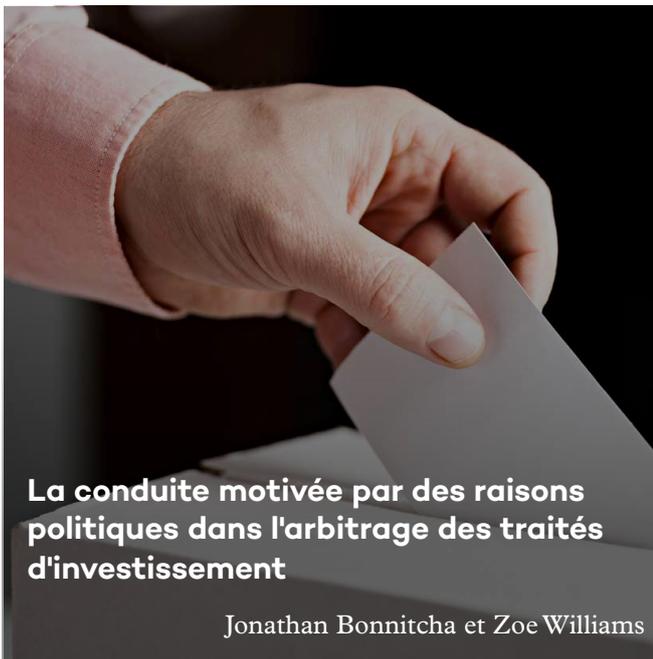




UN JOURNAL EN LIGNE SUR LE DROIT ET LA POLITIQUE DES INVESTISSEMENTS DANS LA PERSPECTIVE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

NUMÉRO 1. VOLUME 10. AVRIL 2019



La conduite motivée par des raisons politiques dans l'arbitrage des traités d'investissement

Jonathan Bonnitcha et Zoe Williams



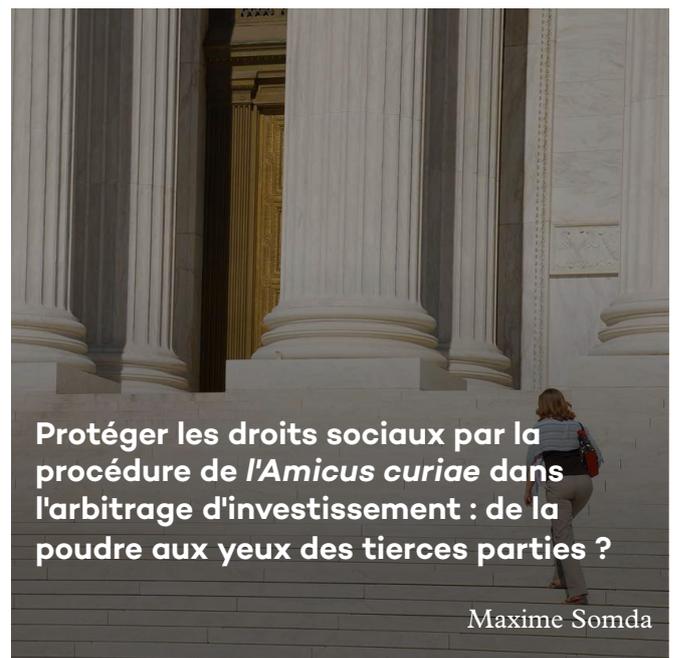
Phase 2 de l'examen du RDIE par la CNUDCI : pourquoi les « autres questions » importent vraiment

Jane Kelsey, David Schneiderman et Gus Van Harten



Renforcement de la question de la protection de l'environnement en droit international de l'investissement par l'intégration des principes relatifs à la responsabilité civile internationale

Alessandra Mistura



Protéger les droits sociaux par la procédure de *Amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement : de la poudre aux yeux des tierces parties ?

Maxime Somda





Sommaire

ARTICLE 1 La conduite motivée par des raisons politiques dans l'arbitrage des traités d'investissement.....	4
ARTICLE 2 Phase 2 de l'examen du RDIE par la CNUDCI : pourquoi les « autres questions » important vraiment.....	8
ARTICLE 3 Renforcement de la question de la protection de l'environnement en droit international de l'investissement par l'intégration des principes relatifs à la responsabilité civile internationale.....	12
ARTICLE 4 Protéger les droits sociaux par la procédure de l'Amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement : de la poudre aux yeux des tierces parties ?.....	16
NOUVELLES EN BRIEF	19
Les retombées de la décision d'Achmea : 22 États membres européens conviennent de mettre un terme à leurs TBI intra-européens	19
Le Comité économique et social européen recommande d'améliorer et de clarifier les discussions relatives au TMI.....	19
L'avocat général de la CJUE conclut que le SJI est conforme au droit européen, en attente de l'avis définitif de la Cour	20
L'Assemblée générale des Nations Unies adopte une nouvelle convention sur la médiation impliquant les accords de règlement internationaux.....	20
Le nouveau cadre de l'Union européenne pour le filtrage des investissements étrangers entre en vigueur	21
Les ministres du RCEP font le point sur les négociations, et poussent pour une conclusion en 2019	21
Le point sur le CPTPP : l'accord commercial est maintenant en vigueur dans sept parties signataires, et d'autres devraient suivre	21
Les États membres de l'ANASE vont signer un quatrième protocole portant amendement de l'Accord d'investissement global.....	21
L'Australie et l'Indonésie signent un accord de partenariat économique incluant un mécanisme RDIE... ..	22
Le Groupe de travail III de la CNUDCI a tenu sa quatrième session à New York	22
Les discussions relatives à la facilitation de l'investissement ont repris au sein d'un groupe de membres de l'OMC.....	22
SENTENCES ET DÉCISIONS	23
Un tribunal du CIRDI accorde à ConocoPhillips 8,7 milliards USD plus intérêts, dans un différend contre le Venezuela	23
Le Venezuela survit à des recours fondés sur l'expropriation et le TJE présentés par Anglo American au CIRDI.....	25
L'Italie est jugée coupable suite à la modification de sa politique en matière d'énergies renouvelables dans un arbitrage intra-UE.....	27
Un tribunal détermine qu'en l'absence de paiement d'une indemnisation, la Bolivie a exproprié un investissement, mais n'accorde à l'investisseur britannique que les coûts irrécupérables	29
Chypre a légitimement exercé ses pouvoirs de police, et renverse les recours de banquiers grecs auprès du CIRDI.....	32
Chypre repousse le recours pour expropriation présenté par des investisseurs polonais auprès de la CCS portant sur les mesures de sauvetage des banques	33
RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS	36

INVESTMENT TREATY NEWS

Institut international du développement durable
Maison internationale de l'environnement 2
9, Chemin de Balxert, 6e étage
1219, Châtelaine, Genève, Suisse

Tel +41 22 917-8748
Fax +41 22 917-8054
Email itn@iisd.org
Twitter [iisd_news](https://twitter.com/iisd_news)

Directrice du Groupe - Droit et Politique Économique
Nathalie Bernasconi

Traduction Française
Isabelle Guinebault

Rédacteur en Chef
Martin Dietrich Brauch

Traduction Espagnole
María Candela Conforti

Rédactrice, Version Française
Suzy Nikiéma

Attachée de presse et de communication
Sofía Baliño

Rédactrice, Version Espagnole
Marina Ruete

Design (PDF)
PortoDG



LISTE D'ACRONYMES

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



ARTICLE 1

La conduite motivée par des raisons politiques dans l'arbitrage des traités d'investissement

Jonathan Bonnitcha et Zoe Williams



Introduction

Le régime des traités d'investissement accorde aux investisseurs étrangers une protection juridique contre une conduite préjudiciable des États d'accueil dans lesquels ils investissent. Pour déterminer si les États défendeurs ont violé ces traités, les tribunaux internationaux d'arbitrage se prononcent sur un large éventail de mesures gouvernementales découlant de divers processus de prise de décision. Les investisseurs étrangers se sont servis de traités d'investissement pour contester des lois adoptées par des parlements élus de manière démocratique, des réglementations adoptées par des institutions spécialisées à la suite d'un lobbying et des décisions discrétionnaires du pouvoir exécutif visant à répondre à des manifestations populaires ou à des troubles sociaux¹. Ces différends ne concernent pas seulement l'État d'accueil et l'investisseur, mais également toute une série de tiers : citoyens, industries nationales et organisations de la société civile.

À ce jour, les débats publics se sont attachés à déterminer dans quelle mesure les traités d'investissement limitent la capacité des gouvernements à atteindre des objectifs politiques particuliers, tels que la santé publique², la protection de l'environnement³ et la stabilité financière⁴. Ces débats ont fourni des informations importantes, mais ont tendance à présenter les différends relatifs à l'investissement comme des désaccords technocratiques sur les objectifs et l'efficacité des mesures réglementaires. Cette approche néglige d'importantes questions sur la relation entre les traités d'investissement et les processus démocratiques aux niveaux national et infranational⁵. Elle occulte également des questions transversales, notamment le fait que de nombreuses dispositions des traités d'investissement découlent de modifications des priorités politiques liées à des changements de gouvernement ou à des désaccords profonds concernant la répartition des bénéfices et des coûts associés aux investissements⁶.

En revanche, la relation entre le régime des traités d'investissement et la contestation politique intérieure est au cœur du processus de règlement des différends relatifs aux investissements. Une stratégie courante pour les investisseurs étrangers consiste à affirmer que le traitement de l'investissement par l'État d'accueil était motivé par des

¹ Van Harten, G. (2013). *Sovereign choices and sovereign constraints: judicial restraint in investment treaty arbitration*. Oxford : Oxford University Press ; Cotula, L. & Schröder, M. (2017). *Community perspectives in investor-state arbitration*. Série Foncier, Investissements et Droits de l'IIED. Londres : Institut international pour l'environnement et le développement (IIED). Extrait de <http://pubs.iied.org/pdfs/12603IIED.pdf>

² Voir par exemple Vadi, V. (2014). *Public health in international investment law and arbitration*. Londres : Routledge ; Voon, T. & Mitchell, A. D. (2012). Implications of International investment law for plain tobacco packaging: lessons from the Hong Kong-Australia BIT. Dans T. Voon, A. D. Mitchell & J. Liberman (Eds.), *Public health and plain packaging of cigarettes: legal issues* (137-172). Cheltenham, Royaume-Uni : Edward Elgar.

³ Voir par exemple Tienhaara, K. (2009). *The expropriation of environmental governance: protecting foreign investors at the expense of public policy*. Cambridge : Cambridge University Press.

⁴ Voir, par exemple, Tams, C.J., Schill, S.W. et Hofmann, R. (éd.). (2017). *International investment law and the global financial architecture*. Cheltenham, Royaume-Uni : Edward Elgar.

⁵ Parmi les chercheurs qui ont examiné la relation existant entre les traités d'investissement et les processus démocratiques nationaux figure Schneiderman, D. (2010). Investing in democracy? Political process and international investment law. *University of Toronto Law Journal*, 60(4), 909-940; Cotula, L. (2017). Democracy and international investment Law. *Leiden Journal of International Law*, 30(2), 351-382, p. 364.

⁶ Williams, Z. (2016). Risky business or risky politics: what explains investor-state disputes? Thèse de doctorat non publiée (sur fichier).



raisons « politiques ». Par exemple, dans l'affaire *Bilcon c. Canada*, le demandeur a affirmé : « Bilcon aurait dû être en droit de s'attendre à ce que les différentes étapes du processus réglementaire le concernant ne fassent l'objet d'aucune ingérence politique ni de considérations politiques. Cependant, la politique a fait échouer un processus réglementaire généralement sans problème. »⁷ Des dizaines d'autres exemples pourraient être cités⁸. En qualifiant la conduite d'un État de comportement « politique », les investisseurs suggèrent que l'État d'accueil n'a pas su se conformer à un idéal non formulé de prise de décision rationnelle et technocratique.

Ces litiges soulèvent des questions empiriques sur la manière dont les tribunaux arbitraux distinguent les influences légitimes et illégitimes sur le processus décisionnel des gouvernements, et des questions normatives sur la mesure dans laquelle les traités d'investissement devraient protéger les investisseurs étrangers des aléas de la contestation politique intérieure. Dans l'analyse qui suit, nous décrivons comment notre recherche, qui fait partie d'un projet en cours, cherche à répondre à ces questions et souligne certaines des constatations et des conclusions qui ont déjà été dégagées du projet.

Un cadre pour comprendre l'analyse par les tribunaux de la contestation politique intérieure

L'une des difficultés immédiates rencontrées dans la recherche sur le recoupement entre le régime des traités d'investissement et la contestation politique intérieure tient à la portée accordée au mot « politique ». Une loi adoptée par un parlement élu démocratiquement en réponse à l'opinion publique est clairement politique. L'intervention d'un autocrate dans une procédure

pénale nationale visant à garantir l'emprisonnement d'un rival politique est également « politique », bien que dans un sens différent. Cependant, de nombreux investisseurs étrangers et certains tribunaux arbitraux utilisent le mot « politique » comme s'il s'agissait d'un terme fourre-tout, synonyme d'irrégularité dans la prise de décision du gouvernement.

Plusieurs affaires d'arbitrage d'investissement illustrent la variété des influences sur la prise de décision gouvernementale que les investisseurs décrivent comme « politiques ». Dans l'affaire *Yukos c. Russie*, l'investisseur a fait valoir que l'ouverture d'une procédure fiscale à l'encontre de la compagnie pétrolière Ioukos était « motivée par des raisons politiques », en ce sens que cette procédure faisait partie d'une tentative délibérée de destruction d'un opposant politique de premier plan de Vladimir Poutine⁹. Dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, l'investisseur a affirmé que la décision de fermer son installation de traitement de déchets dangereux à la suite de violations présumées des conditions relatives à son permis environnemental était motivée par des « considérations politiques », en ce sens qu'elle était motivée par l'opposition de la communauté locale à la poursuite du fonctionnement de l'installation à son emplacement actuel¹⁰. Dans l'affaire *AES c. Hongrie*, l'investisseur a affirmé qu'un amendement à la Loi sur l'électricité facilitant la re-réglementation de la tarification de l'électricité en Hongrie avait été adopté pour des « raisons politiques », c'est-à-dire motivé par les préoccupations du public concernant les profits excessifs enregistrés par les producteurs d'électricité¹¹.

Plutôt que de proposer notre propre définition d'une conduite motivée par des raisons politiques, nous pensons qu'il est plus productif de commencer par dresser la liste des conduites de l'État que les tribunaux considèrent comme motivées ou influencées par la politique. Notre première étape a consisté à coder toutes les décisions arbitrales accessibles au public qui font apparaître une analyse arbitrale d'une contestation politique intérieure. En utilisant des fonctions de recherche en texte seul, nous avons codé des décisions

⁷ *Bilcon c. Canada*, Affaire CPA n° 2009-04, Mémoire en réponse des investisseurs, 21 décembre 2011, para. 556. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1490.pdf>

⁸ Par ex. *Urbaser c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, Décision du 8 décembre 2016, paragraphe 864. Extrait de https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf; *Stati c. Kazakhstan*, Affaire CCS n° V 116/2010, Décision du 19 décembre 2013, paragraphe 906. Extrait de : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf>; *Karkey c. Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/13/1, Décision du 22 août 2017, paragraphe 208. Extrait de : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9767.pdf>; *Vivendi c. Argentine (II)*, Affaire CIRDI n° ARB/03/19, Décision du 9 avril 2015, paragraphe 5.6.3. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf>; *Pac Rim c. El Salvador*, Affaire CIRDI n° ARB/09/12, Mémoire du demandeur sur le fond et le montant des demandes, 29 mars 2013, paragraphe 381. Extrait de : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1425.pdf>; *von Pezold c. Zimbabwe*, Affaire CIRDI n° ARB/10/15, Décision du 28 juillet 2015, paragraphes 163 et 503. Extrait de https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf

⁹ *Yukos c. Russie*, Affaire CPA n° AA 227, Décision finale, 18 juillet 2014, paragraphe 132. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>

¹⁰ *Tecmed c. Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/02, Décision du 29 mai 2003, paragraphes 42, 127–128. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>

¹¹ *AES c. Hongrie*, Affaire CIRDI n° ARB/07/22, Décision du 23 septembre 2010, paragraphe 9.1.7. Extrait de https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf



juridiques en fonction de l'utilisation de 25 mots-clés différents, tels que « politic- », « democra- », et « elect- », qui indiquent la présence de l'analyse d'un processus politique interne dans l'État d'accueil. De cette manière, nous cherchons à identifier l'ensemble des affaires dans lesquelles les tribunaux arbitraux ont abordé des processus de contestation politique interne.

La deuxième étape de notre projet vise à identifier la diversité des processus de contestation politique interne que les tribunaux ont abordés. Nous observons des variantes dans plusieurs aspects :

- a) **Type de pression ou de motivation** à laquelle réagit l'État d'accueil. Nous faisons la distinction entre la pression populaire exercée par des groupes d'intérêt larges, l'influence de lobbyistes ou de groupes « d'intérêts particuliers »¹², et l'intention consciente et spécifique d'acteurs étatiques de nuire à un investisseur. Ces distinctions sont importantes, car des types de pression différents sont associés à des *objectifs* différents visés par des groupes ou des acteurs ayant des *compositions* différentes.
- b) La « **source** » de l'**intervention étatique** en question, qui peut être le pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire de l'État. Cela est important parce que les différents niveaux adoptent des processus décisionnels distincts et peuvent avoir des priorités et des préférences politiques contradictoires.
- c) La mesure dans laquelle l'intervention s'**adresse à un investisseur individuel ou s'applique de manière indifférenciée**.

Le **secteur** ciblé par la mesure, ainsi que le **niveau de développement** et la **forme de gouvernement** dans l'État d'accueil représentent deux autres aspects potentiellement pertinents. Considérés conjointement, ces différents aspects donnent une image beaucoup plus nuancée du traitement par les tribunaux du processus de décision dans un pays.

Illustration simplifiée de notre cadre (deux aspects indiqués) avec des affaires célèbres

	Pouvoir exécutif	Pouvoir législatif	Pouvoir judiciaire
Pression d'un groupe d'intérêt large	<i>Tecmed c. Mexique</i> <i>Bilcon c. Canada</i> <i>Bivwater c. Tanzanie</i>	<i>AES c. Hongrie</i> <i>Glamis Gold c. États-Unis</i>	<i>AlWarraq c. Indonésie</i>
Pression de groupes d'intérêts particuliers (lobbying; clientélisme)	<i>SD Myers v. Canada</i>	<i>Methanex c. États-Unis</i> (allégation, non prouvée)	
Intention de nuire à l'investisseur	<i>Yukos c. Russie</i> <i>Tokios Tokeles c. Ukraine</i> (allégation, non prouvée)		

Source : préparé par les auteurs.

La troisième étape du projet examine comment les tribunaux évaluent la contestation politique nationale dans différents contextes. Notre analyse préliminaire indique plusieurs tendances intéressantes dans l'attitude des tribunaux face à la contestation politique. Comme on pouvait s'y attendre, les tribunaux semblent considérer le comportement d'un État motivé par une intention consciente de nuire à un investisseur comme une violation des traités d'investissement, dans les cas où cette intention peut être prouvée. Cependant, notre analyse indique également que les différences en termes d'attitudes des tribunaux ne dépendent pas uniquement de la source ou du type de pression politique. Par exemple, en examinant uniquement les cas dans lesquels l'investisseur affirme que le pouvoir exécutif a pris des mesures spécifiques par rapport à l'investisseur en réponse aux pressions exercées par des groupes d'intérêts larges, nous pouvons identifier certains cas dans lesquels des tribunaux ont jugé que l'État d'accueil avait violé le traité d'investissement *en raison* de l'influence de groupes d'intérêts¹³, et d'autres cas

¹² Schattschneider, E. E. (1960). *The semisovereign people: a realist's view of democracy in America*. Boston : Wadsworth, p. 25.

¹³ *Bilcon c. Canada*, Affaire CPA n° 2009-04, Décision concernant la compétence et la responsabilité, 17 mars 2015, paragraphe 505 et 604. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4212.pdf> ; Cf. *Bilcon c. Canada*, Affaire CPA n° 2009-04, Opinion dissidente du professeur Donald McRae, 10 mars 2015, paragraphe 49. Extrait de : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4213.pdf>



dans lesquels le tribunal a estimé que le contexte politique n'était *pas pertinent* pour déterminer s'il y avait eu ou non violation du traité¹⁴.

Implications

En dépit de l'omniprésence d'allégations de conduites à motivation « politique » dans l'arbitrage des traités d'investissement, nos recherches indiquent que les tribunaux manquent à la fois d'une conception cohérente de ce qui constitue une conduite à motivation politique et d'une compréhension cohérente de la pertinence, le cas échéant, de telles motivations pour les décisions relatives aux recours juridiques d'investisseurs étrangers. Notre cadre montre que les vagues références que font les tribunaux aux motivations politiques qui sous-tendent la conduite des États font disparaître des distinctions importantes entre les influences disproportionnées exercées sur différents niveaux du pouvoir. Cela a aussi des implications normatives. Les investisseurs qualifient régulièrement le comportement d'un État de « politique » afin de discréditer le comportement en question. Mais certaines formes de réactivité politique sont à la fois normales et souhaitables dans des sociétés démocratiques. Il est tout à fait approprié que les assemblées législatives démocratiques tiennent compte de l'opinion publique ou que les organes exécutifs sollicitent l'opinion de ceux qui sont affectés par leurs décisions.

Nos recherches ont également mis en lumière les différentes manières dont les tribunaux ont réagi à la conduite des États suscitée par le processus de contestation politique intérieure. Bien que les tribunaux n'aient pas toujours adopté des approches homogènes, nous observons également chez de nombreux tribunaux une méfiance automatique à l'égard de la contestation politique intérieure. Cela a aussi des implications normatives. Par exemple, dans une publication à venir, nous affirmons que de nombreux tribunaux considèrent l'influence des groupes d'intérêt larges sur les processus décisionnels de l'exécutif comme intrinsèquement illégitime, même si cette méfiance à l'égard de comportements motivés par des considérations politiques est difficile à justifier, que ce soit du point de vue du droit public ou privé.

Enfin, notre étude aborde des débats plus larges sur les traités d'investissement. Il existe de nombreuses études dans le domaine de la science politique sur la manière dont différents groupes cherchent à promouvoir leurs objectifs et leurs intérêts en influant sur l'élaboration des politiques. Les contraintes juridiques qui limitent ou excluent la possibilité d'une telle influence ont des effets distributifs clairs. Lorsque les tribunaux tiennent les États pour responsables des pressions exercées par les groupes d'intérêts larges, ce sont les investisseurs étrangers qui en bénéficient aux dépens de l'État d'accueil ou du groupe d'intérêts concerné (voire des deux). La jurisprudence arbitrale concernant la marge légitime d'influence politique sur le comportement des États pourrait bien avoir un impact plus large sur la manière dont les États résolvent les différends relatifs aux investissements qui n'atteignent jamais le stade de l'arbitrage. La méfiance des tribunaux à l'égard de la politique pourrait décourager les États hôtes de répondre aux demandes de leurs électeurs nationaux.

Auteurs

Jonathan Bonnitcha est maître de conférences en droit à l'Université de Nouvelles-Galles du Sud. **Zoe Williams** est détentrice d'une bourse postdoctorale en économie politique internationale à la London School of Economics.

¹⁴ *Bear Creek Mining c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/21, Décision du 30 novembre 2017, paragraphes 401–412. Extrait de : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf>



ARTICLE 2

Phase 2 de l'examen du RDIE par la CNUDCI : pourquoi les « autres questions » importent vraiment

Jane Kelsey, David Schneiderman et Gus Van Harten



La CNUDCI a donné au Groupe de travail III un large mandat visant à examiner la possibilité d'une réforme du RDIE¹. Lors de la première phase, les gouvernements ont identifié et examiné les préoccupations relatives au RDIE. La deuxième phase, au cours de laquelle ils ont examiné le caractère désirable d'une réforme au vu de ces préoccupations, est déjà bien avancée. La réunion d'avril 2019 à New York aurait dû permettre de parachever cette phase et de déterminer comment la phase finale sera abordée, au cours de laquelle les gouvernements élaboreront toute solution pertinente pour recommandation à la Commission².

Le processus de la CNUDCI a reconnu d'emblée que les critiques actuelles contre le régime du droit des investissements « faisaient [...] écho aux inquiétudes exprimées quant à son manque de responsabilité et de légitimité démocratiques »³. C'est notamment l'arbitrage investisseur-État qui est contesté, entre autres, car :

- Supplantant les décisions judiciaires nationales, ainsi que le droit et les institutions nationales ;
- Allant à l'encontre des intérêts des pays en développement ;
- Créant les conditions du gel réglementaire ;
- Établissant une asymétrie fondamentale dans la protection juridique ;
- Créant une catégorie exclusive de règlement des différends internationaux pour les investisseurs étrangers ;
- Accordant aux investisseurs affectés par la conduite souveraine des compensations financières monumentales ;
- Omettant les sauvegardes institutionnelles contre les conflits d'intérêts ; et
- Créant d'autres formes d'iniquités dans le processus arbitral.

D'autres questions fondamentales se posent également sur le point de savoir si, notamment du fait du RDIE, les coûts des traités d'investissement ne sont pas supérieurs à leurs prétendus bénéfices en tant qu'outil permettant d'attirer un investissement durable, de dépolitiser les conflits et d'améliorer l'État de droit. Aussi, l'on a exhorté la CNUDCI « lors de l'examen et de la conception de toute réforme du RDIE, [...] [à] adopter une vision globale du système en se demandant, en particulier, s'il répondait aux objectifs qu'il était censé remplir »⁴.

Pourtant, ce processus de réforme a été excessivement restreint. Sa portée s'est limitée aux questions de procédure et non de fond, bien que les interventions

¹ Nations Unies. (2017). *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (A/72/17)*, para. 264. Extrait de <http://undocs.org/fr/A/72/17>

² Voir Brauch, M. D. (2018). Une réforme multilatérale du RDIE est souhaitable : compte rendu de la réunion de la CNUDCI à Vienne, et comment se préparer à la réunion d'avril 2019 à New York. *Investment Treaty News*, 9(4). Extrait de <https://www.iisd.org/itm/fr/2018/12/21/multilateral-isds-reform-is-desirable-what-happened-at-the-uncitral-meeting-in-vienna-and-how-to-prepare-for-april-2019-in-new-york-martin-dietrich-brauch>

³ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). (2017, 20 avril). *Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends: réformes du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : Note du Secrétariat (A/CN.9/917)*, para. 12. Extrait de <http://undocs.org/fr/A/CN.9/917>

⁴ CNUDCI. (2018, 14 mai). *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-cinquième session (New York, 23-27 avril 2018) (A/CN.9/935)*, para. 97. Extrait de <https://undocs.org/fr/A/CN.9/935>



de plusieurs gouvernements arguaient que les règles substantives de la protection de l'investisseur et du RDIE étaient, sur les points clé, inséparables⁵. De plus, ces discussions portant sur la procédure ont par la suite mis l'accent sur trois catégories de préoccupations, relatives (1) à la constance, la cohérence, la prévisibilité et la régularité des décisions arbitrales ; (2) aux arbitres et aux décideurs ; et (3) aux coûts et à la durée des procédures de RDIE. Le fait de limiter les questions abordées au cours de la deuxième phase restreindra nécessairement les efforts de réformes qui seront menés lors de la troisième phase.

Le document de cadrage du Secrétariat de la CNUDCI indique que les gouvernements souhaiteraient peut-être examiner d'autres questions pertinentes⁶. Toutefois, d'autres préoccupations fondamentales mises en avant par plusieurs pays en développement ont été reléguées aux « autres préoccupations »⁷. Il n'y avait pas assez de temps pour les examiner lors de la dernière session et, bien que la présidente ait annoncé qu'elles le seraient lors de la session d'avril 2019, elles n'apparaissent pas au projet d'ordre du jour de cette session⁸.

Le présent article aborde trois questions au cœur de la crise de légitimité auquel se confronte le régime des investissements internationaux, et qui devraient nourrir le reste de la deuxième phase.

1. Le droit des parties affectées de participer

Toute personne ayant un intérêt affecté devrait avoir le droit d'être représentée dans une procédure juridique, au moins à hauteur de cet intérêt. Pourtant ce droit fondamental est gravement méprisé dans le RDIE. Lorsque des investisseurs étrangers poursuivent des pays en justice, ils font souvent des allégations et soulèvent des questions qui affectent d'autres parties qui n'ont

juridiquement pas le droit de participer, car le RDIE exclut les tierces parties du processus de décision portant sur les recours des investisseurs étrangers. Aussi, ces investisseurs peuvent présenter des allégations contre des personnes ou organisations qui n'ont pas le droit de réponse. Si la personne se voit refuser le droit d'être représentée, un tribunal RDIE risque de rendre une décision portant atteinte à une personne sans que celle-ci puisse se faire entendre. Cela est profondément injuste. Si la procédure offre la possibilité de nommer un *amicus curiae*, ce qui peut s'avérer très utile, son objectif est tout autre. Ce statut n'a jamais eu vocation à se substituer au droit à être partie.

Dans le cadre d'une procédure équitable, toutes les parties affectées seraient informées du recours et de sa pertinence pour leurs intérêts, et pourraient décider de participer ou non à hauteur de leurs intérêts affectés. Au cours de la procédure, la partie en question pourrait être en mesure de présenter des faits que l'investisseur et le gouvernement n'avaient pas présentés, ou n'étaient pas en mesure de le faire. Afin de protéger ses droits ou intérêts efficacement, la partie affectée devrait également avoir accès aux faits pertinents présentés au tribunal, la possibilité de vérifier les preuves, la possibilité de présenter des arguments et des preuves, et ainsi de suite.

2. L'État de droit et la compétence des tribunaux nationaux

Le RDIE permet aux investisseurs étrangers de contourner les tribunaux d'un pays, qu'ils offrent réparation ou non aux investisseurs étrangers, et leur permet d'éviter les lois et tribunaux ordinaires s'appliquant à tout un chacun. Au titre du droit coutumier international, les parties privées sont tenues d'épuiser les voies de recours internes avant que leurs plaintes ne puissent donner lieu à une demande internationale contre un pays. Cette règle est une marque de respect à l'égard des institutions d'un pays et donne à ce dernier la possibilité de régler les conflits avant qu'ils ne soient renvoyés à un tribunal international. Elle reconnaît également que le choix d'un citoyen étranger d'entrer dans un pays s'accompagne d'une responsabilité d'accepter ses lois et institutions nationales. Le droit coutumier autorise toujours un tribunal international à lever cette obligation si le citoyen étranger peut démontrer que les voies de recours locales n'étaient pas raisonnablement disponibles ou seraient manifestement inutiles.

Au titre du RDIE, les investisseurs ont été *complètement*

⁵ L'Indonésie a tout récemment exprimé cette position dans un document qui sera présenté à la session d'avril 2019 : CNUDCI. (2018, 9 novembre). *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : Observations du Gouvernement indonésien (A/CN.9/WG.III/WP.156)*. Extrait de <http://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.156>

⁶ CNUDCI. (2017, 18 septembre). *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.142)*, para. 19. Extrait de <http://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.142>

⁷ CNUDCI. (2018, 5 septembre). *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.149)*, para. 17. Extrait de <http://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.149>

⁸ CNUDCI. (2019, 7 janvier). *Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-septième session New York, 1^{er}-5 avril 2019, Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.III/WP.155)*, para. 10. Extrait de <http://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.155>



dispensés de cette obligation. Cette mesure spectaculaire a donné aux investisseurs la possibilité d'exercer le droit de manière contestable, notamment ceux les plus à même de financer les procédures RDIE (c'est-à-dire les grandes multinationales et les ultra-riches), qui ont toute discrétion pour décider de la fiabilité et du caractère approprié des voies de recours internes : ils peuvent contourner les tribunaux en contestant les décisions d'un pays sans passer par ses tribunaux ; ils peuvent présenter un recours RDIE s'ils n'obtiennent pas gain de cause auprès des tribunaux nationaux ; ou présenter les différends auprès des deux en parallèle ; ou bien demander une ordonnance internationale d'indemnisation contre le pays, évitant ainsi les plafonds imposés aux montants des indemnisations au titre du droit national, tout en explorant d'autres recours – tels que l'abrogation d'une loi – auprès des tribunaux nationaux.

Ces pratiques sont contraires à l'objectif souvent affiché des accords d'investissement et du RDIE de renforcer l'État de droit. Pour ce faire il faudrait commencer par préserver le rôle des procédures législatives, judiciaires et administratives nationales dans la création, l'application et l'imposition des engagements juridiques, tout en s'attachant à renforcer ces institutions. Tout comme le RDIE, un modèle de cour d'investissement générerait un système de substitution pour le règlement des différends en matière d'investissements qui risque de décourager et de saper ce type de réforme à l'échelon national, notamment en l'absence de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes et de respecter les institutions nationales.

Alors que le RDIE s'est étendu, l'objectif réel des traités semble être de permettre aux investisseurs étrangers de renvoyer leurs différends à des enceintes qui dépendent financièrement de cette activité, et qui sont souvent injustement en faveur des investisseurs. Au bout du compte, les investisseurs étrangers gagnent sur les deux tableaux : les autres doivent rendre des comptes, et eux ne doivent rien à personne.

3. Paralysie de l'autorité des États souverains et de leur responsabilité de gouverner

Plusieurs délégations ont soulevé une préoccupation systémique et transversale relative à l'effet paralysant (ou gel réglementaire) des règles floues et pro-investisseurs appliquées par le biais des mécanismes RDIE sur la capacité réglementaire et la souveraineté

des États ; règles qui peuvent saper les obligations constitutionnelles des États, subordonner leur responsabilité de réglementer dans l'intérêt public et pour le bien commun, et éroder les mandats électoraux, les processus et la redevabilité démocratiques.

Les coûts budgétaires contribuant à cette paralysie sont notamment ceux liés à la préparation d'une défense pour le gouvernement, notamment les coûts opérationnels et d'opportunité liés aux appels d'offres pour la sélection et la nomination des conseils. Le risque qu'un investisseur menace de présenter une demande, ou le fasse réellement, dans l'optique de paralyser l'État est exacerbé par l'émergence du financement par des tierce parties. Même lorsque les États élaborent une défense fructueuse, ils pourraient ne pas se voir attribuer les dépens ; et tout montant accordé pourrait ne pas compenser totalement les dépenses budgétaires du pays, ses coûts d'opportunité, ni les coûts découlant des délais dans la mise en œuvre des mesures contestées, et les dépens attribués pourraient ne jamais être payés.

"Lorsqu'il interprète le mandat que lui a con é la CNUDCI, le Groupe de travail III doit avoir à l'esprit l'impulsion originale qui a donné lieu aux e orts de réforme actuels, fondée sur les préoccupations profondes relatives à la redevabilité et la légitimité démocratiques du régime des investissements internationaux dans son ensemble, et notamment du RDIE."

Les effets du gel réglementaire sont profonds. Lorsque les mesures visant à renforcer le bien commun sont suspendues, retardées ou affaiblies, cela entraîne des coûts d'opportunité, ainsi que des coûts financiers en aval, par exemple des dépenses de santé ou de restauration environnementale. Il pourrait également y avoir des coûts écologiques et humains non-financiers, comme par exemple suite au report de mesures relatives au changement climatique. Les gouvernements font face à leurs propres crises de légitimité lorsqu'ils sont incapables de répondre aux besoins sociaux, économiques et culturels de leurs populations, ce



qui peut avoir de graves conséquences politiques. De même, le gel réglementaire peut saper l'État de droit en niant l'accès effectif à la justice et aux voies de recours des communautés vulnérables ou exploitées. Compte tenu des asymétries en termes de développement entre les pays importateurs de capitaux et les pays exportateurs de capitaux, cet effet paralysant affecte plus profondément les pays les plus pauvres, et la capacité des gouvernements à répondre aux besoins des communautés les plus vulnérables de la planète.

Critères pour le parachèvement de la deuxième phase

Lorsqu'il interprète le mandat que lui a confié la CNUDCI, le Groupe de travail III doit avoir à l'esprit l'impulsion originale qui a donné lieu aux efforts de réforme actuels, fondée sur les préoccupations profondes relatives à la redevabilité et la légitimité démocratiques du régime des investissements internationaux dans son ensemble, et notamment du RDIE. Le processus de réforme de la CNUDCI ne pourra pas régler tous les points contentieux, mais s'il souhaite atténuer de manière significative la crise de redevabilité et de légitimité, son programme de travail doit inclure des mesures pour évaluer si les questions identifiées pour discussion et éventuelle réforme répondront réellement aux problèmes de fond.

Elles devraient inclure les questions spécifiques abordées plus haut. Plus fondamentalement, elles devraient faire référence aux objectifs du régime des investissements internationaux lui-même. L'un des critères évidents est la capacité de réaliser les engagements des membres en faveur des Objectifs de développement durable, notamment le respect des droits humains et des structures de gouvernance qui garantissent des processus participatifs inclusifs et un accès égalitaire à la justice. Un autre critère est le point de savoir si ces préoccupations solutionneront l'incapacité actuelle du régime des investissements internationaux à encourager, dans les pays qui en ont besoin, de nouveaux investissements favorables au développement.

En 2018, le Secrétaire-général des Nations Unies a remarqué que les AII avaient souvent des conséquences inattendues, par le biais des sentences arbitrales, comme par exemple la restriction de la marge de manœuvre réglementaire ou les énormes pénalités financières, et a appelé à l'adoption de politiques de réforme en vue d'harmoniser les traités et les stratégies nationales de développement des pays⁹. Si l'on souhaite que le régime international

des investissements soutienne plus efficacement le développement, et surmonte la crise de légitimité à laquelle il fait face, il faudra plus que de simples réformes procédurales du RDIE portant sur trois catégories limitées de questions.

Auteurs

Jane Kelsey est Professeure à la Faculté de droit de l'Université d'Auckland, Nouvelle Zélande ; **David Schneiderman** est Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Toronto, Canada ; et **Gus Van Harten** est Professeur à la Osgoode Hall Law School de l'Université de York, Toronto, Canada.

⁹ Assemblée Générale des Nations unies. (2018, 31 juillet). *Système financier international et développement : Rapport du Secrétaire général 72/203 (A/73/280)*, para. 62. Extrait de <http://undocs.org/A/73/280>



ARTICLE 3

Renforcement de la question de la protection de l'environnement en droit international de l'investissement par l'intégration des principes relatifs à la responsabilité civile internationale

Alessandra Mistura



Après plus d'une décennie de débats, il ne fait plus de doute que le cadre mondial régissant les accords internationaux d'investissements (AII) doit faire l'objet d'un vaste processus de réforme afin d'éliminer l'asymétrie qui existe entre les investisseurs étrangers et les États hôtes, et de garantir un meilleur équilibre entre leurs droits et obligations respectifs.

La nécessité de rééquilibrer le régime des AII s'impose particulièrement dans le domaine de la protection de l'environnement. En effet, les activités liées aux investissements peuvent provoquer des dommages environnementaux importants dans chaque pays hôte. En l'occurrence, les États hôtes et les victimes sont souvent dépourvus de tout recours en raison d'une part des particularités propres aux arbitrages entre États et investisseurs, et d'autre part de la nature et des caractéristiques des investisseurs étrangers qui opèrent généralement par le biais de sociétés transnationales.

L'introduction dans les AII de principes relatifs à la responsabilité civile adaptés au droit international de l'environnement figure parmi les pistes pouvant être explorées en vue de renforcer la protection de l'État hôte en cas de dommages environnementaux causés à son territoire par les activités des investisseurs. Une telle solution permettrait de tenir les investisseurs étrangers responsables des dommages environnementaux qu'ils causent sur le territoire de l'État qui accueille leurs investissements et les activités qui en découlent.

Cet article propose d'examiner la façon dont les principes relatifs à la responsabilité civile internationale

peuvent être incorporés aux AII. Dans ce but, il est nécessaire en premier lieu d'exposer les principes exacts dont il est ici question et en second lieu d'analyser les outils disponibles pour ce faire.

1. Aperçu des régimes de responsabilité civile internationale

Les « régimes de responsabilité civile internationale » font référence à une série de conventions internationales conclues pour faire face aux conséquences potentiellement dévastatrices de certaines activités dangereuses pour l'environnement et faciliter les demandes en responsabilité civile des États hôtes et des victimes de telles activités sur les territoires de ces États, ainsi que la restauration de l'environnement atteint¹. Ces conventions créent un système uniforme de règles en matière de responsabilité qui doivent être transposées et appliquées par les États parties au niveau national, moyennant l'adoption de la législation nécessaire à leur mise en œuvre.

Les conventions en matière de responsabilité civile internationale ont été négociées pour parer aux conséquences de certaines activités extrêmement dangereuses, telles que l'énergie nucléaire² et les activités pétrolières entraînant des risques de dommages et de pollution importants³. Elles ont été suivies peu après par d'autres régimes destinés à lutter contre les dommages causés par les mouvements de marchandises dangereuses

¹ Churchill, R. R. (2002). Facilitating (transnational) civil liability litigation for environmental damage by means of treaties: progress, problems, and prospects. *Yearbook of international environmental law*, 12(1), 3.

² Par exemple, la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, du 29 juillet 1960, 956 UNTS 251, accessible sur <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028010a6ab> ; la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, 21 mai 1963, 1063 UNTS 265, accessible sur <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800fb0a7>, telle que modifiée par le Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires du 12 septembre 1997, 2241 UNTS 270. Accessible sur <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280079ad5>.

³ Par exemple, le Protocole de Londres de 1992 modifiant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution, 27 novembre 1992, 1956 UNTS 255. Accessible sur <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800a5777> [ci-après la Convention sur la responsabilité civile de 1992].



et les déchets⁴, les organismes vivants modifiés⁵ et les activités industrielles sur les eaux transfrontalières⁶ ainsi qu'à limiter les atteintes portées à la région antarctique⁷. Toutes ces conventions reposent sur une série de principes uniformes qui peuvent être résumés comme suit :

- Les conventions donnent une définition de la notion de « dommages » qui, dans les traités les plus récents, exige l'adoption de mesures préventives et de mesures de remise en état de l'environnement endommagé.
- Elles canalisent la responsabilité pour dommages en la faisant peser sur « l'exploitant » qui est la personne physique ou morale qui contrôle l'activité extrêmement dangereuse.
- Il s'agit d'une responsabilité objective, c'est-à-dire qu'elle est imposée indépendamment de la faute de l'exploitant ; mais elle peut également faire l'objet d'une exonération.
- La responsabilité est limitée dans le temps ou en ce qui concerne son montant, ou les deux.
- L'exploitant doit prouver qu'il est convenablement assuré ou fournir d'autres garanties financières.
- Des mécanismes d'indemnités complémentaires sont établis pour les cas où l'exploitant n'est pas responsable en raison de l'application de mécanismes d'exonération de responsabilité et ceux où, même si l'exploitant est responsable, les dommages dépassent les plafonds de responsabilité fixés dans les conventions.
- Les conventions prévoient quels sont les tribunaux compétents pour connaître des demandes d'indemnité et quel est le droit applicable.

⁴ Par exemple, le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnité en cas de dommages résultant des mouvements transfrontaliers du 10 décembre 1999, modifiant la Convention sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et leur élimination. Accessible sur https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XXVII-3-b&chapter=27&clang=_fr

⁵ Protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur sur la responsabilité du 15 octobre 2010, complétant le Protocole de Carthagène sur la biosécurité, accessible sur https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XXVII-8-c&chapter=27&clang=_fr

⁶ Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnité en cas de dommages causés par les effets transfrontaliers des accidents industriels sur les eaux transfrontières du 21 mai 2003. Accessible sur https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXVII-16&chapter=27&clang=_fr

⁷ Par exemple, l'Annexe VI du Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement, concernant la responsabilité découlant de situations critiques pour l'environnement, accessible sur https://ats.aq/documents/recat/Att249_f.pdf

Globalement, les conventions internationales en matière de responsabilité civile ne connaissent qu'un faible taux de ratification et donc peu sont les instruments qui entrent en vigueur. Toutefois, lorsqu'une convention est entrée en vigueur, l'application des principes énoncés plus haut a été particulièrement efficace pour assurer l'indemnité des victimes. C'est le cas précisément des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures pour lesquels le régime prévu par la Convention sur la responsabilité civile de 1992 et les accords connexes ont permis le versement de plus de 674 millions de livres sterling à titre de réparation depuis 1978⁸. Ceci vient donc renforcer l'idée selon laquelle les principes de responsabilité civile internationale pourraient jouer un rôle plus important dans le domaine environnemental, en assurant la responsabilisation et en facilitant l'indemnité des dommages environnementaux.

2. L'intégration des principes de responsabilité civile internationale au droit international de l'investissement

L'incorporation des principes de responsabilité civile internationale aux AII pourrait offrir aux États hôtes et à leurs citoyens une protection supplémentaire et très efficace contre les effets néfastes des activités économiques dangereuses des investisseurs étrangers. Une telle intégration permettrait d'une part de garantir une protection adéquate des victimes des dommages causés à l'environnement, en leur donnant accès à une forme d'indemnité rapide et appropriée, et d'autre part de faciliter la réhabilitation des zones affectées en leur état d'origine.

Sur le plan pratique, cette intégration pourrait se faire de trois façons différentes qui sont exposées dans les paragraphes qui suivent.

a. Responsabilité de l'investisseur

Dans un premier temps, les AII pourraient prévoir expressément que les investisseurs seront responsables des dommages environnementaux causés dans le cadre de l'exécution de leurs activités dans le pays d'accueil, se voyant ainsi conférer la qualité « d'exploitant » aux fins des régimes de responsabilité civile internationale.

⁸ Fonds internationaux d'indemnité pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL). (2017), *Rapport annuel 2017*, p. 17. Londres : IOPC Funds. Accessible sur <https://www.iopcfunds.org/fr/publications/publications-des-fipol/>



En ce qui concerne la définition du terme « investissement » nécessaire en vue de faire peser une responsabilité quelconque sur l'investisseur, elle devrait être alignée sur celle prévue par les AII correspondant aux « investissements » protégés. Cela permettrait d'éviter le risque de limiter la responsabilité aux investissements réalisés dans certaines activités, tout en omettant certaines autres activités aussi dangereuses auxquelles aucune responsabilité ne serait attachée.

b. Obligations environnementales de l'investisseur

En lieu et place, ou en plus de ce qui précède, les AII pourraient prévoir des obligations spécifiques s'imposant aux investisseurs, lesquelles sont de plus en plus reconnues comme des outils à même de rééquilibrer les droits et devoirs des investisseurs en vertu de ces accords⁹, dans le but d'améliorer la protection de l'environnement.

Par exemple, les AII pourraient incorporer les dispositions de certaines conventions sur la responsabilité civile internationale concernant l'adoption de mesures préventives ou de restauration. Dans ce cas, l'investisseur serait tenu de mettre en place toutes les mesures préventives nécessaires pour éviter un danger grave et imminent de dommages environnementaux susceptibles d'être provoqués par ses activités dans le pays hôte. Si des dommages ont déjà été causés à l'environnement, l'investisseur serait plutôt tenu de prendre toutes les mesures possibles et nécessaires afin de réduire, de contenir ou de gérer les dommages et de remettre les zones affectées dans leur état d'origine.

Les AII pourraient également imposer des obligations aux investisseurs visant à permettre aux victimes d'obtenir une indemnisation rapide et appropriée en cas de dommages environnementaux causés par les activités d'investissement, et ce en application de principes de responsabilité au sens strict, et sous réserve d'éventuelles exonérations dans les cas où les dommages survenus échapperaient complètement à leur contrôle. En outre, les AII pourraient exiger des

investisseurs qu'ils souscrivent des polices d'assurance à hauteur de leurs obligations ou d'autres garanties financières couvrant les dommages pouvant découler de leurs investissements dans l'État d'accueil, facilitant par là même le droit des victimes à être indemnisées.

Dans les deux cas visés aux points a. et b., d'aucuns pourraient avancer que l'introduction de telles obligations dans les AII ferait double emploi, étant entendu en particulier que des dispositions similaires existent souvent dans la législation interne des États hôtes et que les AII applicables imposent aux investisseurs l'obligation de respecter cette législation interne. Cela dit, l'inclusion de telles obligations dans les AII peut quand même s'avérer utile dans les cas où le droit interne est muet sur ce point ou lorsque la nature transfrontalière ou encore la structure des activités de l'investisseur empêchent l'exercice efficace de recours en matière environnementale.

c. Mécanismes d'indemnisation complémentaire

Si l'inclusion dans les AII de dispositions ou d'obligations imposant aux investisseurs une responsabilité en matière environnementale en cas de dommages causés par leurs activités est – du moins en théorie – simple à concevoir, l'incorporation d'un mécanisme d'indemnisation complémentaire peut s'avérer plus difficile.

Les régimes de responsabilité civile ont suivi deux approches distinctes en ce qui concerne les mécanismes d'indemnisation complémentaire : l'une, reprise par les conventions sur la responsabilité dans le domaine nucléaire, demande aux États parties de mettre à disposition des fonds publics en cas d'accident nucléaire, et l'autre, adoptée dans les conventions relatives aux pollutions dues aux hydrocarbures, conduit à l'établissement de fonds internationaux financés par des contributions de l'industrie.

Entre ces deux modèles, la première option semble plus facile à intégrer aux AII dans la mesure où l'accord pourrait se limiter à prévoir que les États parties auraient l'obligation de mettre à disposition des ressources publiques pour couvrir les dommages à l'environnement causés par les investissements de leurs ressortissants sur le territoire d'une autre partie. La deuxième option, en revanche, pourrait poser des problèmes de mise en œuvre, par exemple la nécessité pour les États intéressés de conclure un accord distinct régissant le fonctionnement du fonds ou l'identification des investisseurs qui seraient tenus d'alimenter le fonds.

⁹ CNUCED. (2018). *Réforme globale du régime des investissements internationaux de la CNUCED*. Genève : CNUCED. Accessible sur https://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/UNCTADs%20Reform%20Package_web_09-03-2018.pdf ; IISD (avril 2018). *Intégrer les obligations des investisseurs et les dispositions sur la redevabilité des entreprises aux accords commerciaux et d'investissement*. Genève : IISD. Accessible sur <https://www.iisd.org/library/integrating-investor-obligations-and-corporate-accountability-provisions-trade>



3. Conclusion

D'un point de vue théorique, il n'y a pas d'incompatibilité générale et intrinsèque entre les principes régissant les régimes de responsabilité civile et les AII. De fait, les dispositions relatives aux obligations des investisseurs ont déjà commencé à faire leur apparition dans les nouveaux modèles et les versions les plus récentes d'AII¹⁰, alors même que l'imposition d'une responsabilité civile aux investisseurs a été défendue dans certains modèles d'AII préparés par des experts¹¹. Pour autant, ces avancées pourraient être poussées plus loin afin de trouver un équilibre plus satisfaisant entre la protection des investisseurs et les préoccupations de l'État hôte pour son environnement.

Dans la pratique, cependant, l'incorporation pourrait être plus difficile. Indépendamment de la question de savoir si les États seraient disposés à adopter cette solution, la première difficulté serait de mettre sur pied des mécanismes appropriés permettant de transposer dans les AII les principes les plus complexes applicables en matière de responsabilité civile, et en particulier l'imposition de mécanismes complémentaires d'indemnisation. Par ailleurs, une réforme de la procédure relative au règlement des différends investisseur-État (RDIE) serait également nécessaire pour créer des voies procédurales appropriées permettant aux victimes et aux États hôtes de faire valoir leurs droits fondamentaux contre ceux des investisseurs dans le cadre du régime réformé des AII.

Auteure

Alessandra Mistura est doctorante à l'Institut de hautes études internationales et du développement (Genève), où elle se penche sur la question de l'intégration du développement durable dans le droit international de l'investissement. Cet article est tiré d'une analyse plus large menée par l'auteure dans Mistura, A. (2019), *Integrating Civil Liability Principles into International Investment Law: A Solution to Environmental Damage Caused by Foreign Investors?* in L. Sachs; L. Johnson & J. Coleman (Eds.), *Yearbook on international investment law and policy 2017*. Oxford: Oxford University Press, pp. 446–491. Accessible sur <https://global.oup.com/academic/product/yearbook-on-international-investment-law-and-policy-2017-9780198830382>

¹⁰ Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la République fédérale du Nigeria [TBI Maroc–Nigeria], 3 décembre 2016, art. 14. Accessible sur <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5409> ; Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), (juillet 2012). *Modèle de traité bilatéral d'investissement de la SADC avec commentaires*, article 21. Gaborone : SADC. Accessible sur <http://www.iisd.org/itm/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>; Gouvernement de l'Inde, (2015). *Modèle de texte pour le traité bilatéral d'investissement de l'Inde*. Accessible sur http://indianbusiness.nic.in/newdesign/upload/Model_BIT.pdf

¹¹ Mann, H., von Moltke, K., Peterson, L. E., Cosbey, A. (2005). *IISD Model international agreement on investment for sustainable development: negotiators' handbook*. Genève : IISD. Accessible sur <https://www.iisd.org/library/iisd-model-international-agreement-investment-sustainable-development-negotiators-handbook> ; voir également IISD, 2018, *supra* note 9.



ARTICLE 4

Protéger les droits sociaux par la procédure de l'*Amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement : de la poudre aux yeux des tierces parties ?

Maxime Somda



La participation d'un tiers à l'arbitrage d'investissement est relativement récente¹. Elle repose sur le fait que l'arbitrage d'investissement implique une partie Étatique garant de l'intérêt commun et porte généralement sur des mesures d'ordre général et des questions d'intérêt public. La procédure de l'*amicus curiae* (ami de la cour) désigne l'entité ou la personne non partie à un différend qui souhaite soumettre des arguments juridiques au tribunal². Bien que ce tiers soit censé assister simplement le tribunal, il paraît défendre une cause souvent proche de la position d'une partie. Parmi ces causes figurent des droits sociaux internationalement reconnus, potentiellement menacés par les éléments factuels à l'origine du différend.

L'admission des *amicus curiae* s'opère sur la base de conditions strictes afin de garantir le respect de l'équilibre des droits entre les Parties litigieuses pendant la procédure. Mais elle renferme aussi la promesse d'une légitimité qu'apportent les *amicus curiae* au processus de l'arbitrage d'investissement. Cela amène à s'interroger sur la considération réservée par les tribunaux aux mémoires soumis, en l'occurrence aux arguments relatifs aux droits sociaux. Aussi, au-delà de la question encore

problématique de l'admission (partie 1) ou de la place des droits sociaux dans les mémoires d'*amicus curiae* (partie 2), il s'agira surtout d'examiner la portée de ces arguments (partie 3) afin d'en tirer des leçons (partie 4).

1. L'évolution du traitement de l'admission de l'*amicus curiae*

L'évolution a consisté à clarifier par les règlements d'arbitrage et les accords d'investissement les fondements du pouvoir de l'arbitre. En effet, des décisions de refus se fondaient sur la nature consensuelle de l'arbitrage³, tandis que les décisions d'admission s'appuyaient sur la nature procédurale de l'*amicus curiae*⁴, la présence d'un intérêt public⁵ et/ou l'effet de légitimation de la procédure⁶.

Ces textes ont aussi consacré les solutions jurisprudentielles relatives aux conditions d'admission⁷. Ceux-ci exigent des pétitionnaires la démonstration de leur indépendance économique, d'une perspective différente et d'un intérêt général ou d'un intérêt significatif, le respect du cadre matériel du différend et de l'égalité procédurale des parties. Certains traités font un renvoi implicite à la jurisprudence en citant quelques conditions à titre d'exemple⁸.

³ *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivie*, Affaire CIRDI No. ARB/02/3, Décision relative aux objections de la partie défenderesse à la compétence, 21 octobre 2005, paragraphe 13. Extrait de <https://www.italaw.com/cases/57>

⁴ *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. et autres c. République Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/03/17, Ordonnance en réponse à une demande de participation en qualité d'*Amicus curiae*, 17 mars 2006, paragraphes 11-13. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0803.pdf>

⁵ *United Parcel Service of America, Inc. c. Canada*, Décision du tribunal sur les demandes d'intervention et de participation en qualité qu'*Amici curiae*, 17 octobre 2001, paragraphe 70. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0883.pdf>

⁶ *Aguas Argentinas S.A. et autres c. République Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/03/19, Ordonnance en réponse à une demande de transparence et de participation en qualité d'*Amicus curiae*, 19 mai 2005, paragraphes 20-22. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0815.pdf>

⁷ V. Règlement d'arbitrage CIRDI (2006), Art. 37(2). Extrait de <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20French.pdf>; Règlement d'arbitrage CNUDCI (2013), Art. 1(4). Extrait de <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-F.pdf>

⁸ V. l'Accord de libre commerce Nouvelle-Zélande – République de Corée, 23 mars 2015, Art. 10.26. Extrait de <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent/treaty/3629>

¹ *Methanex Corporation c. États-Unis*, CNUDCI, Décision du Tribunal concernant les demandes de tierces parties à intervenir en qualité d'*Amici Curiae*, 15 janvier 2001. Extrait de https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf

² Grisel F., & Vinales E.-J., (2007). *Amicus curiae* in investment arbitration. *ICSID Review*, 22(2). 380-432



Toutefois, bien que non prohibitives⁹, ces conditions demeurent restrictives (absence d'un droit à l'*amicus curiae*, droits limités des *amici* admis¹⁰). En outre, les textes abordent rarement la question de la considération des arguments soumis. Quelques récents traités précisent au mieux que le tribunal n'est pas tenu de répondre à tous les arguments¹¹ ou même d'en discuter un seul¹².

2. La place des droits sociaux dans les mémoires d'*amicus curiae*

Lorsqu'ils défendent les droits des populations¹³, les *amici curiae* s'appuient souvent sur des arguments relatifs aux droits sociaux, notamment le droit à l'eau¹⁴, à la santé¹⁵, à l'alimentation¹⁶ et les droits des travailleurs¹⁷. Ces droits sont parfois évoqués en lien avec le droit à la vie, à la dignité¹⁸, à un environnement sain, à l'information et à la consultation¹⁹, ou encore la santé publique et l'environnement²⁰.

Les fondements juridiques invoqués sont également diversifiés : textes de protection des droits l'homme et des droits des peuples autochtones²¹, instruments de *soft*

law sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE)²², constitutions nationales²³.

En général, les arguments avancés s'attardent rarement²⁴ à la contestation de la compétence du tribunal. Ils sont souvent favorables à la position de l'État parce que l'acte litigieux procède soit d'une mesure individuelle mettant fin à une activité menaçant les droits sociaux (concessions minières²⁵ et de services d'eau²⁶) soit d'une mesure générale visant leur protection (réglementations de produits dangereux pour la santé²⁷, réformes agraires²⁸).

3. L'efficacité problématique des arguments relatifs aux droits sociaux

L'identification d'un critère de succès des arguments soumis n'est pas aisée en raison du pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans leur considération. Toutefois, l'absence de références dans les sentences n'est pas un indice suffisant. En outre, il est possible d'apprécier l'efficacité de ces arguments en distinguant selon qu'ils soutiennent ou non l'application du droit international des droits de l'homme pour tenir compte des obligations étatiques relatives aux droits sociaux.

Les premiers arguments sont toujours inopérants, car de l'avis des tribunaux la référence aux principes du droit international ne conduit pas à incorporer l'univers du droit international dans le traité d'investissement²⁹.

Impliquant également l'application de normes souples et/ou externes au traité d'investissement, l'invocation des normes RSE³⁰ ou du droit national partage le même sort.

En revanche, les arguments avancés en soutien à une règle du droit des investissements semblent attirer

⁹ V. les décisions d'admission dans l'arbitrage CIRDI : <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Non-Disputing-Party-Participation.aspx>

¹⁰ Dias Simões, F. (2016). Myopic *Amici*? The participation of non-disputing parties in ICSID arbitration. *North Carolina Journal of International Law*, 42(3), 791–822. Extrait de <https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/5.%20Fernando%20Dias%20Sim%C3%B5es.pdf>

¹¹ V. TBI Canada-Burkina Faso (2015), 20 avril 2015, Appendix IV.8. Extrait de <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent/treaty/3557>

¹² V. TBI Canada-Pérou (2006), 14 novembre 2006, Art. 39.6. Extrait de <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent/treaty/793>

¹³ V. *Methanex Corporation c. États-Unis*, Mémoire des parties non contestantes (réseau Bluewater et autres), 9 mars 2004, 9 mars 2004. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9151.pdf>; *Bivater Gauff LTD. c. République de Tanzanie*, Affaire CIRDI No. ARB/05/22, Award, 24 juillet 2008, paragraphe 379. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>; *Philip Morris Brands Sarl et autres c. République orientale de l'Uruguay*, Affaire CIRDI No. ARB/10/7, Mémoire de l'Organisation mondiale de la santé et du secrétariat de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, 28 janvier 2015. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7422.pdf>; *UPS v. Canada*, Mémoire d'*Amicus curiae* du Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes et du Conseil des Canadiens *Amicus curiae* Submissions by the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians, 20 octobre 2005. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8442.pdf>; *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, Affaire CIRDI No. ARB/14/21, Mémoire d'*Amicus curiae* présenté par l'Association des droits de l'homme et de l'environnement - PUINO et M. Carlos Lopez, Ph.D. (parties non contestantes), 9 mai 2016. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7517.pdf>; *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Mémoire d'*Amicus curiae* sur le fond du litige, 25 juillet 2014. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4195.pdf>

¹⁴ V. *Bivater Gauff c. Tanzanie*, *supra* note 13.

¹⁵ V. *Methanex c. États-Unis*, *supra* note 13.

¹⁶ *Pac Rim c. El Salvador*, *supra* note 13.

¹⁷ *UPS. c. Canada*, *supra* note 13.

¹⁸ *Pac Rim c. El Salvador*, *supra* note 13.

¹⁹ *Bear Creek c. Pérou*, *supra* note 13.

²⁰ *Methanex c. États-Unis*, *supra* note 12, paragraphe 16 et seq.

²¹ V. *Bear Creek c. Pérou*, *supra* note 13 qui cite la Convention OIT n° 169.

²² V. les rapports sur le droit à l'eau cités dans le mémoire soumis dans l'affaire *Methanex*, *supra* note 13, paragraphe 16.

²³ *Piero Foresti et autres v. République d'Afrique du Sud*, Affaire CIRDI No. ARB(AF)/07/01, Pétition pour une participation limitée en qualité de parties non contestantes, 17 juillet 2009. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0333.pdf>

²⁴ V. *Pac Rim c. El Salvador*, Demande de permission d'intervenir en qualité d'*Amicus curiae*, 2 mars 2011. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0609.pdf>

²⁵ V. l'affaire *Bear Creek*. Extrait de <https://www.italaw.com/cases/2848>

²⁶ V. l'affaire *Bivater Gauff*. Extrait de <https://www.italaw.com/cases/157>

²⁷ V. l'affaire *Philip Morris*. Extrait <https://www.italaw.com/cases/460>

²⁸ V. l'affaire *Piero Foresti*. Extrait de <https://www.italaw.com/cases/446>

²⁹ V. *Borders Timbers et autres c. République du Zimbabwe*, Affaire CIRDI No. ARB/10/25, Ordonnance procédurale n°2, paragraphe 57. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1043.pdf> Les pétitionnaires doivent prouver que l'inapplication du droit international des droits de l'homme rendrait la sentence « juridiquement incomplète » (paragraphe 58). Traduction non officielle.

³⁰ V. le mémoire dans l'affaire *Bear Creek* (l'argument sur la licence sociale n'est retenu que dans l'opinion dissidente du 12 septembre 2017, para. 36). Extrait de <https://www.italaw.com/cases/2848>



l'attention des tribunaux en tant qu'éléments explicatifs du caractère raisonnable du comportement étatique³¹. Leur présentation est délicate puisqu'elle suppose une proximité des arguments des *amici* et des moyens de l'État de sorte que les premiers puissent étayer, voire compléter les seconds³². Cette proximité conditionne parfois la considération des premiers³³.

Sont rattachables à cette catégorie les arguments demandant d'interpréter certains standards (traitement juste et équitable) de manière favorable à l'État même si leur pertinence n'est pas explicite³⁴.

4. La démonstration souhaitable d'une protection constante des droits sociaux

Il est souhaitable dans l'immédiat que les *amici* s'inscrivent dans la logique des arguments qui visent à établir une attitude raisonnable de l'État. Ils pourraient ainsi démontrer le caractère normal du comportement étatique en montrant l'effectivité quotidienne donnée aux obligations relatives aux droits sociaux. La démonstration pourrait s'appuyer sur les rapports, recommandations et décisions des organes des droits de l'homme.

À long terme, les États pourraient faciliter le succès de ces arguments en généralisant les obligations des investisseurs dans les dispositions conventionnelles. Ces dispositions favoriseront l'admission des demandes reconventionnelles de l'État que soutiendront les *amici curiae* et le succès de l'argument relatif au droit applicable.

Enfin, si l'identité de l'entité intervenante importe vraiment³⁵, les organisations internationales mentionnant la protection des droits de l'homme dans leur mandat,

peuvent s'inspirer des initiatives de la Commission européenne³⁶ en requérant une position d'*amicus curiae* lorsqu'un État membre est partie à l'arbitrage.

Somda Faasseome Maxime est doctorant à l'université Grenoble Alpes. Il est titulaire d'un master en droits de l'homme de l'université catholique de Lyon et de l'université Grenoble Alpes, et d'un Diplôme universitaire en droit de l'arbitrage interne et international de l'université de Montpellier. Il prépare une thèse sur la protection des droits sociaux en droit international des investissements sous la direction de Madame Sabine Lavorel.

³¹ Le Tribunal *Methanex* remarque que « (l)'Institut international du développement durable (IISD), dans son mémoire soigneusement motivé, est également en désaccord avec l'affirmation de Methanex selon laquelle «les approches du droit commercial peuvent tout simplement être transférées au droit des investissements». (v. *Methanex c. États-Unis*, Award, 3 août 2005, Partie IV, Chapitre B, p. 13, paragraphe 27. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>. Le tribunal dans *Bivater Gauff* trouve les arguments des *amici* « utile » et « pertinent » précisant que « Les points spécifiques découlant des observations d'Amici sont repris dans ce contexte » (*Bivater Gauff c. Tanzanie*, *supra* note 13, paragraphes 392, 359). Traduction non officielle.

³² V. *Methanex c. États-Unis*, *supra* note 13, paragraphe 2.

³³ Cas de rejet d'un argument qui n'a pas été soulevé par l'État (v. *Borders Timbers*, *supra* note 29, paragraphes 60-61).

³⁴ V. *Bear Creek*, *supra* note 13, paragraphe 16.

³⁵ Cross C., & Schliemann-Radbruch, C. (2013). When investment arbitration curbs domestic regulatory space: consistent solutions through amicus curiae submissions by regional organisations. De *Gruyter*, 6(2), pp. 99–102.

³⁶ V. *AS Norvik Banka and Others c. République de Lettonie*, Affaire CIRDI No. ARB/17/47, Ordre procédural Procedural No. 3, 30 octobre 2018. Extrait de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10169.pdf>



NOUVELLES EN BREF

Les retombées de la décision d'*Achmea* : 22 États membres européens conviennent de mettre un terme à leurs TBI intra-européens

Vingt-deux États membres européens ont approuvé une déclaration politique du 15 janvier 2019, par laquelle ils annoncent une série d'actions portant sur les TBI intra-européens existants, et sur les procédures futures ou actuelles d'arbitrage des investissements.

Ces changements s'expliquent par une [décision de la CJUE](#) sur l'affaire *Achmea. c la République de Slovaquie*, concluant que certains articles du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne « doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition contenue dans un accord international conclu entre les États membres » au titre de laquelle un investisseur de l'un des États membres pourrait lancer une procédure d'arbitrage contre un autre État membre.

Cette [déclaration](#) politique a été signée par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la République tchèque, le Royaume-Uni et la Slovaquie.

Les 22 pays concernés ont convenu de « mettre un terme à tous les traités bilatéraux d'investissement conclus entre eux par le biais d'un traité plurilatéral, ou, lorsque cela s'avèrerait plus rapide pour les deux parties, par un traité bilatéral ». Ils se sont donnés jusqu'au 6 décembre 2019 pour ratifier ce traité plurilatéral.

Ces États membres européens donneront par ailleurs instructions à leurs investisseurs directs d'attendre avant de lancer toute nouvelle procédure d'arbitrage intra-européen, et, s'agissant des procédures en cours, informeront les tribunaux concernés ; les États membres européens défendeurs dans ces affaires devraient par ailleurs demander aux tribunaux compétents de renoncer à rendre une décision dans les arbitrages d'investissement intra-européens ou de veiller à ce qu'elle ne soit pas exécutée.

Le Comité économique et social européen recommande d'améliorer et de clarifier les discussions relatives au TMI

Le Comité économique et social européen (CESE) a donné son avis sur la recommandation de la Commission européenne au Conseil européen de lancer les négociations portant sur la proposition du tribunal multilatéral d'investissement, appuyant les discussions relatives à la réforme du RDIE, tout en faisant état des domaines d'amélioration.

L'année dernière, le Conseil européen [avait déjà appuyé](#) la recommandation formulée par la Commission quant au lancement des négociations CMI avec les parties intéressées, et approuvé les dernières directives de négociation.

Depuis, la Commission européenne a poursuivi ses consultations sur la question avec les parties-prenantes, et a présenté sa proposition au processus du Groupe de travail III de la CNUDCI en faveur d'une réforme multilatérale du RDIE avant sa réunion d'avril 2019.

L'[avis du CESE](#), émis le 22 mars 2019, affirme que le Comité « accueille favorablement les efforts de la Commission européenne en vue d'une réforme multilatérale du RDIE sous les auspices de la CNUDCI et considère qu'il est essentiel que l'Union européenne reste ouverte à toutes les approches et idées qui ont émergé en ce qui concerne la réforme du RDIE ».

Le CESE est un organe composé de 350 membres issus « des milieux sociaux-économiques » de tous les États membres de l'Union. Son rôle en tant qu'organe consultatif a été établi et réaffirmé dans de nombreux traités européens.

Le CESE « demande que les invitations adressées [aux acteurs concernés] soient émises sur une base qui soit améliorée et plus équilibrée », et souligne que plusieurs questions fondamentales concernant la proposition du tribunal multilatéral des investissements doivent encore être abordées, notamment « le champ d'application, la protection de l'intérêt public, l'accessibilité et les relations avec les juridictions nationales ».

Le Comité note en outre que d'autres instruments permettent de répondre aux préoccupations portant sur le régime international des investissements actuel,



comme par exemple « le renforcement du pouvoir judiciaire national, la fourniture d'une assurance aux investisseurs, par l'intermédiaire de l'Agence multilatérale de garantie des investissements de la Banque mondiale, la prévention des différends, des formes plus conciliantes de règlement des différends, telles que la médiation, la promotion des investissements, et le règlement des différends entre États ».

L'avocat général de la CJUE conclut que le SJI est conforme au droit européen, en attente de l'avis définitif de la Cour

Le 29 janvier 2019, l'avocat général de la CJUE, Yves Bot, a émis un [avis non contraignant](#), estimant que le système juridictionnel des investissements (SJI) inclut dans l'AECG Canada-UE était compatible avec le droit européen. Bot a évalué le SJI au regard du Traité sur l'Union européenne, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), et de la Charte européenne des droits fondamentaux.

L'Avocat général a rendu son avis après que la Belgique ait demandé à la plus haute juridiction de l'Union de donner son avis sur la compatibilité du SJI avec le droit européen. La Belgique [avait formulé cette demande](#) le 7 septembre 2017, quelques semaines à peine avant le début de l'application provisoire de l'AECG au Canada et en Europe. La question du RDIE, par le biais du SJI ou d'un autre mécanisme, fait particulièrement débat en Belgique où [la région wallonne a pu retarder la signature de l'AECG](#) au titre de plusieurs préoccupations quant à la mouture originale, entraînant au final de plus amples négociations et l'[adoption d'un instrument interprétatif conjoint](#).

Dans son avis, Bot considère que le mécanisme de SJI « ne porte pas atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et [...] n'affecte pas le principe de la compétence exclusive de la Cour dans l'interprétation définitive du droit de l'Union ». Bot affirme également que les sauvegardes incluses dans le SJI permettent un accès suffisant à un tribunal indépendant et impartial, qui était l'une des préoccupations de la Belgique.

Bot formule plusieurs observations quant à la manière dont l'AECG fixe la compétence du tribunal envisagé, notant que cette dernière est « étroitement délimitée » et « lié[e] par l'interprétation » donnée par la Cour. Il formule également d'autres conclusions quant aux relations entre le tribunal et les systèmes juridiques européens à l'échelon de l'Union et à l'échelon des États membres. Par exemple, il indique que l'instrument interprétatif conjoint négocié entre l'UE et le Canada encourage les

investisseurs à « épuise[r] [l]es voies de recours internes » avant de saisir le SJI.

Bot affirme en outre qu'au titre de l'AECG, il n'y a « aucune dénaturation des compétences que les traités confèrent aux institutions de l'Union et aux États membres ». L'Avocat général considère que tel qu'il est formulé, l'AECG « ne méconnaît pas le principe général d'égalité de traitement » s'agissant de l'accès au mécanisme de règlement des différends.

La CJUE n'a pas encore rendu son avis définitif sur le SJI contenu dans l'AECG, qui sera contraignant, même si la date de celui-ci n'a pas encore été confirmée. Le SJI, ainsi que les dispositions relatives à la protection de l'investissement et à l'accès au marché des investissements de portefeuille, ne sont pas encore appliqués au titre de l'AECG. Ils le seront [après la ratification de l'AECG](#) par les parlements des États membres de l'Union.

Dans le cadre des futures négociations avec des États non membres de l'Union, la Commission européenne a décidé d'aborder les questions du [commerce et de l'investissement](#) dans des accords distincts, compte tenu des difficultés juridiques rencontrées dans la ratification des accords regroupant ces deux questions. Ce changement d'approche a été approuvé par le Conseil européen en mai 2018.

L'Assemblée générale des Nations Unies adopte une nouvelle convention sur la médiation impliquant les accords de règlement internationaux

Le 21 décembre 2018, l'Assemblée générale des Nations Unies a [donné son aval](#) pour une nouvelle « Convention sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation », qui vise à apaiser les préoccupations antérieures de nombreux pays quant à la manière de faire respecter des accords de règlement issus de la médiation impliquant plusieurs pays.

Les États membres des Nations Unies seront en mesure de signer [la nouvelle convention](#) en Août 2019 à Singapour, après quoi elle sera officiellement intitulée. Au titre de celle-ci, les accords de règlements internationaux fondés sur la médiation devront suivre un cadre uniforme, et leurs conclusions auront force exécutoire au titre des règles de la Convention.

La Convention présente les définitions et principes généraux agréés, les obligations des parties s'appuyant sur ces accords de règlement, les motifs permettant à l'une



des parties à la convention de ne pas accorder réparation, les demandes ou recours parallèles susceptibles d'affecter la réparation, les réserves, ainsi que les relations avec d'autres législations et traités des parties concernées.

Elle entrera en vigueur six mois après le dépôt, par au moins trois pays, de leurs instruments de ratification. Pour chaque nouvelle ratification suivante, la convention entrera en vigueur dans le pays après un délai de six mois.

Le nouveau cadre de l'Union européenne pour le filtrage des investissements étrangers entre en vigueur

Le nouveau cadre de l'Union européenne visant à filtrer l'IDE devrait être en vigueur, suite à la publication du texte dans le journal officiel de l'Union européenne. Le cadre donnera aux États membres ainsi qu'à la Commission européenne jusqu'en octobre 2020 pour adopter les changements législatifs requis.

Le nouveau système envisage une procédure de 35 jours qui, d'après les auteurs eux-mêmes, devrait faciliter le travail conjoint de la Commission et des États membres à l'heure d'évaluer les éventuelles incidences de l'IDE sur la sécurité et l'ordre publics, tout en donnant à la Commission le mandat de publier les avis sur la question, dans certains cas.

D'après une [feuille d'information](#) de la Commission européenne, les facteurs pouvant influencer son évaluation sont, entre autres, le point de savoir si ces investissements affecteront « les infrastructures, les technologies et intrants critiques, tels que l'énergie ou les matières premières, l'accès aux informations sensibles ou la capacité de contrôler l'information, ou la liberté ou le pluralisme des médias ». Les États membres ne disposant pas d'ores et déjà de mécanisme national de filtrage ne sont pas tenus d'en mettre en œuvre.

Les ministres du RCEP font le point sur les négociations, et poussent pour une conclusion en 2019

Le 2 mars dernier, les ministres des 16 pays négociant actuellement le RCEP se sont réunis à Siam Reap, au Cambodge à l'occasion d'une réunion intersessionnelle visant à faire le point sur les négociations et à réaffirmer leur objectif révisé de conclure les pourparlers cette année.

Le RCEP regroupe les 10 membres de l'Association des Nations d'Asie du Sud-Est (ANASE) et leurs six partenaires à différents Accords de libre-échange

(ALE) : l'Australie, la Chine, la Corée du Sud, l'Inde, le Japon et la Nouvelle Zélande. Les négociations ont été lancées en 2012.

Les négociateurs s'étaient auparavant retrouvés à Bali, en Indonésie, du 19 au 28 février dernier, notamment à l'occasion d'une série de réunions des groupes de travail chargés des échanges de biens et de services, ainsi que du groupe de travail sur l'investissement, entre autres. Un [résumé de la réunion](#) publié par le gouvernement australien indique que les négociations relatives à l'accès au marché et celles fondées sur un texte ont progressé.

Les négociateurs du groupe se réuniront de nouveau à Melbourne, en Australie, du 28 juin au 3 juillet, tandis que les ministres devraient tenir une nouvelle réunion intersessionnelle en août.

Le point sur le CPTPP : l'accord commercial est maintenant en vigueur dans sept parties signataires, et d'autres devraient suivre

Le CPTPP est entré en vigueur le 30 décembre 2018, lorsqu'il a pris effet en Australie, au Canada, au Japon, au Mexique, en Nouvelle-Zélande et à Singapour. Le Vietnam a suivi le 14 janvier 2019.

La procédure de ratification de l'accord est en cours au parlement chilien : le Comité des affaires étrangères et du trésor de la chambre des députés chilienne a [voté en faveur](#) du CPTPP, et c'est maintenant à la chambre dans son ensemble de l'approuver avant qu'il ne soit examiné par le Sénat. Brunei et le Pérou n'ont pas encore ratifié l'accord, tout comme la Malaisie qui a indiqué par le biais de [représentants du ministère du Commerce](#) qu'elle examinait actuellement les incidences de l'accord sur ses perspectives d'investissement. D'après les représentants, le pays évalue également si le CPTPP pourrait affecter sa position au sein de l'ANASE.

La Thaïlande prépare actuellement une [demande d'accession](#) au CPTPP qu'elle présentera dans les prochaines semaines, d'après les déclarations d'un représentant du ministère du Commerce.

Les États membres de l'ANASE vont signer un quatrième protocole portant amendement de l'Accord d'investissement global

Les ministres de l'Économie des pays de l'ANASE devraient se réunir en Thaïlande ce mois-ci, pour [signer](#) un nouveau protocole portant révision du large accord



d'investissement en vigueur au sein de l'ANASE, ainsi que du nouvel Accord de l'ANASE sur le commerce des services (ATISA). Les négociations relatives à la mise à jour des deux accords se sont conclues fin 2018.

La réunion des ministres de l'Économie est prévue pour les 23 et 24 avril prochains. L'Accord d'investissement global révisé de l'ANASE (ACIA) **devrait inclure** l'interdiction des prescriptions de résultats, et transformer la liste actuelle de réserves présentée en une seule annexe en une liste négative présentée dans deux annexes. Cela implique la scission de la liste existante pour que les mesures non conformes qui sont en vigueur restent dans la première annexe, tandis que la seconde détaillerait les secteurs ou sous-secteurs qui ne seraient pas libéralisés.

L'Australie et l'Indonésie signent un accord de partenariat économique incluant un mécanisme RDIE

L'Australie et l'Indonésie ont à présent signé leur Accord de partenariat économique global (IA-APEG), mettant ainsi fin au processus de négociation entamé en **novembre 2010**. Les deux pays ont signé l'accord le 4 mars 2019. L'IA-APEG inclut également un chapitre sur **l'investissement**, et quatre annexes connexes, incluant un code de conduite pour les arbitres, l'expropriation et l'indemnisation, la politique d'investissement étranger et la dette publique.

Entre autres dispositions, le chapitre sur l'investissement de l'accord inclut un mécanisme RDIE. Le chapitre interdit l'examen au titre du RDIE des recours portant sur des mesures de santé publique, ainsi que ceux impliquant des investissements « établis par le biais d'agissements illicites », à l'exception des investissements « établis par le biais d'une violation mineure ou technique de la loi ».

Les recours frivoles ou sans fondement ne sont pas autorisés au titre du mécanisme RDIE, ni ceux relatifs à la clause NPF du chapitre, si le plaignant l'utilise pour arguer « qu'un autre accord international contient des droits et obligations plus favorables ».

L'accord doit maintenant être ratifié par les organes législatifs des deux pays avant d'entrer en vigueur.

Le Groupe de travail III de la CNUDCI a tenu sa quatrième session à New York

Entre le 1er et le 5 avril, les délégués ont entamé un nouveau cycle de discussions sur une réforme multilatérale du RDIE au sein de la CNUDCI. La réunion du **Groupe de travail III, chargé de ce processus,**

a eu lieu à New York.

Les délégués ont examiné plusieurs questions, telles que le financement par des tiers et le développement d'un « programme de travail » pour orienter les délibérations à venir. L'Union européenne a également **présenté sa proposition** en faveur d'un tribunal multilatéral des investissements.

Le Chili, le Costa Rica, l'Indonésie, Israël, le Japon, la République dominicaine, la Thaïlande et l'Union européenne ont tous présenté des communications écrites avant la réunion.

Les discussions relatives à la facilitation de l'investissement ont repris au sein d'un groupe de membres de l'OMC

Le mois dernier, des « discussions structurées » sur un éventuel cadre multilatéral pour la facilitation ont repris à Genève. La réunion organisée début mars représentait la première session de l'année, et marque le début d'une nouvelle phase dans le processus de discussions structurées. Les membres de l'OMC concernés se sont déjà réunis à sept reprises au cours de l'année 2018, examinant une série d'objectifs généraux que le cadre permettrait d'atteindre.

Ces objectifs figurent dans une **déclaration conjointe** émise suite à la Conférence ministérielle 2017 de l'OMC à Buenos Aires, en Argentine, qui marquait le lancement formel du processus. Il s'agit « d'améliorer la transparence et la prévisibilité des mesures concernant les investissements ; de simplifier et d'accélérer les procédures et prescriptions administratives ; et de renforcer la coopération internationale, le partage de renseignements, l'échange des meilleures pratiques et les relations avec les parties prenantes pertinentes, y compris la prévention des différends ».

La réunion de mars a mis l'accent sur la manière d'améliorer la transparence et la prévisibilité des caractéristiques de l'investissement. Dans ses **remarques liminaires** à cette occasion, le Directeur de l'OMC, Roberto Azevêdo, a exhorté les participants à faire preuve de « créativité et de flexibilité » à l'heure d'aborder « les discussions pratiques, fondées sur des exemples » dans le cadre de cette « phase axée sur les résultats ». Pour chacun des objectifs, les participants à cette initiative travaillent sur la base d'une liste de questions qui ont émergé des discussions de 2018.



SENTENCES ET DÉCISIONS

Un tribunal du CIRDI accorde à ConocoPhillips 8,7 milliards USD plus intérêts, dans un différend contre le Venezuela

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. et ConocoPhillips Company c. la République bolivarienne du Venezuela, Affaire CIRDI n° ARB/07/30

Gregg Coughlin

Un tribunal du CIRDI a accordé plus de 8,7 milliards USD plus intérêts à ConocoPhillips suite à l'expropriation illicite, par le Venezuela, de trois investissements pétroliers réalisés par des filiales néerlandaises de l'entreprise étasunienne ConocoPhillips. Le tribunal a rendu son verdict le 8 mars 2019, près de six ans après la décision de septembre 2013 sur la compétence et le fond. La décision arrive également près d'un an après qu'un [tribunal de la CCI ait accordé 2 milliards USD](#) dans un recours distinct contre le Venezuela, fondé sur un contrat et portant sur deux des trois investissements pétroliers impliqués dans cette affaire.

Le contexte et les recours

Au milieu des années 1990, ConocoPhillips investit dans trois projets – les projets Hamaca, Petrozuata et Corocoro – portant sur la production, le raffinage partiel et la vente de bruts extra lourds provenant de la ceinture de l'Orénoque.

En 2007, le Venezuela tenta de restructurer les projets en entreprises dans lesquelles les filiales de Petrôleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), l'entreprise pétrolière d'État vénézuélienne, détiendraient 60 pour cent des parts, mettant ainsi l'investissement de ConocoPhillips en conformité avec les prescriptions juridiques et fiscales applicables à toutes les entreprises dans le secteur pétrolier au Venezuela. ConocoPhillips rejeta les termes de l'accord de restructuration et finit par quitter le marché vénézuélien, après quoi PDVSA nationalisa les projets.

Le 2 novembre 2007, ConocoPhillips lança un arbitrage contre le Venezuela, alléguant une expropriation illicite et la violation de la norme du traitement juste et équitable contenue dans le TBI Pays-Bas-Venezuela (le TBI). ConocoPhillips réclamait 21 milliards USD à titre d'indemnisation, mais le Venezuela soutenait que

l'investisseur ne pouvait prétendre qu'à 515 millions USD.

En 2013, la majorité du tribunal conclut que le Venezuela n'avait pas négocié de bonne foi une indemnisation juste telle que requise par l'article 6(c) du TBI. En 2017, le tribunal rendit une décision provisoire en réponse à la troisième demande vénézuélienne de réexamen de la décision de 2013. Dans la décision provisoire de 2017, le tribunal précisa qu'il n'avait pas conclu en l'absence de bonne foi du Venezuela dans ses efforts de négociation, mais que le pays n'avait pas négocié une offre conforme aux prescriptions du TBI en faveur d'une indemnisation juste fondée sur la valeur de marché.

Choix du droit applicable : norme d'indemnisation du TBI et norme contractuelle

Le Venezuela arguait que ConocoPhillips ne pouvait réclamer des dommages supérieurs à ceux prévus par les Accords d'association (AA) portant sur les contrats originaux des projets, et par la loi vénézuélienne au moment de l'investissement, car ces conditions plafonnaient les bénéfices prévus de ConocoPhillips ainsi que la responsabilité éventuelle de l'État au titre du TBI.

Le tribunal observa que, puisque le recours avait d'abord été présenté au titre de l'article 6 du TBI, les AA et le droit vénézuélien n'étaient pas directement applicables. Toutefois, puisque l'indemnisation des droits et actifs de ConocoPhillips devait inclure ce à quoi les investisseurs auraient pu prétendre en l'absence d'expropriation, le tribunal détermina que l'indemnisation devait tenir compte à la fois de la norme du TBI et des dispositions des AA.

Le Venezuela a la charge de la preuve des coûts des projets, ConocoPhillips a la charge de la preuve des prix de vente

Le tribunal approuva tous les coûts attendus pour les projets. S'agissant des prix de vente entre 2007 et 2020, le tribunal retint les prix de vente réels, rejetant à la fois la préférence du Venezuela en faveur de prix inférieurs, et l'affirmation de ConocoPhillips que le brut aurait pu être vendu à des prix supérieurs s'il avait été géré par l'investisseur durant la période en question. S'agissant des prix post-décision, le tribunal détermina que les prix relatifs à la production future seraient fondés sur la moyenne des prix en 2020, relevés chaque année d'un taux fixe.



La taxe sur les super profits incluse dans l'AA Petrozuata constitue une action discriminatoire

Le tribunal détermina que la Taxe sur les profits exceptionnels (TPE) imposée par le Venezuela ne devait pas être incluse dans l'évaluation des profits raisonnables prévus de ConocoPhillips, car les AA donnaient clairement au Venezuela le pouvoir de modifier le régime fiscal en cas de hausse des prix du brut, et toute exemption de la TPE ne pouvait être accordée qu'à la discrétion du Venezuela. Toutefois, le tribunal détermina également que la TPE constituait une action discriminatoire au titre de l'AA Petrozuata, car elle autorisait le pays à appliquer des exemptions à différentes entreprises du secteur pétrolier, de manière inégalitaire.

Aperçu du taux d'actualisation et facteurs pertinents

Compte tenu de ces éléments, le tribunal évalua les bénéfices et dividendes anticipés que ConocoPhillips aurait reçu pendant la durée de vie des projets. D'abord, le tribunal rejeta l'affirmation du Venezuela selon laquelle le taux de rentabilité interne de ConocoPhillips fixé à 20 pour cent était le taux d'actualisation pertinent. Il adopta au contraire la position de ConocoPhillips selon laquelle, une fois que le taux de rentabilité interne, ou taux de rentabilité minimal est dépassé, il cesse d'être pertinent et ne devrait plus être utilisé car il constitue simplement le taux de rentabilité minimum auquel ConocoPhillips s'attendait. Le tribunal détermina également que les coûts d'emprunt du Venezuela n'affectaient pas l'analyse du taux d'actualisation, si ce n'est qu'ils accroissaient le risque politique car le financement des projets pétroliers dépend de chaque projet et ne fait habituellement pas partie des contraintes générales de l'économie vénézuélienne.

Les effets de l'expropriation et de la fiscalité sur le taux d'actualisation

Le tribunal observa que « le taux d'actualisation ne doit pas servir de prime à des actes illicites commis par l'État d'accueil au détriment de l'investissement » (para. 906). Mais il observa également que l'expropriation accompagnée d'une « indemnisation juste » était permise au titre du TBI, et donc que ConocoPhillips assumait certains risques d'expropriation. Par conséquent, le tribunal inclut dans le taux d'actualisation le risque d'une différence entre une « indemnisation juste » et la réparation intégrale des pertes subies du fait de l'expropriation.

Le tribunal fixe le taux d'actualisation à 17,25 pour cent

Au final, le tribunal utilisa le taux d'actualisation de 13 pour cent utilisé par ConocoPhillips en 2006 comme point de référence, déterminant qu'il représentait mieux les

risques prévus des projets que toutes les autres alternatives présentées par les parties au différend. Il le ramena ensuite à 9,75 pour cent pour tenir compte des risques liés à la production réduite et aux coûts plus élevés, déjà comptabilisés. Le combinant au coût du capital (à un taux sans risques et tenant compte du risque du secteur), et y ajoutant sa marge de discrétion, le tribunal arriva à un taux d'actualisation de 17,25 pour cent.

Le taux d'intérêt

Le tribunal observa que l'application d'un taux sans risque, tel que soutenu par le Venezuela, permettrait au Venezuela de conserver les dividendes expropriés et d'engranger de meilleurs bénéfices, tandis que ConocoPhillips « devrait se contenter du taux minimal absolu disponible sur le marché financier » (para. 816). Il utilisa donc le coût des fonds propres de ConocoPhillips comme taux d'intérêt pré-décision, qu'il réduisit pour refléter les conclusions qu'il avait adopté s'agissant des coûts plus élevés que prévus.

En revanche, pour déterminer le taux d'intérêt post-décision, le tribunal se fonda sur la possibilité réduite des investisseurs d'investir dans le secteur pétrolier. Aussi, il adopta le taux de risque du secteur fixé à 5,5 pour cent (composé annuellement) comme taux d'intérêt post-décision.

Le total accordé

Au final, le tribunal accorda aux demandeurs 8,4 milliards USD pour expropriation illicite en violation de l'article 6 du TBI, et 286 millions USD pour les actions discriminatoires prises en violation de l'AA Petrozuata. Le tribunal accorda également à ConocoPhillips le remboursement de 40 pour cent de ses frais juridiques, d'un total de 20 millions USD. Finalement, le tribunal déclara que le montant total accordé était net d'impôts.

Remarques : le tribunal était composé d'Eduardo Zuleta (président, nommé par le président du Conseil administrative du CIRDI, de nationalité colombienne, en remplacement de Kenneth Keith, de nationalité néozélandaise, qui a démissionné en 2016), de Yves Fortier (nommé par les demandeurs, de nationalité canadienne) et d'Andreas Bucher (nommé par le défendeur, de nationalité suisse, en remplacement de Georges Abi-Saab, de nationalité égyptienne, qui a démissionné en 2015). La décision est disponible en anglais sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10402.pdf>.

Gregg Coughlin est étudiant international à Genève, venant de l'Université de droit de Michigan, et consultant externe auprès du programme de l'IISD pour l'investissement au service du développement durable.



Le Venezuela survit à des recours fondés sur l'expropriation et le TJE présentés par Anglo American au CIRDI

Anglo American PLC c. la République bolivarienne du Venezuela, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/14/1

Vishakha Choudhary

Suite à la dénonciation par le Venezuela de la Convention du CIRDI en 2012, le pays a fait face à une vague de recours. Dans l'une de ces affaires, lancée par Anglo American PLC (Anglo American), un investisseur enregistré au Royaume-Uni, la majorité d'un tribunal du mécanisme supplémentaire du CIRDI rejeta tous les recours.

Le contexte et les recours

Anglo American détenait indirectement 91,37 pour cent de Minera Loma de Niquel C.A. (MLDN), une entreprise minière vénézuélienne opérant dans des dépôts de nickel et de cobalt. Entre 1992 et 1999, MLDN reçut plusieurs concessions minières du gouvernement vénézuélien, qui expiraient en 2012. Ces accords de concession prévoyaient, à leur terme, le transfert de propriété des actifs miniers de MLDN à l'État. En outre, la loi vénézuélienne de 2002 sur la TVA autorisait MLDN à récupérer la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) payée pour l'acquisition de biens et services au Venezuela.

Anglo American alléguait que le Venezuela avait exproprié les centres de traitement et les stocks de MLDN lorsque les concessions avaient expiré, arguant qu'il s'agissait « d'actifs non transférables ». Elle prétendait également que le pays avait violé la norme TJE au titre du TBI Royaume-Uni-Venezuela car il avait cessé de rembourser la TVA à MLDN en 2010. Le Venezuela déposa une demande reconventionnelle contre Anglo American, réclamant des dommages pour violation de l'accord de concession.

Le tribunal rejette les objections du Venezuela à la compétence

Dans son objection à la compétence matérielle du tribunal, le Venezuela argua que puisque le TBI ne faisait pas référence aux « investissements indirects », ceux-ci n'étaient pas protégés. Il suggéra que le Royaume-Uni et le Venezuela avait délibérément omis toute référence aux « investissements indirects » dans le TBI en s'écartant de la pratique textuelle qu'ils suivaient habituellement.

Le tribunal centra son analyse sur la formulation très large du TBI, qui étendait sa protection à « tout type d'actifs ». La liste d'investissements protégés figurant

après le « chapeau » de la disposition était considérée comme indicative, et non pas une limitation du large champ d'application matériel. Le tribunal souligna la « réalité économique » de l'époque où le TBI avait été conclu, notant que les investissements indirectement détenus étaient monnaie courante. C'est pourquoi il déterminait que les investissements indirects d'Anglo American – ses parts dans MLDN et sa participation aux actifs de MLDN – étaient des « investissements » protégés par le TBI. S'agissant de la participation d'Anglo American aux actifs de MLDN, le tribunal fit également référence à l'article 5(2) du TBI, qui interdit l'expropriation illicite des actifs d'une entreprise « dans laquelle des citoyens ou entreprises de l'autre partie contractante détiennent des parts ». Par conséquent, le tribunal affirma sa compétence sur les recours.

La deuxième objection du Venezuela, fondée sur une disposition relative au choix du forum exclusif contenue dans les accords de concessions, fut rapidement rejetée. Le tribunal observa qu'Anglo American n'était pas partie à ces accords de concession, et n'avait pas cherché à déguiser ses recours contractuels en différends relatifs à l'investissement.

Les actifs soi-disant expropriés étaient « transférables »

Les parties étaient d'accord sur le fait que si les actifs étaient transférables à l'État à l'expiration des concessions, la question de l'expropriation ne se poserait pas. Anglo American affirmait qu'au titre des accords de concession et des lois minières, le Venezuela ne pouvait récupérer que les actifs utilisés pour la réalisation des « objets des concessions », à savoir les activités d'exploration et d'exploitation minière. Aussi, les actifs utilisés pour les activités accessoires de traitement et les stocks n'étaient pas transférables. Le Venezuela contra ces arguments, affirmant que ces instruments juridiques ne réglaient pas les activités primaires et les activités minières secondaires différemment, mais que tous deux imposaient le transfert au Venezuela, sans indemnisation, de tous les actifs utilisés pour les activités minières.

Le tribunal observa que les accords de concession classaient les actifs « envisagés aux fins de » de la concession et en « faisant partie intégrale » comme étant transférables. Interprétant les accords à la lumière de la loi minière vénézuélienne de 1945, le tribunal conclut que la finalité des accords s'étendait à la réglementation du « droit exclusif d'extraire et d'utiliser » les ressources minières. Aussi, les actifs liés aux activités qui profitaient ou bénéficiaient de



la mine, notamment les centre de traitement, étaient envisagés « aux fins de » la concession. En outre, le tribunal considéra que les actifs liés au traitement faisaient partie « intégrale » de la concession puisqu'ils se trouvaient sur le site de la concession. Aussi, le tribunal déterminait que les actifs de MLDN étaient transférables et n'avaient pas été expropriés.

La majorité évalua également l'impact de la nouvelle loi minière vénézuélienne de 1999 sur ses conclusions, mettant l'accent sur deux aspects majeurs. D'abord, la nouvelle loi maintenait les droits et obligations des concessionnaires inclus dans l'ancienne loi. Ensuite, toute éventuelle distinction entre activités primaires et activités minières secondaires dans la loi était sans importance, puisque la loi appelait au transfert de tous les actifs « acquis visant à être utilisés dans les activités minières ». Observant qu'Anglo American faisait référence aux « activités de traitement » comme étant des activités minières, le tribunal considéra que cela ne changeait en rien le fait que les actifs des demandeurs étaient transférables.

Finalement, il examina la loi sur l'investissement vénézuélienne de 1999, qui mandatait l'indemnisation de la valeur non amortie des actifs transférés. Le tribunal considéra que, puisque la loi maintenait les droits et obligations contenus dans les accords antérieurs, la renonciation d'Anglo American à une indemnisation au titre des accords de concession restait en vigueur. S'agissant des stocks d'Anglo American, composés de matières premières, la majorité parvint à la même conclusion, pour les mêmes raisons.

La conduite du Venezuela est critiquable mais ne viole pas le TJE

Anglo American prétendait que la cessation du remboursement de la TVA, que MLDN avait perçu depuis 2001, équivalait à une violation du TJE. À l'inverse, le Venezuela attribuait cette cessation au fait qu'Anglo American n'avait pas réalisé les déductions de ses crédits de TVA dans les déclarations correspondantes, après l'introduction de changements réglementaires en 2005.

Pour commencer, le tribunal rejeta l'argument du Venezuela selon lequel le TJE « au titre du droit international » exige uniquement le respect de la norme minimale de traitement au titre du droit international coutumier. Selon lui, ces termes représentaient la base du TJE et « la norme minimale de traitement du droit international

coutumier a évolué » pour inclure « les attentes légitimes, la transparence, le caractère raisonnable, l'application régulière du droit, ainsi que l'absence de discrimination et d'arbitraire » (paras. 442-443).

Le tribunal souligna par la suite que le Venezuela ne s'était pas bien conduit car il n'avait pas informé MLDN de la cessation des remboursements de TVA en temps opportun. Il s'abstint pourtant de conclure à une violation du TJE : il considérait que la conduite du Venezuela se justifiait puisque l'État cherchait à éviter la double comptabilisation des crédits de TVA. En outre, le tribunal souligna qu'en l'absence d'un engagement spécifique en ce sens, le demandeur ne pouvait s'attendre à ce que « ni la loi, ni la pratique administrative ne changeraient » (para. 468). Finalement, il rejeta les recours d'Anglo American, déterminant que le manque de transparence dans la conduite de l'un des représentants du pays ne représentait pas la position du Venezuela.

Le tribunal blâma Anglo American pour la façon mollassonne dont elle avait présenté ses griefs aux représentants vénézuéliens, et pour le fait qu'elle n'avait pas respecté les changements réglementaires bien qu'elle reçût (tardivement) les informations correspondantes.

Rejet des autres recours et de la demande reconventionnelle du Venezuela

Anglo American mit en avant deux violations de la norme de protection et sécurité intégrales : la sécurité physique de ses actifs et la sécurité juridique des remboursements de la TVA. S'agissant de la saisie physique des actifs de l'entreprise, le tribunal y appliqua son raisonnement sur l'expropriation. En outre, selon le tribunal, la « sécurité juridique » au titre de la norme de la protection et la sécurité intégrales exigeait la même analyse que celle de la norme TJE. Il rejeta donc les deux recours.

Il rejeta également les arguments d'Anglo American en faveur d'une violation du traitement national, en l'absence de preuves d'une discrimination. Enfin, il rejeta la demande reconventionnelle du Venezuela puisque l'article 8(3) du TBI limitait la compétence du tribunal aux « violations par la partie contractante concernée » de ses obligations.

Le montant accordé et les coûts

Puisqu'il avait rejeté les recours et la demande reconventionnelle, le tribunal adopta une approche équilibrée des coûts : si Anglo American avait eu gain de cause s'agissant de la compétence, elle avait échoué



sur le fond. À l'inverse, le Venezuela avait face à des coûts inutiles suite au retrait de certains recours par l'investisseur, mais avait tardé à payer les provisions relatives à la phase finale de la procédure d'arbitrage. Il ordonna donc à chacune des parties de payer ses propres frais juridiques.

L'opinion divergente de Tawil

L'arbitre Guido Santiago Tawil n'était pas d'accord avec les conclusions de la majorité quant au fond. Premièrement, selon lui, l'objet des accords de concession et de la loi minière de 1945 était les activités d'exploration et d'exploitation. Le droit de l'investisseur « d'exploiter et de tirer profit » de la mine au titre de cet accord ne définissait pas, au sens de l'arbitre, son objet, mais visait à garantir que les opérations minières soient menées à des fins économiques. Aussi, il conclut que les actifs utilisés pour le traitement du nickel et du cobalt extraits ne relevaient pas de l'objet premier de la concession, et qu'ils n'étaient pas transférables, et que, par conséquent, la saisie des actifs de l'entreprise sans indemnisation par le Venezuela équivalait à une expropriation illicite.

Ensuite, s'agissant du TJE, Tawil remettait en cause l'évaluation par la majorité de la conduite du Venezuela : il détermina que l'absence de publication ou de notification des changements administratifs à MLDN de manière opportune et raisonnée était contraire à la transparence requise par la norme TJE. Selon lui, le fait que MLDN n'ait pas demandé d'explication aux tribunaux locaux ne pouvait porter atteinte à ses droits, ni libérer l'État de ses obligations.

Remarques : le tribunal était composé de Yves Derains (président, nommé par les parties, de nationalité française), de Guido Santiago Tawil (nommé par le demandeur, de nationalité argentine) et de Raúl E. Vinuesa (nommé par le défendeur, de nationalités argentine et espagnole). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10293.pdf>

Vishakha Choudhary est étudiante en Master en droit (2019) à l'Europa-Institut, Université de Saarland (Allemagne) et chercheuse à la chaire du Prof. Dr. Marc Bungenberg, Directeur de l'Europa-Institut.

L'Italie est jugée coupable suite à la modification de sa politique en matière d'énergies renouvelables dans un arbitrage intra-UE

Greentech Energy Systems A/S & Ors. c. La République d'Italie, Arbitrage CCS V (2015/095)

Shyam Balakrishnan

Le 23 décembre 2018, un tribunal de la CCS a rendu une décision jugeant l'Italie coupable de la violation de la norme TJE au titre de l'article 10(1) du TCE, et accordant aux trois demandeurs (deux entreprises enregistrées au Luxembourg, et une au Danemark) des dommages d'environ 15 millions USD.

Le contexte et les recours

Les demandeurs, qui avaient investi dans 134 centrales photovoltaïques (PV), alléguèrent que, au moment de réaliser leur investissement, l'Italie leur avait promis certaines mesures incitatives financières dans le but de les convaincre d'investir. Ils affirmaient que ces investissements avaient été réalisés dans l'attente que les incitations financières prévues par la loi, des décrets et un contrat, resteraient inchangées.

La plus importante de ces mesures était le décret *Conto Energia*, qui offrait des primes tarifaires (des tarifs supérieurs aux prix de marché) pendant une période de 20 ans à partir de la date de l'accord conclu entre la PV et *Gestore dei Servizi Energetici* (GSE), une entreprise étatique, et de la connexion au réseau électrique.

Dès 2012, l'Italie mit en œuvre une série de mesures, notamment le décret-loi n° 91/2014 du 24 juin 2014 (le décret *Spalma-incentivi*), qui rabaisait la valeur des incitations offertes aux demandeurs. Soutenant que cette mesure leur portait préjudice ainsi qu'à leurs investissements respectifs, les demandeurs affirmaient que l'Italie avait violé la norme TJE, la clause d'entrave et la clause parapluie au titre de l'article 10(1) du TCE, et réclamaient des dommages, en plus d'un jugement réparatoire.

Dans le but de contrecarrer le recours, l'Italie s'opposa à la compétence du tribunal pour plusieurs raisons, notamment sur la base du RDIE intra-UE. Sur le fond, elle arguait que son droit de réglementer l'autorisait à modifier la structure des incitations et que la mesure était raisonnable et proportionnée. Le tribunal n'en fut toutefois pas convaincu.

Objections intra-UE : *Achmea* au secours de l'Italie ? Pas vraiment

S'agissant de l'objection de l'Italie à la compétence



du tribunal, le mémoire d'amicus curiae présenté par la Commission européenne, et la décision sur l'affaire *Achmea*, le tribunal fit plusieurs observations importantes.

Il observa d'abord que le TCE n'excluait pas automatiquement les différends intra-UE. Faisant référence aux décisions dans les affaires *RREEF Infrastructure c. l'Espagne* et *Eiser c. l'Espagne*, il remarqua que le TCE ne contenait pas de « clause de déconnexion » implicite. Le tribunal détermina que si l'intention de l'UE avait été d'exclure les différends intra-UE de la couverture du TCE, elle aurait introduit une exclusion expresse.

Ensuite, abordant la question de la modification supposée du TCE compte tenu du Traité de Lisbonne, le tribunal remarqua que l'Italie ne pouvait pas s'appuyer du l'article 30 CVDT (intitulé « Application de traités successifs portant sur la même matière ») puisqu'elle n'avait pas réussi à démontrer que le TCE et le Traité de Lisbonne étaient en réalité « des traités successifs portant sur la même matière » (para. 346).

S'agissant de l'argument selon lequel l'article 344 TFUE empêcherait le tribunal d'affirmer sa compétence, ce dernier observa que l'article précisait que les États membres de l'UE « s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ». Le tribunal conclut que l'article 344 portait sur les différends impliquant des États membres de l'UE ou des institutions européennes, mais pas sur les différends investisseur-État. Aussi, il ne fut convaincu par aucun des arguments présentés.

Finalement, le tribunal examina la décision sur l'affaire *Achmea*, et notamment le point de savoir si la décision de la CJUE aurait des effets sur sa compétence. Toutefois, il n'en fut pas convaincu et rejeta l'objection pour trois raisons.

Premièrement, en singularisant la décision de la CJUE, le tribunal observa que la compétence de cette dernière découlait de l'article 26 TCE et non pas d'un TBI intra-UE. Ce faisant, le tribunal adopta le point de vue des tribunaux des affaires *Eiser* et *Novenergia II*.

Ensuite, le tribunal rejeta l'affirmation de l'Italie selon laquelle la disposition sur le droit applicable dans l'article 26(6) TCE justifierait l'application du droit européen au présent différend. Il remarqua que la disposition, qui affirme qu'un tribunal arbitral investisseur-État « statue sur les questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et

principes applicables de droit international », ne pouvait être étendue pour inclure le droit européen. Le tribunal remarqua que son mandat se limitait à examiner les violations alléguées par l'Italie du TCE et du droit international, mais pas du droit européen.

Enfin, le tribunal conclut que la décision sur l'affaire *Achmea* ne couvrait que les accords conclus entre États membres de l'UE et donnait la possibilité de régler les différends au titre d'accords multinationaux qui ne sont pas « intra-UE » en soi. Aussi, faisant référence à la décision dans l'affaire *Masdar c. l'Espagne*, le tribunal conclut que la décision sur l'affaire *Achmea* n'avait pas « pour effet d'exclure » sa compétence (para. 395).

Le TJE et les attentes légitimes

Afin d'examiner la violation supposée du TJE, le tribunal examina d'abord si, au moment de réaliser leur investissement, l'on avait laissé entendre aux demandeurs que les tarifs incitatifs resteraient inchangés. Il remarqua que, lorsque les demandeurs avaient investi dans les centrales PV, il y avait suffisamment de preuves dans le décret *Conto Energia*, les accords avec GSE et la correspondance avec GSE pour affirmer que le taux de retour resterait le même pendant 20 ans. Le tribunal fut donc d'avis que la modification par l'Italie du taux de retour par le biais du décret *Spalma-incentivi* violait les attentes des investisseurs et la norme TJE.

Le droit de l'Italie de réglementer

S'agissant des arguments de l'Italie selon lesquels le décret *Spalma-incentivi* relevait de son droit de réglementer, le tribunal observa que « les assurances répétées et précises apportées à des investisseurs spécifiques équivalaient à une garantie que les tarifs resteraient fixes » (para. 450). Il rejeta l'argument de l'Italie selon lequel l'objet de son décret visait à compenser le fournisseur de service et à réduire les coûts pour les consommateurs. Selon le tribunal, ce motif politique ne satisfaisait pas le seuil de la *force majeure* qui permettrait à l'Italie de s'écarter de ses engagements contraignants. Le tribunal conclut que la « spécificité des assurances offertes par l'Italie (le décret *Conto Energia*, les déclarations et conduites de représentants italiens, et des lettres émanant de GSE et l'accord avec GSE) » comportaient les caractéristiques d'une clause de stabilité, et que l'Italie avait renoncé à ses droits de modifier ses engagements.

La clause parapluie

L'Italie affirma que la clause ne pouvait inclure les engagements statutaires qui n'étaient pas donnés à un



investisseur spécifique. Toutefois, le tribunal considéra que le terme « obligations » dans la clause incluait les instruments législatifs pouvant être considérés comme des engagements donnés aux investisseurs. Il détermina que la question pertinente n'était pas de savoir si les engagements donnés au titre du décret *Conto Energia* ou des lettres de GSE et de l'accord avec GSE seraient, individuellement, couverts par la clause parapluie du TCE, mais de savoir si l'Italie avait violé la clause parapluie compte tenu que les investisseurs jouissaient des bénéfices de toutes ces « obligations ». Compte tenu de cette caractérisation, le tribunal considéra que l'Italie avait aussi violé la clause parapluie.

Les dommages et les coûts

Puisqu'il avait déterminé que l'Italie avait violé son obligation TJE, le tribunal accorda aux demandeurs 11,9 millions d'euros à titre de dommages, plus intérêts composés. L'Italie fut également condamnée à payer les frais d'arbitrage des demandeurs et d'autres coûts raisonnables, soit 478 000 € et 1 408 268 € respectivement.

L'opinion divergente

Giorgio Sacerdoti n'était pas d'accord avec les conclusions de la majorité quant au fond. L'arbitre était d'avis que le décret *Spalma-incentivi* était raisonnablement prévisible et ne sapait pas les attentes des investisseurs. Il observa que les mesures prises par l'Italie étaient raisonnables et proportionnées au regard de leur objectif et de leurs résultats ; transparentes dans leur promulgation ; équilibrées et limitées quant à leur impact sur les opérateurs » (opinion divergente, para. 49). Aussi, il considéra que l'Italie n'avait pas violé la norme TJE. Dans une veine similaire, il détermina également qu'il n'y avait pas eu violation de la clause d'entrave, ni de la clause parapluie.

Remarques : le tribunal était composé de William W. Park (président nommé par les co-arbitres, des États-Unis), de David R. Haigh (nommé par les demandeurs, de nationalité canadienne), et de Giorgio Sacerdoti (nommé par le défendeur, de nationalité italienne). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10291.pdf> et l'opinion divergente de Giorgio Sacerdoti est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10292.pdf>

Shyam Balakrishnan est actuellement étudiant en Master de droit en règlement des différends internationaux (MIDS) à Genève. Auparavant, il était associé chez Veritas Legal, Advocates & Solicitors à Mumbai, en Inde.

Un tribunal détermine qu'en l'absence de paiement d'une indemnisation, la Bolivie a exproprié un investissement, mais n'accorde à l'investisseur britannique que les coûts irrécupérables

South American Silver Limited (Bermuda) c. l'État plurinational de Bolivie, Affaire CPA n° 2013-15

Trishna Menon

Dans un arbitrage de la CNUDCI, sous l'égide de la CPA, lancé par South American Silver Limited (Bermudes) (SAS) contre la Bolivie, un tribunal a déterminé que la Bolivie avait exproprié l'investissement de SAS de manière illicite, mais n'a accordé à l'investisseur dans le secteur minier que les coûts irrécupérables. La décision finale a été rendue le 22 novembre 2018.

Le contexte et les recours

Le 7 novembre 2003, Compañía Minera Malku Khota (CMMK) a été enregistrée en Bolivie pour explorer et développer le projet minier Malku Khota. Le demandeur, SAS, détenait indirectement l'intégralité des parts de CMMK.

Entre 2003 et 2007, CMMK acquit dix concessions minières. Des communautés autochtones, regroupées en *ayllus* occupaient la zone des concessions. En 2010, les membres de ces communautés accusèrent CMMK de polluer des sites sacrés, d'abuser de son pouvoir, de duper et de menacer les membres de la communauté, et de fermer les yeux sur le viol des femmes des communautés.

Les tensions entre les communautés locales et les représentants de CMMK qui en résultèrent culminèrent en de violents affrontements. Le gouvernement bolivien intervint, et conclut un accord avec les communautés autochtones. Le 1er août 2012, la Bolivie émit le Décret suprême n°1308, transférant la propriété des concessions minières à la Bolivie. SAS affirmait que le transfert constituait une expropriation au titre de l'article 5 du TBI Bolivie-Royaume-Uni (le TBI).

Rejet des objections à la compétence

La Bolivie souleva deux objections à la compétence : (1) le tribunal n'avait pas compétence puisque SAS n'était pas le détenteur direct des parts, et (2) les recours étaient irrecevables puisque SAS n'avait pas les mains propres et que son investissement ne satisfaisait pas les prescriptions de la loi.

Selon la Bolivie, le consentement à l'arbitrage contenu dans le TBI concernait les différends portant sur



l'investissement « d'une » entreprise, c'est-à-dire que l'investisseur doit être le propriétaire ou le détenteur direct de l'investissement. Puisque SAS n'avait pas la propriété directe de CMMK ou des concessions, la Bolivie arguait que le différend ne portait pas sur l'investissement « de » SAS et, donc, que le tribunal n'avait pas compétence.

Le tribunal rejeta cette objection puisqu'aucune disposition du TBI, ni aucun élément de l'époque pendant laquelle le TBI avait été négocié ne suggérait que les États parties excluaient la possibilité de l'acquisition indirecte. Il observa également que la structure de l'entreprise en question n'était pas complexe au point de ne pas avoir été envisagée par les États parties au TBI au moment de sa conclusion, et que ceux-ci aurait pu la restreindre ou l'interdire s'ils l'avaient souhaité.

La Bolivie argua également que l'article 32 CVDT ne limitait pas les moyens supplémentaires d'interprétation aux seuls *travaux préparatoires*¹, mais exigeait de tenir compte « des circonstances de sa conclusion ». Selon le pays, les traités contemporains qu'il avait signé au moment où le TBI a été conclu devaient être considérés comme faisant partie des circonstances de la conclusion du TBI.

La majorité du tribunal divergea, car les « circonstances » auxquelles l'article 32 CVDT fait référence sont celles de la conclusion du TBI, et non pas celles d'autres traités dont il n'a pas été démontré qu'ils faisaient partie de ces circonstances. Aussi, la majorité détermina que le terme « de » dans l'article 8(1) TBI n'excluait pas les investissements indirects.

Dans son opinion divergente, l'arbitre Osvaldo César Guglielmino fit référence à l'affaire *Postova Banka c. Grèce* et considéra que, à l'heure d'appliquer les méthodes d'interprétation de la CVDT, les tribunaux d'investissement faisaient référence aux traités contemporains. Il conclut que, conformément à l'article 31 CVDT, la portée de la protection offerte par l'article 5(2) du TBI ne s'étendait pas aux entreprises de pays tiers réalisant leurs investissements par le biais de sociétés à but spécial de l'un des États parties.

La Bolivie invoqua également le test de *Salini*, demandant au tribunal de déterminer que, même lorsqu'un investissement satisfaisait aux prescriptions de *Salini*, seule l'entité réalisant la contribution et prenant

directement les risques pouvait être considérée comme l'investisseur. Ayant déjà déterminé que SAS était un investisseur et que les parts de CMMK et dans les concessions minières étaient des investissements au titre du TBI, le tribunal jugea qu'il n'était pas nécessaire d'interpréter les prescriptions de *Salini*.

Le tribunal remarqua que la doctrine des mains propres invoquée par la Bolivie n'était pas mentionnée dans le texte du TBI, ni dans les principes généraux du droit international ou de la politique publique internationale. Il considéra également que la Bolivie n'avait pas réussi à démontrer que les violations alléguées étaient présentes au cœur de l'investissement au point de devoir considérer ce dernier comme illégal. Selon le tribunal, même si la conduite de CMMK avait pu motiver le transfert de propriété, l'investissement ne cessait pas pour autant d'être couvert par le TBI ou ne devenait pas illégal.

En ne payant pas une indemnisation, la Bolivie a réalisé une expropriation illicite

Selon le tribunal, il existait sans aucun doute un conflit dramatique qui avait mené à de graves violences. En outre, il détermina que l'opposition des communautés autochtones au projet était bien connue, tout comme les importantes lacunes de SAS dans la gestion des relations avec la communauté. Le tribunal considéra que la seule absence de référence textuelle aux droits humains ou à la protection des communautés ne permettait pas de conclure que le transfert de propriété n'avait pas été réalisé à des fins sociales pour la nation bolivienne. Il considéra que les arguments étayant le transfert avaient été démontrés. Il s'agissait de la protection des droits humains – le droit à la vie et le droit à la paix, tous deux expressément mentionnés dans le décret de transfert – et la protection des communautés et des *ayllus* contre les difficultés découlant du projet.

S'agissant de l'application régulière de la loi, SAS arguait que l'obligation de la Bolivie d'accorder à un investisseur l'opportunité « d'affirmer ses droits » incluait de leur accorder l'opportunité de participer aux décisions concernant l'expropriation et le montant de l'indemnisation. Le tribunal divergea et détermina que, compte tenu du texte du TBI, l'investisseur affecté avait le droit de contester la légalité de la décision d'exproprier, mais pas le droit de participer au processus de décision.

La Bolivie affirma que, dans la mesure où SAS avait choisi de présenter un recours pour expropriation

¹ En français dans le texte, n.d.l.t.



dans le cadre d'un arbitrage international, la Bolivie avait respecté son obligation d'indemniser sans délai en prenant part à la procédure. Le tribunal rejeta cet argument considérant qu'il contredisait les actions précédentes de la Bolivie, car celle-ci avait défendu le transfert comme étant une expropriation légale, reconnaissant qu'elle devait verser une indemnisation, et poursuivit sa recherche d'une société d'évaluation, même après le lancement de l'arbitrage par SAS.

Aussi, le tribunal conclut que, bien que le transfert de propriété respectait les prescriptions fixées par l'article 5 du TBI portant sur l'utilité publique et les bénéfices sociaux, ainsi que l'application régulière de la loi, il ne respectait pas l'obligation d'indemnisation. Le tribunal rejeta également les arguments de la Bolivie selon lesquels le transfert était justifié par l'état de nécessité et constituait un exercice légitime de ses pouvoirs de police.

Autres recours : le TJE et la protection et la sécurité intégrales

SAS soutenait que la Bolivie avait violé la norme TJE au titre de l'article 2(2) du TBI en frustrant ses attentes légitimes et en n'agissant pas de manière transparente et cohérente. Le tribunal convint avec SAS que, dans certains cas, quelques représentants de la Bolivie auraient dû agir plus efficacement. Il conclut cependant que l'absence d'opportunité ou d'efficacité de certaines actions n'équivalait pas à la violation du TJE, ni ne permettait de conclure que la Bolivie avait agi avec préméditation dans le but de prendre le contrôle du projet. Selon le tribunal, le seuil probatoire est élevé pour établir la mauvaise foi ou une négligence intolérable de la part de l'État, et en l'espèce il n'était pas atteint.

Le tribunal déterminait également que la Bolivie n'avait pas violé la norme de la protection et sécurité intégrales (PSI) au titre de l'article 2(2) du TBI. Il conclut d'abord que SAS n'avait pas démontré que la Bolivie avait refusé d'intervenir ou n'était pas intervenue lorsque SAS en avait fait la demande, et que les retards ou les déficiences liés à certaines actions ne sont pas suffisants pour être considérés comme des violations de la norme. Ensuite, SAS s'était plainte que la Bolivie n'avait pas militarisé la zone autour de Malku Khota et avait présenté cela comme preuve que la Bolivie n'avait pas fait preuve de diligence raisonnable. Mais le tribunal conclut que SAS n'avait pas réussi à démontrer que la militarisation de la zone aurait permis de régler les conflits sociaux. Il conclut également que la Bolivie n'avait pas cessé de mettre en œuvre les mesures permettant la poursuite du projet.

Finalement, le tribunal observa que l'engagement de la Bolivie à suspendre les procédures pénales à l'encontre des dirigeants des communautés autochtones était une concession dans le cadre de l'accord visant à mettre fin au conflit social, et ne constituait pas une inaction du pays contre les menaces et agressions supposées à l'encontre de CMMK.

La décision et les coûts

Le tribunal déterminait que le transfert de propriété constituait une expropriation directe et une violation de l'obligation du pays d'accorder une indemnisation. Toutefois, il conclut que la Bolivie n'avait pas violé ses obligations d'accorder le TJE ou la PSI. Il rejeta également les recours de SAS selon lesquels la Bolivie avait adopté des mesures arbitraires ou discriminatoires et ainsi violé la norme du traitement national.

Dans son opinion divergente, Guglielmino considérait que SAS n'était pas la détentricrice des parts de CMMK et que l'article 5(2) du TBI n'offrait pas de protection à ces investissements indirects. Aussi, il conclut que SAS n'avait pas prouvé qu'elle avait réalisé un investissement protégé au sens du TBI, et donc que le tribunal ne pouvait affirmer sa compétence sur l'affaire.

Compte tenu que le projet n'était pas en phase de production, le tribunal écarta la méthode traditionnelle de l'actualisation des flux de trésorerie en faveur d'une approche fondée sur les coûts irrécupérables. Il déterminait qu'il n'était pas possible d'évaluer le projet par comparaison avec d'autres projets similaires, et qu'aucun élément n'attestait de la viabilité économique ou de la valeur de marché des parts de SAS. Aussi, il conclut que la valeur de marché de ces parts devait être déterminée par référence à la valeur de CMMK, qui, aux fins de l'indemnisation, correspondait à la valeur que CMMK avait investi dans le projet.

Le tribunal accorda à SAS une indemnisation de 18,7 millions USD, et lui ordonna également de payer 65 pour cent des frais de l'arbitrage, et demanda à chacune des parties de payer ses propres frais juridiques.

Remarques : le tribunal était composé d'Eduardo Zuleta Jaramillo (président, de nationalité colombienne), de Francisco Orrego Vicuña (nommé par les demandeurs, de nationalité chilienne) et d'Oswaldo César Guglielmino (nommé par le défendeur, de nationalité argentine). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/2121>

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



Chypre a légitimement exercé ses pouvoirs de police, et renverse les recours de banquiers grecs auprès du CIRDI

Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos et autres c. la République de Chypre, Affaire CIRDI n° ARB/13/27

Stephanie Papazoglou

Dans une décision rendue le 26 juillet 2018, un tribunal du CIRDI concluait que les actions de Chypre ne violaient pas le TBI Grèce-Chypre de 1992 (le TBI). Marfin Investment Group Holdings S.A. (MIG), société internationale d'investissement enregistrée en Grèce, et 18 autres sociétés et actionnaires grecs avaient lancé des recours contre le pays cherchant à obtenir 1,05 milliards €, suite aux mesures adoptées par les autorités chypriotes dans le contexte de la crise de la zone euro. Le tribunal avait affirmé sa compétence sur l'affaire, mais a rejeté tous les recours contre Chypre et ordonné aux investisseurs de payer 5 millions € pour couvrir les dépenses engagées par le pays.

Le contexte du différend lié à la crise bancaire

Les demandeurs détenaient une part de Marfin Popular Bank Public Co. Ltd. (Laiki Bank), la deuxième banque de Chypre. En mai 2012, en promulguant une série de mesures publiques, Chypre acquit la majorité des parts de la banque et en prit le contrôle dans le cadre d'une recapitalisation de 1,8 milliards €, visant à limiter les risques encourus par la banque suite au défaut de paiement de la dette grecque.

L'année suivante, la banque fut placée sous administration, et, dans le cadre de l'accord de sauvetage conclu entre Chypre et « la Troïka », composée de la Commission européenne, de la Banque centrale européenne et du Fond monétaire international, les comptes présentant plus de 100 000 € furent assujettis à une taxe.

Suite à ces mesures publiques, les demandeurs lancèrent un arbitrage auprès du CIRDI contre Chypre, arguant que le pays avait violé les clauses relatives au TJE et à la protection et la sécurité intégrales (article 2(2) du TBI), et à l'expropriation (article 4 du TBI). Les demandeurs contestaient en particulier la gestion de la banque par Chypre, notamment la décision par la Banque centrale chypriote de destituer les dirigeants de la banque, ainsi que les conditions du plan de recapitalisation de 2012.

Le tribunal affirme sa compétence sur le différend, malgré la décision sur *Achmea*

Chypre centra ses objections à la compétence sur

la question de l'application dans le temps de traités successifs. Le pays affirmait que le TBI et sa clause d'arbitrage (article 9) avaient pris fin ou avaient été remplacés par le Traité de l'Union européenne le plus récent et donc que le tribunal du CIRDI n'avait pas compétence sur l'affaire.

Le tribunal divergea sur le fait qu'il n'avait pas compétence sur l'affaire suite à la décision de mars 2018 de la CJUE sur l'affaire *Achmea*, qui détermina que les TBI entre États membres de l'Union étaient incompatibles avec le droit européen. Le tribunal s'appuya sur des décisions antérieures issues de la jurisprudence (*EURAM c. la Slovaquie*), déterminant que les TBI intra-européens et que les Traités de l'UE portaient sur des questions distinctes. En l'espèce, le tribunal affirma que les dispositions pertinentes du droit européen garantissant les libertés fondamentales ou interdisant la discrimination ne portaient pas sur le même sujet que les protections substantives offertes au titre du TBI (par exemple la norme TJE). Aussi, le tribunal refusa d'examiner la question de la compatibilité, qui ne se poserait que si les deux traités portaient sur le même sujet.

Il rejeta donc toutes les objections de Chypre à la compétence et affirma que le TBI restait en vigueur, y compris sa clause d'arbitrage.

Rejet du recours fondé sur l'expropriation au motif que Chypre a légitimement exercé ses pouvoirs de police

Les demandeurs arguèrent que la conduite de Chypre équivalait à un acte de nationalisation et donc à une violation de la clause d'expropriation de l'article 4 du TBI. Selon le tribunal, puisque Chypre détenait la participation majoritaire dans la banque Laiki après la recapitalisation de juin 2012, de telles actions ne constituaient pas une violation du TBI, mais représentaient un exercice légitime par Chypre de ses pouvoirs réglementaires. Le tribunal affirma que les autorités réglementaires chypriotes avaient le droit d'exercer un certain degré de discrétion dans les décisions prises dans le cadre de la recapitalisation. Le tribunal détermina que Chypre n'avait pas cherché à nationaliser la banque et que sa stratégie lors du sommet de la zone euro ne reposait pas sur une telle intention.

Il affirma en outre que l'incapacité de Chypre à négocier de meilleures conditions ou à obtenir le soutien de la Troïka pour son secteur bancaire juste après le sommet ne pouvait être considéré comme expropriatoire. Faisant référence à l'affaire *SD Myers c. le Canada*, le



tribunal déclara qu'il ne pouvait préjuger des décisions politiques et stratégiques d'un État, notamment lorsque ces décisions se fondent sur des menaces permanentes à la sécurité du système financier. Il fut convaincu que Chypre avait fait face à une telle décision politique difficile lors du sommet de la zone euro. Il détermina donc qu'en ne tentant pas de négocier de meilleurs termes, l'attitude de Chypre n'avait pas été arbitraire, capricieuse ou déraisonnable.

Finalement, il conclut que la destitution de la direction de la banque constituait un exercice légitime des pouvoirs réglementaires de l'État visant à protéger le bien-être public, pouvoirs qui donnaient à Chypre les outils pour soutenir les banques en détresse et éviter les risques systémiques pour son système bancaire et son économie.

Pas de violation des normes TJE ou de la protection et la sécurité intégrales ; pas de discrimination

Les demandeurs affirmèrent que Chypre avait violé la norme TJE en ne garantissant pas une procédure régulière pour l'investissement des demandeurs, en portant atteinte à leurs droits et en suivant une ligne de conduite arbitraire et abusive dans le cadre de la procédure pénale ouverte contre les demandeurs.

Le tribunal adopta le point de vue de l'affaire *Philip Morris c. Uruguay* selon laquelle « une décision erronée ou une procédure judiciaire incompétente ne suffisent pas » à démontrer un déni de justice, et partagea l'avis de Chypre que l'épuisement des voies de recours internes n'était pas un simple prérequis à l'arbitrage, mais « un élément constitutif du délit » (para. 1272). Aussi, pour le tribunal, le fait que les demandeurs n'aient pas épuisé les voies de recours internes suffisait à rejeter leur recours fondé sur le déni de justice (para. 1277).

Le tribunal conclut également que la procédure pénale contre les demandeurs était conforme aux lois pénales chypriotes, et n'avait pas été lancée de manière abusive, pour des raisons tactiques ou dans le but de harceler les demandeurs. C'est pourquoi le tribunal considéra que l'absence d'une procédure régulière ne constituait pas une violation du TJE.

Le tribunal détermina en outre qu'il n'y avait pas de différence de traitement entre l'investissement des demandeurs (banque Laiki) et la Banque de Chypre, dont les actionnaires étaient chypriotes. Même si les deux banques se trouvaient dans des circonstances similaires, toutes deux furent soumises au plan de recapitalisation et à la destitution de la direction après que l'État leur ait offert une aide financière d'urgence.

Le tribunal conclut donc que l'investissement des demandeurs n'avait pas fait l'objet de discrimination compte tenu de sa nationalité grecque.

Les demandeurs arguaient que la décision par Chypre d'imposer des conditions aux opérations commerciales de la banque Laiki et d'amender la loi relative à la gestion de crises financières violait la norme de protection et de sécurité intégrales. Le tribunal remarqua que la conduite de Chypre relevait de l'exercice légitime de ses pouvoirs de police, et qu'il n'y avait donc pas d'excès de pouvoir duquel les demandeurs devaient être protégés. Aussi, le tribunal conclut que même s'il devait interpréter la norme comme imposant une obligation de garantir un environnement d'investissement sécurisé (comme le prétendaient les demandeurs), la norme n'avait pas été violée.

Remarques : le tribunal était composé de Bernard Hanotiau (président nommé par les parties, de nationalité belge), de Daniel M. Price (nommé par le demandeur, des États-Unis) et de David A. O. Edward (nommé par le défendeur, de nationalité britannique). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/2068>

Stephanie Papazoglou est une étudiante grecque en maîtrise de droit – règlement international des différends (MIDS, 2018–2019), à l'Université de Genève et au Graduate Institute (IHEID).

Chypre repousse le recours pour expropriation présenté par des investisseurs polonais auprès de la CCS portant sur les mesures de sauvetage des banques

Tomasz Częścik et Robert Aleksandrowicz c. Chypre, Affaire CCS n° V 2014/169

Gladwin Issac

Dans une décision datée du 11 février 2017, un tribunal de la CCS rejetait les recours pour expropriation présentés contre Chypre par deux investisseurs polonais, portant sur les diverses mesures adoptées par Chypre en 2013 pour recapitaliser son secteur bancaire. Le tribunal ne fut notamment pas convaincu, compte tenu des éléments présentés, que « la valeur de l'investissement des demandeurs avait été si affectée que cela équivalait à une expropriation » (para. 221).



Le contexte et les recours

Les demandeurs, Tomasz Cześćcik et Robert Aleksandrowicz, étaient des citoyens polonais et seuls actionnaires d'une entreprise chypriote à responsabilité limitée non mentionnée. En mars 2013, la Banque centrale chypriote émit un décret lançant certaines mesures législatives et réglementaires visant à restructurer son système bancaire (mesures de renflouement), et en particulier ses deux principales banques – la Banque de Chypre (BoC) et la banque Laiki. Compte tenu des risques découlant de la mise en œuvre du décret, le ministère chypriote des Finances déclara deux jours fériés les 19 et 20 mars 2013.

À cette époque, les demandeurs donnèrent ordre à la BoC de réaliser deux paiements pour l'achat de parts dans une jeune start-up polonaise connexe. Si BoC réalisa la première transaction, elle bloqua la deuxième qui tombait un jour férié. Au terme du jour férié, Chypre avait décidé de renflouer BoC, en gelant les comptes présentant plus de 100 000 € ou en les convertissant en actions.

Le 5 décembre 2014, les demandeurs lancèrent un arbitrage auprès de la CCS au titre du TBI Pologne-Chypre (le TBI), arguant que « les actions législatives de l'État (Chypre) et les mesures restrictives adoptées par les organes d'État chypriotes et ses agences, limitant et bloquant partiellement le transfert du capital de l'entreprise déposé chez BoC, avait entraîné l'expropriation de l'entreprise des demandeurs » (para. 120).

En plus des dommages réclamés correspondant à la valeur des fonds perdus (1,3 millions PLN, soit environ 340 000 USD), les demandeurs réclamaient plus de 16 millions PLN (environ 4,1 millions USD) à titre d'indemnisation des gains manqués, alléguant que la conduite de Chypre les avait empêchés de consolider leur position dans la jeune start-up polonaise et donc de protéger cet investissement des prises de contrôle externes hostiles.

Le tribunal ne convient pas d'étendre sa compétence au-delà du recours pour expropriation

Chypre s'opposait à la compétence du tribunal pour plusieurs raisons et demanda la bifurcation des procédures afin d'aborder son objection fondée sur la portée limitée de la clause de règlement des différends du TBI. Le pays argua que l'article 9 du TBI n'autorisait l'arbitrage que dans le cas de « différends... portant sur l'expropriation d'un investissement » et que les demandeurs ne pouvaient invoquer la clause NPF de l'article 7 du TBI dans

le but d'élargir la compétence du tribunal pour que celui-ci puisse entendre les recours des investisseurs fondés sur la violation de la norme TJE au titre de l'article 3 du TBI. Le tribunal accorda à Chypre sa demande de bifurcation des procédures. Dans une décision partielle du 4 mars 2016, le tribunal se rangeait du côté de Chypre, déterminant qu'il n'avait pas compétence sur le recours des investisseurs fondé sur le TJE, par le biais de la clause NPF (para. 165).

Le tribunal a compétence *prima facie* ; le recours pour expropriation est recevable

La deuxième objection de Chypre à la compétence s'appuyait sur la supposée incompatibilité entre les recours pour expropriation fondés sur un traité d'une part, et le droit européen d'autre part. D'abord, Chypre s'appuya sur l'article 59 CVDT pour affirmer qu'en accédant à l'Union européenne par le biais du Traité de Lisbonne le 1er mai 2014, Chypre et la Pologne avaient tous deux convenus de transférer certaines compétences à l'UE et d'accepter les principes de l'effet direct et de primauté du droit de l'Union. Aussi, selon Chypre, les TBI conclus entre les États membres de l'Union avant leur accession et couvrant des domaines régis par le droit européen étaient supplantés par le droit de l'Union. Ensuite, il argua que le recours pour expropriation fondé sur le TBI était contraire au droit européen relatif à la réglementation bancaire et au transfert des capitaux (articles 63 et 65 TFUE).

Le tribunal rejeta les objections de Chypre affirmant que, puisque ni Chypre ni la Pologne n'avaient pris de mesures pour mettre fin à leur TBI, le traité était, *prima facie*, toujours en vigueur et le tribunal avait *prima facie* compétence sur les recours. Il remarqua cependant que « cette conclusion *prima facie* serait annulée » si la CJUE devait établir dans l'affaire *Achmea BV c. la République de Slovaquie* que les TBI intra-UE sont incompatibles avec le droit européen » (para. 170).

Pas d'expropriation en l'absence de la « privation substantielle » de l'investissement

S'agissant du recours pour expropriation, une question liminaire importante consistait à déterminer si les fonds déposés chez BoC et soi-disant expropriés, qui appartenaient à leur filiale chypriote, pouvaient être considérés comme un investissement au titre du TBI. Les demandeurs s'appuyaient sur la très grande portée de l'article 1(3) du TBI pour affirmer que les fonds transférés vers le compte bancaire chez BoC pouvaient être considérés comme un investissement protégé par le TBI. Alternativement, ils arguaient que



leur participation dans l'entité chypriote représentait leur investissement, dont la valeur avait été affectée par l'expropriation des fonds déposés chez BoC.

S'agissant de la position initiale des demandeurs, le tribunal détermina que les fonds assujettis aux mesures de renflouement interne n'avaient pas vocation à être investis « à Chypre » et n'étaient donc pas un investissement au titre du TBI, qui s'appliquait seulement aux « investissements réalisés sur le territoire de Chypre ». Toutefois, le tribunal admit que les parts des demandeurs dans l'entité chypriote pourraient constituer un investissement conformément aux concepts subjectifs et objectifs de l'investissement.

Les demandeurs soutenaient que leur investissement avait été indirectement exproprié par les actions de Chypre, à commencer par l'imposition de jours fériés extraordinaires, associée à l'émission de décrets autorisant les mesures de renflouement interne.

Compte tenu de l'absence de définition de l'expropriation dans le TBI, le tribunal examina la jurisprudence arbitrale en la matière, notamment les discussions dans les affaires *LG&E c. Argentine* et *Azurix c. Argentine*, et décida que le test pour déterminer une expropriation consistait à évaluer s'il existait une privation permanente et substantielle de la valeur de l'investissement. Toutefois, le tribunal remarqua que les demandeurs n'avaient pas tenté de démontrer qu'ils avaient été complètement privés de ces parts, ni n'avaient démontré qu'une privation substantielle de la valeur de ces parts avait eu lieu. Au contraire, aux cours des auditions, le tribunal trouva des éléments sapant les allégations des demandeurs selon lesquelles la valeur de leurs parts dans l'entité chypriote avait été substantiellement affectée par les mesures contestées. Il conclut donc que les mesures de renflouement interne n'équivalaient pas à une expropriation de leur investissement au titre de l'article 4 du TBI.

Les coûts

Le tribunal remarqua en premier lieu que, puisque les demandeurs n'avaient pas eu gain de cause, notamment s'agissant des objections de Chypre à la compétence, ils devaient payer les coûts de l'arbitrage, et rembourser Chypre des montants versés à la CCS à titre de provision. Parallèlement, il remarqua cependant « une énorme différence » entre les frais juridiques de Chypre, et ceux des demandeurs (ces derniers totalisant seulement 170 000 €). Selon le tribunal, les frais de Chypre étaient disproportionnés,

notamment au regard des montants en jeu ; il ordonna donc aux demandeurs de rembourser 70 % des frais juridiques de Chypre.

Remarques : le tribunal était composé de Yves Derains (président, nommé par le Conseil de la CCS, de nationalité française), de Sophie Nappert (nommée par les demandeurs, de nationalité canadienne), et d'Andrea Giardina (nommé par le défendeur, de nationalité italienne). La décision est disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10243_0.pdf

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



RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

RESSOURCES

Cadre juridique de l'évaluation d'impact environnemental et social dans le secteur minier

De Suzy Nikiéma, publié par IISD, janvier 2019

Les Évaluations d'impact environnemental et social (ÉIES), les Plans de gestion environnementale et sociale (PGES), les plans de fermeture et de réhabilitation, et les éventuels plans de réinstallation sont des outils essentiels à tout processus portant sur l'octroi de permis environnementaux ou d'autorisations minières. Malheureusement, ces questions sont souvent négligées dans les phases initiales des projets miniers ou ne sont pas suffisamment contrôlées pendant les phases opérationnelles suivantes. C'est pourquoi le Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable (FIG) met l'accent, dans son quatrième Guide à l'intention des gouvernements, sur les ÉIES. Ce document de discussion vise à identifier les questions et problèmes liés au cadre juridique des ÉIES et plans associés dans les juridictions des pays riches en ressources, ainsi que leurs implications sur la gouvernance du secteur minier, et à explorer, en parallèle, les moyens d'agir et de réfléchir à des solutions appropriées. Disponible en anglais et en français sur <https://www.iisd.org/library/background-document-legal-framework-environmental-and-social-impact-assessment-mining-sector>

La réforme du règlement des différends relatifs à l'investissement : le point sur la situation

De la CNUDCI, publié par la CNUDCI, mars 2019

Le RDIE continue de faire controverse, donnant lieu à des débats dans les communautés de l'investissement et du développement durable, et au sein du public au sens large. Les États répondent aux difficultés et aux préoccupations entourant le RDIE de diverses manières. Faisant le point sur la réforme actuelle, cette note sur les AII présente les derniers développements en matière de réforme du RDIE dans les AII conclus récemment ainsi que dans les processus politiques, aux échelons nationaux et multilatéraux. Il dresse la liste de cinq approches

principales provenant des AII conclus en 2018 : I, pas de RDIE ; II, un tribunal RDIE permanent ; III, un RDIE limité ; IV, une procédure RDIE améliorée ; et V, un mécanisme RDIE non réformé. Il met également en exergue la prééminence accrue de l'engagement multilatéral dans la réforme du RDIE, notamment dans le cadre des discussions du Groupe de travail III de la CNUDCI sur une éventuelle réforme du RDIE, et des procédures en cours au CIRDI visant l'amendement de son règlement. Disponible sur <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/1194>

Perspectives asiatiques sur le droit international de l'investissement

De Junji Nakagawa (Ed.), publié par Routledge, mars 2019

Compte tenu des changements affectant actuellement le paysage du droit international de l'investissement, et du développement actif par les pays asiatiques de leurs réseaux de TBI et d'ALE, cet ouvrage se penche sur les perspectives asiatiques du droit international de l'investissement, et anticipe la contribution future de l'Asie à la science et la pratique de ce régime juridique. Il aborde les principaux facteurs qui ont incité les pays asiatiques à adopter de nouvelles voies dans l'élaboration des règles internationales relatives à l'investissement et le règlement des différends. Il examine également si les pays d'Asie travaillent à l'élaboration d'un nouveau modèle du droit international de l'investissement qui refléterait leurs valeurs socio-culturelles spécifiques. Finalement, l'ouvrage étudie s'il existe un style asiatique portant sur l'élaboration des règles internationales relatives à l'investissement et au règlement des différends, ou si des pays asiatiques spécifiques cherchent à développer des modèles nationaux propres fondés sur leurs structures économiques et leurs intérêts géopolitiques. Disponible sur <https://www.routledge.com/Asian-Perspectives-on-International-Investment-Law/Nakagawa/p/book/9781138330535>

Le retour de l'État d'origine dans les différends investisseur-État : revenir à la protection diplomatique ?

De Rodrigo Polanco, publié par Cambridge University Press, février 2019

Cet ouvrage s'intéresse aux raisons sous-jacentes de



l'exclusion de l'État d'origine du RDIE, et étudie le rôle que ces États d'origine pourraient y jouer. Il analyse également si les réformes et changements actuellement envisagés du régime du droit international de l'investissement permettront d'améliorer le système ou de réduire l'exposition des pays au risque de recours relatifs à l'investissement. Il propose par ailleurs une perspective historique de la relation entre les investisseurs étrangers, les États hôtes et les États d'origine, et examine les effets de l'évolution de cette relation sur le développement du droit de l'investissement. Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/return-home-state-investor-state-disputes-bringing-back-diplomatic-protection>

La stratégie internationale d'investissement de la Chine : loi et politique bilatérales, régionales et mondiales

De Julien Chaisse (Ed.), publié par Oxford University Press, février 2019

Dans le but d'équilibrer les investissements entrants et sortants, la participation de la Chine au régime international de l'investissement est venue soutenir ses efforts visant à prendre part aux instruments juridiques relatifs à l'investissement et à conclure des AII. Cet ouvrage examine les trois axes distincts de la politique et de la stratégie d'investissement de la Chine : les accords bilatéraux, notamment ceux conclus avec les États-Unis et l'UE ; les accords régionaux notamment l'ALE de l'Asie-Pacifique ; et les initiatives mondiales, menées par la présidence chinoise du G20, et l'initiative chinoise Belt and Road. La question centrale de l'ouvrage, et d'importance majeure pour le futur politique et économique du pays et de la gouvernance mondiale de l'investissement, consiste à déterminer si ces axes se font concurrence ou s'ils se complètent les uns les autres. Disponible sur <https://global.oup.com/academic/product/chinas-international-investment-strategy-9780198827450>

Les principes en matière de preuve du droit public international, tels qu'appliqués par les tribunaux investisseur-État : charge et normes de la preuve

De Kabir Duggal et Wendy W. Cai, publié par Brill, janvier 2019

Cet ouvrage examine les principes fondamentaux en matière de preuve et la manière dont ces principes s'appliquent à la charge et aux normes de la preuve. En examinant l'application des principes majeurs reconnus

par la Cour de justice internationale et appliqués par la jurisprudence des tribunaux investisseur-État, les auteurs offrent une contribution précieuse quant à l'interprétation, la compréhension, et les nuances des principes indispensables de la preuve, un domaine ignoré à la fois par l'arbitrage investisseur-État et le droit public international en général. Disponible sur <https://brill.com/view/title/37967>

Base de données PITAD sur l'arbitrage et le droit de l'investissement : version 1.0

De Daniel Behn, Malcolm Langford, Ole Kristian Fauchald, Runar Lie, Maxim Usynin, Taylor St John, Laura Letourneau-Tremblay, Tarald Berge et Tori Loven Kirkebø, base de données en ligne publiée par Pluricourts Centre of Excellence, Université d'Oslo, janvier 2019

Actuellement en version bêta, la base de données propose un aperçu en réseau complet et régulièrement mis à jour de toutes les affaires d'arbitrage relatif à l'investissement connues. Elle offre aux chercheurs et aux décideurs politiques un accès immédiat à un éventail liminaire de variables soigneusement codifiées, ainsi qu'à une série de représentations visuelles de données brutes et analysées provenant de plus de 1 000 affaires. Les versions suivantes offriront un accès progressif à la grosse centaine de variables restantes, ainsi qu'à tous les textes des traités et des affaires dans un format permettant l'analyse computationnelle. Disponible sur <https://pitad.org/index#welcome>

L'annuaire européen 2018 du droit économique international

De Marc Bungenberg, Markus Krajewski, Christian J. Tams, Jörg Philipp Terhechte, Andreas R. Ziegler (Eds.), publié par Springer, 2019

Ce volume met l'accent sur le droit relatif aux ressources naturelles en tant que domaine spécifique du droit économique international. Compte tenu du nombre croissant de conflits portant sur l'accès aux ressources naturelles et sur leur utilisation, et de l'impact de ces conflits sur les sphères politique, sociale et environnementale, les auteurs de ce volume analysent la portée éventuelle de la contribution du droit économique international à l'exploitation, à la gestion et à la répartition durables des ressources naturelles. Ce recueil regroupe diverses contributions sur les principes généraux du droit relatif aux ressources naturelles, et sur l'importance de ces ressources pour le commerce, l'investissement et le droit économique européen, ainsi que des analyses de secteurs spécifiques. D'autres sections portent sur la jurisprudence récente. Cet ouvrage présente également les critiques de quelques



ouvrages récents importants du domaine du droit économique international. Disponible sur <https://www.springer.com/gp/book/9783319977515>

L'investissement étranger au titre de l'Accord économique et commercial global (AECG)

De Makane Moïse Mbengue et Stefanie Schacherer, Stefanie (Eds.), publié par Springer, 2019

Cet ouvrage analyse le chapitre sur l'investissement d'un nouveau type d'accord commercial conclu entre le Canada et l'Union européenne, dans le but d'aider les lecteurs à mieux comprendre cet accord méga-régional qui inclut la protection de l'investissement étranger. Il présente d'abord des informations relatives au contexte de l'AECG, en mettant en particulier l'accent sur le chapitre sur l'investissement étranger, notamment les règles relatives à l'entrée des investissements, leur protection et le stricte mécanisme de règlement des différends. Il examine ensuite si ces dispositions sont un pas de plus vers la réforme du régime actuel du droit international de l'investissement. Puis il se penche sur l'innovation majeure de l'accord : l'inclusion de questions transversales, telles que le développement durable. Il étudie également le chapitre sur l'investissement de l'AECG du point de vue des parties non contractantes, notamment l'Afrique, l'Asie et l'Amérique latine. Disponible sur <https://www.springer.com/gp/book/9783319983608>

Devoirs principaux des arbitres internationaux d'investissement: étude transnationale des dilemmes juridiques et éthiques

De Katia Fach Gómez, publié par Springer, 2019

Cet ouvrage analyse d'un point de vue critique la manière dont les affaires d'arbitrage, les règles institutionnelles et les codes de conduites émergents dans le secteur de l'arbitrage international ont abordé, jusqu'à présent, toute une série de responsabilités essentielles des arbitres. Il offre en outre une gamme de propositions réalistes et bien fondées portant sur les responsabilités des arbitres dans le futur. Il s'intéresse à l'obligation de divulgation, l'obligation d'enquêter, l'obligation de diligence et d'intégrité, l'obligation de confidentialité et d'autres encore, telles que le contrôle des coûts de l'arbitrage, et la formation continue. Disponible sur <https://www.springer.com/gp/book/9783319981277>

La participation de l'UE au règlement international des différends : enseignements tirés des accords d'investissement européens

De Luca Pantaleo, publié par Springer, 2019

Cet ouvrage porte sur la participation de l'Union européenne au règlement international des différends. Il vise à offrir au lecteur une évaluation des aspects les plus problématiques de la participation d'un sujet de droit sui generis tel que l'UE aux mécanismes internationaux de règlement des différends dans le cadre d'un droit international centré sur l'État. L'auteur cherche notamment à déterminer comment l'UE peut effectivement prendre part aux différends tout en préservant simultanément l'autonomie de l'ordre juridique européen. Pour ce faire, il ébauche plusieurs modèles et propose, comme paradigme possible, le modèle d'internalisation adopté par les accords d'investissement européens. Disponible sur <https://www.springer.com/gp/book/9789462652699>

Note d'information sur les affaires d'arbitrage investisseur-État intra-Union européenne

De la CNUCED, publié par la CNUCED, décembre 2018

L'arbitrage investisseur-État intra-européen figure depuis quelques temps au cœur des débats politiques aux échelons national et international. Les développements récents portant sur l'affaire Achmea ont mis l'accent sur l'avenir des différends intra-européens fondés sur des TBI et sur le Traité sur la Charte de l'énergie. Cette note sur les AII présente des statistiques et des faits relatifs aux affaires d'arbitrage investisseur-État intra-européen à la fin juillet 2018. L'examen des décisions rendues dans 49 affaires intra-européennes donne des informations sur les points suivants : l'investissement affecté, le type de mesures contestées, la logique invoquée et les effets négatifs présumés des mesures contestées. L'annexe contient une cartographie des principales questions (la compétence, la recevabilité et le fond) abordées par les tribunaux de ces affaires. Disponible sur <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/1193>

Établir l'autorité judiciaire dans le droit économique international

De Joanna Jemielniak, Laura Nielsen et Henrik Palmer Olsen (Eds.), publié par Cambridge University Press, décembre 2018

L'une des principales évolutions du droit international consiste en la juridicisation accrue



des relations internationales par un nombre croissant de tribunaux internationaux. Dans ce contexte, l'ouvrage examine comment établir et gérer l'autorité judiciaire internationale dans les domaines clés du droit économique international : le droit commercial, l'arbitrage investisseur-État et l'arbitrage commercial international. L'analyse se penche sur les interactions entre ces domaines du règlement des différends économiques, retraçant leurs développements parallèles, et identifiant les manières dont ils s'influencent les uns les autres, s'agissant des mécanismes et des solutions processuels. Il examine des questions telles que le recours aux précédents et le rôle de la légitimité, suggérant que la consolidation de l'autorité judiciaire est une tendance mondiale qui a des effets sur le comportement des États. Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/establishing-judicial-authority-international-economic-law>

L'usage de considérations économiques dans les différends internationaux relatifs au commerce et à l'investissement

De Theresa Carpenter, Marion Jansen et Joost Pauwelyn (Eds.), publié par Cambridge University Press, décembre 2018

Les accords commerciaux du XXI^{ème} siècle sont de plus en plus source du droit international relatif à l'investissement et à la concurrence. Co-écrit par des praticiens et chercheurs renommés, cet ouvrage utilise l'arbitrage investisseur-État et les différends portant sur la concurrence et les lois antitrust pour faire la lumière sur l'application de considérations économiques dans le droit commercial international, et notamment le droit de l'OMC. Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/use-economics-international-trade-and-investment-disputes>

Visions alternatives du droit international de l'investissement étranger : essais en l'honneur de Muthucumaraswamy Sornarajah

C. L. Lim (Ed.), publié par Cambridge University Press, décembre 2018

Cet ouvrage porte sur les forces qui façonnent actuellement le droit international de l'investissement étranger. Il commence par expliquer les origines libérales des traités d'investissement contemporains, avant d'aborder le retour de bâton actuel contre ces traités et le mécanisme de l'arbitrage international. L'ouvrage

décrit la résistance des communautés juridiques et intellectuelles au programme mondial néo-libéral, et la manière dont les tribunaux ont interprété diverses normes contenues dans les traités. Il introduit le lecteur aux changements qui affectent actuellement la conception d'une gamme de dispositions bien connues des traités, et explique comment certains de ces changements sont actuellement impulsés non seulement par les économies émergentes et en développement, mais également par les pays exportateurs de capitaux. Finalement, l'ouvrage explore la vie, la carrière et l'œuvre de Muthucumaraswamy Sornarajah, un universitaire qui a dédié ses travaux à la réalisation de bon nombre de ces changements, ainsi que son opinion sur l'emprise du capital mondial sur la pratique juridique. Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/alternative-visions-international-law-foreign-investment-essays-honour-muthucumaraswamy-sornarajah>

Fiscalité des investissements bilatéraux : les traités fiscaux après le BEPS

De Carlo Garbarino, publié par Edward Elgar, 2018

Les méthodes de l'OCDE pour lutter contre les stratégies d'évasion fiscales liées à l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices (BEPS) sont complexes, et s'accompagnent d'une littérature abondante. Cet ouvrage propose un aperçu concis et accessible des mesures susceptibles de contrer le phénomène BEPS proposées dans le modèle et commentaire de l'OCDE, permettant ainsi aux lecteurs de comprendre comment les mesures peuvent, en pratique, affecter la taxation des investissements bilatéraux protégés par les traités fiscaux. Disponible sur <https://www.e-elgar.com/shop/taxation-of-bilateral-investments>

Guide de recherche sur l'environnement et le droit de l'investissement

De Kate Miles (Ed.), publié par Edward Elgar, 2019

Cet ouvrage se penche sur l'un des domaines les plus dynamiques du droit international : l'interaction entre le droit international de l'investissement et le droit et la politique environnementaux. Il adopte une approche thématique, analysant les questions majeures au carrefour de l'environnement et de l'investissement, telles que les ressources en eau douce, le climat, la biodiversité, la biotechnologie et le développement durable. Il inclut également des sections portant sur les expériences régionales, leurs pratiques et procédures, et propose des approches innovantes et



des perspectives critiques, notamment sur les relations entre l'investissement étranger, l'environnement et les droits humains, les questions de genre, les peuples autochtones et l'économie. Disponible sur <https://www.e-elgar.com/shop/research-handbook-on-environment-and-investment-law>

Guide de recherche sur les droits humains et l'investissement

De Yannick Radi (Ed.), publié par Edward Elgar, 2018

Les interactions entre droits humains et investissement sont une question majeure et complexe du monde actuel. Pour faire le point sur son importance, et aborder sa complexité, l'ouvrage regroupe des contributions approfondies mettant l'accent sur l'interaction entre les droits humains et les investissements dans différents régimes juridiques internationaux, secteurs économiques et régions. Il propose également des analyses poussées des divers types de régimes de responsabilité pouvant découler des activités des entreprises multinationales vis-à-vis des droits humains. Disponible sur <https://www.e-elgar.com/shop/research-handbook-on-human-rights-and-investment>

Commentaire sur le Traité sur la Charte de l'énergie

Rafael Leal-Arcas (Ed.), publié par Edward Elgar, 2018

Le commentaire sur le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) propose une analyse textuelle de chacun des articles de l'accord international, qui offre un cadre multilatéral pour la coopération transfrontière dans le secteur de l'énergie. Les contributeurs commentent et analysent les cinq principaux domaines du TCE : la promotion et la protection de l'investissement, le commerce, le transit, la protection de l'environnement et le règlement des différends. Les protocoles facultatifs sont également abordés, notamment les questions de l'efficacité de l'énergie et de l'environnement. Disponible sur <https://www.e-elgar.com/shop/commentary-on-the-energy-charter-treaty>

ÉVÉNEMENTS 2019

23–26 avril

FORUM 2019 SUR LES CHAÎNES D'APPROVISIONNEMENT EN MINÉRAIS RESPONSABLES, Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE), au Centre de conférence de l'OCDE, Paris, France, <http://www.oecd.org/daf/inv/forum-responsible-mineral-supply-chains.htm>

16 mai

CONFÉRENCE POUR LE 10^{ème} ANNIVERSAIRE DU CENTRE DE COLOGNE POUR LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT (IILCC) : « Évolution, évaluation et développements futurs du droit international de l'investissement », à la Chambre de commerce et d'industrie de Cologne (IHK), Cologne, Allemagne, <http://www.iilcc.com>

SÉMINAIRE « UNE SOCIÉTÉ FAIBLE EN CARBONE GRÂCE AU DROIT INTERNATIONAL », Institut d'arbitrage de la CCS & Haga Initiative, à la CCS, Stockholm, Suède, <https://sccinstitute.com/about-the-scc/event-calendar/save-the-date-a-low-carbon-society-through-international-law>

21 mai

LES COÛTS DE L'ARBITRAGE : MYTHES ET RÉALITÉS DE L'ARBITRAGE FONDÉ SUR UN TRAITÉ D'INVESTISSEMENT, CIRDI et American University Washington College of Law (AUWCL), au CIRDI, Washington, D.C., États-Unis, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/flyer_arbitration_costs.pdf

22 mai

WEBINAIRE « INVESTISSEMENT DURABLE DANS L'AGRICULTURE », Section pour le droit agricole de l'Association internationale du barreau (IBA), <https://www.ibanet.org/Conferences/webinar-may22.aspx>

3–14 juin

FORMATION DE HAUT-NIVEAU SUR LES INDUSTRIES EXTRACTIVES ET LE DÉVELOPPEMENT DURABLE, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), à l'Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu>



edu/2019/06/03/executive-training-on-extractive-industries-and-sustainable-development

11-21 juin

FORMATION DE HAUT-NIVEAU SUR LES INVESTISSEMENTS DURABLES DANS

L'AGRICULTURE, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), à l'Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2019/06/11/executive-training-on-sustainable-investments-in-agriculture>

13-14 juin

8^{ème} CONFÉRENCE DES ÉTATS BALTES SUR L'ARBITRAGE 2019, Riga, Lettonie, <http://www.balticarbitration.com/en>

17-27 juin

FORMATION DE HAUT-NIVEAU SUR LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ET L'ARBITRAGE, À L'INTENTION DES

REPRÉSENTANTS GOUVERNEMENTAUX, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), à l'Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2019/06/17/executive-training-on-investment-treaties-and-arbitration-for-government-officials-2>

26-27 septembre

COLLOQUE « LES ACTEURS DU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT : AU-DELÀ DES DEMANDEURS, DES DÉFENDEURS ET DES ARBITRES », à

l'Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, France, <https://www.transnational-dispute-management.com/news/20190926.pdf>

25-26 octobre

FORUM MONDIAL SUR LE COMMERCE, « RÉGLEMENT INTERNATIONAL DES DIFFÉRENDS ÉCONOMIQUES : DISPARITION OU TRANSFORMATION ? », à World Trade Institute (WTI) de l'Université de Berne, et l'Institut universitaire européen (EUI), Berne, Suisse, https://www.wti.org/media/filer_public/b1/2e/b12e1c5d-8def-40ad-92bf-6c77cd3ffcfc/call_for_papers_wti_2019.pdf



© 2019 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable.

Institut International du Développement Durable (IISD)

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

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

Investment Treaty News (ITN)

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

ITN reçoit volontiers des soumissions de travaux originaux non publiés.

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

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



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development