



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

NUMÉRO 3. VOLUME 11. OCTOBRE 2020



**Les négociations sur l'investissement à l'OMC et le régime des All : anticiper les interactions imprévues**  
Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Jonathan Bonnitcha



**Écarter les tribunaux nationaux marquerait un recul très important pour l'Europe : réaction à la consultation publique de la CE sur l'investissement transfrontière au sein de l'UE**  
Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Sarah Brewin



**Explication de l'évolution de la position de l'Équateur sur l'IDE, les traités d'investissement et l'arbitrage**  
Juan Carlos Herrera-Quenguan



**L'évaluation des Résultats du RDIE**  
Sebastian Puerta et Tim R. Samples



**De l'importance d'avoir un système d'arbitrage « centré sur l'Afrique », et la réforme de la loi tanzanienne sur l'arbitrage**  
Amme Suedi





# Sommaire

<b>ARTICLE 1</b> Les négociations sur l'investissement à l'OMC et le régime des All : anticiper les interactions imprévues.....	4
<b>ARTICLE 2</b> Explication de l'évolution de la position de l'Équateur sur l'IDE, les traités d'investissement et l'arbitrage .....	9
<b>ARTICLE 3</b> De l'importance d'avoir un système d'arbitrage « centré sur l'Afrique », et la réforme de la loi tanzanienne sur l'arbitrage .....	13
<b>ARTICLE 4</b> Écarter les tribunaux nationaux marquerait un recul très important pour l'Europe : réaction à la consultation publique de la CE sur l'investissement transfrontière au sein de l'UE .....	17
<b>ARTICLE 5</b> L'évaluation des Résultats du RDIE.....	20
<b>NOUVELLES EN BREF</b> .....	23
Les sessions du Groupe de travail III de la CNUDCI devraient reprendre en octobre.....	23
L'AECG dans l'impasse après le rejet de l'accord par le parlement chypriote.....	23
Les négociations de l'ALE États-Unis-Kenya sont en cours.....	24
La Commission européenne lance des procédures d'infraction à l'encontre du Royaume-Uni et de la Finlande qui n'ont pas mis fin à leur TBI intra-UE.....	24
Les discussions sur la facilitation de l'investissement passent à la phase des négociations .....	25
Faits nouveaux dans les négociations d'accords commerciaux et d'investissement de l'Union européenne : l'Indonésie, le Mexique, le Viêt Nam et la Chine.....	25
L'Inde limite l'investissement étranger en provenance de ses voisins et interdit des dizaines d'applications chinoises.....	26
La consultation de l'UE sur les investissements transfrontières au sein de l'UE est terminée .....	26
Le dernier cycle de discussions sur la modernisation du TCE n'ont guère fait avancer la question de la « modernisation » ; les représentants européens appellent à la suppression de la protection des énergies fossiles et du RDIE .....	27
<b>SENTENCES ET DÉCISIONS</b> .....	28
Un tribunal de la CPA affirme sa compétence sur les différends fondés sur l'Accord de partenariat économique global Inde-Japon .....	28
Rejet de tous les recours dans l'affaire contre le Canada relative aux télécommunications : les modifications de l'environnement réglementaire n'ont pas violé le TJE.....	30
Un tribunal CNUDCI rejette les recours de l'entreprise allemande de leasing d'avions contre la République tchèque tout en affirmant sa compétence sur le différend intra-UE.....	32
Un comité d'annulation du CIRDI annule la décision dans l'affaire Eiser c. Espagne, aux motifs de vice dans la constitution du tribunal, une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure .....	35
<b>RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS</b> .....	37

## 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

Directrice de publication  
Zoe Phillips Williams

Editrice, Version Française  
Suzy Nikiéma

Editrice, Version Espagnole  
Marina Ruete

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

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



## ARTICLE 1

# Les négociations sur l'investissement à l'OMC et le régime des AII : anticiper les interactions imprévues

Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Jonathan Bonnitcha<sup>1</sup>



L'Initiative liée à la déclaration conjointe (IDC), lancée par un groupe de membres de l'OMC dans le but de développer un cadre multilatéral pour la **facilitation de l'investissement (CMFI)**, pourrait considérablement modifier la gouvernance de l'investissement international, et exacerber la fragmentation existante en termes de législations et de politiques. Lancée il y a près de trois ans en marge de la 11<sup>ème</sup> Conférence ministérielle de l'OMC, l'initiative passera à l'étape des négociations en septembre 2020. Son premier objectif affiché est la facilitation de l'investissement transfrontière grâce à l'amélioration de la transparence et de la prévisibilité dans les pays importateurs de capitaux. La préparation d'un texte simplifié du CMFI<sup>2</sup> en Janvier 2020, d'un texte récapitulatif informel en avril 2020, et d'une révision du texte récapitulatif informel<sup>3</sup> en juillet 2020, donne une idée de la forme que pourrait prendre le cadre proposé.

Dès le début de leurs travaux, les signataires de l'IDC ont reconnu que la relation et l'interaction entre le CMFI et les AII devaient être clarifiées, et ont indiqué vouloir empêcher les nouvelles disciplines du CMFI d'être assujetties au règlement des différends

investisseurs-État (RDIE) au titre des AII. Ces préoccupations s'expliquent par le fait que le RDIE est un mécanisme qui permet aux investisseurs étrangers d'obtenir réparation dans le cas où les États ne respecteraient pas leurs engagements au titre d'un traité. À l'inverse, le CMFI n'envisage pas de donner aux investisseurs la possibilité de présenter des recours contre les États pour allégations de non-respect des disciplines du CMFI, ou de leur accorder une réparation pour violation de ces disciplines. Le fait que les tribunaux de RDIE aient tendance à interpréter très largement les obligations suscitent d'autres préoccupations, notamment que ces tribunaux pourraient interpréter les obligations de fond du CMFI de manières qui ne reflètent pas l'intention des États parties.

Les signataires ont indiqué expressément que les discussions sur un CMFI « ne porteront pas sur l'accès aux marchés, la protection de l'investissement et le règlement des différends entre investisseurs et États »<sup>4</sup>. Ils ont tenté de refléter cette intention dans le projet de texte en incluant une disposition indiquant que le cadre « ne portera pas sur : a. les règles relatives à la protection de l'investissement ; et b. le règlement des différends entre investisseurs et États ». Puisque l'efficacité de cette disposition, et son sens précis ne sont pas clairs, certains signataires de l'IDC ont récemment soumis des propositions, présentées ci-dessous, visant à isoler le cadre du régime plus large des AII. Ces propositions cherchent à exclure du RDIE les recours des investisseurs fondés sur une violation des disciplines du CMFI.

Le présent article présente trois domaines clé où les membres de l'OMC doivent faire preuve de prudence quant aux interactions inattendues entre le projet de

<sup>1</sup> Les auteurs remercient Sarah Brewin, Soledad Leal, Zoe Williams et Sofia Baliño pour leurs observations et analyses.

<sup>2</sup> INF/IFD/RD/45

<sup>3</sup> INF/IFD/RD/50

<sup>4</sup> WT/MIN(17)/59. DÉCLARATION MINISTÉRIELLE CONJOINTE SUR LA FACILITATION DE L'INVESTISSEMENT POUR LE DÉVELOPPEMENT.



CMFI et les AII. Il analyse également l'efficacité des propositions visant à séparer le CMFI développé par la communauté commerciale, du régime plus large des AII, dont la réforme est coordonnée et menée dans le cadre des Nations unies, à la CNUCED et la CNUDCI.

## La portée

Si les accords de l'OMC existants chevauchent quelque peu les AII, le CMFI proposé pourrait étendre ce chevauchement de manière importante. Le projet de texte du CMFI s'applique aux mesures affectant les investisseurs ou les investissements tout au long du cycle de vie d'un investissement, y compris aux stades du préétablissement et du fonctionnement. Les AII s'appliquent également aux mesures affectant l'investissement, même si elles mettent généralement l'accent uniquement sur la phase du fonctionnement. Ainsi, le premier point de chevauchement entre le CMFI et les AII est qu'ils cherchent tous deux à régir les mesures liées à l'investissement pendant la phase de fonctionnement du cycle de vie de l'investissement.

## Aperçu du contenu du CMFI

La mouture actuelle du cadre proposé présente sept grandes sections. La section I contient la portée et les principes généraux, y compris les définitions clés et une clause sur le traitement de la nation la plus favorisée. La section II met l'accent sur les mesures relatives à la transparence de l'investissement, notamment les dispositions relatives à la notification à l'OMC, à l'établissement de points d'information, et aux procédures concernant l'adoption et la publication de nouvelles mesures et la tenue de consultations. La section III aborde les réformes administratives, sous le titre « Simplification et accélération des procédures et prescriptions administratives », tandis que la section IV se centre sur l'établissement de points de contact ou points focaux, de médiateurs et d'autres systèmes de coordination, en interne et avec les partenaires étrangers.

Les trois dernières sections abordent le traitement spécial et différencié pour les pays membres en développement et les moins avancés, « les questions transversales » telles que la responsabilité sociale des entreprises et la lutte contre la corruption, et des dispositions institutionnelles telles que le règlement des différends. Il vaut la peine de mentionner qu'entre les sections III et IV figurent deux nouvelles sections additionnelles, portant sur l'« Admission temporaire des personnes exerçant des activités d'investissement / Facilitation du mouvement des hommes et femmes d'affaires à des fins d'investissement » (section III bis) et

le libre transfert des capitaux et la subrogation (section III ter). À l'exception des dispositions relatives à la RSE et à la lutte contre la corruption, la plupart des dispositions ont un libellé contraignant.

De nombreux détails de chacune des sections continuent de faire l'objet de discussions et de débats, notamment des points de définition importants qui pourraient avoir des conséquences majeures sur la portée du CMFI. En revanche, il est clair que la proposition actuelle exigerait des membres qu'ils mènent d'importantes réformes de leurs procédures et institutions en charge de la gouvernance de l'investissement. La réforme institutionnelle requise pour la mise en conformité avec le CMFI proposé serait particulièrement exigeante pour les pays en développement<sup>5</sup>.

## Éventuelles interactions entre le CMFI et les AII<sup>6</sup>

Les préoccupations des signataires de l'IDC quant aux conséquences imprévues découlant de l'interaction entre deux régimes portant sur le même domaine sont justifiées. Les nouvelles disciplines du CMFI pourraient en effet affecter les résultats des différends lancés par des investisseurs au titre d'un AII contre des pays hôtes qui sont également parties au CMFI. Ce risque découle de la possibilité qu'un tribunal arbitral chargé de juger un différend au titre d'un AII incorpore dans cet AII des obligations découlant du CMFI au moyen de son interprétation ou de l'application de dispositions vagues contenues dans l'AII. À cet égard, les dispositions les plus pertinentes sont les clauses parapluie et les dispositions sur le traitement juste et équitable (TJE), ainsi que le traitement de la nation la plus favorisée (NPF).

## Les clauses parapluie

D'après les chiffres de la CNUCED, environ 43 % des AII incluent une clause parapluie<sup>7</sup>. Ces clauses intègrent les obligations ou engagements conclus par le pays hôte

<sup>5</sup> DIE, Investment Facilitation for Sustainable Development: Index maps adoption at domestic level (2019), disponible sur <https://blogs.die-gdi.de/longform/investment-facilitation-for-sustainable-development/>

<sup>6</sup> Pour un examen plus détaillé de la relation entre le CMFI et les AII, notamment des références aux décisions arbitrales, voir Bernasconi, N., Leal Campos, S., et van der Ven, C. "The Proposed Multilateral Framework on Investment Facilitation: An analysis of its relationship to international trade and investment agreements." (Septembre 2020). IISD et CUTS International. <https://www.iisd.org/publications/proposed-multilateral-framework-investment-facilitation>

<sup>7</sup> CNUCED. Mapping of IIA clauses. Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/pages/1031/mapping-of-iaa-clauses>



en lien avec un investissement étranger au titre du « parapluie » de l'AII. Une clause parapluie peut élever les autres engagements d'un pays hôte au niveau du traité, étendant ainsi la portée du traité au-delà des droits et obligations qu'il accorde explicitement. Le libellé des clauses parapluie peut varier, et a évolué avec le temps, et les traités modernes tendent à les éviter complètement. Toutefois, bon nombre d'anciens traités contiennent de brèves clauses parapluie, largement formulées, et engageant le gouvernement d'accueil à respecter « toutes les obligations relatives à l'investissement ».

Les tribunaux investisseurs-État ont interprété les clauses parapluie vagues comme s'étendant aux obligations contractuelles et législatives, et autres engagements généralement pris par le pays hôte vis-à-vis des investissements. Mais aucun tribunal ne s'est encore exprimé clairement sur la question de savoir si la violation des traités internationaux, tels que les accords de l'OMC, pourraient équivaloir à une violation des clauses parapluie. Toutefois, compte tenu des approches proposées par le CMFI pour la définition et la portée de « l'investissement » et de « l'investisseur », il est probable que les engagements pris au titre d'un éventuel CMFI soient considérés, en vertu de clauses parapluie larges, comme des engagements « relatifs à l'investissement ». D'autant plus si les engagements au titre du CMFI sont contraignants, ce qui est le cas de la plupart des engagements contenus dans le projet de CMFI.

### Le traitement juste et équitable

D'après la CNUCED, 95 % des AII contiennent une prescription TJE. Il s'agit de la norme faisant le plus l'objet de contentieux dans le RDIE, représentant 83 % de ce type de recours<sup>8</sup>.

Les clauses TJE « imprécises » font légion dans la plupart des anciens AII. Les États ont eu du mal à prévenir activement les différends découlant de traités contenant une telle clause, car le libellé du traité ne donne généralement pas d'indications, et est interprété par les tribunaux de diverses manières, y compris par l'évaluation des « attentes légitimes » de l'investisseur, sur lesquelles il s'est fondé pour investir. Les engagements écrits des gouvernements à agir de manière spécifique peuvent influencer l'évaluation par

un tribunal des attentes légitimes d'un investisseur étranger au titre de cette clause.

À l'heure d'évaluer comment d'éventuelles nouvelles disciplines au titre du CMFI proposé pourraient interagir avec la norme TJE, un tribunal investisseur-État examinerait probablement, conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), les autres engagements internationaux pris par un pays hôte. Il examinerait également si les engagements au titre du CMFI pourraient susciter des « attentes légitimes » chez l'investisseur, compte tenu que les tribunaux passés ont conclu que les attentes légitimes peuvent être fondées sur l'ordre juridique de l'État, qui inclut potentiellement ses engagements internationaux au titre de traités. La question cruciale pour les tribunaux sera donc de déterminer si l'État a fait une représentation ou pris un engagement suffisamment spécifique au titre du CMFI pour générer des attentes légitimes chez l'investisseur, l'incitant ainsi à investir. Si les tribunaux concluent que c'est le cas, la violation d'une discipline du CMFI violerait alors également l'attente légitime concernée, et donc l'obligation TJE d'un AII.

### Les dispositions NPF

D'après la CNUCED, plus de 98 % des AII contiennent une forme ou une autre de clause NPF<sup>9</sup>. Ces dispositions exigent des parties contractantes qu'elles traitent les investissements des investisseurs de l'autre partie pas moins favorablement que les investissements des investisseurs d'un pays tiers. À maintes reprises, les tribunaux investisseur-État ont autorisé les investisseurs à invoquer la clause NPF pour importer des droits et obligations au titre d'autres TBI, perçus par l'investisseur comme étant plus favorables que ceux du TBI sous-tendant son recours. Compte tenu des chevauchements significatifs entre les AII et le CMFI, les tribunaux auraient la possibilité d'autoriser l'importation de droits et obligations contenues dans le CMFI. Un investisseur pourrait donc s'appuyer sur la clause NPF d'un AII pour importer les droits et obligations du CMFI si l'État hôte y est partie, mais que le pays d'origine de l'investisseur n'y est pas partie, au motif que l'État hôte traite les investisseurs provenant de pays membres du CMFI de manière plus favorable.

<sup>8</sup> CNUCED (2020). Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

<sup>9</sup> CNUCED. Mapping of IIA clauses. Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/pages/1031/mapping-of-iaa-clauses>



## Tentative visant à isoler le CMFI des AII et du RDIE

Les gouvernements n'ont pas encore analysé dans le détail la possibilité que des disciplines du CMFI se retrouvent assujetties au RDIE au titre des AII sur la base des trois dispositions présentées plus haut. Ils ont cependant compris les risques, en termes généraux, découlant de l'utilisation des disciplines du CMFI comme base à des recours en réparation au titre des AII, et ont tenté d'y répondre dans l'article relatif à la portée, qui prévoit que le CMFI « ne portera pas sur : a. les règles relatives à la protection de l'investissement ; et b. le règlement des différends entre investisseur et État ». Une proposition précise « pour une plus grande certitude » que « ce cadre ne crée pas de nouveaux engagements ni ne modifie des engagements existants liés à la libéralisation de l'investissement, et ne crée pas non plus ni ne modifie les règles existantes sur la protection de l'investissement ou le règlement des différends investisseur-État ». En d'autres termes, cette proposition tente d'isoler les règles existantes des AII et du RDIE des disciplines du CMFI, en affirmant que le CMFI ne « créer ni ne modifie » les règles de protection de l'investissement contenues dans les AII. Il est toutefois impossible de prédire l'efficacité d'une telle disposition en cas de différend au titre d'un AII. En effet, diverses questions restent ouvertes à interprétation, par exemple : que peut-on considérer comme étant « une règle de protection de l'investissement » et que signifie « créer de nouvelles règles ou modifier les règles existantes » ? Ces questions d'interprétation seront tranchées par les tribunaux d'arbitrage chargés de connaître les différends découlant d'AII, et non pas par les États parties au CMFI ou par le système de règlement des différends qu'il contient. L'histoire prouve que généralement, ces tribunaux investisseur-État interprètent de manière large et imprévue les obligations des États envers les investisseurs étrangers.

Une autre proposition d'un signataire de l'IDC, qui tente également d'isoler le CMFI des AII, prévoit que le CMFI « ne sera pas entendu ou interprété comme affectant de quelque manière les accords internationaux d'investissement que les membres ont conclus ou vont conclure aux fins de la protection et du traitement des investisseurs et de l'investissement étrangers » et que les membres du CMFI « confirment que les parties contractantes des accords internationaux d'investissement et les investisseurs couverts par ceux-ci ne pourront se référer ou invoquer le présent accord pour quelque usage que ce soit ». Cette proposition de libellé cible en premier lieu l'interprétation du texte du

CMFI. Il affirme que le CMFI ne peut être jugé ou interprété « comme affectant de quelque manière » les AII. L'on ne sait pas bien comment un tribunal investisseur-État, dont le rôle consiste principalement à interpréter les dispositions des AII, pourrait mettre en œuvre une telle clarification quant à l'interprétation des dispositions du CMFI. L'on ne sait pas non plus si une prétendue instruction aux investisseurs des États membres du CMFI de ne pas « se référer ou invoquer [le présent accord] pour quelque usage que ce soit » a une quelconque valeur juridique. Les investisseurs ne sont pas parties au CMFI et lancent des recours au titre des AII, pas du CMFI. Finalement, les situations dans lesquelles tous les États parties à un AII ne sont pas parties au CMFI créerait une complexité supplémentaire dans les différends investisseur-État.

Des variantes de ces propositions ont également été présentées dans d'autres enceintes<sup>10</sup>. La difficulté commune à laquelle toutes ces propositions font face est qu'elles cherchent à répondre à des problèmes qui pourraient découler de l'interaction entre un futur CMFI et le régime des AII, par le biais d'un libellé incorporé dans le CMFI. Toutefois, la nature de ces interactions dépendra au final de la manière dont les tribunaux chargés de trancher un différend au titre d'un AII interpréteront ce libellé au regard des obligations contenues dans les AII eux-mêmes. En d'autres termes, les États parties au CMFI ou à l'OMC n'auront aucun contrôle direct sur le rôle crucial de l'interprétation et de l'application d'un tel libellé. Le risque de mauvaise surprise découlant d'une interprétation ou application du CMFI par les tribunaux arbitraux doit être pris au sérieux, compte tenu de la nature imprévisible du RDIE, des exemples passés où des obligations liées à l'investissement ont été interprétées plus largement que les États ne l'avaient envisagé, et de l'absence de mécanisme d'appel ou institutionnel visant à garantir la cohésion des décisions découlant des procédures de RDIE, et de l'intention des États parties au CMFI. Aucune des propositions faites jusqu'à présent ne répond à ce problème institutionnel sous-jacent, qui exigerait des parties aux AII qu'elles amendent ou clarifient les clauses applicables des AII.

<sup>10</sup> Columbia FDI Perspectives. Perspectives on topical foreign direct investment issues. N° 286, 7 septembre 2020.





## Remarques finales

Le CMFI proposé soulève d'importantes questions relevant de la gouvernance internationale de l'investissement, notamment quant à la manière dont le cadre interagit avec les AII. Alors qu'ils passent aux négociations, les membres de l'OMC prenant part aux discussions sur le CMFI doivent être conscients de l'interaction éventuelle entre le texte proposé et le régime des AII dans le but d'éviter toute conséquence juridique imprévue. Le libellé des dispositions NPF, TJE et parapluie dans les traités d'investissement, notamment les plus anciens, affecte considérablement la probabilité de ces conséquences juridiques imprévues. Si les membres de l'OMC prenant part aux discussions sur le CMFI ont été clair quant à leur souhait d'isoler le CMFI des AII et du RDIE, les propositions actuelles présentées par des signataires de l'IDC ou d'autres propositions pourraient clarifier, dans une certaine mesure, l'intention des participants au CMFI. Toutefois, il est peu probable que ces propositions établissent la certitude souhaitée car les résultats du RDIE demeurent largement imprévisibles, du fait des caractéristiques-mêmes du RDIE. Tant que les AII eux-mêmes ne sont pas réformés ou clarifiés, les membres du CMFI doivent s'attendre à ce que les tribunaux examinent les mesures relatives à l'investissement à la lumière des dispositions largement formulées relatives à la protection de l'investissement, en tenant compte du cadre juridique général et des obligations prises par l'État hôte, notamment au titre du CMFI. Cette analyse met également en avant les défis auxquels les gouvernements font face compte tenu de la fragmentation croissante du système de gouvernance internationale de l'investissement. Le CMFI créerait un niveau supplémentaire d'engagements internationaux contraignants, dont le respect exigerait de nombreux pays qu'ils mènent un processus complexe de réforme législative et administrative.

### Auteurs

**Nathalie Bernasconi-Osterwalder** dirige le Programme droit et politique économiques de IISD, et est la Directrice exécutive de IISD Europe à Genève.

**Jonathan Bonnitcha** est maître de conférences en droit à l'Université de Nouvelles-Galles du Sud.



## ARTICLE 2

# Explication de l'évolution de la position de l'Équateur sur l'IDE, les traités d'investissement et l'arbitrage

Juan Carlos Herrera-Quenguan



## Introduction

Ces dernières années, le cadre politique de l'Équateur relatif à l'investissement a démontré une grande instabilité. Le présent article offre un aperçu de l'approche adoptée par l'Équateur pour traiter des politiques de l'investissement étranger lors de la dernière décennie. Il examine également l'évolution constitutionnelle récente qui pourrait offrir à l'Équateur l'opportunité de développer une approche plus cohérente en faveur de nouveaux traités d'investissement et accords commerciaux.

## Tentatives de mise en place d'un cadre politique favorable aux investisseurs

Cette dernière décennie, l'Équateur s'est efforcé de revoir son cadre législatif dans le but de le rendre plus favorable (tant sur le plan matériel que procédural) aux investisseurs étrangers. Par exemple, il promulgua en 2010 le Code organique de la production, du commerce et des investissements ; en 2015, la Loi sur les mesures incitatives pour les partenariats public-privé et l'investissement étranger ; et en 2018, la Loi sur la promotion de la production, l'attrait de l'investissement et la création d'emploi. La même année, le pays procéda à une refonte de son Code organique des procédures générales (déjà amendé en 2015) en éliminant l'exequatur pour la reconnaissance et l'exécution des sentences

arbitrales étrangères<sup>1</sup>. Tous ces exercices législatifs visaient à ouvrir davantage l'Équateur aux entreprises internationales et à donner aux investisseurs l'accès à l'arbitrage international, accroissant ainsi les flux entrants d'IDE. Malgré ces efforts, l'Équateur reste bien loin d'atteindre les niveaux d'IDE dont jouissent la Colombie et le Pérou voisins.

## Reirements politiques

Les priorités des politiques équatoriennes connaissent communément des revirements spectaculaires après la tenue d'élections portant une nouvelle administration au pouvoir. Et les politiques relatives à l'investissement n'ont pas fait exception.

Pendant son mandat, le président Rafael Correa avait fait preuve d'une forte opposition à l'égard du RDIE et des TBI. Dans le cadre de ses efforts visant à retirer l'Équateur du régime international de protection des investissements, Correa commença par dénoncer la Convention du CIRDI<sup>2</sup> et certains TBI, et chercha à obtenir une décision de la Cour constitutionnelle transitoire quant à la légalité constitutionnelle de dénoncer les TBI restants, au motif qu'ils étaient incompatibles avec la constitution équatorienne de 2008 récemment adoptée. La Cour trancha en faveur de Correa, et affirma que les dispositions relatives au règlement des différends contenues dans ces TBI étaient contraires à l'interdiction de « céder une compétence souveraine » inscrite à l'article 422 de la constitution<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Larrea, A. (2020, 17 mai) Enforcing International Arbitral Awards in Ecuador After Recent Legal Reforms: Is This the End of the Exequatur Process? *Kluwer Arbitration Blog* [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/17/enforcing-international-arbitral-awards-in-ecuador-after-recent-legal-reforms-is-this-the-end-of-the-exequatur-process/?doing\\_wp\\_cron=1593121939.0552499294281005859375](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/17/enforcing-international-arbitral-awards-in-ecuador-after-recent-legal-reforms-is-this-the-end-of-the-exequatur-process/?doing_wp_cron=1593121939.0552499294281005859375)

<sup>2</sup> Carbrera Diaz, F. (2009, 8 juin). L'Équateur poursuit son retrait du CIRDI. *Investment Treaty News*. <https://cf.iisd.net/itn/fr/2009/06/05/ecuador-continues-exit-from-icsid/>

<sup>3</sup> Voir par exemple la décision de la Cour constitutionnelle transitoire n° 020-10-DTI-CC du 24 juillet 2010 relative à la constitutionnalité du Traité bilatéral d'investissement Équateur-Royaume-Uni.



De même, Correa créa, en 2013, la Commission pour l'audit intégral citoyen des traités de protection réciproque des investissements (CAITISA), qui conclut, entre autres, que les TBI ne contribuaient pas à l'accroissement des flux entrants d'IDE et qu'il était recommandé de les éteindre<sup>4</sup>. Finalement, quelques jours à peine avant de quitter sa fonction, Correa mit fin aux TBI restants auxquels l'Équateur était partie<sup>5</sup>.

Toutefois, après sa prise de pouvoir en 2017, le successeur de Correa (et ancien vice-président), Lenín Moreno, décida de lancer des négociations en vue de conclure des TBI avec plusieurs pays, renversant apparemment le rejet par l'Équateur des traités d'investissement<sup>6</sup>.

### Incertitude politique et crise institutionnelle

Le président Moreno a connu d'assez faibles taux de popularité depuis sa prise de pouvoir, et l'opposition aux changements apportés par son administration aux politiques économiques de son prédécesseur a donné lieu à une vive réaction des groupes de la société civile, entraînant une instabilité réglementaire et un accroissement du risque politique. Par exemple, quelques semaines après la conclusion d'un accord avec le FMI<sup>7</sup> visant, entre autres, à supprimer les subventions aux énergies fossiles, les syndicats des transports, les organisations autochtones, les groupes de l'opposition (prétendument en faveur de Correa) et, plus surprenant peut-être, les groupes environnementalistes, convergèrent vers Quito pour manifester contre l'accord. Moreno décida donc de déplacer temporairement le gouvernement à Gayaquil<sup>8</sup> et déclara un état d'urgence<sup>9</sup>.

Après près de deux semaines d'affrontements, au cours desquels plusieurs manifestants furent blessés et tués, le gouvernement accepta de rétablir les subventions. Cette crise entraîna une hausse significative de l'indice de risque-pays de l'Équateur<sup>10</sup>, et suggère que les efforts visant à modifier la politique équatorienne de l'investissement, et notamment à signer de nouveaux TBI, pourraient faire face à une forte hostilité de la part de la société civile et de l'opposition.

En 2020, alors que la pandémie de la Covid-19 se propage dans le monde, l'Équateur connaît des milliers de décès, et son économie a plongé dans une crise profonde avec l'effondrement des cours du brut, l'endommagement de plusieurs oléoducs et la suspension de la production de pétrole. Cela a donné lieu à une crise économique et institutionnelle qui a mis au jour des systèmes de corruption dans l'administration de Moreno, allant de la surfacturation d'équipements médicaux, à des négociations secrètes portant sur des projets de ressources naturelles<sup>11</sup>. Le gouvernement actuel se trouve donc très fragilisé, politiquement et économiquement, et il est peu probable que la situation s'améliore avant l'élection générale de 2021. Le nouveau gouvernement devra alors surmonter plusieurs obstacles en vue de relancer l'économie et d'accroître les flux d'IDE.

### Considérations constitutionnelles et faits nouveaux

Certains aspects de la constitution équatorienne ont des effets sur le traitement des investisseurs étrangers. Par exemple, une caractéristique importante de la constitution équatorienne est qu'elle donne la priorité aux investissements nationaux par rapports aux investissements étrangers<sup>12</sup>. De même, bien qu'il contienne des normes de non-discrimination<sup>13</sup>, le Code organique de la production, du commerce et des investissements (COPCI), réalise une distinction entre les investissements nationaux et étrangers en donnant la priorité aux investissements nationaux dans les secteurs stratégiques de l'économie. Cette distinction pourrait constituer une limitation importante à l'heure de signer de nouveaux TBI, qui contiennent communément les

<sup>4</sup> TNI. (2017, 4 mai). Auditing Commission to release report as Ecuador moves to terminate investment agreements *Transnational Institute*, <https://www.tni.org/en/article/auditing-commission-to-release-report-as-ecuador-moves-to-terminate-investment-agreements>; voir également, ITN, (2016, 29 février). Audit des traités d'investissement réalisés par l'Équateur : les rapports de la CAITISA sont dévoilés, *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/fr/2016/02/29/ecuadors-audit-on-investment-treaties-caitisa-reports-leaked/>

<sup>5</sup> ITN (2017, 12 juin). L'Équateur dénonce ses 16 TBI restants et publie le rapport d'audit de la CAITISA. *Investment Treaty News*, <https://cf.iisd.net/itn/fr/2017/06/12/ecuador-denounces-its-remaining-16-bits-and-publishes-caitisa-audit-report/>

<sup>6</sup> GAR. (2018, 23 février). Ecuador begins talks over new BITs, *Global Arbitration Review*, <https://globalarbitrationreview.com/article/1159285/ecuador-begins-talks-over-new-bits>

<sup>7</sup> FMI. (2019, 23 septembre). IMF Reaches Staff-Level Agreement on the Second Review of Ecuador's Economic Program under the Extended Fund Facility, *FMI*, <https://www.imf.org/en/News/Articles/2019/09/23/pr19347-ecuador-imf-reaches-staff-level-agreement-on2nd-review-under-the-eff>

<sup>8</sup> DW (2019, 8 octobre) Ecuador president Moreno leaves Quito amid growing unrest *Deutsche Welle*, <https://www.dw.com/en/ecuador-president-moreno-leaves-quito-amid-growing-unrest/a-50742727>

<sup>9</sup> DW (2019, 12 octobre) Ecuador president declares 'curfew' and 'militarization' in Quito, *Deutsche Welle*, <https://www.dw.com/en/ecuador-president-declares-curfew-and-militarization-in-quito/a-50809980>

<sup>10</sup> (2019, 9 octobre) Riesgo país de Ecuador se dispara con las protestas, *Primicias*, <https://www.primicias.ec/noticias/economia/riesgo-pais-ecuador-dispara-protestas/>

<sup>11</sup> (2020, 16 avril) Llorimagua, la fiebre del cobre, *Periodismo de Investigación*, <https://periodismodeinvestigacion.com/2020/04/16/llurimagua-la-fiebre-del-cobre/>

<sup>12</sup> Article 339, Constitution équatorienne

<sup>13</sup> Article 17, COPCI



normes NPF et de non-discrimination. Un problème similaire s'est présenté lors de la ratification de l'accord de libre-échange entre l'Équateur et l'Association européenne de libre-échange (AELE-Équateur), lorsque la Cour constitutionnelle, déclarant la constitutionnalité conditionnelle de l'accord, avait exigé qu'il inclue une clause excluant les marchés publics des prescriptions NPF, donnant effectivement la priorité aux fournisseurs de biens et services équatoriens par rapport aux étrangers<sup>14</sup>. Remarquons toutefois que cet accord ne contient pas de dispositions relatives à l'investissement ou à un mécanisme RDIE.

L'article 422 de la constitution, ci-dessous, représente une autre limitation importante pour l'Équateur à l'heure de conclure de nouveaux TBI :

Aucun traité ou instrument international ne peut être conclu s'il exige de l'État équatorien qu'il cède sa compétence souveraine à l'arbitrage international dans le cadre de différends contractuels ou commerciaux entre l'État et des personnes physiques ou morales.

Il existe une exception pour les traités et instruments internationaux qui prévoient le règlement de différends entre États et ressortissants d'Amérique latine par des organes d'arbitrage ou des tribunaux régionaux désignés par les pays signataires<sup>15</sup>.

La Cour constitutionnelle transitoire s'était appuyé sur le premier paragraphe de l'article 422 pour déterminer que les TBI étaient contraires à la constitution. Selon l'avis de la Cour, les dispositions sur le règlement des différends des TBI (l'arbitrage international) cédaient la compétence souveraine du pays en renvoyant un différend à un tribunal international. De même, la Cour nota que seuls les investisseurs étrangers peuvent bénéficier de leurs avantages<sup>16</sup>. Ainsi, Correa plaida pour la création, dans le contexte de l'UNASUR, d'un centre régional des investissements, exception permise au titre de l'article 422, qui aurait permis la mise à disposition un forum régional de règlement des différends<sup>17</sup>.

Cependant, ce centre, sans parler de l'UNASUR elle-même, n'a pas encore vu le jour<sup>18</sup>.

L'ancienne présidente de l'Assemblée nationale et membre du parti politique de Moreno, Elizabeth Cabezas, a déposé auprès de la Cour constitutionnelle une demande<sup>19</sup>, actuellement pendante, de révision de l'interprétation, dans le but de contourner la limite interprétative de l'article 422. Selon Cabezas, les questions relatives aux investissements ne relèvent pas des différends « contractuels » ou « commerciaux »<sup>20</sup>. Mais près de deux ans après le dépôt de la demande, la Cour n'a toujours pas statué. Dans l'intervalle, l'Équateur a malgré tout proposé un nouveau modèle de TBI<sup>21</sup>, lancé des négociations avec le Royaume des Pays-Bas<sup>22</sup>, et conclu un Accord de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) avec le Brésil<sup>23</sup>.

Il est intéressant de noter que dans son avis n° 34-19-TI/19, portant sur la question de savoir si l'ACFI devait être approuvé par le parlement avant d'être ratifié par le président, la Cour constitutionnelle nota que « l'[ACFI ne] donne [pas] lieu à la création d'obligations commerciales pour le pays »<sup>24</sup> et que « le règlement des différends entre États n'est pas une compétence relevant de l'ordre juridique national d'un État, et donc en donnant son accord à l'arbitrage au titre de [l'ACFI], aucune compétence de cette nature n'est attribuée à un organe international ou supranational »<sup>25</sup>. Cet avis pourrait nous éclairer un peu quant aux éventuels résultats de la demande d'interprétation, pour deux raisons : d'abord, les traités d'investissement ne contiennent pas nécessairement d'obligations commerciales ou contractuelles. Ensuite, compte tenu de leur nature,

<sup>14</sup> Décision n° 2-19-TI/19 du 30 avril 2019 de la Cour constitutionnelle, para. 98 à 100 et 154 (Juge Daniela Salazar).

<sup>15</sup> Traduction de l'espagnol par l'auteur.

<sup>16</sup> Ibid (n viii).

<sup>17</sup> Fiezzoni, S. (2012, 12 janvier) Un centre d'arbitrage de l'UNASUR : principales caractéristiques de la proposition équatorienne, *Investment Treaty News*, <https://www.iisd.org/itn/fr/2012/01/12/unasur/> ; *arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/27/unasur?doing\_wp\_cron=1593360070.6832900047302246093750*, vue le 1<sup>er</sup> mars 2020.

<sup>18</sup> AP. (2018, 20 avril) Six countries suspend membership in UNASUR regional bloc, *Associated Press*, <https://apnews.com/c409589b666840378818423808519183>

<sup>19</sup> L'intégralité de la demande déposée auprès de la Cour constitutionnelle est disponible sur <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaCausa.aspx?numcausa=0002-18-IC>

<sup>20</sup> Demande d'interprétation de la constitution du 16 août 2018, p. 3.

<sup>21</sup> GAR. (2018, 16 mars). Ecuador model BIT gives state space to regulate, *Global Arbitration Review*, <https://globalarbitrationreview.com/article/1166677/ecuador-model-bit-gives-state-space-to-regulate> ; (2018, 9 mars) Cancillería presentó el nuevo modelo de los CBI, *El Telégrafo*, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/cancilleria-presento-el-nuevo-modelo-de-los-cbi>.

<sup>22</sup> Tweede Kamer der Staten-Generaal 2 Vergaderjaar 2019–2020, p. 4, disponible sur <https://t.co/svFGyYh3dl?amp=1>

<sup>23</sup> Disponible en espagnol et en portugais sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/4908/brazil---ecuador-bit-2019->

<sup>24</sup> Avis n° 34-19-TI/19 du 4 décembre 2019 de la Cour constitutionnelle, para 16 (Juge Daniela Salazar).

<sup>25</sup> Ibid, para 17.



ces différends ne relèvent pas exclusivement d'un ordre juridique national spécifique.

En effet, les violations contractuelles présumées peuvent être examinées dans le cadre de l'arbitrage des investissements par le biais des clauses parapluie des TBI, mais, *en soi*, cela ne permet pas de transformer un différend d'investissement en un différend commercial ou contractuel. Par ailleurs, un État n'a pas la compétence exclusive, par le biais de son pouvoir judiciaire, sur les différends internationaux dans les domaines du droit pénal international par exemple, du droit de l'OMC ou du droit de la mer. Chaque sous-système *fragmenté* du droit international a ses propres spécificités et mécanismes de règlement des différends ; le droit des investissements ne fait pas exception.

Par exemple, à l'instar de l'accord AELE-Équateur, l'ACFI ne prévoit pas l'arbitrage investisseur-État, mais inclut un mécanisme de prévention des différends et l'arbitrage entre États<sup>26</sup>. Une interprétation restrictive de l'article 422 de la constitution équatorienne limiterait également les mécanismes de règlement des différends autres que l'arbitrage international. Comme indiqué plus haut, à l'heure de se prononcer sur l'accord AELE-Équateur, la Cour constitutionnelle avait adopté une approche plus ouverte et mesurée en déclarant la constitutionnalité conditionnelle du traité. La Cour constitutionnelle colombienne avait adopté une approche similaire lorsqu'elle avait déclaré la constitutionnalité conditionnelle du TBI Colombie-France en conseillant au président d'adopter une déclaration interprétative avec la France pour préciser certaines normes de protection du traité<sup>27</sup>.

## Risques et opportunités

L'Équateur reste exposé à certains risques découlant d'anciens TBI<sup>28</sup>, notamment dans le secteur des ressources naturelles, criblé de problèmes, et où les

peuples autochtones s'opposent aux politiciens quant au développement de projets miniers<sup>29</sup>. En effet, les opposants aux projets miniers se sont rendus devant la Cour constitutionnelle pour exiger la tenue de consultations citoyennes (*consultas populares*) qui pourraient entraîner l'interdiction des activités minières dans les juridictions territoriales locales. La Cour constitutionnelle a rejeté cette demande pour des raisons de procédure et de fond, mais la question n'est pas encore complètement réglée<sup>30</sup>.

La Cour constitutionnelle est amenée à jouer un rôle de plus en plus important dans la position de l'Équateur en matière d'investissement. La Cour pourrait lancer un dialogue utile visant à harmoniser les objectifs de la constitution et les intérêts des investisseurs étrangers. Pendant les procédures de ratification des TBI ou d'autres instruments similaires, la Cour pourrait établir des canaux pour aider l'État équatorien à conclure des traités d'investissement modernes qui tiennent compte des préoccupations liées au changement climatique, à une croissance durable et aux droits humains<sup>31</sup>.

## Conclusion

L'Équateur devrait passer outre les positions rhétoriques pour ou contre l'IDE et les TBI, et adopter une approche plus cohérente qui ne néglige ni ses besoins en IDE, ni les besoins des investisseurs en termes de certitude et de stabilité politique. Toutefois, il devrait pour ce faire explorer les mécanismes alternatifs de règlement des différends, tels que la médiation investisseur-État, et contribuer à l'avancement des travaux du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE, auquel il participe activement.

## Auteure

**Juan Carlos Herrera-Quenguan** est associé chez Flor & Hurtado à Quito, en Équateur. Ses spécialités sont le droit public international, le règlement des différends internationaux, l'énergie et les ressources naturelles.

<sup>26</sup> Brauch, M. (2020, 10 mars). Le meilleur de deux mondes ? Le traité de coopération et de facilitation de l'investissement Brésil-Inde. *Investment Treaty News*, <https://iisd.org/itn/fr/2020/03/10/the-best-of-two-worlds-the-brazil-india-investment-cooperation-and-facilitation-treaty-martin-dietrich-brauch/>

<sup>27</sup> Avis n° C-252/19 du 6 juin 2019 de la Cour constitutionnelle colombienne, disponible sur [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm#\\_ftn233](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm#_ftn233) ; voir également La sentence C-252 de 2019 de la Cour constitutionnelle colombienne : revirement jurisprudentiel dans le contrôle des TBI, *Investment Treaty News*, <https://www.iisd.org/itn/fr/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/>

<sup>28</sup> Bohmer, L. (2020, 18 février). Chinese gold miner puts Ecuador on notice of treaty-based dispute, *Investment Arbitration Reporter*, <https://www.iareporter.com/articles/gold-miner-puts-ecuador-on-notice-of-treaty-based-dispute/>

<sup>29</sup> An anti-mining activist will govern a province (Plan V, 15 avril 2019), <https://www.planv.com.ec/anti-mining-activist-will-govern-province>, vue le 1<sup>er</sup> juillet 2020.

<sup>30</sup> Voir par exemple les affaires suivantes déposées auprès de la Cour constitutionnelle : affaire n° 002-19-CP et affaire n° 009-19-CP. Cependant, une demande de tenue de consultations citoyennes dans la province de Girón a été autorisée car le délai à disposition de la Cour pour rendre sa décision avait expiré. Au final, ces consultations entraînent les activités minières dans la province.

<sup>31</sup> À cet égard, il vaut la peine de mentionner les faits nouveaux, comme le traité sur les entreprises et les droits de l'homme, initiative menée par l'Équateur. Quarante-troisième session du Conseil des droits de l'homme, Rapport sur la cinquième session du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, Document des Nations Unis A/HRC/43/55, 9 janvier 2020. Disponible sur <https://undocs.org/A/HRC/43/55>, vue le 18 juillet 2020.



## ARTICLE 3

# De l'importance d'avoir un système d'arbitrage « centré sur l'Afrique », et la réforme de la loi tanzanienne sur l'arbitrage

Amne Suedi



Ces dernières années, le gouvernement tanzanien a promulgué des modifications profondes de la législation régissant les investissements étrangers dans le secteur des ressources naturelles, ainsi que ses mécanismes de règlement des différends, dans le but de débarrasser le secteur des vestiges des relations « colonialistes ». Avant d'aborder ces changements, et dans le but de mieux comprendre leur logique, cet article présente, en premier lieu, le contexte historique de l'arbitrage international en Afrique.

## L'investissement étranger en Afrique et le régime de l'arbitrage international des investissements

Depuis la décolonisation et l'obtention de leur indépendance politique, bon nombre de pays d'Afrique subsaharienne dépend largement des échanges internationaux et de leur intégration dans l'économie mondiale<sup>1</sup>. Dans l'espoir de promouvoir le développement socio-économique, de nombreux gouvernements africains se sont appuyés sur les accords internationaux conclus avec des gouvernements étrangers, des institutions internationales et des entreprises multinationales, que ce soit pour les investissements, la technologie, les instruments de la

dette ou les marchés publics de biens et de services. Ces accords s'accompagnent souvent de plusieurs conditions, et les mécanismes de règlement des différends, notamment l'arbitrage international, figurent parmi les plus importantes.

Les investisseurs étrangers apprécient l'arbitrage international car il donne une impression de neutralité, de stabilité, de prévisibilité et d'indépendance vis-à-vis de toutes considérations de politique nationale dans son application du droit « international ». Mais la nature internationale des normes du droit international a été contestée, tant par les universitaires que par les gouvernements de pays en développement, car bon nombre de ces normes a été élaboré avec une participation limitée, voire nulle, des gouvernements africains.

La participation limitée des pays africains dans l'élaboration du régime international de protection des investissements ne fait pas exception<sup>2</sup>. Si des représentants africains ont pris part aux réunions préparatoires de la Banque mondiale pour la négociation et l'élaboration de la Convention du CIRDI de 1965, et, dans une moindre mesure, à l'élaboration des Règlements d'arbitrage et de conciliation de la CNUDCI, et de la Loi type de la CNUDCI, ils n'étaient pas représentés dans la conception et la création originales de la CPA, ni dans celle des forums commerciaux traditionnels tels que la Cour internationale d'arbitrage de la CCI et la Cour d'arbitrage international de Londres.

À la lumière de ce contexte, nous pouvons mieux comprendre les changements entrepris par la Tanzanie en matière d'arbitrage international, qui visent tous à poursuivre le programme de décolonisation des investissements étrangers en Afrique. Cet article examine les modifications apportées au régime juridique de la Tanzanie s'agissant du règlement des différends dans le contexte des ressources naturelles.

<sup>1</sup> Patrick Osakwe et al., 'Trade dependence, liberalization, and exports diversification in developing countries' (2018) 5 Journal of African Trade, 19

<sup>2</sup> Amazu A. Asozu 'International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development', Novembre 2001, Cambridge University Press



## Origines et réformes du cadre juridique tanzanien régissant l'arbitrage international

Depuis plusieurs décennies, les investisseurs internationaux ont pris l'habitude de conduire l'arbitrage de leurs différends avec un pays africain en dehors de l'Afrique. Dans les années 1980 et 1990, alors que la Tanzanie commençait à libéraliser son économie et à s'intégrer dans l'économie mondiale, les dirigeants du pays pensaient que pour attirer l'investissement étranger, ils devaient donner aux investisseurs étrangers accès aux mécanismes internationaux de règlement des différends.

La Tanzanie se plia à cette exigence en ratifiant la Convention du CIRDI de 1965 au moyen de la Loi tanzanienne sur l'investissement<sup>3</sup>. L'accès aux mécanismes de règlement du CIRDI est garanti aux investisseurs étrangers en Tanzanie par le biais de dispositions clé contenues dans les TBI tanzaniens<sup>4</sup>, ainsi que par le biais de la section 23(2) de la Loi tanzanienne sur l'investissement de 2002, qui autorise l'arbitrage investisseur-État au titre du CIRDI et d'autres règlements et mécanismes d'arbitrage internationaux, conformément aux termes des traités bilatéraux ou multilatéraux, ou des contrats.

Toutefois, depuis 2007, la Tanzanie a réexaminé plusieurs accords de développement minier, conclus avec Acacia Mining, et promulgué une série de changements politiques et législatifs<sup>5</sup>, par le biais de la Loi sur la souveraineté<sup>6</sup> et de la Loi sur le réexamen des contrats<sup>7</sup>, et d'amendements à la Loi sur les partenariats publics-privés (PPP)<sup>8</sup>. Ces révisions visent à donner à la Tanzanie le contrôle sur ses ressources naturelles et à rétablir

la souveraineté du pays dans des domaines clés de sa politique économique.

Par exemple, la Loi sur la souveraineté présente le règlement national des différends comme un élément fondamental de la protection de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. La section 11 de la Loi sur la souveraineté<sup>9</sup> précise :

« (1) Conformément à l'article 27(1) de la Constitution, la souveraineté permanente sur la richesse et les ressources naturelles ne peut faire l'objet d'une procédure dans une cour ou un tribunal étranger.

(2) Aux fins de l'alinéa (1), les différends relatifs à l'extraction, l'exploitation ou l'acquisition et l'utilisation de la richesse et des ressources naturelles sont réglés par les organes judiciaires et autres organes établis dans la République unie et conformément aux lois nationales de la Tanzanie.

(3) Aux fins de la mise en œuvre de l'alinéa (2), les organes judiciaires et autres organes établis dans la République unie et l'application des lois de la Tanzanie sont acceptés et incorporés dans tout arrangement ou accord ».

Ce libellé reflète l'avis, largement partagé parmi les représentants de gouvernements, les avocats et le secteur privé de pays d'Afrique subsaharienne, selon lequel « l'arbitrage international est essentiellement un système lointain et étranger, situé dans un pays étranger, régi par des experts étrangers et appliquant un droit étranger, et qui fait peu cas des résultats que les parties africaines ne peuvent influencer »<sup>10</sup>.

La Tanzanie a répondu à ces développements notamment en adoptant la Loi sur l'arbitrage de 2020. Celle-ci remplace la Loi sur l'arbitrage de 2002, considérée comme n'étant plus appropriée pour gérer les différends d'investissement modernes<sup>11</sup>. La Loi sur l'arbitrage de 2020 couvre l'arbitrage commercial national et international. L'arbitrage national est défini à la section 3A de la Loi sur l'arbitrage de 2020 comme

<sup>3</sup> Loi tanzanienne sur l'investissement n° 26 de 1997, telle qu'amendée périodiquement.

<sup>4</sup> Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED). Investment Policy Hub, République unie de Tanzanie. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/222/tanzania-united-republic-of>

<sup>5</sup> Masamba, M. (2017). L'espace réglementaire gouvernemental dans l'ombre des TBI : l'exemple de la réforme par la Tanzanie de sa réglementation en matière de ressources naturelles. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itm/fr/2017/12/21/governmentregulatory-space-in-the-shadow-of-bits-the-case-of-tanzanias-natural-resource-regulatory-reform-magalie-masamba/>

<sup>6</sup> Loi sur la richesse et les ressources naturelles (souveraineté permanente) n° 3 de 2017, [http://www.tcme.or.tz/uploads/NATURAL\\_WEALTH\\_AND\\_RESOURCES\\_PERMANENT\\_SOVEREIGNTY\\_ACT\\_2017.pdf](http://www.tcme.or.tz/uploads/NATURAL_WEALTH_AND_RESOURCES_PERMANENT_SOVEREIGNTY_ACT_2017.pdf)

<sup>7</sup> Loi sur la richesse et les ressources naturelles (réexamen et renégociation des conditions déraisonnables) n° 6 de 2017, [http://www.tcme.or.tz/uploads/NATURAL\\_WEALTH\\_AND\\_RESOURCES\\_REVIEW\\_AND\\_RENEGOTIATION\\_OF\\_UNCONSCIONABLE\\_TERMS\\_ACT\\_2017.pdf](http://www.tcme.or.tz/uploads/NATURAL_WEALTH_AND_RESOURCES_REVIEW_AND_RENEGOTIATION_OF_UNCONSCIONABLE_TERMS_ACT_2017.pdf)

<sup>8</sup> Loi sur les Partenariats publics-privés (amendement) n° 9 de 2018

<sup>9</sup> Loi sur la richesse et les ressources naturelles (souveraineté permanente) n° 3 de 2017.

<sup>10</sup> Asante, S. (1993). The Perspectives of African Countries on International Commercial Arbitration, *Leiden Journal of International Law*, 6, page 338.

<sup>11</sup> Cosmas J. (2015). The State of International Commercial Arbitration in Tanzania: A Comparative Critique and Call for the Reform. *US-China Law Review* 12(6), 513.



un accord d'arbitrage qui mentionne expressément l'arbitrage en Tanzanie métropolitaine et où les parties concernées sont considérées comme des ressortissants tanzaniens s'il s'agit de personnes physiques, ou, dans le cas des entreprises, dont le contrôle est opéré en Tanzanie et l'entreprise est enregistrée en Tanzanie. Par ailleurs, pour pouvoir faire l'objet d'un arbitrage national, la performance des obligations contractuelles doit être réalisée en Tanzanie, ou le sujet du différend doit être situé en Tanzanie. Cette nouvelle loi aborde également la question de l'exécution des sentences arbitrales nationales et étrangères et prévoit des dispositions obligatoires pour chacune des parties, qu'elles aient ou non un accord d'arbitrage. La Loi sur l'arbitrage de 2020 porte également création d'un centre d'arbitrage.

Les investisseurs se féliciteront de la suppression, dans la Loi sur l'arbitrage, de la différence dans le degré d'exécution des sentences arbitrales nationales et étrangères, leur attribuant maintenant un pied d'égalité<sup>12</sup>. La loi établit également le Centre tanzanien d'arbitrage, qui pourrait s'avérer particulièrement utile à l'heure de régler les différends commerciaux et techniques entre les investisseurs et l'État. Ce centre prêtera assistance s'agissant des aspects de la procédure d'arbitrage, notamment en proposant l'appui administratif pour l'enregistrement des requêtes, la gestion d'une liste d'arbitres accrédités et l'élaboration d'un code de conduite<sup>13</sup>. Toutefois, malgré la création d'un centre d'arbitrage national, le pays doit encore renforcer ses capacités d'offrir un cadre d'arbitrage cohérent. Le centre d'arbitrage devra fonctionner avec le plus haut niveau d'exigence pour veiller à ce que les investisseurs tanzaniens et étrangers utilisent pleinement ses ressources et compétences.

## **Le règlement Barrick Gold : l'évolution de la Tanzanie vers un arbitrage « centré sur l'Afrique »**

Alors que le gouvernement menait des réformes législatives et politiques concernant les investissements étrangers, un différend très médiatisé éclata avec Acacia Mining : le gouvernement accusait l'entreprise d'évasion fiscale, de violations des normes environnementales, d'opérer de manière illégale et d'avoir saisi des chargements de

concentrés de cuivre et d'or. La procédure dura plusieurs années, au cours desquelles le géant minier Barrick Gold dû intervenir en tant que médiateur.

Cette intervention donna finalement lieu à un accord de règlement entre Barrick Gold et le gouvernement tanzanien<sup>14</sup>, qui entraîna la création d'une nouvelle entreprise, Twiga Minerals, dans laquelle le gouvernement détient une participation non diluable de 16 % des capitaux propres et des prêts. S'agissant du règlement des différends, le gouvernement a convenu, malgré les changements législatifs abordés plus haut, d'autoriser l'application des Règlements de Conciliation<sup>15</sup> et d'arbitrage<sup>16</sup> de la CNUDCI à tout différend. La Tanzanie, ainsi que les autres membres de la Communauté d'Afrique de l'Est (EAC en anglais), le Canada, le Royaume-Uni et les États-Unis ne peuvent être choisis comme siège de la procédure d'arbitrage. Même si l'on supposait à l'origine que les mécanismes d'arbitrage de la Cour de justice est-africaine seraient désignés comme étant le mode privilégié de règlement des différends<sup>17</sup>, l'interdiction de mener la procédure dans l'EAC exclut plusieurs mécanismes d'arbitrage notamment le Cour de justice est-africaine, le Centre international de Kigali pour l'arbitrage (KIAC) et le Centre de Nairobi pour l'arbitrage international (NCIA). Notons que l'inclusion du recours à l'arbitrage international est contraire à la Loi sur la souveraineté permanente. Cela risque de créer un précédent, et d'autres entreprises disposant d'un accord de développement minier conclu avant l'adoption de la Loi pourraient l'utiliser pour bénéficier à leur tour de ces conditions.

Toutefois, dans un communiqué de presse du 20 octobre 2019, Barrick Gold précisait que le cadre du règlement des différends s'appliquant à son investissement en Tanzanie était un « mécanisme de règlement des différends internationaux centré sur l'Afrique »<sup>18</sup>. La hausse de l'investissement étranger

<sup>12</sup> Loi sur l'arbitrage de 2020, s.78

<sup>13</sup> Loi sur l'arbitrage de 2020, s.77

<sup>14</sup> Offre finale pour Acacia Mining Plc recommandée par Barrick Gold Corporation datée du 19 juillet 2019.

<sup>15</sup> Règlement de conciliation du 23 juillet 1980 de la Commission des Nations unies sur le droit commercial international.

<sup>16</sup> Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations unies sur le droit commercial international, édition révisée de 2010 et édition de 2013.

<sup>17</sup> Règlement d'arbitrage de 2012 de la Cour de justice est-africaine.

<sup>18</sup> Barrick Gold. 2019. The Launch of Twiga Minerals Heralds Partnership Between Tanzanian Government and Barrick. <https://www.globenewswire.com/news-release/2019/10/20/1932172/0/en/The-Launch-of-Twiga-Minerals-Heralds-Partnership-Between-Tanzanian-Government-and-Barrick.html>



direct dans les pays d'Afrique a renforcé la demande pour un arbitrage tourné vers l'Afrique, doté de centres créés et situés en Afrique, et qui tiennent compte des niveaux actuels de développement socio-économique des États africains, ce que les centres internationaux d'arbitrage ne font pas toujours<sup>19</sup>. Une utilisation accrue de l'arbitrage tourné vers l'Afrique par les investisseurs étrangers devrait renforcer le climat des affaires et permettre de résoudre les différends commerciaux nationaux et internationaux. Cela permettra également de renforcer les compétences des arbitres locaux et de réduire la dépendance sur les organes d'arbitrage situés en dehors de l'Afrique<sup>20</sup>.

## Conclusion

Alors que la Tanzanie continue de développer sa politique de l'investissement international et suspend la négociation de TBI<sup>21</sup>, le gouvernement pourrait saisir cette occasion pour réexaminer les divers mécanismes de règlement des différends disponibles, et voir lesquels sont plus indiqués pour tel ou tel type de différend. En gardant à l'esprit la nécessité d'« africaniser » le règlement des différends, les options disponibles pourraient inclure les alternatives juridiques et non juridiques, régionales et nationales. La Loi sur l'arbitrage de 2020 jouera certainement un rôle dans la modernisation par la Tanzanie de son système national d'arbitrage, modernisation plus que nécessaire pour s'écarter du patrimoine colonial entériné dans la loi de 2002. Alors que la Tanzanie envisage d'adopter des mécanismes d'arbitrage africains, il est peut-être temps

de balayer devant sa propre porte et de comprendre pourquoi la Cour de justice est-africaine, dotée d'un règlement d'arbitrage depuis 2004, n'a jamais été utilisée comme mécanisme de règlement des différends par l'un de ses membres, y compris la Tanzanie. Voilà une opportunité d'avenir.

## Auteure

**Anne Suedi** est conseillère et avocate internationale, spécialisée dans les investissements internationaux, et les marchés africains. Elle est la directrice et fondatrice de Shikana Law Group.

<sup>19</sup> D'autres institutions d'arbitrage en Afrique incluent le Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire (CRCICA), créé en 1979 par l'Organisation juridique consultative Asie-Afrique, et classée par la Banque africaine de développement comme l'un des principaux centres d'arbitrages en Afrique. Une autre option pourrait être le Centre de médiation et d'arbitrage international de Casablanca CIMAC), créé en 2014, et doté d'un règlement en 2018. Finalement, Maurice a lourdement investi pour renforcer les compétences de ses membres, des représentants gouvernementaux et des juges en matière d'arbitrage international afin de s'afficher comme un mode privilégié de règlement des différends en Afrique. En 2008, Maurice a adopté sa loi sur l'arbitrage, fondée sur la Loi modèle de la CNUDCI, et conclut un accord en 2011 portant création de la Cour d'arbitrage international de Londres-Centre d'arbitrage international de Maurice (LCIA-MIAC).

<sup>20</sup> Rubin Mukkam-Owuor 'Africa, Stand up for Africa' Kluwer Arbitration Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/10/africa-stand-africa/>

<sup>21</sup> Actuellement, la Tanzanie a choisi de ne pas renouveler ses TBI, ce qu'elle a démontré récemment en envoyant une notification de son intention de mettre un terme au TBI avec les Pays-Bas. Voir Sadaff Habib 'Tanzania Faces a New ICSID Claim under the Terminated Netherlands BIT', Kluwer Arbitration Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/21/tanzania-faces-a-new-icsid-claim-under-the-terminated-netherlands-bit-2/>, visité le 13 février 2020



## ARTICLE 4

# Écarter les tribunaux nationaux marquerait un recul très important pour l'Europe : réaction à la consultation publique de la CE sur l'investissement transfrontière au sein de l'UE

Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Sarah Brewin



## Aperçu

Le 26 mai 2020, la Commission européenne a lancé une consultation publique sur le système actuel de protection et de facilitation de l'investissement au sein de l'UE<sup>1</sup>. Cette initiative a été suscitée par la **résiliation** récente des TBI entre 23 États membres de l'Union européenne, au moyen de l'Accord portant extinction, signé le 5 mai 2020<sup>2</sup> par les États membres de l'UE. Cet accord a mis fin à plusieurs TBI<sup>3</sup>, principalement des accords négociés dans les années 1990 entre les États membres originaux de l'UE à l'ouest, et les États d'Europe de l'est, ou entre deux États d'Europe de l'est. Depuis que ces TBI ont été conclus, ces pays d'Europe de l'est ont rejoint l'UE et les droits des investisseurs transfrontières sur leurs territoires sont protégés par les lois et institutions européennes.

Il semblerait que cette initiative de consultation cherche à justifier la création de nouvelles normes et institutions européennes pour la protection et la facilitation de l'investissement. Si nous considérons qu'il est louable de tenir une consultation publique transparente sur la question, nous nous demandons si elle répond à une véritable demande de réexamen de la question à l'échelon européen. Nous sommes également préoccupés par le fait que la création de nouvelles normes et institutions pour la protection de l'investissement pourrait bouleverser l'équilibre délicat entre les pouvoirs de l'UE et les pouvoirs de ses États membres. Cela pourrait saper la légitimité de l'UE à un moment où l'Europe connaît des critiques soutenues en raison de son interférence excessive dans la souveraineté des États membres.

## Le contexte

La consultation cherchait à obtenir des contributions sur la manière de « clarifier les règles qui protègent et facilitent les investissements entre pays de l'UE ; introduire de nouvelles mesures pour combler les lacunes ; et améliorer le contrôle d'application des règles dans les litiges entre investisseurs et gouvernements nationaux »<sup>4</sup>. Sur cette dernière question de l'application, le texte introductif de l'enquête explique que suite à l'arrêt sur *Achmea* relatif à l'incompatibilité des TBI intra-UE (y compris du règlement des différends investisseurs-État [RDIE]) avec le droit européen, tous les investisseurs européens doivent désormais chercher à obtenir réparation auprès des tribunaux nationaux, en cas de différend lié à l'investissement avec un État membre de l'UE<sup>5</sup>. Le texte indique également que les normes de la justice rendue par les tribunaux nationaux des États membres sont régies par le droit européen, la Charte

<sup>1</sup> Commission européenne. (2020). Document de consultation publique : une initiative sur la protection et la facilitation de l'investissement intra-UE (uniquement en anglais). P.5. [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/2020-investment-protection-consultation-document\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/2020-investment-protection-consultation-document_en.pdf)

<sup>2</sup> Accord portant extinction des Traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne. 5 mai 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A2020A0529%2801%29>

<sup>3</sup> D'après la base de données de la CNUCED « International Investment Agreements Navigator ».

<sup>4</sup> Commission européenne. (2020). « Investissements transfrontières dans l'UE — clarifier et compléter les règles de l'UE ». <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12403-Investment-protection-and-facilitation-framework>

<sup>5</sup> Supra note 1, p.14.



des droits fondamentaux de l'UE, la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Malgré ces garanties, la Commission affirme que « certaines parties-prenantes » se sont dites préoccupées, notamment quant à la capacité des systèmes nationaux de régler des différends internationaux relatifs à l'investissement, qui varie grandement entre les États membres, quant au fait que les cours nationales ne sont pas impartiales et peuvent être influencées par les intérêts nationaux, et quant au fait qu'il pourrait être difficile pour les PME d'accéder aux cours nationales<sup>6</sup>. Les préoccupations de « certaines parties-prenantes » sont souvent invoquées pour justifier cette initiative, mais leur identité et la source de leurs préoccupations restent floues. C'est sur la base de ces préoccupations que la Commission souhaite obtenir des contributions sur les organes ou mécanismes européens alternatifs qui pourraient être appropriés pour le règlement des différends relatifs à l'investissement transfrontière au sein de l'UE.

### **L'UE n'a pas besoin d'un système juridique parallèle pour remplacer les procédures nationales et régionales**

L'UE dispose déjà de systèmes robustes aux échelons national, de l'UE et du Conseil européen pour protéger l'investissement étranger et les droits de propriété. Dans sa propre communication au Parlement et au Conseil européen en 2018<sup>7</sup>, la Commission européenne note que « [L]e droit de l'Union, tel qu'il a progressivement évolué au fil des décennies, offre aux investisseurs un niveau élevé de protection... ». La Commission décrit également l'interaction entre les procédures judiciaires nationales, les mécanismes européens de contrôle et les procédures nationales de prévention des différends, et indique que « [L]es juges nationaux ont une responsabilité et un rôle particuliers dans la protection de l'investissement. Conjointement avec la Cour de justice de l'UE (ci-après la « CJUE » ou la « Cour de justice ») à travers la procédure de renvoi préjudiciel, les juges nationaux doivent assurer en toute indépendance

la pleine application du droit de l'Union et la protection juridictionnelle des droits des personnes dans tous les États membres ».

La Commission indiquait également qu'un « système alternatif de résolution des litiges » (en référence au RDIE offert au titre des TBI intra-UE désormais résiliés) « détourne[rait] du système judiciaire national de règlement [l]es litiges concernant les mesures nationales et faisant intervenir le droit de l'Union. Ils confient ce règlement des litiges à des arbitres privés, qui ne peuvent appliquer correctement le droit de l'Union, en l'absence de l'indispensable dialogue judiciaire avec la Cour de justice ». La Commission avait raison en 2018 : ce sont les cours nationales des États membres de l'UE qui devraient être chargées de rendre justice aux investisseurs transfrontières et nationaux, sans discrimination.

### **L'introduction de nouvelles normes juridiques sur l'investissement et un système de RDIE à l'échelon européen serait contraire aux tendances actuelles et pourraient susciter des critiques à l'égard de l'UE**

Il existe une tendance internationale, forte et croissante, en faveur de l'abandon du RDIE, et les règles de protection de l'investissement et le RDIE restent très rares entre les pays en développement. L'Accord Canada-États-Unis-Mexique (l'ACEUM), qui est entré en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet, supprime le RDIE entre le Canada et les États-Unis, et restreint largement son utilisation entre les États-Unis et le Mexique<sup>8</sup>. Le candidat démocrate à l'élection présidentielle étasunienne a fait part de son opposition au RDIE et à son inclusion dans les accords commerciaux futurs des États-Unis<sup>9</sup>. Et les dix États membres du projet de Partenariat économique régional global (RCEP) ont convenu d'exclure le RDIE de l'instrument<sup>10</sup>. La mise en place d'un RDIE pour les investisseurs intra-UE serait donc non seulement en décalage complet avec ces développements récents, mais apporterait également de l'eau au moulin des anti-européens compte tenu d'une

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Commission européenne. (2018). Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : protection des investissements intra-UE ». <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=fr>

<sup>8</sup> Bernasconi-Osterwalder, N. (2018). 'USMCA Curbs How Much Investors Can Sue Countries—Sort of'. <https://www.iisd.org/articles/usmca-investors>

<sup>9</sup> United Steelworkers. (2020). Joe Biden Candidate Questionnaire. P.4. <https://www.uswvoices.org/endorsed-candidates/biden/BidenUSWQuestionnaire.pdf>

<sup>10</sup> Yunus, R. (2019). 'RCEP talks to proceed without ISDS'. The Malaysian Reserve. <https://themalaysianreserve.com/2019/09/13/rcep-talks-to-proceed-without-isds/>



perte perçue de contrôle sur les affaires nationales. Le RDIE intra-UE pourrait leur fournir un motif réel et supplémentaire de plainte, et même leur attirer de nouveaux sympathisants.

## Le RDIE n'est pas la solution pour remédier aux lacunes dans la gouvernance de l'investissement intra-UE

L'objectif affiché de l'UE en lançant cette initiative visait à explorer les manières de renforcer l'application des droits des investisseurs et de créer « un pied d'égalité » pour les investisseurs intra-UE vis-à-vis des investisseurs étrangers<sup>11</sup>. Nous considérons que pour atteindre cet objectif, le renforcement des mécanismes nationaux existants pourrait constituer une approche plus efficace et effective que d'en créer de nouveaux ou de les reproduire à l'échelon régional. Il faut pour cela renforcer la capacité des tribunaux nationaux des États membres de l'UE de résoudre efficacement les différends investisseurs-État, plutôt que de créer un nouveau mécanisme permettant aux investisseurs intra-UE de contourner ces tribunaux. Cela ne pourrait que saper la capacité des tribunaux nationaux de gérer de telles affaires. Aussi, pour atteindre ses ambitions affichées, la Commission européenne devrait plutôt dédier des ressources aux activités de renforcement des capacités des systèmes judiciaires des États membres.

## La responsabilité des entreprises au sein de l'UE

Si la consultation semble se centrer uniquement sur la question du renforcement des droits des investisseurs et de l'application de ces droits, l'initiative pourrait adopter une approche plus équilibrée et voir comment renforcer les obligations des investisseurs intra-UE. Si la nécessité et le souhait de combler les lacunes de la gouvernance de l'investissement régional sont réels, l'UE pourrait adopter un mécanisme de reddition des comptes pour veiller à ce que les investisseurs intra-UE respectent les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Adopté à l'échelle de l'Union, un tel mécanisme de reddition des comptes pourrait être calqué sur la fonction du conseiller-médiateur pour l'application des directives (CAO) de la

Société financière internationale (IFC). Le CAO entend les plaintes des communautés locales affectées par les projets financés par l'IFC et l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA), et tente d'améliorer les retombées sociales et environnementales de ces projets sur le terrain<sup>12</sup>. Contrairement aux normes de protection de l'investissement et au RDIE, cette initiative ne porterait pas sur la responsabilité des États membres de l'UE, mais régirait plutôt les investisseurs intra-UE pour garantir une conduite responsable de la part des entreprises.

## Conclusion

La consultation de la Commission européenne part clairement de l'idée que les droits des investisseurs intra-UE ne sont pas suffisamment protégés, exigeant donc la création de nouvelles protections juridiques, normes d'indemnisation et mécanismes d'application dans l'UE. Nous contestons la théorie sous-tendant cette initiative et selon laquelle l'extinction des TBI intra-UE – signés à une époque géopolitique révolue précédant l'UE telle qu'on la connaît aujourd'hui – entraîne une soudaine détérioration du climat de l'investissement dans l'UE. Même si l'on acceptait que ce soit le cas, le fait de contourner les tribunaux nationaux en créant une sorte de mécanisme de règlement des différends à l'échelle de l'UE ne pourrait guère atténuer cette préoccupation. La réintroduction du RDIE intra-UE, sous quelque forme que ce soit, serait contraire aux tendances actuelles et attirerait d'innombrables critiques de souverainistes à l'UE. La Commission ferait mieux de soutenir la capacité des procédures judiciaires nationales des États membres d'appliquer les droits existants des investisseurs, et de renforcer les obligations de reddition des comptes de ces derniers.

## Auteurs

**Nathalie Bernasconi-Osterwalder** dirige le Programme droit et politique économiques de IISD, et est la Directrice exécutive de IISD Europe à Genève.

**Sarah Brewin** est conseillère en matière d'agriculture et d'investissement auprès du Programme droit et politique économiques de IISD.

<sup>11</sup> Supra note 1, p.5.

<sup>12</sup> Conseiller-médiateur pour l'application des directives. (2009). 'About the CAO : Who We Are.' <http://www.cao-ombudsman.org/about/whoweare/index.html> (page uniquement en anglais).



## ARTICLE 5

## L'évaluation des Résultats du RDIE

Sebastian Puerta et Tim R. Samples



## Introduction

Combien les États gagnent ou perdent-ils dans le système de RDIE ? Cette question faussement simpliste attend une réponse plutôt complexe. Récemment publiée dans le *American Business Law Journal*, notre recherche tente d'établir un point de référence pour évaluer dans quelle proportion les pays « gagnent » (en tant que pays d'origine de demandeurs obtenant gain de cause) et « perdent » (en tant qu'État défendeur frappé par des sentences et des règlements adverses) dans le système de RDIE<sup>1</sup>. Dans le cadre de ce projet, nous évaluons les résultats nets et l'impact proportionnel de l'arbitrage investisseur-État pour un ensemble de vingt pays à forte activité RDIE. Le présent article présente notre méthodologie et trois résultats clés de cette étude.

## Les chiffres

Notre étude des résultats du RDIE reconnaît que, du point de vue de la souveraineté, les défaites importent généralement plus que les victoires. La nature des « victoires » et des « défaites » dans le RDIE illustre la conception unilatérale du système du droit de l'investissement, qui permet aux investisseurs étrangers de présenter des recours contre les États, mais pas

l'inverse. Les États souverains ne peuvent effectivement pas « gagner » dans les affaires de RDIE<sup>2</sup>. En tant que pays d'origine d'un investisseur-demandeur, une sentence de RDIE favorable n'apporte aucun bénéfice direct au gouvernement<sup>3</sup>. En tant que défendeur, les États peuvent perdre de différentes manières dans le RDIE. Même une victoire technique, où le défendeur obtient gain de cause quant au fond, peut entraîner des coûts juridiques importants<sup>4</sup>. D'un autre côté, une « défaite » RDIE, c'est-à-dire une décision ou un règlement négatif, a des conséquences financières considérables pour les États. En outre, puisqu'ils contestent les lois et réglementations d'un pays, les différends relatifs à l'investissement sont souvent une menace aux pouvoirs souverains.

## A. Les données et la méthodologie

Dans le but d'analyser les résultats du RDIE pour certains États spécifiques, nous avons commencé par mettre de côté le Navigateur RDIE de la CNUCED pour créer un nouvel ensemble de données<sup>5</sup>. Nous avons ensuite complété ces données avec des données

<sup>2</sup> Alors que le système du droit de l'investissement donne aux investisseurs étrangers divers droits de procédure et substantifs, les investisseurs ne sont généralement pas soumis aux mêmes obligations que les pays souverains. Les États cherchent de plus en plus à rééquilibrer cette relation. Voir par ex., Elisabeth Tuerk & Diana Rosert, *La conférence de haut-niveau de la CNUCED de 2019 : un nouveau souffle pour la phase 2 de la réforme, INV. TREATY NEWS* (17 décembre 2019), <https://cf.iisd.net/itn/fr/2019/12/17/unctads-2019-high-level-ia-conference-a-new-momentum-for-phase-2-reform-elisabeth-tuerk-diana-rosert>

<sup>3</sup> Au-delà du règlement des différends, les bénéfices indirects ou externes (par ex. les flux d'investissement et les avantages de la signalisation) de la participation au système de RDIE ont été largement débattus et examinés. Voir par ex., Jeswald W. Salacuse, *Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries*, 58 HARV. INT'L L.J. 127 (2017).

<sup>4</sup> Les coûts juridiques du RDIE ne sont pas négligeables. Selon une estimation, les coûts juridiques d'une affaire atteignent en moyenne 7,4 millions USD pour les demandeurs, et 5,18 millions USD pour les défendeurs. En plus de cela, les frais des tribunaux atteignent en moyenne 1 million USD par affaire. Voir Matthew Hodgson & Alastair Campbell, *Damages and Costs in Investment Treaty Arbitration Revisited*, *GLOBAL ARB. REV.* (14 décembre 2017), [http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/14-12-17\\_Damages\\_and\\_costs\\_in\\_investment\\_treaty\\_arbitration\\_revisited\\_.pdf](http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/14-12-17_Damages_and_costs_in_investment_treaty_arbitration_revisited_.pdf); voir également Diane Desierto, *Rising Legal Costs Claimed by States in Investor-State Arbitrations: The Test of 'Reasonableness' in Philip Morris v. Australia*, *EJIL: TALK!* (12 juillet 2017), <https://www.ejiltalk.org/rising-legal-costs-claimed-by-states-in-investor-state-arbitrations-the-case-of-philip-morris-v-australia>

<sup>5</sup> La CNUCED dispose d'une base de données sur les différends en matière d'investissement dotée de plusieurs fonctions de recherche. *Investment Dispute Settlement Navigator*, CNUCED, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> [dernière consultation le 27 juillet 2020].

<sup>1</sup> Tim R. Samples, *Winning and Losing in Investor-State Dispute Settlement*, 56 AM. BUS. L.J. 115 (2019).





existantes, recueillies par Rachel Wellhausen, qui incluent toutes les affaires connues de RDIE entre 1987 et 2015<sup>6</sup>. Les résultats, que nous appelons notre ensemble principal de données pour ce projet, contiennent 983 affaires, représentant toute l'activité RDIE connue jusqu'à la fin de 2017.

Nous avons ensuite choisi vingt pays avec une forte activité RDIE<sup>7</sup>. Dans l'ensemble, ces vingt pays sélectionnés représentaient environ la moitié de toute l'activité RDIE entre 1987 et 2017. La sélection était équilibrée en terme de volume d'affaires, incluant 447 affaires où l'État est défendeur, et 471 affaires impliquant le pays d'origine. Nous avons développé pour chaque pays de notre sélection un ensemble de données spécifiques pour évaluer les résultats nets du RDIE pour ces pays. Nous avons ensuite comblé les trous en croisant nos informations avec d'autres sources, telles que ITA Law<sup>8</sup>, *Investment Arbitration Reporter*<sup>9</sup>, les journaux et les recherches internet.

## Analyse

Utilisant les meilleures données disponibles, nous obtenons pour chaque pays de notre sélection les résultats nets du RDIE. Nous incluons dans nos calculs des résultats les sentences, les règlements, et une estimation des coûts juridiques et des frais du tribunal. Nous amalgamons ensuite les résultats pour chaque pays – à la fois en tant que défendeur et en tant que pays d'origine d'investisseurs-demandeurs. Dans notre sélection, cinq pays ont obtenu des résultats nets positifs, et quinze ont obtenu des résultats nets négatifs. Ces données ont ensuite été fusionnées avec d'autres données-pays dans le but de mesurer la proportionnalité des résultats RDIE. Nous avons par exemple comparé les résultats RDIE nets à l'investissement étranger direct, au produit national brut par habitant, et aux dépenses gouvernementales. Les résultats de notre analyse sont présentés en détails ci-après.

<sup>6</sup> L'ensemble de données sur le RDIE de Rachel Wellhausen, qui inclut toutes les affaires connues jusqu'au 31 décembre 2015, contient des données dont ne dispose pas le Navigateur RDIE de la CNUCED, et est disponible sur <http://www.rwellhausen.com/isds-data.html> ; voir également Rachel L. Wellhausen, *Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement*, 7 J. INT'L DISPUTE SETTLEMENT 117 (2016).

<sup>7</sup> Nous avons choisi les États avec de nombreuses affaires, soit en tant que pays d'origine, soit en tant que défendeur. Nous avons également choisi certains États qui jouent un rôle clé dans le réajustement des politiques de RDIE, par exemple par le retrait des traités ou les programmes de révision des TBI. Voici notre sélection, par ordre alphabétique : Argentine, Albanie, Belize, Bolivie, Canada, Égypte, Équateur, Espagne, États-Unis, France, Inde, Kazakhstan, Kirghizistan, Libye, Mexique, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Russie et Venezuela.

<sup>8</sup> Voir INV. TREATY ARB., <https://www.italaw.com/> (dernière consultation le 27 juillet 2020).

<sup>9</sup> Voir INV. ARB. REP., <https://www.iareporter.com/> (dernière consultation le 27 juillet 2020).

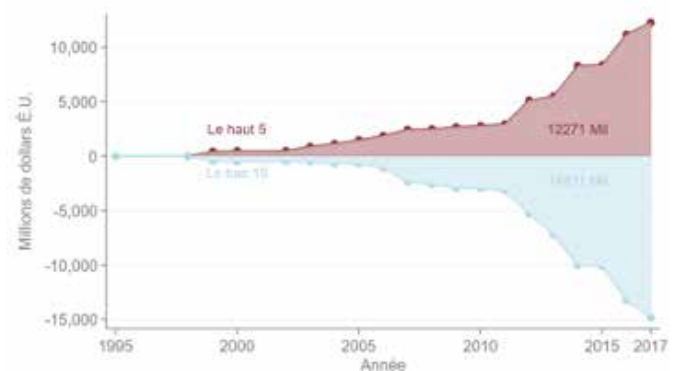
## Principales conclusions

En montrant le sort de pays choisis dans le système de RDIE, notre recherche confirme certaines observations anecdotiques sur l'arbitrage investisseur-État. Ce projet soulève également de nouvelles questions, et souligne la nécessité de mener d'autres recherches en ce sens. Nous résumons et illustrons ici les principales conclusions sur les résultats du RDIE dans trois domaines clés : la concentration, la proportionnalité et la transparence.

### Concentration de résultats

Notre recherche permet de confirmer et de quantifier une réalité simple, mais essentielle du système de RDIE : les résultats, positifs et négatifs, sont fortement concentrés parmi quelques pays participants. En général, les pays défendeurs très actifs n'obtenant pas gain de cause perdent énormément en termes absolus et relatifs. Par ailleurs, les investisseurs obtenant gain de cause et provenant de pays très actifs gagnent beaucoup, mais ces gains sont relativement petits au regard de leur large économie. D'après notre étude, les cinq pays obtenant des résultats RDIE favorables représentent un total de 12,271 millions USD en résultats nets jusqu'en 2017. Tandis que les quinze pays obtenant des pertes RDIE nettes représentent un total de 12,811 millions USD en résultats nets jusqu'en 2017. L'Espagne fait figure d'exception car le pays a été un défendeur très actif, mais aussi le pays d'origine de nombreux investisseurs-demandeurs très actifs. La figure 1 ci-dessous illustre l'étendue de la concentration de résultats RDIE nets cumulés parmi les cinq pays gagnants et les quinze pays perdant dans notre ensemble de données<sup>10</sup>.

Figure 1 : résultats RDIE nets cumulatifs



Notes : cette figure montre les résultats nets cumulatifs pour les cinq pays gagnants (en rouge) et les quinze pays perdants (en bleu).

<sup>10</sup> La décision dans l'affaire *Yukos*, d'un montant de 50 milliards USD, est un cas particulier, et créé certainement une distorsion des résultats. C'est pourquoi nous avons décidé de l'exclure de ces calculs.



### La proportionnalité est importante

Pour faciliter la comparaison, nous examinons les données relatives aux résultats RDIE nets pour nos pays choisis par rapport à certains indicateurs économiques, mettant en lumière la proportionnalité. Par exemple, nous comparons les résultats nets RDIE de chaque pays par rapport aux dépenses publiques, au PIB et aux flux d'IDE. Les résultats de notre analyse de la proportionnalité étaient spectaculaires, comme le montre la figure 2 ci-dessous, qui illustre les résultats RDIE en pourcentage du PIB. En termes d'activité économique, les pays très actifs obtenant des résultats RDIE négatifs perdent à un rythme important. D'un autre côté, pour les pays riches avec des résultats RDIE positifs, les conséquences sont relativement insignifiantes. La figure 2, notamment lorsqu'elle est comparée aux volumes nets cumulatifs relativement équilibrés de la figure 1, souligne les préoccupations liées aux effets proportionnels disparates des résultats RDIE parmi les pays participants.

Figure 2 : résultats RDIE nets cumulatifs en pourcentage du PIB



Notes : cette figure montre les résultats nets cumulatifs par rapport au PIB de 2017 pour les cinq pays gagnants (en rouge) et les quinze pays perdants (en bleu).

### Les préoccupations relatives à la transparence

Les problèmes de transparence du RDIE sont largement reconnus. Notre recherche met ces préoccupations en lumière. Dans l'ensemble principal de données pour ce projet, les informations relatives au montant ou au règlement n'étaient pas disponibles dans 199 affaires, sur un total de 983. Les différends en matière d'investissement concernent souvent des questions de grand intérêt public, telles que les réglementations sanitaires ou les réponses

réglementaires à une crise financière, par exemple. À tout le moins, les affaires de RDIE impliquent des ressources publiques. Les efforts visant à remédier à ces problèmes de transparence ont donné naissance à des initiatives telles que le Règlement de la CNUDCI sur la transparence et la Convention de Maurice. Nous saluons ces efforts, tout en reconnaissant la persistance de ces déficiences flagrantes en matière de transparence dans le système de RDIE.

### Remarques finales / et l'avenir ?

Dans un projet de recherche distinct, actuellement en cours, nous développons un modèle permettant d'estimer, dans le RDIE, l'écart en termes de transparence, qui est en réalité une estimation de la valeur monétaire des affaires pour lesquelles nous ne disposons pas de données. Nous anticipons déjà que le volume probable des résultats des affaires inconnues sera significatif. Compte tenu des intérêts publics en jeu dans bon nombre de différends relatifs à l'investissement, nous croyons qu'il est urgent et impératif d'améliorer la transparence. Une plus grande transparence permettrait de mener d'autres recherches sur le droit international de l'investissement, et de prendre des décisions en connaissance de cause. Si l'on souhaite disposer, demain, de meilleures politiques, il nous faut, aujourd'hui, une plus grande transparence.

### Auteurs

**Sebastian Puerta** est étudiant Beinecke et pré-doctorant chez Opportunity Insights à l'Université d'Harvard. Il détient une licence et un master en économie de l'Université de Géorgie.

**Tim Samples** est Professeur associé en études juridiques au Terry College of Business de l'Université de Géorgie, et d'une charge honorifique à la Faculté de droit de l'Université de Géorgie.

Les auteurs remercient **Andrew Teal**, étudiant de deuxième année de la Faculté de droit de l'Université de Virginie, pour son excellent travail sur le projet de recherche original.



## NOUVELLES EN BREF

### Les sessions du Groupe de travail III de la CNUDCI devraient reprendre en octobre

Les négociateurs travaillant sur une réforme multilatérale du système RDIE se réuniront de nouveau du 5 au 9 octobre 2020 à Vienne pour leur 39<sup>ème</sup> session. Originellement prévue en mars et avril 2020, la session avait été reportée du fait de la pandémie de Covid-19.

Il s'agira de la dernière réunion en date d'un processus mené sur plusieurs années et visant à identifier les préoccupations des États vis-à-vis du RDIE, ainsi que de possibles options de réforme du système.

D'après l'ordre du jour provisoire, le Groupe de travail devrait examiner plusieurs sujets liés à la réforme du RDIE, notamment la prévention des différends, leur atténuation et la médiation ; l'interprétation des traités ; le cautionnement pour frais et les recours abusifs ; les procédures multiples et les demandes reconventionnelles ; et un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE. Les contributions de divers gouvernements seront également étudiées.

Le Groupe de travail a également publié plusieurs documents de travail sur son site internet, qui sont ouverts pour commentaires. Ces documents portent sur un mécanisme d'appel et les questions d'application ; la sélection et la nomination des membres des tribunaux de RDIE ; et un code de conduite à l'intention des juges-arbitres du RDIE. Comme [indiqué précédemment](#), ces sujets avaient été abordés en profondeur à l'occasion de la session de janvier 2020.

### L'AECG dans l'impasse après le rejet de l'accord par le parlement chypriote

Le 31 juillet 2020, le parlement de Chypre a voté contre la ratification de l'AECG, l'accord commercial conclu entre le Canada et l'UE.

L'accord avait été [ratifié](#) par le Canada en 2017, déclenchant son application provisoire par l'UE. Toutefois, puisqu'il s'agit d'un « [accord mixte](#) », l'AECG doit être ratifié par l'ensemble des 27 États membres avant que la totalité des dispositions ne puisse s'appliquer, notamment les règles sur l'investissement étranger. À ce jour, 15 États membres (y compris le Royaume-Uni) ont ratifié l'accord.

Au centre des [préoccupations](#) des parties chypriotes qui ont voté contre l'accord se trouve l'absence d'indication géographique pour le fromage halloumi. Les indications géographiques sont accordées à des produits agricoles et alimentaires originaires de régions spécifiques, ce qui les différencie de produits similaires provenant d'autres régions. Les parties opposées à l'accord ont également fait état de [préoccupations](#) liées à la protection de l'environnement et du travail, aux OGM, et à la protection des petits producteurs.

Les observateurs [affirment](#) qu'il est peu probable que l'opposition chypriote à l'AECG sape l'accord dans son ensemble, suggérant qu'un compromis pourrait être trouvé avant que le parlement chypriote ne se réunisse de nouveau cet automne. Toutefois, l'AECG doit encore être ratifié par d'autres États membres, notamment l'Italie et les Pays-Bas où des partis politiques importants [s'opposent](#) également à l'accord.



## Les négociations de l'ALE États-Unis-Kenya sont en cours

Les États-Unis et le Kenya ont formellement lancé les négociations sur l'ALE États-Unis-Kenya le 8 juillet 2020. S'il est conclu, cet accord sera le premier accord commercial bilatéral entre les États-Unis et un pays d'Afrique subsaharienne. L'ALE est présenté par les parties comme un accord « modèle » pour la région, réalisant l'un des objectifs de l'administration Trump, tel que présenté par le représentant des États-Unis au commerce (USTR) Lighthizer en 2018.

C'est en mars 2020 que l'administration Trump avait notifié au congrès son intention d'ouvrir les négociations avec le Kenya au titre de l'Autorité de promotion des échanges (APE). Si elle impose des consultations régulières avec le congrès, l'APE actuelle, qui fixe les priorités de négociation spécifiques et autorise les négociations accélérées, expire en juillet 2021. Cela donne aux négociateurs relativement peu de temps pour conclure un accord au titre de l'APE actuelle.

Après une consultation publique, l'USTR avait publié les objectifs de négociation en mai 2020. Si la partie sur l'investissement ne mentionne pas le RDIE, le futur USTR adjoint Michael Nemelka, lors d'une audience récente de confirmation de sa nomination, n'avait pas écarté la possibilité de l'inclure dans un éventuel ALE avec le Kenya.

En plus du calendrier imposé par l'APE, les négociations seront certainement influencées par d'autres accords actuels auxquels le Kenya est partie. L'un d'entre eux est le African Growth and Opportunity Act (Loi sur la croissance et les opportunités en Afrique – AGOA) qui fixe des droits de douane préférentiels pour les importations kényanes aux États-Unis. L'AGOA devrait expirer en 2025, et il est probable que le Kenya souhaite utiliser l'ALE pour garantir la continuité de ce traitement préférentiel.

Par ailleurs, les négociateurs devront tenir compte des engagements du Kenya au titre de la ZLECAf, qui entrera probablement en vigueur en janvier 2021. Les représentants de l'Union africaine se sont dit mécontents du lancement de négociations bilatérales entre le Kenya et les États-Unis, arguant qu'elles pourraient mettre la ZLECAf en péril.

Si le Kenya n'est pas un partenaire commercial majeur des États-Unis en termes mondiaux, les États-Unis sont le deuxième marché d'exportation du Kenya, notamment pour les produits vestimentaires, les produits agricoles et miniers ; le volume des échanges augmente d'année en année depuis l'introduction du régime de tarifs douaniers au titre de l'AGOA.

## La Commission européenne lance des procédures d'infraction à l'encontre du Royaume-Uni et de la Finlande qui n'ont pas mis fin à leur TBI intra-UE

Le 14 mai 2020, la Commission européenne a lancé des procédures d'infraction contre le Royaume-Uni et la Finlande au motif que ces pays n'ont pas mis fin au TBI intra-UE auxquels ils sont partis. Bien que le Royaume-Uni ait formellement quitté l'Union européenne, le droit européen continue de s'appliquer au pays pendant une période de transition, qui prend fin au 31 décembre 2020.

La décision de mettre fin aux TBI intra-UE a été prise en octobre 2019, et 23 États membres – à l'exception de l'Autriche, la Finlande, l'Irlande, la Suède et le Royaume-Uni – en ont formellement convenu le 5 mai 2020. Entré en vigueur le 29 août 2020, cet accord présente les étapes que les États membres doivent suivre pour résilier leurs TBI et gérer les procédures d'arbitrage déjà en cours.

Malgré l'accord de mai 2020, l'obtention d'un consensus parmi les États membres quant au sort des TBI intra-UE se fait lentement. Si l'Irlande et l'Italie ont mis fin à leurs TBI avec d'autres États membres au début des années 2010, d'autres États – à savoir l'Autriche, la Roumanie et la Suède – ont déjà fait l'objet de procédures d'infraction au motif qu'ils n'avaient pas mis fin à leurs traités. La Roumanie a par la suite commencé à mettre fin à ses traités en 2017, tandis que l'Autriche et la Suède auraient récemment commencé à mettre fin à leurs TBI de manière bilatérale.

D'après les procédures d'infraction du mois de mai publiées par la CE, la Finlande et le Royaume-Uni « n'[ont] pas entamé de discussions avec les États membres » quant à l'extinction bilatérale de leurs TBI. Au titre des procédures d'infraction, les États membres disposent de quatre mois pour présenter une explication détaillée. Si la CE conclut que les États ne respectent pas le droit européen, elle leur adresse un « avis motivé », c'est-à-dire une demande formelle de mise en conformité avec le droit européen pertinent, et si nécessaire, la Commission peut renvoyer la question à la Cour de justice européenne.

Remarquons que si la CE a largement plaidé pour l'extinction des TBI intra-UE, le TCE, l'un des traités d'investissement les plus fréquemment invoqués, reste en vigueur pour les investisseurs intra-UE, même si l'UE plaide également pour sa modernisation.





## Les discussions sur la facilitation de l'investissement passent à la phase des négociations

Après deux années de « discussions structurées », les négociations relatives à un projet de cadre multilatéral de l'OMC pour la facilitation de l'investissement (CMFI) devraient débiter les 24 et 25 septembre 2020.

Comme nous l'avions [indiqué](#), les négociations devaient normalement commencer à l'occasion de la 12<sup>ème</sup> Conférence ministérielle, prévue en juin 2020 au Kazakhstan, mais reportée à 2021 compte tenu de la pandémie de Covid-19.

Si les membres de l'OMC qui ont pris part aux discussions sur la FI ont été réticents à l'idée de prendre des décisions contraignantes pendant cette période, des réunions virtuelles ont eu lieu au cours de l'été, au cours desquelles les membres ont fait des [propositions de libellé](#) pour plusieurs éléments du cadre, notamment l'entrée temporaire des investisseurs et la facilitation du mouvement des entrepreneurs en vue d'investir, la facilitation des transferts (des gains ainsi que d'autres flux de capitaux liés à l'investissement), ainsi que pour le préambule, la portée et les principes généraux.

S'agissant de la portée, les participants se sont demandés si le cadre devait couvrir les investissements dans le secteur des services et dans d'autres secteurs, en plus des investissements de portefeuille, et si le cadre s'appliquerait à la totalité de la durée de vie d'un investissement. Les membres ont également évalué s'il fallait inclure une définition spécifique de l'investissement, si certains secteurs pouvaient être exclus du cadre, et s'il fallait inclure une disposition NPF.

Ce dernier point pourrait être plus contentieux, car il soulève des préoccupations quant à la [relation entre le CMFI et le régime des AII](#).

(Note de l'éditeur : ce numéro d'*Investment Treaty News* contient une analyse des éventuelles interactions entre le CMFI et les dispositions contenues dans les traités d'investissement).

## Faits nouveaux dans les négociations d'accords commerciaux et d'investissement de l'Union européenne : l'Indonésie, le Mexique, le Viêt Nam et la Chine

Les négociations en vue d'un ALE Indonésie-UE ont commencé en 2016, et le neuvième cycle de discussions a eu lieu du 15 au 26 juin 2020. L'accord couvre à la fois le commerce et l'investissement, et la proposition européenne de chapitre sur l'investissement prévoit la création d'un tribunal pour le règlement des différends investisseur-État découlant de l'accord, conformément aux efforts visant la création d'un [Système de cour de l'investissement](#) (SCI) dans les accords bilatéraux de l'UE.

D'après le [rapport](#) de la CE sur le dernier cycle en date, les discussions portant sur le chapitre sur l'investissement « étaient constructives suite aux consultations de l'Indonésie menées en interne sur le concept de Système de cour de l'investissement. Des discussions approfondies ont également eu lieu sur plusieurs questions clé, telles que la transparence, la médiation, le code de conduite et la question de la répartition des coûts (le principe selon lequel « la partie qui succombe est condamnée aux dépens »).

Une [évaluation de l'impact sur le développement durable](#) (EID) de l'accord a été finalisée en juillet 2020. Le rapport d'évaluation recommande, s'agissant du chapitre sur l'investissement, que le traité final affirme le droit des parties de réglementer, et en particulier, que le traité ne soit pas interprété comme un engagement des parties « à ne pas modifier le cadre réglementaire, notamment d'une manière qui puisse négativement affecter... les investissements couverts ou les attentes de l'investisseur en termes de gains », notamment la suppression des subventions.

Le 26 avril 2020, les parties [se sont mises d'accord](#) sur les derniers détails de l'ALE Mexique-UE. Si les parties avaient atteint un accord de principe en avril 2018, les négociations portant sur des chapitres spécifiques ont eu lieu ces deux dernières années. Le dernier chapitre négocié concernait les [marchés publics](#), notamment pour les gouvernements provinciaux. L'accord va maintenant faire l'objet d'un examen juridique.

L'ALE UE-Viêt Nam est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2020. L'API UE-Viêt Nam a été [approuvé](#) par le Parlement européen en février 2020, mais doit encore d'être ratifié par les États membres individuels. L'accord conclu avec le Viêt Nam, à l'instar de ceux conclus avec le Canada, Singapour et le Mexique, contient le SCI.



Le cycle le plus récent de discussions sur l'Accord global sur l'investissement Chine-UE s'est terminé le 28 juillet 2020. Les cycles de discussions récents ont mis l'accent sur l'accès au marché, le traitement des entreprises étatiques, le règlement des différends entre États, le développement durable, la transparence, la RSE et l'environnement. Le dernier cycle en date s'est centré sur les disciplines en situation d'égalité (les entreprises étatiques, les règles sur la transparence s'agissant des subventions, et les règles pour lutter contre les transferts de technologie forcés).

L'UE mène également des négociations avec, l'Australie, le Chili, la Nouvelle Zélande et l'Ouzbékistan.

La CE publie régulièrement un aperçu mis à jour de ses négociations commerciales.

Ces deux dernières décennies, 99 % des investissements en provenance de pays voisins émanaient de la Chine. Mais l'investissement chinois a progressivement fait face à une résistance politique, notamment dans le secteur de la technologie, et d'après certains observateurs, cette stratégie de restriction de l'IDE en provenance de pays voisins de l'Inde vise principalement la Chine.

En effet, il ne s'agit pas de la première restriction récemment imposée par l'Inde sur l'activité économique chinoise : le 29 juin 2020, le gouvernement a interdit TikTok et 58 autres applications de développeurs chinois, en raison de préoccupations liées à la sécurité nationale, d'après certaines sources.

Le géant technologique chinois Alibaba a récemment annoncé qu'il suspendait les nouveaux investissements en Inde pendant six mois, en réponse aux tensions opposant les deux pays, d'après certaines sources.

## L'Inde limite l'investissement étranger en provenance de ses voisins et interdit des dizaines d'applications chinoises

Le gouvernement de l'Inde a récemment promulgué de nouvelles restrictions frappant l'IDE entrant en provenance de ses voisins, une stratégie qui semble viser en particulier l'investissement chinois.

Selon un communiqué de presse du ministère du Commerce et de l'Industrie du 18 avril 2020, de nouvelles restrictions frappent les investissements en provenance des pays partageant une frontière terrestre avec l'Inde – à savoir l'Afghanistan, le Bangladesh, le Bhoutan, la Chine, le Myanmar, le Népal et le Pakistan – dans le but de freiner « les prises de contrôle/acquisitions opportunistes d'entreprises indiennes compte tenu de la pandémie actuelle de Covid-19 ».

Avant ce changement récent, au titre de la loi indienne sur l'investissement, la plupart des investissements entrants n'exigeaient aucune approbation du gouvernement. Celle-ci était cependant requise pour l'IDE dans les secteurs sensibles, tels que les télécom, les infrastructures de défense et du rail, et pour tout investissement en provenance du Bangladesh et du Pakistan. Ces restrictions s'appliquent désormais à tout type d'IDE, quel que soit le pays voisin de provenance.

## La consultation de l'UE sur les investissements transfrontières au sein de l'UE est terminée

Comme nous l'avions indiqué, la CE avait lancé en mai 2020 une consultation visant à clarifier et à compléter les règles régissant les investissements transfrontières au sein de l'UE. La période de consultation a pris fin le 8 septembre 2020.

Cette consultation avait pour but d'obtenir les points de vue des parties-prenantes pertinentes quant à la manière d'améliorer l'environnement général de l'investissement intra-UE, en mettant l'accent sur les règles protégeant l'investissement intra-UE (et leur application), et sur la facilitation de l'investissement.



## **Le dernier cycle de discussions sur la modernisation du TCE n'ont guère fait avancer la question de la « modernisation » ; les représentants européens appellent à la suppression de la protection des énergies fossiles et du RDIE**

Deux cycles de négociation sur la modernisation du TCE ont eu lieu ces trois derniers mois, du 6 au 9 juillet, puis du 8 au 11 septembre.

Comme nous l'avions [indiqué](#), les négociations ont commencé en décembre 2019, et plusieurs cycles de négociation étaient prévus en 2020, et ont été tenus, jusqu'à ce jour, par vidéo-conférence.

Parmi les sujets devant être abordés au cours de ces cycles se trouvent la protection de l'investissement et le RDIE, et certains signataires du TCE, notamment l'UE, poussent pour une « [modernisation](#) » de l'approche du RDIE adoptée par le traité.

Le cycle de [négociations de juillet](#) a mis l'accent sur la protection de l'investissement, notamment les définitions de l'investisseur et de l'investissement, ainsi que sur les dispositions de fond, tandis que le [cycle de septembre](#) a abordé diverses questions liées au règlement des différends, notamment les requêtes frivoles, le cautionnement pour frais, le financement par des tiers, la transparence et l'évaluation des dommages.

Si une [déclaration publique](#) du TCE indique que « plusieurs délégations » sont en faveur de la modernisation du TCE, le secrétaire général du TCE [aurait admis](#) que l'atteinte d'un consensus en la matière sera difficile, et plusieurs signataires, dont le Japon et les pays d'Asie centrale dépendant fortement des recettes découlant des énergies fossiles sont [réticents](#) à l'idée de réformer le RDIE et le TCE.

Suite à cela, des dizaines de représentants du Parlement européen, ainsi que des parlements nationaux des États membres, ont signé une [déclaration](#) appelant à supprimer les protections offertes aux investissements dans les énergies fossiles et à « supprimer » ou « réformer » les dispositions RDIE. Ces représentants arguent que dans le cas contraire, l'UE risque de se retirer du TCE d'ici à la fin 2020.

Le prochain cycle de discussions se tiendra du 3 au 6 novembre 2020.



## SENTENCES ET DÉCISIONS

### Un tribunal de la CPA affirme sa compétence sur les différends fondés sur l'Accord de partenariat économique global Inde-Japon

*Nissan Motor Co. Ltd. (Japon) c. Inde, Affaire CPA n° 2017-37*

**Sarthak Malhotra**

Dans une décision du 29 avril 2019, un tribunal de la CPA avait examiné les objections à sa compétence sur des recours présentés contre l'Inde par l'entreprise japonaise Nissan Motor Co. Ltd (Japon) au titre du Règlement de la CNUDCI. Le tribunal y rejetait toutes les objections sauf une, sur laquelle il reportait sa décision compte tenu d'un manque d'information.

#### Le contexte et les recours

Le différend portait sur l'investissement de Nissan relatif à la création d'une usine de construction automobile. L'entreprise réalisa cet investissement par le biais d'un consortium d'entreprises, qui incluait une filiale en propriété exclusive et une entreprise détenue conjointement avec son partenaire français Renault s.a.s.

En 2008, le consortium d'entreprises conclut un Protocole d'entente (le protocole) avec le gouvernement provincial de Tamil Nadu (le GoTN). Au titre du protocole, le consortium acceptait d'investir un montant minimum en vue d'établir l'usine de construction automobile, et d'atteindre une capacité minimale de production dans les sept ans. Le GoTN acceptait d'accorder plusieurs mesures incitatives au consortium, notamment le remboursement de certaines catégories d'impôts. Le protocole détaillait également les critères d'éligibilité pour l'obtention de ces avantages.

Nissan alléguait que le GoTN ne lui avait pas versé ces mesures incitatives dans un délai raisonnable, donnant lieu à une dette de 2 057,36 crores INR (environ 290 millions USD). Selon Nissan, cet acte constituait une violation de la clause TJE (article 87(1) APEG) et de la clause parapluie (art. 87(2) APEG). Elle réclamait l'entière réparation de ces mesures non versées, assortie des intérêts applicables.

#### Le tribunal a été établi de manière correcte

L'Inde arguait que le tribunal arbitral n'avait pas été établi conformément à l'article 96 APEG et à l'article

9 du règlement de la CNUDCI. Elle arguait que l'effet combiné des articles 96(11) APEG et 9 du règlement de la CNUDCI impliquait que le Secrétaire général de la CPA (l'autorité de nomination par défaut au titre de l'article 96(11)) ne pouvait nommer l'arbitre-président que si les parties et les deux co-arbitres n'arrivaient pas à se mettre d'accord quant à la nomination de l'arbitre-président dans les 30 jours suivant la nomination du deuxième arbitre.

Selon l'Inde, le Secrétaire général de la CPA n'avait pas respecté la procédure normale de nomination, de deux manières. D'abord, il avait lancé la procédure de liste telle que fixée à l'article 8(2) du règlement de la CNUDCI sans avoir au préalable donné aux parties la possibilité de se mettre d'accord sur la nomination de l'arbitre-président, tel que visé à l'article 96(11) de l'APEG. Ensuite, il avait poursuivi la procédure de liste sans avoir eu confirmation de la nomination du second arbitre. L'Inde arguait que cela était contraire à l'article 9 du règlement de la CNUDCI puisque celui-ci exige implicitement la confirmation de la nomination du second arbitre avant le lancement de toute procédure de nomination de l'arbitre-président.

Le tribunal rejeta l'argument de l'Inde et affirma qu'il avait été correctement établi. Il remarqua que l'article 96(5) APEG et l'article 1(1) du règlement de la CNUDCI envisageaient la possibilité que la procédure de nomination prévue par l'APEG ait la préséance sur la procédure contradictoire de nomination contenue dans le règlement de la CNUDCI.

Le tribunal remarqua que l'article 96(11) APEG indique que les parties doivent nommer leur arbitre respectif et nommer conjointement l'arbitre-président dans les 60 jours suivants la date de présentation du différend à l'arbitrage. L'une ou l'autre des parties peut demander l'aide de l'autorité de nomination à l'expiration du délai de 60 jours. Aussi, l'article 96(11) ne prévoyait pas un calendrier distinct ou différend pour la nomination de l'arbitre-président.

Le tribunal nota également que l'Inde n'avait pas respecté le délai de 60 jours pour nommer son propre arbitre et que les parties ne s'étaient pas mises d'accord sur le nom de l'arbitre-président, après quoi le Secrétaire-général de la CPA était habilité à agir à la demande de Nissan pour nommer les arbitres qui n'avaient pas été nommé par les parties.





Le tribunal affirma que le Secrétaire-général de la CPA avait agi conformément à la procédure de l'APEG en travaillant conjointement à la nomination du second arbitre et en utilisant la procédure de liste pour déterminer les candidats mutuellement acceptables pour le poste d'arbitre-président. Il pris note de la décision du Secrétaire-général de reporter la nomination définitive de l'arbitre-président jusqu'à la nomination formelle du second arbitre.

Le tribunal conclut qu'il n'était pas nécessaire que le Secrétaire-général suspende la procédure de liste avant la nomination du second arbitre puisque son pouvoir de nomination de l'arbitre-président au titre de l'article 96(11) était indépendant de son pouvoir de nomination du second arbitre au titre de la même disposition.

### Les procédures nationales en cours lancées par Nissan n'affectent pas la compétence du tribunal

L'Inde arguait également que Nissan ne pouvait poursuivre cet arbitrage au titre de l'article 96(6) APEG car l'entreprise avait lancé une procédure auprès d'une cour nationale et ne l'avait pas retiré dans les 30 jours suivants le dépôt de la demande du présent arbitrage.

Le tribunal rejeta l'objection de l'Inde compte tenu du libellé clair de l'article 96(6) APEG.

Il interpréta la portée de l'article 96(6) comme interdisant uniquement les procédures nationales lancées par un « investisseur au différend » tel que défini à l'article 96(2) APEG aux fins du règlement d'un « différend relatif à l'investissement ». Il remarqua que l'APEG définit un « différend relatif à l'investissement » comme un différend portant sur une perte ou des dommages allégués découlant d'une violation de l'APEG, et n'inclut pas tous les différends découlant de faits similaires ou impliquant des mesures motivées par des préoccupations politiques similaires.

Selon le tribunal, le fait que les procédures nationales portaient peut-être sur certains faits recoupant les recours de Nissan au titre de l'APEG ne changeait en rien son analyse du texte clair de l'article 96(6). Il mit également en garde contre les tribunaux cherchant à passer outre les choix rédactionnels des parties et à assumer ce sur quoi les parties ne s'étaient pas engagées dans les dispositions du traité.

Au final, le tribunal conclut que le lancement par Nissan d'une procédure nationale n'était pas contraire à l'article 96(6) puisque cette procédure ne portait pas sur une violation alléguée de l'APEG, mais contestait la constitutionnalité des amendements apportés par le GoTN à sa législation sur la Taxe sur la valeur ajoutée.

### Les recours de Nissan ne sont pas fondamentalement de nature contractuelle

Le tribunal examina ensuite l'objection de l'Inde selon laquelle les recours de Nissan étaient fondamentalement de nature contractuelle au titre du protocole. Selon l'Inde, la clause de règlement des différends du protocole exige que les différends au titre du protocole soient présentés à un tribunal arbitral national, à l'exclusion de toute autre enceinte pour le règlement de ces différends. Elle arguait, par ailleurs, que même si le tribunal acceptait sa compétence sur le recours TJE, le recours fondé sur la clause parapluie restait malgré tout irrecevable puisque la clause parapluie exige d'importer dans le TBI toutes les obligations des parties au titre du protocole, y compris l'obligation de respecter sa clause de règlement des différends. Selon l'Inde, Nissan ne pouvait approuver et réprover s'agissant du même contrat.

Le tribunal rejeta l'objection de l'Inde. Il affirma d'abord qu'il n'était pas nécessaire que Nissan démontre que, compte tenu des faits tels que présentés, elle aurait sans aucun doute obtenu gain de cause sur le fond, mais seulement que les faits présentés impliquaient une question portant sur le traité que le tribunal devait trancher. Selon le tribunal, cette formulation était conforme au traitement des questions préliminaires de compétence formulé par la Juge Rosalyn Higgins de la CIJ dans son avis sur l'affaire portant sur les plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)<sup>1</sup>. Le tribunal conclut que les faits présentés par Nissan satisfaisaient cette norme.

Le tribunal examina ensuite les effets de la clause de règlement des différends du protocole. Il affirma qu'il se concentrerait sur le contenu de l'accord d'arbitrage pertinent, plutôt que sur le fait qu'il avait été conclu avec le GoTN au lieu de l'Inde.

Le tribunal remarqua que la clause de règlement des différends du protocole imposait le règlement exclusif des types de différends couverts à l'arbitrage national. Toutefois, il conclut au final que cette clause n'empêchait pas le recours à l'arbitrage au titre de l'APEG. Il remarqua que les obligations découlant des traités internationaux et le droit de les faire appliquer par le biais des procédures fixées dans ces traités ont, dans l'ordre juridique international, une place différente des droits découlant des lois nationales. Selon lui, il n'existait pas de preuve claire ou formelle suggérant que Nissan avait renoncé à

<sup>1</sup> <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/90>



ses droits au titre de l'APEG en acceptant la clause de règlement des différends du protocole.

Le tribunal rejeta également l'objection alternative de l'Inde portant sur la clause parapluie, et affirma que le texte du traité ne suggérait pas l'existence d'une telle exception en faveur des clauses d'élection de for des contrats signés par les gouvernements provinciaux.

#### Les recours de Nissan n'étaient pas prescrits

L'Inde arguait également que le tribunal n'avait pas compétence puisque Nissan n'avait pas présenté ses recours avant l'expiration du délai de prescription de trois ans imposé par l'article 96(9) APEG. Nissan contra que différents délais de prescription s'appliquaient à ses recours TJE et fondés sur la clause parapluie, et donc qu'il était clair qu'aucun de ses recours n'était prescrit.

Le tribunal rejeta l'objection de l'Inde. Il accepta les faits présentés par Nissan, mais seulement aux fins d'examiner cette objection, et conclut que les recours de Nissan n'étaient pas prescrits.

#### Report de l'examen des mesures fiscales

L'Inde arguait également que les recours de Nissan portaient sur des « mesures fiscales », qui étaient exclues de la compétence du tribunal en vertu de l'article 10(1) APEG. Le tribunal reporta toutefois l'examen de cette objection, considérant qu'il ne disposait pas de suffisamment d'informations pour trancher cette question à l'étape préliminaire.

*(Note de l'éditeur : par la suite, Nissan a retiré ses recours au titre de l'APEG, après avoir atteint un accord confidentiel de règlement avec le GoTN en mai 2020<sup>2</sup>).*

*Remarques:* le tribunal était composé de Jean E. Kalicki (présidente nommée par la CPA, des États-Unis), de Kaj Hobér (nommé par la demanderesse, de Suède) et de Jagdish Singh Khehar (nommé par le défendeur, de l'Inde). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf>. Les parties ont conclu un accord de règlement de ce différend et la procédure a été close.

**Sarthak Malhotra** est un avocat indien basé à New Delhi, en Inde.

## Rejet de tous les recours dans l'affaire contre le Canada relative aux télécommunications : les modifications de l'environnement réglementaire n'ont pas violé le TJE

Global Telecom Holding S.A.E. c. Canada, Affaire CIRDI n° ARB/16/16

#### Anna Sands

Global Telecom Holding (GTH), une société par action enregistrée en Égypte, avait pénétré le marché canadien des télécommunications en investissant dans une entreprise canadienne. À l'époque, le Canada cherchait à ouvrir le marché des télécommunications à de nouveaux opérateurs dans le but de favoriser la concurrence. GTH arguait que le Canada avait manqué à son obligation de lui accorder, entre autres, un traitement juste et équitable et la protection et sécurité intégrales, car l'environnement réglementaire du pays changeaient constamment, et était défavorable aux investisseurs étrangers.

Le tribunal rejeta tous ces recours sur le fond, à l'exception d'un recours fondé sur le traitement national, qui, d'après le tribunal, ne relevait pas de sa compétence. Il ordonna aux parties de payer les coûts de l'arbitrage à part égale, et leurs propres frais et dépenses juridiques.

#### Le contexte et les recours

En 2007, le marché canadien des télécommunications était fortement concentré, principalement partagé entre trois opérateurs (les opérateurs historiques). La mise aux enchères d'une bande de spectre pour de nouveaux services sans fil évolués (SSFE) était l'opportunité d'ouvrir le marché à de nouveaux opérateurs. À cette fin, le gouvernement alloua une portion du spectre aux nouveaux opérateurs, et imposa une restriction sur le transfert des licences aux opérateurs historiques pendant cinq ans, exigeant l'approbation du ministère pertinent pour tout transfert de licence.

GTH conclut divers accords d'investissement avec des entreprises canadiennes au titre desquels elle acceptait d'avancer les fonds pour les licences, et de les confier à Wind Mobile. Au titre des lois canadiennes relatives à la propriété et au contrôle, GTH, en tant qu'investisseur étranger, ne pouvait pas détenir plus de 20 % des actions à droit de vote de Wind Mobile. Les accords d'investissement donnaient toutefois à GTH le droit de prendre le contrôle de Wind Mobile si la législation était par la suite assouplie.

En 2012, la législation fut amendée pour exempter les

<sup>2</sup> Shah, A & Varadhan, S. (2020, 28 mai). Reuters <https://www.reuters.com/article/us-nissan-india-arbitration-exclusive/exclusive-nissan-settles-dispute-with-indian-state-over-unpaid-dues-sources-idUSKBN2342AR>



opérateurs détenant moins de 10 % des parts de marché des restrictions relatives à la propriété étrangère. Mais le transfert des actions à droit de vote restait assujéti à un examen et à l'obtention d'une approbation au titre de la Loi canadienne sur l'investissement, qui exigeait l'examen des investissements réalisés par des étrangers et pouvant porter atteinte à la sécurité nationale. La demande de GTH d'acquisition du contrôle de Wind Mobile était assujéti à cet examen .

Dans les années suivants la mise aux enchères des SSFE, le Canada s'inquiéta d'une nouvelle consolidation du marché au terme de la restriction de cinq ans. Il adopta donc de nouvelles politiques, telles que le Cadre de 2013, qui indiquait que l'examen des demandes de transfert de licences inclurait, entre autres facteurs, la concentration de la propriété du spectre lié à ces licences.

GTH lança un arbitrage auprès du CIRDI en 2016, arguant qu'en modifiant le cadre réglementaire et le processus d'examen, le Canada avait violé les normes du traitement national, du traitement juste et équitable (TJE) et de la protection et la sécurité intégrales (PSI), entre autres.

#### L'exception à la clause du traitement national est interprétée de manière large (mais Gary Born n'est pas d'accord)

Le tribunal considéra que si le TBI Canada-Égypte contenait une obligation de traitement national, l'affaire relevait de l'une des exceptions prévues par le TBI, et ne relevait donc pas de la compétence du tribunal. Les exceptions apparaissaient à l'article IV(2)(d) du TBI, qui précise que les obligations de traitement national des parties « ne s'appliquent pas : [...] au droit de chacune des parties d'apporter ou de maintenir des exceptions pour les secteurs ou questions apparaissant dans la liste en annexe du présent accord ». L'annexe (dans CL-001) indique :

1. Conformément à l'article IV, sous-paragraphe 2(d), le Canada réserve le droit d'apporter ou de maintenir des exceptions dans les secteurs et questions ci-dessous :

- a. Les services sociaux (c.-à-d. l'application du droit public ; les services correctionnels ; la sécurité des revenus et les assurances ; la sécurité ou l'assurance sociale ; le bien-être social ; l'éducation publique ; la formation publique ; la santé et les services de garde d'enfants) ;
- b. Les services de tout autre secteur ;
- c. Les titres publics, tels que décrits dans la CTI 8152 ;
- d. Les prescriptions de résidence s'agissant de la

propriété des terres bordant l'océan ;

e. Les mesures de mise en œuvre de l'Accord signé avec les Territoires du Nord-ouest et de l'Accord pétrolier-gazier signé avec le Yukon.

Dans son opinion divergente, Gary Born contestait cette interprétation, et arguait que le TBI donnait en effet au Canada le droit d'imposer d'autres exceptions à l'application de la norme, mais qu'il fallait pour cela mener à bien d'autres procédures, ce que le Canada n'avait pas fait.

#### Conformément à l'affaire *Vivendi*, le traitement juste et équitable accorde une protection plus importante que la norme minimale de traitement requise par le droit coutumier

GTH arguait que le Canada avait violé le TJE en (a) adoptant le Cadre 2013, qui avait eu pour effet d'empêcher GTH de vendre Wind Mobile à un opérateur historique, et (b) en assujéti GTH à un examen arbitraire relatif à la sécurité nationale qui ne respectait pas la procédure établie, entre autres.

Le tribunal accepta l'interprétation de la norme TJE par GTH, mais conclut que les faits de l'affaire ne la violaient pas. Il conclut que la norme était beaucoup plus large que la norme minimale de traitement requise par le droit coutumier, rejetant l'argument du Canada et faisant référence aux approches des tribunaux des affaires *Vivendi c. Argentine* et *CMS c. Argentine* (para 482).

#### Une modification du cadre réglementaire visant à tenir compte de l'évolution du marché et qui n'est pas arbitraire ou ne cible pas l'investisseur ne constitue pas une violation du TJE

D'après le tribunal, le Cadre de 2013 ne violait pas le TJE. Suivant les approches des affaires *EDF c. Roumanie* et *SARL c. Espagne*, une modification du cadre juridique cherchant à refléter l'évolution du marché, qui n'est pas arbitraire et ne cherche pas à nuire à l'investisseur, ne viole pas la norme (para. 563). En outre, pour qu'une mesure soit jugée arbitraire, elle devrait être fondée sur un « excès de discrétion, de biais ou de préférence personnelle, et adoptée pour des raisons différentes de celles énoncées par le décideur » (citant *Crystalex c. Venezuela*) (para 561). Le tribunal conclut que, puisque l'objectif du Cadre de 2013 était de rendre le marché plus compétitif, en conformité avec la mise aux enchères préalable des SSFE, le cadre n'était pas arbitraire.

La norme de la procédure légale établie est respectée lorsque le sujet d'une enquête a la possibilité de se défendre de manière équitable



Selon le tribunal, l'examen relatif à la sécurité nationale ne violait pas le TJE. Le tribunal analysa si l'examen avait été mené conformément à la procédure établie, de manière non-arbitraire, raisonnable et transparente, critères du TJE. S'agissant de la procédure établie, le tribunal considérait que cette norme « devait être jugée comme satisfaite lorsque le sujet d'une enquête se voit accorder une juste possibilité de présenter ses arguments en lien avec des questions immédiatement déterminées, et que cette possibilité est accordée suffisamment de temps avant la prise d'une décision administrative fondée sur des facteurs objectifs et vérifiables, et après une période appropriée, sans hâte » (para. 608). Il détermina que puisque le Canada avait accordé à GTH une opportunité appropriée de se défendre, il n'avait pas violé la procédure établie.

La norme de la protection et sécurité intégrales va au-delà de la seule protection physique, et exige de l'État qu'il agisse avec « la diligence due »

GTH prétendait que la protection et la sécurité de son investissement avaient été violées par les changements apportés au cadre réglementaire et les examens auxquels son investissement avait été soumis. Suivant son analyse de la norme TJE, le tribunal accepta l'interprétation de la norme par GTH, mais conclut qu'en l'espèce, elle n'avait pas été violée. Il était d'accord avec le fait que la norme ne se limite pas à la protection contre les interférences physiques de l'État, mais inclut également la protection juridique de l'investissement. La PSI exige également de l'État qu'il agisse avec « la diligence due » pour satisfaire cette obligation (para. 662).

*Remarques* : le tribunal était composé du Professeur Georges Affaki (président nommé par les parties, Franco-syrien), de M. Gary Born (nommé par le demandeur, des États-Unis), et du Professeur Vaughan Lowe (nommé par le défendeur, de Grande-Bretagne). La décision du 27 mars 2020 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11434.pdf>

**Anna Sands** est une étudiante en Master en études en développement à l'Université d'Oxford. La recherche qu'elle mène dans le cadre de son Master se centre sur les effets empiriques de l'arbitrage des investissements sur les choix politiques des gouvernements. Elle détient une licence en droit français de l'Université d'Oxford.

## Un tribunal CNUDCI rejette les recours de l'entreprise allemande de leasing d'avions contre la République tchèque tout en affirmant sa compétence sur le différend intra-UE

A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG c. République tchèque, Affaire CPA n° 2017-15

### Sujoy Sur

Dans une décision du 11 mai 2020, un tribunal CNUDCI examinait les recours lancés par la société allemande en nom collectif à responsabilité limitée, A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG (AMF), au titre du TBI Allemagne-République tchèque contre la Tchéquie, et fondés sur les actions menées par les administrateurs judiciaires et les tribunaux du pays. Le tribunal y rejetait les recours de l'investisseur fondés sur l'expropriation au titre de l'article 4(2), la violation de la norme de traitement juste et équitable au titre de l'article 2(1), la violation de la norme de protection et sécurité intégrales par le défendeur au titre de l'article 2(3) et sur l'adoption de mesures arbitraires ou discriminatoires au titre de l'article 2(2).

### Le contexte et les recours

M. Václav Fischer, un entrepreneur allemand né en République tchèque, détenait une part majoritaire dans AMF et A.V.F. Aircraftleasing Václav Fischer GmbH & Co. KG, (AVF). M. Fischer était également le fondateur de Fischer Air s.r.o. (Fischer Air). En 1997, la banque HSH Nordbank (HSH) finança l'achat par AMF et AVF de deux avions (l'avion 1 pour AMF et l'avion 2 pour AVF), et conclut également des accords de prêts distincts avec M. Fischer et M. Meier pour l'avion 1, et seulement avec M. Fischer pour l'avion 2. Peu après, Fischer Air vendit l'avion 1 à AMF et l'avion 2 à AVF par le biais de conventions d'achat, et AMF et AVF louaient toutes deux les avions à Fischer Air au mois. En 2003, compte tenu de difficultés financières, M. Fischer vendit Fischer Air à M. Kárel Komarek et perdit peu après sa part majoritaire dans l'entreprise, que M. Komarek rebaptisa Charter Air. En 2004, AVF et AMF fusionnèrent.

En mars 2005, M. Fischer se déclara en faillite personnelle en Allemagne, déclenchant une procédure d'insolvabilité. Toutefois, en février 2005, Atlantik IB, l'entreprise de M. Komarek déposa une demande d'insolvabilité involontaire contre M. Fischer en République tchèque, et en avril 2005, le tribunal municipal lança une procédure d'insolvabilité à son encontre. Les avions détenus par AMF furent inclus dans la procédure d'insolvabilité en Tchéquie. Le





demandeur et Charter Air contestèrent cette inclusion, mais lorsque la cour tchèque conclut définitivement pour l'exclusion des avions, ceux-ci étaient détériorés et leur valeur avait considérablement baissé, et ils furent vendus à un prix très bas en 2010. Après l'échec de sa demande de réparation auprès des cours tchèques, la demanderesse AMF lança un arbitrage contre la Tchéquie au titre du règlement de la CNUDCI.

La Commission européenne présenta un dossier d'*amicus curiae* relatif à la question de la compétence en tant que partie non contestante à la procédure.

### La décision de la CJUE sur *Achmea* et la Déclaration ultérieure de janvier ne s'appliquent pas

Le défendeur s'opposait à la compétence du tribunal, affirmant que compte tenu de la [décision sur \*Achmea\*](#), le tribunal n'avait pas compétence sur le différend puisque ce dernier était fondé sur un TBI intra-UE. Il arguait en outre que la Déclaration des représentants des gouvernements des États membres du 15 janvier 2019<sup>1</sup> (la Déclaration de janvier) constituait un argument supplémentaire à l'article 31 CVDT puisque l'ensemble des membres de l'UE a déclaré que les clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-UE étaient inapplicables. Dans son dossier d'*amicus curiae*, la CE affirmait que la Déclaration de janvier, résultant de la décision sur *Achmea* avait entraîné l'abrogation partielle du TBI pertinent au titre de l'article 59 CVDT.

Toutefois, le tribunal divergea, et affirma avoir compétence sur l'affaire, puisque l'article 10 du TBI constitue une offre explicite d'arbitrage. Par ailleurs, selon le tribunal, la Déclaration de janvier n'était qu'une simple déclaration indiquant la volonté politique des États membres de se conformer à la décision sur *Achmea*. Le tribunal conclut en outre que la Déclaration de janvier ne représentait pas un accord ultérieur sur les différends découlant de TBI intra-UE au titre des articles 31(2) et (3) CVDT, et que l'on ne pouvait affirmer que le TBI avait été résilié au titre des articles 30 et 59 CVDT sur la base de la Déclaration de janvier. Par ailleurs, même si l'on reconnaissait qu'elle constituait un accord ultérieur, elle ne peut s'appliquer de manière rétroactive au moment où la République tchèque est devenue membre de l'UE.

Le tribunal conclut que le droit européen est un ordre juridique régional, et que la décision de la CJUE sur *Achmea*, qui est une cour de ce sous-système juridique régional, n'est pas contraignante pour le tribunal qui relève de l'ordre juridique international. Il détermina par ailleurs

que la décision sur *Achmea* n'invalide pas automatiquement l'article 10 du TBI, puisque les procédures visant l'invalidation d'un traité au titre de la CVDT, fixées aux articles 46 à 53, n'avaient pas été respectées. La prétendue incompatibilité entre l'article 10 du TBI et les articles 267 et 344 du TFUE ne constitue pas une violation manifeste du droit interne, condition fixée à l'article 46(2) CVDT.

Le tribunal rejeta ensuite plusieurs autres obstacles à la compétence soulevés par le défendeur. D'abord, le tribunal rejeta l'argument du défendeur selon lequel il n'avait pas compétence *rationae personae* puisque le demandeur n'était pas enregistré en Allemagne, au motif que le demandeur ne menait pas réellement d'activités commerciales dans le pays depuis son siège social de Hambourg. Le tribunal conclut au contraire que le demandeur était une entreprise menant toutes ses activités en Allemagne et ayant réalisé un investissement en République tchèque en achetant les avions à Fischer Air. S'agissant de sa compétence *rationae materiae*, que le défendeur contestait au motif que les investissements du demandeur n'étaient pas couverts par le TBI, le tribunal affirma que les conventions de location des avions avaient été conclues par le demandeur sur le long-terme (30 ans) et que l'investissement consistait à placer un actif générateur de revenu soumis à plusieurs risques en République tchèque, et donc que l'investissement du demandeur respectait les critères ordinaires de « l'investissement » tels que formulés par le tribunal de l'affaire *Romak c. Ouzbekistan*, et donc qu'il était protégé par le TBI.

### Les actions des curateurs de faillite et des tribunaux sont attribuables à la République tchèque

Le défendeur arguait que les actes des curateurs de faillite ne pouvaient être attribués à la République tchèque au titre des Articles 4, 5 et 8 sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite (ARSIWA en anglais)<sup>2</sup>. Le tribunal fut d'avis qu'indépendamment de l'article 4 ARSIWA, les actes des curateurs de faillite sont attribuables à la République tchèque en vertu de l'article 5 ARSIWA, puisqu'ils agissaient en tant qu'agents du pays dans la réalisation de leur fonction publique. Le tribunal conclut toutefois que puisqu'ils avaient réalisé ces fonctions sans instructions spécifiques de l'État, il n'y avait pas de « contrôle général » permettant d'attribuer à la République tchèque l'incapacité des tribunaux à prévenir les actes des curateurs.

### Les actes des curateurs de faillite et des tribunaux tchèques ne violent pas le TBI

S'agissant de la responsabilité, le demandeur mit en avant plusieurs arguments attribuant la conduite du

<sup>1</sup> [https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties\\_fr](https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_fr) (en anglais et en français dans le même document)

<sup>2</sup> <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83>



tribunal tchèque des faillites à l'État, arguant qu'ils constituaient une violation du TBI. S'agissant de la saisie des avions, le tribunal détermina que le demandeur n'avait pas prouvé que le curateur avait agi de mauvaise foi et en violation de la loi tchèque en décidant de saisir les avions et de les inclure dans le patrimoine du failli de M. Fischer. Puisque le demandeur n'avait pas justifié, à plusieurs reprises, auprès des tribunaux tchèques sa demande d'exclusion des avions, le tribunal détermina que le demandeur était dans l'incapacité de démontrer que les tribunaux avaient manqué à leur devoir de supervision au titre de la loi.

Le demandeur arguait également que les curateurs de faillite et les tribunaux n'avaient rien fait pour empêcher la dégradation des avions. Le tribunal pris note du fait que les curateurs avaient tenté à plusieurs reprises de louer les avions mais les négociations avaient échoué à diverses étapes, du fait de la banque du demandeur, HSH, et du demandeur lui-même qui refusaient de donner leur accord pour la location des avions, entraînant un manque de fonds pour la maintenance et l'assurance des avions contre leur détérioration progressive. C'est pourquoi le tribunal détermina que le demandeur n'avait pas suffisamment étayé ses arguments selon lesquels le curateur avait violé ses obligations et les tribunaux tchèques avaient manqué à leur devoir de supervision.

S'agissant du retard dans la vente des avions entraînant un faible prix de vente, le tribunal détermina, d'une part, que la vente des avions avait été menée conformément aux règles et prescriptions de la loi tchèque, et d'autre part, que le curateur avait réalisé ses fonctions sans tarder, informant le demandeur d'une possible vente et obtenant son consentement. Le tribunal détermina par ailleurs que les tribunaux tchèques avaient statué sans délais sur les recours présentés par le demandeur contre la procédure de faillite, et donc que la période de temps entre la saisie et la vente des avions n'équivalait pas à une expropriation. Le tribunal considéra que, dans l'ensemble, les actes des curateurs de faillite étaient conformes à leurs obligations juridiques au titre du droit tchèque, et menés sans mauvaise foi.

S'agissant du recours fondé sur l'expropriation, le tribunal conclut, s'appuyant sur les décisions rendues dans les affaires *Saluka et Binder*, que le séquestre temporaire des avions au cours d'une procédure légitime de faillite ne pouvait être considéré comme une expropriation. Le demandeur n'avait pas réussi à démontrer que le séquestre avait été mené de mauvaise foi ou que la différence dans la valeur des avions entre la date de leur saisie et celle de leur vente légale constituait une expropriation.

Ensuite, le tribunal accepta l'argument du demandeur selon lequel l'obligation d'accorder la protection et sécurité intégrales (PSI) va au-delà de la seule protection physique, et inclut la sécurité juridique, mais il conclut que la République tchèque avait respecté son obligation de diligence en ayant un système judiciaire fonctionnel, utilisé à de multiples reprises par le demandeur en réparation de ses préjudices. Il affirma par ailleurs que la loi tchèque sur les faillites n'est pas en-deçà des normes du droit international puisqu'elle accorde la PSI aux investisseurs, et donc que les actions du pays ne constituaient pas une violation de la norme PSI au titre du TBI.

Le demandeur avait également mis en avant une violation de l'obligation TJE fondée sur un déni de justice, une violation de ses attentes légitimes, et un traitement arbitraire et discriminatoire de la part des tribunaux et curateurs de faillites tchèques. Le tribunal conclut que le demandeur n'avait réussi à étayer aucune de ses allégations fondées sur les mêmes faits sous-tendant prétendument d'autres violations du TBI. S'agissant de savoir si la loi tchèque respectait ou non la norme TJE au titre du droit international, le tribunal affirma que le demandeur n'avait pas réussi à démontrer l'existence d'autres normes pratiques qui incluraient une obligation supplémentaire pour l'État de garantir l'entière réparation effective en cas de détérioration d'actifs impliqués dans des batailles juridiques acharnées, et de rendre les actifs intacts au propriétaire ultime, même lorsque le patrimoine du failli ne dispose pas de fonds suffisants pour retarder la détérioration.

Compte tenu de ses conclusions, le tribunal rejeta l'ensemble des recours fondés sur des violations de l'article 4(2) sur l'expropriation, de l'article 2(1) sur la norme du TJE, de l'article 2(3) sur la PSI et de l'article 2(2) sur les mesures non arbitraires ou discriminatoires du TBI.

Le tribunal décida que les parties payeraient à part égale les coûts de la procédure d'arbitrage, et que chacune payerait ses propres frais juridiques.

*Remarques* : le tribunal était composé de Pierre Tercier (arbitre-président, de Suisse), de Stanimir Alexandrov (nommé par le demandeur, de Bulgarie) et de Jean Kalicki (nommée par le défendeur, des États-Unis). La décision du 11 mai 2020 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11589.pdf>

**Sujoy Sur** est associé chez Trilegal, New Delhi, Inde.



## Un comité d'annulation du CIRDI annule la décision dans l'affaire *Eiser c. Espagne*, aux motifs de vice dans la constitution du tribunal, et inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure

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

### Maria Bisila Torao

Le 11 juin 2020, un comité ad hoc du CIRDI a annulé une décision dans sa totalité en raison d'une inobservation grave des règles fondamentales de procédure. Le comité a déterminé que la non divulgation de certaines informations a compromis l'impartialité et l'indépendance de l'un des arbitres, Stanimir Alexandrov, représentant un vice dans la constitution du tribunal et une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure.

### La décision de l'affaire *Eiser c. Espagne*

La décision porte sur un différend enregistré auprès du CIRDI au titre du TCE. Au titre de cette décision rendue le 4 mai 2017 par un panel de trois arbitres composé du Professeur John R. Crook, de Stanimir A. Alexandrov, et du Professeur Campbell McLachlan, le tribunal avait ordonné à l'Espagne de verser des dommages au demandeur pour la violation de la norme TJE au titre de l'article 10(1) du TCE. Le tribunal avait accordé 128 millions EUR de dommages à Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg S.à r.l., (collectivement, « Eiser »)<sup>1</sup>.

### La procédure en annulation

*Les raisons invoquées par l'Espagne pour demander l'annulation*

L'Espagne a présenté plusieurs arguments pour demander l'annulation de la décision. Elle arguait qu'en l'espèce, « une impression manifeste de biais » découlait de la relation de longue date entre Alexandrov et le groupe Brattle, en particulier son employé, M. Lapuerta<sup>2</sup>, et du fait qu'Alexandrov n'avait pas divulgué sa relation avec Brattle et cet employé spécifique (Brattle est une entreprise offrant des services de témoignages d'experts et d'évaluation des dommages dans les procédures internationales d'arbitrage).

Même si l'Espagne avait présenté plusieurs motifs d'annulation de la décision arbitrale, le comité n'examina que la relation entre Alexandrov et Brattle, et chercha à déterminer dans quelle mesure cette relation constituait un vice dans la constitution du tribunal et une inobservation grave des règles fondamentales de la procédure arbitrale. Le comité déclara l'annulation de la décision arbitrale et indiqua qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les autres motifs d'annulation présentés par l'Espagne (para. 256).

### Vice dans la constitution du tribunal

*Le tribunal interprète l'article 52(1)(a) de la Convention du CIRDI*

Eiser arguait qu'au titre de l'article 52(1)(a) de la Convention du CIRDI, une décision ne peut être annulée que si la procédure de constitution du tribunal n'a pas été suivie au début de la procédure (para. 63). Le comité rejeta cette approche, concluant qu'aux fins de déterminer si le tribunal avait été correctement constitué, l'article 52(1)(a) devait être interprété à la lumière du contexte, de l'objet et du but du traité, qui habilite le comité à examiner si « les membres du tribunal étaient et restent (et étaient perçus comme étant/restant) impartiaux et indépendants tout au long de la procédure » (para. 178).

Après avoir conclu que l'examen mené au titre de l'article 52(1)(a) s'appliquait aux situations où un arbitre aurait manqué d'impartialité et d'indépendance à tout moment au cours de l'arbitrage, le comité s'efforça de déterminer la norme applicable à établir dans le cas où une décision devait être annulée au titre de cet article.

Le comité conclut que le « vice dans la constitution » d'un tribunal au titre de l'article 52 (1)(a) n'empêchait pas le comité d'évaluer si la procédure visant la constitution du tribunal avait été correctement suivie au début de l'arbitrage, puisque l'examen au titre de l'article 52 (1)(a) inclue les situations où un arbitre aurait manqué d'impartialité et d'indépendance à tout moment au cours de l'arbitrage.

### Le test en trois étapes

Pour examiner l'absence alléguée d'indépendance, le comité appliqua le test en trois étapes adopté par le comité de la décision d'annulation dans l'affaire *EDF c. Argentine* :

1. L'Espagne avait-elle renoncé à son droit de demander l'annulation en n'agissant pas suffisamment rapidement ?

<sup>1</sup> Voir la décision arbitrale, affaire CIRDI n° ARB/13/36, disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf>

<sup>2</sup> M. Lapuerta, le directeur de Brattle, a servi en tant qu'expert en matière d'analyse économique et d'évaluation financière dans l'arbitrage *Eiser c. Espagne*. Voir la décision arbitrale, *supra note 1*.



2. Dans le cas contraire, la partie demandant l'annulation a-t-elle établi qu'un tiers conclurait à une absence flagrante ou manifeste d'impartialité ou d'indépendance de la part d'un arbitre en menant une évaluation raisonnable des faits de l'affaire (la norme *Blue Bank*) ? Et,
3. Si oui, l'absence manifeste d'impartialité ou d'indépendance de la part de cet arbitre aurait-elle pu avoir des effets matériels sur la décision (para. 180) ?

Eiser arguait que l'Espagne avait renoncé à son droit de contester la relation entre Alexandrov et Brattle car le pays aurait dû en avoir connaissance puisque cette relation était publique avant que la décision arbitrale ne soit rendue. Le comité rejeta cet argument, et expliqua que rien ne permettait de prouver que l'Espagne en avait connaissance. Il remarqua également qu'« une renonciation claire et sans équivoque » est nécessaire pour renoncer à un droit si fondamental qu'il relève du fondement-même de la constitution régulière du tribunal. Selon le comité, « [u]ne telle renonciation ne peut être établie sans preuve que la partie concernée a connaissance avérée ou supposée de l'ensemble des faits » (para. 190).

S'agissant de la deuxième étape, le comité devait ici déterminer si la norme de la récusation était satisfaite. Pour ce faire, le comité adopta la norme de l'affaire *Blue Bank c. Venezuela* qui stipule que la norme pertinente est objective, et « fondée sur une évaluation raisonnable des preuves par un tiers » (para. 206). Selon le comité, en menant une évaluation objective des faits de l'affaire, un tiers aurait conclu à un biais évident ou manifeste. Il conclut en outre qu'Alexandrov aurait dû divulguer sa relation avec Brattle, et en particulier avec M. Lapuerta, suite à une évaluation objective des multiples liens et interactions professionnels entre eux.

Ainsi, le comité conclut que la relation entre Alexandrov et M. Lapuerta donnait lieu à une impression manifeste de biais, et donc qu'Alexandrov avait l'obligation de divulguer sa relation avec M. Lapuerta (para 220 à 228).

### Le tribunal interprète l'article 52(1)(d) de la Convention du CIRDI

Finalement, le comité examina s'il y avait eu une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, et le degré de gravité d'une telle inobservation au titre de l'article 52(1)(d). Le comité conclut que l'absence de divulgation privait l'Espagne de l'opportunité de récuser Alexandrov au cours de la procédure d'arbitrage. Cela constituait une inobservation

d'une règle fondamentale de procédure, qui affectait le droit de l'Espagne à une procédure équitable et à être entendue par un juge indépendant et impartial.

En outre, après examen de la décision arbitrale, le comité ne trouva aucun élément indiquant que le rapport sur les dommages présenté par M. Lapuerta n'avait eu aucun effet matériel sur le raisonnement ou les conclusions sous-tendant la décision puisque la modélisation des dommages proposée par M. Lapuerta avait été adoptée dans sa totalité par le tribunal arbitral. Le comité nota aussi que compte tenu de la nature même des délibérations, au cours desquelles les arbitres échangent leurs points de vue avant de rendre leur décision, « il ne serait pas prudent d'affirmer que les opinions d'Alexandrov et son analyse n'auraient pu avoir aucun poids matériel sur les opinions des autres arbitres » (para. 246 et 247).

### La décision arbitrale est annulée en totalité

Le comité conclut que le fait qu'Alexandrov n'ait pas divulgué ces éléments importants aurait pu avoir un effet matériel sur la décision arbitrale. Aussi, l'absence de divulgation constituait une violation grave exigeant l'annulation de la décision au titre des clauses (a) et (d) de l'article 52(1). Contrairement aux arguments d'Eiser, le comité considéra qu'il ne disposait pas du pouvoir discrétionnaire de décider de ne pas annuler la décision même si les conditions de l'article 52 étaient respectées (para. 254), adoptant l'approche du comité d'annulation de l'affaire *Pey Casado*, qui avait conclu qu'il ne disposait pas du pouvoir discrétionnaire de décider de ne pas annuler une décision lorsqu'une inobservation grave d'une règle fondamentale était établi.

*Remarques* : le comité *ad hoc* était composé du Professeur Ricardo Ramírez Hernández (président, du Mexique), de M. Makhdoom Ali Khan (membre, du Pakistan) et du juge Dominique Hascher (membre, de France). La décision en annulation du 11 juin 2020, est disponible en anglais sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11591.pdf>, et en espagnol sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11592.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.





## RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

### RESSOURCES

#### Échanges internationaux, investissement et les objectifs de développement durable, World Trade Forum

Par Cosimo Bevarelli, Jürgen Kurtz et Damien Raess, publié par Cambridge University Press (octobre 2020)

Cet ouvrage examine les manières dont les échanges internationaux et les régimes d'investissement peuvent contribuer à atteindre les ODD, ou au contraire les entraver. Disponible [ici](#).

#### La recevabilité des recours des actionnaires au titre des traités d'investissement

Par Gabriel Bottini et Uría Menéndez, publié par Cambridge University Press (septembre 2020)

Cet ouvrage examine la recevabilité des recours d'actionnaires au titre des traités d'investissement et propose des critères spécifiques de recevabilité. Disponible [here](#).

#### L'après Covid-19 : les agences de promotion de l'investissement et la « nouvelle normalité » (CNUCED)

<https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2819>

#### Introduction au symposium : concentrer les voix du sud mondial sur la réforme du règlement des différends investisseur-État : un débat

Par James Thuo Gathii et Olabisi D. Akinkugbe (Afronomics Law)

<https://www.afronomicslaw.org/2020/09/07/symposium-introduction-centering-voices-from-the-global-south-on-investor-state-dispute-settlement-reform-a-debate/>

#### Flexibilité et innovation dans le droit économique international : renforcer l'état de droit, l'inclusivité et la résilience en tant de pandémie de Covid-19

Katrin Kulhmann (Afronomics Law)

<https://www.afronomicslaw.org/2020/08/27/flexibility-and-innovation-in-international-economic-law-enhancing-rule-of-law-inclusivity-and-resilience-in-the-time-of-covid-19/>

#### Asymétries dans les régimes commerciaux et d'investissement en tant de pandémie de Covid-19 et au-delà : réflexions sur la marginalisation des gouvernements sous-nationaux et la résistance au sein des structures de gouvernance des échanges et de l'investissement

Ohio Omiuno (Afronomics Law)

<https://www.afronomicslaw.org/2020/08/26/asymmetries-in-trade-and-investment-regimes-in-the-age-of-covid-19-and-beyond-a-reflection-on-subnational-government-marginalisation-and-resistance-within-the-trade-and-investment-governance-structur/>

#### L'hégémonie dans le droit international de l'investissement : connaissances de base

Jean Ho (Afronomics Law)

<https://www.afronomicslaw.org/2020/09/09/hegemony-101-in-international-investment-law/>



## ÉVÈNEMENTS 2020

### 9 octobre 2020

**Équilibrer la réponse des États et la protection des investisseurs étrangers dans un monde (de l'après) en pandémie.** 14:00-17:30 CET

<https://www.transnational-dispute-management.com/news/20201009.pdf>

Inscriptions par email à  
[credimi.secretariat@u-bourgogne.fr](mailto:credimi.secretariat@u-bourgogne.fr)

### 22 octobre 2020

**Webinaire et lancement d'un ouvrage : la médiation dans les différends internationaux relatifs à l'investissement.** 14:00-16:00 CET

[https://www.eventbrite.co.uk/e/webinar-and-book-launch-mediation-in-international-investment-disputes-registration-116997297065?utm\\_campaign=post\\_old\\_publish&utm\\_medium=email&utm\\_source=eventbrite&utm\\_content=shortLinkViewMyEvent](https://www.eventbrite.co.uk/e/webinar-and-book-launch-mediation-in-international-investment-disputes-registration-116997297065?utm_campaign=post_old_publish&utm_medium=email&utm_source=eventbrite&utm_content=shortLinkViewMyEvent)



© 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 Zoe Phillips Williams à [zoe.williams@iisd.net](mailto:zoe.williams@iisd.net)

**Pour souscrire à ITN, veuillez vous rendre à la page: [www.iisd.org/itn/subscribe](http://www.iisd.org/itn/subscribe)**



**Investment Treaty News**



**IISD**

International Institute for Sustainable Development