



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

NUMÉRO 1. VOLUME 11. MARS 2020



**Le meilleur de deux mondes ?
Le traité de coopération et de
facilitation de l'investissement
Brésil-Inde**

Martin Dietrich Brauch



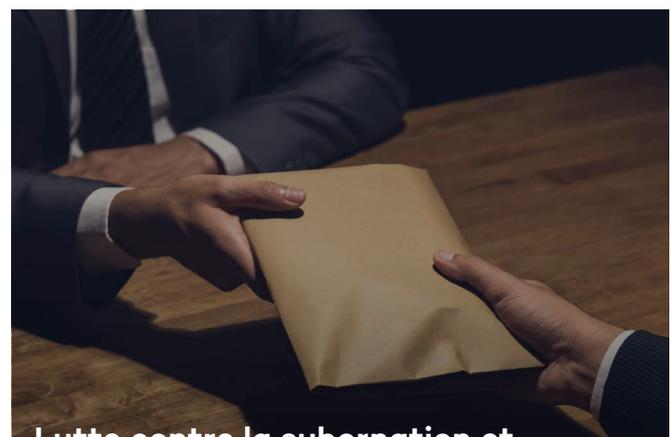
**Débat au sein du groupe de travail III
de la CNUDCI : force exécutoire des
décisions rendues par un mécanisme
d'appel ou un tribunal d'investissement
au titre des Conventions du CIRDI et
de New York**

N. Jansen Calamita



**La diversité des arbitres dans un
régime de RDIE réformé : l'OMC est-
elle un bon modèle pour les pays en
développement ?**

Jane Kelsey



**Lutte contre la subornation et
la corruption en Afrique : des
conventions de l'UA et de l'OCDE à un
principe général du droit international
de l'investissement**

Guy Marcel Nono





Sommaire

ARTICLE 1 Le meilleur de deux mondes ? Le traité de coopération et de facilitation de l'investissement Brésil-Inde	4
ARTICLE 2 Débat au sein du groupe de travail III de la CNUDCI : force exécutoire des décisions rendues par un mécanisme d'appel ou un tribunal d'investissement au titre des Conventions du CIRDI et de New York.....	9
ARTICLE 3 La diversité des arbitres dans un régime de RDIE réformé : l'OMC est-elle un bon modèle pour les pays en développement ?	13
ARTICLE 4 Lutte contre la subornation et la corruption en Afrique : des conventions de l'UA et de l'OCDE à un principe général du droit international de l'investissement.....	15
NOUVELLES EN BREF	19
La session de Janvier de la CNUDCI examine les questions relatives au mécanisme d'appel, au tribunal permanent, ainsi qu'aux arbitres et décideurs	19
Les discussions sur la facilitation de l'investissement visent un résultat d'ici à la CM 12, et préparent les négociations de mars	20
Modernisation du TCE : la Conférence se réunit en décembre 2019, et fixe les étapes pour les négociations de 2020.....	21
Négociations entre la Chine et l'UE sur l'investissement : les négociateurs examinent de nouvelles offres relatives à l'accès aux marchés, et visent un résultat pour 2020	21
Trump signe l'ACEUM, rapprochant le remplaçant de l'ALENA de son entrée en vigueur.....	22
Brexit : le Royaume-Uni quitte l'UE alors que subsistent des questions quant aux relations commerciales et d'investissement futures	22
Les accords commerciaux conclus par l'Australie avec Hong Kong et le Pérou entrent en vigueur ; celui avec l'Indonésie est ratifié	23
SENTENCES ET DÉCISIONS	25
Dans une nouvelle décision du CIRDI, un tribunal considère que les réformes de l'Espagne du secteur des énergies renouvelables ne violent pas le TCE	25
Reconnue coupable d'expropriation de l'investissement d'un investisseur britannique, la Hongrie doit payer 7 millions EUR à titre de dommages.....	27
Le TBI n'est pas en vigueur : le Mozambique obtient gain de cause sur la compétence dans une affaire contre un investisseur sud-africain	29
Le recours de CMC est rejeté sur le fond : un accord de règlement peut être considéré comme un investissement au titre du TBI et de la Convention du CIRDI, mais le Mozambique n'y a pas consenti	31
RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS	34

INVESTMENT TREATY NEWS

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

Directrice Principale du Groupe - Droit et Politique Économique
Nathalie Bernasconi

Rédacteur en Chef
Martin Dietrich Brauch

Rédactrice, Version Française
Suzy Nikiéma

Rédactrice, Version Espagnole
Marina Ruete

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

Traduction Française
Isabelle Guinebault

Traduction Espagnole
María Candela Conforti

Attachée de presse et de communication
Sofia Baliño

Design (PDF)
PortoDG



LISTE D'ACRONYMES

ACEUM	Accord Canada–États-Unis–Mexique
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
SJI	Système juridictionnel des investissements
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

Le meilleur de deux mondes ? Le traité de coopération et de facilitation de l'investissement Brésil-Inde

Martin Dietrich Brauch



Deux modèles innovants de traité d'investissement développés par des économies émergentes majeures ont vu le jour en 2015, lorsque le Brésil a conclu son premier Accord de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI)¹ et que l'Inde a approuvé son modèle de TBI révisé². Depuis lors, ces deux modèles ont influencé les débats mondiaux sur les possibilités de réformer le droit international des investissements au service du développement durable³.

¹ La plupart des accords d'investissement conclus par le Brésil depuis 2015 sont disponibles sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>

Pour d'autres observations sur les ACFI du Brésil, voir, par exemple : Morosini, F., & Sanchez Badin, M. R. (2015, août). L'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) : un nouveau modèle pour les accords internationaux d'investissement ? *Investment Treaty News*, 6(3), 3–5. <https://www.iisd.org/itn/fr/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-aci-a-new-formula-for-international-investment-agreements>; Bernasconi-Osterwalder, N., & Brauch, M. D. (2015, septembre). *Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*. <http://www.iisd.org/library/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas>; et Martins, J. H. V. (2017). Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) du Brésil et les faits nouveaux. *Investment Treaty News*, 8(2), 10–12. <http://www.iisd.org/itn/fr/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins>

² Gouvernement de l'Inde. (2015). *Modèle de texte pour le traité bilatéral d'investissement indien*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download>. Le seul texte disponible publiquement d'un traité conclu par l'Inde après 2015 et avant le TCFI est le TBI Bélarus-Inde de 2018 : Traité sur les investissements entre la République de Bélarus et la République d'Inde, 24 septembre 2018. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3839/belarus-india-bit-2018>

³ Selon un analyse de la CNUCED, les traités conclus par le Brésil et par l'Inde en 2018, sur la base de leurs modèles respectifs de 2015, incluent de nombreuses dispositions pensées en vue d'une réforme des AII mettant l'accent sur le développement durable. Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2019, juin). Taking stock of IIA reform: Recent developments. *IIA Issues Note*, 3. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbfn2019d5_en.pdf

L'année 2020 commence par l'union tant attendue⁴ des deux modèles : le 25 janvier, le Brésil et l'Inde ont conclu leur Traité de coopération et de facilitation de l'investissement (TCFI)⁵. Le présent article propose un aperçu préliminaire de la structure et des dispositions du traité, indiquant l'origine brésilienne ou indienne de ses éléments.

Préambule et première partie (Portée et définitions)

Préambule. Reprenant le libellé du modèle de TBI indien, le préambule du TCFI affiche de grandes attentes pour la coopération en matière d'investissements, et leur facilitation ; investissements qui, selon le texte, « seront » propices aux activités et à la coopération économiques, et au développement durable. Ce libellé est plus affirmatif que celui utilisé dans d'autres traités conclus par le Brésil, par exemple « reconnaissant le rôle essentiel de l'investissement dans la promotion du développement durable »⁶, et optimiste compte tenu des difficultés d'établir un quelconque lien entre les traités d'investissement et les flux d'IDE⁷. Quand bien même, le préambule réaffirme grandement, de manière positive, « le droit des Parties de réglementer les investissements sur leurs territoires conformément à leurs lois et objectifs politiques ».

⁴ Investment Treaty News (ITN). (2016, décembre). *Le Traité bilatéral d'investissement (TBI) entre le Brésil et l'Inde ; l'on attend la publication du texte*. <https://www.iisd.org/itn/fr/2016/12/12/brazil-and-india-initial-bilateral-investment-treaty-bit-text-yet-to-be-published>

⁵ Tout au long de l'article, les références aux articles entre parenthèses renvoient au Traité de coopération et de facilitation entre la République fédérale du Brésil et la République d'Inde, 25 janvier 2020. <https://aplicacao.itamaraty.gov.br/ApiConcordia/Documento/download/30220>

⁶ Accord de coopération et de facilitation de l'investissement entre la République fédérale du Brésil et les Émirats arabes unis, 15 mars 2019. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/4896/brazil-united-arab-emirates-bit-2019> [ci-après l'ACFI Brésil-EAU de 2019].

⁷ Voir Pohl, J. (2018). Societal benefits and costs of international investment agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence. *Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, n°2018/01. Publications de l'OCDE. <https://doi.org/10.1787/e5f85c3d-en> ; Bonnitcha, J. (2017, septembre). *Assessing the impacts of investment treaties: Overview of the evidence*. IISD. <https://www.iisd.org/library/assessing-impacts-investment-treaties-overview-evidence>



Objectif. L'objectif affiché du traité est « de promouvoir la coopération entre les Parties dans le but de faciliter et d'encourager les investissements bilatéraux » (art. 1). À l'instar d'autres traités conclus par le Brésil depuis 2015, le TCFI se propose d'atteindre cet objectif, non pas par la protection de l'investissement et le RDIE, mais par le biais d'un cadre institutionnel permettant de gérer un programme en matière de coopération et de facilitation de l'investissement, ainsi que des mécanismes d'atténuation des risques et de prévention des différends.

Définition de l'investissement. Conformément aux modèles brésilien et indien, le TCFI adopte une définition de l'investissement fondée sur l'entreprise. Pour être couvert par le traité, l'investissement doit être directement ou indirectement assujéti au contrôle ou, critère utilisé dans les récents traités du Brésil, à un « un degré significatif d'influence » par un investisseur de l'autre État partie. Il doit également avoir « les caractéristiques d'un investissement, notamment un engagement en capital, l'objectif d'établir un intérêt durable, l'attente d'un gain ou d'un profit, et la prise de risques » (art. 2(4)).

S'appuyant sur les deux modèles, la définition de l'investissement inclut également une liste exhaustive d'exclusions, couvrant les ordonnances ou décisions issues de procédures judiciaires, administratives ou arbitrales ; les titres de créances ; les dépenses encourues avant l'obtention des licences requises ; les investissements de portefeuille ; et les droits intangibles tels que la clientèle, la valeur de marque et les parts de marché (art. 2(4)(1)).

Définition de l'investisseur. Les investisseurs doivent être des personnes physiques (des ressortissants, des citoyens ou des résidents permanents) ou des entreprises (toute structure autre que les filiales). Les entreprises doivent être enregistrées conformément aux lois de leur pays d'origine et mener des activités économiques substantielles dans le territoire de cet État (art. 2(5) et 2(8)).

Portée. Le TCFI s'appliquera aux mesures (notamment les lois, réglementations, décisions et autres) en lien avec les investissements existants et ceux établis, acquis ou étendus après son entrée en vigueur, à condition qu'ils aient été admis conformément à la législation de l'État d'accueil (art. 3(1)). L'article sur la portée exclut expressément de l'application du traité toutes les activités pré-investissements, notamment celles menées dans le

respect des « limitations sectorielles sur les capitaux étrangers, et toute autre limitation et condition spécifiques applicables au titre de toute loi en lien avec l'admission de l'investissement sur le territoire de la Partie » (art. 2(10)). Les mesures prises par les gouvernements locaux, les lois ou mesures fiscales et relatives aux marchés publics, sont, entre autres, également exclues de la portée de l'application du traité (art. 3(6)).

Deuxième partie (Obligations générales des Parties) : dispositions relatives à la protection de l'investissement

Norme de traitement. À l'instar du modèle indien et des traités conclus par le Brésil après 2015, il n'y a pas de référence à la norme du traitement « juste et équitable ». Le TCFI inclut plutôt une disposition sur le traitement des investissements (art. 4(1)), « fondé sur les règles et coutumes applicables du droit international telles que reconnues par chacune des Parties dans leur droit national respectif », qui interdit aux parties de soumettre les investissements à une liste restreinte de violations : déni de justice dans une procédure judiciaire ou administrative ; violation fondamentale de la procédure établie ; discrimination ciblée ; ou traitement manifestement abusif. En plus de ces quatre type de conduite, qui apparaissent dans le modèle indien, la liste restreinte de violations du TCFI inclut également « la discrimination dans le cadre de l'application de la loi, notamment la disposition sur la sécurité physique ». Cet élément apparaissait, sous un libellé légèrement distinct, dans d'autres traités récemment conclus par le Brésil qui adoptent également une liste exhaustive de violations de type de celle du modèle indien⁸.

Traitement national. Le traitement national est également promis aux investisseurs et investissements dans des circonstances similaires (art. 5(1)). Il est précisé que les « circonstances similaires » dépendent de l'ensemble des circonstances, « notamment le fait de savoir si le traitement en question opère une distinction entre les investisseurs ou investissements sur la base d'objectifs réglementaires ou aux fins du bien-être public légitimes » (art. 5(2)). S'appuyant également sur les traités récemment conclus par le

⁸ Accord de coopération et de facilitation de l'investissement entre la République fédérative du Brésil et la République du Guyana, 13 décembre 2018, art. 4(1). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3864/brazil--guyana-bit-2018-> ; ACFI Brésil-EAU de 2019, *supra* note 6, art. 4(2).



Brésil, un élément clarifie que le traitement national n'oblige pas une partie « à indemniser pour les désavantages compétitifs inhérents découlant du fait que les investisseurs et leurs investissements sont étrangers » (art. 5(3)).

NPF. Compte tenu de la forte opposition de l'Inde à l'inclusion d'une disposition NPF dans les traités d'investissement, et suite à sa mauvaise expérience dans l'affaire *White Industries*⁹, le TCFI n'inclut pas de disposition NPF, même si elle occupe une place de choix dans les autres traités conclus par le Brésil depuis 2015.

Expropriation. Le TCFI interdit l'expropriation indirecte par l'une ou l'autre des parties, sauf si elle est réalisée en raison d'un objectif public, de manière non discriminatoire, accompagnée du paiement d'une indemnisation effective et adéquate, et conformément à la procédure établie (art. 6(1)). L'expropriation indirecte est explicitement exclue (art. 6(3)), comme c'est le cas dans tous les autres traités brésiliens post-2015. Quand bien même, le traité précise, comme le modèle indien, que « les mesures réglementaires non discriminatoires... conçues et appliquées pour protéger un intérêt public légitime ou des objectifs publics... ne sauraient constituer une expropriation » (art. 6(4)).

Transparence. Suivant les deux modèles brésilien et indien, le TCFI contient une disposition exigeant des deux parties qu'elles publient, au format électronique, leurs lois, réglementations et autres documents portant sur les questions couvertes par le traité, ainsi que les projet de mesures, et qu'elles donnent aux personnes intéressées et à l'autre partie une possibilité raisonnable de formuler des observations. Ces deux obligations sont toutefois assujetties aux lois nationales de la partie en question (art. 8).

Transferts. Le TCFI contient un article sur les libres transferts (art. 9). À l'instar des modèles brésilien et indien, et d'autres modèles d'AII de nouvelle génération, la disposition protège le droit des parties d'adopter des mesures réglementaires temporaires non discriminatoires en cas de crise de la balance des paiements (art. 9(2) et (3)). Elle autorise également les parties à bloquer les transferts par le biais de l'application de leurs lois sur

la faillite, en respect de jugements et sentences, et en respect d'obligation dans le domaine du travail, entre autres (art. 9(4)).

Lutte contre la corruption. Reflétant d'autres récents traités conclus par le Brésil, le TCFI engage les parties à « adopter des mesures et à s'efforcer de prévenir et de lutter contre la corruption, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme... conformément à ses lois et réglementations » (art. 10(1)). Il précise également que le TCFI n'exige pas des parties qu'elles protègent les investissements réalisés avec des capitaux ou actifs d'origine illégale, ou établis ou exploités par le biais d'actes illégaux passibles de la saisie de biens au titre de la loi nationale (art. 10(2)). En plus de cet article dans la deuxième partie (sur les obligations des États), la lutte contre la corruption est abordée dans la troisième partie (sur les obligations des investisseurs).

Troisième partie (Obligations ou responsabilités des investisseurs)

Respect de la loi. Le premier des deux articles de la troisième partie (art. 11) réplique le texte d'un article du modèle de TBI indien (également l'article 11). Il impose une obligation contraignante aux investisseurs et investissements de respecter toutes les lois pertinentes relatives à l'investissement, notamment les lois fiscales, leur interdit de suborner les agents publics et les contraint à fournir toutes les informations requises par les États parties.

RSE. Le deuxième article de la troisième partie (art. 12, Responsabilité sociale des entreprises) suit étroitement, quant à lui, l'approche et le libellé sur la RSE adoptés par le Brésil dans d'autres de ses traités post-2015. D'abord, l'article impose aux investisseurs et investissements une obligation de moyens de « s'efforcer d'atteindre le niveau de contribution au développement durable de l'État hôte et de la communauté locale le plus haut possible, par l'adoption de nombreuses pratiques socialement responsables, fondées sur les principes et normes volontaires fixés dans le présent article et les politiques internes, tels que les déclarations de principe adoptées ou soutenues par les Parties » (art. 12(1)). À la différence d'autres traités brésiliens, le TCFI ne mentionne aucun ensemble spécifique de normes, tels que les Principes de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. La liste de « principes et normes volontaires pour une conduite responsable des entreprises » ressemble aux listes vues dans des traités précédents négociés par le Brésil, et couvre divers éléments tels que le développement durable, les droits

⁹ *White Industries c. Inde*, Décision finale, 30 novembre 2011. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>. Voir également Ranjan, P. (2012, avril). L'arbitrage de *White Industries* : ses conséquences sur le programme indien de traités d'investissement. *Investment Treaty News*, 2(3), 13–14. https://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_april_2012_fr.pdf



humains, le renforcement des compétences locales, la création de capital humain, une bonne gouvernance de l'entreprise et la non-discrimination entre les employés (art. 12(2)).

Quatrième partie (Gouvernance institutionnelle, prévention et règlement des différends)

Comité conjoint et points focaux nationaux. Le TCFI porte création d'un comité conjoint composé de représentants gouvernementaux des deux États parties, et chargé de surveiller la mise en œuvre de l'accord (art. 13) et de développer et de discuter d'un Programme pour l'avancement de la coopération et de la facilitation des investissements (art. 25). Chaque État s'engage également à désigner un Point focal national (ou ombudsman) chargé de soutenir les investisseurs de l'autre état partie. Pour ce qui est du Brésil, comme c'est le cas dans le cadre d'autres accords similaires, le point focal sera le Secrétaire exécutif de la Chambre de commerce extérieur (CAMEX) (art. 14(2)), tandis que l'Inde établira son point focal au sein du Département des affaires économiques du ministère des Finances (art. 14(3)). Les fonctions et responsabilités de ces organes de traité reflètent celles des organes de traités établis au titre des tous premiers accords conclus par le Brésil au titre de ce modèle¹⁰. Le TCFI exige également des parties qu'elles partagent, notamment par le biais de ces organes conventionnels, des informations relatives aux opportunités commerciales, mesures incitatives, cadres juridiques, procédures en douane, régimes fiscaux et autres questions relatives à l'investissement (art. 15). Si ces obligations sont contraignantes (« Les Parties échangeront des informations... » et « Les Parties présenteront, lorsque la demande leur sera faite, dans les plus brefs délais, les informations... »), elles ne figurent pas dans la liste de questions qu'un tribunal de règlement des différends entre États peut examiner (art. 19(3)).

Procédure de prévention des différends. Tout comme le modèle brésilien de 2015, le TCFI inclut une procédure entre États conçue pour prévenir les différends relatifs aux investissements (art. 18). Si l'un des États parties considère que l'autre État a adopté une mesure en violation du TCFI, le premier État présente une demande écrite au Comité conjoint, ainsi que les

arguments de fait et de droit sous-jacents. Le Comité dispose ensuite 90 jours pour se réunir depuis la date de la demande, puis de 120 jours depuis cette réunion (extensible par accord mutuel) pour évaluer les faits et préparer un rapport présentant ses conclusions, dans le but de prévenir le différend, ou d'en empêcher l'escalade (toutes les procédures et documents sont confidentiels, à l'exception du rapport). Ce n'est que si le Comité conjoint n'est pas en mesure de résoudre le différend que l'une ou l'autre des parties peut présenter le différend à un arbitrage entre États.

Différends entre les Parties. S'éloignant du modèle indien de TBI, le TCFI n'inclut pas de clause de RDIE. L'on sait que le RDIE n'est absolument pas envisageable pour le Brésil, qui n'a inclus dans tous ses ACFI que l'arbitrage entre États. Si le TCFI ne fait pas exception à la règle, il illustre l'évolution des ACFI du Brésil. Dans son tout premier ACFI, conclu par le Brésil avec le Mozambique en 2015, il ne figure qu'une simple référence à la possibilité pour les parties de se tourner vers l'arbitrage entre États si la procédure au titre du Comité conjoint ne permet pas de résoudre le différend.

Le TCFI contient, quant à lui, une disposition détaillée sur l'arbitrage entre États (art. 19). Les parties peuvent renvoyer le différend à un arbitrage ad hoc ou à une institution arbitrale permanente, dans le but de tirer une conclusion quant à l'interprétation du traité, ou quant à son respect ; le traité exclut expressément la possibilité d'une indemnisation (art. 19(2)). Le tribunal arbitral choisi n'a compétence que sur les questions relevant de la première partie (la portée et les définitions), la deuxième partie (obligations générales des parties, avec quelques exceptions), l'article 16 (traitement des informations protégées), l'article 21 (mesures prudentielles) et la septième partie (dispositions finales) du traité. Le tribunal de la procédure entre États n'a pas compétence sur les obligations de transparence (art. 8) et de lutte contre la corruption (art. 10(1)), les obligations et responsabilités de l'investisseur (à savoir le respect des lois nationales et de la RSE) et sur les dispositions relatives à la gouvernance institutionnelle, y compris les obligations relatives à l'échange d'information (art. 15).

Chaque État a le droit de nommer l'un des membres du tribunal, et ces deux membres nomment alors le ressortissant d'un État tiers à la présidence du tribunal ; le Président de la Cour internationale de justice peut être invité à réaliser les nominations nécessaires (art. 19(4) et (5)).

¹⁰ Voir *supra*, note 1.



Notons que le TCFI exige des arbitres qu'ils aient de l'expérience dans le droit public international, le droit de l'investissement ou le droit commercial, ou le règlement des différends relatifs aux investissements ; qu'ils soient indépendants vis-à-vis des États parties ; et qu'ils respectent un code de conduite inclus à l'annexe II du traité. Le code de conduite aborde des questions telles que la divulgation de circonstances pouvant créer des doutes quant à l'indépendance, l'impartialité, ou à d'éventuels conflits d'intérêt des arbitres, et fixe des règles pour la récusation et le remplacement des arbitres. Il inclut également une liste non exhaustive de circonstances dans lesquelles un « doute justifiable quant à l'indépendance ou l'impartialité ou l'absence de conflits d'intérêt d'un arbitre est réputé exister » (annexe II, para. 10).

Une décision du tribunal est contraignante pour les parties (art. 19(7)). Bien qu'il est prévu de partager les coûts de l'arbitrage entre parties, et que chacune des parties paye ses propres frais juridiques, le tribunal a toute discrétion pour « décider que la totalité des coûts ou une part plus élevée des coûts devra être payée par l'une des parties au différend » (art. 19(8)).

Cinquième partie (Exceptions)

À l'instar d'autres traités conclus par le Brésil, le TCFI inclut des exceptions spécifiques relatives aux mesures fiscales (art. 20), aux mesures prudentielles liées au système financier (art. 21) et aux mesures visant à garantir que les activités d'investissement soient menées conformément aux lois sur le travail, l'environnement et la santé du pays d'accueil, ainsi qu'une disposition interdisant de rabaisser les normes en la matière (art. 22).

En outre, suivant de près le modèle indien, le TCFI inclut une disposition sur les exceptions générales couvrant les mesures prises dans le but de protéger la moralité publique ou de maintenir l'ordre public ; de protéger la vie ou la santé humaine, animale ou végétale ; de protéger et de préserver l'environnement, entre autres (art. 23), et une disposition visant à préserver les intérêts essentiels de sécurité des parties (art. 24), détaillée à l'annexe I.

Résumé des principales caractéristiques

Offert par deux économies émergentes, le TCFI Brésil-Inde de 2020 apporte au monde des AII un mélange de deux des modèles de traité les plus innovants développés ces dernières années :

- S'appuyant sur les deux approches brésilienne et indienne, le TCFI propose une définition de l'investissement fondé sur l'entreprise, dont les exclusions visent à clarifier les types d'investissement étranger que les États parties entendent faciliter et encourager.
- Le TCFI met l'accent sur la facilitation de l'investissement, comme le modèle brésilien, mais ses dispositions limitées de protection des investissements combinent encore une fois les deux approches. La NPF est exclue, conformément au modèle indien. Seule l'expropriation directe est couverte (pas l'expropriation indirecte), conformément à l'approche brésilienne. L'expression « juste et équitable » est éliminée, conformément aux deux modèles. Le traité inclut plutôt une disposition sur le « traitement des investissements », reflétant l'approche de la liste restreinte du modèle indien, que le Brésil a également incluse et étoffée dans certains de ses récents traités.
- À certains égards, la somme des approches résulte en la somme des textes : l'Inde apporte son libellé dans l'obligation des investisseurs de respecter les lois nationales ; le Brésil apporte sa disposition sur la RSE. Certaines exceptions viennent du Brésil (sur les mesures fiscales, les mesures prudentielles, et les lois sur le travail, l'environnement et la santé), suivies par d'autres issues de l'Inde (sur les exceptions générales et les intérêts essentiels de sécurité).
- Finalement, les dispositions relatives à la prévention et au règlement des différends s'inspirent du style brésilien, fondé sur la procédure préventive (pas encore éprouvée) menée par le Comité conjoint et la seule possibilité de l'arbitrage entre États. Ici, le mécanisme RDIE du modèle indien n'avait aucune chance face au refus catégorique du Brésil de négocier des traités incluant l'arbitrage investisseur-État.

Auteur

Martin Dietrich Brauch est conseiller en droit international à IISD. Il détient un master en droit international de l'Université de New York, ainsi que des licences en économie et en droit, et une spécialisation dans le droit environnemental de l'université fédérale de Pelotas, Brésil. L'auteur remercie Nathalie Bernasconi-Osterwalder d'avoir revu le projet de texte et apporté de précieuses observations.

ARTICLE 2

Débat au sein du groupe de travail III de la CNUDCI : force exécutoire des décisions rendues par un mécanisme d'appel ou un tribunal d'investissement au titre des Conventions du CIRDI et de New York

N. Jansen Calamita



Au cours des discussions tenues lors de la 38^{ème} session du Groupe de travail III de la CNUDCI, à Vienne du 20 au 24 janvier 2020, l'une des principales questions portées à l'attention des délégués concernait la force exécutoire des « sentences » rendues par un mécanisme d'appel ou un tribunal des investissements. Cette question de la force exécutoire est fondamentale, car pour qu'un nouveau système de règlement des différends soit efficace et inspire la confiance de ses usagers, il est impératif que ses produits soient exécutoires.

Un nouveau mécanisme d'appel ou tribunal des investissements devra être assorti d'un mécanisme d'application

Si les États décident de créer un mécanisme d'appel ou un tribunal multilatéral des investissements, l'instrument portant création du nouvel organe devra inclure un mécanisme spécifique ou autonome de reconnaissance et d'application, en d'autres termes, une disposition au titre de laquelle les parties au nouvel organe s'engagent et conviennent d'en appliquer les décisions. Le libellé utilisé à cet égard pourrait être assez simple à rédiger, et pourrait s'inspirer du libellé de l'article 54 de la Convention du CIRDI¹, qui indique que les parties

reconnaissent les sentences rendues par le nouvel organe comme étant obligatoires et s'engagent à les appliquer sur leur territoire comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal dudit État.

Toutefois, une telle solution n'engagera que les parties au nouvel organe d'appel ou tribunal des investissements. Elle ne saurait, et ne pourrait, engager les États qui ne deviennent pas membre de l'institution ou partie à l'instrument. Cela soulève donc une question essentielle : quels seraient les effets sur l'exécution et la reconnaissance dans les États non parties ?

L'exécution des sentences dans le régime de RDIE existant : les Conventions du CIRDI et de New York

Dans le régime actuel de l'arbitrage investisseur-État, les Conventions du CIRDI et de New York prévoient un cadre juridique efficace pour l'exécution des sentences arbitrales dans les pays tiers. L'exécution au titre de ces conventions implique toutefois quelques prescriptions. Les sentences en question doivent satisfaire aux conditions prévues par les conventions. L'article 54 de la Convention du CIRDI exige que la sentence ait été « rendue dans le cadre de la présente Convention », c'est-à-dire qu'elle résulte d'un arbitrage mené conformément aux prescriptions de la convention². En revanche, les prescriptions de la Convention de New York sont un peu plus flexibles. La convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de toute « sentence arbitrale » étrangère – un terme qui n'est pas clairement défini – mais les États individuels conservent le droit d'appliquer la Convention de New York aux sentences arbitrales portant sur les différends de nature « commerciale » uniquement³.

Voilà donc les mécanismes d'application qui soutiennent

¹ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, signée le 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966 [la Convention du CIRDI]. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20French.pdf>

² Convention du CIRDI, *supra* note 1, art. 54.

³ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, signée le 10 juin 1958, entrée en vigueur le 7 juin 1959 [la Convention de New York]. <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-F.pdf>



avec succès le régime d'arbitrage investisseur-État existant. Cependant, la question qui se pose au groupe de travail maintenant est de savoir si les résultats produits par un nouveau mécanisme d'appel ou tribunal d'investissement pourront s'appuyer sur les mécanismes d'application des Conventions du CIRDI ou de New York. En d'autres termes, seront-ils compatibles avec ce régime d'application existant ?

L'exécution au titre de la Convention du CIRDI

Un mécanisme d'appel ou une structure de tribunal des investissements ne sont pas compatibles avec la Convention du CIRDI. L'article 53 indique en effet que les sentences rendues dans le cadre de la Convention du CIRDI « ne peu[ven]t être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention »⁴, tels que le mécanisme d'annulation prévu à l'article 52. En outre, comme nous l'avons déjà noté, la Convention du CIRDI ne s'applique qu'aux arbitrages menés « dans le cadre » des termes de la convention ; cette condition ne serait pas satisfaite par un arbitrage ayant fait l'objet d'un appel ou, encore moins par une sentence rendue par un tribunal des investissements.

Il est en principe possible d'amender la Convention du CIRDI, pour y inclure un mécanisme d'appel ou pour en permettre la constitution. Mais cela n'est cependant pas chose facile car l'amendement de la Convention du CIRDI exige l'accord de toutes les parties à la Convention⁵, ce qui semble politiquement difficile à l'heure actuelle.

À défaut, certaines des parties à la Convention du CIRDI pourraient conclure un accord dit « inter se » dans le but de modifier les termes de la Convention pour elles-mêmes. Mais il existe de sérieux doutes et désaccords quant à cette question ardue⁶.

La question est de savoir si l'on peut modifier un traité de manière inter se lorsque le traité en question interdit

spécifiquement la modification proposée. L'article 41 CVDT indique qu'une modification inter se ne peut être apportée si la modification en question est interdite par le traité. La Convention du CIRDI contient vraisemblablement une telle interdiction⁷. Pour rappel, l'article 53 prévoit spécifiquement qu'une sentence rendue au titre de la Convention du CIRDI « ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention »⁸. En outre, l'article 26 de la Convention du CIRDI indique expressément que « [l]e consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours », comme un appel, par exemple⁹.

En plus de cette interdiction, l'article 41 CVDT interdit les modifications inter se lorsqu'elles portent atteinte à l'exécution des obligations des autres parties au traité ou sont incompatibles avec l'objet et le but du traité¹⁰. Une modification inter se peut en effet porter atteinte aux autres parties au traité en étendant la portée des différends sur lesquels leurs tribunaux nationaux ne pourront se prononcer, même pour un examen limité, en cas de reconnaissance et d'exécution. L'on peut également se demander si le fait de fragmenter la structure de l'arbitrage auprès du CIRDI en un mécanisme « à la carte »¹¹, dans lequel pourraient coexister des arbitrages auprès du CIRDI non soumis à un appel, des arbitrages auprès du CIRDI sujets à un mécanisme d'appel et peut-être également des affaires investisseur-État tranchées non pas par un tribunal du CIRDI, mais par un tribunal d'investissement, est en accord avec l'objet et le but de la Convention du CIRDI. Il s'agit là encore de questions ardues, mais que le groupe de travail devra examiner dans le futur.

L'exécution au titre de la Convention de New York

Au-delà de ces questions de compatibilité, ou d'incompatibilité, d'un mécanisme d'appel ou d'un tribunal des investissements avec la Convention du CIRDI, le groupe de travail doit également examiner la solution alternative consistant à s'appuyer sur

⁴ Convention du CIRDI, *supra* note 1, art. 53.

⁵ Convention du CIRDI, *supra* note 1, art. 66.

⁶ Voir, par exemple, Calamita, N. J. (2017). The (in)compatibility of appellate mechanisms with existing instruments of the investment regime. *Journal of World Investment and Trade*, 18(4), 585–627 ; Kaufmann-Kohler, G. & Potestà, M. (2016, June 3). *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-state arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap*. Geneva Centre for International Dispute Settlement (CIDS). https://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf ; Reinisch, A. (2016). Will the EU's proposal concerning an investment court system for CETA and TTIP lead to enforceable awards? – The limits of modifying the ICSID Convention and the nature of investment arbitration. *Journal of International Economic Law*, 19(4), 761–786.

⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980 [la CVDT]. <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-french.pdf>

⁸ Convention du CIRDI, *supra* note 1, art. 53.

⁹ Convention du CIRDI, *supra* note 1, art. 26.

¹⁰ CVDT, *supra* note 7, art. 41.

¹¹ En français dans le texte, n.d.l.t.



la Convention de New York pour l'exécution et la reconnaissance des sentences. Il se pourrait que la question de la compatibilité soit moins complexe ici et, il semble en effet qu'il n'y ait pas de désaccord majeur entre les experts qui ont examiné la question.

Comme précédemment remarqué, la Convention de New York offre un mécanisme international flexible s'agissant de l'exécution des sentences arbitrales étrangères dans plus de 150 États parties. Elle ne s'applique toutefois qu'aux « sentences arbitrales », et l'on peut donc se demander, s'agissant d'un mécanisme d'appel, mais encore plus d'un tribunal des investissements, si les résultats produits par le biais de ces procédures peuvent être considérés comme des sentences arbitrales aux fins de la convention.

Sur ce point, il semble qu'il y ait consensus parmi les experts qui affirment que même dans le cas d'un tribunal des investissements employant des juges permanents, sans que les investisseurs ne participent à leur nomination, les décisions d'un tel organe ou d'un mécanisme d'appel devraient être considérées comme des sentences arbitrales¹². L'article 1 de la Convention de New York indique clairement que les sentences arbitrales incluent celles « rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises ». Par ailleurs, certaines pratiques des États soutiennent la conclusion selon laquelle les décisions d'un organe d'arbitrage permanent dont les membres sont nommés par les États devraient être traitées comme des sentences arbitrales aux fins de la Convention de New York. Pour être précis, les décisions rendues par le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, constitué entièrement de juges nommés par les États, ont reçu la reconnaissance de la Convention de New York¹³, comme d'autres décisions historiques rendues par les Cours d'arbitrage des Chambres de commerce des États du Comecon pendant la période soviétique¹⁴.

S'agissant de savoir si les décisions rendues au titre d'un traité d'investissement peuvent être traitées comme des sentences « commerciales » aux fins de la Convention de New York, à condition que les États en ait fait la réserve, là encore, aucune raison de penser que de telles

décisions ne satisferaient pas les critères. Cette question s'est déjà présentée dans le cadre du régime actuel d'arbitrage investisseur-État, et les tribunaux nationaux qui ont examiné la question ont toujours conclu qu'un arbitrage au titre d'un traité d'investissement était considéré comme « commercial » aux fins de la Convention de New York¹⁵.

Il existe cependant un point pour lequel l'on peut avoir quelques doutes quant à l'application de la Convention de New York aux décisions produites par un mécanisme d'appel ou un tribunal des investissements. Dans le cadre des discussions du groupe de travail sur un mécanisme d'appel ou un système de tribunal, il a été noté que le nouveau processus devrait culminer en une sentence finale qui ne peut être l'objet d'un autre examen. C'est par exemple l'approche suivie par la pratique bilatérale actuelle de l'UE¹⁶. Toutefois, l'article 5 de la Convention de New York offre aux tribunaux du territoire d'exécution une capacité de réexamen limitée, s'agissant des aspects d'équité de procédure et de politique publique d'un pays dans lequel l'exécution est demandée¹⁷.

La question qui se pose est de savoir si les parties à un mécanisme d'appel ou un tribunal des investissements pourraient contourner ce processus d'examen des cours de la juridiction d'exécution. En l'espèce, probablement pas. D'abord, c'est à chaque État partie à la Convention de New York de déterminer pour eux-mêmes de bonne foi comment appliquer les dispositions de la convention. Si l'on s'intéresse à la pratique dans le monde, l'on constate que de nombreux États n'autorisent pas les parties à un arbitrage à contourner l'examen, qu'il s'agisse d'aspects d'équité procédurale ou, encore plus vrai, qu'il s'agisse de la politique publique de la juridiction d'exécution. Cela signifie que bien que la Convention de New York s'applique probablement en soutien de la reconnaissance et de l'exécution des décisions d'un mécanisme d'appel ou d'un tribunal des investissements, celles-ci pourraient toujours être assujettis à un réexamen dans la juridiction d'exécution au titre de l'article V, et cela

¹² Voir *supra* note 6.

¹³ Voir le *ministère de la Défense de la République islamique d'Iran c. Gould, Inc.*, 887 F2d 1357 (9^{ème} Cir 1989), *cert. rejeté*, 110 S Ct 1319 (1990).

¹⁴ Voir Van den Berg, A. J. (1981). *The New York Convention of 1958: Towards a uniform judicial interpretation*. Kluwer International, pp. 378–379.

¹⁵ Voir *République d'Argentine c. BG Group PLC*, 764 F Supp2d 21 (DDC 2011), annulée par 665 F3d 1363 (DC Cir 2012), annulée par 134 S Ct 1198, 1204 (2014). Voir également *États-Unis du Mexique c. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664 (British Columbia Sup Ct 2001), para. 44.

¹⁶ Voir, par exemple, Accord de protection des investissements Singapour–Union européenne, signé le 15 octobre 2018, art 3.22(1). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1541585964146&uri=CELEX%3A52018PC0194>

¹⁷ Convention de New York, *supra* note 3, art. V.



ne peut être évité. Cela n'implique pas, d'ailleurs, que la convention ne s'est pas avérée efficace pour l'exécution des sentences dans le cadre du régime actuel. Cet argument vise simplement à souligner les limites d'une approche consistant à s'appuyer sur la Convention de New York pour l'exécution des décisions d'un mécanisme d'appel ou d'un tribunal des investissements.

Remarques finales

Les problèmes soulevés par la question de l'exécution sont complexes, difficiles et sujets à un certain désaccord entre les experts. Aussi, alors que le groupe de travail cherche à faire avancer ses travaux, les États devront examiner ces questions avec soin, et bien les décortiquer. S'ils ne s'y penchent pas dès le début, ils sont sûrs de faire face à de plus grandes difficultés par la suite.

Auteur

N. Jansen Calamita est Responsable du Investment Law & Policy auprès Centre du droit international de l'Université nationale de Singapour, et professeur associé de recherche à la Faculté de droit de l'Université nationale de Singapour. Cet article est une adaptation des remarques formulées par l'auteur à l'occasion de la reprise de la 38ème session du Groupe de travail III de la CNUDCI, le 22 janvier 2020.

ARTICLE 3

La diversité des arbitres dans un régime de RDIE réformé : l'OMC est-elle un bon modèle pour les pays en développement ?

Jane Kelsey



En 2017, le Groupe de travail III de la CNUDCI a reçu un large mandat pour œuvrer à une éventuelle réforme du RDIE. Les délégations des États membres de la CNUDCI examinent actuellement des solutions aux problèmes identifiés lors des étapes précédentes, qui incluent des propositions pour un organe d'appel permanent et un TMI à deux niveaux. Lors de la 38ème session du groupe de travail à Vienne du 20 au 24 janvier 2020, l'un des points à l'ordre du jour portait sur la nomination et la sélection des arbitres. L'intervention suivante a été réalisée par la Professeure Jane Kelsey et saluée lors des débats par les représentants de six États (l'Afrique du Sud, la Chine, la Guinée, l'Indonésie, le Nigeria et le Pakistan) et par le United States Council for International Business (USCIB).

Tout au long du processus de ce groupe de travail, les pays en développement n'ont cessé de demander une plus grande diversité parmi les arbitres. La diversité, pas seulement géographique, mais particulièrement en termes de développement, n'est pas une fin en soi. Il ne s'agit pas non plus de multiplier les possibilités d'avancement personnel.

La diversité en termes de développement est un prérequis pour rendre justice. La diversité permet de veiller à ce que les connaissances du droit et une culture appropriées éclairent les faits au cœur du différend. Dans le contexte des différends relatifs à l'investissement, elle veille à ce que les arbitres interprètent les concepts juridiques fondamentaux à travers le prisme du développement, ce que l'on a rarement vu jusqu'à présent. Cela n'implique pas une

absence d'impartialité et d'indépendance, mais offre plutôt un moyen d'apporter des points de vue plus complets à l'interprétation et aux décisions arbitrales. La diversité est également un prérequis à l'apport de légitimité à un système largement considéré comme étant biaisé en faveur des investisseurs étrangers et des pays exportateurs de capital.

Certains affirment que les réformes systémiques, notamment sous la forme d'un système d'appel à deux niveaux, peut offrir une diversité dans la désignation des arbitres. Mais il n'y a aucune garantie. L'OMC est souvent citée en exemple. Mais l'expérience à l'OMC montre que les engagements formels en faveur de la diversité ne sont pas suffisants. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC (le Mémoire d'accord) contient une exigence de diversité, et les membres de l'organe d'appel sont censés représenter largement les membres de l'organisation. Pourtant les membres de l'organe d'appel viennent en grande majorité des pays du nord¹. Et il en va de même pour plus de la moitié des membres de l'Organe d'appel nommés jusqu'à ce jour². Il s'agit d'une situation de longue date qui reflète les asymétries de développement dans les critères et procédures de nomination, la conception institutionnelle et le fonctionnement de l'organe de règlement des différends de l'OMC.

L'un des problèmes est que les critères traditionnels de nomination entraîneront certainement la dominance continue d'une élite arbitrale, dans un cycle auto-entretenu. Cela serait encore plus problématique dans le cadre d'un tribunal permanent de l'investissement si les nominations portent sur des mandats de six ou même neuf ans.

¹ Johannesson, L. & Mavroidis, P. (2017). The WTO dispute settlement system 1995-2015: A data set and its descriptive statistics. *Research Institute of Industrial Economics*, Document n° 1148, p. 46, images 3, 4. <http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp1148.pdf>

² Organisation mondiale du commerce. (2019). *Membres de l'organe d'appel*. https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ab_members_bio_f.htm



Un deuxième problème est qu'un secrétariat n'ayant aucun compte à rendre a reçu trop de pouvoir³. Le secrétariat de l'OMC recommande les membres de l'organe de première instance, et les États au différend ne peuvent s'y opposer que pour des raisons contraignantes⁴. Les récentes recherches universitaires menées ont conclu que le secrétariat avait beaucoup plus d'influence sur la rédaction des rapports que les membres de l'organe eux-mêmes, ce qui affecte le rôle des précédents et limite les possibilités de contestation⁵. Les préoccupations des pays en développement quant au biais institutionnalisé au niveau du secrétariat ont été largement ignorées.

Un troisième problème institutionnel est que les pays en développement n'ont pas réussi à obtenir l'accord des membres de corriger le mécanisme de règlement des différends après la mise en évidence d'asymétries de développement fondamentales. Un processus d'examen a été inclus dans le Mémoire d'accord. Mais il n'a pas été en mesure de respecter sa première échéance, ni la deuxième fixée au titre du Programme de Doha pour le développement en 2001⁶. L'examen demeure incertain compte tenu de l'absence de volonté politique dans un système fondé sur le consensus⁷. Maintenant, les États-Unis utilisent le processus décisionnel consensuel pour exiger des réformes, et prendre le système en otage, alors que les préoccupations des pays en développement demeurent irrésolues⁸.

Si ces problèmes surviennent dans le contexte de l'OMC, qui est censée être une institution contrôlée par ses membres, comment la promesse de diversité, ou les nombreuses autres promesses faites aux pays en développement dans le cadre du groupe de travail seront-elles réalisées dans un TMI ou un mécanisme d'appel permanent ? Nous invitons les pays en développement à être conscients du risque de consentir à un tel système, dans l'attente des modifications majeures apportées au régime actuel de RDIE, sans être en mesure de le corriger si ces promesses ne sont pas réalisées.

Auteure

Jane Kelsey est Professeure à la Faculté de droit de l'Université d'Auckland, en Nouvelle Zélande. Elle a pris part à la 38ème session du Groupe de travail III de la CNUDCI sur une éventuelle réforme du RDIE en tant que consultante auprès de, et représentante de Third World Network.

³ Monicken, H. (2019, 5 décembre). Appellate Body's future could depend on whether its director keeps his job. *Inside U.S. Trade*. <https://insidetrade.com/daily-news/appellate-bodys-future-could-depend-on-whether-its-director-keeps-his-job>

⁴ Organisation mondiale du commerce. (1994). *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, article 8(6). https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dsu_f.htm

⁵ Pauwelyn, J. & Pelc, K. (2019). Who writes the rulings of the World Trade Organization? A critical assessment of the role of the secretariat in WTO Dispute Settlement. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3458872

⁶ Organisation mondiale du commerce. (2003, 6 juin). *Organe de règlement des différends. Session extraordinaire. Rapport du Président, M. l'Ambassadeur Péter Balás (TN/DS/9)*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/TN/DS/9.pdf>

⁷ Organisation mondiale du commerce. (2019, 17 juin). *Organe de règlement des différends. Session extraordinaire. Rapport du Président, M. l'Ambassadeur Coly Seck (TN/DS/31)*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/TN/DS/31.pdf>

⁸ Raghavan, C. (2019, mars 25). *WTO-MTS facing existential threat, needs political decisions*. *SUNS*, #8873. <https://www.twn.my/title2/unsd/2019/unsd190307.htm>



ARTICLE 4

Lutte contre la subornation et la corruption en Afrique : des conventions de l'UA et de l'OCDE à un principe général du droit international de l'investissement

Guy Marcel Nono



Dans le but de combler les lacunes existantes entre les normes internationales de lutte contre la corruption et les TBI conclus entre les États membres de l'Union africaine (UA) et ceux de l'OCDE, et de garantir la responsabilité des entreprises multinationales, le présent article argue en faveur de la reconnaissance de l'interdiction de la subornation et de la corruption comme principe général du droit international de l'investissement.

Le contexte : conventions internationales et droit mou sur la corruption

L'OCDE et l'UA ont toutes deux signé des conventions de lutte contre la corruption qui mettent en avant la responsabilité des entreprises, et ont pris part à des initiatives de droit mou visant à juguler les actes de corruption des entreprises transnationales desquelles proviennent la plupart des investissements mondiaux.

Au titre de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, les pays d'origine des entreprises multinationales se sont engagés à réprimer, par le biais de ces entreprises, la corruption d'agents publics étrangers cherchant à obtenir ou retenir l'investissement étranger de manière abusive¹.

Contrairement à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, la Convention de l'UA sur la lutte contre la corruption ne vise pas directement et exclusivement la corruption d'agents publics étrangers. Elle appelle les États africains à prendre toutes les mesures nécessaires pour ériger en infraction les actes de corruption commis par une personne, y compris les acteurs du secteur privé vis-à-vis d'agents publics².

La Convention de lutte contre la corruption de l'OCDE oblige également les États ayant érigé en infraction principale la corruption de leurs agents publics aux fins de l'application de leur législation relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, à faire de même s'agissant de la corruption d'agents publics étrangers, quel que soit l'endroit où la corruption a eu lieu³. Quant à la Convention de l'UA, elle invite les États à incriminer le blanchiment de produits du crime au titre de leur législation nationale⁴.

La Convention de l'UA contre la corruption ne mentionne pas d'obligation pour les entreprises de présenter des livres comptables exacts. En revanche, la Convention de l'OCDE exige des États qu'ils prévoient des sanctions civiles, administratives ou pénales contre les entreprises ressortissantes de leur juridiction qui ne présenteraient pas d'informations financières exactes dans leurs pays d'origine⁵.

La Convention de l'UA contre la corruption est entrée en vigueur le 5 août 2006. En date d'octobre 2019, 43 des 55 pays de l'UA l'avaient ratifiée. Toutefois, il n'existe toujours pas de registre public des mesures législatives adoptées par chaque pays de l'UA et permettant d'évaluer le niveau de mise en œuvre nationale de ce traité par les États membres, comme l'exige la Convention.

¹ Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 21 novembre 1997, 37 ILM 4 (1998), préambule, para. 1 ; art. 1(1), 2) et 3(1). [Convention de l'OCDE contre la corruption]. https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf

² Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, 11 juillet 2003, 43 ILM 5 (2004), art. 5(1) et 11(1). [Convention de l'UA contre la corruption]. https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_-_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_f.pdf

³ Convention de l'OCDE contre la corruption, *supra* note 1, art. 7.

⁴ Convention de l'UA contre la corruption, *supra* note 2, art. 6.

⁵ Convention de l'OCDE contre la corruption, *supra* note 1, art. 8.



En plus de ces instruments juridiques internationaux, il existe un nombre croissant d'initiatives non contraignantes notables contre la corruption :

- Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales représente un code de conduite détaillé recommandé par les gouvernements pour un comportement responsable des multinationales dans le domaine de la lutte contre la corruption. Bien que volontaires, ces principes directeurs promeuvent la Responsabilité sociale des entreprises (RSE)⁶.
- Le projet de Code d'investissement panafricain⁷ introduit plusieurs obligations pour les investisseurs étrangers qui souhaitent investir en Afrique. Cet instrument de droit mou est considéré comme un TBI modèle servant de guide aux pays de l'UA à l'heure de négocier leurs AII⁸, et sera certainement un point de référence important à l'heure de négocier le protocole sur l'investissement se rapportant à l'accord relatif à la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAF). Le projet de code interdit aux investisseurs d'influencer les agents publics africains au moyen de paiements ou de récompenses personnels dans le but d'obtenir ou de conserver un investissement étranger de manière frauduleuse ; il prévoit également des dispositions sur la RSE.
- L'initiative « Publiez ce que vous payez » mène une campagne pour la divulgation obligatoire des procédures permettant l'obtention de licences, des contrats et des recettes liées à l'exploitation des ressources naturelles⁹.
- L'Initiative pour la transparence des industries extractives (ITIE) invite les entreprises multinationales à publier les montants qu'elles payent aux États pour avoir le droit d'extraire

leurs ressources naturelles. Les gouvernements des États hôtes doivent quant à eux publier les recettes découlant des industries extractives¹⁰.

Depuis l'adoption d'instruments et d'initiatives internationales de lutte contre la corruption, les efforts de lutte contre la corruption par les entreprises multinationales se sont multipliés¹¹. Ces efforts découlent des conventions internationales et initiatives de droit mou mentionnées ci-dessus, et incluent :

- L'adoption de codes de conduite obligatoires, spécifiant les règles comportementales que les employés doivent suivre,
- La menace et l'application de sanctions disciplinaires à l'encontre des employés cherchant à corrompre un agent public étranger,
- La création de comités d'éthique chargés de vérifier le respect par les entreprises de leurs engagements en matière de lutte contre la corruption,
- Des contrôles internes et externes de la manière dont ces entreprises appliquent leurs engagements en matière de lutte contre la corruption.

La jurisprudence internationale relative à la corruption

Dans l'arbitrage international des investissements, il existe au moins une vingtaine d'affaires connues dans le cadre desquelles l'investisseur aurait, implicitement ou explicitement, versé des pots-de-vin aux agents gouvernementaux à l'heure de réaliser l'investissement¹².

Les tribunaux arbitraux ont accepté d'entendre et de trancher des affaires dans lesquelles la corruption était invoquée à titre accessoire. Dans certains cas, les tribunaux ont conclu que la corruption était contraire à l'ordre public international¹³, déclinant leur compétence matérielle ou rejetant le recours de l'investisseur.

Plusieurs affaires du CIRDI en attestent. Ci-dessous, j'examine les affaires de RDIE présentées et portant sur la

⁶ Organisation de coopération et de développement économiques. (2011). *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*. <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>

⁷ Commission économique pour l'Afrique des Nations unies. (2016). *Projet code panafricain des investissements*. Doc. E/ECA/COE/35/18, art. 21 et 22. <http://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/23070/b11560538.pdf?sequence=1>

⁸ Hedar, A. (2017). *The legal nature of the Draft Pan-African Investment Code and its relationship with international investment agreements* (Investment Policy Brief, 9), p. 1. https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/07/IPB9_The-Legal-Nature-of-the-Draft-Pan-African-Investment-Code-and-its-Relationship-with-International-Investment-Agreements_EN.pdf

⁹ Van Oranje, M. & Parham, H. (2009). *Publishing what we learned: an assessment of the Publish What You Pay coalition*, p. 25–30. <https://eiti.org/sites/default/files/documents/Publishing%20What%20We%20Learned.pdf>

¹⁰ Extractive Industries Transparency Initiative. (2019). *La norme ITIE 2019*. https://eiti.org/files/documents/eiti_standard_2019_fr_a4_web.pdf

¹¹ Organisation de coopération et de développement économiques. (2003). *Renforcer le rôle des entreprises dans la lutte contre la corruption - 2003 - Rapport annuel sur les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*. OCDE.

¹² Levine, A. J. M. (2019). *Canadian initiatives against bribery by foreign investors*, p. 14 (encadré 9). IISD. <https://iisd.org/sites/default/files/publications/canadian-initiatives-against-bribery-foreign-investors.pdf>

¹³ Voir World Duty Free Co Ltd c. la République du Kenya, Affaire CIRDI n° ARB/00/7, Décision, 4 octobre 2006, 46 ILM 339 (2006), para. 152, 155.



corruption entre des investisseurs de l'OCDE et les pays d'Afrique, pour affirmer que pour résoudre le problème de la corruption, les États d'Afrique devraient plutôt s'appuyer sur le droit international de l'investissement.

Dans l'affaire *World Duty Free c. Kenya*¹⁴, l'investisseur avait lancé un arbitrage auprès CIRDI au titre du contrat pour la supposée expropriation de son investissement. Le président du pays aurait reçu 2 millions USD d'un investisseur étranger pour qu'il puisse établir ses activités dans les aéroports kenyans. L'État du Kenya avançait la nullité du contrat, arguant qu'un pot-de-vin avait été payé et que la conclusion du contrat était contraire au droit kenyan. Pour sa défense, l'investisseur admit avoir obtenu le contrat en faisant un don personnel au président kenyan, arguant toutefois que la pratique était conforme aux us et coutumes du Kenya.

S'appuyant sur la législation nationale kenyane, les traités de lutte contre la corruption, les décisions arbitrales et les jugements des cours nationales, le tribunal de l'affaire *World Duty Free* conclut que la corruption était contraire à l'ordre public international de la plupart, voire de tous les pays. Il conclut également que le don personnel au président kenyan était un acte de corruption contraire à l'ordre public international. Pour ces raisons, les arbitres rejetèrent le recours de l'investisseur.

Dans l'affaire *Wena Hotels c. Égypte*¹⁵, le différend avait été lancé par une entreprise britannique après l'expropriation supposée de deux hôtels dont elle s'était vue confier la gestion par l'Égypte. Wena demandait une indemnisation au titre du TBI Royaume-Uni-Égypte. Pour sa défense, l'Égypte indiqua que Wena avait illégalement tenté d'influencer la décision prise par l'agence gouvernementale égyptienne pour obtenir ces contrats de gestion.

Les arbitres de l'affaire *Wena* ont attaché une attention particulière aux allégations de corruption, mais ont rejeté la défense de l'Égypte, concluant qu'elle n'avait pas démontré ses allégations. Toutefois, le tribunal suggéra que dans le cas contraire, il aurait rejeté le recours de Wena, affirmant que « si elles sont exactes, ces allégations sont perturbantes et suffisantes pour rejeter ce recours »,

et notant que « les tribunaux internationaux ont souvent affirmé que la corruption du type de celle alléguée par l'Égypte [était] contraire aux bonnes mœurs »¹⁶.

Dans *AHCA c. Congo*, le différend avait été présenté par African Holding Company of America (AHCA) et la Société africaine de construction au Congo S.A.R.L. (SAFRICAS) contre la République démocratique du Congo (RDC), au titre de la clause d'arbitrage incluse dans le TBI RDC-États-Unis. Le différend trouvait son origine dans une dette due par la RDC à SAFRICAS pour la construction d'une route au Congo. Après quoi, SAFRICAS transféra son recours à AHCA. Dans sa défense, la RDC avait affirmé qu'il n'existait pas de contrat, puisque le contrat de construction accordé à SAFRICAS avait été obtenu par le biais d'actes de corruption.

Le tribunal de l'affaire *AHCA* affirma que la RDC n'avait pas démontré ses allégations de corruption, mais à la différence du tribunal de l'affaire *Wena*, il n'expliqua pas les éventuelles conséquences d'un constat de corruption¹⁷.

Remarques finales : quel avenir pour les obligations des investisseurs de lutter contre la corruption ?

Si la plupart des TBI n'imposent pas d'obligation directe aux entreprises multinationales de lutter contre la corruption, les États devraient envisager d'inclure de telles obligations dans les AII qu'ils négocient ou renégocient, conformément à la pratique récente des traités¹⁸.

Toutefois, même en l'absence d'obligations anti-corruption pour l'investisseur dans le traité, la jurisprudence arbitrale reconnaît que l'interdiction

¹⁴ Id., paras. 105–107, 143–157. Voir également Johnson, L. (2011). *World Duty Free c. Kenya*. Dans N. Bernasconi-Osterwalder & L. Johnson. (Eds.). (2011, juillet). *Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2000-2010*. IISD. <https://www.iisd.org/itn/2018/10/18/world-duty-free-v-kenya>

¹⁵ *Wena Hotels Ltd c. la République arabe d'Égypte*, Affaire n° ARB/98/4, Décision, 8 décembre 2000, 41 ILM 881 (2000). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>

¹⁶ Id., para. 76, 111.

¹⁷ *African Holding Company of America, Inc. et Société africaine de construction au Congo S.A.R.L. c. la République démocratique du Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/05/21, Décision sur les objections à la compétence et la recevabilité, 29 juillet 2008, para. 52, 54. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0016.pdf>

¹⁸ Le modèle de BIT de IISD de 2005, le modèle de BIT de la SADC de 2012 et le BIT Maroc-Nigeria de 2016 incluent des obligations anti-corruption pour les investisseurs et les investissements, et l'AECG de 2016 exclut du règlement des différends les investissements réalisés par le biais de la corruption. Voir Levine, M. J. (2019, juin). Quelques mots sur la lutte contre la corruption : comment l'interdiction de la corruption incluse dans les APIE peut créer une norme minimale de conduite des investisseurs canadiens à l'étranger. *Investment Treaty News*, 10(2), 8–11. <https://www.iisd.org/itn/fr/2019/06/27/a-bit-of-anti-bribery-how-a-corruption-prohibition-in-fipas-can-bring-a-minimum-standard-of-conduct-for-canadian-investors-abroad-matthew-levine>



de la corruption est un principe général du droit international de l'investissement¹⁹. Aussi, les arbitres devraient appliquer aux investisseurs l'obligation découlant du droit international de ne pas pratiquer la corruption à l'heure de réaliser un investissement. Dans le cas contraire cela pourrait entraîner la nullité de la sentence, car « la non-application du droit approprié pourrait constituer un abus de pouvoir et un motif d'annulation »²⁰.

Puisque l'interdiction de la corruption figure parmi les principes généraux du droit international de l'investissement, un État pourrait, même en l'absence d'une clause exigeant des multinationales qu'elles luttent contre la corruption, lancer un arbitrage contre une multinationale qui aurait corrompu ses agents publics. Il faut pour cela que l'État dispose d'une base juridique au titre des traités d'investissement ou des contrats investisseur-État faisant référence au droit international comme le droit applicable, ainsi que d'une clause d'arbitrage. En outre, les clauses de RDIE dans les traités d'investissement ou les contrats investisseur-État pourraient obliger les parties à respecter les principes généraux du droit international de l'investissement. Dans tout arbitrage de ce type, le tribunal devrait appliquer le principe général interdisant la corruption. De même, une entreprise pressée de verser un pot-de-vin pourrait lancer un arbitrage pour dénoncer cette corruption.

L'on peut imaginer, pour aller plus loin, que si un État ne dénonce pas la corruption, les organisations de la société civile (OSC) pourraient le faire en déposant un dossier d'amicus curiae dans un arbitrage en cours. Cela pourrait être possible par le biais d'un protocole facultatif supplémentaire à la Convention du CIRDI relatif à la corruption²¹. Compte tenu que les tribunaux arbitraux ont pour le moment toute discrétion d'accepter ou de rejeter les dossiers d'amicus curiae, et de définir le poids qui leur est accordé, les États pourraient envisager des règles permettant aux OSC d'avoir un accès plus facile aux arbitrages en tant qu'amis [de

la Cour]²². Cela pourrait par exemple se faire dans le cadre des efforts de réforme du RDIE en cours du Groupe de travail III de la CNUDCI et du processus d'amendement des règlements du CIRDI. Finalement, ils pourraient examiner des manières de permettre aux OSC de présenter leurs plaintes liées à la corruption aux tribunaux arbitraux ou aux institutions internationales, s'appuyant sur la pratiques des organes des droits humains, tels que les « appels à l'action » reçus par la Commission africaine des droits de l'homme²³.

Auteur

Guy Marcel Nono est professeur adjoint en droit international à l'Université de Douala (Cameroun). Il enseignait auparavant un cours de droit international à l'Université Laval (Canada), de 2015 à 2018.

¹⁹ Voir Schreuer, C. (2009). *The ICSID Convention – A commentary*. Cambridge University Press, p. 608.

²⁰ Id., p. 556.

²¹ Le fonctionnement d'un tel protocole et comment veiller à ce que le tribunal soit tenu de prendre en compte les soumissions des OSC mérite d'être pleinement examiné dans un article distinct.

²² IISD. (2019, avril). *Summary comments to the proposals for amendment of the ICSID arbitration rules*. Genève : IISD. Extrait de <https://www.iisd.org/library/summary-comments-proposals-amendment-icsid-arbitration-rules>

²³ Cette idée est empruntée à la Commission africaine des droits de l'homme, *Association pour la sauvegarde de la paix au Burundi / Kenya, Uganda, Rwanda, Tanzania, Zaire (DRC), Zambia*, 157/96 HRCLA (CommAfr DHP 2003), para. 1, 63. https://www.achpr.org/public/Document/file/French/achpr33_157_96_fra.pdf



NOUVELLES EN BREF

La session de Janvier de la CNUDCI examine les questions relatives au mécanisme d'appel, au tribunal permanent, ainsi qu'aux arbitres et décideurs

Les négociateurs travaillant sur des solutions de réforme multilatérale du RDIE se sont réunis à Vienne en janvier 2020 pour la reprise de la 38^{ème} session, et ont discuté de la possibilité de créer un mécanisme d'appel, des avantages et des inconvénients liés à la création d'un tribunal permanent de l'investissement, et des procédures de sélection des arbitres et des décideurs.

Organisée sous l'égide du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE, la réunion s'est fondée sur les discussions préalables tenues à Vienne en octobre 2019. Il s'agit de la troisième phase d'un processus pluriannuel visant à identifier les préoccupations autour du RDIE et les possibilités de réforme. Selon une version préliminaire du rapport de la réunion, les discussions tenues sur les options de réforme susmentionnées étaient de nature « préliminaires », cherchant à mieux comprendre les éventuels avantages et inconvénients de chacune avant d'aller plus avant.

S'agissant du mécanisme d'appel ou d'un mécanisme autonome d'examen, l'option de réforme ayant reçu le plus d'attention d'après certains observateurs, les négociateurs en ont examiné les effets sur la durée et les coûts actuels des procédures. Ils se sont également demandés si un tel mécanisme pourrait donner lieu à un système plus cohérent, ou au contraire, plus fragmenté, et si le fait de renvoyer des affaires au titre de multiples traités à un organe unique pourrait « résulter en l'octroi de trop de pouvoir d'interprétation à un tel organe ». Ces questions seront de nouveau examinées plus tard, après les discussions sur les « principaux éléments d'un mécanisme d'appel ».

D'autres questions en lien avec le mécanisme d'appel ont été soulevées, notamment la nature et la portée des appels qu'il examinerait, par exemple quelle sera l'ampleur des motifs permettant de faire appel de la décision d'un tribunal, et quelles décisions pourraient être examinées en appel et quelles actions un mécanisme d'appel pourrait prendre.

La question d'un mécanisme d'appel sera examinée

plus en détail dans des sessions ultérieures du groupe de travail, le secrétariat de la CNUDCI étant actuellement chargé de préparer un tableau résumant les questions relatives à « la nature, la portée, et aux effets des procédures d'appel » et les projets de disposition connexes. À défaut d'un tableau, le secrétariat pourrait dresser la liste des éléments devant être déterminés par le groupe à l'avenir.

Une autre question en suspens concerne la manière dont les décisions prises par « un mécanisme d'appel permanent ou un organe de première instance permanent » pourraient être exécutées, et les implications pour les États qui choisissent de faire partie de tels mécanismes, et pour ceux qui décident de ne pas en faire partie. Les participants se sont également demandés, entre autres, comment cette exécution pourrait fonctionner vis-à-vis d'autres systèmes actuellement en vigueur, tels que la Convention du CIRDI ou la Convention de New York. *(Note de l'éditeur : le professeur N. Jansen Calamita aborde ces questions dans un article de fond publié dans ce numéro d'ITN : « Débat au sein du groupe de travail III de la CNUDCI : force exécutoire des décisions rendues par un mécanisme d'appel ou un tribunal d'investissement au titre des Conventions du CIRDI et de New York »).*

Parmi les autres questions abordées à Vienne en janvier, l'une des principales consistait à estimer les coûts d'un tribunal permanent ou TMI, et à déterminer comment le financer, ainsi que les contraintes financières que cela pourrait faire peser, notamment sur les États en développement. Tout comme pour le mécanisme d'appel, le secrétariat de la CNUDCI a été chargé d'analyser diverses options et de préparer les documents nécessaires à leur examen par le groupe de travail.

Entre temps, les discussions relatives aux arbitres et aux décideurs se sont largement centrées sur l'opportunité d'établir une « liste de candidats qualifiés et [sur] la création d'un organe permanent composé d'arbitres à temps plein », examinant des questions diverses, telles que la nomination par les parties et ses effets sur l'indépendance et l'impartialité, et les enseignements que l'on peut tirer des institutions arbitrales existantes. S'il était décidé d'établir un organe permanent de juges à temps plein, d'autres questions se poseront, comme par exemple son lieu d'établissement et d'accueil. *(Note de*



l'éditeur : ce numéro d'ITN inclut, dans un article de fond, le texte intégral de l'intervention du professeur Jane Kelsey sur ces questions lors de la réunion de Vienne : « La diversité des arbitres dans un régime de RDIE réformé : l'OMC est-elle un bon modèle pour les pays en développement ? »).

Le secrétariat de la CNUDCI a été chargé d'analyser plus avant toutes les questions soulevées au titre de ce point de l'ordre du jour, notamment l'interaction de ces options avec d'autres questions déjà à l'étude, ainsi que la manière d'intégrer aux traités existants « ou à tout autre instrument pertinent » les éventuelles options de réforme.

La réunion a également reconnu que les observations et suggestions faites sur les diverses options (mécanisme ad hoc ou d'appel permanent, ou TMI) n'impliquent pas un choix préalable ou définitif en faveur de l'une ou l'autre des options. Les participants ont en effet reconnu que plusieurs questions sont communes à toutes les options abordées, mais qu'elles peuvent avoir des effets différents en fonction des options choisies.

La prochaine réunion du groupe de travail est prévue du 30 mars au 3 avril 2020 à New York. Un ordre du jour provisoire annoté est [disponible en ligne](#), ainsi qu'une série de documents préparés par le secrétariat, et des communications des gouvernements. Les documents préparés par le secrétariat couvrent la prévention et l'atténuation des différends, et la médiation ; l'interprétation des traités par les États parties ; les garanties pour frais et les recours abusifs ; les procédures multiples et les demandes reconventionnelles ; et un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE. Toutes ces questions figurent à l'ordre du jour de la réunion, tout comme l'examen des communications des gouvernements.

Les discussions sur la facilitation de l'investissement visent un résultat d'ici à la CM 12, et préparent les négociations de mars

Les 99 membres de l'OMC impliqués dans les discussions structurées sur un éventuel cadre multilatéral sur la [facilitation de l'investissement](#) devraient passer en mode négociation dès mars 2020, dans l'espoir d'annoncer un « résultat concret » lors de la 12^{ème} Conférence ministérielle de l'OMC prévue à Nour-Sultan, au Kazakhstan, en juin 2020.

Le groupe soutenant cette « Initiative de déclaration conjointe » s'est largement étendu depuis son lancement en décembre 2017. Le dernier des membres en date sont les Philippines, qui ont formellement rejoint le groupe au cours d'une [réunion ministérielle](#) informelle sur la question. Cet événement s'est tenu en parallèle de la réunion annuelle du Forum économique mondial (FEM) à Davos-Klosters, en Suisse, le 23 janvier 2020.

Vers la fin de l'année 2019, les discussions structurées ont porté sur la rationalisation d'un document de travail extensif qui présente, dans sept sections, les exemples de dispositions pouvant figurer dans le cadre envisagé, sans préjuger des positions des membres de l'OMC une fois que les négociations auront commencé. Selon un [résumé](#) de la réunion de bilan de décembre 2019 préparé par le coordonnateur du groupe, les discussions tenues dans les toutes premières semaines de 2020 permettront d'ouvrir la voie aux négociations dès le mois de mars, d'autres réunions étant prévues avant la ministérielle de juin.

Ces discussions se fonderont sur un nouveau texte simplifié diffusé aux membres de l'OMC par le coordonnateur du groupe en janvier 2020. Le texte est toujours d'accès restreint sur le site de l'OMC. Alors que les participants se préparent à passer à un nouveau mode de travail, plusieurs questions subsistent quant à la portée du cadre envisagé, quant aux dispositions relatives au développement et autres. L'on ne sait pas non plus encore quels arrangements institutionnels pourraient s'appliquer à un tel cadre, s'il est un jour parachevé, compte tenu de la règle en place pour l'incorporation de nouveaux accords dans l'architecture de l'OMC, ainsi que des décisions des ministérielles précédentes selon lesquelles le consensus de l'ensemble des membres est requis pour négocier des questions qui ne figuraient pas déjà dans le Programme de développement de Doha.

Un historique détaillé des discussions sur la facilitation de l'investissement et du document de travail de juillet



2019 ayant servi de base aux discussions tenues de septembre à décembre 2019 est disponible en ligne en anglais et français dans la [bibliothèque de l'IISD](#). (*Note du rédacteur : cette publication a été préparée grâce à une subvention de TAF2+ Umbrella sur les nouvelles questions à l'OMC, financé par le gouvernement britannique, et conjointement mis en œuvre par IISD, CUTS International, BKP Economic Advisors et Interanalysis de l'University du Sussex. Les opinions exprimées sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de TAF et du gouvernement du Royaume-Uni*).

Modernisation du TCE : la Conférence se réunit en décembre 2019, et fixe les étapes pour les négociations de 2020

Les négociations relatives à la modernisation du TCE sont maintenant en cours : la première d'une série de réunions s'est tenue en décembre 2019, et au moins quatre autres séances sont prévues tout au long de 2020.

Les débats ont été menés suite à la réunion de la Conférence de la Charte de l'énergie à Bruxelles les 10 et 11 décembre 2019. Selon le [procès-verbal de la réunion](#) de la Conférence émis juste après, la « priorité absolue » pour l'année prochaine sera le processus de modernisation.

Le premier cycle de négociations s'est tenu à Bruxelles dès le 12 décembre, mais le résumé public des discussions n'est pas encore disponible. Les discussions devaient à l'origine se tenir en Albanie, mais une catastrophe naturelle dans le pays des Balkans a entraîné un changement de lieu. D'après le [calendrier indicatif](#) publié l'année dernière, les réunions suivantes sont prévues en avril, en juillet et en octobre 2020, suivi d'une réunion de bilan en décembre.

Même si les négociations relatives à la modernisation du traité sont en cours, l'on ne sait pas encore si le processus sera en mesure de régler les nombreuses difficultés bien connues du traité. Le traité existant, qui date du milieu des années 1990, est l'AIJ à l'origine du plus grand nombre d'arbitrages d'investissement, ainsi que les indemnisations les plus élevées octroyées en la matière. L'on ne sait pas encore si le processus de modernisation suffira à rendre l'accord favorable à une action climatique ambitieuse, et si les parties au traité n'auraient pas plus à gagner en cherchant à éteindre le traité ou à s'en retirer.

Négociations entre la Chine et l'UE sur l'investissement : les négociateurs examinent de nouvelles offres relatives à l'accès aux marchés, et visent un résultat pour 2020

Les discussions entre la Chine et l'UE portant sur un Accord global sur les investissements ont connu une étape importante en décembre 2019, lorsque les deux parties ont échangé de nouvelles offres en matière d'accès aux marchés. Elles avaient [précédemment](#) échangé des offres en matière d'accès aux marchés au mois de juillet 2018.

Cet échange a eu lieu lors du [25ème cycle de négociations](#), qui incluait également des discussions sur le traitement des entreprises d'État, le règlement des différends entre États, le développement durable, la transparence, et une série d'autres questions.

Un autre cycle organisé mi-janvier 2020 a permis d'examiner les offres plus avant, et le 27ème cycle est prévu pour début mars 2020 à Pékin.

Si les résultats du dernier cycle en date ne sont pas encore connus, les représentants de l'UE ont d'ores et déjà indiqué qu'ils aimeraient que leurs homologues chinois apportent des modifications à leur dernière offre en matière d'accès aux marchés.

Lors d'un [événement](#) dédié aux relations Chine-UE le 20 janvier 2020, Phil Hogan, le commissaire européen au Commerce, a indiqué : « [s]i de nombreuses entreprises européennes investissent en Chine et bénéficient de son grand marché national, j'ai bien conscience des difficultés qu'elles connaissent en termes d'accès et de prévisibilité ».

Citant les améliorations qu'il souhaite voir en termes d'accès aux marchés pour les investisseurs européens en Chine, Hogan a réitéré que Bruxelles espérait encore pouvoir conclure cette année les discussions avec Pékin, à condition que l'accord soit suffisamment ambitieux. La date cible de 2020 avait été annoncée lors d'un [sommet des dirigeants](#) en Belgique en avril l'année dernière.

Hogan a également suggéré qu'une plus grande ouverture du marché que celle actuellement proposée serait nécessaire.

« L'UE n'est pas prête à faire des compromis, car notre marché est largement ouvert. Nous attendons des efforts pour corriger cette asymétrie », avait-il indiqué à l'époque, appelant à des niveaux comparables



d'amélioration pour garantir aux investisseurs européens en Chine « des règles équitables » s'agissant des cadres juridique et réglementaire en place.

Certains experts basés en Chine ont toutefois **indiqué** que ces demandes seraient difficilement satisfaites, et ont averti que ce point pourrait affecter le rythme des négociations. Les discussions en vue d'un accord d'investissement Chine-UE, lancées en 2013, sont formellement en cours depuis 6 ans.

Trump signe l'ACEUM, rapprochant le remplaçant de l'ALENA de son entrée en vigueur

L'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) a été ratifié et promulgué aux États-Unis, rapprochant un peu plus l'accord commercial et d'investissement de son entrée en vigueur. Le Canada est le seul des trois pays impliqués qui n'ait pas encore parachevé sa procédure de ratification.

L'ACEUM remplacera l'ancien ALENA qui a régi les échanges entre les trois pays depuis le milieu des années 1990. Si le nouvel accord a été signé fin 2018, et ratifié par le Mexique en juin 2019, les efforts en vue de sa ratification au Canada et aux États-Unis ont davantage tardé, quoique pour des raisons distinctes.

La ratification de l'accord aux États-Unis impliquait de négocier avec le Canada et le Mexique diverses modifications au texte existant, compte tenu des préoccupations soulevées au sein du Congrès par de nombreux démocrates quant à savoir si les dispositions de l'accord étaient suffisamment strictes en matière de travail et d'environnement, qu'il s'agisse des règles elles-mêmes ou des mécanismes de surveillance et d'application en place.

Le **Protocole d'amendement** final présente donc une série d'amendements aux dispositions de l'ACEUM, à savoir sur les dispositions d'ouverture et les définitions générales ; les règles d'origine dans le secteur automobile ; les droits de propriété intellectuelle ; le travail ; l'environnement ; et un « mécanisme de réponse rapide dans le domaine du travail spécifique aux établissements ».

Parmi les modifications notables se trouve le libellé révisé empêchant les parties à l'ACEUM de bloquer la constitution d'un tribunal de règlement des différends, qui s'était avéré l'un des **problèmes majeurs** au titre du règlement des différends entre États de l'ALENA original.

Autre modification significative, le libellé dans le chapitre sur l'environnement, notamment quelques renvois, qui indiquent qu'« aux fins du règlement des différends, un tribunal présumera qu'une omission est telle qu'elle affecte le commerce ou l'investissement entre les Parties, sauf si la Partie défenderesse démontre le contraire ». Un libellé similaire a également été inclus dans le chapitre sur le travail, s'agissant de l'application des lois sur le travail.

Au Canada, la procédure de ratification avait été suspendue en 2019 en raison de la tenue des élections fédérales dans le pays. Le projet de loi de mise en œuvre de l'ACEUM, également appelé nouvel ALENA au Canada, a **de nouveau été présenté** au parlement canadien le 29 janvier 2020 pour examen.

Brexit : le Royaume-Uni quitte l'UE alors que subsistent des questions quant aux relations commerciales et d'investissement futures

La sortie de l'UE du Royaume-Uni a formellement eu lieu le 31 janvier 2020, après des années de discussions et plusieurs reports de la date butoir du Brexit. Le Royaume-Uni dispose maintenant d'une période de transition de 11 mois, mais des questions subsistent quant à la forme que prendront les futures relations commerciales et d'investissement avec l'UE et d'autres partenaires, même si certains signes commencent à apparaître.

La façon dont le Brexit affectera les relations commerciales et d'investissement du Royaume-Uni avec les pays non membres de l'UE après la fin de la période de transition en décembre dépendra des circonstances. Selon une **note d'orientation** publiée par le gouvernement britannique sur les accords commerciaux avec des pays extérieurs à l'UE, Londres envisage de



« reproduire les effets des accords de l'UE existants lorsqu'ils ne s'appliqueront plus au Royaume-Uni », et précise que de tels accords ont d'ores et déjà été conclus et signés avec plusieurs pays ou groupes de pays.

La liste n'indique pas tous les pays et présente quelques exceptions notables, tels que l'Accord de partenariat économique Japon-UE et l'AECG Canada-UE. Dans certains cas, comme pour l'AECG, « l'engagement » se poursuit, tandis que dans le cas du Japon, les deux parties doivent négocier un nouvel accord, sur la base d'éléments déjà convenus.

Certains de ces accords commerciaux contiennent des chapitres sur l'investissement ou des accords connexes de protection des investissements. Il existe également une pléthore de TBI européens et de TBI britanniques, et certains analystes juridiques ont soulevé des questions quant à l'impact du Brexit sur les TBI européens si de nouveaux accords ne sont pas conclus avant la fin de la période de transition.

S'agissant des engagements du pays au titre de l'OMC, tous les États membres de l'UE sont également membres de l'OMC à titre individuel, tout comme l'UE dans son ensemble. Les listes de biens et services sont exprimés en termes européens, et l'une des questions majeures soulevée à Genève pendant le processus du Brexit était de savoir comment distinguer les engagements du Royaume-Uni de ceux du bloc de l'UE, et comment les engagements avec les autres membres de l'OMC sur la question fonctionneront.

Certaines de ces questions ont des effets sur l'investissement, compte tenu que certains accords de l'OMC contiennent des dispositions relatives aux investissements, tels que l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), impliquant spécifiquement les services au titre du Mode 3, concernant la présence commerciale d'un fournisseur de services étranger dans le territoire d'un autre membre de l'OMC.

Début février, le Royaume-Uni a diffusé une communication résumant les mesures prises à ce jour sur ces questions, ainsi que son projet de se joindre à l'Accord sur les marchés publics (AMP) à titre individuel, puisqu'il est actuellement partie à l'accord en tant que membre de l'UE. Celle-ci a quant à elle diffusé, à l'intention des membres de l'OMC, une note verbale d'information résumant l'accord de transition.

Une déclaration émise le 3 février 2020 esquisse ce

que le Premier ministre britannique Boris Johnson et son gouvernement se proposent d'atteindre dans les discussions avec Bruxelles sur leur future relation. S'agissant des échanges transfrontières de services et de l'investissement, ils ont appelés à prendre des « mesures en vue de minimiser les obstacles à la fourniture transfrontière de services et aux investissements, sur la base des engagements de chacune des parties au titre d'ALE existants », ajoutant qu'il est envisageable d'approfondir encore les engagements concernant certains types de services.

Les accords commerciaux conclus par l'Australie avec Hong Kong et le Pérou entrent en vigueur ; celui avec l'Indonésie est ratifié

Le début de la nouvelle année a été marqué par l'entrée en vigueur de deux nouveaux accords commerciaux conclus par l'Australie, avec le Pérou et Hong Kong. Les deux accords incluent des chapitres sur l'investissement, et ont été ratifiés par le parlement australien fin décembre, ainsi qu'un accord distinct avec l'Indonésie.

S'agissant du nouvel ALE Australie-Hong Kong, le nouvel accord éteint le TBI de longue date entre les deux partenaires, qui date de 1993. Le chapitre sur l'investissement du nouvel accord inclut un mécanisme de RDIE, même si certaines mesures ne peuvent être contestées, telles que celles liées à certaines mesures de santé publique, notamment le contrôle des produits du tabac, ainsi que la sélection des investissements réalisée sous l'égide du Comité australien d'examen des investissements étrangers.

Un résumé du traitement des investissements dans le nouvel accord indique également qu'une disposition a été incluse dans le but de protéger le droit des États de réglementer les domaines liés aux arts et à certains services publics, ainsi qu'aux modes d'expression culturelle traditionnels autochtones.

L'ALE Australie-Pérou inclut lui-aussi un chapitre sur l'investissement contenant un mécanisme de RDIE,



assorti d'un libellé similaire sur le droit de réglementer dans l'intérêt public. Le RDIE ne s'applique pas à certains services sociaux, aux arts créatifs, aux décisions de sélection des investissements étrangers, et aux modes d'expression culturelle traditionnels autochtones.

Un autre développement notable concerne la ratification par le parlement australien de l'**Accord de partenariat économique global (APEG)** avec l'Indonésie, l'économie la plus peuplée d'Asie du Sud-Est. Cet accord inclut un chapitre sur l'investissement et un mécanisme de RDIE, et là encore, fait référence à certaines questions de santé publique, du contrôle des produits du tabac et de la sélection de l'investissement étranger comme faisant partie des domaines exclus du RDIE. L'APEG doit encore être ratifié par l'Indonésie avant d'entrer en vigueur.



SENTENCES ET DÉCISIONS

Dans une nouvelle décision du CIRDI, un tribunal considère que les réformes de l'Espagne du secteur des énergies renouvelables ne violent pas le TCE

Stadtwerke München GmbH, Rwe Innogy GmbH, et autres c. le Royaume d'Espagne, Affaire CIRDI n° ARB/15/1

Marios Tokas

Le 2 décembre 2019, un tribunal sous l'égide du CIRDI concluait que l'Espagne avait respecté ses obligations au titre du TCE et que les recours présentés par des investisseurs allemands étaient sans fondement. Le tribunal ordonna donc aux demandeurs de verser à l'Espagne 2,3 millions EUR pour ses frais juridiques, et 362 237 USD pour sa part des coûts de l'arbitrage.

Le contexte et les recours

En 2009, Marquesado Solar S.L. (Marquesado), une entreprise espagnole directement ou indirectement détenue en totalité par l'entreprise allemande Stadtwerke München GmbH (SWM) et par un groupe d'autres entreprises allemandes, construisit la centrale électrique Andasol 3, en Andalousie, dans le sud de l'Espagne. SWM et les autres entreprises affirmèrent que leur décision de construire et d'exploiter la centrale se fondait sur les garanties données par le régime réglementaire espagnol de mesures incitatives offertes aux investissements dans le secteur des énergies renouvelables, à savoir le Décret royal (DR) 661/2007.

En 2012, l'Espagne réforma le régime applicable au secteur des énergies renouvelables en imposant des taxes supplémentaires, modifiant les tarifs de rachat garantis offerts aux producteurs d'électricité et restreignant les critères d'éligibilité aux mesures incitatives. Suite à cela, les demandeurs et Marquesado lancèrent un arbitrage au titre du règlement du CIRDI contre l'Espagne le 29 décembre 2014, avançant des violations de l'article 10(1) du TCE, notamment les clauses TJE, parapluie et de non-entrave.

Le tribunal rejette les objections de l'Espagne à la compétence liées à la nationalité européenne des demandeurs et au droit européen

Le tribunal rejeta l'objection de l'Espagne selon laquelle Marquesado n'était pas un investissement couvert, considérant que l'entreprise était contrôlée par des

investisseurs d'un autre État partie. De plus, il observa que l'article 26(1) du TCE ne fait pas de distinction entre les divers types d'États parties, s'appliquant donc aux différends entre un investisseur d'un État de l'UE et un autre État membre de l'UE (para. 129).

Le tribunal conclut que l'accession de l'UE au TCE n'annulait pas la compétence des tribunaux du TCE sur les différends intra-UE. Il désapprouva notamment l'argument de l'Espagne selon lequel l'article 1(2) du TCE prévoit le transfert de compétence du TCE vers une Organisation d'intégration économique régionale (OIER), telle que l'UE, lorsque cette dernière devient membre du TCE (para. 131). Le tribunal refusa en outre de reconnaître la prévalence du droit européen sur l'article 25 du TCE, puisque ce dernier ne fait qu'empêcher les États non membres de l'UE mais États parties au TCE de bénéficier du traitement entre États membres de l'UE (para. 132).

L'Espagne argua que le tribunal n'avait pas compétence sur le différend puisque SWM, une entreprise publique allemande, était assimilable à l'Allemagne et que les différends entre États membres de l'UE relèvent de la compétence de la CJUE. Cependant, le tribunal rejeta cet argument puisque SWM était enregistrée en tant qu'entreprise au titre du droit allemand et respectait donc la définition d'« investisseur » au titre de l'article 1(7) du TCE, quel que soit le statut de ses actionnaires (para. 134).

Finalement, le tribunal refusa de rejeter l'affaire en raison de l'incompatibilité du TCE avec le droit européen compte tenu de la décision sur *Achmea*. Il considéra que même s'il acceptait pleinement le point de vue de l'Espagne et la décision sur *Achmea* quant au conflit juridique, le TCE devait prévaloir, puisque son article 16 prévoit qu'en cas de conflit, c'est la règle la plus favorable qui prévaut. Selon le tribunal, le TCE est plus favorable en l'espèce, compte tenu que le système européen ne donne pas aux investisseurs accès à un tribunal arbitral (para. 145 et 146).

L'objection de l'Espagne à la compétence en lien avec les mesures fiscales est retenue

Le tribunal accepta l'argument de l'Espagne selon lequel la taxe de 7 % imposée par la Loi 15/2012 sur la valeur de l'électricité produite était exclue de sa



compétence au titre de l'exception contenue à l'article 21 du TCE. Interprétant les termes de l'article 21 à la lumière de leur sens ordinaire (para. 163 à 168) et des *travaux préparatoires*¹, le tribunal considéra que la taxe était une « mesure fiscale » et déclina sa compétence sur la loi (para. 172 à 176).

Le TCE ne confère pas de droit exécutoire à un cadre juridique stable

S'agissant du fond de l'affaire, le tribunal rejeta l'argument selon lequel l'article 10(1) du TCE impose aux parties contractantes une obligation autonome exécutoire d'accorder des conditions stables et équitables aux investisseurs. Il considéra en effet que l'article 10(1) était « bien trop général » pour imposer des directives et obligations spécifiques, mais qu'il orientait les autres obligations telles que la norme TJE de l'article 10(1) (para. 196 à 198).

La mesure prise par l'Espagne n'a pas violé son obligation d'accorder le TJE aux demandeurs

Le tribunal rejeta les allégations des demandeurs selon lesquelles l'Espagne ne leur avait pas offert un régime réglementaire stable, frustrant ainsi leurs attentes légitimes, n'avait pas agi de manière transparente, et avait adopté des mesures déraisonnables ou disproportionnelles.

Il considéra d'abord que la réforme réglementaire espagnole n'avait pas été menée avec l'intention d'altérer de manière drastique le cadre réglementaire après que l'investissement désiré ait été réalisé, comme un leurre. Selon le tribunal, les mesures avaient été légitimement prises pour protéger la politique publique et la pérennité du système électrique espagnol (para. 257 à 261).

Ensuite, il considéra que les demandeurs n'avaient pas démontré que le cadre réglementaire espagnol, ou les actions, ou inactions, des autorités espagnoles garantissaient une rémunération stable de l'électricité produite. Il conclut au contraire que tout investisseur prudent ayant exercé une diligence appropriée ne se serait pas légitimement attendu à une telle source régulière de revenus pour son investissement (para. 308).

Finalement, le tribunal rejeta les arguments du demandeur sur la transparence, le caractère déraisonnable et disproportionné des mesures

adoptées au titre du cadre réglementaire. Ils considéra que ces dernières étaient transparentes et avaient été prises suite à des consultations et des rapports préliminaires (para. 315). De plus, les mesures avaient un lien raisonnable avec l'objectif de garantir la pérennité du système électrique et de réduire le déficit tarifaire, et le fardeau imposé aux demandeurs était proportionnel à l'objet et au but des mesures contestées (para. 320 à 322 et 354 et 355).

Le tribunal réaffirme le caractère raisonnable des mesures contestées et refuse l'application de la clause parapluie

Le tribunal réaffirma que les mesures de l'Espagne étaient raisonnables et ne violaient donc pas les obligations du pays au titre de l'article 10(1) du TCE de s'abstenir d'entraver les investissements par le biais de mesures déraisonnables (para. 364). Il considéra en outre que l'Espagne n'avait pas pris d'engagement contractuel ou de nature similaire envers les demandeurs. Il affirma également que le prétendu accord des demandeurs de juillet 2010 (un communiqué de presse de l'Espagne) et une résolution de 2011 adoptée par la Direction générale espagnole pour la politique à l'énergie et aux mines n'avaient aucune force contraignante en soi (para. 383 et 384).

La répartition des coûts et les frais

Le tribunal prit en compte le fait que le TCE ne contient pas de disposition sur la répartition des coûts et des frais, mais décida d'examiner les circonstances afin de parvenir à une conclusion équitable. Compte tenu du caractère légal des mesures contestées, de l'échec des objections de l'Espagne à la compétence et des coûts élevés, il ordonna aux demandeurs de payer 83,3 % des frais et dépenses juridiques de l'Espagne (para. 403 à 405).

L'opinion divergente de Kaj Hobér : pas d'attente de stabilité pour les investissements dans l'hydroélectrique

Dans son opinion divergente quant au fond, Kaj Hobér considérait que les modifications radicales et fondamentales apportées au régime réglementaire espagnol violaient les obligations du pays au titre de l'article 10(1) du TCE puisqu'elles étaient contraires aux attentes légitimes des investisseurs. L'arbitre à l'opinion divergente souligna que les attentes légitimes ne se résument pas à une garantie ou à une promesse (para. 10) ; selon lui, elles étaient plutôt créées, selon lui, par le cadre réglementaire espagnol et les représentations et déclarations des représentants

¹ En français, italique, dans le texte, n.d.l.t.



officiels de l'Espagne, faisant référence à la certitude et à la stabilité du régime réglementaire (para. 16).

Remarques : le tribunal était composé de Jeswald W. Salacuse (président nommé par le Secrétaire général du CIRDI, des États-Unis), de Kaj Hobér (nommé par les demandeurs, de Suède) et de Zachary Douglas (nommé par le défendeur, d'Australie). La décision du 2 décembre 2019, y compris l'opinion divergente, est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/7791>

Marios Tokas est un juriste en droit international basé à Genève. Il termine actuellement son Master en droit international auprès du Graduate Institute of International and Development Studies. Il détient un master en droit public international, et une licence en droit de l'Université d'Athènes. Il réalise actuellement un stage auprès de IISD, à Genève.

Reconnue coupable d'expropriation de l'investissement d'un investisseur britannique, la Hongrie doit payer 7 millions EUR à titre de dommages

Magyar Farming Company Ltd, Kintyre KFT, et Inicia ZRT c. Hongrie, Affaire CIRDI n° ARB/17/27

Maria Bisila Torao

Le 13 novembre 2019, un tribunal du CIRDI ordonnait à la Hongrie de payer à un investisseur britannique des dommages en indemnisation des violations du TBI Hongrie-Royaume-Uni, ainsi que la moitié des frais juridiques de l'investisseur. Le tribunal accorda à ce dernier environ 7 millions d'euros.

Le contexte et les recours

Entre 1990 et 1994, la Hongrie réalisa une transformation profonde de son secteur agricole en privatisant plus de 85 % des terres arables du pays. Afin de réglementer l'acquisition et la propriété des terres arables, la Hongrie promulgua la Loi sur les terres arables, qui prévoyait que seuls les Hongrois pouvaient acquérir des terres arables. Les étrangers n'étaient autorisés qu'à louer les terres, soit auprès de l'État ou auprès de ressortissants hongrois, pendant une période maximale de 10 ans, et un maximum de 300 hectares (para. 110).

Dans ce cadre, en 1997, un groupe d'agriculteurs britanniques chercha à investir dans le secteur agricole hongrois. Ils enregistrèrent la société financière Magyar Farming Company Ltd au Royaume-Uni, et Kintyre Agricultural Trade and Services Kft comme sa filiale hongroise (collectivement, Magyar). En 1998, Kintyre acquit 95,13 % d'Inicia ZRT, une entreprise hongroise détenant des terres arables privatisées. Au moment de l'investissement, l'investisseur s'appuya sur le bail locatif d'Inicia, un bail de dix ans au titre de la Loi sur les terres arables qui prévoyait un droit légal de prélocation.

En 1999, le bail d'Inicia fut étendu pour une durée de 10 ans courant dès juillet 1999. Plus tard, en 2002, la Loi sur les terres arables fut amendée, étendant les périodes locatives de 10 à 20 ans. Inicia demanda donc une modification de son bail, et en 2006, celui-ci fut étendu jusqu'en 2014. Les autorités considéraient que la période de 20 ans commençait dès la date de conclusion du bail.

En 2010, la Hongrie chercha à réformer le secteur agricole, redistribuant les terres arables détenues par l'État dans le but de promouvoir les exploitations



familiales plutôt que les entreprises agricoles. Au titre de la Loi sur l'agence nationale des terres (la Loi de 2010), les droits de prélocation furent maintenus, mais retirés en 2011 (l'Amendement de 2011). Par conséquent, le bail d'Inicia fut divisé en plusieurs lots et redistribué aux agriculteurs locaux par le biais d'un appel d'offre public. Magyar et Inicia déposèrent donc une demande d'arbitrage contre la Hongrie, arguant que l'expropriation de leurs droits au bail foncier était une violation de l'article 6(1) du TBI Hongrie-Royaume-Uni.

Le tribunal rejette les objections intra-UE et matérielle à la compétence

Dans sa première objection à la compétence, la Hongrie arguait que la clause de règlement des différends du TBI (art. 8) était incompatible avec les traités de l'UE, faisant référence à la décision sur *Achmea* (para. 172 et 173), et qu'une telle incompatibilité entre le TBI et les traités de l'UE devait être tranchée en faveur du droit européen.

Le tribunal considéra que la Convention du CIRDI n'est pas assujettie à un système juridique national. Aussi, la validité de l'accord d'arbitrage ou l'arbitrabilité du différend ne peuvent être régies par un droit de procédure (*lex arbitri*). Par conséquent, aux fins du présent arbitrage, le tribunal décida de ne pas examiner les éventuelles conséquences de l'application d'un droit de procédure spécifique – en l'espèce, le droit de l'UE (para. 203).

En outre, la Hongrie affirmait que le différend ne relevait pas de la portée de la clause de règlement des différends du TBI, et donc que le tribunal ne pouvait se prononcer sur la conduite de la Hongrie car aucune de ses actions n'équivalait à une expropriation. S'appuyant sur une jurisprudence reconnue (les affaires *Inmaris c. l'Ukraine*, *CSOB c. la République slovaque* et *Holiday Inn c. le Maroc*), le tribunal rejeta cet argument et affirma qu'aux fins de la compétence matérielle, l'existence d'un investissement doit être évaluée dans son ensemble (para. 274 et 275).

L'amendement par la Hongrie de sa Loi de 2010 équivalait à une expropriation abusive puisqu'aucune indemnisation n'a été versée

La Hongrie arguait que le droit légal de prélocation était accordé par la législation générale, que l'État est libre de modifier pour des raisons politiques, et donc que le droit de prélocation ne pouvait être exproprié (para. 340 et 346).

Le tribunal conclut toutefois que bien que l'État disposait du droit de réglementer, ce pouvoir ne pouvait être exercé de manière rétroactive (para. 347). Le tribunal expliqua en outre que la norme contenue dans l'article 6 du TBI Hongrie-Royaume-Uni prévoit la protection des droits acquis. Par conséquent, « si une loi générale donne à des parties privées la possibilité d'acquérir des droits à valeur économique, les modifications apportées à la législation ne devraient pas affecter des droits déjà acquis au titre de la loi. En ce sens, la doctrine des droits acquis est étroitement liée aux principes de non-rétroactivité et de certitude juridique » (para. 347).

La Hongrie arguait également que l'exercice de bonne foi du droit de l'État de réglementer était exempt de l'obligation d'indemniser. Le tribunal désapprouva, et considéra, faisant référence à l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*, que l'on ne pouvait créer une exception sans réserve de l'obligation d'indemnisation pour toutes les mesures réglementaires, car cela serait incompatible avec le libellé habituel des clauses de non-expropriation des traités d'investissement, telle que l'article 6 du TBI, qui exige une indemnisation pour toute expropriation directe ou indirecte, même si les mesures en question sont prises à des fins publiques, ne sont pas discriminatoires et respectent la procédure juridique établie (para. 364).

Approuvant l'approche adoptée dans l'affaire *Saluka c. Tchèque*, le tribunal ajouta qu'il n'existe pas de test complet permettant de distinguer une expropriation réglementaire, qui exige une indemnisation, de l'exercice des pouvoirs de police ou réglementaires, qui n'est pas assorti d'une obligation d'indemnisation (para. 365).

Les dommages et les coûts

La Hongrie s'appuya sur un rapport d'expert estimant les pertes des demandeurs à 3,4 à 5,6 millions EUR. Selon elle, la norme de l'indemnisation devait être « la juste valeur de marché de l'investissement exproprié », tel que prévu par l'article 6(1) du TBI. Quant à l'expert du demandeur il présenta au tribunal trois évaluations distinctes utilisant les données disponibles à différentes dates.

Le tribunal rejeta la méthodologie utilisée pour l'évaluation présentée par la Hongrie, acceptant comme point de départ la deuxième évaluation présentée par le demandeur, qui s'appuyait sur une valorisation DCF utilisant les données disponibles au mois de juillet 2015 (para. 404 à 407). L'expert du demandeur avait toutefois réduit la valeur réelle



de l'exploitation agricole de 25 %, ce que le tribunal considéra comme beaucoup trop élevé, compte tenu que toute diminution de la liquidité aurait été marginale. Il appliqua par conséquent une réduction de 5 % de la liquidité, concluant que cette réduction était plus appropriée (para. 413).

Finalement, le tribunal accorda 7,1 millions EUR à titre d'indemnisation pour l'expropriation de l'investissement des demandeurs sur les 17,9 millions réclamés à l'origine. Il ordonna également à la Hongrie de rembourser aux demandeurs les coûts du tribunal, d'un montant de 282 224,40 USD, ainsi que ses frais juridiques, de 296 456 GBP, de 19 473 EUR et de 26 495 585,50 HUF.

Remarques : le tribunal était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (présidente nommée par les parties, de Suisse), de Stanimir A. Alexandrov (nommé par le demandeur, de Bulgarie), et d'Inka Hanefeld (nommée par le défendeur, d'Allemagne). La décision du 13 novembre 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10914.pdf>

Maria Bisila Torao est une avocate internationale basée à Londres. Elle détient un master en droit, arbitrage international au titre des traités, de l'Université d'Uppsala, un master en droit, arbitrage commercial international, de l'Université de Stockholm, et une licence en droit de l'Université de Malaga.

Le TBI n'est pas en vigueur : le Mozambique obtient gain de cause sur la compétence dans une affaire contre un investisseur sud-africain

Oded Besserglik c. le Mozambique, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/14/2

Alessandra Mistura

Le 28 octobre 2019, un tribunal constitué au titre du Mécanisme supplémentaire du CIRDI rejetait les recours présentés par Oded Besserglik (OB), un ressortissant d'Afrique du Sud, contre le Mozambique en raison du fait que le TBI Afrique du Sud-Mozambique n'est jamais entré en vigueur.

Le contexte

À la fin des années 1990, OB et un partenaire commercial acquièrent des parts dans Natal Ocean Trawling (NOT), une entreprise sud-africaine disposant d'un partenariat continu portant sur la pêche de crevettes avec les entreprises étatiques mozambicaines Emopesca et Sulpesca, une filiale d'Emopesca. NOT acquit ensuite 40 pour cent des parts de Sulpesca payable en plusieurs tranches. NOT paya normalement deux des tranches dues, le reste étant garanti par un nantissement sur les bateaux de pêche détenus par OB et utilisés par Sulpesca pour la réalisation des activités de pêche.

Suite au détournement des bateaux de pêche par l'un des directeurs de NOT et compte tenu du non-paiement continu du montant dû pour l'acquisition des parts de Sulpesca, Emopesca obtint d'abord la saisie judiciaire des bateaux. Elle procéda ensuite au transfert des parts de Sulpesca, y compris celles acquises par NOT mais jamais complètement payées, à une entreprise tierce. Par conséquent, OB lança un arbitrage contre le Mozambique, arguant que le pays avait illégalement exproprié les bateaux de pêche et les parts de NOT dans Sulpesca, et avait omis d'accorder à OB le TJE ainsi que la protection et la sécurité intégrales.

Le tribunal évalue la ponctualité de l'objection à la compétence

Avant toute chose, le tribunal examina la recevabilité de l'objection du Mozambique à la compétence, fondée sur l'affirmation selon laquelle le TBI sur lequel OB fondait ses recours n'était jamais entré en vigueur. Le tribunal remarqua que l'article 45(2) du règlement du mécanisme supplémentaire prévoit une obligation claire de présenter les objections à la compétence sans délai et, dans la mesure du possible, immédiatement après la constitution



du tribunal. Les parties ne sont autorisées à présenter des objections plus tard, que si l'objection repose sur des faits inconnus de la partie à ce moment-là, mais dans tous les cas avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire. Le Tribunal remarqua que ce délai était la « limite maximale » pour la présentation d'une objection à la compétence et ne pouvait être étendu davantage (para. 267).

En l'espèce, le Mozambique avait soulevé l'objection à la compétence trois années après la constitution du tribunal, soit bien après le délai fixé par l'article 45(2). En outre, le tribunal affirma qu'il était impossible pour le Mozambique de ne pas avoir eu raisonnablement connaissance du fait que, déjà au moment de la constitution du tribunal, le TBI n'était pas en vigueur puisqu'un simple examen de ses documents aurait suffi en l'espèce. Aussi, le tribunal conclut que le Mozambique n'avait pas respecté les délais fixés par l'article 45(2) pour la présentation de l'objection à la compétence.

Quel que soit le retard, le tribunal doit se prononcer sur sa propre compétence

Malgré le retard dans le dépôt de l'objection à la compétence par le Mozambique, le tribunal finit par conclure qu'il avait l'obligation d'examiner sa compétence de manière indépendante, conformément à l'article 45(3) du règlement du mécanisme supplémentaire. En effet, puisque l'objection portait sur l'absence d'entrée en vigueur du TBI, elle pesait sur la possibilité même de lancer l'arbitrage, puisqu'elle indiquait l'éventuelle inexistence du consentement à l'arbitrage du Mozambique. Aussi, le tribunal ne pouvait se refuser à examiner une objection de nature si fondamentale une fois qu'elle avait été portée à son attention.

Le tribunal remarqua également que si l'article 45(3) affirme qu'il « peut » de sa propre initiative décider si le différend relève de sa compétence, l'usage de ce verbe ne lui donne que le pouvoir d'examiner des questions de compétence même si elle n'ont pas été soulevées par les parties. Il ne lui donne toutefois pas, selon lui, le pouvoir d'ignorer les questions de compétence pour la simple raison que l'objection en question a été soulevée trop tard.

Pour déterminer s'il existe un consentement à l'arbitrage, le tribunal examine l'entrée en vigueur du TBI

Le tribunal examina ensuite les quatre éléments mis en avant par le Mozambique pour démontrer que le TBI n'était pas en vigueur. En premier lieu, il analysa

l'argument selon lequel la procédure pour l'entrée en vigueur établie par l'article 12 du TBI n'avait jamais été parachevée. Cet article exige non seulement la ratification du traité, mais également une notification de chacune des parties à l'autre indiquant le parachèvement de sa propre procédure nationale de ratification. En ce sens, la ratification n'est « qu'une étape vers l'entrée en vigueur du TBI » (para. 341). Puisque les éléments présentés par OB ne pouvaient démontrer de manière certaine que la notification requise par l'article 12 du TBI avait été envoyée, que ce soit par le Mozambique ou par l'Afrique du Sud, le tribunal ne pouvait conclure que le TBI était en vigueur.

Cette conclusion fut renforcée par le deuxième argument du Mozambique portant sur un échange de notes diplomatiques entre le Mozambique et l'Afrique du Sud où les deux États confirmaient que le TBI n'était effectivement pas en vigueur. Le tribunal considéra que ces deux éléments permettaient conjointement de conclure la question. Il décida donc de ne pas examiner les troisième et quatrième arguments du Mozambique, portant, respectivement, sur le fait que l'Afrique du Sud n'avait jamais parachevé sa procédure interne de ratification du TBI, et que le TBI n'avait jamais été enregistré auprès du secrétariat des Nations Unies, au titre de l'article 102 de la Charte des Nations Unies.

Cette conclusion selon laquelle le TBI n'était jamais entré en vigueur impliquait que les deux fondements sous-tendant les recours d'OB, à savoir le TBI lui-même et la Loi mozambicaine sur l'investissement, n'existaient pas. En effet, la Loi sur l'investissement exige le consentement express des parties à soumettre le différend à l'arbitrage. Cependant, OB identifiait un tel accord express dans le TBI lui-même, liant donc également les recours lancés au titre de la Loi sur l'investissement à l'entrée en vigueur du TBI.

Le dernier argument fondé sur l'estoppel du demandeur est également rejeté

Finalement, le tribunal examina l'argument d'OB selon lequel, même si le TBI n'était pas en vigueur, le Mozambique ne devrait être autorisé à soulever cet argument compte tenu des représentations données par le pays aux investisseurs étrangers selon lesquelles le TBI était bel et bien en vigueur. En d'autres termes, selon OB, le tribunal aurait dû conclure que le Mozambique avait implicitement consenti à sa compétence par ses mots, ses actes ou son silence sur la question.

Le tribunal conclut toutefois qu'il ne pouvait présumer que les prescriptions de l'article 12 du TBI étaient



satisfaites par l'invocation de la doctrine de l'estoppel, puisque l'entrée en vigueur du traité était une question purement juridique. De plus, il clarifia que pour pouvoir appliquer la doctrine de l'estoppel, OB aurait dû démontrer qu'il s'était appuyé de bonne foi sur les représentations du Mozambique avant de réaliser son investissement, hors il n'avait pas présenté une telle preuve au tribunal.

Compte tenu de ces éléments, le tribunal rejeta l'affaire en raison de son absence de compétence. Il détermina par ailleurs que chacune des parties payerait ses propres frais juridiques, ainsi que les coûts administratifs de la procédure (489.929,26 USD) à part égale.

Remarques : le tribunal était composé de Makhdoom Ali Khan (président nommé par le président du conseil administratif du CIRDI, du Pakistan), de L. Yves Fortier (nommé par le demandeur, du Canada) et de Claus von Wobeser (nommé par le défendeur, du Mexique). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/7663>

Alessandra Mistura est doctorante en droit international au Graduate Institute, à Genève.

Le recours de CMC est rejeté sur le fond : un accord de règlement peut être considéré comme un investissement au titre du TBI et de la Convention du CIRDI, mais le Mozambique n'y a pas consenti

CMC Muratori & Cementisti et autres c. la République du Mozambique, Affaire CIRDI n° ARB/17/23

Inaê Siqueira de Oliveira

En mai 2017, l'entreprise italienne CMC Muratori & Cementisti et deux de ses filiales au Mozambique (conjointement CMC) déposèrent une demande d'arbitrage auprès du CIRDI au titre du TBI Italie-Mozambique, suite au non-paiement d'un soi-disant accord de règlement. La décision, publiée en octobre 2019, rejetait les objections du Mozambique à la compétence, mais également tous les recours de CMC sur le fond, affirmant que le Mozambique n'avait pas conclu d'accord de règlement. Les coûts de l'arbitrage ont été divisés à parts égales.

Le prétendu accord de règlement

En 2005, CMC remporta un appel d'offre public portant sur la réparation d'une portion d'autoroute (le projet du lot 3) (para. 92). Financé par le Fonds européen de développement, le contrat fut conclu avec l'Administration nationale des routes du Mozambique (ANE selon son acronyme portugais).

CMC paracheva les travaux, mais à la mi-2009 les parties entamèrent des négociations portant sur des paiements supplémentaires. L'entreprise prétendait avoir subi des coûts supplémentaires du fait d'un accès retardé aux sites de construction et de jours fériés non pris en compte, entre autres problèmes. Selon le contrat, la demande devait d'abord être examinée par l'ingénieur/le superviseur du projet (para. 98). Ce dernier conclut que 2,4 millions d'euros des plus de 12,7 millions d'euros réclamés étaient dus (para. 110), et ANE autorisa le versement de ce montant (para. 115).

Insatisfaite de ces résultats, et avec un autre projet de réparation en cours (le projet du lot 2), CMC insista pour tenir d'autres négociations avec l'ANE (para. 117 à 122). Le 30 octobre 2009, ANE offrit un paiement supplémentaire de 8,2 millions d'euros. Le 2 novembre, CMC répondit indiquant « nous acceptons votre proposition... en précisant qu'elle vient s'ajouter au montant déjà accordé et traité » (para. 131). Peu de temps après, des élections eurent lieu au Mozambique, et les négociations, bien qu'étendues pendant plusieurs années, finirent par bloquer.



À première vue, un accord de règlement est un investissement au titre du TBI et de la Convention du CIRDI

Le Mozambique arguait qu'un accord de règlement n'était pas un investissement au titre du TBI et de la Convention du CIRDI. Il s'appuya sur le test de *Salini* issu de la jurisprudence du CIRDI, affirmant que celui-ci n'était pas satisfait par un accord de règlement compte tenu de l'absence de contribution en capital, d'une durée spécifique, de risques et d'une contribution au développement économique national (para. 180 et 181).

S'agissant de la définition de l'investissement au titre du TBI, le tribunal conclut que l'accord de règlement était un « crédit pour des montants... liés à un investissement », et, en tant que tel, relevait du sens de l'article 1(1)(c) du TBI Italie-Mozambique.

S'agissant de l'interprétation de la Convention du CIRDI, le tribunal rejeta le test dit de la « double serrure », selon lequel un investissement doit satisfaire à la fois aux prescriptions du TBI et de l'article 25 de la Convention du CIRDI. S'appuyant sur l'affaire *SGS c. Paraguay*, qu'il qualifiait d'approche de compromis, le tribunal conclut que la définition de l'investissement contenue dans le TBI « n'excédait pas les limites permises par la Convention du CIRDI » (para. 194).

Autres objections à la compétence

Le Mozambique arguait également que (i) l'arbitrage auprès du CIRDI était contraire à la Convention de Cotonou signée entre l'UE, les États membres de l'UE et un groupe de pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (les pays ACP) ; (ii) la décision de la CJUE sur *Achmea* invalidait la clause relative à l'arbitrage du TBI ; et (iii) les recours étaient purement contractuels.

Le contrat portant sur le projet du lot 3 contenait une clause de règlement des différends exigeant de soumettre tout différend à l'arbitrage conformément à la Convention de Cotonou, et à l'exclusion de tout autre règlement d'arbitrage (para. 224 et 225). Selon le Mozambique, le différend devait être soumis à ce type d'arbitrage. CMC arguait quant à elle que la clause de sélection du forum contenue dans le contrat du lot 3 n'empêchait pas la présentation d'un recours fondé sur le traité au titre du TBI (para. 254).

Le tribunal conclut d'abord que le contenu de la Convention de Cotonou et du TBI se chevauchait « très légèrement » (para. 272), et que, dans la mesure où ils se chevauchaient, les traités étaient compatibles (para. 277). Ensuite, il conclut que la Convention de Cotonou

prévoyait l'arbitrage des différends survenant « pendant la réalisation » des contrats financés dans son cadre, ce qui n'était pas le cas puisque bien que le différend fut lié à un contrat financé, il découlait d'un désaccord quant au paiement de montants supplémentaires pour des travaux *parachevés* (para. 282 à 287).

Le tribunal rejeta l'objection fondée sur *Achmea*, considérant que la décision de la CJUE n'avait pas d'effets sur les traités d'investissement extra-UE (para. 317 et 318).

S'agissant de l'objection selon laquelle les recours étaient de nature contractuelle, le tribunal rappela que CMC avait mis en avant les violations supposées de plusieurs normes fondamentales du TBI – le TJE, la discrimination et les attentes légitimes, entre autres – représentant toutes des recours fondés sur le traité, quel que soit le fond (para. 221).

Les recours sont rejetés sur le fond puisque le Mozambique n'avait pas consenti au supposé règlement

Lors de l'examen quant au fond, CMC affirmait que les actions du Mozambique en lien avec l'accord de règlement supposé – refus d'honorer ses engagements à payer ; retard déraisonnable dans la réponse apportée aux demandes de paiement de CMC, etc. – violaient des normes de traitement fondamentales dues aux investisseurs étrangers, basées sur le TBI.

Mais l'existence ou non d'un accord de règlement initial était le point le plus controversé. Si CMC arguait que sa réponse du 2 novembre 2009 était une *acceptation* de l'*offre* formulée précédemment par ANE, et avait donc créé un accord de règlement valide et contraignant, le Mozambique argua que la réponse de CMC était une *contre-offre*, et non pas une acceptation (para. 371).

D'accord sur le fait que le droit applicable pour déterminer si un accord avait été conclu était le droit mozambicain, les deux parties présentèrent des témoignages d'experts sur celui-ci. Après avoir examiné le libellé des courriers échangés entre CMC et l'ANE, ainsi que la correspondance de l'époque entre le directeur de l'ANE et le ministère des Travaux publics, le tribunal considéra que l'ANE n'avait *pas* l'intention d'offrir 8,2 millions d'euros *en plus* des 2,4 millions d'euros déjà payés (para. 389). Il conclut donc, comme le Mozambique, que CMC avait fait une contre-offre.

Puisque les recours de CMC dépendaient, dans une mesure variable, de l'existence d'un accord de règlement, le tribunal les rejeta tous.



La répartition des coûts

Concluant que chacune des parties avaient eu gain de cause sur divers aspects de l'affaire (CMC sur la compétence, et le Mozambique sur le fond), le tribunal décida que les parties paieraient leurs propres frais juridiques et partageraient les coûts de l'arbitrage à part égale (para. 486).

Remarques : le tribunal était composé de John M. Townsend (président nommé par les co-arbitres, des États-Unis), de Peter Rees (nommé par le demandeur, de Grande-Bretagne) et de J. Brian Casey (nommé par le défendeur, du Canada). La décision du 24 octobre 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10879.pdf>

Inaê Siqueira de Oliveira est étudiante en master de droit privé à l'Université de Sao Paulo, au Brésil.



RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

RESSOURCES

Facilitation de l'investissement : historique et évolution récente des discussions structurées

De Sofia Baliño, Martin Dietrich Brauch et Rashmi Jose, publié par IISD et CUTS International, janvier 2020

Ce document a été préparé pour le séminaire de Genève sur l'Initiative de la déclaration conjointe (IDC) dédiée à la facilitation de l'investissement, tenu le 28 janvier 2020. Le document présente l'historique et l'évolution des discussions portant sur l'investissement à l'OMC, ainsi que dans d'autres fora et contextes. Il a été produit grâce au financement apporté par l'aide fournie par le gouvernement du Royaume-Uni, dans le cadre du projet TAF2+ Umbrella Grant sur les nouvelles questions à l'OMC, un projet du Fonds pour la défense du commerce et des investissements (TAF2+), et mis en œuvre par l'IISD, en consortium avec CUTS, BKP Economic Advisors et InterAnalysis. Les opinions exprimées dans ce document sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement les positions officielles du gouvernement du Royaume-Uni ou celles du TAF2+. <https://www.iisd.org/library/investment-facilitation>

Principes directeurs conjoints Organisation de coopération économique D-8–CNUCED pour l'élaboration de politiques de l'investissement

De la CNUCED, publié par la CNUCED, janvier 2020

En janvier 2020, les pays membres de l'Organisation de coopération économique du D-8 (Bangladesh, Égypte, Indonésie, Iran, Malaisie, Nigeria, Pakistan, et Turquie) sont convenus d'un ensemble de Principes directeurs non contraignants pour l'élaboration de politiques de l'investissement, développés conjointement avec la CNUCED. Ces principes ont été développés sur la base des recommandations formulées lors de la réunion d'experts CNUCED–D-8, tenue à Istanbul en Turquie, en septembre 2019, sur le thème « Réforme des

politiques internationales de l'investissement au service du développement durable ». Ils donnent des conseils concernant l'élaboration de politiques de l'investissement de manière à promouvoir une croissance économique inclusive et le développement durable ; promouvoir des politiques nationales et internationales de l'investissement cohérentes ; favoriser un environnement politique international ouvert, transparent et propice à l'investissement ; et adapter les politiques de promotion et de facilitation de l'investissement aux objectifs de développement durable. <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1221/joint-d-8-organization-for-economic-cooperation---unctad-guiding-principles-for-investment-policy-making>

La Convention et les règlements du CIRDI : commentaire pratique

De Julien Fouret, Rémy Gerbay et Gloria M. Alvarez (Eds.), publié par Edward Elgar, 2019

Ce commentaire propose une nouvelle interprétation prospective très pratique de la Convention du CIRDI et ses documents connexes. Ses auteurs sont une équipe d'experts issus de la pratique privée, du gouvernement et du secteur universitaire dans le domaine du droit international de l'investissement et de l'arbitrage, provenant de divers contextes et juridictions. L'ouvrage présente un examen systématique de chacun des articles de la convention elle-même, ainsi que des règles de l'institution, des règlements d'arbitrage du CIRDI, et du règlement administratif et financier du CIRDI, ainsi qu'un commentaire et une analyse de la jurisprudence pertinente. Il inclut également une analyse des réflexions actuelles autour des propositions d'amendement au règlement du CIRDI, ainsi qu'un examen de l'évolution future dans leur interprétation et mise en œuvre. <https://www.e-elgar.com/shop/the-icsid-convention-regulations-and-rules>



La protection de l'investissement étranger en période de conflit armé

De Jure Zrilic, publié par Oxford University Press, décembre 2019

Cet ouvrage examine la manière dont l'investissement étranger est protégé en période de conflit armé au titre du régime des traités d'investissement. Il procède en combinant les éléments issus de divers domaines du droit international, notamment le droit international de l'investissement, le droit international humanitaire, le droit international des droits humains, le droit de la responsabilité des États, et le droit des traités. Si ces protections ont évolué dans le temps, et si le régime des traités d'investissement offre le cadre juridique de protection des investisseurs le plus fort jamais connu, l'on constate un changement notable dans la pratique des traités en faveur de la protection des intérêts de sécurité de l'État. L'auteur identifie et analyse les défauts du cadre normatif existant, mais souligne également le potentiel des traités d'investissement de minimiser les effets dévastateurs des conflits armés. Point déterminant, il avance qu'une nouvelle approche est nécessaire pour équilibrer correctement les intérêts contraires des États d'accueil et des investisseurs s'agissant de la protection de l'investissement en période de conflit armé. <https://global.oup.com/academic/product/the-protection-of-foreign-investment-in-times-of-armed-conflict-9780198830375>

La gouvernance internationale et l'État de droit en Chine au titre de l'Initiative Belt and Road

De Yun Zhao (Ed.), publié par Cambridge University Press, décembre 2019

Cet ouvrage examine, de manière holistique, le rôle de la Chine dans le domaine de la gouvernance internationale et de l'État de droit dans le cadre de l'Initiative Belt and Road. Il recherche des cadres analytiques alternatifs tenant compte des idéologies et idéaux juridiques, mais aussi de la demande locale et des circonstances socio-politiques pour expliquer les interactions juridiques de la Chine avec les pays situés le long de cette route (Road). Ces travaux évaluent les changements que l'initiative pourrait apporter au domaine du droit international et de la gouvernance internationale ; examinent diverses approches possibles pour faire face aux nouvelles questions juridiques découlant de l'initiative en Chine et dans les pays concernés ; et examinent le rôle de

la Chine dans la gouvernance internationale et l'État de droit dans le cadre de l'initiative, et discutent de la manière de réformer les lois nationales pour faire face aux nouvelles demandes de l'ordre régional et mondial. <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/international-governance-and-rule-law-china-under-belt-and-road-initiative>

Les fondations du droit économique international

De David Collins, publié par Edward Elgar, 2019

Cet ouvrage introductif explore les principes juridiques et institutions majeurs qui sous-tendent l'économie mondiale. Présentant une discussion de la logique économique et de l'impact social de divers régimes juridiques, l'auteur examine les quatre piliers majeurs du droit économique international : le commerce international, l'investissement international, les relations monétaires, et le développement. Le livre propose un aperçu des cadres et organisations juridiques internationaux qui régissent les relations économiques entre les États, et entre eux et les entreprises multinationales. L'auteur met en avant les principales affaires des tribunaux internationaux ainsi que les débats les plus pressants, attirant l'attention sur le rôle que le droit peut jouer dans la recherche d'un équilibre entre les objectifs de libéralisation économique et les importantes valeurs d'intérêt public, et entre la souveraineté et les engagements au titre des règles internationales. <https://www.e-elgar.com/shop/foundations-of-international-economic-law>

La sélection et la récusation des arbitres dans le règlement des différends investisseur-État

De Chiara Giorgetti, publié par Brill, septembre 2019

La première partie de l'ouvrage explique la procédure de sélection des arbitres au titre des règlements d'arbitrage les plus usités, et réalise une comparaison entre ces règlements. L'auteure examine ensuite, d'un point de vue critique, les qualités nécessaires et souhaitables des arbitres, et aborde certaines questions politiques connexes importantes, telles que la diversité et les nominations à répétition. Dans ce travail, elle



inclut également une évaluation des demandes de réexamen de la manière dont les arbitres sont nommés, en particulier la proposition de la Commission européenne de créer un tribunal permanent des investissements, du travail de réforme sous l'égide du Groupe de travail III de la CNUDCI et de la procédure d'amendement des règlements du CIRDI. Dans la deuxième partie, l'ouvrage examine la manière de récuser les arbitres, en étudiant, dans un premier temps, les dispositions applicables à la récusation des arbitres ne présentant pas les qualités requises, au titre d'un éventail de règlements d'arbitrage. Ensuite, il passe également en revue la jurisprudence pertinente sur les cas de récusation, et propose une évaluation critique des raisons et des appels à la réforme du régime de RDIE. <https://brill.com/view/title/56250>

L'interdiction des prescriptions de résultats dans le droit international de l'investissement

D'Alexandre Genest, publié par Brill, septembre 2019

En explorant l'interdiction des obligations de performance dans les traités d'investissement, l'auteur s'attache à répondre à deux questions : d'abord, comment les États interdisent-ils les prescriptions de résultats dans les traités d'investissement ? Et ensuite, comment de telles interdictions des prescriptions de résultats devraient-elles être interprétées et appliquées ? L'auteur propose une typologie empirique des types d'interdictions des prescriptions de résultats dans les traités d'investissement ainsi qu'une analyse approfondie des sentences arbitrales en la matière. Il formule des remarques en faveur d'une interprétation et application plus délibérées, en connaissance de cause, des types d'interdictions des prescriptions de résultats. <https://brill.com/view/title/54255>

ÉVÉNEMENTS 2020

Depuis la rédaction de ce numéro, de nombreux événements prévus pour les mois suivants ont été annulés ou reportés en raison des risques liés au COVID-19. Il est recommandé de vérifier les dates dans les liens mentionnés.

10–12 mars

6ème CONFÉRENCE SOAS SUR L'ARBITRAGE EN AFRIQUE, « Culture juridique et arbitrage/MARL en Afrique », dans les locaux de la School of Oriental and African Studies (SOAS) de l'Université de Londres, à Douala, Cameroun, <https://researcharbitrationafrica.com>

12–13 mars

23ème JOURNÉE ANNUELLE DE L'ARBITRAGE DE L'AIB, « Innovation 360 : nouvelles idées novatrices pour la pratique de l'arbitrage — éprouvées critiqueusement », Association internationale du barreau (AIB), au Ciragan Palace Kempinski, Istanbul, Turquie, <https://www.ibanet.org/Conferences/conf1004.aspx>

16 mars

6ème CONFÉRENCE ANNUELLE SUR LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT, « Responsabilités des entreprises et traités d'investissement », au centre de conférence de l'OCDE, à Paris, France, <https://www.oecd.org/investment/conference-investment-treaties.htm>

18 mars

CONFÉRENCE CONJOINTE CIRDI-ABU DHABI GLOBAL MARKET (ADGM), « L'arbitrage au titre des traités d'investissement au Moyen-Orient », Al Maryah Ballroom, à l'hôtel Four Seasons, Al Maryah Island, Abu Dhabi, Émirats arabes unis, <https://www.adgmac.com/event/investment-treaty-arbitration-in-the-middle-east>



30 mars – 3 avril

39^{ème} SESSION DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI, « Réforme du règlement des différends investisseur-État », Commission des Nations unies pour le droit commercial international, New York, États-Unis, https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state

7–9 avril

14^{ème} FORUM SUR LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT RESPONSABLES DANS LE SECTEUR MINIER, au centre de conférence de l'OCDE, à Paris, France, <http://mneguidelines.oecd.org/forum-responsible-mineral-supply-chains.htm>

Mai

13^{ème} FORUM ANNUEL DES NÉGOCIATEURS D'ACCORDS D'INVESTISSEMENT DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT, IISD et le Gouvernement de Thaïlande, à Bangkok, Thaïlande, <https://www.iisd.org/event/13th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>

3–5 juin

2^{ème} CONFÉRENCE ANNUELLE DE L'ASSOCIATION AFRICAINE D'ARBITRAGE (AfAA), « Réforme et innovation dans le règlement international des différends : perspectives africaines », à l'hôtel Mövenpick Ambassador, à Accra, Ghana, <https://afaa.ngo/page-18154>

16–17 juin

FORUM MONDIAL 2020 DE L'OCDE SUR LA CONDUITE RESPONSABLE DES ENTREPRISES, au centre de conférence de l'OCDE, à Paris, France, <https://mneguidelines.oecd.org/global-forum>



© 2020 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 Sofia Baliño 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