaux. Pour la DRB, la création d'une cour spéciale n'est pas la bonne voie à suivre pour garantir la sécurité juridique.

La déclaration remet également en cause la compétence législative de l'Union européenne pour l'établissement d'un tel tribunal d'investissement. Elle souligne que le tribunal proposé limiterait les pouvoirs législatifs et interférerait avec les systèmes juridiques existants, tant dans l'Union européenne que dans les États membres.

Finalement, la déclaration critique la procédure et les critères envisagés pour la sélection des juges de ce système, qui ne sont pas conformes aux prescriptions internationales en matière d'indépendance technique et financière. D'après la DRB, la réserve de juges tendrait à être limitée aux personnes déjà impliquées dans le système d'arbitrage international des investissements, et le système envisagé apparaît plutôt comme une enceinte d'arbitrage que comme un tribunal international.

Établie en 1909, la DRB est la plus importante association professionnelle de juges et de procureurs publics d'Allemagne. Le texte officiel de l'avis n° 04/16 de la DRB n'est disponible qu'en allemand.

## La Commission européenne demande au Canada la réouverture des négociations de l'AECG en vue de revoir le RDIE

D'après des informations de CBC News du 21 janvier 2016, les représentants de l'Union européenne auraient demandé au gouvernement canadien de revoir la clause RDIE contenue dans l'Accord économique et commercial

global (AECG). Les négociations de l'AECG ont été conclues en août 2014. L'**AECG** prévoit un mécanisme RDIE plus traditionnel, qui ne correspond pas à la nouvelle approche de l'Union européenne favorable à un mécanisme plus permanent. Dans sa forme actuelle, le texte a peu de chance d'être approuvé par le Parlement européen.

### Un pas de plus vers l'ouverture du centre d'arbitrage de l'UNASUR

Le 19 janvier 2016, les experts de l'Union des nations sud-américaines (UNASUR) se sont réunis à Montevideo, en Uruguay, pour finaliser **les accords portant sur le centre régional** envisagé pour le règlement des différends relatifs aux investissements. L'UNASUR est une organisation intergouvernementale régionale regroupant 12 nations d'Amérique du Sud : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, l'Équateur, le Guyana, le Paraguay, le Pérou, le Suriname, l'Uruguay, et le Venezuela.

Le texte portant création du centre de règlement des différends, qui n'a pas encore été rendu public, a été négocié par les ministres des Affaires étrangères, les procureurs généraux et les ministres des Finances de la région, en consultation avec les banques centrales. Une fois approuvé par les 12 pays, le centre proposé pourrait apparaître comme une alternative régionale au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

### TransCanada lance un arbitrage contre les États-Unis au titre de l'ALENA au sujet du rejet du projet d'oléoduc Keystone XL\*

Le 6 janvier 2016, TransCanada a lancé un arbitrage contre les États-Unis pour « l'approbation indûment retardée » du projet d'oléoduc Keystone XL, puis le rejet en novembre 2015 de la demande par l'entreprise du permis présidentiel nécessaire. Alléguant que les États-Unis ont violé leurs engagements en matière de non-discrimination, d'expropriation et de traitement juste et équitable au titre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'entreprise canadienne **réclame** plus de 15 millions USD.

L'oléoduc Keystone XL, qui transporterait le pétrole brut de la province canadienne d'Alberta vers les ports étasuniens situés dans le Golfe du Mexique, était au cœur d'un contentieux politique aux États-Unis. Les environnementalistes soulignaient que l'extraction du brut des sables bitumineux de l'Alberta était une activité hautement intensive en carbone, et arguaient que l'oléoduc s'inscrivait à l'encontre des efforts du pays pour réduire sa dépendance aux énergies fossiles. Les législateurs républicains et plusieurs États des États-Unis soutenaient, quant à eux, le projet.

Dans sa notification d'intention de soumettre le différend à l'arbitrage, TransCanada souligne que l'examen de sa demande a été beaucoup plus long que la pratique usuelle pour un tel oléoduc. L'**administration Obama a reconnu** que l'examen a été plus long du fait de la politisation du projet. Dans une **déclaration faite après le rejet de la demande** le 6 novembre 2015, le Président Obama expliquait : « L'Amérique est devenue un leader mondial pour la prise de mesure majeure visant à lutter contre le changement climatique. Et honnêtement, l'approbation du projet aurait sapé ce leadership mondial ».

Le jour où elle a lancé l'arbitrage, TransCanada a également déposé une plainte contre les autorités des États-Unis auprès d'un tribunal du pays, **prétendant** que le rejet de la demande par Obama représentait un abus des pouvoirs

présidentiels au titre de la Constitution et n'avait pas l'aval du Congrès. Cette affaire auprès d'un tribunal étasunien vient s'ajouter et sera jugée en parallèle à l'affaire au titre de l'ALENA, qui durera certainement plusieurs années. À ce jour, les États-Unis n'ont jamais perdu une affaire au titre du chapitre sur l'investissement de l'ALENA.

### Philip Morris n'obtient pas gain de cause dans un arbitrage de la CPA contre l'Australie portant sur la loi relative à l'emballage neutre

Le 17 décembre 2015, un tribunal de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) a rendu une décision juridictionnelle dans l'affaire lancée par le géant du tabac Philip Morris contre l'Australie au sujet de la législation australienne sur l'emballage neutre du tabac. D'après le **site internet de la CPA**, la décision sera rendue publique une fois que les informations confidentielles en auront été retirées. Philip Morris a reconnu dans un **communiqué de presse** que le tribunal s'était déclaré incompétent pour entendre l'affaire. Aussi, le tribunal ne s'est pas prononcé sur le bien-fondé de l'affaire.

Le sénateur australien Peter Whish-Wilson a déclaré que **cette décision était une victoire**, et a salué l'efficacité de l'emballage neutre comme outil de politique publique. Il a toutefois averti que l'Australie pourrait faire l'objet de plaintes similaires de la part d'entreprises étrangères au titre des mécanismes RDIE contenus dans ses accords commerciaux et d'investissement signés avec la Chine, la Corée et les États-Unis. « Le RDIE est une épée de Damoclès au-dessus de la souveraineté de l'Australie et de notre droit à légiférer dans l'intérêt public » a-t-il affirmé. Le sénateur a également indiqué que la défense fructueuse contre Philip Morris aurait coûté 35 millions USD aux contribuables australiens.

### La Commission européenne cède sous les pressions pour une plus grande transparence des textes du PTCI/TTIP

Les 751 membres du Parlement européens (MPE) auront un accès sans limite à tous les documents confidentiels relatifs aux négociations du PTCI/TTIP. Le **Parlement a annoncé l'accord** trouvé avec la Commission européenne le 2 décembre 2015, après 11 mois de négociations. Au titre des **arrangements pratiques**, les MPE pourront lire les « textes consolidés » d'accès restreint – qui reflètent les compromis entre l'Union européenne et les États-Unis – dans une salle de lecture sécurisée au Parlement, et en prendre des notes écrites.

Le 4 décembre, Cecilia Malmström, la Commissaire européenne au commerce **a annoncé** que des salles de lecture seraient établies dans les capitales des 28 États membres de l'Union européenne pour permettre aux membres des parlements nationaux (MP) d'analyser les textes consolidés. L'annonce a été faite alors que la Commissaire s'entretenait avec Norbert Lammert, le Président du Bundestag allemand, au sujet des demandes qu'il avait faites en 2015 concernant l'accès aux documents par les MP allemands.

Une semaine avant les deux annonces, le **Guardian** avait obtenu des documents supposés révéler que la Commission avait donné accès à l'entreprise pétrolière étasunienne ExxonMobil aux stratégies confidentielles de l'UE dans les négociations du TTIP. La Commission **avait rejeté** ces allégations.

\* L'équipe de rédaction remercie chaleureusement Jacob Greenberg de sa contribution. Il est étudiant à la Faculté de droit de l'Université de Michigan, actuellement en stage au Programme de l'investissement pour le développement durable de l'IISD.

# sentences et décisions

## Un tribunal du CIRDI rejette un recours final pour indemnisation relatif à la résiliation par la Hongrie d'un accord d'achat d'électricité

*Electrabel S.A. c. la République de Hongrie, Affaire CIRDI n° ARB/07/1*  
**Matthew Levine**

Le recours final au titre du Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE) d'une entreprise belge d'énergie, Electrabel S.A. (Electrabel), a échoué. Un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a estimé que la Hongrie n'avait pas violé la norme de traitement juste et équitable (TJE) du TCE.

En 2012, le tribunal du CIRDI avait émis une décision rejetant trois recours mineurs et reportant le quatrième recours, le plus important, à la deuxième phase de la procédure. La sentence de 2015 (la Sentence) condamne Electrabel à payer les frais de l'arbitrage.

### Le contexte

En 1995, Dunamenti (l'opérateur de la plus grande centrale électrique hongroise, détenu par la suite à 100 % par la Hongrie) et MVM (unique acheteur d'électricité en gros de la Hongrie, détenu à 99,9 % par la Hongrie) conclurent un accord d'achat d'électricité (AAE). Suite à l'AAE, un groupe d'investisseurs étrangers, incluant Electrabel, investirent d'importantes sommes dans Dunamenti et en devinrent actionnaires.

La Hongrie a accédé à l'Union européenne en 1994. Entre décembre 2005 et juin 2008, la Commission européenne mena une enquête formelle sur les aides gouvernementales illégales fournies par la Hongrie au titre de différents instruments, notamment l'AAE. En juin 2008, la Commission européenne émit une décision finale dans le cadre de son enquête formelle (la Décision finale de la CE). En décembre 2008, la Hongrie mit fin à l'AAE.

En juin 2007, Electrabel lança l'arbitrage actuel anticipant la résiliation de l'AAE. En mars 2009, à l'initiative et sur accord des parties, le tribunal ordonna que la première étape de la procédure ne porte que sur les questions de compétence et de responsabilité. Cette ordonnance de procédure prévoyait également que la deuxième étape de la procédure porte sur la question du montant de l'indemnisation. Remarquons que la Commission européenne est intervenue dans la première phase de la procédure, arguant que les recours d'Electrabel ne relevaient pas de la compétence d'un tribunal arbitral international, mais de la compétence exclusive du droit européen.

Fin novembre 2012, le tribunal rendit sa décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité (la Décision de 2012). Le tribunal se

déclara compétent pour entendre tous les recours d'Electrabel au titre du TCE. S'agissant de la responsabilité, le tribunal rejeta trois recours mineurs d'Electrabel et rejeta tous les motifs de responsabilité au titre du quatrième et dernier recours du demandeur – le recours relatif à la résiliation de l'AAE – à une exception près : la Hongrie n'avait pas appliqué un TJE dans le calcul des coûts encourus par Electrabel pour déterminer l'indemnisation due à l'entreprise.

Début 2015, une procédure d'arbitrage lancée par E.D.F. International en lien avec un investissement similaire en Hongrie donna lieu à une décision arbitrale. Electrabel et la Hongrie réalisèrent de brèves communications écrites au sujet de la décision dans l'affaire *E.D.F.*

### *La Décision de 2012 : le recours relatif à la résiliation de l'AAE*

Lors de la première étape de la procédure, le tribunal examina le recours relatif à la résiliation de l'AAE, au regard des articles 13(1) (relatif à l'expropriation) et 10(1) du TCE (relatif au TJE). Le tribunal estima qu'il n'y avait pas eu d'expropriation directe ou indirecte de l'investissement d'Electrabel.

S'agissant du prétendu non-respect par la Hongrie du TJE, le tribunal rejeta rapidement le recours d'Electrabel relatif aux événements précédents la Décision finale de la CE. Il estima au contraire que c'était essentiellement le recours d'Electrabel qui avait déclenché les résultats de l'enquête de la Commission européenne. « Selon le tribunal, la Décision finale [de la CE] exigeait de la Hongrie qu'elle résilie l'AAE avec Dunamenti au titre du droit européen, comme expliqué ci-après. Le tribunal fait également une distinction entre la Décision finale [de la CE] concernant l'aide publique recouvrable et la méthode propre à la Hongrie pour le calcul des coûts échoués (coûts échoués nets) » (para. 6.70).

Dans la Décision, le tribunal conclut donc que la Hongrie ne pouvait être responsable dans le présent arbitrage au titre de l'article 10(1) du TCE que pour avoir appliqué le droit européen pour déterminer les coûts échoués aux fins de l'indemnisation. Si la méthodologie prévue par le droit européen donnait lieu à une fourchette de valeurs, Electrabel était déçue de n'avoir reçu en indemnisation que le montant minimum défini par la méthode.

### *La Sentence de 2015 : le traitement juste et équitable (TJE) dans le calcul des coûts échoués nets*

Dans sa Sentence, le tribunal examina l'application par la Hongrie de la méthode de la Commission européenne pour le calcul des coûts échoués nets, afin de déterminer si elle violait l'article 10(1) du TCE.

Le tribunal expliqua que les deux expressions « coûts échoués » et « coûts échoués nets » sont des termes

spécialisés dans le droit européen. En examinant si le calcul par la Hongrie des coûts échoués nets d'Electrabel était contraire à ses obligations au titre de l'article 10(1) du TCE, le tribunal nota qu'il avait déjà rejeté dans sa Décision de 2012 toute allégation de mesure discriminatoire, et qu'Electrabel n'avait pas émis d'allégations d'absence de transparence ou d'application régulière du droit.

Aussi, comme l'explique le tribunal de manière concise, le problème majeur découlait seulement de l'arbitraire et la frustration d'attentes légitimes. En général, la charge de la preuve revenait à Electrabel en ce qui concerne son recours au titre de la norme TJE du TCE.

#### *Absence d'arbitraire*

S'agissant du recours d'Electrabel relatif à l'arbitraire, le tribunal appliqua un test objectif au regard des circonstances prévalentes à l'époque. Le tribunal tomba d'accord avec les tribunaux précédents, tels que ceux des affaires *Saluka*, *AES*, et *Micula*, et détermina qu'une mesure n'est pas arbitraire si elle est raisonnablement liée à une politique rationnelle. Et, comme l'indiquait notamment le tribunal de l'affaire *AES*, cela exige deux éléments : l'existence d'une politique rationnelle, et une conduite raisonnable de la part de l'État liée à cette politique.

Le tribunal considéra les arguments suivants d'Electrabel, entre autres : d'abord, la décision de la Hongrie quant au montant d'indemnisation se fondait sur le souhait de minimiser le poids de celle-ci dans le budget national ; ensuite, la Hongrie était défavorable à une indemnisation déjà avant que ne soit connue l'ampleur des pertes résultant de la résiliation de l'AAE.

Le tribunal remarqua que la méthode conçue par le Parlement hongrois ne s'appliquait pas seulement à Dunamenti mais à tout un secteur industriel. Il nota également qu'il s'agissait d'une période économiquement difficile, puisque l'économie hongroise faisait face à de sévères contraintes financières et fiscales. Les négociations pertinentes avaient d'ailleurs été difficiles et prolongées. Le tribunal remarqua qu'il serait trop facile, bien des années après et avec le recul, de préjuger de la décision d'un État et de ses effets sur une seule entité telle que Dunamenti, lorsqu'à l'époque il était demandé à l'État de prendre en compte des intérêts bien plus importants dans des circonstances difficiles, et d'équilibrer des facteurs différents et contradictoires. En outre, même s'agissant de la seule Dunamenti, la Hongrie a cherché à pondérer plusieurs éléments appropriés.

Au final, le tribunal considéra qu'Electrabel n'avait pas démontré que « la conduite de la Hongrie était arbitraire ou qu'elle n'avait pas d'objectif légitime ou qu'elle n'avait pas de lien raisonnable avec cet objectif ou, qu'elle était, en d'autres termes, disproportionnée » (para. 168).

#### *Absence d'attentes légitimes*

S'agissant des attentes légitimes au titre de la norme TJE du TCE, le tribunal ne trouva aucune preuve que la Hongrie aurait laissé croire à Electrabel, au moment où l'entreprise a investi dans Dunamenti, qu'elle aurait agi différemment de la manière dont elle a finalement agi envers Dunamenti ou Electrabel. Et en l'absence de preuves, le tribunal détermina que le recours d'Electrabel fondé sur les attentes légitimes ne pouvait aboutir.

Le tribunal conclut que le recours d'Electrabel semblait reposer sur de prétendues annonces relatives aux arrangements tarifaires. Toutefois, les déclarations en question n'équivalaient pas à une représentation (ou assurance) selon laquelle Dunamenti avait le droit à un profit raisonnable ou qu'Electrabel aurait le droit à un retour raisonnable sur investissement. En outre, selon le tribunal, ces droits auraient été incohérents avec les termes de l'AAE : bien qu'en l'espèce ces droits auraient dû se trouver dans l'AAE dès 1995, il était évident qu'au titre de cet accord, Dunamenti courrait le risque d'un changement du droit applicable.

De plus, le tribunal remarqua que « l'application de la norme TJE du TCE autorise l'État hôte à réaliser un rééquilibrage lorsque les circonstances l'exigent. L'État hôte n'est pas tenu de placer sans conditions les intérêts de l'investisseur étranger au-dessus de toute autre considération, dans toutes les circonstances. Comme l'ont décidé les tribunaux des affaires *Saluka c. la République tchèque* et *Arif c. la Moldavie*, une norme TJE peut légitimement impliquer un exercice d'équilibrage ou de pondération de la part de l'État hôte » (para. 165).

#### *Le tribunal prend note de la décision de l'affaire E.D.F.*

Le tribunal remarqua que d'aucuns pourraient considérer qu'il était incohérent vis-à-vis du tribunal de l'affaire *E.D.F.* Bien qu'il ait examiné les communications des parties relatives à la décision de l'affaire *E.D.F.*, il n'estima pas justifié d'examiner plus avant cette décision pour y trouver des preuves et des arguments.

Le tribunal ne pouvait ainsi pas être « influencé par les résultats d'un arbitrage distinct, où le recours d'un investisseur semble avoir été formulé différemment et tranché sur la base d'arguments et de preuves distincts » (para. 225). Le tribunal nota en outre que la décision de l'affaire *E.D.F.* avait également refusé d'indemniser l'investisseur du montant maximal déterminé par le calcul des coûts échoués nets.

#### *Les coûts*

Le tribunal détermina que les parties devaient payer leurs propres frais et dépenses juridiques. Il condamna en revanche Electrabel à payer les frais et émoluments des arbitres ainsi que les coûts de l'arbitrage du CIRDI.

*Remarques* : Le tribunal était composé de V. V. Veeder (Président, de nationalité britannique), de Gabrielle Kaufmann-Kohler (nommée par le demandeur, de nationalité suisse), et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision a été envoyée aux parties le 25 novembre 2015, et est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4495.pdf>.

### **Un tribunal rejette tous les recours d'un investisseur minier des États-Unis contre Oman**

*Adel A. Hamadi Al Tamimi c. Le Sultanat d'Oman, Affaire CIRDI n° ARB/11/33*  
**Stefanie Schacherer**

Un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rejeté tous les recours contre Oman, dans une décision du 3 novembre 2015. Le demandeur, Adel A. Hamadi Al Tamimi, est un investisseur des États-Unis jouissant des participations majoritaires de contrôle dans deux entreprises minières opérant dans la région du Golfe persique. En 2006, il a conclu des baux avec une entreprise minière étatique d'Oman pour l'extraction de calcaire dans la municipalité de Mahda à Oman.

Les recours de l'investisseur pour expropriation, violation de la norme minimale de traitement et violation du traitement national découlaient des prétendus harcèlement et ingérence d'Oman dans les opérations de ses entreprises minières, qui ont finalement entraîné la résiliation par l'entreprise étatique des baux en question, et la confiscation des sites miniers par la police royale d'Oman. Le différend relevait de l'accord de libre-échange (ALE) Oman-États-Unis, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Le demandeur cherchait à obtenir une indemnisation d'environ 560 millions USD.

#### *Le contexte*

Al Tamimi a réalisé son investissement en 2006 par le biais de deux baux pour l'extraction de calcaire conclus entre chacune de ses entreprises, Emrock et SFOH, et l'entreprise étatique omanaise Oman Mining Company LLC (OMCO). Seule Emrock a été régulièrement enregistrée à Oman. Par la suite, les ministères omanais des Finances et de l'Environnement octroyèrent les permis initiaux à Al Tamimi. Ces deux ministères lui rappelèrent également de respecter les limites de la zone d'extraction, et de restreindre ses activités à l'exploitation de calcaire. Al Tamimi a donc commencé ses opérations autour de la montagne Jebel Wasa en septembre 2007.

La relation entre Al Tamimi, OMCO et les ministères s'est pourtant rapidement détériorée. Le ministère de l'Environnement a émis plusieurs plaintes, avertissements et amendes contre Emrock, SFOH et OMCO, notamment du fait des prétendus prélèvements

de matériau autour de Jebel Wasa de la part d'Al Tamimi, de son utilisation de machines sans les permis requis, et de la non-obtention de permis pour les logements, et l'arrachage d'arbres. Le demandeur ne tint compte d'aucune de ces plaintes.

La situation a abouti à une décision d'OMCO de résilier l'accord avec Emrock, et de déclarer caduc l'accord avec SFOH compte tenu du non-enregistrement initial de l'entreprise à Oman. Un courrier adressé en juillet 2008 à Al Tamimi l'informait de ces décisions, et un deuxième courrier envoyé en février 2009 confirmait la résiliation du bail. Comme le demandeur poursuivait ses opérations, les ministères et OMCO émettent d'autres avertissements, et finalement, la police royale d'Oman procéda à l'arrestation d'Al Tamimi à la demande du ministère de l'Environnement pour les opérations non-autorisées alléguées.

*Compétence ratione temporis* : seul le bail Emrock-OMCO était couvert par l'ALE

Le tribunal entama une longue discussion portant sur sa compétence ratione temporis puisque l'ALE Oman-États-Unis n'entra en vigueur que le 1<sup>er</sup> janvier 2009, tandis que les deux baux furent conclus en 2006. L'ALE ne s'applique pas aux investissements réalisés avant son entrée en vigueur. Il s'agissait donc de déterminer si les baux étaient encore valables après le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

S'agissant de l'accord entre Emrock et OMCO, le tribunal analysa les deux courriers de résiliation du bail. Il considéra que la première notification de résiliation adressée par OMCO en juillet 2008 n'était pas effective. Il remarqua en effet qu'OMCO avait continué de communiquer avec Emrock et le gouvernement omanais au sujet du bail après juillet 2008. En outre, le tribunal considéra que la notification de résiliation suivante envoyée en février 2009 remplaçait la notification précédente. Aussi, il estima que le bail entre Emrock et OMCO était encore en vigueur jusqu'en février 2009, et relevait donc de l'ALE Oman-États-Unis.

En revanche, s'agissant de l'accord entre SFOH et OMCO, le tribunal se déclara incompétent. Il estima que la déclaration d'OMCO était effective dès juillet 2008, et qu'OMCO avait le droit de considérer le bail comme nul et non avenue puisque SFOH ne s'était pas enregistrée ni n'avait obtenu de licence commerciale à Oman.

#### *Le recours pour expropriation est rejeté*

Al Tamimi avait dressé la liste des actions prises par Oman et ayant entraîné la perte intégrale de son investissement, présumant ainsi une expropriation indirecte rampante. L'élément central du recours pour expropriation était la résiliation des deux baux, qui avaient à l'origine donné le droit à l'investisseur

d'opérer à Jebel Wasa. Ce droit cessa toutefois d'exister en février 2009, comme l'avait déjà déterminé le tribunal dans son analyse de la compétence. Al Tamimi argua que la résiliation des baux était illégale.

Le tribunal n'aborda pas le caractère illégal de la résiliation, puisque la question relevait du droit privé des contrats plutôt que du droit public international. En d'autres termes, le demandeur a perdu son investissement non du fait d'une expropriation souveraine, mais du fait d'un litige contractuel avec une partie qui agissait en sa capacité d'opérateur commerciale privé. En outre, le tribunal détermina que les actions prises après la résiliation du bail n'avaient pu interférer avec les droits d'Al Tamimi, puisque tout droit de propriété s'était éteint avec la résiliation du bail. Le tribunal décida donc de rejeter le recours pour expropriation.

*La norme minimale de traitement : contenu et violation supposée*

S'agissant du contenu de la norme minimale de traitement, l'ALE Oman-États-Unis fait précisément référence au droit coutumier international. Aussi, le tribunal analysa brièvement d'anciennes affaires abordant le contenu de la norme, principalement dans le contexte de l'ALENA (telles que *SD Meyers c. le Canada* et *International Thunderbird c. le Mexique*). Le tribunal réitéra qu'au titre du droit coutumier international, la norme minimale de traitement impose des critères relativement élevés pour établir une violation. Selon le tribunal, pour pouvoir établir une violation de la norme minimale de traitement au titre de l'ALE Oman-États-Unis, « le demandeur doit démontrer qu'Oman a agit au mépris flagrant et manifeste des principes fondamentaux d'équité, de cohérence, d'impartialité, de procédure régulière, ou de justice naturelle attendue de la part de tous les États au titre du droit coutumier international » (para. 390). Le tribunal souligna que cela n'était pas le cas lorsqu'il y avait une application erronée mineure des lois et réglementations d'un État. Cela est particulièrement vrai dans un contexte tel que celui de l'ALE Oman-États-Unis « où la conduite contestée concerne l'application ou l'exécution de bonne foi des lois et réglementations d'un État relatives à la protection de son environnement » (para. 390).

Al Tamimi argua également qu'Oman avait violé la prescription de proportionnalité en résiliant les baux, ainsi que par les mesures prises par la police. Le tribunal rejeta cet argument et considéra que la norme minimale de traitement au titre du droit coutumier n'inclut pas de prescription autonome de proportionnalité de la conduite d'un État qui équivaldrait en réalité à une obligation générale de proportionnalité.

Compte tenu des critères élevés pour établir la violation de la norme, le tribunal rejeta toutes les allégations d'Al

Tamimi quant à une conduite injuste et à un manque de transparence des ministères omanais. Il souligna que même s'il avait pu y avoir quelques incohérences dans la manière dont les ministères avaient géré les permis, cela n'équivalait pas à un conduite « arbitraire manifeste » ou à « l'absence totale de transparence et de bonne foi » (para. 384).

Le tribunal rejeta également les arguments d'Al Tamimi concernant les mesures prises pour le contraindre à cesser ses opérations à Jebel Wasa, notamment son arrestation. D'après le tribunal, ces actions étaient pleinement conformes au droit national, et résultaient de la présence illégale d'Al Tamimi sur le lieu d'extraction après la résiliation du bail. Il rejeta donc le recours pour violation de la norme minimale de traitement.

*Pas de violation du traitement national après la résiliation du bail*

Le dernier recours d'Al Tamimi portait sur la violation supposée par Oman de la norme de traitement national inscrite dans l'ALE Oman-États-Unis. Le tribunal rappela que toute action prise par Oman après la résiliation du bail ne pouvait constituer une violation des droits de l'investisseur au titre du traité puisque l'investissement avait cessé d'exister dès la résiliation du bail. Le tribunal remarqua que dans tous les cas, son recours pour violation du traitement national ne serait pas retenu du fait de l'absence de preuves tangibles. Al Tamimi se fondait simplement sur une discussion portant sur d'autres carrières dans la région qu'il avait eu avec l'opérateur d'une carrière voisine.

*Tous les recours sont rejetés ; Al Tamimi condamné à rembourser 75 % des frais d'Oman*

Compte tenu de ses délibérations précédentes, le tribunal rejeta tous les recours d'Al Tamimi, et lui ordonna de payer ses propres frais juridiques et de rembourser à Oman 75 % des coûts de l'arbitrage, et de ses frais et dépenses juridiques.

*Notes:* Le tribunal était composé de David A. R. Williams (président nommé par les parties, de nationalité néozélandaise), de Charles N. Brower (nommé par le demandeur, de nationalité étasunienne) et de Christopher Thomas (nommé par le défendeur, de nationalité canadienne). La décision du 3 novembre 2015 est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4450.pdf>.

**Un tribunal du CIRDI se déclare incompétent dans une affaire contre la Macédoine, et ordonne à l'investisseur de rembourser au pays 80 % de ses frais juridiques**

*Guardian Fiduciary Trust Ltd, f/k/a Capital Conservator Savings & Loan Ltd c. l'ancienne République yougoslave de Macédoine, Affaire CIRDI n° ARB/12/31 Inaê Siqueira de Oliveira*

Dans une décision datée du 22 septembre 2015, un

tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) s'estima incompétent pour entendre une affaire lancée par Guardian Fiduciary Trust Ltd (Guardian) contre la Macédoine au titre du traité bilatéral d'investissement (TBI) Pays-Bas-Macédoine. Le tribunal conclut que Guardian n'avait pas réussi à démontrer qu'il était effectivement citoyen des Pays-Bas au titre de l'article 1(b)(iii) du TBI.

#### Le contexte et les recours

Guardian est une société fiduciaire qui offre également des services financiers, constituée au titre du droit néozélandais, et implantée en Macédoine depuis 2007. En août 2009, suite à une enquête pour blanchiment d'argent lancée aux États-Unis, les autorités macédoniennes ont arrêté l'un des directeurs de Guardian et émis un communiqué de presse dévoilant le nom de l'entreprise et celui du directeur arrêté.

Aux dires de Guardian, la Macédoine savait ou aurait dû savoir que les allégations de blanchiment d'argent étaient fausses et que les mesures prises par le pays – notamment les déclarations faites à la presse – ont forcé Guardian à changer de nom ainsi que le siège de ses opérations, causant « d'importants dommages à ses opérations » (para. 4). Guardian avait fait une demande d'indemnisation de ses pertes alléguées de plus de 600 millions USD, demande ramenée par la suite à 20 millions USD.

À la demande de la Macédoine, le tribunal accepta de bifurquer la procédure, suspendant l'examen quant au fond pour se prononcer à titre préliminaire sur l'une des objections de la Macédoine à la compétence : savoir si Guardian remplissait les critères de nationalité au titre du TBI.

#### Résumé des recours

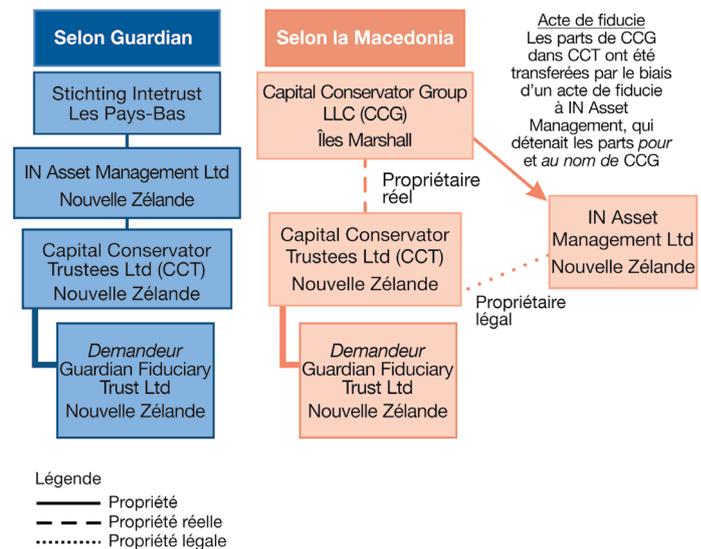
Dans son exception d'incompétence, la Macédoine arguait que Guardian n'était pas citoyen des Pays-Bas au titre de l'article 1(b)(iii) du TBI puisqu'elle était indirectement contrôlée par Capital Conservator Group LLC (CCG), constituée au titre du droit des Îles Marshall.

De son côté, Guardian affirmait être citoyenne néerlandaise au titre du TBI, puisqu'elle était indirectement contrôlée par Stichting Intetrust, une fondation néerlandaise. Le fait que la société Guardian fut détenue par Capital Conservator Trustees Ltd (CCT), elle-même détenue par IN Asset Management, deux entreprises néozélandaises, n'était pas pertinent en l'espèce puisqu'une personne morale constituée au titre du droit néerlandais se trouvait au bout de la chaîne de propriété.

Pour résumer, selon les parties, la structure corporative

de Guardian peut être illustrée comme suit :

#### La structure corporative de Guardian



#### Interprétations contradictoires du terme « contrôlée » au titre de l'article (1)(b)(iii) du TBI

Dans sa partie pertinente, l'article 1(b)(iii) du TBI prévoit que « le terme « citoyen » recouvre [...] les personnes morales qui ne sont pas constituées au titre du droit de l'État contractant, mais *contrôlées*, directement ou indirectement, par une personne physique telle que définie à l'alinéa (i) ou par une personne morale telle que définie à l'alinéa (ii) » (italique ajoutée). Les parties ont présenté des interprétations contradictoires du sens du terme « contrôlées ».

La Macédoine affirmait que le terme « contrôlées » exigeait non seulement des preuves de propriété, mais également des preuves de l'exercice d'un contrôle actif des activités de Guardian. Selon le pays, la simple propriété légale des parts, par exemple, ne suffit pas à établir le contrôle en l'absence de preuves de l'exercice d'un contrôle.

En revanche, Guardian arguait que « contrôlée » faisait référence à la capacité juridique du contrôle plutôt qu'au fait de contrôler. À son sens, la propriété était suffisante pour établir le contrôle.

S'agissant de l'interprétation de cet article, le tribunal reconnu initialement que « la propriété implique généralement le droit ou la capacité juridique d'exercer un contrôle » (para. 131). Il souligna toutefois que la question du contrôle était particulièrement complexe en l'espèce, compte tenu de l'existence d'un acte de fiducie entre IN Asset Management et CCG, entreprise des Îles Marshall.

### *Le tribunal se penche sur la structure corporative de Guardian*

La Macédoine s'opposait à ce que Guardian soit reconnue comme citoyenne des Pays-Bas principalement du fait de l'acte de fiducie du 1er octobre 2008. Au titre de cet acte, IN Asset Management, le troisième élément de la chaîne de propriété, détenait des parts dans CCT (qui détenait directement Guardian) en tant qu'administrateur pour et au nom de CCG, entreprise des Îles Marshall. Compte tenu de l'existence de l'acte, la Macédoine affirmait que IN Asset Management détenait juridiquement CCT en tant que prête-nom fiduciaire agissant uniquement en sa capacité professionnelle, et que CCG conservait la propriété réelle.

Guardian ne nia pas que CCG fût le propriétaire réel de CCT. Elle n'était en revanche pas d'accord quant au fait que l'acte était pertinent pour l'évaluation de la compétence par le tribunal. À son sens, le rôle de CCG dans cette structure corporative était passif, et IN Asset Management, en tant que propriétaire réelle de CCT, contrôlait les parts et détenait le droit de vote. Et puisque IN Asset Management était elle-même contrôlée par Stichting Intetrust, Guardian affirma être citoyenne des Pays-Bas.

Dans son analyse, le tribunal remarqua que les termes de l'acte de fiducie ne faisaient pas référence à la direction et au contrôle des activités commerciales de CCT ou à l'exercice du droit de vote. Selon le tribunal, cela impliquait que l'acte laissait la possibilité pour que le contrôle de CCT fut exercé par IN Asset Management ou, indirectement, par Stichting Intetrust. Le tribunal en conclut donc que la question du contrôle revenait finalement à prouver si Guardian était effectivement contrôlée par Stichting Intetrust.

### *Guardian ne réussit pas à présenter des preuves concluantes de son contrôle par Stichting Intetrust*

Guardian n'a présenté qu'une seule preuve de son contrôle par Stichting Intetrust – une déclaration sur l'honneur de Nicolaas Francken, l'un des dirigeants de Stichting Intetrust, affirmant que l'actionnaire majoritaire final de CCT était Stichting Intetrust. Le tribunal considéra que cette déclaration ne présentait pas suffisamment de détails quant à la manière dont le contrôle, et notamment le droit de vote, était exercé dans les faits.

L'absence de preuve incita le tribunal à conclure que Guardian n'était pas citoyenne néerlandaise au sens de l'article 1(b)(iii) du TBI. Aussi, celui-ci rejeta l'affaire pour absence de compétence.

### *Remboursement des dépenses de la Macédoine*

La décision reconnaît que la pratique des tribunaux du CIRDI quant à la distribution des coûts « n'est pas pleinement cohérente » (para. 149), état de fait

qui résulte de l'importante marge discrétionnaire dont les tribunaux jouissent au titre de l'article 61(2) de la Convention du CIRDI. En faisant exercice de ce pouvoir discrétionnaire, la décision fait référence au fait que le principe des « dépens suivent le sort de l'instance » est approprié compte tenu des circonstances de l'affaire, même si elle n'explique pas quelles sont ces circonstances.

Le tribunal ordonna à Guardian de rembourser 80 pour cent des frais et dépenses juridiques de la Macédoine. Cette décision donna lieu à un remboursement de 1 072 708 USD et de 32 800 £. Le tribunal intima également aux parties de partager les frais de l'arbitrage.

*Remarque :* Le tribunal du CIRDI était composé de Veijo Heiskanen (président, nommé par le Secrétaire-général du CIRDI, de nationalité finlandaise), d'Andreas Bucher (nommé par le demandeur, de nationalité suisse) et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4447.pdf>.

### **Quiborax reçoit 50 millions USD contre la Bolivie, soit un tiers de sa demande initiale** *Quiborax S.A. et Non-Metallic Minerals S.A. c. l'État plurinational de Bolivie, Affaire CIRDI n° ARB/06/2* **Martin Dietrich Brauch**

Le 16 septembre 2015, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a condamné la Bolivie à payer environ 50 millions USD d'indemnisation pour l'expropriation d'un investissement minier. Les demandeurs étaient une entreprise chilienne Quiborax S.A. (Quiborax), et Non-Metallic Minerals S.A. (NMM), enregistrée en Bolivie, détenue à majorité et créée par Quiborax pour investir dans l'extraction d'uléxite en Bolivie.

### *Le contexte et les recours*

Le Gran Salar de Uyuni, un salar situé dans la région bolivienne de Potosí, est une réserve depuis 1965. La loi bolivienne n° 1854 de 1998 (*Ley Valda*) a réduit la taille de la réserve, et plusieurs concessions minières ont été demandées et octroyées sur l'ancien territoire de la réserve. Entre 2001 et 2003, Quiborax a acquis 11 concessions minières, transférées à NMM.

Les communautés locales étaient contre l'établissement de concessions minières dans cette zone. Cela a incité les représentants de Potosí à présenter un projet de loi visant à faire annuler la *Ley Valda* et à transférer les concessions à l'État. En conséquence, la loi n° 2564 a été promulguée en décembre 2003, abrogeant la *Ley Valda*. La nouvelle loi autorisait également l'exécutif à réaliser un audit des concessions octroyées au titre de la *Ley Valda*, et à annuler les droits miniers des concessionnaires

qui étaient passibles de sanctions ; elle restituait en outre les concessions et les ressources non-métalliques à l'État.

Compte tenu des irrégularités fiscales et douanières mises au jour grâce aux audits, la Bolivie a révoqué toutes les concessions minières de NMM par le décret n° 27 589 du 23 juin 2004 (le décret de révocation). Conformément au décret, NMM remit l'exploitation des concessions à l'administration de Potosí dans les 30 jours suivants la révocation. La légalité du décret de révocation a plus tard été contestée, puisque le code minier prévoyait l'annulation des concessions minières, mais pas leur révocation. Pour tenter de remédier à la situation, la Bolivie abrogea le décret de révocation en décembre 2005, et annula dans le même temps les concessions.

Un mois après le décret de révocation, Quiborax et NMM demandèrent des consultations au titre du TBI Bolivie-Chili, et déposèrent finalement une demande d'arbitrage le 4 octobre 2005 ; la procédure débuta en décembre 2007. Les entreprises arguaient entre autres que le décret de révocation expropriait directement l'investissement de NMM (les concessions) et indirectement l'investissement de Quiborax (ses parts dans NMM), et que l'expropriation était abusive. Elles réclamaient une indemnisation de 146 848 827 USD, plus les intérêts composés, et 4 millions USD pour dommages moraux.

*Le tribunal détermine que des actes illicites commis pendant l'exploitation d'un investissement n'empêchent pas un investisseur de bénéficier des garanties au titre du TBI*

La Bolivie objecta que les investissements ne pouvaient bénéficier de la protection du TBI puisqu'ils n'avaient pas été réalisés ni exploités conformément au droit bolivien. Le tribunal affirma que « l'illégalité continue » dans l'exploitation de l'investissement ne pouvait affecter la disponibilité des protections du TBI. Et s'agissant de l'allégation d'une « illégalité continue », le tribunal rappela sa décision juridictionnelle selon laquelle les investissements avaient été réalisés conformément au droit bolivien. Et les nouvelles preuves de l'acquisition illégales des investissements apportées par la Bolivie furent jugées peu concluantes par le tribunal.

La Bolivie arguait également que les concessions étaient illégales et nulles dès le départ, et donc que les investisseurs ne disposaient d'aucun droit susceptible d'être protégé. Mais le tribunal s'opposa à cet argument. Il détermina que « l'annulation [...] était une tentative postérieure de la Bolivie d'améliorer sa défense dans le présent arbitrage, et non pas un exercice de bonne foi des pouvoirs de police de la Bolivie » (para. 139). En outre, après examen du droit bolivien, le tribunal détermina que les irrégularités alléguées soit n'existaient pas soit n'étaient pas

suffisantes pour motiver une annulation.

*Le tribunal considère que l'expropriation est abusive en dépit des intérêts publics en jeu*

Le tribunal ne fut pas convaincu que les irrégularités fiscales et douanières présentées comme ayant motivées le décret de révocation avaient réellement eu lieu. Et même si c'était le cas, le tribunal estima que la révocation n'était pas justifiée au titre du droit bolivien. Puisque les demandeurs ne furent pas informés de la réalisation des audits et n'eurent pas non plus accès aux informations connexes, le tribunal détermina que l'acte de révocation n'avait pas été mené de manière régulière, comme l'exigent le droit international et la législation bolivienne.

Faisant sienne la norme d'expropriation directe énoncée dans l'affaire *Burlington c. Équateur*, sur laquelle se fondait le demandeur, le tribunal détermina que le décret de révocation avait entraîné la privation permanente de l'investissement des demandeurs, sans que cela ne soit justifié par l'exercice légitime des pouvoirs de police de la Bolivie. Il fit donc droit au recours selon lequel le décret de révocation expropriait directement l'investissement de NMM dans les concessions.

Le tribunal examina également le recours du demandeur selon lequel le décret de révocation expropriait indirectement les parts de Quiborax dans NMM. Selon lui, puisque les concessions semblaient être les seules activités de NMM, sans elles les parts de l'entreprise étaient « virtuellement sans valeur » (para. 239), entraînant l'expropriation indirecte de l'investissement de Quiborax dans NMM.

Essentiellement sur la base de rapports des média expliquant que le public considérait que les activités minières des demandeurs équivalaient au pillage de la richesse nationale par des investisseurs chiliens, le tribunal estima qu'il y avait des preuves accablantes d'une intention discriminatoire à l'encontre de NMM du fait de la nationalité chilienne de Quiborax. En outre, il avait déjà déterminé que l'expropriation n'avait pas été menée dans le respect du droit, et que les demandeurs n'avaient manifestement pas été indemnisés. Aussi, le tribunal conclut que l'expropriation était abusive au titre du TBI.

Même si le tribunal s'en remit « au droit souverain de la Bolivie de déterminer ce qui était dans l'intérêt public national » et accepta que « la Bolivie ait pu avoir un intérêt légitime dans la protection de la réserve fiscale du Gran Salar de Uyuni » (para. 245), il estima que cela n'était pas pertinent puisqu'il avait déjà déterminé pour d'autres raisons que l'expropriation était abusive.

*La révocation et l'annulation postérieure violent la norme TJE*

Sans réaliser une analyse trop poussée et sans

déterminer si le traitement juste et équitable (TJE) du TBI correspondait à la norme minimale au titre du droit international, le tribunal considéra que même au titre d'une norme plus exigeante, la révocation des concessions violait le droit international, puisqu'elle était discriminatoire et injustifiée au regard du droit national.

Rappelant encore une fois que l'annulation semblait être une stratégie visant à légaliser la révocation lorsque le décret de révocation fut remis en cause, le tribunal conclut que l'annulation violait également le TJE.

*Le tribunal rejette les recours relatifs au jugement déclaratoire et aux dommages moraux*

Les demandeurs alléguaient que la Bolivie avait commis des actes de harcèlement après l'expropriation – principalement en lançant des procédures pénales à l'encontre des actionnaires des demandeurs – et que ces actes violaient la norme TJE et la clause de non-dépréciation du TBI. Le tribunal ne trouva cependant pas suffisamment de preuves d'une telle conduite. Il rejeta également les allégations des demandeurs selon lesquelles la Bolivie, par sa conduite pendant la procédure d'arbitrage, violait plusieurs dispositions de la Convention du CIRDI et son devoir de bonne foi. Le tribunal rejeta donc la demande des demandeurs en faveur d'un jugement déclaratoire.

En outre, le tribunal considéra que les 4 millions USD réclamés par les demandeurs à titre de dommages moraux visaient à réparer les dommages non-matériels découlant du harcèlement supposé postérieur à l'expropriation. Mais puisqu'il avait déjà rejeté ces violations supposées, il détermina que le recours pour dommages moraux était infondé.

*La valeur de la réparation intégrale est calculée grâce à la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie, à la date de la décision*

Conformément au droit international coutumier, et comme l'expliquent l'affaire *Chorzów* et les articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, le tribunal détermina que les demandeurs avaient le droit à une réparation intégrale. En l'espèce, il considéra qu'il n'y avait pas de facteurs atténuants pertinents.

Les parties acceptèrent que la réparation devait refléter la juste valeur marchande de l'investissement. Toutefois, s'agissant du calcul, les demandeurs étaient favorables à la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie, tandis que la Bolivie préférait tenir compte des montants nets investis. Le tribunal se rangea du côté des demandeurs, remarquant que la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie est largement acceptée, est mentionnée dans les Principes directeurs pour le traitement des investissements étrangers de la Banque

mondiale, et a été utilisée par de nombreux tribunaux d'investissement. Il décida d'évaluer la juste valeur marchande des concessions minières, le principal actif d'NMM, et détermina que l'historique des opérations et la rentabilité probable des activités minière d'NMM justifiaient l'usage de cette méthode.

Les demandeurs maintenaient que l'indemnisation devait être calculée à la date de la sentence arbitrale, tandis que la Bolivie arguait qu'elle devait être calculée à la date d'expropriation. Après un examen attentif des communications des parties et du raisonnement de l'affaire *Chorzów*, la majorité du tribunal décida de quantifier les pertes à la date de la décision, considérant que l'expropriation était abusive à plusieurs titres, et pas seulement du fait de l'absence d'indemnisation. Pour soutenir sa décision, la majorité cita d'autres tribunaux d'investissement, des instances de décision et des chercheurs ayant adopté la même approche. Brigitte Stern, l'arbitre nommé par la Bolivie, élabora une opinion divergente partielle, présentant des raisons juridiques et économiques justifiant, à son sens, et quelques soient les circonstances, un calcul à la date d'expropriation.

*Les dommages et les coûts*

Compte tenu d'une série de paramètres et des flux de trésorerie que les réserves d'ulixite auraient générées si les concessions n'avaient pas été expropriées, le tribunal accorda des dommages de 48 619 578 millions USD. Il accorda également des intérêts, composés annuellement, au taux LIBOR à un an plus deux pour cent. La Bolivie fut condamnée à payer la moitié des frais d'arbitrage des demandeurs, et le tribunal ordonna à chacune des parties de payer ses propres frais et dépenses juridiques.

*Remarques* : le tribunal du CIRDI était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (présidente, nommée par le président du conseil administratif du CIRDI, de nationalité suisse), de Marc Lalonde (nommé par les demandeurs, de nationalité canadienne) et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4389.pdf>. L'opinion divergente partielle Brigitte Stern est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4388.pdf>.

#### Auteurs

**Inaê Siqueira de Oliveira** est étudiante en droit à l'Université fédérale de Rio Grande do Sul au Brésil.

**Stefanie Schacherer** est doctorante et assistante d'enseignement et de recherche à la faculté de droit de l'Université de Genève.

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

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

# ressources et événements

## Ressources

**Le Cadre directif pour l'exploitation minière : évaluation de la préparation à la mise en œuvre des États membres du Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable (FIG) – rapport de synthèse**  
Par Alec Crawford, publié par l'IISD, octobre 2015

L'IISD, soutenu par le ministère canadien des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement, a travaillé avec trois États membres du FIG – la République dominicaine, Madagascar et l'Ouganda – pour les aider à adopter des pratiques conformes au Cadre directif pour l'exploitation minière (le Cadre directif) du FIG. Ce processus s'est fait en deux étapes. D'abord, une évaluation mesurait l'état de préparation des trois pays membres à la mise en œuvre des six piliers du Cadre directif par le biais des lois, politiques et mesures gouvernementales existantes. Les résultats des évaluations étaient ensuite utilisés pour aider les gouvernements à cibler leurs efforts de mise en œuvre du Cadre directif, pour définir les programmes de renforcement des compétences, et pour prévoir le suivi des progrès dans le temps. La deuxième partie du projet mettait spécifiquement l'accent sur les programmes de renforcement des compétences. Ce rapport synthétise quelques uns des principaux résultats des évaluations et des ateliers de renforcement des compétences. Disponible sur <http://www.iisd.org/library/mining-policy-framework-assessing-implementation-readiness-member-states-intergovernmental>.

**Le navigateur de règlements des différends en matière d'investissement (navigateur RDIE)**

Par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), décembre 2015

La CNUCED a lancé son navigateur RDIE totalement refondu. La base de données en ligne contient des informations relatives aux 696 affaires d'arbitrage international connues du public, lancées par des investisseurs contre des États au titre d'Accords internationaux d'investissement (AII). Elle inclut des paramètres de recherche avancée, ainsi que des données statistiques facilement accessibles sur les principaux aspects des affaires de RDIE. Chaque dossier contient des informations sur : le fondement juridique (le traité applicable) ; les pays concernés ; un bref résumé du différend ; les secteurs et sous-secteurs économiques ; les montants réclamés et octroyés ; les violations alléguées et avérées des dispositions des AII ; les noms des arbitres composant le tribunal ; le statut / les conclusions de la procédure arbitrale ; les décisions rendues par le tribunal (ainsi qu'un lien vers les textes) ; et des liens vers des sources externes d'informations sur l'affaire, entre autres. Les données ont été mises à jour au 1er janvier 2016. Disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/isds>.

**Changement de paradigmes dans le droit international des investissements : plus équilibré, moins isolé, de plus en plus diversifié**  
Par Steffen Hindelang et Markus Krajewski (éditeurs), publié par Oxford University Press, janvier 2016

Si l'élément principal du droit international des investissements a toujours été la protection des intérêts économiques des investisseurs individuels, des faits nouveaux ont donné lieu à un changement de paradigme. Plus que jamais, il existe un intérêt pour un régime plus inclusif, transparent et public. Cet ouvrage analyse les changements qui se sont produits dans le régime des traités d'investissement, et la manière dont celui-ci devrait continuer de changer afin de réconcilier les intérêts de la propriété privée et le devoir des États de réglementer dans l'intérêt public. Ses différents chapitres abordent le contenu des accords d'investissement, le système du règlement des différends, la corrélation entre les accords d'investissements et d'autres domaines du droit public international, les questions constitutionnelles et les nouvelles perspectives régionales de l'Afrique du Sud et de l'Amérique latine. Disponible sur <https://global.oup.com/academic/product/shifting-paradigms-in-international-investment-law-9780198738428>.

**Le droit des investissements dans le droit international : perspective d'intégration**

Par Freya Baetens (éditrice), publié par Cambridge University Press, janvier 2016

Cet ouvrage se penche sur les liens entre le droit des investissements et les autres sous-domaines du droit international, notamment le droit des conflits armés, des droits humains, du développement durable, du commerce, du développement et le droit européen. Il étudie notamment comment les concepts, principes et règles développés dans le contexte de ces sous-domaines du droit public international pourraient éclairer le contenu du droit des investissements. Les solutions visant à régler les problèmes dans d'autres contextes pourraient offrir des exemples instructifs de la manière de régler les problèmes actuels du droit des investissements, et vice-versa. La question sous-jacente consiste à savoir si les principaux sous-domaines du droit public international, notamment le droit international des investissements, peuvent s'enrichir mutuellement, ou s'ils évoluent dans des régimes distincts. Disponible sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/investment-law-within-international-law-integrationist-perspectives>.

**Analogies dans le droit international des investissements et l'arbitrage**

Par Valentina Vadi, publié par Cambridge University Press, décembre 2015

Bon nombre des sentences arbitrales récentes ont fixé les limites entre

deux éléments contraires : la sphère légitime de la réglementation dans l'intérêt public par l'État, et la protection de la propriété privée étrangère de toute ingérence étatique. Les analyses comparatives peuvent-elles aider les arbitres à interpréter et appliquer les dispositions floues et mal définies des traités d'investissement ? L'utilisation d'analogies peut-elle contribuer au débat actuel sur la légitimité de l'arbitrage investisseur-État ? Comment faire de telles comparaisons, et quelles devraient en être leurs limites ? Cet ouvrage examine les répercussions qu'une approche comparative peut avoir sur le droit des investissements, notamment sur l'amélioration de sa légitimité perçue. Disponible sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/public-international-law/analogies-international-investment-law-and-arbitration>.

## Événements en 2016

**3-4 mars**

**19<sup>ÈME</sup> JOURNÉE ANNUELLE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DE L'AIB 2016**, Association internationale du barreau (AIB), Comité d'arbitrage, Pudong Shangri-La Hotel, Shanghai, Chine, <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=a6012508-0839-4c51-9cb1-ec86df04762>

**7 mars**

**CONFÉRENCE INTERNATIONALE SUR LES TBI ET LES DIFFÉRENDS INTRA-EUROPÉENS**, Faculté de droit de l'Université de Vienne, Vienne, Autriche, <http://intra-eu-bits.univie.ac.at>

**7-9 mars**

**1<sup>ÈRE</sup> CONFÉRENCE ANNUELLE SUR L'ARBITRAGE ET LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DANS LE SECTEUR DE L'ÉNERGIE AU MOYEN-ORIENT ET EN AFRIQUE**, Centre pour l'arbitrage et le règlement des différends internationaux du London Centre of International Law Practice (LCILP) & du Centre for International Energy and National Resources Law and Security, Londres, Royaume-Uni, <http://lciipconference.org>

**10-11 mars**

**CONFÉRENCE INTERNATIONALE KLRC SUR L'ARBITRAGE DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX**, Centre régional de Kuala Lumpur pour l'arbitrage (KLRC), Kuala Lumpur, Malaisie, <https://webapps.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Documents/KLRC-flyer.pdf>

**11 mars**

**L'ARBITRAGE DES INVESTISSEMENTS AU TITRE DU RÈGLEMENT DE LA CCS**, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS), Université Goethe, Frankfurt-sur-le-Main, Allemagne, <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/event-calendar/frankfurt-scc-conference-in-connection-to-the-frankfurt-investment-moot>

**14-15 mars**

**CONFÉRENCE INTERDISCIPLINAIRE SUR LE PARTENARIAT TRANSATLANTIQUE DE COMMERCE ET D'INVESTISSEMENT (PTCI/TTIP)**, Centre pour la recherche européenne de l'Université de Gothenburg (CERGU), Gothenburg, Suède, [http://cergu.gu.se/english/Events/Calendar/Event\\_Detail/?eventId=3127005768](http://cergu.gu.se/english/Events/Calendar/Event_Detail/?eventId=3127005768)

**14-18 mars**

**17<sup>ÈME</sup> CONFÉRENCE ANNUELLE DE LA BANQUE MONDIALE SUR LES TERRES ET LA PAUVRETÉ 2016 : « ÉTENDRE LA GOUVERNANCE FONCIÈRE RESPONSABLE »**, Banque mondiale, Washington DC, États-Unis, <http://www.worldbank.org/en/events/2015/07/20/land-and-poverty-conference-2016-scaling-up-responsible-land-governance>

**15 mars**

**CONFÉRENCE CONJOINTE DE LA CNUDCI ET DU CAL**, Conférence des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) et Centre d'arbitrage de Ljubljana (CAL), Chambre de commerce et d'industrie de Slovénie, Ljubljana, Slovénie, <http://globalarbitrationreview.com/events/1869/joint-uncitral-lac-conference>

**16 mars**

**RÉUNION D'EXPERTS DE LA CNUCED : « DRESSER LE BILAN DE LA RÉFORME DES AII »**, session de la Réunion d'experts pluriannuelle sur l'investissement, l'innovation et l'entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Salle XXVI, Palais des Nations, Genève, Suisse, <http://unctad.org/fr/Pages/Meetings/Expert-Meetings.aspx> (RSVP à [WIF\\_IIA\\_Conference@unctad.org](mailto:WIF_IIA_Conference@unctad.org) en indiquant dans l'objet « participation physique » ou « participation au webinar »).

**30 mars – 2 avril**

**110<sup>ÈME</sup> RÉUNION ANNUELLE DE L'ASIL : « DÉFINIR DE NOUVELLES FRONTIÈRES DANS LE DROIT INTERNATIONAL »**, American Society of International Law (ASIL), Hyatt Regency Capitol Hill, Washington DC, États-Unis, <https://www.asil.org/annualmeeting>

**31 mars**

**INTRODUCTION À LA PRATIQUE ARBITRALE DU CIRDI**, ministère des Services financiers, Commonwealth des Bahamas, British Colonial Hilton, Nassau, Bahamas, <https://webapps.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Documents/ICSID-Introduction-Bahamas-Program.pdf>

**22-23 avril**

**CONFÉRENCE DU BUCERIUS LAW JOURNAL SUR LE DROIT ET L'ARBITRAGE INTERNATIONAUX DES INVESTISSEMENTS**, Faculté de droit Bucerius, Hambourg, Allemagne, <http://law-journal.de/en/conference>



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](mailto: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](mailto: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](mailto:itn@iisd.org)