



Un journal trimestriel sur le droit et la politique
des investissements dans la perspective du
développement durable

Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement par Levent Sabanogullari



6



9



Repenser le règlement des différends en matière d'investissement par Nathalie Bernasconi-Osterwalder



12

Les experts réunis à la CNUCED façonnent les possibilités de réforme des AII par James Zhan et Diana Rosert

La position du droit des investissements vis-à-vis de la question des 1 % par Howard Mann



14

Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) Brésil-Mozambique et Brésil-Angola : Aperçu et description par Martin Dietrich Brauch

La sanction antitrust de la Chine assène une amende de 975 millions USD à Qualcomm : Quels enseignements les autres pays hôtes peuvent-ils tirer de cette histoire ? par Joe Zhang

La Commission européenne répond aux préoccupations relatives au PTCI lors d'une réunion au Parlement européen ;
Le chapitre sur l'investissement dans le TPP ; Le nouveau modèle de TBI de l'Inde ; La Convention de la CNUDCI sur la
transparence ; Bilcon c. Canada ; Tidewater c. Venezuela ; Owens-Illinois c. Venezuela ; Awdi c. Roumanie

tables des matières

3 Articles

Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement
Levent Sabanogullari

6 Repenser le règlement des différends en matière d'investissement

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

9 Les experts réunis à la CNUCED façonnent les possibilités de réforme des AI

James Zhan et Diana Rosert

12 La position du droit des investissements vis-à-vis de la question des 1 %

Howard Mann

14 Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) Brésil-Mozambique et Brésil-Angola : Aperçu et description

Martin Dietrich Brauch

16 La sanction antitrust de la Chine assène une amende de 975 millions USD à Qualcomm : Quels enseignements les autres pays hôtes peuvent-ils tirer de cette histoire ?

Joe Zhang

19 Nouvelles en bref

La Commission européenne répond aux préoccupations relatives au PTCl lors d'une réunion au Parlement européen ;
Le chapitre sur l'investissement dans le TPP : une réédition du TBI des États-Unis, avec quelques exceptions concernant le RDIE ;
L'Inde diffuse son modèle de TBI pour commentaires ;
les États-Unis réclament des négociations ;
La Convention de la CNUDCI sur la transparence est ouverte à la signature à Maurice

20 Sentences et décisions

31 Ressources et évènements

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

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

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

Directrice du Groupe – Droit et Politique Économique
Nathalie Bernasconi

Rédacteur en Chef
Martin Dietrich Brauch

Directeur de la Communication
Damon Vis-Dunbar

Rédactrice, Version Française
Suzy Nikiéma

Traduction Française
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version Espagnole
Javier Echaide

Traduction Espagnole
María Candela Conforti

Design
PortoDG | www.portodg.com.br

Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement

Levent Sabanogullari

article 1



Le régime des Accords internationaux d'investissement (AII) connaît actuellement une vague sans précédent d'attention publique. Les principaux exemples de ce phénomène sont les débats autour de la conclusion de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne, et autour des négociations du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) entre les États-Unis et l'Union européenne. En Allemagne par exemple, ces deux accords ont fait l'objet d'une attention publique tout à fait unique dans l'histoire de l'élaboration des traités d'investissement. L'on peut saluer le fait de porter la question de la protection de l'investissement étranger fondée sur un traité à l'attention d'un public plus large, mais cela doit s'accompagner de débats documentés portant sur le bien-fondé et les limites des AII.

L'une des principales préoccupations de la société civile est que les AII restreignent excessivement le droit des États hôtes à réglementer dans l'intérêt public. Le problème n'est pas nouveau, mais découle plutôt de la complexité croissante des différends relatifs aux investissements. Si les AII visaient à l'origine à protéger les investisseurs étrangers d'une expropriation abusive, ceux-ci les utilisent actuellement pour contester un large éventail de politiques réglementaires des États hôtes, notamment celles concernant l'environnement ou la santé publique. Les arbitres se prononcent non seulement sur le volet juridique du différend, mais de plus en plus également sur la logique politique plus large des mesures adoptées par un État. Cela soulève des interrogations, tant sur l'expertise des arbitres à évaluer des politiques publiques, que sur leur mandat pour ce faire. Pour compliquer les choses, certains tribunaux ont tenu compte des justifications fondées sur l'intérêt public mises en avant par les États, tandis que d'autres adoptent une perspective purement économique.

Tous ces développements ont entraîné chez les États un profond mécontentement du régime actuel des AII. Si certains d'entre eux ont, dans une certaine mesure, décidé de tourner le dos au régime, d'autres étudient actuellement

des instruments pour veiller à ce que la protection offerte par les futurs AII ne restreigne pas la marge de manœuvre politique. Ce sont par exemple des dispositions établissant expressément le droit de l'État de réglementer, des notes interprétatives, des obligations relatives à l'investissement dont le champ d'application est restreint afin d'éviter les interprétations trop larges, un libellé intégré au préambule soulignant l'importance des préoccupations d'intérêt public, et des clauses d'exception générale¹.

Les clauses d'exception générale visent à dégager les États de toute responsabilité au titre du traité pour les mesures prises de bonne foi aux fins du bien-être public. Il existe deux modèles d'exceptions générales dans les AII : l'un d'entre eux suit l'approche de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)², et l'autre s'inspire de l'article XIV de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)³. Parfois, les AII font également référence aux deux dispositions, ou contiennent une disposition adaptée combinant les deux, ou encore présentent une disposition unique en son genre. Ces clauses partagent en général trois éléments :

1. Une liste exhaustive des objectifs politiques autorisés ; par exemple, la protection de la santé ou de la vie humaine, animale ou végétale, ou la préservation des ressources naturelles ;
2. Une prescription de lien, démontrant le lien requis entre la mesure d'un État et un objectif autorisé ; l'on trouve fréquemment les termes « nécessaire à », « relatif à » et « conçue et appliquée aux fins de » indiquant ce lien ; et
3. L'interdiction d'appliquer la clause de manière discriminatoire ou arbitraire.

Les raisons d'inclure des clauses d'exception générale dans les AII et les risques qu'elles représentent

Les clauses d'exception générale sont incluses dans les AII pour deux raisons. D'une part, ces clauses visent à renforcer la marge de manœuvre politique en permettant aux États de réglementer l'investissement étranger sans risquer de poursuites au niveau international. Si l'ampleur de cette marge de manœuvre dépendra de la manière dont le tribunal arbitral interprétera la clause, il n'existe à l'heure actuelle aucun arbitrage connu fondé sur des exceptions générales. En revanche, un élément souvent laissé de côté dans les discussions peut également influencer la marge de manœuvre politique : le libellé du traité. Par exemple, plus la liste des objectifs autorisés sera précise, plus la marge de manœuvre accordée par la clause à l'État sera grande. De la même manière, des prescriptions de lien plus souples, telles que « relatif à » ou « conçue et appliquée aux fins de », offrent aux États plus de flexibilité que le critère plus stricte et plus usité de « nécessité ».

D'autre part, les exceptions générales visent à renforcer la sécurité juridique dans les jugements relatifs aux

investissements. En offrant des références spécifiques pour identifier les considérations d'intérêt public, elles aident les États membres à veiller à ce que les tribunaux tiennent compte des objectifs d'intérêt public d'une mesure contestée. À l'inverse, elles permettent aux investisseurs étrangers d'intégrer dans le calcul du coût de l'investissement les risques liés à une mesure défavorable éventuellement adoptée par un État dans les domaines politiques couverts par l'accord, pour prendre la décision d'investir ou non.

Mais pourtant de nombreuses critiques à l'inclusion des exceptions générales dans les AII subsistent. Si certains redoutent les recours abusifs à ces clauses, la majorité craint que les exceptions générales n'apportent pas plus de souplesse que n'en donne déjà la jurisprudence actuelle⁴, ou que leurs listes exhaustives d'objectifs autorisés et leurs prescriptions soi-disant extra-strictes puissent même limiter la marge de manœuvre existante⁵. À mon avis, ces risques sont exagérés.

Le risque d'abus n'est que théorique. La nécessité de démontrer que les prescriptions de la clause sont satisfaites de bonne foi s'est avérée être un critère élevé dans la jurisprudence de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), et il est très peu probable que cela change fortement dans le cadre des arbitrages en matière d'investissement.

S'agissant de la souplesse, en premier lieu, l'on ne peut pas dire qu'à l'heure actuelle les tribunaux arbitraux prennent systématiquement en compte l'intérêt public : si certains sont disposés à examiner les justifications fondées sur l'intérêt public, d'autres les rejettent d'emblée. Ensuite, l'on ne peut pas forcément déceler dans toutes les dispositions relatives à l'investissement des éléments d'intérêt public. Parfois, les tribunaux ont tenu compte de l'intérêt public au titre de certaines dispositions du traité, mais se sont trouvés incapables de le faire au titre d'autres, jugeant au final l'État responsable. Et pourtant, les exceptions générales s'appliquent traditionnellement à toutes les obligations sans distinction. Finalement, les critiques semblent supposer que les tribunaux interpréteront les exceptions générales comme les conditions exhaustives de l'intérêt public au titre de l'AII, adoptant une perspective purement économique dans leur examen de la violation des autres dispositions du traité. Cependant, rien dans une clause d'exception générale n'interdit le tribunal d'aller au-delà de la souplesse offerte par les exceptions explicites, qui ne doivent pas nécessairement être considérées comme des conditions exhaustives mais plutôt comme des protections additionnelles.

Les clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des États

Si le bien-fondé des exceptions générales dans les AII fait encore l'objet de controverses, les États les intègrent toujours plus dans les AII qu'ils ont récemment négociés. D'après le Rapport sur l'investissement dans le monde 2014 publié par la Conférence des Nations Unies sur le

commerce et le développement (CNUCED), pas moins de 15 des 18 AII conclus en 2013 et dont les textes sont disponibles incluent des exceptions générales⁶. Les chiffres des années précédentes sont similaires, et révèlent par exemple que 10 des 17 AII conclus en 2012 et dont les textes sont disponibles⁷, et 7 des 47 AII conclus en 2011 comportent des exceptions générales⁸. Ces chiffres ne cachent pas le fait que les AII comportant de telles clauses restent encore minoritaires dans l'océan des plus de 3 200 AII conclus fin 2013⁹. Ils suggèrent cependant que les exceptions générales seront de plus en plus présentes dans les AII à venir.

Notons également que les partisans des exceptions générales dans les AII sont géographiquement et économiquement variés. L'on trouve à la fois des pays importateurs de capital, comme la Colombie, le Honduras, le Panama, la Thaïlande et le Viet Nam, et des pays exportateurs de capital, tels que l'Australie, le Canada, la Corée du Sud, le Japon et la Nouvelle Zélande. Géographiquement, ce sont principalement des pays de la région Asie-Pacifique et d'Amérique latine. Mais ces clauses d'exceptions générales apparaissent également dans les traités de pays tels que le Canada, Maurice et la Turquie, ainsi que dans des accords multilatéraux tels que l'Accord d'investissement du Marché commun d'Afrique australe et d'Afrique orientale (COMESA), révélant un phénomène réellement généralisé.

Les clauses d'exceptions générales dans l'AECG

L'un des AII au cœur du débat actuel est l'AECG. L'on oublie souvent dans les discussions que cet accord utilise différents instruments pour équilibrer correctement la protection de l'investissement et les intérêts non-économiques ; parmi eux, les exceptions générales. À l'heure actuelle, le Canada est le seul pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à régulièrement inclure une disposition s'inspirant de l'article XX du GATT dans ses AII. Et malgré son immense expérience, le Canada n'a pas réussi à mettre en avant une clause d'exception générale aussi large dans ses négociations avec l'Union européenne. L'AECG contient deux clauses d'exception générale applicables aux obligations de l'investissement. L'une d'entre elles reprend l'article XX du GATT, et l'autre s'inspire de l'article XIV de l'AGCS. Toutes deux se trouvent dans le chapitre 32, article X.02 (1) et (2) de l'accord¹⁰.

Contrairement à la disposition contenue dans le modèle d'accord de promotion et de protection des investissements étrangers du Canada de 2012, les exceptions ne s'appliquent qu'à certaines sections du chapitre sur l'investissement. En particulier, les États hôtes ne peuvent recourir aux exceptions que pour justifier une violation des sections 2 (« Établissement de l'investissement ») et 3 (« Traitement non discriminatoire »). Cela signifie que ces exceptions ne couvrent pas la violation d'autres dispositions telles que l'interdiction de l'expropriation abusive ou la norme de traitement juste et équitable (TJE – toutes deux dans la Section 4). Puisqu'il s'agit des deux dispositions les plus

souvent invoquées – avec succès – par les investisseurs, l'applicabilité limitée des exceptions générales au titre de l'AECG contrecarre sérieusement la marge de manœuvre politique que ces dispositions pourraient offrir. Au contraire, les auteurs de l'AECG ont opté pour des notes interprétatives, délimitant le champ d'application des dispositions relatives à l'expropriation et au TJE. Cela pourrait s'expliquer par l'incertitude quant à la manière dont ces exceptions générales pourraient s'appliquer à ces deux normes, le cas échéant¹¹. D'un autre côté, les exceptions s'appliquent aux dispositions de non discrimination relatives au traitement national et à la nation la plus favorisée (NPF), malgré les incertitudes similaires quant à l'application des exceptions générales aux dispositions interdisant spécifiquement un traitement arbitraire ou discriminatoire. En outre, le Canada met généralement en œuvre deux instruments dans son programme d'accords¹², tous deux pouvant être utilisés comme protection au cas où la mesure d'un État ne satisfaisait pas aux prescriptions des exceptions générales. L'on peut donc regretter que le champ d'application des clauses d'exceptions générales contenues dans l'AECG soit limité.

L'Accord inclut toutefois des précisions interprétatives dans les clauses d'exception générale visant à garantir la prise en compte par les tribunaux de l'intérêt public. Plutôt que de se contenter de reproduire les dispositions de l'OMC, les auteurs ont ajoutés un libellé orientant l'interprétation des exceptions générales pour inclure les mesures environnementales nécessaires à la protection de la vie ou de la santé humaine, animale ou végétale, et pour s'appliquer à la préservation des ressources naturelles biologiques et non biologiques. Ces modifications trouvent leurs origines dans les rapports de l'Organe d'appel de l'OMC, notamment *Communautés européennes — Amiante*¹³ et *États-Unis — Crevettes*¹⁴, et montrent comment les auteurs peuvent non seulement adapter les exceptions de l'OMC à leurs besoins réglementaires dans le domaine des investissements, mais aussi codifier et ainsi faire leur la jurisprudence de l'OMC à l'heure de rédiger des All.

La suite

Le débat public sur le bien-fondé et les limites du régime des All bat son plein. En l'absence de projet de texte officiel, il est encore trop tôt pour spéculer sur le fait que le PTCI – deuxième All majeur dont les négociations alimentent le débat public – inclue ou non des exceptions générales. Mais puisque ni les États-Unis, ni l'Union européenne n'ont la réputation de soutenir particulièrement les exceptions générales dans les All, leur inclusion semble assez peu probable. Et même dans un tel cas, la pratique des États suggère que les exceptions générales seront de plus en plus présentes dans les futurs All. À mon avis, la défense d'un État pourrait largement bénéficier de la possibilité d'invoquer une telle clause dans les arbitrages impliquant des questions d'intérêt public. En plus des autres instruments prometteurs que les auteurs de traités

ont à leur disposition, les clauses d'exception générale peuvent s'avérer utiles pour sauvegarder la marge de manœuvre politique des États hôtes.

Auteur

Levent Sabanogullari est doctorant à l'Université d'Heidelberg et clerk à la Cour d'appel de Karlsruhe en Allemagne. Il est titulaire d'une maîtrise en droit – études juridiques internationales, de l'Université de New York.

Notes

1 Pour un compte-rendu détaillé des différentes stratégies, voir Spears, S. A. (2010). The quest for policy space in a new generation of international investment agreements, *Journal of International Economic Law*, 13(4), 1037–1075.

2 Le texte de l'article XX du GATT est disponible sur https://www.wto.org/French/docs_f/legal_f/gatt47_02_f.htm#articleXX.

3 Le texte de l'article XIV de l'AGCS est disponible sur https://www.wto.org/French/docs_f/legal_f/26-gats_01_f.htm#articleXIV.

4 Voir, par exemple, Newcombe, A. (2011). General exceptions in international investment agreements. Dans M.-C. C. Segger, M. Gehring, & A. Newcombe (Eds.), *Sustainable development in world investment law* (pp. 351–370). La Haye : Kluwer International Law, pp. 355, 369–370.

5 Voir, par exemple, Lévesque, C. (2013). The inclusion of GATT XX exceptions in IIAs : A potentially risky policy. Dans R. Echandi, & P. Sauvé (Eds.), *Prospects in international investment law and policy* (pp. 363–370). Cambridge : Cambridge University Press, p. 364. La critique reprend une comparaison judicieuse de l'article XX du GATT et de la jurisprudence sur le traitement national réalisée par DiMascio, N. A., & Pauwelyn, J. (2008). Non-discrimination in trade and investment treaties : Worlds apart or two sides of the same coin ? *American Journal of International Law*, 102, 48–89, pp. 76, 82–83. Tiré de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669333 (uniquement en anglais).

6 Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2014). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2014 : l'investissement au service des ODD : un plan d'action*, p. 116. Tiré de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf (uniquement en anglais).

7 CNUCED. (2013). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2013 : Les chaînes de valeur mondiales : l'investissement et le commerce au service du développement*, p. 102. Tiré de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf (uniquement en anglais).

8 CNUCED. (2012). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2012 : vers une nouvelle génération de politiques de l'investissement*, pp. 84, 90. Tiré de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf (uniquement en anglais).

9 CNUCED (2014, p. 114).

10 Le texte de l'AECG est disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

11 Voir, par exemple, Lévesque (2013, p. 368) et Newcombe (2011, pp. 368–369).

12 Voir, par exemple, l'article XVII et l'annexe B du Traité bilatéral d'investissement (TBI) entre le Canada et la Roumanie, entré en vigueur le 23 novembre 2011, disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/631>.

13 *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001, tiré de https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds135_f.htm.

14 *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, tiré de https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds58_f.htm.

Repenser le règlement des différends en matière d'investissement

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

article 2



Concept encore méconnu du grand public et même des décideurs politiques haut placés il y a tout juste un an, le règlement des différends investisseur-État (RDIE) fait maintenant la une des journaux, en particulier à l'heure où l'Union européenne et les États-Unis envisagent d'inclure ce mécanisme dans l'accord qu'ils négocient actuellement, le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI). Le système supranational de règlement des différends, qui a gagné en importance depuis 20 ans, et qui permet aux entreprises et autres investisseurs de contester des mesures gouvernementales souveraines dans le cadre d'arbitrages internationaux fait l'objet d'une attention publique croissante. À la fin 2014, les investisseurs avaient lancé 608 affaires connues (le nombre réel d'affaires est certainement plus élevé), et 101 pays au total étaient confrontés à des demandes fondées sur un traité¹. Cela s'explique peut-être par le fait que les États ne pouvaient prévoir la manière dont les investisseurs (allant des entreprises nucléaires aux titulaires d'obligations et aux actionnaires minoritaires, entre autres) utiliseraient les dispositions RDIE pour contester un large éventail de mesures (notamment des mesures visant à protéger la santé publique et l'environnement, les mesures fiscales, et des décisions de Cours suprêmes), toujours est-il que le rôle et la conception du RDIE n'ont jamais été correctement débattus. Cela a donné lieu à un régime façonné au fur et à mesure, principalement contrôlé par les investisseurs et leurs avocats, et par les arbitres². Les États en sont les principales victimes, plus ou moins condamnés à accepter un régime qui a été conçu et a évolué sans leur participation active, mais au titre duquel ils sont extrêmement vulnérables.

Pourtant, les choses commencent à changer. De nombreux États souhaitent maintenant prendre le contrôle dans la redéfinition des règles actuelles et dans la réévaluation du rôle du RDIE, de sa relation avec les mécanismes démocratiques de prise de décisions et de ses effets sur la marge de manœuvre politique. Ils ont identifiés d'importants dysfonctionnements dans le système d'arbitrage investisseur-État et y répondent de diverses façons³.

Les États et les régions ont pris et continuent de prendre des mesures dans le cadre de leurs relations bilatérales et régionales. L'on trouve de nouvelles approches du règlement des différends, tant dans les textes résultant de négociations terminées, que dans les modèles de traités

d'investissement régionaux ou nationaux. La première partie du présent article présente différentes propositions visant à améliorer le régime actuel, tant les aspects de procédure que le fond. La deuxième partie étudie l'importance de la législation et des procédures nationales, et l'importance du système de règlement des différends entre États – deux alternatives disponibles au régime existant.

Dépassant l'idée de corriger le régime ou de l'éliminer au profit des alternatives existantes, la troisième partie propose de prendre un peu de recul et d'apporter au débat de nouvelles idées, en commençant par aborder une question fondamentale : à quoi devraient ressembler les mécanismes internationaux de règlement des différends relatifs à l'investissement si l'on devait les créer à nouveau ?⁴

1. Améliorer le régime RDIE

Répondre à certains problèmes de l'arbitrage investisseur-État pour le rendre plus transparent

Plusieurs États trouvent une solution à leur mécontentement du système actuel d'arbitrage investisseur-État en introduisant quelques améliorations à la procédure d'arbitrage tout en continuant de l'utiliser comme première étape et comme principal outil de règlement des différends. Par exemple, les États-Unis et le Canada se sont rapidement rendu compte que l'arbitrage en matière d'investissement ne pouvait être aussi confidentiel que le permettaient pourtant les règlements d'arbitrage – y compris le règlement du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), le règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), et d'autres. Ils ont donc inclus dans leurs traités d'investissement des règles relatives à la transparence. Bon nombre d'États en fait maintenant de même. Toujours dans le but d'améliorer le système d'arbitrage actuel, l'Union européenne a tenté de lutter contre le (sentiment de) manque d'indépendance des arbitres et les conflits d'intérêts en introduisant un code de conduite pour les arbitres et en créant une liste des arbitres. Dans les textes négociés jusqu'à présent, les problèmes restent toutefois largement sans réponses. Par exemple, le système de liste des arbitres que l'Union européenne a mis en place dans son Accord économique et commercial global (AECG) avec le Canada est très imprécis et ne réforme que quelques aspects mineurs. En outre, l'Union européenne ne résout pas le problème du double mandat des arbitres, qui sont également engagés comme avocat dans les arbitrages en matière d'investissement. À l'inverse, le modèle 2012 de Traité bilatéral d'investissement (TBI) de la Communauté de développement d'Afrique australe (le modèle de la SADC) propose des options plus efficaces à cet égard, notamment l'obligation pour un arbitre de ne pas agir parallèlement en tant qu'avocat dans un autre arbitrage investisseur-État fondé sur un traité⁵.

Exiger l'épuisement des voies de recours internes

Les États réintroduisent de plus en plus l'obligation pour les investisseurs d'épuiser les voies de recours internes avant de lancer un arbitrage contre un État. C'est le cas du modèle de TBI de l'Inde (le modèle indien)⁶, ainsi que du modèle de la SADC. Plusieurs États membres de l'Union

européenne demandent également l'inclusion de cette prescription dans les traités européens. L'épuisement des voies de recours internes est apparu pour la première fois dans le contexte de la responsabilité internationale et de la protection diplomatique. Il s'agit de l'une des prescriptions juridiques qui permet à un État d'offrir une protection diplomatique au titre du droit international coutumier.

Établir un mécanisme d'appel

Les États et le secteur privé ont exprimé leurs intérêts pour la mise en place d'un mécanisme d'appel pour le RDIE, et il en existe déjà des exemples concrets. L'Union européenne a inclus des dispositions explicites sur un mécanisme d'appel possible au titre duquel il serait possible de contester le bien-fondé juridique des sentences arbitrales⁷. Les États-Unis ont également inclus des dispositions pour l'éventuelle création d'un tel mécanisme dans leurs traités passés⁸. Toutefois, ces dernières n'ont jamais été mises en œuvre, et l'on ne sait pas bien quand, si et comment l'Union européenne compte mettre en œuvre ses dispositions. Plutôt que de mettre en place une procédure fonctionnelle dès le départ, l'Union européenne a poursuivi et conclu plusieurs négociations avec le RDIE, mais sans mécanisme d'appel fonctionnel en place⁹.

Renforcer les droits substantiels au titre des traités d'investissement

Évidemment, ces nouvelles approches ne concernent pas seulement le règlement des différends. Certaines d'entre elles concernent un aspect peut-être encore plus important, celui des droits et des obligations substantielles. Le champ d'application et les définitions sont élaborés encore plus strictement, et avec une plus grande attention, tout comme les garanties offertes aux investisseurs. Les traités sont libellés de façon plus équilibrée et commencent à inclure des responsabilités positives pour l'investisseur. Le modèle indien en est un exemple important⁶, et s'inspire du modèle de la SADC. Le Brésil a également rendu publique son approche des traités d'investissement, qui s'éloigne de la protection de l'investissement et des différends, et met au contraire l'accent sur la promotion de l'investissement¹⁰.

Il est essentiel dans le cadre de la réforme de redéfinir les obligations substantielles, car elles sous-tendent le droit international des investissements. Mais tant que les traités continueront de se reposer et d'utiliser les mécanismes procéduraux existants de règlement des différends, la réforme restera inachevée. Améliorer le fond sans corriger le système qui interprète le fond ne rime à rien.

2. Se tourner vers les mécanismes alternatifs existants

Renforcer la législation et les processus nationaux

Certains États font le choix de quitter le cadre juridique international actuel de l'investissement et de développer des cadres nationaux plus solides. L'Afrique du Sud dispose par exemple d'un nouveau code de l'investissement¹¹ qui remplacera ses traités d'investissement de première génération auxquels le pays met fin avec succès, et travaille au niveau national au renforcement de sa législation et de ses procédures, tant administratives que judiciaires. En outre, l'Afrique du Sud a toujours été régionalement active sur la question.

Privilégier le règlement des différends entre États

Plusieurs États ont opté pour le règlement des différends entre États comme seul mécanisme de règlement des différends (et non pas en complément du RDIE), ou envisagent de le faire. Parmi eux, l'Australie et les Philippines. Les Accords de libre-échange (ALE) Australie-États-Unis et Philippines-Japon, par exemple, assujettissent les différends en matière d'investissement au règlement des différends entre États (RDEE). Le modèle de la SADC affiche également sa préférence du RDEE pour le règlement des différends. Celui-ci peut prendre la forme d'un arbitrage ou utiliser des mécanismes judiciaires existants, tels que la Cour internationale de justice (CIJ) ou des cours régionales. Le Brésil a par exemple inclus l'arbitrage entre États dans les deux traités d'investissement qu'il a signé récemment avec l'Angola et avec le Mozambique¹⁰.

3. Établir de nouveaux processus et mécanismes

Créer un tribunal de l'investissement

Depuis peu, les discussions ne se contentent plus simplement de voir comment corriger le système actuel. Cela était particulièrement vrai lors du Forum sur l'investissement dans le monde de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) d'octobre 2014 et lors de la Réunion d'experts de la CNUCED sur la transformation du régime des accords internationaux d'investissement de février 2015.

La proposition consistant à établir un tribunal de l'investissement pour le RDIE est également devenue un point important des discussions à l'Union européenne. La Commissaire européenne en charge du commerce, Cecilia Malmström, a exprimé son soutien à la création d'un tribunal permanent de l'investissement au titre du PTCl et a reconnu que, en tant que solution plus large à moyen terme, « une cour multilatérale permettrait une utilisation plus efficace des ressources et aurait plus de légitimité »¹².

Si l'idée d'une cour permanente de l'investissement semble prometteuse, il est dommage de la lier à un accord commercial spécifique. Il semble que l'Union européenne fasse le lien avec une décision déjà prise selon laquelle cette cour gérerait les différends investisseur-État fondés sur un traité. Ces efforts semblent très limités.

Ne pas s'arrêter au tribunal : mettre en place un centre de règlement des différends relatifs aux investissements

Une meilleure approche consisterait à développer un mécanisme innovant et avant-gardiste pour gérer les différends relatifs aux investissements. Un tel mécanisme devrait-il être limité aux types de différends fondés sur un traité et actuellement réglés par l'arbitrage investisseur-État, et servir uniquement à permettre à l'investisseur de réclamer juridiquement une indemnisation d'un État pour violation supposée des garanties qui lui sont offertes ? Ou devrait-il plutôt avoir une fonction plus large, celle de gérer les relations entre un ensemble plus grand de parties-prenantes : les relations entre l'investisseur ou l'investissement et le gouvernement, entre l'investisseur et la communauté locale, entre le gouvernement et la communauté locale, et les relations individuelles entre l'investissement et les habitants locaux

employés par l'investisseur ou visant autour de la zone de l'investissement ? Ces relations se fondent sur des droits, des responsabilités et des obligations bidirectionnels entre les parties, et non pas unidirectionnels. Il semble donc que les efforts visant à créer un nouveau mécanisme alternatif de règlement des différends devraient dépasser le cadre de négociations spécifiques et chercher à établir une manière distinctive de régler les différends qui soit plus ouverte et plus variée que le système existant.

Un nouveau mécanisme pourrait non seulement garantir un accès large à la justice et la capacité de régler les différends entre parties-prenantes, mais ses fonctions pourraient également être repensées. Il pourrait par exemple offrir tout un éventail de services, tels que la médiation et la conciliation. Cette médiation serait différente de ce que l'on trouve actuellement dans certains traités d'investissement, généralement cantonnée à une médiation entre l'État et l'investisseur. Le nouveau mécanisme pourrait proposer un processus de médiation impliquant diverses parties-prenantes, notamment les communautés affectées par un investissement par exemple. En plus de la médiation, le nouveau mécanisme pourrait inclure une fonction d'enquête et de vérification des faits, s'inspirant des processus existants, tels que les groupes d'enquête mis en place dans certaines banques de développement.

Un centre de règlement des différends relatifs aux investissements ne devrait pas forcément être lié à une source de droit spécifique. Comme pour la CIJ, sa compétence pourrait se fonder sur un accord spécifique entre toutes les parties impliquées pour soumettre le différend au centre international de règlement des différends. Mais à l'inverse de la CIJ, la compétence personnelle (*ratione personae*) pourrait être plus large et fondée sur un accord de règlement entre États, investisseurs, particuliers, communautés locales et autres groupes intéressés. En outre, sa compétence pourrait se fonder sur un traité, un contrat ou tout autre instrument juridique. Ces instruments, comme les contrats ou traités d'investissement, les accords de développement communautaires ou tout autre instrument juridique contraignant portant sur les entreprises et les droits de l'homme par exemple, pourraient renvoyer les différends à un tel centre de règlement des différends.

Il faudrait étudier différentes modalités de financement d'un tel mécanisme, avec des contributions des États, du secteur privé, ou des deux. Il sera notamment important de garantir un accès à la justice à tous, notamment aux moins favorisés.

Remarques finales

Le règlement des différends investisseur-État est en pleine mutation. Les gouvernements sont conscients des dysfonctionnements du système actuel et de ses effets sur les processus démocratiques de prises de décision et sur la marge de manœuvre politique, ainsi que des problèmes inhérents au système de l'arbitrage, tels que la transparence limitée, le manque réel ou ressenti d'indépendance des arbitres, et l'importance donnée au fait de rendre une sentence, plutôt que de s'assurer que celle-ci soit juridiquement correcte. Les discussions portant sur la nécessité de mettre en place un mécanisme judiciaire, un tribunal qui générerait les différends investisseur-État, ressurgissent. S'il est très intéressant d'étudier les

avantages d'un tel tribunal, ce débat devrait être élargi. Les conflits relatifs à l'investissement vont généralement bien au-delà des relations unidirectionnelles créées par un traité d'investissement et permettant aux investisseurs de poursuivre les États. Les parties-prenantes concernées par un projet d'investissement sont nombreuses et variées, tout comme les problèmes connexes. Tout mécanisme envisagé devrait être conçu indépendamment des négociations d'un traité d'investissement, afin que sa structure ne reflète pas ces relations unidirectionnelles proposées par la plupart des traités d'investissement actuels. Au contraire, le règlement des différends fondés sur un traité d'investissement ne serait que l'une des nombreuses situations que le nouveau tribunal ou mécanisme pourrait résoudre.

Notes

- 1 Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2015, février). Tendances récentes dans les AII et le RDIE. *Série sur les AII n° 1*, p. 5. Tiré de http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf (uniquement en anglais).
- 2 Pour une enquête portant sur la manière dont les arbitres exercent leur autorité dans la jurisprudence récente, voir Van Harten, G. (2013). *Sovereign choices and sovereign constraints : Judicial restraint in investment treaty arbitration*. Oxford : Oxford University Press.
- 3 Pour mieux connaître certains problèmes du système d'arbitrage, voir Bernasconi-Osterwalder, N., & Rosert, D. (2014, 12 mars). *Investment treaty arbitration : Opportunities to reform arbitral rules and processes*. Genève : IISD. Tiré de <http://www.iisd.org/publications/investment-treaty-arbitration-opportunities-reform-arbitral-rules-and-processes> (uniquement en anglais).
- 4 Il s'agissait du point de départ d'une réunion d'experts organisée à Montreux en octobre 2014. Pour plus d'informations, voir : Institut international pour le développement durable (IISD). (2015, février). *Investment-related dispute settlement : Reflections on a new beginning, Results of an IISD expert meeting held in Montreux, Switzerland, October 17-18, 2014*. Genève : IISD. Tiré de <https://www.iisd.org/publications/investment-related-dispute-settlement-reflections-new-beginning> (uniquement en anglais).
- 5 Communauté de développement d'Afrique australe (SADC). (2012, juillet). *Modèle de traité bilatéral d'investissement de la SADC, avec annotations*. Gaborone : SADC. Tiré de <http://www.iisd.org/ftn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf> (uniquement en anglais).
- 6 Voir le texte du modèle de TBI de l'Inde, disponible sur https://mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf (uniquement en anglais).
- 7 Voir par exemple l'article X.42 du chapitre 10, section 6 du texte actuel de l'Accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG), disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (uniquement en anglais), et l'article 9.33(1)(c) du projet de texte actuel de l'Accord de libre-échange (ALE) Union européenne-Singapour sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/october/tradoc_152844.pdf (uniquement en anglais).
- 8 Voir par exemple l'article 15.19 de l'ALE États-Unis-Singapour disponible sur https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf (uniquement en anglais), et l'article 10.20(10) de l'ALE République dominicaine-Amérique centrale-États-Unis (ALEAC-DR) disponible sur https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf (uniquement en anglais).
- 9 Voir par exemple le chapitre 10, section 6 du texte actuel de l'AECG, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (uniquement en anglais).
- 10 Le texte de l'Accord de coopération et de facilitation des investissements (ACFI) est disponible en portugais sur http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR, et le texte de l'ACFI Brésil-Angola, également en portugais, est disponible sur http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520:acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280.
- 11 L'Afrique du Sud a rendu public un projet de loi pour la promotion et la protection de l'investissement, pour obtenir les réactions publiques, le 29 octobre 2013. Un projet de loi révisé devrait être soumis au Parlement en 2015. Voir le projet original sur http://www.thedti.gov.za/news2013/Protection_Investment_Bill2013.pdf (uniquement en anglais).
- 12 Malmström, C. (2015, 18 mars). *Discussion on investment in TTIP at the meeting of the International Trade Committee of the European Parliament*. Tiré de http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4624_en.htm (uniquement en anglais).

article 3

Les experts réunis à la CNUCED façonnent les possibilités de réforme des AII

James Zhan et Diana Rosert



Plus de 300 experts et délégués des États membres, d'organisations internationales, d'ONG, du secteur privé et des universités ont participé à la réunion de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) portant sur la Transformation du régime des Accords internationaux d'investissement (AII) du 25 au 27 février 2015 à Genève. En sessions plénières et en sous-groupes, les experts ont étudié les alternatives de réforme du régime des AII et du règlement des différends investisseur-État (RDIE), pour faire en sorte qu'ils soient plus favorables au développement durable.

Lors de réunions précédentes, notamment la Conférence sur les AII qui a eu lieu dans le cadre du quatrième Forum mondial de l'investissement de la CNUCED en octobre 2014, un large consensus s'était dégagé parmi les représentants gouvernementaux et d'autres parties-prenantes quant à la nécessité de mener une réforme systématique et globale, mais aussi progressive et bien coordonnée. Les discussions ne cherchaient plus seulement à savoir s'il fallait ou non réformer, mais surtout comment réformer.

Cette réunion d'experts cherchait à avancer sur les nombreux problèmes difficiles qui se posent à l'heure de réformer le régime des AII. Les experts ont participé à des discussions ouvertes, constructives et en recherche de solutions, axées autour de quatre grands thèmes : le fond des AII, la dimension du développement durable des AII, les outils permettant de moderniser le réseau des AII, et le règlement des différends en matière d'investissement. Par le partage de leurs données d'expérience, l'identification de bonnes pratiques et l'apport de nouvelles idées, les experts ont contribué à développer un catalogue riche en alternatives et stratégies pour les gouvernements, les décideurs politiques et les négociateurs.

La transformation du régime des AII

La réunion a largement exprimé son accord quant au fait que le développement durable devait être l'objectif global et le principe fondateur de la réforme des AII. Cela pourrait notamment permettre de maximiser la contribution des AII à la mise en œuvre du programme de développement de l'après-2015, actuellement élaboré à travers les Objectifs de développement durable (ODD) et dans le cadre de la

préparation de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement. Certains experts ont souligné que les processus de réforme ne devaient pas saper la contribution des AII à la transparence, à la stabilité et à la prévisibilité des cadres réglementaires des États hôtes.

Conscients des limites auxquels les pays font face individuellement pour réformer les AII, les experts ont reconnu la possibilité d'un engagement multilatéral sur cette question. Compte tenu de la complexité du régime et des engagements à long-terme au titre des AII, ils ont estimé qu'une approche progressive de la réforme était préférable.

Bon nombre de délégués ont fait part de l'expérience de leur pays quant aux procédures de révision en cours ou conclues de leurs modèles d'accord d'investissement. Un pays a notamment présenté un nouveau modèle d'accord qui met l'accent sur la promotion et la facilitation de l'investissement, l'atténuation des risques liés à l'investissement et sur la prévention des différends. Plusieurs délégués ont souligné que la révision de leur modèle d'accord impliquait un large éventail de partie-prenantes concernées.

Améliorer le fond des AII

S'agissant des dispositions essentielles des AII, les experts ont mis en avant la nécessité de promouvoir l'usage de termes, définitions et concepts plus clairs dans certaines dispositions des traités.

Les experts ont suggéré, pour ce qui est du champ d'application et des définitions, que les termes « investissement » et « investisseur » soient définis avec soin dans les AII. Ils ont considéré utile d'exclure certains types d'investissement (par exemple les investissements de portefeuille, les droits contractuels) et d'inclure des critères supplémentaires pour déterminer les investisseurs couverts par l'accord (exiger par exemple des opérations commerciales importantes dans le pays d'origine et réglementer la double nationalité des personnes physiques). Une autre possibilité consisterait à exclure les investisseurs qui ont abusé des droits du traité, ou d'appliquer une disposition de suspension des avantages en cas de « treaty shopping ».

Différentes alternatives ont été mises en avant afin de préciser et de donner des conseils quant au traitement juste et équitable (TJE) dans les traités à venir, par exemple inclure une liste exhaustive des obligations de l'État ou une liste négative, relier la norme TJE à la norme minimale de traitement, remplacer le terme TJE par un autre (par exemple le « traitement administratif équitable »), exclure purement et simplement la disposition TJE du traité, ou l'inclure comme norme politique plutôt que juridique.

Les experts ont par ailleurs jugé utile d'explicitier davantage les éléments constitutifs d'une expropriation indirecte, conformément à la pratique récente dans les traités. Des questions se sont toutefois posées, pour savoir notamment si ce nouveau libellé serait effectif et utile dans le contexte d'un arbitrage fondé sur un traité d'investissement. La question transversale de la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) a soulevé des préoccupations, puisque celle-ci pourrait éventuellement être utilisée dans le cadre d'un arbitrage pour contourner ou saper des traités comportant des normes plus précises.

S'agissant de la tendance plus récente qui consiste à recourir davantage aux engagements pré-établissement en matière de traitement national dans les AII, c'est l'approche de la liste négative qui a été discutée. Plusieurs défis ont été identifiés, par exemple la nécessité de réaliser, au niveau national, un examen extensif et minutieux des mesures non-conformes, et l'incapacité à prévoir l'émergence de nouveaux secteurs économiques à l'avenir. Pour la libéralisation de l'investissement, l'approche de la liste positive et les clauses d'obligation de moyens ont également été examinées.

Renforcer la dimension développement durable des AII

Les experts ont souligné que les exceptions au titre de la politique publique étaient des outils très importants dans les AII. En formulant ces clauses de manière à éviter tout caractère arbitraire et toute discrimination, l'on pourrait répondre aux préoccupations selon lesquelles ces exceptions de politique publique pourraient donner plus de discrétion aux États, et créer de l'incertitude et un risque d'abus. Des mécanismes de procédure pour l'application des clauses d'exceptions pourraient être créés (par exemple des comités mixtes pour les parties contractantes). Finalement, les experts ont débattu pour savoir si les exceptions devaient couvrir les questions générales de politique dans tous les secteurs, ou seulement quelques domaines et secteurs.

Les experts étaient divisés quant à la nécessité d'inclure les normes de responsabilité sociale des entreprises (RSE) et des obligations pour les investisseurs dans les AII, et quant à leur éventuelle nature (volontaire ou contraignante) et leur contenu. Selon l'un des points de vue, les normes relatives au comportement de l'investisseur devraient être inscrites dans le droit national, et l'inclusion des obligations de l'investisseur dans les AII pourraient donner lieu à des désavantages compétitifs pour les investisseurs étrangers. Un autre point de vue appuyait l'inclusion des obligations de l'investisseur dans le traité. L'une des propositions visait à intégrer les obligations de l'investisseur dans la définition de l'investissement ou dans une disposition de suspension des avantages, les deux pouvant ainsi être utilisées pour s'opposer à la compétence d'un tribunal en cas de recours au RDIE ; une autre proposition consistait à tenir compte du non respect par l'investisseur de ses obligations au stade de l'examen quant au fond et de la définition des dommages, et permettre aux États de formuler une demande reconventionnelle sur ces points.

S'agissant des règles pour la promotion d'investissements favorables au développement durable, certains experts ont souligné le rôle de la législation nationale pour établir un environnement propice, et ont déclaré que les AII ne constituaient pas le seul ou le principal outil disponible. Si l'importance des clauses de protection dans les AII a été mise en avant, des règles plus spécifiques pour la promotion de l'investissement pourraient être incluses dans les AII. Il a été remarqué que certaines dispositions des AII (par exemple l'interdiction des prescriptions de résultats) pouvaient limiter la marge de manœuvre politique à cet égard.

Dans les débats portant sur l'inclusion ou non dans les AII de mesures incitatives, certains experts considéraient que celles-ci relèvent de la législation nationale. D'autres suggéraient que l'octroi ou le retrait de mesures incitatives pouvait éventuellement devenir un problème dans le contexte de l'expropriation ou du principe de non-discrimination des AII. Les experts ont remarqué que certains types de mesures incitatives, ainsi que la

surenchère en matière de mesures incitatives pourraient s'avérer contraires aux objectifs de développement durable.

Afin de préciser la relation entre les AII et d'autres domaines du droit international, les experts ont envisagé d'inclure en annexe d'un AII une liste restreinte ou une liste non exhaustive des autres traités, de créer un mécanisme institutionnel de consultations entre les parties contractantes sur les éventuels conflits entre différents traités, et de soumettre ces conflits à un autre organe ou institution pour l'obtention d'interprétations faisant autorité. En général, l'éventualité de conflit a été jugée limitée, puisque la Convention de Vienne sur le droit des traités offre suffisamment de conseils en ce sens. En parallèle, il a été mentionné que d'autres domaines du droit international n'étaient pas toujours suffisamment pris en compte dans l'arbitrage en matière d'investissement.

Évaluation des outils permettant de moderniser le réseau des AII

Les experts considéraient que la tendance croissante au régionalisme permettrait d'harmoniser le régime fragmenté des AII. Toutefois, certains ont exprimé leur crainte de voir, dans le cadre de processus multilatéraux et régionaux, des États « puissants » imposer leur volonté aux États plus petits ou moins développés. Il a été proposé d'octroyer le statut d'observateur aux États non parties pendant les négociations, afin d'améliorer la transparence générale des négociations régionales.

Les experts ont débattu des possibilités découlant d'approches multilatérales permettant de renforcer davantage le régime des AII et de soutenir les efforts de réforme. Compte tenu des maigres chances de dégager un consensus multilatéral sur la réforme du régime des AII dans un avenir proche, les experts considéraient la renégociation des traités comme une solution viable. Cela permettrait aux parties contractantes de coordonner la réforme, mais cela pourrait aussi poser de sérieux problèmes de capacité à certains pays, et dépendrait de leur consentement mutuel. Une autre proposition consistait à utiliser l'approche multilatérale pour commencer à travailler sur des instruments moins contraignants, comme des modèles de loi, des bonnes pratiques, des lignes directrices, des recommandations, des boîtes à outils ou des listes de points de contrôle pour les négociateurs des AII, puis essayer, petit à petit, de trouver des dénominateurs communs.

L'interprétation des traités, sans modification de leur formulation, est une autre alternative utile à la renégociation. Elle pourrait mettre l'accent sur les dispositions les plus controversées auxquelles les tribunaux ont donné des sens contradictoires (par exemple les clauses NPF, TJE et parapluie). Les parties contractantes pourraient, entre autres choses, émettre des déclarations interprétatives pour un traité spécifique, ou des parties contractantes mais non contestantes pourraient soumettre des interprétations dans le cadre d'une procédure RDIE. La date de soumission des notes interprétatives – avant, pendant ou après le différend – pourrait poser des problèmes d'équité.

Les experts ont remarqué que des préoccupations d'ordre politique et économique pourraient dissuader les États de mettre fin aux traités. Pourtant, une telle action ne saperait pas nécessairement l'attrait du pays, puisque les préoccupations de l'investisseur peuvent trouver réponse dans la législation nationale et les mesures incitatives

de l'investissement. Il s'est également dit que les parties contractantes pouvaient prendre la décision conjointe de révoquer la clause de survie avant de mettre fin au traité, ou de stipuler différentes périodes d'application dans les traités futurs (par exemple selon les besoins des différents secteurs).

Il a été suggéré à plusieurs reprises que l'une des solutions possibles est similaire à l'approche d'inclusion de la Convention sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités développée par la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI). Cette approche pourrait éventuellement être utilisée pour répondre à d'autres problèmes, tels que le TJE ou l'expropriation indirecte, et permettre aux États d'améliorer, d'un seul coup, la totalité de leur portefeuille de traités d'investissement. Les experts ont toutefois considéré qu'il serait très difficile d'atteindre un consensus parmi tous les États sur les dispositions substantives controversées ; les libellés variés que l'on trouve dans la myriade d'AIJ rendent la tâche encore plus ardue.

Réformer le règlement des différends en matière d'investissement

Les experts ont débattu de la nécessité de réformer les mécanismes RDIE existants, et fait part des actions prises au niveau national en ce sens.

Ils ont considéré qu'un mécanisme d'appel permanent et unique était préférable à de multiples mécanismes *ad hoc*, car il permettrait de contrer l'absence de cohérence et de prévisibilité juridique des décisions arbitrales. Toutefois, compte tenu de la variété de libellés des AIJ, un mécanisme d'appel ne pourrait certainement pas complètement résoudre ces problèmes, même s'il permettrait d'améliorer considérablement la légitimité du régime. L'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a été considéré comme un modèle possible à suivre, et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) comme une enceinte éventuelle, quoiqu'avec quelques limites. Il faudrait mener à bien une analyse plus détaillée de la manière dont un mécanisme d'appel pourrait être établi, ainsi que du champ d'application éventuel de la révision en appel et d'autres questions spécifiques.

Certains experts considéraient qu'un tribunal international des investissements pourrait répondre aux préoccupations liées à la légitimité générale du RDIE et à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres, notamment en offrant un accès à d'autres parties-prenantes, en plus des seuls investisseurs et États (par exemple aux communautés affectées par des projets d'investissement). Il a toutefois été noté qu'un tel tribunal pourrait poser des problèmes de souveraineté pour certains États, impliquer des coûts pour tout un éventail de pays et contribuer à la politisation des différends. L'importante volonté politique nécessaire à cette création a également été soulignée. Plusieurs délégués ont appelé la CNUCED et d'autres institutions à réaliser davantage de recherches sur cet éventuel tribunal (en mettant par exemple l'accent sur la relation avec le RDIE et les procédures entre États, sur la compétence, sur les recours et le mécanisme d'application, et sur les bonnes pratiques des cours, tribunaux et mécanismes internationaux et régionaux).

S'agissant de l'accès au RDIE par les investisseurs, l'un des points de vue considérait que le RDIE ne devait plus être offert, compte tenu des dysfonctionnements bien connus du régime ; au minimum, les recours locaux

devraient d'abord être privilégiés (c'est-à-dire pendant un certain temps ou jusqu'à épuisement). Les experts ont partagé leurs données d'expérience nationale cherchant à limiter l'accès des investisseurs au RDIE et à renforcer la confiance dans les recours locaux. L'autre point de vue soulignait les difficultés auxquelles les investisseurs font face à l'heure d'investir à l'étranger, et le fait que, par conséquent, les AIJ avaient internationalisé des questions relevant de l'état de droit. Des propositions ont été faites pour améliorer les mécanismes RDIE, par exemple grâce à une meilleure transparence, à l'établissement d'un code de conduite pour les arbitres, au meilleur usage des périodes de « refroidissement » du litige, à la création de mécanismes d'appel, à la possibilité pour les petits investisseurs de lancer une action collective, à la possibilité de rejeter de manière précoce les recours triviaux, à l'usage des clauses d'option irrévocable, à l'établissement de règles claires pour le calcul des intérêts et de la répartition des coûts, ou à l'inclusion de dispositions renforcées sur le droit de réglementer.

Les experts considéraient qu'il était important, pour les États d'origine et les institutions arbitrales, de plaider en faveur d'une meilleure transparence auprès des investisseurs. D'autres suggestions incluaient de mener des projets pilotes sur la transparence au niveau national dans certains pays, de restreindre l'application des sentences arbitrales qui ne sont pas publiques, d'utiliser l'adhérence au règlement de la CNUDCI sur la transparence comme condition pour l'octroi de prêts par les institutions financières internationales, et d'appliquer le règlement sur la transparence aux procédures de règlement des différends.

Vers la réforme des AIJ

Les tentatives visant à développer un plan global et coordonné de réforme du réseau des AIJ, qui comporte plusieurs couches, de plusieurs aspects et est largement atomisé, contiennent un défi intrinsèque. Des principes directeurs sont donc nécessaires pour tracer le long chemin d'une telle réforme. Le développement durable devrait être l'objectif suprême de la réforme du régime des AIJ, tandis que les actions devraient mettre l'accent sur les déficiences systémiques, et les synergies avec d'autres processus de définition des politiques publiques devraient être soutenues. Les actions à venir devraient être de nature collaborative, tirer parti de la sagesse collective de toutes les parties-prenantes, et viser à trouver des solutions concrètes. Il faut pour se faire, un engagement multilatéral, multipartite et multidisciplinaire accru.

Les discussions multipartites se poursuivront lors de la prochaine conférence sur les AIJ au cours du Forum sur l'investissement dans le monde qui devrait se tenir à Lima, au Pérou, en mars 2016.

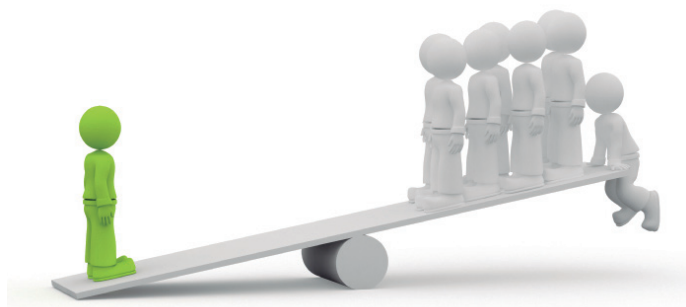
Les informations et les documents relatifs à cette réunion d'experts, notamment un document de travail, le résumé du président de séance, les exposés, les synthèses des rapporteurs et les résultats du projet de rapport de la CNUCED sont disponibles sur la page <http://unctad-worldinvestmentforum.org/followup-events/single-year-expert-meeting/>.

Auteurs

James Zhan est directeur de la division de l'investissement et des entreprises de la CNUCED et rédacteur en chef du Rapport sur l'investissement dans le monde. Diana Rosert est associée aux affaires juridiques à la Section sur les Accords internationaux d'investissement de la CNUCED.

article 4

La position du droit des investissements vis-à-vis de la question des 1 % Howard Mann



La concentration croissante de la richesse – souvent appelée « la question des 1 % » – soulève d'importantes préoccupations. Dans son rapport sur les dix principales tendances pour l'année 2015, le Forum économique mondial affirme :

Au sommet de la liste pour l'année se trouve l'augmentation des inégalités de revenus. Alors que les riches continuent de voir leur richesse grandir à un rythme jamais vu, la classe moyenne doit lutter. Aujourd'hui, les 1 % les plus riches des États-Unis reçoivent un quart des revenus. Au cours des 25 dernières années, les revenus moyens des 0,1 % les plus riches ont été multipliés par 20 par rapport à ceux du citoyen lambda. L'année dernière, cette tendance occupait la deuxième place du classement ; cette année, elle arrive en tête¹.

Le Global Wealth Report 2014 du Crédit Suisse montre que les chiffres sont de plus en plus saisissants : 0,7 % de la population mondiale contrôle 44 % de la richesse mondiale, tandis que 69 % de la population mondiale vit avec à peine 2,9 % de la richesse mondiale².

Partant du constat qu'il est important de lutter contre les inégalités de revenus, il s'agit de savoir si le droit international des investissements, en tant que principale source de droit international régissant les mouvements de capital, encourage la concentration croissante ou au contraire la dispersion du capital.

Le régime actuel du droit des investissements se contente pour l'instant d'étendre le droit des investisseurs d'investir au niveau international (libéralisation de l'investissement) et de protéger leurs droits (détenteurs de capital) lorsqu'ils transfèrent leur capital d'un pays à un autre. Pour faire court, le régime met l'accent sur la protection des actifs des investisseurs et sur l'extension de leurs droits d'utiliser ces actifs pour leur enrichissement personnel.

L'une des théories sous-tendant cette approche était que la promotion des droits des investisseurs permettrait aux États d'attirer davantage d'investissement étranger direct (IED). Cette théorie étant maintenant largement discréditée³, il apparaît de plus en plus important de repenser le lien entre cette approche et une croissance équitable et inclusive – élément essentiel du développement durable.

La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a noté :

[Il] y a bien longtemps que la nouvelle génération de politiques d'investissement est en cours d'élaboration, et cela se reflète dans les directions politiques

dichotomiques adoptées ces dernières années – une libéralisation accrue des régimes d'investissement et la promotion de l'investissement étranger d'une part, et la réglementation de l'investissement pour qu'il contribue aux objectifs de politique publique d'autre part. L'on sait donc que si l'on souhaite que la libéralisation des investissements ait des effets sur le développement durable, elle doit être accompagnée, voire précédée, de la mise en place de cadres réglementaires et institutionnels adéquats⁴.

Le droit actuel des investissements soutient-il, ou au contraire freine-t-il la capacité des gouvernements de mettre en place de tels cadres réglementaires, lorsque l'investissement est lié au développement économique équitable et profitable à tous ? Si plusieurs éléments du droit des investissements – le libre transfert du capital, la protection de l'investisseur, les limites aux prescriptions de résultats, et d'autres – ont des effets sur les questions de distribution de la richesse, le présent article examine la question des 1 % dans l'optique du développement : la capacité des gouvernements de :

1. réglementer l'établissement des investissements,
2. exiger un certain degré de dispersion de la propriété des investissements étrangers,
3. protéger les industries naissantes ou promouvoir les acteurs économiques locaux en exigeant des investisseurs étrangers qu'ils s'associent à ces acteurs locaux,
4. exiger des investisseurs étrangers qu'ils génèrent des liens économiques locaux.

La gestion de ces questions peut s'avérer importante pour la promotion d'une croissance équitable et inclusive. Les traités d'investissement permettent-ils aux gouvernements de gérer ces questions, ou restreignent-ils au contraire leur capacité à le faire ?

1. Le droit d'établissement

Davantage d'accords d'investissements incluent des dispositions permettant aux investisseurs étrangers d'entrer dans un pays et d'y investir au même titre que les investisseurs nationaux. Ces règles de libéralisation interdisent aux gouvernements de favoriser les investisseurs nationaux par rapport aux investisseurs étrangers. Pour de nombreuses économies, il est des secteurs où il est logique économiquement et socialement de protéger les détaillants de la concurrence internationale, ou d'essayer de soutenir la compétitivité des entreprises nationales, notamment en les protégeant temporairement de la concurrence étrangère. À l'instar de tout autre outil économique, ce n'est pas toujours une bonne stratégie et cela peut donner lieu à un marché déficient et à une emprise politique. Pour autant, les règles libéralisant les droits des investisseurs étrangers d'entrer sur les marchés cherchent à tout prix à éviter toute discrimination, même lorsqu'elle est politiquement souhaitable.

Dans les pays en développement, cela signifie que certaines occasions d'investir sont ouvertes au plus offrant, les investisseurs nationaux ne disposant d'aucun avantage sur les marchés nationaux. Cela est particulièrement vrai pour les grands projets portant sur des infrastructures ou des ressources naturelles, souvent soumis à un appel d'offres. Mais cela est vrai aussi pour d'autres secteurs : par exemple, la concurrence dans les marchés de détail ou de consommation où les grands investisseurs étrangers sont souvent en mesure de conquérir des parts de marché au détriment des petits revendeurs locaux, ce qui a des effets économiques et sociaux énormes.

Il y a également la question connexe de l'augmentation des

restrictions des contingents sur l'investissement étranger. Originellement créés en lien avec l'investissement dans les services, au titre l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'UE et de l'accord Singapour-UE, de nouvelles interdictions des contingents sur le marché de l'investissement couvrent tous les secteurs. Elles imposent un simple choix : un secteur est soit ouvert, soit fermé. Cette disposition interdit au gouvernement de protéger une part des secteurs économiques au profit des acteurs nationaux ou des entreprises naissantes.

L'IED peut être une source essentielle de ressources de développement et peut favoriser la diffusion des biens et des méthodes de production durables qui sont si indispensables à l'environnement mondial. La question n'est pas de savoir si les gouvernements devraient autoriser l'IED, mais plutôt de savoir si les traités d'investissement cherchent à imposer une approche unique⁵ empêchant les gouvernements de décider au fur et à mesure quand et dans quel secteur cet IED sera bénéfique ou néfaste pour leurs économies.

2. La propriété des capitaux

Certains accords récents empêchent également les gouvernements de réglementer les prescriptions relatives à la propriété du capital. Par exemple, les lois exigeant une part minimal d'actionariat national dans les investissements étrangers sont de plus en plus interdites, tout comme les contingents sur le nombre d'investisseurs étrangers pouvant investir dans un secteur. Si ces nouveaux accords étaient appliqués en Afrique du Sud par exemple, ils auraient entraîné l'abrogation de la loi sur l'autonomisation économique de la population noire (*Black Economic Empowerment Act*), un élément central de la politique sociale postapartheid. Pourtant, l'Afrique du Sud s'abstient d'entrer dans ce type d'accords précisément pour s'assurer entre autres, que cela ne se produise pas. Cette interdiction s'appliquerait aussi bien à des obligations générales qu'à des obligations plus spécifiques, par exemple à la participation mandataire des syndicats ou des communautés locales au capital de la société.

Il est vrai que les prescriptions relatives à la propriété des capitaux affichent des résultats mitigés. Par exemple, lorsque la propriété est concentrée dans les mains d'une élite nationale restreinte, sa contribution à une croissance inclusive et équitable est limitée. Mais de tels exemples, ou même des abus volontaires, ne devraient pas freiner les efforts de transparence visant à promouvoir une propriété plus large des capitaux dans le cadre d'une stratégie de développement, notamment lorsqu'elle est employée pour réparer des décennies d'annihilation économique des acteurs locaux.

3. Les co-entreprises obligatoires

Un autre outil est utilisé pour promouvoir le développement de nouveaux acteurs économiques ou le renforcement des acteurs existants : les prescriptions en matière de co-entreprises. Elles peuvent contribuer à l'établissement de « champions » nationaux ou créer des exceptions pour les acteurs nationaux dans des secteurs considérés comme vitaux pour les intérêts du pays hôte, développer la capacité compétitive des partenaires nationaux et améliorer leurs pratiques managériales et leurs chances d'accès aux chaînes de commercialisation internationales⁶.

Certains nouveaux traités d'investissement – tels que l'AECG et l'accord Singapour-UE – cherchent à interdire cette possibilité dans tous les secteurs. La capacité des gouvernements de promouvoir la création de nouveaux acteurs ou le renforcement des acteurs existants est alors restreinte en faveur des détenteurs de capital existants. Les prescriptions relatives aux co-entreprises ont fait l'objet d'abus ou de détournement, et servent plus souvent à créer des relations politiques pour les investisseurs qu'à autre chose. Mais lorsqu'elles sont correctement utilisées, elles peuvent s'avérer très utiles pour le renforcement des compétences, le développement et le transfert de technologie, la création d'entreprises plus grandes, etc.

4. Les prescriptions de résultats

Finalement, le droit des gouvernements d'imposer des prescriptions de résultats (PR) aux investisseurs est de plus en plus limité, tant dans sa portée qu'en terme de zones géographiques concernées par ces restrictions. Les PR imposées par les gouvernements, comme l'obligation d'acheter des biens et services locaux, ou de former les employés à des postes à responsabilités, peuvent entraîner des retombées économiques sur la communauté locale et même sur tout le pays. Les effets multiplicateurs sur l'économie de l'investissement étranger peuvent être essentiels pour atteindre ces bénéfices, pourtant, l'interdiction croissante des PR empêche les gouvernements d'accroître ces effets. Cela favorise la latitude dont jouissent les investisseurs de maximiser leurs profits, au détriment de la capacité des gouvernements nationaux à tenter de retirer d'autres bénéfices économiques de ces investissements.

Conclusion

Les tendances actuelles en matière de traité d'investissement révèlent une attention croissante portée aux droits des investisseurs d'établir et d'exploiter leurs investissements de manière à concentrer davantage la richesse. En effet, si l'on discute beaucoup du renforcement de la marge de manœuvre politique pour des questions telles que la protection de l'environnement et de la santé humaine, les États-Unis, l'Union européenne, le Canada et d'autres pays majeurs dans les négociations sur des traités d'investissement cherchent de plus en plus à limiter délibérément les efforts gouvernementaux visant un développement équitable et profitable à tous.

Cela fait longtemps que le droit international des investissements favorise les droits et les recours juridiques de l'une des parties-prenantes au processus de mondialisation : les détenteurs de capital. S'il ne leur donne pas la possibilité de bloquer de nouveaux acteurs – de nouveaux acteurs sont d'ailleurs apparus évidemment – il empêche, de plus en plus, les gouvernements de prendre des mesures visant à atteindre un meilleur équilibre économique.

Auteur

Howard Mann est conseiller sénior en droit international auprès de l'IISD.

Notes

1 Forum économique mondial. (2015). Outlook on the global agenda 2015, p. 7. Tiré de www.weforum.org/docs/GAC14/WEF_GAC14_OutlookGlobalAgenda_Report.pdf (uniquement en anglais). Voir également par exemple OXFAM. (2015, janvier). *Insatiable richesse : toujours plus pour ceux qui ont déjà tout* (Rapport thématique d'OXFAM). Tiré de https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/ib-wealth-having-all-wanting-more-190115-fr.pdf.

2 Institut de recherche du Crédit Suisse. (2014, octobre). *Global wealth report 2014*, p. 24. Tiré de <https://www.credit-suisse.com/ch/en/news-and-expertise/research/credit-suisse-research-institute/publications.html> (uniquement en anglais).

3 Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2009). *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct* (Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement). New York et Genève : CNUCED. Tiré de http://unctad.org/fr/Docs/diaeia20095_fr.pdf ; Sauvart, K. P., & Sachs, L. E. (2009). *BITs, DTTs, and FDI flows : An overview*. Dans K. P. Sauvart & L. E. Sachs (Eds.), *The effect of treaties on foreign direct investment : Bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows* (pp. xxvii–lxii). New York : Oxford University Press. Tiré de <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/Overview-SachsSauvart-Final.pdf> ; Yackee, J. W. (2010–2011). Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment ? Some hints from alternative evidence. *Virginia Journal of International Law*, 51(2), 397–442. Tiré de <http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol51/issue2/Yackee.pdf> ; Poulsen, L. N. S. (2010). The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance : Revisiting the evidence. Dans K. P. Sauvart (Ed.), *Yearbook on international investment law & policy 2009/2010* (pp. 539–574). New York : Oxford University Press. Tiré de http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=lauge_poulsen.

4 CNUCED. (2012). *Cadre pour une politique d'investissement au service du développement durable*, p. 5. Tiré de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf (uniquement en anglais).

5 Dans la plupart des cas, sur la base des listes d'exceptions figurant dans les annexes dites « de liste négative ». Cependant, c'est la première étape vers la négation de la marge de manœuvre politique des gouvernements et de leur capacité à réglementer l'entrée sur leurs marchés des acteurs économiques en fonction de leur origine, nationale ou étrangère.

6 Voir Cosbey, A., Mann, H., & Cunningham, M. (2014). *Bilateral investment treaties, mining and national champions : Making it work*. Winnipeg : IISD. Tiré de http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/bilateral_investment_treaties_mining_national_uneca-fr.pdf.

Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) Brésil-Mozambique et Brésil-Angola : Aperçu et description

Martin Dietrich Brauch

article 5



Le 30 mars 2015, le Brésil et le Mozambique ont signé le premier Accord de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) fondé sur le nouveau modèle de traité bilatéral d'investissement (TBI) du Brésil. Le deuxième a été signé le 1^{er} avril 2015 par le Brésil et l'Angola.

Contrairement aux TBI classiques, centrés sur la protection de l'investisseur, les ACFI mettent d'abord l'accent sur la coopération et la facilitation de l'investissement. Ils favorisent le règlement des différends à l'amiable et proposent le règlement des différends en cas de besoin ; à noter qu'ils n'incluent pas de dispositions relatives à l'arbitrage investisseur-État.

Au cours des années 1990, le Brésil a signé 14 TBI classiques, que son Congrès national a refusé de ratifier. Compte tenu des raisons expliquant ce refus, le Brésil a décidé qu'il ne négocierait que des accords d'investissement sauvegardant explicitement le droit de l'État de réglementer, excluant de leur portée les investissements de portefeuille et l'expropriation indirecte, et n'offrant que le règlement des différends entre États¹.

Les négociations des premiers ACFI ont débuté en 2013. L'on a annoncé la conclusion des négociations avec le Malawi², mais les textes sont encore en attente de publication. Le Brésil négocie également avec l'Afrique du Sud, l'Algérie, le Chili, la Colombie, le Maroc, le Nigeria, le Pérou et la Tunisie³.

Le ministère brésilien du Développement, de l'Industrie et du Commerce (MDIC) a mené l'élaboration du modèle, en collaboration avec le ministère des Affaires étrangères, le ministère du Travail et de l'Emploi, la Banque centrale du Brésil, la Confédération nationale de l'industrie (*Confederação Nacional da Indústria* [CNI]) et la Fédération des industries de l'État de Sao Paulo (*Federação das Indústrias do Estado de São Paulo* [FIESP]). Des consultations ont également été menées avec des représentants du secteur privé⁴. L'ensemble de ce processus a duré plusieurs années. En 2013, le Brésil avait publié la table des matières de son nouveau modèle d'accord, et quelques commentaires sur son contenu⁵.

Si le Brésil n'a pas publié le texte du modèle, ceux des deux accords signés avec le Mozambique et l'Angola nous permettent de dessiner à grands traits le nouveau modèle récemment mis en avant par le Brésil⁶.

Préambule

Les parties souhaitent approfondir leurs liens d'amitié et l'esprit de coopération, réaffirmant largement leur autonomie législative et leur latitude en matière de politique publique. Elles reconnaissent également l'importance d'un environnement de l'investissement transparent, rapide et amical, favorisant le dialogue technique et les initiatives gouvernementales visant à renforcer l'investissement entre les deux pays. Le renforcement des liens entre le secteur privé et

le gouvernement est un autre des objectifs affichés. En outre, les parties reconnaissent « le rôle essentiel de l'investissement dans la promotion du développement durable » et d'autres objectifs de politique publique, et manifestent leur accord qu'un partenariat stratégique sur l'investissement apportera de larges bénéfices aux deux parties.

Dispositions générales (Section I)

Objet (Art. 1). L'objectif de l'ACFI avec l'Angola est de faciliter et d'encourager l'investissement, d'intensifier et d'accroître les occasions et activités commerciales entre les parties, tandis que l'ACFI avec le Mozambique vise la coopération entre les parties dans le but de faciliter et d'encourager l'investissement.

Mécanismes de mise en œuvre (Art. 2). Les institutions gouvernementales des États parties et le Comité mixte (décrit plus bas) créés au titre de l'ACFI sont chargés de mettre en œuvre les accords. Leur mandat leur demande de développer des programmes thématiques pour la coopération et la facilitation, la réduction des risques de différend et les mécanismes de prévention des différends, entre autres.

Définitions (Art. 3). L'ACFI avec l'Angola assujettit toutes les définitions au droit national.

L'ACFI signé avec le Mozambique adopte quant à lui une définition de « l'investissement » fondée sur les actifs, dont la première partie est similaire à celle du modèle de TBI des États-Unis de 2012 : l'investissement est « tout type d'actif ou de droit détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur de l'une des Parties dans le territoire de l'autre Partie ». Mais plutôt que d'utiliser les caractéristiques de l'investissement contenues dans le modèle de TBI des États-Unis, l'ACFI prévoit que l'investissement ait pour « objectif d'établir des relations économiques à long-terme » et « de produire des biens et des services ». S'ensuit une liste non exhaustive d'actifs, notamment les partenariats, les entreprises, les participations dans des partenariats ou des entreprises, les actifs mobiles ou immobiliers, et les sommes d'argent investies dans les droits de concessions commerciales.

Au titre de l'ACFI avec le Mozambique, « les investisseurs » peuvent être : (i) des personnes physiques citoyennes des Parties ; (ii) des personnes morales enregistrées au titre de la loi du pays hôte ; (iii) des personnes morales contrôlées par un investisseur au titre du (i) ou (ii) ; (iv) des personnes morales dont le siège et le centre des activités économiques se trouvent sur le territoire de l'une des Parties ; (v) des personnes physiques ou morales réalisant un investissement ou autorisées à le faire lorsque la législation de l'une des Parties l'exige.

La gestion institutionnelle ou la gouvernance (Section II)

Comité mixte (Art. 4). Chaque ACFI prévoit la création d'un Comité mixte composé de représentants gouvernementaux des deux parties et chargé de suivre la mise en œuvre de l'Accord, de discuter et de partager des occasions d'investir, et de coordonner la mise en œuvre des programmes de coopération et de facilitation.

Le Comité mixte peut inviter le secteur privé et la société civile à participer lorsque cela est nécessaire. Les parties peuvent également créer des groupes de travail *ad hoc* auxquels le secteur privé peut participer, sur autorisation du Comité mixte. Celui-ci est également chargé de rechercher le règlement des questions ou conflits portant sur l'investissement par consensus ou à l'amiable.

L'ACFI signé avec l'Angola autorise expressément le Comité mixte à inviter des Organisations non gouvernementales (ONG) à réaliser des exposés sur certains sujets. Il instruit également le Comité mixte de définir ou d'élaborer une procédure standard de règlement des différends dans le cadre d'un arbitrage entre États.

Points de contact ou médiateur (Art. 5). Chacune des parties établira un point de contact au sein du gouvernement pour

aider les investisseurs étrangers. Les points de contact doivent respecter la pratique du Comité mixte (au titre de l'ACFI avec le Mozambique) ou réaliser des efforts pour suivre ses recommandations (au titre de l'ACFI avec l'Angola). Les points de contact interagiront l'un avec l'autre et avec d'autres autorités gouvernementales, recommanderont ou feront part au Comité mixte de mesures visant à répondre aux suggestions ou plaintes reçues de la part des investisseurs étrangers. Ils doivent fournir aux parties des informations sur des questions relatives à l'investissement et répondre rapidement et avec soin à leurs demandes. Finalement, ils ont un rôle important à jouer dans la prévention des différends relatifs aux investissements et dans leur règlement.

Échange d'informations (Art. 6). Les parties s'engagent à échanger toute information pertinente relative à des opportunités commerciales et aux procédures et conditions d'investissement, notamment par le biais du Comité mixte ou des points de contact. À cette fin, elles s'engagent à partager les informations pouvant créer des conditions d'investissement favorables, telles que les traités, les lois et politiques relatives à des sujets divers (l'investissement, le change des devises, le travail, l'immigration), les mesures incitatives spécifiques, les régimes douaniers et fiscaux, les informations statistiques sur les différents marchés, les infrastructures et services publics disponibles, et les projets d'investissement régionaux. Elles conviennent également de discuter de la manière de soutenir l'investissement dans les partenariats public-privé (PPP) en renforçant la transparence et un accès rapide aux réglementations. Tout partage d'information est assujéti au niveau de protection requis par l'État fournissant les informations.

Relations avec le secteur privé (Art. 7). Les parties conviennent de diffuser dans tous les secteurs commerciaux concernés les informations relatives à l'investissement, aux lois en vigueur et aux opportunités commerciales de l'autre partie. Elles encouragent également l'engagement du secteur privé, en tant que « tierce-partie (« interveniente ») fondamentale ».

Programme thématiques (Section III, Art. 8)

Le Comité mixte a pour mandat de développer des programmes thématiques de coopération et de facilitation dans des domaines pertinents pour la promotion et l'accroissement des investissements bilatéraux, et de coordonner leur mise en œuvre par le biais d'engagements spécifiques. L'annexe I présente des listes initiales de sujets et objectifs, que les parties discuteront en vue d'atteindre des objectifs communs et de conclure des protocoles ou accords supplémentaires.

Atténuation des risques et prévention des différends (Section IV)

Expropriation, nationalisation et indemnisation (Art. 9). Cet article s'inspire du modèle de TBI des États-Unis. Il interdit les expropriations ou nationalisations des investissements étrangers, sauf (i) aux fins de, ou en raisons d'intérêt ou d'utilité publique, (ii) si elle est menée de manière non discriminatoire, (iii) en cas de paiement d'une indemnisation juste, adéquate et effective et (iv) conformément aux règles du droit (para. 1).

L'indemnisation doit (i) être payée sans retard, conformément à la législation de l'État hôte ; (ii) être équivalente à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement après l'expropriation ; (iii) ne pas refléter de changement négatif dans la valeur du marché dû à la connaissance de l'intention d'exproprier avant la date de l'expropriation ; et (iv) être pleinement réalisable et librement transférable, conformément à l'article sur les transferts (para. 2).

Si la juste valeur marchande est libellée dans une devise utilisable à l'échelle internationale, l'indemnisation ne devra pas être inférieure à cette valeur plus les intérêts accumulés depuis la date de l'expropriation jusqu'à la date du paiement (para. 3) ; dans le cas contraire, l'indemnisation devra inclure

les intérêts et être ajustée en fonction de l'inflation (para. 4) ; dans les deux cas, conformément à la législation de l'État hôte.

Les deux traités ne font référence qu'à « l'expropriation ». Si le Brésil a précisé par le passé qu'il ne souhaitait inclure que l'expropriation directe dans ses traités, ce libellé pourrait être interprété comme incluant et s'appliquant à l'expropriation indirecte.

Responsabilité sociale des entreprises (Art. 10). Les investisseurs et investissements étrangers ont une obligation de moyens « de réaliser les meilleures contributions possibles au développement durable de l'État hôte et de la communauté locale » en adoptant « des pratiques socialement responsables élevées ». Les principes et normes volontaires figurant dans l'annexe II couvrent, entre autres, la protection environnementale, le développement durable, les droits humains et le renforcement des compétences locales.

Traitement des investisseurs et des investissements (Art. 11). Au titre de l'ACFI signé avec le Mozambique, chaque partie s'engage, conformément à sa législation nationale, à autoriser et à encourager les investissements de l'autre partie, et à créer des conditions favorables pour ces investissements. Au titre de l'ACFI signé avec l'Angola, « chacune des parties devra promouvoir et accepter les investissements d'investisseurs de l'autre Partie, et pourra restreindre certains investissements conformément à sa propre législation ».

La disposition sur le traitement national (TN) prévoit que « chacune des Parties, conformément au droit applicable, devra autoriser les investisseurs de l'autre Partie à établir des investissements et mener des activités commerciales dans des conditions pas moins favorables que celles offertes aux investisseurs nationaux » (para. 2). L'obligation de traitement de la nation la plus favorisée (NPF) stipule que « chacune des Parties devra autoriser les investisseurs de l'autre Partie à établir des investissements et mener des activités commerciales dans des conditions pas moins favorables que celles offertes aux autres investisseurs étrangers » (para. 3). Les traités veillent également à ce qu'aucune des dispositions TN ou NPF ne puisse être interprétée comme une obligation d'offrir aux investisseurs étrangers les bénéfices de tout traitement, préférence ou privilège découlant de toute zone de libre-échange, union douanière, marché commun ou accord de double imposition existant ou à venir auquel l'État hôte est partie ou devient partie.

Aussi, le TN relatif à l'établissement semble être assujéti au droit national, mais pas la clause NPF. À noter qu'à la différence de nombreux autres traités récents, les ACFI ne contiennent aucune exclusion spécifique à la clause NPF portant sur le traitement de fond ou procédural accordé au titre d'autres traités d'investissement.

L'ACFI signé avec l'Angola contient trois paragraphes supplémentaires :

- L'État hôte peut imposer, au titre de sa législation nationale, des formalités spécifiques relatives aux activités d'investissement des investisseurs de l'autre État, tant que celles-ci n'affectent pas le fond de leurs droits et le principe de non discrimination (para. 6).
- L'État hôte peut offrir aux investisseurs de l'autre État le TN ou la clause NPF « s'agissant de l'accès aux tribunaux ou agences administratives, ou, pour la défense des droits de l'investisseur » (para. 7).
- Le paragraphe 8 dispose que « [c]hacune des Parties respecte les obligations souscrites expressément et relatives aux investissements des investisseurs de l'autre Partie ». Il s'agit d'une clause parapluie, qui a pour effet de transformer toute violation d'un contrat d'investissement entre l'État hôte et l'investisseur en une violation du traité ».

Indemnisation (Art. 12). Cet article prévoit que les investisseurs étrangers subissant des pertes du fait de la guerre ou d'un autre conflit armé, d'un état d'urgence, d'une révolution, de manifestations ou de troubles, devra bénéficier du TN ou de la clause NPF, s'agissant de la restitution, de l'indemnisation ou tout autre réparation de leur investissement. Les paiements doivent être rapidement cessibles dans une devise librement utilisable (para. 1). Les investisseurs étrangers subissant des pertes dans l'une des situations mentionnées, soit du fait d'une réquisition ou de la destruction de leur investissement, ont le droit à la restitution ou à l'indemnisation rapide, adéquate et effective de leur investissement (para. 2).

Transparence (Art. 13). Les parties conviennent de veiller à ce que les mesures affectant les investissements soient utilisées de manière raisonnable, objective et impartiale. Elles garantissent également que les lois et réglementations relatives à l'investissement seront publiées rapidement, et lorsque cela est possible, par voie électronique. En outre, elles conviennent d'une obligation de moyens de donner l'opportunité raisonnable aux parties-prenantes intéressées de se faire entendre sur des projets de mesures relatives à l'investissement. Finalement, les parties s'engagent à donner un maximum de publicité à l'ACFI.

Transferts (Art. 14). Semblable aux dispositions sur le transfert contenues dans les TBI classiques, cet article autorise le transfert des fonds relatifs à un investissement, soumis au respect des procédures d'enregistrement et d'autorisation prévues par la législation nationale. Parmi les fonds figurant dans la liste, l'on trouve les contributions au capital, les profits découlant directement de l'investissement, les recettes provenant de sa vente ou liquidation totale ou partielle, de l'amortissement des emprunts et les montants reçus en indemnisation d'une expropriation ou de la réquisition de l'investissement. Le paragraphe 2 préserve le droit des États d'adopter des mesures réglementaires non discriminatoires restreignant les transferts au cours des crises de balance des paiements, le droit d'utiliser des mesures de change et d'autres droits au titre des articles des Statuts du Fond monétaire international.

Prévention et règlement des différends (Art. 15). L'ACFI charge les points de contact et le Comité mixte de prévenir, de gérer et de résoudre les différends entre les parties. Notamment, avant le commencement d'une procédure arbitrale, tout différend est soumis à une évaluation, par voie de consultations ou de négociations, et à un examen liminaire du Comité mixte. Une procédure permettant à un État de soumettre un recours au Comité mixte au nom d'un investisseur a également été établie. Si les Comités mixtes peuvent davantage élaborer les détails de la procédure, elle suit généralement les étapes suivantes :

- L'État d'origine de l'investisseur présente une demande écrite au Comité mixte, précisant le nom de l'investisseur et les recours ou les difficultés rencontrées.
- Le Comité mixte dispose de 60 jours, prolongeables par accord mutuel et sur justification pendant encore 60 jours, pour présenter les informations pertinentes.
- Les représentants de l'investisseur, des agences gouvernementales et des ONG impliquées peuvent participer aux réunions.
- Les procédures de dialogue bilatéral et de consultations sont conclues à l'initiative de l'un des États avec la présentation d'un rapport de synthèse lors d'une réunion ultérieure du Comité mixte.
- Le rapport de synthèse doit identifier l'État et les investisseurs impliqués, décrire la mesure contestée et la position des États vis-à-vis de cette mesure.
- Le Comité mixte se réunit en séance extraordinaire pour examiner les faits et éventuellement émettre une recommandation.

- Si le différend n'est pas réglé par la recommandation, les deux parties peuvent alors se tourner vers l'arbitrage entre États.
- À l'exception du rapport de synthèse, tous les documents et réunions de la procédure sont confidentiels.

Application de l'accord (Art. 16). Les deux ACFI ont en commun d'interdire leur utilisation pour contester des différends réglés avant leur entrée en vigueur, et veillent tous deux à ne pas restreindre les droits et bénéfices offerts aux investisseurs étrangers au titre du droit national. L'ACFI signé avec le Mozambique s'applique expressément aux investissements réalisés avant ou après son entrée en vigueur.

L'ACFI signé avec l'Angola contient quant à lui une clause de refus d'accorder des avantages : chacune des parties peut refuser les avantages de l'ACFI à une personne physique qui ne serait pas citoyenne ou résidente permanente de l'autre partie. Elle peut également refuser l'application de l'ACFI à une personne morale qui (a) n'est pas enregistrée au titre de la loi de l'autre partie, n'a pas son siège sur le territoire de l'autre partie ou n'y réalise pas d'activités commerciales substantielles, ou qui (b) n'est pas effectivement détenue ou contrôlée, directement ou indirectement, par des citoyens ou résidents permanents de l'autre partie.

Dispositions finales et temporaires (Art. 17). Le Comité mixte et les points de contact ne remplacent pas les échanges diplomatiques. Leur objectif premier est « d'encourager la réglementation gouvernementale de l'investissement, en établissant un forum spécifique et des canaux techniques agissant comme facilitateurs entre les gouvernements et le secteur privé ».

Les ACFI entreront en vigueur 30 jours après la réception du dernier avis de ratification. L'ACFI signé avec le Mozambique restera en vigueur pendant 20 ans, et celui avec l'Angola pendant 10 ans. Les deux traités peuvent être reconduits automatiquement pour des périodes égales et successives. Chacune des parties peut dénoncer le traité avec un préavis minimal de 12 mois.

Auteur

Martin Dietrich Brauch est conseiller en droit international et associé au programme sur l'investissement de l'IISD ; il est basé au Brésil.

Notes

1 Rapport du 4^{ème} Forum annuel des négociateurs d'accords d'investissement pour les pays en développement, tiré de https://www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_report.pdf (uniquement en anglais).

2 Ministère brésilien des Affaires étrangères. (2015, 31 mars). Brasil e Moçambique assinam Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos. *Blog Diplomacia Pública*. Tiré de <http://diplomaciapublica.itamaraty.gov.br/22-assuntos-economicos-e-financeiros/124-brasil-e-mocambique-assinam-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos> (uniquement en portugais).

3 Présidence de la République fédérative du Brésil. (2015, janvier). *Mensagem ao Congresso 2015*, p. 44. Tiré de <http://www.casacivil.gov.br/ acesso-a-informacao/mensagem-presidencial/mensagem-ao-congresso-2015.pdf/@download/file/Mensagem%20ao%20Congresso%202015.pdf> (uniquement en portugais).

4 Ministère brésilien du Développement, de l'Industrie et du Commerce (MDIC). (2015, 1^{er} avril). *Brasil e Angola assinam Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI)*. Tiré de <http://www.mdic.gov.br/portalmDIC/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=13688> (uniquement en portugais) ; Ministère brésilien des Finances. Secrétariat des Affaires internationales (2015). *Investimentos : Assinatura dos dois primeiros acordos ACFI*. Tiré de http://www.sain.fazenda.gov.br/estrutura_home_site/bloco_tres (uniquement en portugais).

5 Rapport du 7^{ème} Forum annuel des négociateurs d'accords d'investissement pour les pays en développement, tiré de https://www.iisd.org/pdf/2013/7th_annual_forum_report.pdf (uniquement en anglais).

6 Le texte de l'ACFI Brésil-Mozambique est disponible en portugais sur http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR ; le texte de l'ACFI Brésil-Angola est disponible en portugais sur http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520:acor-do-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280.

La sanction antitrust de la Chine assène une amende de 975 millions USD à Qualcomm : Quels enseignements les autres pays hôtes peuvent-ils tirer de cette histoire ?

Joe Zhang

article 6



En février 2015, Qualcomm Inc. (Qualcomm), le premier fabricant mondial de processeurs pour téléphones mobiles dont le siège se trouve en Californie, a été condamné par les autorités chinoises anti-monopole à payer une amende de 6 088 RMB (environ 975 millions USD) pour ses pratiques anticoncurrentielles à l'égard des consommateurs chinois¹, suite à une enquête de 14 mois menées sur les pratiques de l'entreprise. Considérée par beaucoup comme l'une des enquêtes antitrust les plus controversées depuis la promulgation par la Chine de sa loi anti-monopole en 2008, cette affaire représente la plus importante amende jamais infligée par les autorités anti-monopole chinoises.

La Commission nationale de réforme et de développement (CNRD), l'une des trois autorités antitrust de la Chine, a officiellement lancé une enquête contre Qualcomm en novembre 2013 après que plusieurs plaintes aient été portées contre l'entreprise au cours des années précédentes. Avant cela, l'entreprise avait déjà fait l'objet d'une enquête de la part des autorités de la concurrence du Japon et de la Corée. Le lancement de cette enquête par les autorités chinoises a immédiatement attiré l'attention du monde car l'enquête de la Chine portait sur le cœur du modèle commercial controversé de Qualcomm, c'est-à-dire l'imposition de frais de licence excessifs et de conditions déraisonnables de mise en licence de ses brevets. Un exemple en est le critère utilisé par Qualcomm pour calculer ses redevances. Les détenteurs de brevets calculent généralement les redevances sur la base de la partie de l'appareil dans laquelle le brevet est utilisé, plutôt que sur la base de la valeur totale de l'appareil. Par exemple, si une entreprise détient un brevet pour les pneus des camions lourds, elle facturera certainement un pourcentage de la valeur des pneus lorsque le brevet est utilisé, plutôt que de facturer un pourcentage de la valeur totale du camion. Qualcomm en revanche facture un pourcentage du prix de vente en gros de l'appareil dans son ensemble. Par exemple, si un détenteur de licence utilise un brevet de Qualcomm pour fabriquer des processeurs pour iPhone, Qualcomm calculera la redevance du brevet sur la base du prix de vente en gros de l'iPhone, même si le téléphone contient de nombreux autres composants.

Malgré les tentatives « vigoureuses de défense » de Qualcomm², la CNRD a jugé que l'entreprise avait abusé de sa position dominante du marché et que ses pratiques contestées

restreignaient et annihilait la concurrence sur le marché, freinaient l'innovation et le développement technologique et portaient atteinte aux droits et intérêts des consommateurs, et donc, que l'entreprise violait les lois anti-monopoles de la Chine¹.

Aussi, en plus de devoir payer cette amende sans précédent, Qualcomm était également tenu de mettre en œuvre un plan de correction pour modifier certains aspects de ses pratiques commerciales en Chine et être en pleine conformité avec les prescriptions fixées par la CNRD.

Après une lecture attentive de la décision et du plan de correction approuvé par les autorités chinoises, l'on peut considérer que la sanction appliquée est importante quoique plutôt amicale, car les choses auraient pu être bien pires pour Qualcomm.

D'abord, la loi anti-monopole de la Chine autorise les régulateurs à imposer aux contrevenants une amende représentant jusqu'à 10 % des bénéfices réalisés au cours de l'année fiscale précédente la décision. Le montant de l'amende réellement imposée à Qualcomm représente cependant 8 % des ventes réalisées par Qualcomm en Chine en 2013, soit un montant nettement inférieur au montant maximum autorisé par la loi. Ensuite, si les régulateurs chinois avaient la possibilité d'imposer à Qualcomm de mettre des licences gratuites à ses brevets, ils ne l'ont pas fait. Enfin, bien que Qualcomm soit convenu de mettre fin à sa pratique la plus controversée de calculer les redevances sur le prix total de vente en gros de l'appareil entier, elle ne s'est engagée qu'à réduire la base de calcul à 65 % du prix de vente en gros du dispositif, plutôt que de la réduire au prix de la plus petite unité breveté pouvant être vendue, ce qui est la pratique habituelle du secteur.

La CNRD a plus tard expliqué aux media chinois que Qualcomm méritait une sanction plus clémente puisque l'entreprise avait coopéré pleinement pendant l'enquête³. D'après le communiqué de presse de Qualcomm, cette clémence reflétait le fait que les régulateurs chinois étaient « conscients de la valeur et de l'importance de la technologie et des nombreuses contributions de Qualcomm à la Chine »⁴.

Ce qui est particulièrement intéressant dans cette affaire est que Qualcomm se serait défendu de manière agressive contre les allégations mises en avant par les régulateurs chinois. Dans le cadre de sa stratégie de défense, Qualcomm a engagé l'un des auteurs de la loi anti-monopole de la Chine, Zhang Xinzhu. Au moment de l'élaboration de la loi, il était conseillé auprès du groupe de consultation des experts du Comité anti-monopole du Conseil d'État, mais il aurait plus tard été destitué en raison d'un conflit d'intérêt. D'après Zhang, Qualcomm était la première entreprise à présenter une défense sérieuse face au gouvernement chinois⁵.

Qualcomm a finalement conclu un accord amiable avec le gouvernement chinois et s'est engagée, comme elle le dit son communiqué de presse, à « renoncer à tout recours juridique contre la décision de la CNRD »⁴. Les régulateurs chinois ont attribué cela au fort degré de transparence et à la communication efficace avec Qualcomm tout au long de la procédure d'enquête. En parallèle, il est impossible d'ignorer que la moitié du chiffre d'affaire de Qualcomm vient de la Chine⁶, un marché que l'entreprise ne peut se permettre de perdre, notamment compte tenu du fait que les autorités chinoises de réglementation avaient déjà fait certaines concessions dans leur décision, comme nous l'avons vu plus haut.

Déroulé de l'enquête sur Qualcomm

Novembre 2013

La CNRD, l'autorité chinoise de la concurrence, a mené des perquisitions dans les bureaux de Pékin et Shanghai de Qualcomm, après avoir reçu de multiples plaintes contre l'entreprise.

Décembre 2013

La CNRD a officiellement annoncé qu'une enquête était en cours contre Qualcomm pour allégations d'infractions à la loi sur la concurrence. Le même jour, Qualcomm émet un communiqué de presse rejetant ces allégations.

Juillet 2014

La CNRD a déterminé que Qualcomm avait une position monopolistique sur le marché chinois et a commencé à étudier les résultats financiers de Qualcomm dans ses bureaux en Chine. Le Président de Qualcomm, Derek Aberle, a également été entendu par la CNRD.

Octobre et Décembre 2014

Une délégation de Qualcomm menée par Derek Aberle s'est rendue encore à deux reprises à la CNRD pour aborder la possibilité d'un règlement à l'amiable. Tout au long de l'enquête, la CNRD s'est réunie à 28 reprises avec la délégation de Qualcomm pour des échanges de vues.

Février 2015

La CNRD a annoncé sa décision, et jugé que Qualcomm avait violé la loi anti-monopole de la Chine en abusant de sa position dominante. Selon la décision, Qualcomm était condamné à payer une amende de 6 088 milliards RMB (soit 975 millions USD) et à modifier certaines de ses pratiques. Qualcomm a annoncé dans un communiqué de presse qu'elle ne contesterait pas la décision et qu'elle avait payé la totalité de l'amende dans les trois jours qui ont suivi la publication de la décision.

Source : Commission nationale de réforme et de développement, China News Network.

Les conséquences de la décision concernant Qualcomm – le montant de l'amende ainsi que la volonté de la CNRD de poursuivre les cas controversés – semblent confirmer la détermination de la Chine à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Cela est conforme à la tendance récente identifiée par les autorités de la concurrence⁷ du monde entier – un nombre croissant d'économies de marché émergentes prend des mesures pour créer ou réformer les régimes juridiques de la concurrence. Le Brésil a par exemple réformé son régime de la concurrence en 2012. À la même époque, la Russie a également adopté un ensemble important de mesures visant à réformer sa législation de la concurrence. Au moins une vingtaine de pays africains ont élaboré leurs lois sur la concurrence en 2014. Et un projet de loi visant à amender la loi sur la concurrence de l'Indonésie – étendre son champ d'application aux entreprises étrangères et imposer des sanctions financières plus importantes en cas d'infraction – a reçu l'approbation du parlement il y a déjà plusieurs mois. La mondialisation croissante des lois sur la concurrence s'explique par la reconnaissance du fait qu'un régime concurrentiel bien conçu peut largement contribuer à soutenir la croissance économique d'un pays.

Toutefois, l'exemple de Qualcomm montre clairement que les entreprises peuvent contester les actions d'organes réglementaires récemment mis en place et toujours en phase d'apprentissage. Une chose est d'appliquer la loi, qui est examinée par les tribunaux nationaux. Mais nous commençons à entendre des spéculations selon lesquelles les entreprises pourraient aussi contester l'application des nouvelles lois sur la concurrence au titre de traités d'investissement. Les États n'avaient certainement pas l'intention de donner aux tribunaux d'investissement le rôle d'autorité de la concurrence lorsqu'ils ont négocié leurs traités d'investissement. Il n'existe à l'heure actuelle aucun recours connu fondé sur un traité d'investissement contre la Chine visant à contester son application de la décision Qualcomm. Force est de supposer que la décision a été prise sur la base de considérations économiques plutôt qu'au titre d'obstacles juridiques. Au niveau international – bien que la Chine n'ait signé aucun traité bilatéral d'investissement avec les États-Unis – il n'aurait pas fallu beaucoup de temps à Qualcomm pour identifier un mécanisme adéquat pour contester la décision de la Chine au titre de l'un des plus de 130 traités bilatéraux d'investissement existants signés par la Chine.

Si rien n'indique que la Chine ait reçu une quelconque menace, il faut garder un œil sur la mise en œuvre de nouvelles législations sur la concurrence dans les économies en développement et émergentes, et sur les différends connexes possibles.

Auteur

Joe Zhang est conseiller en droit international auprès du programme sur l'investissement de l'IISD.

Notes

1 Voir la Décision de sanction administrative de la Commission nationale de réforme et de développement (Fagaibanjijianchufa [2015] No. 1), disponible en chinois sur le site de la CNRD, http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/t201503/t20150302_666209.html.

2 Voir Bradshaw, T. (2014, 6 novembre). Qualcomm faces two new antitrust probes, *The Financial Times*. Tiré de <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/fa223b00-6543-11e4-91b1-00144feabdc0.html> (uniquement en anglais).

3 Voir Li, L. (2015, 10 février). *Details of Qualcomm antitrust investigation : The reason for the 8% fine* [en chinois], China News Network. Tiré de <http://finance.chinanews.com/cj/2015/02-10/7051881.shtml>.

4 Qualcomm. (2015, 9 février). *Qualcomm and China's National Development and Reform Commission reach resolution*, communiqué de presse. Tiré de http://files.shareholder.com/downloads/QCOM/3864235320x0x808060/382E59E5-B9AA-4D59-ABFF-BDFB9AB8F1E9/Qualcomm_and_China_NDRC_Resolution_final.pdf (uniquement en anglais).

5 Voir Clover, C. (2015, 25 janvier). China : Monopoly position, *The Financial Times*. Tiré de <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/22704a96-9ff2-11e4-9a74-00144feab7de.html> (uniquement en anglais).

6 Zacks Equity Research. (2015, 10 février). *Qualcomm settles Chinese antitrust charges, ups guidance*. Tiré de <http://www.zacks.com/stock/news/163900/qualcomm-settles-chinese-antitrust-charges-ups-guidance> (uniquement en anglais).

7 Rapport Lex Mundi. (2015). *Changing competition regimes : Organizational best practices for navigating cross-border legal and political risks*. Houston : Lex Mundi. Un extrait du rapport est disponible sur http://www.lexmundi.com/lexmundi/Changing_Competition_Regimes_Report_Preview.asp (uniquement en anglais).

nouvelles en bref

La Commission européenne répond aux préoccupations relatives au PTCl lors d'une réunion au Parlement européen

À l'occasion d'un échange de vue avec la Commission du commerce international du Parlement européen, le 18 mars 2015, la commissaire européenne en charge du Commerce, Cecilia Malmström, a présenté quatre « idées préliminaires » pour répondre aux préoccupations du public en lien avec l'investissement dans le Partenariat de commerce et d'investissement négocié entre l'Union européenne et les États-Unis.

Afin de prévenir les conflits d'intérêts résultant de l'autorisation du double mandat (arbitres-avocat) dans l'arbitrage investisseur-État, la commissaire a souligné l'importance d'avoir une liste limitée d'arbitres. Elle a également soutenu l'idée de créer un tribunal permanent sur l'investissement – tout en visant, en parallèle et à moyen-terme, une cour multilatérale.

La commissaire a également suggéré d'inclure dans le PTCl un organe d'appel, doté de membres permanents, qui examinerait les décisions et assurerait leur cohérence. En outre, afin d'éviter d'offrir aux investisseurs « une seconde chance pour faire annuler les décisions des tribunaux nationaux », elle propose des dispositions visant à préciser la relation entre les systèmes judiciaires nationaux et l'arbitrage investisseur-État.

Malmström a aussi parlé des dispositions visant à répondre aux préoccupations selon lesquelles « l'arbitrage de l'investissement dans le PTCl sera un obstacle à la noble tradition européenne d'avoir des réglementations de qualité ». Ces préoccupations sont de plus en plus répandues en Europe. Le 18 avril, des milliers de personnes ont manifesté contre le PTCl dans plusieurs villes d'Allemagne, craignant l'érosion des normes de qualité alimentaire, du travail et environnementales.

Au Parlement européen, les principaux partis populaires européens soutiennent l'inclusion de l'arbitrage investisseur-État dans le PTCl, mais six commissions se sont prononcées contre. S'ils ne sont pas contraignants, ces avis seront comptabilisés dans le rapport de la commission du commerce international qui doit être soumis au vote le 28 mai puis présenté au Parlement en juin 2015.

Le chapitre sur l'investissement dans le TPP : une réédition du TBI des États-Unis, avec quelques exceptions concernant le RDIE

Le texte des négociations du chapitre sur l'investissement de l'accord de Partenariat transpacifique (TPP) datant du 20 janvier 2015 a filtré le 25 mars dernier.

Le TPP fait l'objet de négociations depuis cinq ans entre l'Australie, Brunei, le Canada, le Chili, les États-Unis, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam. Puisque les projets de textes ne sont pas rendus publics, les commentateurs qui s'intéressent à la question ne peuvent s'appuyer que sur les fuites ponctuelles.

La majeure partie du texte qui a récemment filtré est la copie conforme du modèle de Traité bilatéral d'investissement (TBI) des États-Unis, avec quelques différences mineures. Les autorisations d'investir et les contrats d'investissement, habituellement couverts par les TBI étasuniens apparaissent entre crochets, ce qui signifie que leur inclusion n'est pas encore définitive. Les prescriptions de résultats sont largement interdites, mais une exception portant sur « les mesures visant à protéger les objectifs de bien-être publics légitimes » a été ajoutée. Et les États vont jusqu'à reconnaître que la responsabilité sociale des entreprises devrait être encouragée.

Plusieurs pays aux négociations ont exclu des mesures et des secteurs du mécanisme de règlement des différends investisseur-État (RDIE). Un renvoi notamment indique expressément que le RDIE ne pourra être utilisé par les

investisseurs australiens ou contre l'Australie. Mais ce renvoi est suivi d'une note intrigante : « la suppression des renvois est assujettie à certaines conditions ». L'on ne sait pas ce que l'Australie proposera en contrepartie de son refus du RDIE.

L'Inde diffuse son modèle de TBI pour commentaires ; les États-Unis réclament des négociations

Le 24 mars 2015, le gouvernement indien a publié un projet de texte de son modèle de traité bilatéral d'investissement (TBI) pour obtenir les commentaires du public. Le 11 avril, c'est-à-dire la date limite de participation, 185 commentaires avaient été publiés sur le forum en ligne du gouvernement. Le nouveau texte devrait remplacer l'Accord bilatéral de promotion et de protection des investissements (ABPI) de 1993 ; il est le produit d'un processus d'examen interministériel lancé mi-2012.

Le nouveau modèle indien inclut des obligations pour les investisseurs et investissements étrangers et leurs pays d'origine visant à veiller à ce que l'investissement contribue à une croissance profitable à tous et au développement durable. Les investisseurs et les investissements violant les obligations en matière de corruption, de divulgation et de fiscalité ne pourront réclamer les bénéfices du traité et pourront faire l'objet de demandes reconventionnelles de la part de l'État hôte. S'il conserve les dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État, le modèle exige d'un investisseur étranger qu'il épuise les recours administratifs et judiciaires internes avant de lancer un arbitrage contre l'État hôte.

De plus en plus préoccupée par l'arbitrage investisseur-État, l'Inde envisagerait de renégocier ses TBI existants ou d'en sortir (actuellement, elle en a signé 83, dont 72 sont en vigueur). Bien que le pays n'ait pas signé de TBI avec les États-Unis, des négociations ponctuelles auraient eu lieu depuis 2008 entre les deux pays. Le parachèvement du nouveau modèle de TBI indien a motivé un nouveau cycle de négociations, comme l'a indiqué en mars 2015 la Secrétaire d'État adjoint des États-Unis, Nisha Desai Biswal.

La Convention de la CNUDCI sur la transparence est ouverte à la signature à Maurice

La Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités a été ouverte à la signature lors d'une cérémonie officielle le 17 mars 2015 à Maurice.

Également connu comme la Convention de Maurice sur la transparence, ce traité résulte des travaux de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) sur la transparence dans l'arbitrage en matière d'investissement, commencés en 2010.

Autre produit de ces travaux, le règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités a été adopté en 2013 et est en vigueur depuis le 1^{er} avril 2014. Il exige la publication des informations de base sur l'arbitrage, la divulgation des documents principaux (notamment les décisions du tribunal) et des audiences publiques. Le règlement s'applique automatiquement à tout arbitrage au titre de la CNUDCI fondé sur un traité conclu après le 1^{er} avril 2014.

En signant la Convention sur la transparence, un État s'engage à appliquer les normes en matière de transparence contenues dans le règlement de la CNUDCI sur la transparence à toute procédure d'arbitrage investisseur-État fondée sur les traités conclus avant le 1^{er} avril 2014, même si ces traités ne font pas référence au règlement de la CNUDCI sur la transparence.

L'Allemagne, le Canada, les États-Unis, la Finlande, la France, Maurice, le Royaume-Uni et la Suède étaient les premiers signataires de la Convention de Maurice. Celle-ci entrera en vigueur six mois après le dépôt du troisième instrument de ratification.

sentences et décisions

Selon un tribunal de la CNUDCI, l'évaluation environnementale du Canada viole la norme minimale de traitement et le traitement national

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware Inc. c. le Gouvernement du Canada, CNUDCI

Marquita Davis

Le contexte

Dans une décision du 17 mars 2015, la majorité d'un tribunal, à savoir son président Bruno Simma et Bryan Schwartz, l'arbitre nommé par l'investisseur, établi au titre du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), déterminait que l'évaluation environnementale imposée par le Canada au projet de carrière et de terminal maritime violait les dispositions sur la norme minimale de traitement et le traitement national au titre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Donald McRae, l'arbitre nommé par le Canada, était en fort désaccord avec l'analyse de la majorité et son application de l'article 1105 de l'ALENA. Le tribunal a reporté le calcul des dommages ; les investisseurs – quatre citoyens étasuniens et une entreprise enregistrée au titre du droit des États-Unis – réclamaient initialement 300 millions USD.

En avril 2002, un permis a été émis pour la construction et l'exploitation d'une carrière dans la province canadienne de Nouvelle-Écosse. En 2004, l'entreprise demanderesse (Bilcon) a acquis la carrière et le terminal maritime de Whites Point (le Projet) par le biais de l'une de ses filiales canadiennes. Le Canada et la province de Nouvelle-Écosse ont établi une Commission d'examen conjoint (CEC) pour mener une évaluation environnementale (EE) du Projet. Sur la base d'un Rapport de 2007 de la CEC, la Nouvelle-Écosse puis le Canada ont rejeté le Projet en raison de son incompatibilité avec les « valeurs fondamentales de la communauté ». Bilcon a lancé un arbitrage en juin 2008, alléguant des imperfections dans le processus et le rapport de la CEC et dans le rejet postérieur du projet par le Canada.

Pour commencer son analyse, le tribunal s'est penché sur les objections juridictionnelles du Canada, notamment le fait que certains demandeurs n'étaient pas considérés comme des « investisseurs », que certains recours étaient proscrits, et que les actions de la CEC ne pouvaient être attribuées au Canada. Le tribunal établit malgré tout sa compétence et commença l'analyse des principaux faits de l'affaire.

La majorité déclare que la norme minimale internationale de traitement est liée par la note d'interprétation de la CLE, mais détermine que la norme a évolué depuis l'affaire Neer

Les investisseurs arguaient que la norme du traitement juste et équitable (TJE) de l'article 1105 de l'ALENA devait être interprétée comme une norme autonome incluant les attentes légitimes de l'investisseur, la protection contre les mesures arbitraires ou discriminatoires, et une obligation générale pour l'État « d'agir raisonnablement » (para. 359). Le Canada rétorqua que la norme n'incluait pas d'obligations autonomes comme les attentes légitimes, mais que les Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 de la Commission du libre-échange (CLE) de l'ALENA limitaient le TJE à la norme internationale minimale de traitement, conformément au droit international coutumier. Le tribunal a convenu avec le Canada qu'elle était liée par la note d'interprétation de la CLE et que les critères d'application de l'article 1105 étaient « élevés » (para. 441).

Le tribunal détermina ensuite que la norme générale d'interprétation la plus appropriée de l'article 1105 était celle mise en avant dans l'affaire Waste Management. Selon le tribunal de cette affaire, « la norme minimale de traitement du traitement juste et équitable est violée par des actes attribuables à l'État et préjudiciables au demandeur si les actes sont arbitraires, manifestement abusifs, injustes ou idiosyncratiques, discriminatoires et exposent le demandeur à un préjudice social ou racial, ou impliquent l'absence de procédure régulière entraînant une conclusion qui offense l'opportunité judiciaire » (para. 442).

Mais le tribunal décida ensuite qu'une violation internationale ne se limitait pas aux actes « outrageants » de l'État, puisque la norme internationale minimale actuelle a évolué et offre une plus grande protection que celle reconnue dans l'affaire Neer. Il jugea qu'un tribunal devait se fonder sur les faits, et prendre notamment en compte le fait que les investisseurs « se [sont] raisonnablement appuyés sur les représentations d'un État hôte » pour déterminer si l'article 1105 était violé (para. 444).

Selon la majorité, le Canada a violé la norme internationale minimale de traitement

Compte tenu de déclarations spécifiques de fonctionnaires de Nouvelle-Écosse, mais aussi des documents de promotion de l'investissement et des déclarations politiques de la province, le tribunal détermina que les investisseurs avaient été clairement encouragés à plusieurs reprises à poursuivre leur Projet. D'après le tribunal, le Canada avait conduit les investisseurs à croire raisonnablement que, sous réserve du respect des lois fédérales et provinciales, la zone de Whites Point n'était pas exclue de l'investissement (para. 590), contrairement à ce que prétendait l'évaluation de la CEC d'après la majorité du tribunal. Dans son opinion divergente, McRae arguait que le fait que les fonctionnaires de Nouvelle-Écosse aient encouragé l'investissement minier donnait ainsi naissance à des attentes légitimes n'étant pas pertinentes pour déterminer si la CEC avait respecté les critères de l'article 1105. Il détermina que tout investisseur s'attendrait à ce que les lois canadiennes soient correctement appliquées au cours d'une évaluation environnementale, et que cette attente n'avait rien à voir avec les encouragements ou garanties offertes par des fonctionnaires provinciaux.

La majorité considéra elle que l'évaluation était arbitraire car la CEC n'avait pas déterminé la viabilité du Projet sur la base du critère « des effets négatifs importants sur l'environnement après la mise en place de mesures d'atténuation ». La CEC avait plutôt outrepassé son mandat en adoptant, sans préavis ou autorité juridique propre, une nouvelle norme d'évaluation fondée sur les « valeurs fondamentales de la communauté », ce que la majorité compara à un référendum public sur le projet.

Bien que la majorité considéra qu'« une simple erreur dans l'analyse légale ou factuelle » (para. 594) n'était pas suffisante pour satisfaire au critère élevé de la responsabilité internationale, elle détermina qu'en l'espèce, la violation était suffisante. D'abord, la majorité considéra que les investisseurs avaient des attentes légitimes et avaient investi d'importantes ressources et leur réputation dans le processus de la CEC. Ensuite, elle prit en compte le fait que les investisseurs n'avaient pas été informés que l'évaluation contenait la norme des « valeurs fondamentales de la communauté ». Finalement, elle estima que la CEC s'était largement éloignée de la norme d'évaluation requise par la loi canadienne.

McRae critiqua le fait que la majorité se soit appuyée sur les experts et témoins des investisseurs pour examiner des

allégations de problèmes dans le processus d'audition de la CEC, et affirma que la majorité n'avait pas étudié le procès-verbal de l'audience lui-même. Selon lui, la majorité avait mal interprété l'explication de la CEC des « valeurs fondamentales de la communauté ». Il déclara qu'un examen plus attentif du procès-verbal montrait que la CEC utilisait les expressions « valeurs fondamentales » et « valeurs fondamentales de la communauté » simplement pour désigner « les effets humains et environnementaux », expression essentielle du mandat de la CEC (para. 15). Dans son analyse, la CEC concluait que les investisseurs n'avaient pas abordé les effets humains et environnementaux dans leur déclaration d'impact environnemental, bien que le mandat de la CEC leur ordonnait de remédier à ces effets. McRae rejeta la conclusion de la majorité selon laquelle la CEC avait dans les faits pris une « décision relative à une zone », arguant que ses recommandations se basaient sur les détails spécifiques du projet des investisseurs (para. 27). Il détermina également que la CEC avait suffisamment motivé sa décision pour que celle-ci n'inclue pas de mesures individuelles d'atténuation. Pour terminer, McRae estima que la conclusion de la majorité selon laquelle les actes de la CEC étaient arbitraires n'était étayée par aucune preuve ou fondement.

Finalement, McRae arguait que même si le rapport de la CEC était contraire à la législation nationale, cela n'était pas suffisant pour soutenir une violation de l'ALENA, puisque la violation ne satisfait pas au critère de la norme mise en avant dans l'affaire Waste Management. McRae détermina que les actes de la CEC n'étaient pas arbitraires, et que la majorité n'avait pas démontré que les autres critères de la norme mise en avant dans l'affaire Waste Management étaient satisfaits. McRae argua que, « [e]n traitant une violation potentielle du droit canadien comme une violation de l'article 1105 de l'ALENA[,] la majorité a donné la possibilité de réclamer des dommages pour une violation du droit canadien, alors que celui-ci n'offre pas cette possibilité pour une telle violation » (para. 43).

Selon la majorité, le Canada n'a pas accordé un traitement national à l'investissement de Bilcon

Bilcon arguait que le Canada lui avait accordé un traitement moins favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux, en lui imposant une méthode d'examen rarement utilisée par la CEC et en n'utilisant pas la norme « des effets négatifs importants sur l'environnement après la mise en place de mesures d'atténuation ». Si le tribunal a rejeté le premier recours au motif qu'il était proscrié, il autorisa le second.

La majorité du tribunal rejeta la tentative du Canada de restreindre les comparateurs aux seuls investissements ou investisseurs dans des « circonstances analogues », tels que ceux assujettis au processus de la CEC, ou les projets largement rejetés par une communauté locale. Elle détermina que, compte tenu du libellé souple de l'article 1102, et de l'objectif général de l'ALENA d'accroître matériellement les investissements, la gamme des comparateurs devrait être étendue.

Parmi les affaires de comparaison impliquant des carrières dans des zones côtières sensibles, au moins trois ont été soumises à une évaluation des « effets négatifs importants sur l'environnement après la mise en place de mesures d'atténuation ». Pour la majorité du tribunal, cela suffisait à montrer qu'elles avaient reçu un traitement plus favorable que les demandeurs. La majorité détermina qu'un État pouvait justifier l'application d'un traitement différent et préjudiciable au titre du test de l'affaire Pope & Talbot, mais conclut que le Canada n'avait pas présenté d'arguments convaincants pour justifier ses actes.

McRae n'était pas d'accord avec cette conclusion non plus, affirmant que les investisseurs avaient été traités conformément au droit canadien.

Les autres recours des investisseurs sont rejetés et la majorité joint à sa décision une mise en garde

Les investisseurs contestaient d'autres points de l'évaluation de la CEC, mais la majorité détermina que ces facteurs n'étaient pas suffisants pour impliquer la responsabilité internationale.

La majorité décida également qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si le Canada avait violé la disposition de la Nation la plus favorisée (NPF) puisque cela n'affecterait pas le calcul des dommages.

La majorité s'est également employée à souligner que sa décision en faveur des investisseurs ne constituait pas une évaluation du droit environnemental substantif du Canada, mais qu'elle se fondait sur des faits spécifiques des recours des investisseurs et sur le fait que le rapport de la CEC ne respectait pas le droit environnemental canadien existant.

McRae n'était pas d'accord, et affirma que la majorité donnait la possibilité aux investisseurs de contester au niveau international les décisions adoptées par des commissions d'examen environnemental nationales. Il averti qu'il s'agissait d'« une intrusion importante dans la sphère nationale qui entraînerait un gel du fonctionnement des commissions d'examen environnemental » (para. 48). Selon lui, l'aspect le plus troublant de la décision de la majorité était le fait qu'un État était tenu de verser des dommages aux investisseurs pour avoir accordé une grande importance à la manière dont un projet affecte l'environnement et les hommes et pour avoir pris en compte les intérêts et valeurs de la communauté.

Remarques : Le tribunal était composé de Bruno Simma, de Bryan Schwartz et de Donald McRae. La décision de la majorité est disponible sur <http://www.italaw.com/cases/documents/2984>, et l'opinion divergente sur <http://www.italaw.com/cases/documents/2985>.

Un tribunal du CIRDI détermine que la saisie réalisée par le Venezuela en 2009 est une expropriation légale, et accorde une indemnisation de 46,4 millions USD

Tidewater Investment SRL & Tidewater Caribe, C.A. c. la République bolivarienne du Venezuela, Affaire CIRDI n° ARB/10/5 Matthew Levine

Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rendu une décision dans un différend portant sur des services maritimes pétroliers et impliquant le Venezuela.

Le tribunal se rangea du côté des demandeurs, deux entreprises du groupe Tidewater, et détermina que la saisie réalisée en 2009 par le gouvernement constituait une expropriation au titre du Traité bilatéral d'investissement Barbade-Venezuela (TBI). Il leur accorda une indemnisation de 46,4 millions USD plus intérêts composés à partir de la date de l'expropriation.

Les dommages accordés étaient nettement inférieurs aux 234 millions USD réclamés par les demandeurs. Le tribunal n'a pas reconnu l'expropriation comme illégale au titre du TBI. En outre, l'analyse fondée sur une actualisation des flux de trésorerie employée par le tribunal mena à une évaluation de la juste valeur marchande nettement inférieure à la suggestion des demandeurs.

Le contexte

SEMARCA, une entreprise vénézuélienne du groupe Tidewater, exploite des services de transport maritime depuis 1958. Depuis 1975, SEMARCA fournit également ces services aux filiales de PDVSA, l'entreprise pétrolière d'État du Venezuela, au titre de divers accords.

Le 7 mai 2009, le Venezuela a promulgué la « Loi organique réservant à l'État les actifs et services relatifs aux principales activités du secteur des hydrocarbures » (Loi de réserve). Le lendemain, le 8 mai 2009, le Venezuela publia la Résolution n° 51, identifiant les demandeurs et 38 autres fournisseurs de services, comme assujettis à la Loi de réserve.

Presqu'immédiatement, les filiales de PDVSA ont saisi les actifs de SEMARCA sur le Lac Maracaibo, soit ses bureaux et onze navires, et plus tard, les quatre navires de l'entreprise situés dans le golfe de Paria. Tidewater a lancé l'arbitrage en février 2010.

Dans sa décision de février 2013 sur la compétence, le tribunal avait rejeté les recours de six des huit demandeurs du groupe Tidewater. Le tribunal n'établit sa compétence que pour deux recours, ceux de Tidewater Caribe C.A., une entreprise vénézuélienne détenant SEMARCA en tous temps pertinents, et de Tidewater Investment SRL, une entreprise de la Barbade qui détient Tidewater Caribe, C.A. depuis 2009 (conjointement appelés Tidewater).

La saisie des actifs de Tidewater avait effet d'expropriation

Le tribunal évalua si la saisie des navires de Tidewater constituait une expropriation. Il remarqua que l'article 5 du TBI sur l'expropriation incluait un libellé commun à de nombreux traités d'investissement. Le tribunal souligna la question de l'« effet », affirmant que « il est bien accepté en droit international que l'expropriation n'implique pas nécessairement la saisie d'un titre de propriété valable. Il suffit que la mesure de l'État ait un effet équivalent » (para. 104).

En évaluant si les mesures contestées en l'espèce avaient des effets équivalents à ceux d'une expropriation, le tribunal jugea utile de tenir compte des facteurs utilisés par le tribunal de l'affaire *Pope & Talbot*, c'est-à-dire si :

- L'investissement a été nationalisé ou la mesure est de nature confiscatoire
- L'État a pris le contrôle de l'investissement et le gère au quotidien
- L'État supervise maintenant le travail des employés de l'investissement
- L'État encaisse les recettes découlant des ventes de l'entreprise

Compte tenu des preuves, notamment les déclarations des témoins présentés par Tidewater et par les filiales de PDVSA, le tribunal détermina que la saisie physique des navires constituait une expropriation.

Le tribunal conclut que « si la saisie avait sans doute été une surprise », il était naturel pour les demandeurs de ne pas accepter ses effets immédiatement. Selon le tribunal, « la portée de cet effet sur l'investissement des demandeurs n'est devenue claire qu'au moment de la saisie des derniers navires à Corocoro [dans le golfe de Paria] quelques mois plus tard. Dans ces circonstances, les documents présentés par les demandeurs et affirmant la continuation de leurs opérations commerciales dans l'intervalle sont conformes à la prise de conscience naissante de la nationalisation de leur entreprise » (para. 109).

Tidewater ne parvient pas à démontrer que l'expropriation était abusive

Tidewater cherchait à convaincre le tribunal que le non-paiement par le gouvernement d'une indemnisation rendait l'expropriation abusive au titre du TBI. Compte tenu des mémoires des parties, le tribunal examina la jurisprudence internationale à partir de l'affaire *Chorzow Factory* et portant sur des saisies auxquelles seule manquait l'indemnisation pour qu'elles soient légales. Il prit également note de décisions arbitrales sur l'investissement récentes, dans une approche cohérente. Le tribunal de l'affaire *Goetz c. Burundi*, par exemple, conclut que « toutes les autres conditions d'une saisie légale ayant été respectées, le non-respect du paiement rapide d'une indemnisation adéquate ne suffisait pas « pour qualifier la mesure d'abusives au titre du droit international » » (para. 135).

En l'espèce, Tidewater argua que la saisie était abusive puisque le niveau d'indemnisation envisagé par le Venezuela au titre de la Loi de réserve était contraire à la norme d'indemnisation imposée par le TBI. Le tribunal observa que, si le TBI définit l'indemnisation due en cas d'expropriation comme la valeur marchande immédiatement avant que l'expropriation envisagée ne soit connue, le calcul de cette valeur marchande est délégué au tribunal.

Le recours fondé sur le Traitement juste et équitable est rapidement rejeté

Le recours portait réellement non pas sur l'équité du traitement accordé aux demandeurs par le Venezuela, mais sur sa saisie de leur investissement. Le tribunal considéra que les recours fondés sur une violation du traitement juste et équitable, du traitement national et de la nation la plus favorisée n'étaient pas à propos.

Les facteurs matériels de la juste valeur, tels que le risque souverain, sont définis par le tribunal

Le tribunal considéra que l'utilisation de la valeur de liquidation ou la valeur comptable des actifs saisis pour déterminer la juste valeur marchande, comme le proposait le Venezuela, n'était approprié que lorsque les entreprises n'étaient pas en activité. Mais puisque SEMARCA n'était pas une société cotée en bourse et que ses activités ne se limitaient qu'à un seul pays et un seul client, une analyse fondée sur une actualisation des flux de trésorerie était appropriée.

Compte tenu que le rapport de l'expert des parties avait tendance à présenter des estimations plus qu'optimistes, le tribunal réalisa sa propre évaluation des six facteurs pris en compte dans l'analyse fondée sur l'actualisation des flux de trésorerie : le périmètre, les comptes débiteurs, les flux de trésorerie historiques, le risque sur capitaux propres, le risque souverain et le risque commercial. S'agissant du risque souverain, l'expert des demandeurs avait décompté un modeste 1,5 % pour inciter les acheteurs intéressés avant la saisie de 2009. De son côté, l'expert du Venezuela avait pris le risque de décompter 14,75 % du fait des risques politiques perçus. Le tribunal trouva que la position du défendeur d'adopter une réduction de 14,75 % était raisonnable. Finalement, la valeur du marché des actifs expropriés a été évaluée à un montant nettement inférieur à celui réclamé.

Remarques : Le tribunal était composé de Campbell McLachlan QC (président, nommé par le président du conseil administratif du CIRDI, de nationalité néozélandaise), d'Andrés Rigo Sureda (nommé par les demandeurs, de nationalité espagnole) et de Brigitte Stern (nommée par le

défendeur, de nationalité française). La décision finale du 13 mars 2015 est disponible sur http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4206_0.pdf.

Le Venezuela est condamné à payer pour l'expropriation abusive de l'investissement d'Owens-Illinois

OI European Group B.V. c. la République bolivarienne du Venezuela, Affaire CIRDI n° ARB/11/25

Martin Dietrich Brauch

Le Venezuela a été condamné à verser 372 461 982 USD plus intérêts à une entreprise du groupe Owens-Illinois, l'un des plus grands producteurs mondiaux de contenants de verre, pour l'expropriation de ses investissements au Venezuela. Un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rendu sa décision le 10 mars 2015.

Le contexte et les recours

Le demandeur, OI European Group B.V. (O-I), est une entreprise de droit néerlandais. Par le biais de deux entreprises sous son contrôle, Owens-Illinois de Venezuela C.A. (OldV) et Fábrica de Vidrios los Andes C.A. (Favianca), O-I détenait les plus grands sites de production, de traitement et de distribution de contenants de verre du Venezuela.

L'intention du Venezuela d'exproprier OldV et Favianca fut rendue publique le 25 octobre 2010, lorsque le Président Hugo Chávez ordonna, au cours d'un programme télévisuel, à son Vice-président de saisir les entreprises. Le décret d'expropriation fut émis le lendemain, chargeant le Bureau du procureur général d'entamer la procédure requise au titre de la Loi vénézuélienne sur l'expropriation de 2002. Des agents armés de la Garde nationale furent envoyés sur place pour contrôler l'accès aux sites et protéger les actifs.

Sur l'exhortation des employés, le Venezuela a pris la direction des sites quelques jours après l'émission du décret d'expropriation, et la production n'a jamais été interrompue. Venvidrio, l'entreprise d'État nouvellement créée, exploite les entreprises depuis le 31 avril 2011. Lorsque la décision arbitrale a été rendue, la procédure d'expropriation suivait son cours, et aucune indemnisation n'avait encore été versée.

O-I a entamé un arbitrage contre le Venezuela au titre du Traité bilatéral d'investissement Venezuela-Pays-Bas (TBI) en septembre 2011, alléguant que le Venezuela avait violé les dispositions et normes du TBI sur l'expropriation, le traitement juste et équitable (TJE), la protection et sécurité intégrales, la liberté des transferts, et la clause parapluie (en violant la loi vénézuélienne sur l'investissement). O-I réclamait également des dommages moraux indirects, au total pas moins de 929 544 714 USD, plus intérêts.

Le tribunal rejette les deux objections juridictionnelles du Venezuela

Le Venezuela argua que O-I ne jouissait pas d'un investissement couvert par le TBI, mais le tribunal considéra que les actifs commerciaux d'O-I, de par leur nature-même, remplissaient la définition de l'« investissement » au titre du TBI et de la Convention du CIRDI, ainsi que les objectifs du traité de promouvoir le développement économique. Citant l'affaire *KT Asia c. Kazakhstan*, le Venezuela contra que, en acquérant les entreprises par le biais d'une réorganisation, sans effectuer de contribution économique réelle, O-I ne réalisait pas un investissement. Le tribunal rejeta aussi cet argument, indiquant qu'O-I et le groupe Owens-Illinois avaient légitimement acquis les entreprises, réalisé des contributions importantes en capital, et réinvesti les dividendes.

O-I réclamait aussi des dommages d'un montant de 50 millions USD pour les pertes subies par la concurrence

de Venvidrio sur le marché brésilien. Dans sa seconde objection, le Venezuela affirmait que les pertes subies par O-I en dehors du Venezuela ne relevaient pas de la compétence du tribunal. Considérant que la question des dommages était intrinsèquement liée à la détermination de la violation, le tribunal décida d'examiner l'objection du Venezuela lors de l'examen quant au fond.

Le tribunal considère que l'expropriation était abusive

Le premier argument d'O-I était que le Venezuela l'avait abusivement exproprié de son investissement. Le tribunal détermina que l'expropriation avait été menée dans l'intérêt public (pour favoriser le développement national) et n'était pas discriminatoire, mais qu'elle était une décision stratégique, puisque les entreprises d'O-I dominaient 60 % du marché des contenants de verre. Cependant, il estima également que l'expropriation n'avait pas été menée conformément au droit, puisque les actifs devant être expropriés n'avaient pas été précisément identifiés, et que le Venezuela avait retardé sans raisons le versement d'une indemnisation.

Le tribunal considère que l'expropriation abusive constitue également une violation du TJE

Après examen de la disposition TJE contenue dans le TBI, le tribunal conclut que la norme oblige le Venezuela à traiter les investisseurs étrangers conformément au droit international, et notamment, de manière non arbitraire et non discriminatoire. Selon lui, puisque l'expropriation était abusive du fait que le Venezuela n'avait pas respecté le droit et indemnisé O-I, le Venezuela avait également violé le TJE, « car il est difficile d'imaginer qu'une expropriation directe illégale ne donne pas lieu à une violation de cette norme » (para. 501). Le tribunal considéra également que le Venezuela avait agi de manière arbitraire en prenant le contrôle des sites de production d'O-I par le biais d'actes administratifs infondés, dont l'objectif réel était d'éviter de devoir obtenir une ordonnance juridique comme l'exige la loi sur l'expropriation.

Les recours fondés sur la protection et sécurité intégrales, la liberté des transferts et la clause parapluie

Le tribunal soutint la défense du Venezuela selon laquelle, en envoyant la Garde nationale sur les sites dans les premières semaines suivant l'expropriation, le pays ne violait pas la norme de protection et sécurité intégrales, mais au contraire la respectait. Il se rangea également du côté du Venezuela et détermina qu'O-I avait renoncé à son droit aux libres transferts au titre du traité lorsqu'elle avait choisi de transférer ses fonds via le marché parallèle des changes. Il accepta cependant le recours de l'investisseur fondé sur la clause parapluie, considérant que les violations par le Venezuela de son propre droit sur l'investissement constituaient des violations du traité.

Le recours fondé sur les dommages moraux n'est pas suffisamment motivé

O-I réclamait 10 millions USD pour dommages moraux soi-disant subis pendant les six mois suivant l'expropriation. Arguant que la conduite du Venezuela était « atroce » (para. 904) pendant cette période, O-I mentionna certains des faits déjà retenus comme violations des normes TJE et de la protection et sécurité intégrales. Le tribunal considéra toutefois qu'O-I n'avait pas correctement décrit les faits et leurs conséquences. Il conclut que le demandeur n'avait pas démontré que les fonctionnaires du Venezuela avaient harcelé ou menacé les employés pour continuer d'exploiter les sites, ou avaient été physiquement agressifs ou menaçants dans leur traitement des entreprises,

ou causé des dommages physiques, ou porté atteinte à la réputation d'O-I et de ses représentants.

Les dommages, les coûts et les frais juridiques

Le tribunal analysa dans le détail la question des dommages-intérêts dus à O-I pour l'expropriation. Adoptant au final la méthode d'actualisation fondée sur les flux de trésorerie, il conclut que la valeur marchande des entreprises expropriées telle que calculée par les experts était raisonnable et confirmée par d'autres méthodes. La valeur des deux entreprises était estimée à 510 340 740 USD. Tenant compte des parts d'O-I dans les entreprises, qui s'élevaient à 72,983 %, le tribunal accorda à O-I des dommages d'un montant de 372 461 982 USD. Il fixa les intérêts au taux LIBOR sur un an majoré de 4 points, composés sur une année, et calculés entre la date du décret d'expropriation et la date du paiement de l'indemnisation.

S'agissant des coûts, le tribunal considéra qu'O-I avait eu gain de cause dans la plupart de ses recours. Il ordonna donc au Venezuela de rembourser à O-I sa contribution de 500 000 USD aux frais de procédure, et de lui verser 5 750 000 USD, estimation raisonnable de ses frais de défense, plus intérêts depuis la décision jusqu'au paiement.

Remarques : le tribunal du CIRDI était composé de Juan Fernández-Armesto (président, nommé par le président du conseil administratif, de nationalité espagnole), d'Alexis Mourre (nommé par les demandeurs, de nationalité française) et de Francisco Orrego Vicuña (nommé par le défendeur, de nationalité chilienne). La décision est disponible en espagnol sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4109.pdf>.

Un tribunal reconnaît une violation du traitement juste et équitable par la Roumanie

Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alpha El Corporation c. Roumanie, Affaire CIRDI n° ARB/10/13 Joe Zhang

Dans une décision du 2 mars 2015, un tribunal du Centre international de règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI) déterminait que la Roumanie avait violé la norme de traitement juste et équitable (TJE) au titre du Traité bilatéral d'investissement Roumanie-États-Unis (TBI). Le tribunal a accordé 7,7 millions d'euros aux demandeurs à titre d'indemnisation et de paiement des frais juridiques, plus intérêts, et rejeté un recours fondé sur l'expropriation et représentant plus de 400 millions d'euros.

Le contexte

La procédure a été lancée en 2010 par Hassan Awdi (un citoyen étasunien) et par deux entreprises des États-Unis qu'il contrôle. Ils affirmaient que la Roumanie avait violé le TBI dans son traitement de leurs investissements, d'une part Rodipet S.A., une ancienne entreprise étatique de commerce de détail et de distribution de la presse, acquise par les demandeurs dans le cadre d'un processus de privatisation, et Casa Bucur d'autre part, une propriété historique acquise auprès de la Roumanie, et transformée par les demandeurs en un hôtel-restaurant de luxe.

Les demandeurs contestaient spécifiquement deux décisions des tribunaux roumains. D'abord une décision de la Cour constitutionnelle de Roumanie, déclarant la Loi 442 anticonstitutionnelle. La Loi 442 donnait à Rodipet les droits, dans le cadre d'une concession à long-terme, sur les 1 400 kiosks existants dans le pays et sur les kiosks futurs

qu'elle pourrait établir. Ensuite, une décision de la Cour suprême de Roumanie déterminant que Casa Bucur devait être rendue à ses propriétaires originaux.

Dès le début de la procédure, la Roumanie s'est opposée à la compétence du tribunal et à la recevabilité des recours au titre de plusieurs arguments. Rejetant toutes les objections juridictionnelles, le tribunal déclara la Roumanie coupable de violation de la norme TJE à deux reprises, mais rejeta les recours des demandeurs fondés sur l'expropriation et sur le déni de justice.

« *L'investissement* » revisité au titre de la Convention du CIRDI

La Roumanie s'opposait à la compétence du tribunal affirmant que l'investissement allégué par M. Awdi et par le groupe d'entreprises directement et indirectement détenues pas lui (le Groupe Awdi) était un « carrousel vertigineux de transactions » visant à « prendre ses activités commerciales et ses actifs à Rodipet » (para. 137). La Roumanie se plaignit en outre du fait qu'au cours de la privatisation de Rodipet, aucun des demandeurs n'avait réalisé de contribution active au pays, et affirma que leurs pratiques ressemblaient plus à un désengagement qu'à un investissement.

Le tribunal rejeta l'argument de la Roumanie selon lequel le critère *Salini*, notamment l'obligation de réaliser une contribution au développement du pays hôte, devait être pris en compte dans « l'investissement » au titre de la Convention du CIRDI. Il remarqua plutôt que le sens de « l'investissement » devait être déterminé exclusivement et strictement d'après le TBI, sans possibilité d'ajout ou de retrait. Il détermina ensuite que la définition de l'investissement ouverte et fondée sur les actifs au titre du TBI demandait la simple existence d'un lien économique entre les demandeurs et les investissements suffisante aux fins de la compétence.

La Roumanie contestait également la compétence du tribunal au motif que M. Awdi ne détenait que des parts minoritaires dans Rodipet à travers un arrangement indirect. Notant que le TBI couvre les investissements « détenus ou contrôlés directement ou indirectement par des citoyens ou entreprises de l'autre Partie », le tribunal rejeta l'objection de la Roumanie. Reconnaisant que les actionnaires minoritaires et indirects ont le droit de « présenter des recours fondés sur un traité d'investissement [...] dans les limites de leur participation » (para. 194), le tribunal considéra que M. Awdi, bien qu'actionnaire minoritaire, dominait la structure de prise de décisions de l'entité ayant acquis Rodipet, et donc, jouissait de facto d'un contrôle suffisant ; ce qui était suffisant pour établir la compétence du tribunal.

Les procédures pénales en cours ne sont pas suffisantes pour motiver l'irrecevabilité des recours

La Roumanie s'opposait à la recevabilité des recours, alléguant que les investissements des demandeurs étaient illégaux et réalisés de mauvaise foi. M. Awdi a fait l'objet de trois enquêtes et procédures pénales distinctes en Roumanie. Il a été acquitté dans l'une des procédures portant sur des accusations de traite d'êtres humains, mais a été condamné dans une autre procédure, jugement confirmé par une cour d'appel. La troisième procédure était encore en cours. Le tribunal considéra que compte tenu des résultats divergents de ces enquêtes et procédures, il était impossible de tirer des preuves convaincantes pour étayer les arguments de la Roumanie.

Le recours fondé sur l'option irrévocable est rejeté pour absence de procédure parallèle

La Roumanie avait également soulevé des objections à la recevabilité au motif que les demandeurs avaient cherché le règlement du différend portant sur Casa Bucur dans les tribunaux roumains, et donc qu'ils ne devaient pas avoir le droit de présenter le différend au tribunal arbitral, puisque le TBI contenait une clause d'option irrévocable. Notant que la procédure nationale avait été annulée et jamais entendue par la cour puisque les demandeurs n'avaient pas payé les frais de la cour, le tribunal rejeta l'objection de la Roumanie et considéra qu'il n'existait aucune procédure parallèle, et donc que la clause d'option irrévocable ne s'appliquait pas.

L'abrogation de la Loi 442 équivaut à une violation du TJE, mais pas à une expropriation ou à un déni de justice

Se penchant sur le fond, le tribunal rejeta l'argument des demandeurs selon lequel la Loi 442 elle-même constituait une concession foncière, mais se rangea du côté de la Roumanie et détermina que la loi leur donnait simplement le droit de négocier une telle concession, qui n'est pas considérée comme un investissement par le TBI, et donc pas couverte, et ne pouvait faire l'objet d'une plainte pour expropriation. En outre, le tribunal rejeta l'argument des demandeurs selon lequel la procédure de la Cour constitutionnelle roumaine abrogeant la Loi 442 était « si manifestement faussée au titre du droit international » qu'elle garantissait une décision en faveur d'un déni de justice ou d'un traitement arbitraire ou discriminatoire (para. 326).

Quand bien même, le tribunal considéra que l'abrogation de la Loi 442, en plus de la non mise à disposition par la Roumanie de mesures alternatives de règlement de la situation constituait une violation par la Roumanie de l'engagement qu'elle a pris dans le contrat de privatisation de Rodipet de mener « tous les efforts raisonnables » pour faciliter les concessions foncières de Rodipet, sur lesquelles se sont basés les demandeurs pour réaliser leur investissement. Selon le tribunal, ce manque de réaction, après que la promulgation de la Loi 442 ait créé des attentes légitimes, résultait en une violation de la norme TJE au titre du TBI.

La restitution de Casa Bucur à ses propriétaires originaux ne représente pas une expropriation, mais les demandeurs avaient une attente légitime de récupérer la somme versée pour l'achat

Le tribunal détermina également que la Roumanie avait violé une autre fois la norme TJE dans le cadre du différend portant sur Casa Bucur. L'achat de Casa Bucur a été conclu lorsque la Roumanie réformait sa loi sur la propriété et restituait de nombreux biens historiques détenus par l'État à leurs propriétaires originaux. Les preuves montraient que le titre de propriété de Casa Bucur était déjà contesté de longue date par différentes parties. Elles montrèrent également que les demandeurs étaient conscients de l'incertitude concernant le titre, et l'assumaient clairement, et conscients également du risque de restitution lors de l'acquisition de la propriété. La propriété a finalement été rendue à son propriétaire original au titre d'une décision de la Cour suprême roumaine. Les demandeurs arguèrent que le résultat était un « exemple parfait d'une expropriation » (para. 426).

Le tribunal n'était pas d'accord. Il considéra que les demandeurs étaient en effet pleinement conscients des risques et incertitudes au moment de l'acquisition de la propriété. Il remarqua toutefois que les demandeurs avaient une attente légitime selon laquelle, si le risque se matérialisait, le prix d'achat de la propriété leur serait au moins rendu. Le tribunal considéra donc que le non

remboursement par la Roumanie du prix d'achat aux demandeurs constituait une violation de la norme TJE du TBI.

Les dommages

Le tribunal accorda aux demandeurs environ 7,5 millions d'euros à titre d'indemnisation pour la violation de la norme TJE dans le différend Rodipet, et environ 147 000 € pour la violation dans le différend Casa Bucur. Ces deux montants provenaient de documents attestant des coûts non récupérables investis par les demandeurs. En plus, le tribunal condamna également la Roumanie à rembourser 1 million USD aux demandeurs pour couvrir une partie de leurs frais juridiques, et accorda également aux demandeurs 482 000 € soit la moitié de la somme investie pour accéder à des documents saisis par le gouvernement. Tous les autres facteurs d'indemnisation présentés par les demandeurs, notamment les pertes de profits et d'éventuelles ventes à venir, ont été rejetés par le tribunal.

Remarques : Le tribunal était composé de Piero Bernardini (président nommé sur accord des coarbitres, de nationalité italienne), de Hamid Gharavi (nommé par les demandeurs, de nationalité française et iranienne), et de Rudolf Dolzer (nommé par le défendeur, de nationalité allemande). La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4208.pdf>.

Un tribunal conclut à un abus de procédure dans la restructuration de l'entreprise du demandeur ; le Pérou recouvre ses coûts

Renée Rose Levy and Grencitel S.A. c. la République du Pérou, Affaire CIRDI n° ARB/11/17
Martin Dietrich Brauch

Dans une décision du 9 janvier 2015, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rejeté le recours de Renée Rose Levy (une citoyenne française) et de Grencitel S.A. (Grencitel) contre le Pérou pour des raisons de compétence. Le tribunal a conclu que la restructuration de l'entreprise menée à bien par les demandeurs était un abus de procédure, puisque son seul objectif était d'obtenir accès à l'arbitrage contre le Pérou au titre du Traité bilatéral d'investissement France-Pérou (TBI).

Les faits

Morro Solar est un site historique du Pérou, protégé par la loi péruvienne depuis 1977. En 1995, le Groupe Levy a acheté des terres autour de Morro Solar pour y développer le projet touristique et immobilier Costazul. Entre 2003 et 2004, les terres et les droits relatifs au projet ont été consolidés au sein du demandeur Grencitel, une entreprise du Groupe Levy enregistrée au Pérou.

En 2001, le Groupe Levy a soumis à l'Institut national péruvien de la culture (INC) une proposition pour la délimitation historique de Morro Solar. L'INC décida en 2003 qu'il n'y avait aucune raison de lever le statut de protection du site, et demanda au Groupe Levy de soumettre un projet pour la prospection et l'excavation de ses terres, soulignant que tout projet de développement urbain était assujéti à l'approbation de l'INC.

L'INC créa également une commission chargée d'étudier la délimitation du site de Morro Solar. Les études furent conclues par un rapport en 2005, et par une résolution en 2007 fondée sur le rapport et formalisant les limites du site. Tout juste un jour avant l'émission de la résolution en 2007, le contrôle direct de Grencitel a été transféré à la

demanderesse, Mme Levy.

Levy et Gremcitel présentent un recours au titre du TJE

La résolution de 2007 imposait aux terres de Mme Levy et de Gremcitel un statut d'intangibilité qui n'existait pas auparavant, frustrant ainsi leurs attentes légitimes de développer le projet Costazul. Ils ont entamé un arbitrage en mai 2011, alléguant que le Pérou avait violé la norme de traitement juste et équitable (TJE) au titre du TBI et réclamaient des dommages évalués par leur expert à 41 milliards USD.

Le statut d'investisseur des demandeurs au moment où le différend est survenu

La première objection du Pérou à la compétence du tribunal était que les demandeurs n'avaient pas démontré qu'ils étaient des « investisseurs » au sens du TBI et de la Convention du CIRDI lorsque les événements au cœur du différend se sont produits. Le tribunal considéra que « pour que le tribunal ait compétence sur une violation des normes substantives du présent Traité, celui-ci doit être en vigueur et le citoyen ou l'entreprise doit avoir déjà réalisé son investissement au moment de la violation alléguée » (para. 146). Le Pérou a également affirmé que « la date à retenir est la date à laquelle l'État a adopté la mesure contestée, même lorsque celle-ci représente le point culminant d'un processus ou d'une série d'événements » (para. 146). Fixant la date à retenir comme étant celle de la publication de la résolution de 2007, le tribunal considéra que Mme Levy (en tant que citoyenne française) et Gremcitel (alors directement contrôlée par Mme Levy) satisfaisaient tous deux aux prescriptions personnelles et temporaires de « l'investisseur ».

Un abus de procédure empêche le tribunal d'établir sa compétence

Le Pérou arguait que le contrôle de Gremcitel avait été transféré à Mme Levy compte tenu de sa nationalité française, dans le seul but de permettre au Groupe Levy de présenter un recours au titre du traité dans le cadre d'un différend « existant ou prévisible, et par ailleurs purement national » (para. 85). Le Pérou s'opposa à la compétence du tribunal au motif qu'il s'agissait d'un abus de procédure.

Le tribunal considéra qu'une restructuration d'entreprise dans le but d'obtenir les bénéfices d'un traité n'est en soi pas illégitime. Cependant, le faire pour invoquer les protections au titre d'un traité peut constituer un abus de procédure si un différend spécifique futur est « prévisible [...] et présente de fortes probabilités, et pas simplement une possible controverse », conformément au test de l'affaire *Pac Rim c. El Salvador* (para. 185). Il se rangea du côté des demandeurs et convint que l'on ne pouvait préjuger d'un abus de droits, mais qu'il fallait pour cela des critères élevés, ne pouvant être satisfaits que par « des circonstances tout à fait exceptionnelles », comme au titre de l'affaire *Chevron and Texaco c. Venezuela* (para. 186). Il s'inspira ensuite de l'affaire *Mobil c. Venezuela* et prit en compte « toutes les circonstances de l'affaire » (para. 186) pour déterminer si le différend était « prévisible et présentait de fortes probabilités » lorsque Mme Levy a obtenu le contrôle de Gremcitel.

Pour le tribunal, il ne faisait aucun doute que le transfert « hâtif » des parts de Gremcitel à Mme Levy réalisé la veille de l'émission de la résolution de 2007 n'était pas une coïncidence. Le tribunal était convaincu que les demandeurs – grâce à un agent en lien avec l'INC – avaient connaissance du contenu du rapport de 2005 et pouvaient prévoir que les limites du site seraient formalisées en 2007.

Les demandeurs expliquèrent que le transfert des parts était

le fruit d'une décision familiale d'internationaliser le projet. Toutefois, le tribunal « ne voyait pas comment le transfert des parts à un membre de la famille de nationalité étrangère pourrait internationaliser le projet » ; il se rangea plutôt du côté du Pérou et détermina que la seule intention motivant le transfert était d'internationaliser « le différend national en devenir » afin de gagner accès à l'arbitrage du CIRDI (para. 191).

En outre, le tribunal qualifia d'« extrêmement grave » la tentative des demandeurs de démontrer grâce à des documents « peu fiables, voire complètement trompeurs » que Mme Levy était devenue une actionnaire indirecte de Gremcitel dès 2005 (para. 194). Lors de l'audience, un notaire publique a admis qu'à deux reprises, à la demande des demandeurs, elle avait modifié les dates des documents notariés portant sur le transfert des parts. Les demandeurs ont par la suite utilisé ces mêmes documents pour tenter d'établir la compétence du tribunal. Selon le tribunal, « le comportement manipulateur [des demandeurs] jetait un voile sombre sur leurs actions » (para. 194).

Compte tenu des circonstances, le tribunal détermina que la restructuration faisant de Mme Levy l'actionnaire majoritaire de Gremcitel était un abus de procédure, empêchant le tribunal d'établir sa compétence. Au vu des doctrines d'économie judiciaire, il détermina également qu'il n'était pas nécessaire d'aborder la troisième objection juridictionnelle du Pérou, selon laquelle les demandeurs n'avaient pas réalisé « d'investissement » puisqu'ils ne pouvaient démontrer qu'ils avaient le droit de développer le projet Costazul, et n'avaient pas réalisé de contributions financières ni pris de risque.

Le Pérou obtient une décision sur les coûts

Puisqu'il s'est prononcé sur un abus de procédure contre les demandeurs, le tribunal les condamna à payer tous les coûts de la procédure, notamment les honoraires des arbitres.

Les dépenses et frais juridiques des demandeurs représentaient plus de 1,5 millions USD, et ceux du Pérou environ 5,3 millions USD. Pour le tribunal, cet écart montrait que les demandeurs avaient tenté de minimiser leurs coûts, et pas le Pérou. Il ordonna aux demandeurs de contribuer au règlement des frais et dépenses du Pérou à hauteur de 1,5 millions USD – soit le montant de leurs propres frais.

Remarques : Le tribunal du CIRDI était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (présidente, nommée par le président du conseil administratif, de nationalité suisse), d'Eduardo Zuleta (nommé par les demandeurs, de nationalité colombienne) et de Raúl E. Vinuesa (nommé par le défendeur, de nationalité espagnole et argentine). La décision est disponible sur https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC5652_En&caselId=C1640.

Un tribunal de la CNUDCI reconnaît un déni de justice de la part des tribunaux indonésiens, mais rejette la demande de dommage et intérêt du demandeur pour cause de méconduite

Hesham T. M. Al Warraq c. la République d'Indonésie, CNUDCI

Marquita Davis

Dans une décision du 15 décembre 2014, un tribunal de la CNUDCI a reconnu un déni de justice dans les procédures pénales indonésiennes par contumace contre Hesham T. M. Al Warraq, un citoyen saoudien.

Bien qu'elle ait déterminé que l'Indonésie avait violé ses obligations de traitement juste et équitable (TJE) au titre de

l'accord d'investissement de l'Organisation de la Conférence islamique (l'Accord de l'OCI), la majorité du tribunal jugea que le recours de Warraq pour expropriation n'était pas recevable car il avait violé son obligation de respecter les lois indonésiennes au titre de l'Accord de l'OCI. Le tribunal rejeta les demandes reconventionnelles de l'Indonésie sur le fond, et ordonna aux parties de payer leurs propres frais juridiques et de se partager les coûts de l'arbitrage.

Le contexte

En 2004, Warraq est devenu le seul actionnaire de First Gulf Asia Holdings Limited (FGAH), une entreprise des Bahamas qui avait acquis des parts dans trois banques indonésiennes qui ont plus tard fusionné pour former Bank Century. Au moment de l'arbitrage, FGAH détenait des parts dans Bank Century à hauteur d'environ 14 millions USD.

En octobre 2008, Bank Century connu des problèmes de liquidités. Warraq, en tant qu'actionnaire majoritaire, et d'autres actionnaires signèrent une lettre d'engagement auprès de Bank Indonesia, la banque centrale indonésienne, pour réaliser des stratégies de redressement. En novembre 2008, Bank Century a demandé un soutien de trésorerie à Bank Indonesia, qui a approuvé le renflouement de Bank Century et a placé la banque sous « surveillance spéciale », puis sous administration de l'agence indonésienne de garantie des dépôts bancaires.

Plusieurs enquêtes ont été lancées pour examiner les recours publics portant sur la légalité du sauvetage financier. Bank Indonesia dénonça Warraq à la police nationale pour irrégularités bancaires. Warraq et d'autres ont alors fait l'objet d'une enquête pénale portant sur l'effondrement de Bank Century. Un mandat pour l'arrestation de Warraq a été émis en décembre 2008, et en mars 2010, il a été accusé de fraude bancaire, de mauvaise gestion et de transfert illégal de fonds bancaires. Il ne s'est pas rendu dans le pays pour les procédures, craignant de ne pas recevoir un procès équitable. Son procès a été mené en son absence, il a été reconnu coupable de plusieurs crimes le 16 décembre 2010, et environ 230 000 USD ont été saisis sur ses actifs. Warraq a lancé l'arbitrage le 1^{er} août 2011.

Warraq est reconnu comme « investisseur » au titre de l'Accord de l'OCI

Warraq arguait que, puisqu'il détenait FGAH et était citoyen saoudien, il pouvait être considéré comme un investisseur, tandis que l'Indonésie avançait que l'Accord de l'OCI ne protège que les « investissements directs ». Considérant que l'Accord de l'OCI n'exige pas explicitement des investisseurs qu'ils détiennent directement un capital, le tribunal convint que Warraq pouvait être considéré comme un investisseur « grâce à sa propriété indirecte de Bank Century par le biais de FGAH » (para. 517).

Le tribunal rejette l'argument selon lequel le sauvetage de 2008 constituait une expropriation

Le tribunal a ensuite examiné l'argument selon lequel le sauvetage financier de Bank Century par Bank Indonesia et la participation passive subséquente de celle-ci dans Bank Century équivalait à une expropriation de l'investissement de Warraq. Se rangeant du côté de l'Indonésie, le tribunal considéra que Warraq avait pleinement connaissance des termes du sauvetage et les avait acceptés, et maintenait le contrôle des parts qu'il détenait avant le sauvetage. Le tribunal considéra ensuite que l'Indonésie avait toute discrétion et autorité pour lancer une procédure de sauvetage financier.

Bank Indonesia n'a pas été négligente dans sa supervision de Bank Century

Warraq arguait que la supervision négligente de Bank Century par Bank Indonesia équivalait à une expropriation. Soutenu par la déclaration de l'expert indonésien selon laquelle les lacunes dans la supervision n'atteignaient pas le niveau de la négligence, le tribunal rejeta cet argument, considérant que Bank Indonesia avait « fait preuve de suffisamment de diligence dans ses activités de supervision » (para. 538).

Les recours fondés sur les attentes légitimes et sur la sécurité et la protection adéquates sont rejetés

Warraq a formulé un recours fondé sur ses attentes légitimes relatives à la supervision de Bank Century par Bank Indonesia. Le tribunal a rejeté ce recours déclarant que le devoir fondamental de diligence de Bank Indonesia était envers les déposants, et non envers les investisseurs de portefeuille tels que Warraq.

Il rejeta également le recours selon lequel l'Indonésie avait violé son obligation de fournir « une sécurité et protection adéquates » pendant le sauvetage et la supervision de Bank Century. Le tribunal affirma que le pays hôte n'avait que l'obligation de fournir « une mesure raisonnable de protection, qu'un gouvernement bien géré serait tenu de fournir dans des circonstances similaires » (para. 635), et que l'Indonésie avait respecté cette obligation.

Finalement, il rejeta le recours de Warraq selon lequel l'Indonésie avait violé cette obligation de fournir une sécurité et protection adéquates en violant ses droits à un procès équitable, car il considéra que cette protection ne s'appliquait qu'aux « investissements » et non pas aux « investisseurs ».

Le tribunal rejette l'argument selon lequel l'Accord de l'OCI donne à l'investisseur le droit à un procès équitable

L'article 10 de l'Accord de l'OCI précise les « droits élémentaires » des investisseurs. Le demandeur argua que cela incluait les « droits fondamentaux » et les « droits humains, civils et politiques codifiés dans le droit international » (para. 519), y compris le droit à un procès équitable au titre de l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP).

Le tribunal détermina que ces « droits élémentaires » faisaient référence aux « droits de propriété de base » liés à la propriété, à l'utilisation, au contrôle et à la jouissance de l'investissement. Il remarqua toutefois qu'il réexaminerait la question lors de l'examen du recours fondé sur le TJE.

La disposition TJE importée grâce à la clause NPF

Bien que l'Accord de l'OCI contienne une disposition TJE, Warraq a cherché à importer l'obligation TJE contenue dans le TBI Royaume-Uni-Indonésie en invoquant la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) contenue dans l'Accord de l'OCI. L'Indonésie rétorqua que la disposition NPF ne s'appliquait que dans le contexte de la même activité économique et que les deux traités abordaient des activités différentes. Le tribunal importa la clause TJE, considérant que l'objet et le but de l'Accord de l'OCI, tel que souligné dans le préambule, était la promotion et la protection des investissements, qui confèrent un large éventail de droits aux investisseurs.

Le TJE et le PIDCP

Le tribunal souligna que les États n'ont aucune obligation

au titre du droit international de fournir un « système juridique parfait, mais [ont l'obligation] de fournir un système juridique où les erreurs majeures sont évitées ou réparées » (para. 620). Il souligna que les critères pour déterminer un déni de justice étaient élevés et déclara qu'un déni de justice constitue une violation de la norme TJE. Selon le tribunal, le PIDCP était un outil pertinent pour mesurer le degré de conformité des tribunaux indonésiens aux normes internationales relatives à la régularité de la procédure, et pour déterminer s'il y avait eu ou non déni de justice. Pour ce faire, et sans s'attarder sur les éléments de la norme TJE elle-même, le tribunal se basa largement sur le PIDCP, qu'il interpréta comme contenant des obligations juridiquement contraignantes pour l'Indonésie en tant qu'État partie. Il détermina également que, au-delà des dispositions explicites, le PIDCP incluait un principe général contraignant de « bonne foi » pour les États.

Le tribunal affirma que « toute personne accusée d'un délit pénal dispose d'un droit fondamental sans restriction à être présent lors de son procès et à se défendre » au titre du PIDCP (para. 564), mais considéra qu'un procès par contumace ne constituait pas une violation systématique du PIDCP. Il considéra que Warraq n'avait pas été correctement informé des accusations pénales ou de sa condamnation, n'avait pas été interrogé comme suspect, et avait été empêché de nommer un représentant juridique lors de son procès et pendant la procédure d'appel. Aussi, l'Indonésie n'avait pas respecté les mesures fondamentales de sauvegarde établies dans le PIDCP, ce qui constitue un déni de justice en violation du PIDCP.

Le tribunal rejeta les recours de Warraq selon lequel les prétendues demandes de pots-de-vin de la part de représentants indonésiens constituaient une violation du TJE, avançant à la fois un manque de preuves, et un manque de lien entre la supposée conduite de l'État et la dépossession de son investissement.

La violation de l'Accord de l'OCI par le demandeur rend le recours relatif aux dommages irrecevable

L'article 9 de l'Accord de l'OCI exige explicitement des investisseurs qu'ils respectent certaines normes et s'abstiennent de mener des activités illégales.

Le tribunal considéra que Warraq avait commis six types de fraude bancaire et violé son obligation au titre de l'article 9 de ne pas agir de manière « préjudiciable à l'intérêt public » en n'étant pas pleinement conscient de ses obligations au titre du droit indonésien, en tant que membre unique du conseil d'administration de Bank Century.

Invoquant la doctrine des mains sales, la majorité du tribunal considéra que, compte tenu de la violation du droit indonésien par Warraq, il s'était privé de la protection offerte par l'Accord de l'OCI, et que sa demande relative aux dommages était irrecevable. L'un des arbitres n'était pas d'accord puisque, selon lui, les illégalités de l'action de Warraq n'étaient pas liées à l'acquisition de son investissement. Il affirma que Warraq avait droit au remboursement des frais juridiques engagés en lien avec sa condamnation abusive.

Le tribunal affirma sa compétence sur les demandes reconventionnelles, mais les rejeta toutes sur le fond

Au titre d'une autorisation spécifique de l'Accord de l'OCI, le tribunal affirma sa compétence sur les demandes reconventionnelles de l'Indonésie portant sur les fraudes

bancaires supposées commises par Warraq. Bien que ces demandes reconventionnelles fussent étroitement liées à l'investissement ainsi qu'aux recours portant sur le sauvetage financier de la banque, elles n'ont pas dépassé l'étape de l'examen quant au fond car l'Indonésie n'a pas réussi à identifier la responsabilité personnelle de Warraq vis-à-vis de toutes les autres personnes et organisations non parties à l'arbitrage.

Remarques : Le tribunal était composé de Bernardo M. Cremades (président nommé sur accord des coarbitres), de Michael Hwang (nommé par le demandeur), et de Fali S. Nariman (nommé par le défendeur). La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4164.pdf>.

Après que le demandeur ait adressé une notification de retrait de l'arbitrage, la République tchèque obtient une décision portant sur les coûts

Forminster Enterprises Limited (Cyprus) c. la République tchèque, CNUDCI

Joe Zhang

Dans une décision finale du 5 décembre 2014, un tribunal de la CNUDCI détermina que l'investisseur ne pouvait pas unilatéralement mettre fin à la procédure d'arbitrage en retirant sa notification d'arbitrage, et lui ordonna de rembourser à la République tchèque tous les coûts et dépenses liés à la procédure.

Le contexte

Le 9 janvier 2014, le demandeur enregistré à Chypre, Forminster Enterprise Limited (Forminster), a formulé une notification d'arbitrage contre la République tchèque, arguant que le pays avait exproprié l'investissement de Forminster, en violation du traité bilatéral d'investissement République tchèque-Chypre (TBI). La République tchèque a accusé réception de la notification d'arbitrage le 21 janvier.

À peine quelques semaines plus tard, le 6 février, Forminster adressa une notification de retrait d'arbitrage à la République tchèque, précisant vouloir changer de for « pour suivre une autre plan d'action » (para. 14). Forminster prétendait dans le même courrier que, puisque le tribunal arbitral n'avait pas encore été constitué, la procédure devait être classée sans préjudice à réception du courrier.

Le 26 février, la République tchèque a répondu à la notification de retrait d'arbitrage de Forminster en s'opposant au classement de la procédure et se réservait les droits de réclamer le remboursement des coûts.

Un mois plus tard, un tribunal de trois personnes a été constitué au titre du Règlement d'arbitrage de 1976 de la CNUDCI (le Règlement de la CNUDCI).

Le 10 juillet, la République tchèque a présenté sa première et unique soumission, demandant au tribunal de classer la procédure et de lui octroyer le remboursement intégral de ses coûts et dépenses liés à la procédure.

Dans sa soumission du 11 août, Forminster argua que la procédure aurait dû être classée dès réception de sa notification de retrait d'arbitrage soit du fait de la notification elle-même, ou du fait que la procédure était devenue « inutile » au sens de l'article 34(2) du règlement de la CNUDCI. Il argua en outre qu'aucun remboursement ne devait être accordé au défendeur.

Puisqu'aucune des parties ne contestaient les faits à l'origine du différend, le tribunal limita le fond de

l'arbitrage à la clôture de la procédure et à la demande de remboursement de la République tchèque.

La clôture unilatérale d'une procédure est inacceptable

Le tribunal rejeta d'abord l'argument de Forminster selon lequel il avait le droit de clôturer unilatéralement la procédure d'arbitrage en adressant une notification de retrait de la demande d'arbitrage avant ou en l'absence de la constitution d'un tribunal arbitral. Le tribunal considéra qu'un tel argument autoriserait Forminster à tourner le dos à la demande de remboursement du défendeur, résultat jugé « inacceptable à tous points de vue » (para. 70).

Bien qu'il ait reconnu que le règlement de la CNUDCI autorisait un tribunal à clôturer la procédure lorsque celle-ci est jugée « inutile », le tribunal refusa d'appliquer une telle disposition car il considérait que le défendeur avait encore « un intérêt légitime à faire reconnaître le remboursement des coûts » (para. 77) et que la procédure ne pouvait être clôturée avant que cette question ne soit tranchée.

La demande de remboursement des coûts de la République tchèque

Le tribunal reconnu sa compétence pour trancher la question du remboursement des coûts, sur laquelle la République tchèque avait réservé ses droits au moment opportun et présenté plus tard. Il détermina ensuite que le pays avait engagé des frais importants compte tenu de la non poursuite par Forminster de son recours après avoir adressé une notification d'arbitrage. Aussi, le tribunal déclara que la République tchèque avait le droit d'obtenir une décision sur ces coûts.

Les frais réclamés par la République tchèque avaient été partiellement engagés avant 2014, dans le cadre d'une demande préalable de Forminster. Le tribunal rejeta cette partie des frais, puisque la République tchèque ne pouvait démontrer leur lien avec la procédure de 2014. Il accorda toutefois au pays le remboursement des frais restants, car il considéra que « l'équité exige que le montant des frais accordé au défendeur pour l'année 2014 ne [doit] être réduit davantage au motif que le défendeur n'avait réussi à recouvrir aucun des coûts [engagés au cours des années précédentes] ».

Le remboursement accordé à la République tchèque représentait environ 12 700 € pour les frais de représentations internes et externes, et 20 000 € pour les frais d'arbitrage, payés d'avance. Le tribunal indiqua que, pour l'étude du dossier et l'élaboration de trois ordonnances de procédure et d'une décision finale, les trois arbitres avaient passé en tout 80 heures sur l'affaire.

Le tribunal n'appliqua toutefois pas le taux horaire de 400 € précédemment fixé (para. 22), qui aurait donné lieu à un coût total de 32 000 € pour l'arbitrage. Il alloua plutôt 8 000 € au président du tribunal, et 6 000 € à chacun des arbitres nommés par les parties, indiquant que la totalité des 20 000 € payés d'avance avaient été dépensés.

Remarques : Le tribunal était composé de Paolo Michele Patocchi (président nommé sur accord des coarbitres), de Martin Hunter (nommé par le demandeur), et d'August Reinisch (nommé par le défendeur). La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4109.pdf>.

Le recours d'un investisseur allemand contre les Philippines portant sur la concession pour l'aéroport de Manille auprès du CIRDI échoue pour la seconde fois

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. la République des Philippines, Affaire CIRDI n° ARB/11/12 Matthew Levine

Un deuxième tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a atteint la phase de la sentence dans un long différend opposant une entreprise multinationale allemande, Fraport, à la République des Philippines.

Le tribunal du CIRDI a déterminé que des illégalités liées à l'investissement initial de Fraport entraînaient un défaut de compétence matérielle (*ratione materiae*) au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Allemagne-Philippines de 1997. Dans le même temps, le tribunal a décliné sa compétence sur les demandes reconventionnelles portant sur les actes présumés de corruption et de fraude de Fraport.

Le tribunal a ordonné à Fraport de payer 5 millions USD aux Philippines pour ses frais et coûts de représentation, en application partielle du principe selon lequel la partie qui succombe est condamnée aux dépens.

Le contexte

Au début des années 1990, le gouvernement philippin du Président Ramos a décidé de construire un troisième terminal pour passer à l'aéroport principal de Manille. Un groupe d'entreprises locales a remporté le marché et créé Philippines International Air Terminals Co., Inc. (PIATCO) pour la signature du contrat de concession.

Opérateur aéroportuaire expérimenté, Fraport a acheté des parts de PIATCO et d'un ensemble d'entreprises philippines détenant des parts de PIATCO en 1999. Entre 2001 et 2002, la relation entre PIATCO et le gouvernement s'est dégradée. En novembre 2002, alors que la construction du nouveau terminal touchait à sa fin (d'après Fraport), le Président d'alors, Macapagal-Arroyo, annonça que l'accord de concession était juridiquement nul et ne serait pas honoré. Par la suite, la Cour suprême des Philippines a déclaré que la concession était invalide dès le départ. Conformément aux procédures d'expropriation nationales, un tribunal a transféré la propriété au gouvernement, qui a commencé à opérer le nouveau terminal en 2008. La procédure nationale visant à fixer le montant de l'indemnisation est toujours en cours.

En 2007, un premier tribunal du CIRDI avait rejeté le recours de Fraport au titre du TBI Allemagne-Philippines déterminant que l'entreprise avait contourné une loi nationale (en l'espèce la loi « anti-dummy »). En 2010, un comité ad hoc du CIRDI a cependant annulé la décision de 2007.

Suite à l'annulation de la sentence de 2007, Fraport a décidé de présenter une nouvelle demande d'arbitrage au CIRDI en 2011.

L'admission est un prérequis de l'investissement

Les Philippines se sont opposées à la compétence du tribunal au motif que les activités de Fraport n'avaient pas été acceptées conformément au droit national et donc ne pouvaient être considérées comme un investissement au titre du TBI.

L'article 1(1) du TBI définit « l'investissement » comme « tout type d'actif accepté conformément aux lois et réglementations respectives de l'un ou l'autre des États contractants ». Si Fraport a essayé d'arguer que ce

libellé devait être interprété comme étant une « clause d'admission », le tribunal l'a considéré comme « une condition juridique ». Le tribunal a ensuite pris note de l'affaire *EDF International et autres c. Argentine* et remarqué que : « Même en l'absence de la prescription explicite de légalité qui existe ici, il serait tout de même approprié d'examiner la légalité de l'investissement. Comme d'autres tribunaux l'ont remarqué, il existe un principe international de plus en plus répandu selon lequel les recours juridiques internationaux ne sont plus disponibles pour les investissements illégaux, en tous cas lorsque l'illégalité concerne le fond-même de l'investissement » (para. 332).

L'investissement n'est pas admis pour cause de violation du droit national

Les Philippines ont avancé avec succès que les accords qu'avait utilisés Fraport pour investir dans PIATCO et ses filiales violaient une loi nationale. Cette loi de lutte contre le faux interdit toute intervention étrangère dans la gestion, l'opération, l'administration ou le contrôle d'un service public ; cependant, les accords d'achat des parts de Fraport précisent que les actionnaires philippins de PIATCO devraient dans certaines circonstances agir sur les recommandations de Fraport. Le tribunal a reconnu que ces accords violaient la loi nationale et que Fraport n'avait pas été « admis » conformément à l'article 1(1) du TBI. Il n'y avait donc pas d'investissement aux fins de la compétence du tribunal.

Fraport a suggéré sans succès que ces accords d'achat de parts ne représentaient que de simples « prévisions » d'intervention dans la gestion, l'opération, l'administration ou le contrôle de PIATCO et qu'une telle prévision n'était pas suffisante pour que le tribunal détermine une violation du droit national. Fraport déclara également avoir amendé les accords d'achat des parts qui posaient problèmes, mais le tribunal déterminait que la violation originale du droit ne pouvait être rectifiée dans le droit national. Finalement, le tribunal rejeta l'argument selon lequel Fraport s'était contenté de se reposer de bonne foi sur l'expertise de juristes locaux. Le tribunal remarqua plutôt que l'entreprise était consciente de l'illégalité des accords et avait tout de même choisi de prendre le risque.

Les allégations de corruption et de fraude ne sont pas étayées

Le tribunal examina également si la compétence était amoindrie et si le recours était admissible compte tenu des actes de corruption et de fraude de Fraport. Il considéra que, compte tenu qu'il est très difficile de prouver la corruption sur la base de preuves directes, des preuves circonstancielles pourraient être examinées, mais elles doivent être claires et convaincantes pour que l'on puisse raisonnablement croire que les faits, tels qu'avancés, se sont produits. En l'espèce, après examen des soumissions et preuves sous-jacentes, le tribunal n'était pas convaincu que les critères étaient satisfaits.

Pas de compétence sur les demandes reconventionnelles

Les Philippines ont formulé douze demandes reconventionnelles, principalement fondées sur le fait que le parachèvement tardif du nouveau terminal était imputable à Fraport ou à PIATCO. Le pays argua que la référence à « tous types de divergences [...] relatives à un investissement » dans l'article 9 du TBI représente le consentement des parties à l'arbitrage des demandes reconventionnelles. Il argua ensuite que le lien factuel étroit entre le recours original et les demandes reconventionnelles

signifie que ces dernières découlaient directement de l'aspect matériel du différend aux fins de la règle 40(1) du règlement d'arbitrage du CIRDI.

Après avoir déterminé qu'il n'avait pas compétence sur le recours de Fraport, le tribunal considéra toutefois qu'il n'avait pas compétence sur les demandes reconventionnelles du défendeur, compte tenu du lien nécessaire avec le fond du différend, conformément à l'article 46 de la Convention du CIRDI.

Le principe selon lequel la partie qui succombe est condamnée aux dépens est approprié dans une certaine mesure

Le tribunal remarqua que si traditionnellement les parties à un arbitrage en matière d'investissement payaient leurs propres frais juridiques et partageaient les coûts de l'arbitrage, plusieurs affaires se sont éloignées de ce principe et ont condamné aux dépens la partie qui succombe. En l'espèce, il considéra que l'application de ce principe était appropriée dans une certaine mesure, et a ordonné Fraport de payer 5 millions USD pour couvrir les frais et coûts du défendeur.

Remarques : Le tribunal était composé de Piero Bernardini (président nommé sur accord des parties, de nationalité italienne), de Stanimir A. Alexandrov (nommé par le demandeur, de nationalité bulgare), et d'Albert Jan van den Berg (nommé par le défendeur, de nationalité hollandaise). La décision finale du 10 décembre 2014 est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4114.pdf>.

Auteurs

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

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

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

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

ressources et évènements

Ressources

Guide de l'IISD sur la négociation des contrats miniers à l'intention des pays en développement, Volume I : Le succès se prépare

Par Howard Mann, publié par l'Institut international pour le développement durable, avril 2015

Conscient de la nécessité de mettre à la disposition des pays en développement un outil pour les guider dans la négociation de contrats d'investissement avec les entreprises minières, ce guide cherche à aider les représentants gouvernementaux à identifier leurs besoins et objectifs, et à se préparer à négocier efficacement, afin de retirer un maximum de bénéfice de l'exploitation minière. Ce travail distille l'expérience de l'auteur et de ses collègues dans l'élaboration et la fourniture de programmes de formation, de modèles de contrat, et dans l'examen des bonnes pratiques internationales dans les pays en développement et avec des institutions internationales. La première partie, l'introduction, présente l'orientation et la structure du guide. Le principal objectif de la deuxième partie, qui porte sur le contexte juridique, est de montrer comment les contrats miniers s'insèrent dans le contexte juridique de trois sources de droits régissant les grands investissements miniers : la législation nationale, les traités d'investissement et les contrats miniers. La deuxième partie examine également les liens entre le guide et le Modèle de convention d'exploitation minière (MMDA) de l'Association internationale du barreau (AIB). La troisième partie, qui porte sur la transition d'un paradigme gagnant-perdant vers un paradigme gagnant-gagnant, aborde l'évolution des hypothèses, telles que la reconnaissance de la nécessité d'obtenir un permis social ou moral d'exploiter et la légitimité des besoins et des objectifs des communautés. La quatrième partie présente les principales étapes de préparation des négociations, notamment : estimer la valeur économique réelle de la ressource et du projet envisagés, identifier les besoins et les opportunités du pays en développement vis-à-vis du projet spécifique, préciser le rôle de la législation nationale, se préparer aux négociations à l'interne (stratégie, objectifs, buts), développer les compétences de l'équipe de négociation, gérer le processus de négociation avec l'entreprise, et gérer les aspects politiques. Disponible en anglais sur <https://www.iisd.org/publications/iisd-handbook-mining-contract-negotiations-developing-countries-volume-1>.

Résistance et changements dans le droit international régissant l'investissement étranger

Par M. Sornarajah, publié par Cambridge University Press, avril 2015

Depuis les années 1990, des conflits résultants d'intérêts divergents ont émergés dans le droit international régissant l'investissement étranger. La philosophie néolibérale garantissait une promotion stricte de l'investissement par le biais d'un réseau de traités d'investissement interprétés très largement. Toutefois, des ONG engagées en faveur de questions précises comme les droits humains ou l'environnement, se sont élevées contre cette protection stricte de l'investissement. La montée en puissance d'arguments contre la fragmentation du droit international a également affecté le développement du droit des investissements comme régime autonome. Ces facteurs ont conduit certains États à renoncer au système de l'arbitrage, et d'autres à créer de nouveaux traités qui limitent la protection stricte de l'investissement. Le système de protection de l'investissement fondé sur les traités s'est donc affaibli, et les changements sont devenus inévitables. Mettant en lumière les changements découlant des résistances face à un système aux fondements néolibéraux, la présente étude se penche sur les développements récents en la matière. L'ouvrage remet dans leur contexte politique les changements intervenant dans le droit international des investissements en réponse à cette résistance, explique la rapidité de ces changements à la lumière des théories économiques et leur

disparition progressive lorsque ces théories échouent, et souligne l'importance du rôle du droit en tant que pourvoyeur de pouvoir et de théorie économique. Disponible sur <http://www.cambridge.org/us/academic/subjects/law/private-law/resistance-and-change-international-law-foreign-investment>.

L'investissement étranger et l'environnement dans le droit international

Par Jorge E. Viñuales, publié par Cambridge University Press, avril 2015

Les conflits entre le droit régissant l'investissement étranger et le droit de l'environnement sont de plus en plus fréquents. D'une part, l'accroissement des réglementations environnementales pose d'importants problèmes aux investisseurs étrangers dans différents secteurs. D'autre part, l'explosion des procédures d'arbitrage en matière d'investissement fait prendre conscience aux États des risques élevés de litiges associés à l'adoption de réglementations environnementales. Cette étude des relations entre ces deux domaines du droit adopte une double perspective politique et pratique. Elle identifie les principaux défis auxquels les États, les investisseurs et leurs conseillers juridiques font face et résultant des éventuelles tensions entre le droit des investissements et le droit environnemental, et propose une analyse détaillée de toutes les questions juridiques clés, fondée sur une étude complète de la jurisprudence des tribunaux statuant en matière d'investissement, des cours et organes des droits de l'homme, de la Cour internationale de justice (CIJ), de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), du Tribunal international du droit de la mer (ITLOS), de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et d'autres mécanismes d'arbitrage. Cet ouvrage n'analyse pas seulement la jurisprudence internationale en matière d'investissement, mais également les affaires ayant fait l'objet d'un jugement par différents tribunaux, cours et organes. Finalement, il présente un compte-rendu équilibré et fiable de la situation actuelle du droit, évitant tout militantisme et distinguant le droit dur des évolutions progressistes. Disponible sur <http://www.cambridge.org/us/academic/subjects/law/public-international-law/foreign-investment-and-environment-international-law>.

Évènements en 2015

27 mai

RDIE : la marche à suivre - séminaire conjoint de l'AIA, de l'Institut d'arbitrage de la CCS et de l'Agence bruxelloise de diplomatie, Vrije Universiteit Brussel, Bruxelles, Belgique, <http://sccinstitute.com/media/56088/isds-a-way-forward-pdf.pdf>

2-3 juin

Forum 2015 de l'OCDE : Investir dans l'avenir : société, durabilité, prospérité, OCDE, Paris, France, <http://www.oecd.org/forum>

8-19 juin

Programme de formation des cadres sur les industries extractives et le développement durable, Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2013/12/14/executive-training-program-on-extractive-industries-and-sustainable-development>

10 juillet

Table ronde d'experts sur le droit international des investissements et le développement durable, Université Panthéon-Assas, Paris, France, <http://cred.u-paris2.fr/investmentlaw2015>

13-17 juillet

Formation des cadres sur l'arbitrage en matière d'investissement pour les représentants gouvernementaux, Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2013/12/12/executive-training-on-investment-arbitration-for-government-officials>



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

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

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

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

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