



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



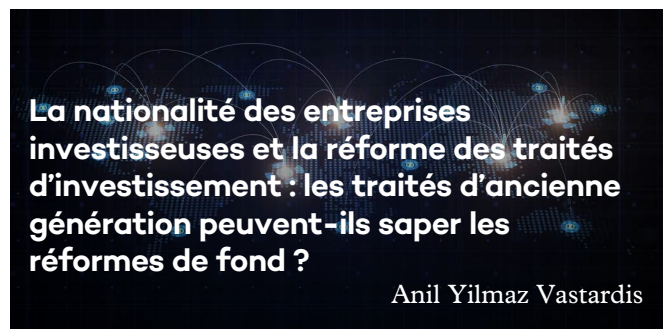
**Harmoniser les droits des multinationales au titre des Allavec la responsabilité civile délictuelle de leurs filiales**  
Pablo Augustín Escobar Ullauri



**Le régime des traités d'investissement promeut-il une bonne gouvernance ? L'exemple de l'industrie minière à Santurbán, en Colombie**  
Anna Sands



**Le retour du filtrage des investissements en tant qu'outil politique**  
Jonathan Bonniticha



**La nationalité des entreprises investisseuses et la réforme des traités d'investissement : les traités d'ancienne génération peuvent-ils saper les réformes de fond ?**  
Anil Yilmaz Vastardis



**Les négociations du traité contraignant sur les droits humains du point de vue du droit international des investissements**  
Joe Zhang



**Les déclarations interprétatives sont-elles les instruments les mieux à même de lever les incertitudes ? L'exemple du TBI Colombie-France et de l'ALE Colombie-Israël**  
Carolina Olarte-Bacares, Enrique Prieto-Rios et Juan P. Pontón-Serra



**Intégrer la responsabilité sociale des entreprises au droit des traités d'investissement et à la pratique de l'arbitrage : progrès ou solution utopique ?**  
David Lark et A. Claire Cutler





# Sommaire

<b>ARTICLE 1</b> Harmoniser les droits des multinationales au titre des Allavec la responsabilité civile délictuelle de leurs filiales.....	4
<b>ARTICLE 2</b> Le retour du filtrage des investissements en tant qu'outil politique .....	8
<b>ARTICLE 3</b> Les déclarations interprétatives sont-elles les instruments les mieux à même de lever les incertitudes ? L'exemple du TBI Colombie-France et de l'ALE Colombie-Israël .....	12
<b>ARTICLE 4</b> Le régime des traités d'investissement promeut-il une bonne gouvernance ? L'exemple de l'industrie minière à Santurbán, en Colombie.....	16
<b>ARTICLE 5</b> La nationalité des entreprises investisseuses et la réforme des traités d'investissement : les traités d'ancienne génération peuvent-ils saper les réformes de fond ? ...	20
<b>ARTICLE 6</b> Les négociations du traité contraignant sur les droits humains du point de vue du droit international des investissements.....	24
<b>ARTICLE 7</b> Intégrer la responsabilité sociale des entreprises au droit des traités d'investissement et à la pratique de l'arbitrage : progrès ou solution utopique ? .....	27
<b>NOUVELLES EN BREF</b> .....	32
Le filtrage de l'investissement dans l'UE.....	32
Alors que les négociations relatives à la modernisation du Traité sur la Charte de l'énergie se poursuivent, la CE suggère qu'elle pourrait aussi s'en retirer .....	32
Les dirigeants des pays d'Asie-Pacifique signent le RCEP.....	33
Réunion pré-inter-session du Groupe de travail III de la CNUDCI sur le recours à la médiation dans le RDIE .....	33
Lancement de l'Accélérateur de la réforme des All.....	35
<b>SENTENCES ET DÉCISIONS</b> .....	36
Un tribunal du CIRDI rejette le recours fondé sur le déni de justice contre la République du Panama.....	36
Dans une autre affaire portant sur l'énergie contre l'Italie, un tribunal CIRDI rejette tous les recours sur le fond au motif que l'Italie a agi de manière raisonnable et dans l'intérêt public.....	37
Un tribunal du CIRDI accepte partiellement des objections à sa compétence au titre de l'Accord concernant l'encouragement et la protection des investissements Autriche-Pologne et rejette l'applicabilité de la décision sur Achmea.....	40
Un tribunal du CIRDI rejette les recours de Inter-ocean Oil Development Company et Inter-ocean Oil Exploration Company contre le Nigeria, tout en affirmant sa compétence sur les recours au titre de la seule loi nationale nigériane sur l'investissement.....	42
<b>RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS</b> .....	45

## INVESTMENT TREATY NEWS

Institut international du développement durable  
Maison internationale de l'environnement 2  
9, Chemin de Balxert, 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

# Harmoniser les droits des multinationales au titre des AII avec la responsabilité civile délictuelle de leurs filiales

Pablo Agustín Escobar Ullauri



Compte tenu de leur structure, les sociétés multinationales peuvent invoquer les AII pour protéger leurs filiales. Si elles respectent certaines conditions, les multinationales peuvent invoquer la clause de règlement des différends investisseur-État (RDIE) contenue dans un AII pertinent, et demander la réparation financière des atteintes causées à leurs filiales par les États d'accueil. Inversement, en vertu des principes de séparation des entités et de la responsabilité limitée, les multinationales peuvent tirer parti de leur structure pour écarter leur responsabilité pour les dommages causés par leurs filiales. Ce traitement contradictoire met en lumière la nécessité d'avoir une approche plus équilibrée des droits et des obligations des multinationales au titre des AII.

## Les entités sont connectées lorsqu'elles cherchent à obtenir réparation

La structure des multinationales comprend une société mère et ses filiales. La CNUCED définit une société mère comme une « entreprise qui contrôle les actifs d'autres entités basées à l'étranger »<sup>1</sup> tandis qu'une filiale est définie comme une « entreprise dans laquelle un investisseur, résident d'un autre pays, détient une part permettant un intérêt durable dans la gestion de cette entreprise »<sup>2</sup>.

L'élément central de ces définitions est le lien entre la société mère et la filiale, c'est-à-dire le contrôle que la première exerce sur la deuxième, qui est également l'une des conditions que les investisseurs doivent respecter pour pouvoir bénéficier de la protection offerte par les AII. L'accès au RDIE est limité aux ressortissants des États parties aux AII. Les personnes juridiques attestent généralement de leur nationalité grâce à leur lieu d'enregistrement. Aussi, en s'enregistrant dans l'une des parties à un AII, la société mère d'une multinationale peut satisfaire le critère de nationalité et être reconnue comme un investisseur. Pour pouvoir bénéficier de la protection des AII, les entreprises demanderesse doivent également satisfaire la définition de l'investissement protégé. Il est assez commun pour les AII de contenir une liste d'actifs considérés comme des investissements aux fins de la protection, et qui inclut généralement les entreprises.

Finalement, au titre des AII, il faut pouvoir établir l'existence d'un lien entre l'investisseur et l'investissement. Les AII exigent généralement que les investisseurs détiennent ou contrôlent l'investissement. L'une des caractéristiques principales de la structure des multinationales étant le contrôle exercé par la société mère sur ses filiales, les multinationales satisfont également ce critère et peuvent donc bénéficier de la protection des AII. Le fait que la société mère et les filiales soient des entités distinctes opérant dans des juridictions différentes, avec leurs propres statuts juridiques, est sans importance aux fins des AII ; ce qui compte c'est le lien qui les unit. Toutefois, la même logique ne s'applique pas lorsque la responsabilité civile délictuelle des filiales est engagée.

## Les entités sont déconnectées lorsque la responsabilité est engagée

Dans certains cas, les victimes de délits commis par les filiales de multinationales décident de chercher réparation auprès des tribunaux du pays de la société mère (de l'État d'origine) plutôt qu'auprès de leurs propres tribunaux nationaux. Plusieurs facteurs peuvent expliquer une telle décision, tels que les déficiences du pouvoir judiciaire de l'État d'accueil, l'existence d'un

<sup>1</sup> CNUCED (2017). Note méthodologique : rapport sur l'investissement dans le monde 2017, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, p.3, [https://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017chMethodNote\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017chMethodNote_en.pdf)

<sup>2</sup> Ibid.



régime juridique plus favorable dans le pays d'origine, et la possibilité de viser les actifs plus importants de la société mère. Toutefois, il s'est avéré très difficile d'obtenir réparation auprès des tribunaux de l'État d'origine car la plupart des juridictions respectent les principes de la séparation des entités et de la responsabilité limitée.

En s'enregistrant en tant que personnes morales au titre des lois des pays d'accueil, les filiales des multinationales deviennent des entités distinctes de leur société mère. Elles acquièrent ainsi une personnalité juridique et deviennent capables d'agir de manière indépendante, d'exercer leurs droits et de contracter des obligations. En ce sens, les principes de la séparation des entités et de la responsabilité limitée protègent les sociétés mères de toute responsabilité pouvant découler des activités de leurs filiales. Bien qu'une telle protection ne soit pas absolue, les victimes de délits doivent surmonter des obstacles juridiques significatifs si elles souhaitent faire reconnaître la responsabilité des sociétés mères.

Le premier obstacle consiste à convaincre le tribunal étranger d'affirmer sa compétence sur l'affaire. Dans les pays de common law, les multinationales objectent souvent contre la compétence civile extraterritoriale sur la base de la doctrine du forum non conveniens. D'autres objections à la compétence reposent sur les doctrines d'acte de gouvernement ou de la non-ingérence dans les affaires nationales d'autres États. Les victimes pourraient aussi connaître des difficultés pour lever le voile corporatif ou établir la responsabilité de la société mère sur ses filiales.

Aussi, en vertu des principes de séparation des entités et de la responsabilité limitée, et au titre des régimes de responsabilité de la plupart des juridictions, l'on considère que les sociétés mères et leurs filiales ne sont pas connectées, indépendamment du niveau de contrôle exercé par la société mère sur sa filiale. Compte tenu du traitement du contrôle des sociétés mères sur les filiales au titre des AII, l'on peut tout à fait envisager un scénario où une société mère invoque un AII pour protéger sa filiale, et, simultanément, invoque les principes de la séparation des entités et de la responsabilité limitée pour éviter d'être elle-même reconnue comme responsable.

C'est, dans une certaine mesure, ce qui s'est produit dans l'affaire Chevron, l'une des affaires les plus anciennes et les plus complexes impliquant des victimes de délits et la responsabilité des entreprises. En l'espèce, les tribunaux étasuniens avaient rejeté leur compétence sur l'affaire lancée par les demandeurs de Lago Agrio en

raison du principe du forum non conveniens. Toutefois, Chevron a également pu directement contester les décisions des tribunaux équatoriens connexes en invoquant le TBI Équateur-États-Unis.

Ce traitement contradictoire, au titre duquel les multinationales tirent parti des deux régimes, souligne la nécessité d'avoir une approche plus équilibrée et cohérente du lien entre les multinationales, leurs filiales et les États d'accueil.

## Les AII comme mécanismes permettant d'équilibrer les droits et les obligations des multinationales

Certaines des critiques formulées contre les AII se centraient sur leur asymétrie, puisque généralement, ils n'imposent des obligations qu'aux États d'accueil, tout en donnant aux seuls investisseurs le droit d'invoquer le RDIE. Pour répondre à ces préoccupations, certains nouveaux AII incluent des dispositions relatives à la responsabilité sociale et à la responsabilité des entreprises, et font référence aux droits des États d'accueil de lancer des demandes reconventionnelles contre l'investisseur. Par exemple, le TBI Colombie-Émirats arabes unis prévoit un mécanisme pour l'obtention du consentement d'un investisseur aux demandes reconventionnelles<sup>3</sup>. Toutefois, si le fait d'avoir un tel mécanisme est une innovation par rapport aux anciens AII, son opérabilité reste limitée car il ne peut être utilisé qu'une fois que l'investisseur a lancé une procédure d'arbitrage. Plus important encore, il n'offre pas aux victimes de voies de recours. Par exemple, dans l'affaire *Burlington c. Équateur*, bien qu'elles ne soient pas expressément prévues au titre du TBI Équateur-États-Unis, le tribunal arbitral avait accepté la demande reconventionnelle lancée par l'Équateur relative aux dommages causés par l'investisseur à l'environnement et aux infrastructures, et avait, à ce titre, ordonné à Burlington de verser 41 millions USD à titre d'indemnisation<sup>4</sup>. Toutefois, la population victime

<sup>3</sup> Accord bilatéral pour la promotion et la protection des investissements entre le Gouvernement de la République de Colombie et le Gouvernement des Émirats arabes unis. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5728/download>

<sup>4</sup> IISD, « L'Équateur se voit accorder 41 millions USD au titre de la demande reconventionnelle introduite à l'encontre de la société américaine de pétrole et de gaz Burlington Resources » (26 septembre 2017), <https://cf.iisd.net/itm/fr/2017/09/26/ecuador-awarded-41-million-counterclaim-against-u-s-oil-gas-company-burlington-resources-matthew-levine/>, page visitée le 15 avril 2020.



des conséquences des atteintes environnementales ne disposait pas d'un statut juridique lui permettant de lancer un arbitrage contre Burlington au titre du TBI Équateur-États-Unis.

Il existe en parallèle un regain d'intérêt au niveau international pour les initiatives portant sur la responsabilité des entreprises, et celle des sociétés mères. Ces initiatives, de portée et de nature diverses, incluent les Principes de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, ainsi que le projet d'Instrument juridiquement contraignant visant à réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises<sup>5</sup>.

Il semblerait que l'évolution des AII sur la question des obligations des investisseurs, ainsi que les initiatives internationales visant à renforcer la responsabilité sociale des multinationales, tendent vers une certaine convergence. Dans ce contexte, les nouveaux AII pourraient servir de mécanismes pour soutenir encore davantage cette convergence.

Comme nous l'indiquons plus haut, les investisseurs doivent, au titre des AII, démontrer qu'ils détiennent ou contrôlent un investissement couvert. Ce lien entre l'investissement et l'investisseur, qui est l'une des conditions à respecter pour pouvoir bénéficier de la protection des AII, pourrait aussi fonctionner dans l'autre sens. En d'autres termes, les victimes de délits devraient avoir une voie de recours auprès des tribunaux de l'État d'accueil, contre une société mère lorsqu'il est démontré que la société mère détient ou contrôle la filiale dont la responsabilité est engagée. La raison de cette proposition est très claire. Si les multinationales bénéficient des droits conférés par les AII pour protéger leurs filiales, elles devraient en échange assumer l'éventuelle responsabilité qu'un tel investissement pourrait engager.

Cette proposition a trois objectifs. D'abord, elle permet de répondre à l'une des principales lacunes du cadre relatif à la responsabilité des entreprises, en contournant les obstacles juridiques posés par les principes de la

séparation des entités et de la responsabilité limitée. Ainsi, les victimes de délits pourraient directement présenter des arguments quant au fond de l'affaire, plutôt que de passer des années à tenter d'établir si le tribunal étranger a compétence ou non sur l'affaire. Ensuite, cette proposition offre un mécanisme efficace d'application de la responsabilité des multinationales tout en répondant aux préoccupations soulevées quant aux AII. Et finalement, elle encourage les pays exportateurs de capitaux à exercer davantage de contrôle sur les multinationales de leurs juridictions.

Le mécanisme de mise en œuvre de cette proposition est relativement simple. Les parties à un AII doivent incorporer une disposition acceptant de donner le pouvoir de se présenter devant leurs tribunaux nationaux aux plaignants des autres parties qui affirment avoir subis des dommages causés par une filiale détenue ou contrôlée par une entreprise de leur juridiction. En d'autres termes, au titre de cette clause, les parties à un AII donneraient à leurs tribunaux nationaux une compétence civile extraterritoriale sur des allégations survenues dans l'État d'accueil. Il est intéressant de noter que l'article 20 de l'Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements entre le Maroc et le Nigeria<sup>6</sup>, et l'article 7(4) du nouveau modèle néerlandais de TBI, contiennent certains des éléments de ce projet de disposition<sup>7</sup>.

De plus, un examen des affaires lancées par des victimes contre des sociétés mères indique que ces affaires impliquent habituellement des dommages corporels généralisés découlant d'atteintes à l'environnement ou de violations des droits humains. Pour cela, et pour prévenir tout abus d'une disposition donnant aux victimes de délits le droit de lancer une procédure contre une société mère, il est recommandé de préciser que seules les infractions graves justifient le lancement de telles procédures.

Il faudrait également préciser, dans cette disposition, le droit applicable : cela permettra non seulement d'éviter d'autres contentieux, mais surtout, cela précisera le cadre juridique à utiliser pour évaluer la responsabilité de la

<sup>5</sup> HCDH. (2018, 16 juillet) Avant-projet d'instrument juridiquement contraignant visant à réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et des autres entreprises, <https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/drafttbi.pdf> (uniquement en anglais)

<sup>6</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>

<sup>7</sup> « Nouveau modèle de texte des accords d'investissement » du ministère néerlandais des Affaires étrangères, <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-buitenlandse-zaken/documenten/publicaties/2019/03/22/nieuwe-modeltekst-investeringsakkoorden>



société mère. Sur ce point, il vaut la peine de rappeler que l'une des raisons qui pousse les victimes à lancer une procédure juridique contre la société mère est leur perception que le système juridique du pays d'origine leur sera plus favorable. Il est donc recommandé d'inclure, dans le projet de disposition, un libellé précisant que le droit applicable est celui de l'État d'origine, ou, à défaut, laissant la décision du choix du droit applicable aux plaignants étrangers.

Notons que contrairement à d'autres suggestions visant à rééquilibrer les AII, comme par exemple autoriser l'accès des tierces parties au RDIE, la proposition présentée ci-dessus n'implique pas une modification fondamentale du régime international de l'investissement. Elle cherche à s'appuyer sur ce qui semble être une convergence graduelle entre la réforme progressive des AII et l'importance croissante que les pays d'origine des multinationales accordent à la responsabilité sociale des entreprises, comme en témoigne l'adoption de lois nationales, comme dans le cas de la France<sup>8</sup>, et le développement d'instruments internationaux sur la question.

En résumé, les AII pourraient devenir un mécanisme efficace pour contrer la responsabilité limitée des multinationales vis-à-vis de leurs filiales, tout en équilibrant les droits et obligations des investisseurs au titre de ces AII. Cette proposition s'explique par le fait que, puisque l'on considère que les multinationales sont liées à leurs filiales à l'heure de chercher la protection des AII, ce même lien devrait aussi être reconnu lorsque la responsabilité délictuelle de ces filiales est engagée.

### Auteur

**Pablo Agustín Escobar Ullauri** est un diplomate de l'Équateur. Il a occupé diverses fonctions au sein de l'unité économique du ministère équatorien des Affaires étrangères et de la Mobilité humaine, en charge des négociations commerciales et d'investissement. Il détient un Master en droit international et en économique de l'Institut du commerce mondial à Berne, ainsi qu'un Master en droit du Graduate Institute of International and Development Studies, à Genève.

<sup>8</sup> Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

## ARTICLE 2

# Le retour du filtrage des investissements en tant qu'outil politique

Jonathan Bonnitcha



L'une des tendances de la politique de l'investissement les plus surprenantes de cette dernière décennie concerne l'usage croissant du filtrage des investissements en tant qu'outil politique, notamment dans les économies développées. Un exemple récent est le nouveau cadre de l'UE pour le filtrage des investissements, entré en vigueur le 11 octobre 2020. L'UE envisage un réseau comprenant des mécanismes nationaux de filtrage des investissements dans chaque État membre de l'UE<sup>1</sup>. Le règlement de l'UE portant création du cadre prévoit un dispositif de coordination et d'échange d'information entre les États membres, ainsi qu'un processus au titre duquel la Commission européenne ou d'autres États membres peuvent formuler des commentaires sur un investissement faisant l'objet d'un filtrage dans un État membre<sup>2</sup>. Plusieurs autres pays ont adopté ou renforcé leurs prescriptions relatives au filtrage des investissements, notamment l'Australie, le Canada, les États-Unis, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni<sup>3</sup>. Bien

que cette tendance précède la crise déclenchée par la Covid-19, elle s'est accélérée en réponse aux nouvelles préoccupations relatives à l'investissement étranger au regard de la pandémie.

Aux fins du présent article, le filtrage des investissements désigne les prescriptions au titre de la loi du pays d'accueil obligeant les investisseurs étrangers à obtenir une approbation avant (ou au moment) de réaliser un nouvel investissement, ainsi que les mécanismes institutionnels connexes permettant d'obtenir ou d'octroyer une telle approbation. À l'inverse des autres approbations réglementaires éventuellement requises pour mener à bien un projet d'investissement, telles qu'un permis de construire ou un permis minier, le filtrage des investissements porte sur le *droit d'entrée* d'un nouvel investissement étranger. Le filtrage des investissements implique souvent l'évaluation des propositions d'investissements au regard de critères abstraits, tels que la « sécurité nationale » ou « l'intérêt national »<sup>4</sup>. Le cadre de l'UE prévoit le filtrage en lien avec « la sécurité et l'ordre public ».

Avant les années 1990, le filtrage des investissements était un outil politique largement utilisé par les pays *en développement*. Bon nombre de ces pays en développement a par la suite supprimé les prescriptions en matière de filtrage et d'approbation dans le cadre d'un changement politique général en faveur d'une plus grande ouverture à l'investissement étranger<sup>5</sup>. Par exemple, le début du processus d'industrialisation de la Corée du Sud était caractérisé par une attitude fortement restrictive de l'investissement étranger, reflétée dans un mécanisme intersectoriel de filtrage des investissements. La loi de promotion de l'investissement étranger de 1998 a mis fin à l'obligation pour tout nouvel investissement étranger de recevoir l'approbation du gouvernement<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> La décision d'établir un mécanisme de filtrage de l'investissement relève de la compétence exclusive de chaque État membre, mais l'UE encourage tous les États membres à établir un mécanisme national de filtrage de l'investissement et à apporter un soutien aux États membres cherchant à établir un tel mécanisme, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc\\_157945.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157945.pdf). En date du 4 novembre 2020, 15 États membres de l'UE sur 27 avaient notifié à la Commission l'existence d'un mécanisme national de filtrage de l'investissement, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc\\_157946.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf).

<sup>2</sup> Article 6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=FR>.

<sup>3</sup> CNUCED, *National Security-Related Screening Mechanisms for Foreign Investment: An Analysis of Recent Policy Developments* (CNUCED 2019) ; OCDE.

<sup>4</sup> CNUCED, *National Security-Related Screening Mechanisms for Foreign Investment: An Analysis of Recent Policy Developments* (CNUCED 2019) 2.

<sup>5</sup> Te Velde, *POLICIES TOWARDS FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN DEVELOPING COUNTRIES: EMERGING BEST-PRACTICES AND OUTSTANDING ISSUES* (2001), p. 17-18.

<sup>6</sup> Nicolas, F., S. Thomsen et M. Bang (2013), "Lessons from Investment Policy Reform in Korea", Document de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2013/02, Publications OCDE, <http://dx.doi.org/10.1787/5k4376zqcpf1-en>, p. 20.





Le retour du filtrage des investissements diffère de cette époque précédente dans le sens où les pays concernés affichent un degré plus important d'ouverture aux nouveaux investissements étrangers. Par exemple, la politique australienne en matière d'investissements, qui prévoit un cadre pour le filtrage des investissements par le Foreign Investment Review Board (agence d'examen de l'investissement étranger), commence en déclarant que « Le gouvernement australien accueille volontiers l'investissement étranger »<sup>7</sup>. D'après les informations publiques disponibles, il semble que seule une petite portion des investissements étrangers soit bloquée suite à ce filtrage<sup>8</sup>. (Il est également possible que d'éventuelles propositions d'investissement ne voient jamais le jour compte tenu du risque de blocage après filtrage). Cependant, le retour du filtrage des investissements démontre que les gouvernements jouent un rôle plus actif dans l'évaluation, au cas par cas, des coûts et des bénéfices des investissements étrangers, plutôt que d'assumer simplement que tout investissement étranger est nécessairement bénéfique.

## Déclencheurs et critères politiques du filtrage des investissements

Il existe d'importantes différences dans la conception et le fonctionnement des mécanismes de filtrage des investissements entre les pays. Le présent article ne prétend pas proposer un examen complet de ces différents mécanismes<sup>9</sup>. Il est toutefois possible d'identifier deux éléments clés, communs à la plupart des mécanismes de filtrage des investissements.

Un premier élément clé est un ensemble de « déclencheurs » qui définit la portée du fonctionnement du mécanisme de filtrage. Un projet d'investissement correspondant à un déclencheur

spécifique doit passer par la procédure de filtrage ; un projet d'investissement ne correspondant à aucun déclencheur peut généralement aller de l'avant sans être évalué ou approuvé au titre de la procédure de filtrage. Le deuxième élément clé sont les critères politiques au regard desquels le projet d'investissement relevant du mécanisme de filtrage doit être évalué, par exemple la « sécurité nationale » ou « les intérêts nationaux ». Il existe normalement un lien étroit entre ces deux éléments. Un projet d'investissement dans le secteur de la défense ou le secteur militaire déclenchera en principe un mécanisme de filtrage des investissements évaluant les investissements au regard de la sécurité nationale.

## Une gamme variée de déclencheurs pour le filtrage des investissements

Différents mécanismes de filtrage des investissements ont différents ensembles de déclencheurs, qui fonctionnent souvent en combinaison. Les déclencheurs peuvent porter, entre autres, sur :

- La valeur de l'investissement proposé ;
- Le secteur dans lequel l'investissement proposé est réalisé ;
- L'origine (le pays de provenance) de l'investissement proposé ;
- Les caractéristiques de l'investisseur, notamment le fait de savoir si l'investisseur est une entreprise étatique ou une entité privée ;
- Le type d'actifs acquis – par ex. achat de terres c. achat de parts dans une entreprise commerciale ; et
- Dans le cas des investissements dans les entreprises commerciales :
  - Si l'investissement concerne l'acquisition d'une entreprise existante ou, alternativement, l'établissement d'une nouvelle entreprise ;
  - Le degré de propriété/de contrôle de l'entreprise en question, par ex. l'acquisition de parts représentant plus de 10 % peut exiger un filtrage ;
  - La part de marché d'un produit/service qui serait contrôlé par l'entreprise. (Ce facteur est particulièrement pertinent dans les mécanismes de filtrage des investissements qui incluent l'évaluation des investissements au regard de la politique de concurrence, comme c'est le cas au Royaume-Uni au titre de la Loi de 2002 sur les entreprises)<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> <https://firb.gov.au/guidance-resources/policy-documents>

<sup>8</sup> Par exemple, la CNUCED a identifié une vingtaine de projets d'investissement dans 9 États hôtes bloqués ou retirés suite au filtrage pour des raisons de sécurité nationale entre 2016 et septembre 2019. Durant cette même période, plusieurs milliers d'investissements étrangers ont reçu une approbation dans ces mêmes pays. Et de nombreux autres investissements étrangers ont certainement été réalisés dans chacun de ces pays sans être assujettis aux critères du filtrage des investissements. CNUCED, *National Security-Related Screening Mechanisms for Foreign Investment: An Analysis of Recent Policy Developments* (CNUCED 2019) Annexe I, Annexe II.

<sup>9</sup> Certains cabinets juridiques ont colligé des aperçus introductifs des mécanismes de filtrage des investissements dans différents pays. Voir par exemple, DLA Piper 'Multi-jurisdiction guide for screening of foreign investment' (2019) [https://www.dlapiper.com/~media/files/insights/publications/2019/11/a00493\\_fdi\\_guide\\_v19.pdf](https://www.dlapiper.com/~media/files/insights/publications/2019/11/a00493_fdi_guide_v19.pdf). Même cet examen comparatif relativement basique excède la centaine de pages.



L'ensemble de déclencheurs témoigne d'un ensemble d'hypothèses relatives aux risques associés à l'investissement étranger et intégrés dans le fonctionnement d'un mécanisme spécifique de filtrage. En général, les investissements dans les infrastructures essentielles dont une économie dépend, les investissements créant ou consolidant un pouvoir monopolistique, et les investissements réalisés par les sociétés d'État étrangères sont plus susceptibles de déclencher les mécanismes de filtrage des investissements.

## Les critères politiques appliqués au filtrage des investissements

Il existe une distinction entre les mécanismes de filtrage des investissements qui mettent l'accent uniquement sur les considérations relatives à la sécurité nationale, comme c'est le cas des mécanismes des États-Unis, et ceux qui intègrent des préoccupations plus larges, comme c'est le cas du test de « l'intérêt national » appliqué par l'Australie, et du critère de « l'avantage net » appliqué au Canada<sup>11</sup>. Toutefois, cette distinction est moins précise depuis quelques années, du fait de l'adoption de conceptions de plus en plus larges de la sécurité nationale dans les pays où le filtrage est limité aux investissements touchant à la sécurité nationale.

Par exemple, en août 2018, le Congrès des États-Unis a adopté la Foreign Investment Risk Review Modernization Act (FIRRMA - Loi de modernisation de l'examen des risques associés aux investissements étrangers). Celle-ci porte sur le rôle du Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS – le Comité des investissements étrangers aux États-Unis), c'est-à-dire le mécanisme étasunien de filtrage des investissements. La FIRRMA définit le mandat de base du CFIUS de la même manière que la loi précédente :

Le Comité des investissements étrangers aux États-Unis continue d'examiner les transactions afin de protéger la sécurité nationale et n'examine pas les questions relatives à l'intérêt national en l'absence d'un lien avec la sécurité nationale<sup>12</sup>.

Mais la FIRRMA et ses règlements d'applications connexes modifient de façon significative la manière dont le CFIUS procède à son examen. D'abord, elle exige une déclaration obligatoire au CFIUS des investissements réalisés par une entité dans laquelle un gouvernement étranger détient un intérêt substantiel ou des investissements réalisés par un investisseur dans les industries « technologiques critiques » aux États-Unis<sup>13</sup>. Ensuite, elle confère au CFIUS des pouvoirs supplémentaires pour examiner les transactions impliquant une entreprise étasunienne qui « conserve ou recueille des données à caractère personnel sensibles »<sup>14</sup>. Ces changements combinés ont pour effet d'étendre significativement la conception de la sécurité nationale au-delà des préoccupations traditionnelles liées à l'investissement dans le secteur de la défense ou des infrastructures critiques. Des changements similaires sont à l'œuvre au Royaume-Uni au titre du projet de loi sur la sécurité nationale et l'investissement. Le gouvernement britannique mène actuellement une consultation sur l'extension des prescriptions liées à la notification des projets d'investissements étrangers dans toute une gamme de secteurs liés à la technologie, aux communications et aux « infrastructures des données ».

## Développements supplémentaires en réponse à la pandémie de Covid-19

En mars 2020, la Commission européenne a adressé une communication formelle à ses États membres contenant de nouvelles orientations sur le filtrage des investissements à la lumière de la pandémie de Covid. Comme nous l'avons déjà mentionné, le règlement de l'UE sur le filtrage des investissements envisage l'examen des projets d'investissements étrangers par un réseau de mécanismes nationaux de filtrage au regard des critères politiques de « la sécurité ou l'ordre public ». Les orientations relatives à la Covid ne modifient pas officiellement ces critères, mais encourage plutôt les États membres à les interpréter plus largement, en tenant compte :

- du risque que l'acquisition étrangère de capacités de soins de santé ou d'établissements de recherche médicale « [porte] atteinte à la capacité de l'UE à répondre aux besoins de ses citoyens en matière de santé » ; et

<sup>10</sup> Pour un aperçu, voir DLA Piper (n° 9). Le Royaume-Uni examine actuellement des propositions d'amendements à son mécanisme, [https://www.gov.uk/government/news/new-powers-to-protect-uk-from-malicious-investment-and-strengthen-economic-resilience?utm\\_source=3296e277-d0a4-44ec-9ff2-d6db10546512&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=govuk-notifications&utm\\_content=immediate](https://www.gov.uk/government/news/new-powers-to-protect-uk-from-malicious-investment-and-strengthen-economic-resilience?utm_source=3296e277-d0a4-44ec-9ff2-d6db10546512&utm_medium=email&utm_campaign=govuk-notifications&utm_content=immediate).

<sup>11</sup> CNUCED, 9.

<sup>12</sup> Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018 (FIRRMA), § 1702 (9).

<sup>13</sup> Ibid § 1706.

<sup>14</sup> § 1703 (4).



- du risque de la vente d'actifs « sous-cotés » à des investisseurs étrangers au-delà des secteurs des soins de santé et de la recherche par des entreprises européennes connaissant des difficultés financières temporaires résultant de la pandémie<sup>15</sup>.

Ces mêmes considérations sont reflétées dans les modifications apportées aux déclencheurs du filtrage des investissements dans plusieurs autres pays<sup>16</sup>. Par exemple, l'Australie a temporairement abaissé le seuil du déclencheur monétaire du filtrage à 0 AUD<sup>17</sup>, compte tenu des préoccupations liées à la vente d'actifs dévalorisés aux acheteurs étrangers opportunistes<sup>18</sup>. Ainsi, tous les projets d'investissement étranger en Australie sont pour le moment assujettis au mécanisme de filtrage national. Indépendamment de ces changements, l'on ne sait pas avec certitude si des investissements étrangers en Australie ou ailleurs ont été bloqués en raison de considérations liées à la pandémie de la Covid-19.

## Les conséquences

Le retour des mécanismes de filtrage des investissements a trois conséquences connexes. Premièrement, il témoigne d'un consensus croissant selon lequel tous les investissements étrangers ne sont pas tous bénéfiques. Plutôt que de chercher à maximiser la *quantité* d'investissements étrangers entrants, la politique de l'investissement devrait chercher à maximiser les bénéfices des investissements étrangers. Le filtrage des nouveaux investissements étrangers est l'un des moyens tirés de la boîte à outils politiques plus large permettant d'atteindre cet objectif.

La deuxième conséquence concerne l'importance pour les pays de conserver la marge de manœuvre politique nécessaire au titre des accords internationaux pour permettre le fonctionnement des mécanismes de filtrage des investissements. Plusieurs dispositions des traités d'investissement pourraient créer des conséquences juridiques pour le fonctionnement des mécanismes de filtrage, notamment :

- Les dispositions sur le traitement national et la nation la plus favorisée, dans la mesure où ces dispositions du traité s'appliquent à la phase préétablissement.

- L'interdiction de recourir aux prescriptions de résultats. De nombreux mécanismes de filtrage des investissements peuvent, en plus de bloquer les investissements étrangers, les approuver à titre conditionnel. Les conditions liées à l'approbation des investissements étrangers peuvent inclure des prescriptions relatives à la structure de gestion, à l'emploi et aux pratiques d'approvisionnement de l'investissement, entre autres. De telles dispositions sont potentiellement contraires aux larges interdictions des prescriptions de résultats contenues dans certains traités d'investissement.
- Les dispositions sur l'expropriation. Dans certains pays, les investisseurs étrangers ne sont pas tenus d'obtenir une approbation avant de réaliser un nouvel investissement, mais le mécanisme de filtrage a la possibilité de demander le remboursement, c'est-à-dire de forcer la cession des investissements identifiés par la suite comme préoccupants du point de vue de la sécurité nationale. Il s'agit du modèle proposé au titre du projet de loi britannique sur la sécurité nationale et l'investissement. En l'absence d'exceptions appropriées, un tribunal arbitral pourrait considérer que ce pouvoir de demander le remboursement équivaut à une expropriation exigeant une indemnisation au titre d'un traité d'investissement. Cette question n'a pratiquement pas été abordée jusqu'à présent, même si le pouvoir de demander le remboursement n'est pas unique au mécanisme britannique de filtrage des investissements.

Troisièmement, bon nombre des préoccupations maintenant prises en compte dans le filtrage des investissements n'était même pas envisagées il y a 10 ans. Cela est vrai pour les transactions considérées comme impliquant de près ou de loin la sécurité nationale, mais aussi pour les préoccupations liées à la sécurité nationale des capacités du secteur des soins de santé et à la vente d'actifs dévalorisés, suscitées par la pandémie du coronavirus. Dans les décennies à venir, il se peut que la politique de l'investissement soit aux prises avec de nouvelles questions que l'on a du mal à anticiper à l'heure actuelle. C'est pourquoi il est d'autant plus important de veiller à ce que les traités négociés aujourd'hui ne limitent pas excessivement la capacité future d'agir des gouvernements.

## Auteur

**Jonathan Bonnitche** collabore au Programme droit et politique économiques d'IISD, et est basé à Sydney, en Australie. Il est également maître de conférences en droit à l'Université de Nouvelles-Galles du Sud.

<sup>15</sup> « Orientations à l'intention des États membres concernant les investissements directs étrangers et la libre circulation des capitaux provenant de pays tiers ainsi que la protection des actifs stratégiques européens, dans la perspective de l'application du règlement (UE) 2019/452 (règlement sur le filtrage des IDE) », C(2020) 1981 final, disponible sur [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0326\(03\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0326(03)&from=FR)

<sup>16</sup> OCDE, "Investment screening in times of COVID – and beyond" (2020), p. 3.

<sup>17</sup> <https://firb.gov.au/guidance-resources/guidance-notes/gn53>.

<sup>18</sup> <https://firb.gov.au/qa-temporary-changes-foreign-investment-framework>.



## ARTICLE 3

# Les déclarations interprétatives sont-elles les instruments les mieux à même de lever les incertitudes ? L'exemple du TBI Colombie-France et de l'ALE Colombie-Israël

Carolina Olarte-Bacares, Enrique Prieto-Rios et Juan P. Pontón-Serra



## I. Le contexte : l'examen constitutionnel et les accords internationaux d'investissement

D'après la Constitution de la Colombie, la Cour constitutionnelle évalue la constitutionnalité de tous les traités internationaux après leur signature, et avant leur ratification. Aussi, si la Cour détermine que l'ensemble du traité, ou l'une de ses dispositions, est contraire à la Constitution, celui-ci ne peut entrer en vigueur dans sa totalité<sup>1</sup>. En 2019, la Cour constitutionnelle colombienne a rendu les décisions C-252<sup>2</sup> et C-254<sup>3</sup>, portant respectivement sur le TBI signé avec la France en 2014, et sur l'ALE signé avec Israël en 2013<sup>4</sup>.

Ces deux sentences sont considérées comme des décisions historiques<sup>5</sup>, pour trois grandes raisons. D'abord, la Cour considérait qu'il y avait suffisamment d'arguments en faveur de l'abandon de la norme laxiste d'examen qui a caractérisé le contrôle constitutionnel des précédents AII, et pour l'adoption d'une norme d'examen plus stricte, permettant d'évaluer le caractère raisonnable des traités<sup>6</sup>. Ensuite, la Cour s'est appuyée sur des sentences arbitrales pour bien comprendre la portée et le contenu de chaque disposition. Et troisièmement, pour la première fois, la Cour a conditionné la constitutionnalité de plusieurs dispositions à la publication de déclarations interprétatives conjointes clarifiant la portée et le contenu. Toutefois, la méthodologie utilisée par la Cour a suscité diverses préoccupations<sup>7</sup>, notamment quant au fait de déterminer si les déclarations interprétatives sont des outils appropriés au titre du droit international pour répondre aux préoccupations constitutionnelles de la Cour.

## II. Les déclarations interprétatives conjointes

Dans sa décision C-252 (sur le TBI Colombie-France), la Cour constitutionnelle considérait que plusieurs dispositions du traité admettaient des interprétations contraires à la Constitution, et notamment aux principes d'égalité, de certitude juridique et de souveraineté

<sup>1</sup> "Constitución Política de Colombia" (1991) art. 141(10) ; le texte original de la Constitution en espagnol est disponible sur [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html).

<sup>2</sup> Pour une analyse plus détaillée de la décision C-252, voir Federico Suárez Ricaurte, « La sentence C-252 de 2019 de la Cour constitutionnelle colombienne : revirement jurisprudentiel dans le contrôle des TBI », IISD, *Investment Treaty News* (blog), 19 septembre 2019, <https://www.iisd.org/itn/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/> ; la décision originale en espagnol est disponible sur <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm>

<sup>3</sup> La décision C-254 originale en espagnol est disponible sur <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-254-19.htm>

<sup>4</sup> Cour constitutionnelle de Colombie, sentence C-252 de 2019 (Juge rapporteur : Carlos Bernal Pulido, 6 juin 2019) ; est disponible sur <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm> Cour constitutionnelle de Colombie, sentence C-254 de 2019 (Juge rapporteur : José Fernando Reyes Cuartas, 6 juin 2019). est disponible sur <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-254-19.htm>

<sup>5</sup> Rafael Tamayo-Alvarez, "Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty," *American Journal of International Law* 114, no. 3 (2020): 475.

<sup>6</sup> D'après la décision C-252, cela implique d'analyser (i) la légitimité des objectifs du traité et de ses dispositions, et (ii) le caractère approprié des mesures du traité pour atteindre ces objectifs (décision C-252 de 2019, para. 65).

<sup>7</sup> Alejandro Linares Cantillo, Clarification du vote et vote divergent partiel dans la décision C-252/19 (6 juin 2019) ; Diana Fajardo Rivera, Opinion divergente partielle dans la décision C-252/19 (6 juin 2019) ; Eduardo Zuleta et María Camila Rincón, "Colombia's Constitutional Court Conditions Ratification of the Colombia-France BIT to the Interpretation of Several Provisions of the Treaty," *Wolters Kluwer, Kluwer Arbitration Blog* (blog), 4 juillet 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/04/colombias-constitutional-court-conditions-ratification-of-the-colombia-france-bit-to-the-interpretation-of-several-provisions-of-the-treaty/> ; Rafael Tamayo-Alvarez, "Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty," *American Journal of International Law* 114, no. 3 (2020): 471-78.



nationale, d'une part, et affectaient les compétences des autorités nationales, d'autre part. Aussi, par le biais des interprétations conjointes, la Cour cherchait à (i) empêcher d'accorder un meilleur traitement aux investisseurs étrangers qu'aux nationaux, (ii) clarifier certains éléments flous de la disposition TJE, et (iii) à définir la portée et le contenu d'expressions telles que « entre autres », « traitement », « dans des circonstances similaires », « attentes légitimes » et « nécessaire et proportionnée »<sup>8</sup>, incluses dans les dispositions NPF, TJE et sur l'expropriation indirecte du TBI<sup>9</sup>. Suite à cette décision, la Colombie et la France ont signé le 5 août 2020 une déclaration interprétative conjointe, dont nous reproduisons ci-après les principales dispositions :

1. « L'Accord ne donne lieu à aucun traitement de faveur injustifié pour les investisseurs étrangers par rapport aux investisseurs nationaux ».
4. « Les attentes légitimes [...] désignent les déclarations spécifiques qu'une Partie contractante formule à un investisseur en vue d'encourager un investissement, qui ont créé une attente raisonnable ayant motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir son investissement, mais auxquelles la Partie contractante concernée n'a pas donné suite ».
6. « Sans préjudice du paragraphe 4 de l'article 5 de l'Accord, les obligations de fond contenues dans d'autres [AII] et dans d'autres accords commerciaux conclus par les Parties contractantes ne constituent pas en elles-mêmes un « traitement » dans le cadre du principe de la nation la plus favorisée au sens de l'article 5 de l'Accord, et ne peuvent donc pas donner lieu à une violation dudit article [...] ».
7. « Il est décidé si une mesure adoptée par une Partie contractante est nécessaire et proportionnée [...] grâce à une analyse au cas par cas prenant en considération l'existence de solutions alternatives appropriées raisonnablement disponibles au regard des circonstances et les liens raisonnables

de proportionnalité entre les moyens employés et l'importance du but poursuivi. Il est entendu qu'une mesure n'a pas à être la seule option disponible pour être considérée comme nécessaire et qu'elle n'est pas proportionnée lorsque son effet est si grave par rapport à son but qu'elle semble manifestement excessive »<sup>10</sup>.

S'agissant de l'ALE avec Israël, la Cour constitutionnelle a suivi la même norme d'examen fixée par la sentence sur le TBI Colombie-France (C-252). Elle objecta à certaines dispositions spécifiques du chapitre sur l'investissement en citant directement certains des arguments de la décision C-252 et en demandant aux gouvernements d'émettre des déclarations interprétatives conjointes. Suite à cette sentence, Israël et la Colombie ont convenu d'une déclaration interprétative conjointe négociée en avril et mai 2020.

Les paragraphes 1 et 2 de cette déclaration sont similaires aux paragraphes 1 et 6 de la déclaration conjointe sur le TBI Colombie-France, respectivement<sup>11</sup>. En outre, la déclaration aborde l'expression « attentes raisonnables » en établissant que :

3. « L'évaluation du caractère raisonnable d'une attente dépend de facteurs tels que la question de savoir si le gouvernement a donné à l'investisseur des garanties contraignantes écrites, la nature et l'extension des réglementations gouvernementales ou l'éventuelle réglementation gouvernementale dans le secteur concerné »<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Sentence C-252, *supra* note 6.

<sup>9</sup> Accord entre le Gouvernement de la République de Colombie et le Gouvernement de la République française sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements » (2014) ; l'original en espagnol est disponible sur [http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/6F5A7\\_FRANCIA\\_B-ACUERDOFOMENTOYPROTECCIONINVERSIONES2014-TEXT0.PDF](http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/6F5A7_FRANCIA_B-ACUERDOFOMENTOYPROTECCIONINVERSIONES2014-TEXT0.PDF) et en français sur [https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=q58LaTunlEa8KPC9V\\_dwn5amK3rPi\\_17RppCmjQKzCU=](https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=q58LaTunlEa8KPC9V_dwn5amK3rPi_17RppCmjQKzCU=)

<sup>10</sup> « Déclaration interprétative conjointe entre le Gouvernement de la République de Colombie et le Gouvernement de la République française portant sur l'Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé le 14 juillet 2014 » (2020). L'originale en espagnol est disponible sur [http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/17523\\_DECLARACION%20INTERPRETATIVA%20CONJUNTA%20APPRI%20FRANCIA.PDF](http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/17523_DECLARACION%20INTERPRETATIVA%20CONJUNTA%20APPRI%20FRANCIA.PDF) et la version française ici.

<sup>11</sup> « Déclaration interprétative conjointe entre le Gouvernement de la République de Colombie et l'État d'Israël portant sur l'Accord de libre-échange entre la Colombie et Israël, signé le 30 septembre 2013 » (2020) (traduction officielle de l'original en espagnol, disponible sur [http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/C7994\\_DECLARACION%20INTERPRETATIVA%20CONJUNTA%20AL%20TLC%20CON%20ISRAEL.PDF](http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/C7994_DECLARACION%20INTERPRETATIVA%20CONJUNTA%20AL%20TLC%20CON%20ISRAEL.PDF)).

<sup>12</sup> Déclaration interprétative conjointe, *supra* note 10, para. 3.



### III. Les déclarations interprétatives conjointes à la lumière des sentences C-252 et C-254, et du droit public international : des amendements plutôt que des interprétations ?

La décision de la Cour de demander les déclarations interprétatives conjointes peut s'expliquer par le fait que les Accords internationaux d'investissement (AII) sont cryptés. Le terme « cryptage » a précédemment été utilisé pour décrire la « relation dialectique de technicités et d'imprécision » qui caractérise le DII, notamment les AII et les sentences, et qui empêche la participation du public et la responsabilité publique<sup>13</sup>.

L'on peut cependant douter de la capacité des déclarations interprétatives de décrypter effectivement les traités et de résoudre pleinement certaines des préoccupations mises en avant par la Cour constitutionnelle. Par exemple, le paragraphe 1 de la déclaration portant sur le TBI Colombie-France, qui cherche à prévenir le traitement de faveur « injustifié » accordé aux investisseurs étrangers par rapport aux investisseurs nationaux, ne résout pas le problème effectivement, puisque le terme « injustifié » n'est pas défini par la sentence C-252 ou par la déclaration interprétative. Toutefois, le TBI lui-même, qui fait maintenant partie de l'ordre juridique colombien, pourrait être considéré tant par les autorités nationales que par les tribunaux arbitraux comme justifiant le traitement plus favorable des investisseurs étrangers par rapport aux investisseurs nationaux.

D'autres dispositions n'améliorent pas cette ambiguïté, et dans certains cas, l'exacerbent même. Par exemple, le paragraphe 4 de la déclaration portant sur le TBI Colombie-France est circulaire puisqu'il définit les « attentes légitimes » en faisant référence aux « attentes raisonnables ». De même, le paragraphe 3 de la déclaration portant sur l'ALE avec Israël ne définit pas correctement « les attentes raisonnables » puisqu'il inclut l'expression « tel que » avant de mentionner les actes de l'État qui créeraient ces mêmes attentes. Cette expression ouvre la possibilité que d'autres actes de l'État, qui ne sont pas mentionnés dans la déclaration interprétative, soient considérés comme créant

également des attentes raisonnables.

Par ailleurs, compte tenu du libellé exact des conditions imposées aux traités par la Cour, certaines préoccupations portaient sur la nature des déclarations sous-jacentes requises par la Cour constitutionnelle. Il s'agissait spécifiquement de déterminer si certaines des demandes formulées par la Cour et incluses dans les déclarations interprétatives conjointes, constituaient des modifications substantielles des traités équivalant à un amendement, plutôt que de simples interprétations de l'instrument juridique. S'il s'agit d'un amendement, les termes des traités devraient être renégociés<sup>14</sup>, ou même faire l'objet de réserves<sup>15</sup>, indépendamment de leur nature bilatérale.

Si le Guide de la pratique sur les réserves aux traités de 2011 de la CDI indique que l'interprétation d'un traité bilatéral par l'une des parties et acceptée par l'autre partie « constitue une interprétation authentique de ce traité »<sup>16</sup>, les Projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités de 2013 de la CDI indiquent que les accords ultérieurs sur le sens attribué à un traité par les parties sont « un moyen d'interprétation authentique »<sup>17</sup> qui n'est pas « nécessairement concluant ou juridiquement contraignant »<sup>18</sup>, par opposition à une « interprétation authentique »<sup>19</sup>. D'où l'importance cruciale de la distinction entre interprétation et amendement du traité. Le choix de l'un ou de l'autre peut produire des effets à l'échelon international, puisque les tribunaux donneront aux déclarations un poids différencié en fonction de leur nature. Par ailleurs, cela aura un effet sur la constitution à l'échelon national puisque, si la déclaration conjointe constitue un amendement, elle devra passer par le même

<sup>14</sup> Zuleta et Rincón, *supra* note 7.

<sup>15</sup> Linares Catillo, *supra* note 7.

<sup>16</sup> Assemblée générale, « Les réserves aux traités. Texte et titre des projets de directives constituant le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, tels que finalisés par le Groupe de travail sur les réserves aux traités, du 26 au 29 avril et les 4, 5, 6, 10, 11, 12, 17 et 18 mai 2011 », A/CN.4/L.779 (2011), directive 1.6.3.

<sup>17</sup> Assemblée générale, « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Texte des projets de conclusion 1 à 5 adoptés provisoirement par le Comité de rédaction à la soixante-cinquième session de la Commission du droit international. 6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013 », A/CN.4/L.813 (2013), projet de conclusion 4.

<sup>18</sup> Assemblée générale, « Projet de rapport de la commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session. Accords et pratiques ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », A/CN.4/L.819/Add.1 (2013).

<sup>19</sup> David Gaukrodger, « The Legal Framework Applicable to Joint Interpretive Agreements of Investment Treaties », *Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, 10 février 2016, <https://doi.org/10.1787/5jm3xgt6f29w-en>.

<sup>13</sup> Enrique Prieto-Ríos, « Encrypted International Investment Law in the Age of Neo-Colonialism », dans *Decrypting Power*, ed. Ricardo Sanin-Restrepo (Rowman & Littlefield Publishers, 2018).



processus de ratification qu'un traité. Il vaut la peine de rappeler que l'acceptation par les tribunaux arbitraux de l'interprétation de la Commission de libre-échange de l'ALENA visant à limiter la portée de la norme minimale de traitement dépendait principalement de son statut d'interprétation raisonnable ou d'amendement, ce dernier étant largement ignoré<sup>20</sup>.

## Conclusion

Des points de vue constitutionnel et international, il semble que les déclarations interprétatives conjointes sur les deux traités ne suffisent pas à surmonter le cryptage et l'incertitude du DII. Si la Cour constitutionnelle avait raison de mener un examen plus strict du caractère constitutionnel des traités discutés ici, les moyens les plus appropriés de les mettre en œuvre n'ont pas encore été identifiés.

## Auteurs

**Carolina Olarte-Bacares** est Doyenne de la faculté de droit de l'Université pontificale Javeriana (Bogota, Colombie). Elle détient un doctorat en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (France).

**Enrique Prieto-Rios** est Professeur associé, Directeur du groupe de recherche sur le droit international et Directeur de recherche de la faculté de droit de l'Université du Rosaire (Bogota, Colombie). Il détient un doctorat en droit de Birkbeck – Université de Londres.

**Juan P. Pontón-Serra** est chercheur junior à la faculté de droit de l'Université du Rosaire. Il détient un diplôme de troisième cycle de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

---

<sup>20</sup> Voir par exemple Charles H. II Brower, "Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105," *Virginia Journal of International Law* 46, no. 2 (2005): 349.

## ARTICLE 4

# Le régime des traités d'investissement promeut-il une bonne gouvernance ? L'exemple de l'industrie minière à Santurbán, en Colombie

Anna Sands



Les partisans du régime des traités d'investissement avancent souvent que celui-ci encourage la bonne gouvernance et l'État de droit dans les pays où il s'applique. Selon eux, le risque de faire face à des recours relatifs à l'investissement encourage les États à créer des procédures justes et cohérentes pour les investisseurs étrangers, engendrant ainsi des retombées positives pour la population en général. Toutefois, rares sont les études qui examinent cette hypothèse de manière empirique. Mon examen des investissements miniers réalisés dans le *páramo*<sup>1</sup> de Santurbán en Colombie montre que la conception de bonne gouvernance promue par l'arbitrage de l'investissement est incomplète. En donnant la priorité aux attentes légitimes et à la prévisibilité, ce concept n'accorde pas suffisamment d'importance aux systèmes de contrepouvoirs existants dans les États d'accueil, notamment au rôle du pouvoir judiciaire. Ce concept suppose même, par défaut, que les pouvoirs judiciaires des pays en développement sont hautement politisés ou trop faibles. L'étude de Santurbán montre que pour bien comprendre tous les effets du régime de l'investissement sur la bonne gouvernance, les mécanismes de contrepouvoir doivent être pris en compte tout comme la prévisibilité du système juridique.

<sup>1</sup> Un écosystème alpin.

## L'argument de la bonne gouvernance

La promotion de la bonne gouvernance et de l'État de droit sont souvent invoqués pour justifier le régime des traités d'investissement. Les partisans de l'arbitrage de l'investissement arguent que son existence encourage les pays en développement à réformer leurs systèmes juridiques nationaux, et que les normes imposées aux investisseurs garantissent la prévisibilité et la cohérence des décisions prises par les tribunaux nationaux<sup>2</sup>. Cette justification a également été mise en avant par les tribunaux d'investissement. Selon l'analyse de Sattorova<sup>3</sup>, dans une série de sentences arbitrales, les tribunaux ont déclaré que la transparence, la stabilité, la prévisibilité et la cohérence sont des éléments constitutif de la norme de traitement juste et équitable (TJE)<sup>4</sup>. Dans l'affaire *Occidental* par exemple, l'Équateur était poursuivi pour avoir refusé de rembourser des impôts à un investisseur étranger<sup>5</sup>. Les autorités fiscales du pays avaient annulé l'octroi du remboursement, considérant qu'il était fondé sur une interprétation erronée de la loi fiscale. Le tribunal arbitral considéra que le pays avait une obligation internationale de ne pas modifier l'environnement juridique et commercial dans lequel l'investissement avait été réalisé, et que l'Équateur avait violé cette obligation par le biais de ses autorités fiscales. Dans

<sup>2</sup> Dolzer, R. (2005). The impact of international investment treaties on domestic administrative law. *New York University Journal of International Law and Politics*, 37(4), 953–972. ; Muchlinski, P., Ortino, F., & Schreuer, C. (2008). Preface. Dans *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press.

<sup>3</sup> Sattorova, M. (2018). The impact of investment treaty law on host states electronic resource: Enabling good governance? Hart Publishing.

<sup>4</sup> *Metalclad Corporation c. les États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/97/1 (CIRDI 2001). <https://www.italaw.com/cases/671> ; *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. la République d'Équateur*, ARB/06/11 (CIRDI 2015). <https://www.italaw.com/cases/767> ; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. c. les États-Unis du Mexique*, ARN(AF)/00/2 (CIRDI 2003). <https://www.italaw.com/cases/1087>.

<sup>5</sup> *Occidental Exploration and Production Company c. la République d'Équateur*, Affaire CIRDI n° ARB/06/11.





cette affaire, et d'autres, les tribunaux ont interprété la norme TJE comme incluant non seulement une norme procédurale quant à la clarté des changements apportés à l'environnement juridique, mais aussi une obligation de fond d'apporter une stabilité juridique.

## La nécessité de mener des vérifications empiriques

Si « l'argument de la bonne gouvernance » joue un rôle important dans les décisions arbitrales et discussions politiques, la proposition selon laquelle le recours à l'arbitrage de l'investissement renforce la bonne gouvernance et l'État de droit n'a guère été vérifiée de manière empirique. Les quelques études disponibles sur le sujet ont remis en question la validité de ces arguments, ce qui s'explique principalement par le fait que bon nombre de représentants des pays examinés avaient peu conscience des implications des traités d'investissement<sup>6</sup>.

Il faut également approfondir les discussions quant au rôle que les pouvoirs judiciaires nationaux jouent vis-à-vis des recours d'investissement. En général, « l'argument de la bonne gouvernance » suppose que les pouvoirs judiciaires nationaux sont faibles et susceptibles d'être politisés, alors qu'une large tendance, en Amérique latine et dans le monde, voit les tribunaux s'écarter des conventions formelles et adopter une position plus militante en faveur de la protection des droits constitutionnels<sup>7</sup>. En Amérique latine, les tribunaux nationaux sont des acteurs politiques bien plus importants<sup>8</sup>. Cela s'explique en partie par les avocats militants qui soulignent le rôle des tribunaux nationaux dans la protection des droits humains, et par le développement de protections des tribunaux contre toute pression politique<sup>9</sup>. Cette perception selon laquelle

les pouvoirs judiciaires en Amérique latine sont par défaut faibles, exigeant d'être substitués par un organe d'arbitrage international est obsolète et ne laisse pas aux pouvoirs judiciaires nationaux la possibilité de jouer leur rôle de garant de l'État de droit.

Ma recherche sur l'industrie minière dans le *páramo* de Santurbán, c'est-à-dire une étude empirique des interactions entre le pouvoir judiciaire national et l'arbitrage international, contribue à combler ces lacunes dans la documentation sur les traités d'investissement et la bonne gouvernance.

## L'histoire de Santurbán

Le *páramo* est un écosystème montagneux, unique à la cordillère des Andes, qui représente une source importante de biodiversité et d'eau douce. Bon nombre des *páramos* situés en Colombie reposent également sur des réserves aurifères et minérales. Pendant l'administration Uribe (2002-2010), l'attrait de l'investissement étranger dans les industries extractives était une priorité majeure, et de nombreuses entreprises minières multinationales ont lancé des activités dans ces zones. Cela a donné lieu à une situation complexe pour les gouvernements Santos (2010-2018) qui, bien que favorables aux industries extractives, voulaient également développer des protections environnementales pour les *páramos*. La région de Santurbán, traditionnellement minière, est un cas particulièrement ardu. Des groupes puissants de la société civile constitués dans les villes autour du *páramo* s'opposent à l'exploitation minière à grande échelle, mais les moyens de subsistance de nombreuses personnes vivant dans le *páramo* dépendent d'une manière ou d'une autre de l'industrie minière.

Le gouvernement s'est attelé à délimiter les contours des *páramos* et à y interdire les activités minières. Cette interdiction incluait toutefois une clause de survie qui autorisait les entités ayant déjà obtenu une licence minière à continuer d'opérer<sup>10</sup>. Une affaire portée devant la Cour constitutionnelle déterminait que la clause était contraire à la constitution, ce qui entraîna l'interdiction immédiate de toute activité minière<sup>11</sup>. Les juges avaient

<sup>6</sup> Bonnitcha, J. (2019). *The Impact of Investment Treaties on Domestic Governance in Myanmar* (SSRN Scholarly Paper ID 3644056). Social Science Research Network. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3644056> ; Sattorova, M. (2018). *The impact of investment treaty law on host states electronic resource: Enabling good governance?* Hart Publishing.

<sup>7</sup> Gargarella, R., Domingo, P., & Roux, T. (2006). *Courts and social transformation in new democracies: An institutional voice for the poor?* Ashgate ; Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89(7), 1669–1698.

<sup>8</sup> Helmke, G., & Figueroa, J. R. (2013). *Courts in Latin America*. Cambridge University Press.

<sup>9</sup> Gonzalez-Ocantos, E. (2019). Courts in Latin American Politics. Dans G. Prevost & H. Vandem (Eds.), *The Oxford Encyclopedia of Latin American Politics*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.1680> ; Rios-Figueroa, J. (2013). Institutions for Constitutional Justice in Latin America. Dans *Courts in Latin America* (pp. 27–55). Cambridge University Press.

<sup>10</sup> Ley 1450 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, 90 (2011)(Loi 1450 portant création du Plan national de développement 2010-2014). <https://www.dnp.gov.co/DNPN/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Planes-de-Desarrollo-anteriores.aspx>

<sup>11</sup> C035-16, (Cour constitutionnelle colombienne 2016). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>



conscience que cela pourrait donner lieu à des recours d'investissement, et c'était d'ailleurs l'une des raisons de l'opinion divergente du juge Linares, qui avait plaidé pour la clause de survie.

Suite à cela, des entreprises minières lancèrent des recours contre l'État colombien. Leurs recours se fondaient, entre autres, sur l'incertitude juridique concernant la délimitation des *páramos*<sup>12</sup>.

L'étude de Santurbán analyse les différentes étapes du processus de décision qui a mené à l'interdiction des activités minières, et se fonde sur plus de 30 entretiens avec des représentants du gouvernement, des juges, et des représentants de la société civile, menés pendant deux mois de travail de terrain en Colombie. Une analyse détaillée du processus décisionnel expose les effets pratiques que l'arbitrage de l'investissement peut avoir sur la bonne gouvernance, notamment s'agissant du rôle du pouvoir judiciaire national.

## Une conception incomplète de la bonne gouvernance et de l'État de droit

Contrairement aux conclusions d'autres études empiriques des effets des traités d'investissement, les représentants gouvernementaux et les juges impliqués dans la région de Santurbán avaient généralement une très bonne connaissance du droit de l'investissement et de ses implications. Par ailleurs, la Colombie a instauré des programmes de formation sur le droit de l'investissement à l'intention des représentants gouvernementaux, qui s'inscrivent dans une large stratégie visant la création d'un environnement juridique stable<sup>13</sup>. Le risque de survenue des recours d'arbitrage a été abordé au sein de la Cour constitutionnelle, mais la majorité des juges considéra qu'il ne s'agissait pas d'une raison suffisante pour autoriser les activités minières dans les *páramos* ; au contraire, ils basèrent leur décision de les interdire sur les principes constitutionnels. Les juges avec lesquels je me suis entretenue m'ont dit qu'il y avait eu des discussions houleuses quant au risque que l'interdiction proposée n'entraîne des recours internationaux. Toutefois, la majorité des juges considéra que le risque d'arbitrage n'était pas pertinent.

En adoptant une vision à plus long terme du problème constitutionnel, les juges considéraient leur rôle comme un contrepoids à la perspective à court terme du gouvernement (para. 176 de la sentence). Ainsi, les effets à court terme, c'est-à-dire le risque d'arbitrage, pouvaient être négligés si la protection des droits constitutionnels l'exigeait.

Les entreprises minières qui poursuivent la Colombie affirment que leurs attentes légitimes ont été violées en raison de l'incertitude, l'instabilité et l'imprévisibilité supposées du cadre juridique colombien. L'étude de cas montre toutefois que toute éventuelle absence de prévisibilité dans le processus de réglementation n'était pas dû à des institutions faibles et incompétentes. Elle montre au contraire que le revirement politique découle d'institutions fortes, capables d'exercer leur jugement de manière indépendante des autres. La Cour constitutionnelle a adopté des décisions mettant un frein aux pouvoirs du gouvernement. Bon nombre d'auteurs de l'État de droit arguent que l'indépendance du pouvoir judiciaire est l'un des éléments essentiels de l'État de droit<sup>14</sup>. Si l'on souhaite que le régime des traités d'investissement soutienne pleinement l'État de droit, il doit accepter que parfois le fonctionnement correct d'un pouvoir judiciaire indépendant, qui implique d'examiner les lois créées par d'autres branches de l'État, entraîne une stabilité et prévisibilité moindres du régime juridique régissant les droits de l'investisseur. C'est pourquoi, puisqu'il se base sur l'hypothèse que les pouvoirs judiciaires sont faibles et inefficaces, « l'argument de la bonne gouvernance » ignore la possibilité que le processus d'élaboration des lois puisse entraîner des résultats moins prévisibles (créant donc une incertitude juridique) justement en raison du fait que le pouvoir judiciaire est fort et fait son travail correctement.

## La nécessité de tenir compte des mécanismes de contrepouvoir

L'impact du régime des traités d'investissement sur l'État de droit et la bonne gouvernance dépendra du contexte ; pour bien le comprendre, il faut l'éprouver de manière empirique. L'étude de Santurbán met en évidence le rôle crucial joué par le pouvoir judiciaire national, qui n'est pas suffisamment reconnu dans

<sup>12</sup> Eco Oro Minerals Corp. c. la République de Colombie, Affaire CIRDI n° ARB/16/41 ; Red Eagle Exploration Limited c. la République de Colombie, Affaire CIRDI n° ARB/18/12 ; Galway Gold Inc. c. la République de Colombie, Affaire CIRDI n° ARB/18/13.

<sup>13</sup> CONPES. (2010). *Conseil national pour la politique économique et sociale*, Doc. 36842 de 2010.

<sup>14</sup> Bingham, T. H. (2011). *The rule of law*. Penguin ; Raz, J. (1979). *The authority of law*. Oxford University Press.



les discussions sur la bonne gouvernance et l'État de droit dans l'arbitrage international. Elle démontre également que les concepts de bonne gouvernance et d'État de droit dans les décisions des tribunaux arbitraux sont incomplets puisqu'ils ne tiennent pas compte de l'importance des mécanismes de contre-pouvoir dans le processus décisionnel d'un État. Une meilleure compréhension de ces concepts reconnaîtrait que parfois, le contrôle de l'exercice du pouvoir peut, à juste titre, amoindrir la stabilité ou la prévisibilité du cadre juridique.

#### Auteure

**Anna Sands** est une spécialiste des politiques commerciales chez WWF Royaume-Uni. Elle collabore également avec le Programme international pour la gouvernance économique de la Blavatnik School of Government de l'Université d'Oxford. Elle détient une maîtrise en études du développement ; son mémoire de maîtrise portait sur les effets empiriques de l'arbitrage des investissements sur les choix politiques des gouvernements.



## ARTICLE 5

## La nationalité des entreprises investisseuses et la réforme des traités d'investissement : les traités d'ancienne génération peuvent-ils saper les réformes de fond ?

Anil Yilmaz Vastardis



En parcourant la base de données de la CNUCED sur les affaires de règlement des différends en matière d'investissement, l'on peut s'apercevoir, même sans lire les sentences ou les décisions, que certaines entreprises publiquement connues comme étant ressortissantes d'un État spécifique cherchent à obtenir la protection de traités d'investissement d'autres États. Par exemple, la base de données de la CNUCED montre un recours lancé par Chevron contre les Philippines en 2019<sup>1</sup>. L'on pourrait s'attendre à ce que ce recours ait été lancé au titre du traité d'investissement États-Unis-Philippines, puisque Chevron Corporation est enregistrée et à son siège aux États-Unis. Mais d'après la base de données de la CNUCED sur les accords d'investissement, il n'existe pas de traité d'investissement entre les États-Unis et les Philippines. Chevron a plutôt choisi de lancer ce recours au titre du traité d'investissement Philippines-Suisse par la biais de sa filiale suisse Chevron Overseas Finance GmbH.

### Un investisseur, la convenance des nationalités

Cette pratique de recherche de la meilleure nationalité (« nationality shopping ») est relativement commune

et largement permise dans la pratique des traités d'investissement. Les textes des traités d'investissement et les interprétations arbitrales généreuses du lien allégué entre l'entreprise et son pays d'origine laissent libre court à cette pratique<sup>2</sup>. Dans l'exemple de Chevron, s'il est clair que l'entreprise dispose d'une présence en Suisse, par le biais de laquelle elle a pu faire transiter son investissement aux Philippines, l'on peut se demander si cela suffit à faire de Chevron un investisseur suisse. Le traité d'investissement en question définit un « investisseur » suisse protégé en incluant toutes les entreprises enregistrées au titre du droit suisse. D'après cette définition, Chevron aux Philippines est un investisseur suisse, et non pas étasunien. Toutefois, d'après deux recours précédents au titre de traités d'investissement lancés par Chevron contre l'Équateur, Chevron est bel et bien un investisseur étasunien<sup>3</sup>. Il ne s'agit pas d'un cas isolé. Dans son recours de 2011 contre l'Australie, Philip Morris arguait qu'elle était un investisseur de Hong Kong<sup>4</sup>, tout en affirmant en parallèle, dans le cadre d'un recours de 2010 contre l'Uruguay qu'elle était un investisseur suisse<sup>5</sup>. Philip Morris est une entreprise de tabac bien connue, dont le siège est aux États-Unis. Mais dans ses recours au titre de traités d'investissement, l'entreprise n'a jamais été un investisseur étasunien. De la même manière, Mobil a lancé un recours contre le Venezuela en 2007 en tant qu'investisseur néerlandais<sup>6</sup>, et contre l'Argentine en 1999 en tant qu'investisseur étasunien<sup>7</sup>. Et Total était un

<sup>1</sup> *Chevron Overseas Finance GmbH c. la République des Philippines* (Affaire CPA n° 2019-25)

<sup>2</sup> A. Yilmaz Vastardis, *The Nationality of Corporate Investors under International Investment Law* (Hart Publishing 2020) pp. 1-12

<sup>3</sup> *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Company c. la République d'Équateur* (I) (Affaire CPA n° 2007-02/AA277); *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Company c. la République d'Équateur* (II) (Affaire CPA n° 2009-23)

<sup>4</sup> *Philip Morris Asia Limited c. Le Commonwealth d'Australie* (Affaire CPA n° 2012-12)

<sup>5</sup> *Philip Morris Brand Sàrl* (Suisse), *Philip Morris Products S.A.* (Suisse) et *Abal Hermanos S.A.* (Uruguay) c. *La République orientale d'Uruguay* (Affaire CIRDI n° ARB/10/7)

<sup>6</sup> *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation et autres c. la République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI n° ARB/07/27)

<sup>7</sup> *Mobil Argentina S.A. c. la République d'Argentine* (Affaire CIRDI n° ARB/99/1)



investisseur français dans son recours de 2004 contre l'Argentine<sup>8</sup>, puis un investisseur néerlandais dans un recours contre l'Ouganda en 2015<sup>9</sup>.

## Les arguments liés à la bonne gouvernance et au développement ne peuvent plus justifier la fabrication de nationalités

Il existe de nombreux autres exemples d'entreprises investisseuses moins connues qui s'appuient sur une identité ou une nationalité d'entreprise fabriquée dans le but d'invoquer les protections des traités d'investissement. Et tout cela est souvent permis dans les limites du droit des traités d'investissement et du droit des entreprises. En s'inspirant du *Code du capital* de Katharina Pistor, l'on comprend que les principes du droit des traités d'investissement et des entreprises offrent un codage juridique de l'investissement étranger qui permet aux investisseurs de changer d'identité de façon à améliorer la pérennité et la priorité de leurs intérêts<sup>10</sup>. Les partisans de cette flexibilité du droit des traités d'investissement arguent qu'il faut se centrer sur le contexte plus large : l'objectif du droit des investissements de renforcer la bonne gouvernance et le développement économique serait mieux servi si tous les investisseurs avaient accès aux protections des traités et à l'arbitrage des investissements, quelles que soient leur origine ou nationalité<sup>11</sup>. Aussi, il serait conforme aux objectifs des traités d'investissement d'interpréter de manière large et flexible le concept de l'investisseur ou de la nationalité de l'entreprise – au point où un investisseur peut être ressortissant d'un État aux fins d'un recours, et ressortissant d'un autre État aux fins d'un autre recours.

Toutefois, les arguments des traités d'investissement liés à la bonne gouvernance et au développement ont été remis en question par de récents travaux

empiriques<sup>12</sup>. Après deux décennies de prolifération des recours au titre de traités d'investissement, les preuves soutenant ces arguments sont insuffisantes pour justifier l'expansion de la portée personnelle des protections des traités d'investissement. Dans les traités d'investissement récemment négociés, les États ont commencé à accorder plus d'attention à la portée personnelle de leurs traités d'investissement, notamment s'agissant des entreprises investisseuses. Les États adoptent de plus en plus des dispositions détaillées exigeant d'une entreprise investisseuse un lien plus fort avec son pays d'origine, au-delà du simple enregistrement au titre des lois du pays<sup>13</sup>. La question de la portée personnelle de la protection des traités d'investissement est également examinée par le Groupe de travail III de la CNUDCI comme l'un des aspects de réforme pour surmonter les problèmes de cohérence et d'exactitude du règlement des différends investisseur-État<sup>14</sup>. L'accélérateur de la réforme des AII récemment publié par la CNUDCI identifie également les définitions de « l'investisseur », ainsi que sept autres dispositions clés des traités d'investissement, comme nécessitant une réforme urgente. Ces efforts de réforme visent à restreindre la définition de « l'investisseur » et à introduire des dispositions sur le « refus d'accorder des avantages » pour empêcher les entreprises investisseuses de s'appuyer sur un lien ténu avec un pays d'origine pour accéder aux protections d'un traité.

<sup>8</sup> *Total S.A. c. la République d'Argentine* (Affaire CIRDI n° ARB/04/1)

<sup>9</sup> *Total E&P Uganda BV c. la République d'Ouganda* (Affaire CIRDI n° ARB/15/11)

<sup>10</sup> K. Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton University Press 2019) 3 ; voir également A. Yilmaz Vastardis, 'Investment Treaty Arbitration as Justice Bubbles for the Privileged' dans T. Schultz et F. Ortino (eds) *The Oxford Handbook of International Arbitration* (Oxford University Press 2020).

<sup>11</sup> S.W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (Cambridge University Press, 2009) 17–18 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2<sup>ème</sup> ed, Oxford University Press, 2012) 25.

<sup>12</sup> M. Sattorova, *The impact of investment treaty law on host states: Enabling good governance?* (Oxford, Hart Publishing, 2018), 196 (« La principale conclusion de notre étude empirique est que les États d'accueil ne répondent pas nécessairement à leur expérience avec le droit des traités d'investissement en devenant plus prudents et en respectant davantage les normes de la bonne gouvernance ») ; s'agissant de la contribution du DII au développement économique, voir J. Bonnitca, L. Poulsen et M. Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (Oxford University Press 2017), 46–47.

<sup>13</sup> Voir par ex. l'Accord d'investissement Singapour-UE qui inclut des tests relatifs à l'enregistrement et au siège réel, en plus de l'obligation de mener des activités commerciales substantielles (art. 1(2)(5)).

<sup>14</sup> Groupe de travail III de la CNUDCI (réforme du règlement des différends investisseur-État), 36<sup>ème</sup> session Vienne, 29 octobre-2 novembre 2018. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : constance et questions connexes, A/CN.9/WG.III/WP.150 [17] ; Groupe de travail III de la CNUDCI (réforme du règlement des différends investisseur-État), 38<sup>ème</sup> session Vienne, 14–18 octobre 2019. Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : demandes présentées par des actionnaires et pertes par ricochet, A/CN.9/WG.III/WP.170.



## La réforme et les pièges à venir

Il est essentiel de réformer le domaine de la portée personnelle des traités pour (1) restaurer la nature réciproque des protections des traités d'investissement et (2) pour éviter que les réformes des normes de fond des traités d'investissement menées par les États ne soient contournées par les investisseurs s'appuyant sur les traités d'ancienne génération restants. Les définitions laxistes de l'investisseur contenues dans les anciens traités et les larges interprétations des définitions même les plus strictes réalisées par les tribunaux arbitraux<sup>15</sup> ont sapé la nature réciproque des engagements au titre des traités d'investissement entre les États. Rien n'empêche un investisseur étasunien de s'appuyer sur les traités d'investissement pour protéger son investissement aux Philippines, alors même que les deux pays ne se sont pas engagés à étendre une telle protection à leurs investisseurs respectifs. Les définitions de l'investisseur, couplées à la convenance de créer des entités légales, transforment de manière artificielle les normes de protection incluses dans les traités d'investissement en obligations *erga omnes* (applicables à tous) pour les États, qui peuvent être invoquées par n'importe quel investisseur, qu'il soit ou non réellement couvert par un traité. S'il est nécessaire de réformer les traités pour inverser cette tendance, le seul libellé des traités pourrait ne pas suffire à restreindre les normes comme le souhaitent les États. Les tribunaux arbitraux continuent de jouer un rôle décisif dans l'interprétation des normes des traités<sup>16</sup>. Cela signifie que même des normes plus strictes peuvent être assouplies par l'interprétation arbitrale. L'une des principales réformes intégrée aux définitions de l'investisseur consiste à exiger d'un investisseur protégé qu'il ait son siège réel ou des activités commerciales substantielles dans le pays d'origine. Pourtant, dans une sentence arbitrale récente dans l'affaire *Mera Investment c. Serbie*, le tribunal a interprété le concept de siège réel comme étant le lieu d'enregistrement, et a permis à une société écran indirectement détenue par des ressortissants de l'État d'accueil de bénéficier du traité d'investissement, alors même que les investisseurs ne disposaient pas de liens

réels avec le pays d'accueil comme l'exige le traité d'investissement pertinent<sup>17</sup>. Aussi, la seule réforme des libellés des traités ne suffira peut-être pas à atteindre les résultats souhaités, compte tenu du modèle actuel de l'arbitrage des investissements.

La deuxième conséquence des définitions actuelles de l'investisseur et des interprétations arbitrales est qu'elles peuvent saper les réformes de fond des traités d'investissement menées par les États d'accueil. Cela s'explique par la capacité des investisseurs d'adopter une nouvelle nationalité d'entreprise, ou de s'appuyer sur une nationalité existante, établie au moyen de filiales ou de sociétés boîte-aux-lettres et fondée sur des liens ténus avec un pays d'origine qui dispose d'un traité d'ancienne génération avec le pays d'accueil. Ainsi, les investisseurs, qui peut-être sont réellement issus d'un pays d'origine ayant récemment signé un traité réformé avec le pays d'accueil, peuvent contourner le traité réformé et s'appuyer sur un traité d'ancienne génération pour lancer leur recours contre le pays d'accueil. De nombreux nouveaux traités d'investissement introduisent des normes de protection plus nuancées et des exceptions à l'application de normes telles que le TJE ou l'expropriation indirecte s'agissant des mesures et politiques adoptées dans l'intérêt public<sup>18</sup>. Par exemple, si un investisseur canadien dans l'UE souhaite éviter les dispositions garantissant le droit du pays d'accueil de réglementer aux fins d'objectifs légitimes de politique publique<sup>19</sup>, il peut s'appuyer sur un traité d'investissement d'ancienne génération signé par l'État membre de l'UE en question et un pays tiers dans lequel l'investisseur peut établir une société écran ou disposer déjà d'une filiale, pour rediriger son investissement avant de lancer un recours et avant même que le différend ne soit raisonnablement envisagé<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> A. Yilmaz Vastardis, *The Nationality of Corporate Investors under International Investment Law* pp.199-206.

<sup>16</sup> Certains nouveaux traités ont pris des mesures pour établir des comités bilatéraux sur les traités ou d'autres procédures pour proposer des interprétations conjointes des textes des traités. Voir par ex. AECG, TBI Corée-Ouzbékistan, article 15.

<sup>17</sup> *Mera Investment Fund Limited c. la République de Serbie*, Affaire CIRDI n° ARB/17/2.

<sup>18</sup> Voir par ex. AECG, article 8(9), TBI Australie-Hong Kong, articles 8 et 15.

<sup>19</sup> AECG, article 8(9).

<sup>20</sup> La question de savoir à quel moment une telle recherche de nationalité devient un abus de droit est contentieuse dans les sentences arbitrales. Pour plus sur la question, voir A. Yilmaz Vastardis, *The Nationality of Corporate Investors under International Investment Law*, pp. 221-222.



## Conclusion

De nombreux États œuvrent actuellement à la réforme de leurs traités d'investissement pour limiter les excès des traités d'ancienne génération. À l'inverse de leurs homologues de première génération, les traités d'investissement les plus récents sont négociés en accordant une plus grande attention aux détails et aux enseignements tirés. Tout État désireux de réformer la totalité de son programme de traités d'investissement doit y consacrer beaucoup de temps. Dans l'intervalle, les définitions de l'investisseur dans les traités, et les larges interprétations de celles-ci par les tribunaux arbitraux peuvent donner aux investisseurs un accès insidieux aux traités d'ancienne génération par le biais de filiales ou de sociétés écrans basées dans des pays tiers. Même si un État réformait la totalité de ses traités, restreignait les définitions de l'investisseur, et incluait des dispositions sur le refus d'accorder des avantages, il existe toujours un risque que les tribunaux arbitraux sapent les objectifs des parties en interprétant mal les concepts en question, comme dans l'affaire *Mera Investment c. Serbie*. Les problèmes liés aux textes des traités d'investissement et à l'influence de l'interprétation décisive des tribunaux arbitraux sur ces textes indiquent que même la modification majeure de l'un des aspects du système des traités d'investissement, en isolation, peut être sapée en l'absence d'une réforme plus systémique.

## Auteure

**Anil Yilmaz Vastardis** est professeure et co-directrice du Essex Business and Human Rights Project, School of Law and Human Rights Centre, de l'Université d'Essex. L'auteure remercie Daria Davitti, Nathalie Bernasconi, Paolo Vargiu et Zoe Phillips Williams de leurs précieux commentaires.

## ARTICLE 6

# Les négociations du traité contraignant sur les droits humains du point de vue du droit international des investissements

Joe Zhang



## La 6ème session

Les négociations du traité contraignant sur les entreprises et les droits de l'homme ont repris la sixième session à Genève, du 26 au 30 octobre 2020. La session s'est tenue au beau milieu de la deuxième vague d'infections liées au coronavirus en Suisse. Contrairement aux sessions précédentes, où la salle des droits de l'homme de 754 places du siège des Nations Unies à Genève était bondée de diplomates et de représentants d'ONG, pour la première fois, la plupart des participants ont pris part à la session par vidéo-conférence ou simplement en suivant la diffusion en ligne en direct.

La pandémie a sans aucun doute freiné la participation présentielle, notamment des États et des organisations intergouvernementales, mais elle n'a pas empêché les délégués de faire part de leurs vues sur la troisième mouture du projet d'instrument juridiquement contraignant (IJC). Malgré les tentatives de la présidence d'intégrer autant que faire se peut une grande partie des observations formulées précédemment par les États tout en essayant de conserver la cohérence de l'IJC, il semblerait que les chances de trouver une base commune entre les États s'amenuisent encore davantage. Comme l'a dit un délégué, les États font face à un dilemme : si, d'une part, il est important de parvenir à un résultat reflétant leur engagement en faveur des valeurs et normes de protection des droits humains les plus élevées, certaines contraintes pratiques doivent d'autre part être reconnues pour garantir que ces normes pourront être mises en œuvre.

## Un sentiment de déjà vu

Les personnes familières des efforts de réforme en cours du droit des investissements dans diverses enceintes auront peut-être le sentiment d'avoir connu de nombreuses discussions similaires à celles tenues lors de la dernière session en date des négociations sur le traité contraignant. L'auteur propose les observations suivantes formulées du point de vue du droit international des investissements, en espérant qu'elles pourront contribuer aux négociations d'un traité contraignant sur les entreprises et les droits humains.

## La portée

L'une des principales questions à laquelle les États doivent répondre à l'heure de développer ou de négocier un traité d'investissement concerne la portée de la couverture de l'accord. Que peut-on considérer comme un investissement pouvant bénéficier de la protection des traités d'investissement ? Un investissement peut-il être protégé s'il n'a pas été établi ou n'opère pas dans le respect des lois de l'État d'accueil ? D'après la base de données de la CNUCED, la plupart des traités d'investissement actuellement en vigueur prévoit de larges définitions de l'investissement et de l'investisseur. Même si certains limitent les protections des traités aux seuls investissements réalisés « conformément aux lois et réglementations » de l'État hôte, la plupart n'aborde pas les questions de non-respect au cours de l'exploitation de l'investissement. Les protections sont donc généralement accordées, indépendamment du comportement de l'investisseur ou de l'investissement<sup>1</sup>. Aussi, les États se voient souvent punis de manière inattendue pour vouloir réguler les investisseurs qui violent leurs obligations en matière de droits humains ou ne respectent pas les normes environnementales<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Pour poursuivre la discussion sur l'intégration des obligations de l'investisseur dans les accords d'investissement, voir IISD (2018), *Integrating Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Trade and Investment Agreements*. Disponible sur <https://www.iisd.org/system/files/material/report-expert-meeting-versoix-switzerland-january-2018.pdf>

<sup>2</sup> Voir par exemple, *Urbaser c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26 et *Bear Creek c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/2





De la même manière, au cours des négociations sur le traité contraignant, les articles relatifs à la portée et aux définitions avaient fait l'objet d'âpres débats. L'article 3 de l'IJC précise que l'instrument s'applique à toutes les « entreprises ». L'article 8 exige en outre des États parties qu'ils reconnaissent la responsabilité des personnes juridiques et physiques en cas d'abus des droits humains découlant de leurs « activités commerciales » ou de leurs « relations commerciales ». Tous ces termes sont largement définis à l'article 1 de l'IJC. Selon les rédacteurs de l'IJC, cette approche expansive avait été adoptée pour veiller à ce que le plus grand nombre d'entreprises puissent être tenues responsables des violations des droits humains découlant de leurs opérations ou de celles de leurs fournisseurs. Certains participants avaient critiqué cette approche au cours des débats, soucieux du fait que les entreprises pourraient crouler sous le poids de certaines de ces obligations relatives aux droits humains. D'autres avaient défendu cette approche, citant les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (les Principes directeurs), puisque le principe 14 reconnaît explicitement que les entreprises, quelle que soit leur nature, leur taille ou leur structure, devraient être tenues responsables de toute violation des droits humains découlant de leurs activités commerciales. Si l'on compare cela aux droits et protections expansifs accordés aux entreprises au titre des traités d'investissement, il paraît dès lors juste d'appliquer la même portée large dans le traité contraignant sur les droits humains pour veiller à ce que ces entreprises respectent des normes minimales relatives aux droits humains dans leurs opérations.

## L'accès à la justice

L'un des principaux objectifs de l'IJC est de « veiller à ce que les victimes d'abus des droits humains aient accès à la justice » (art. 2(1)(c)). Pour ce faire, le projet de texte actuel tente, entre autres, de faciliter l'accès des victimes à une enceinte appropriée où elles pourront faire entendre leurs plaintes, et de leur donner accès à des ressources financières pour leur permettre de déposer une plainte.

S'agissant de l'accès à une enceinte appropriée, la mouture actuelle de l'IJC tente de limiter l'usage de la doctrine du « forum non conveniens » (art. 7(5) et 9(3)), qui a empêché la plupart des victimes de porter plainte contre les sociétés transnationales auprès des tribunaux de leurs pays d'origine pour les violations des droits humains commises dans le pays d'accueil. Certains États se sont dits préoccupés par le fait que cela pourrait permettre aux victimes de pratiquer le « forum shopping », et donner lieu

à des « procédures multiples ».

Il s'agit là de deux questions majeures, qui figurent également dans les processus de réforme en cours de l'arbitrage investisseur-État. En effet, au titre du cadre actuel du droit international des investissements, nous avons vu une prolifération d'affaires d'arbitrage investisseur-État, les affaires étant lancées contre les États dans plusieurs enceintes par les mêmes demandeurs, et fondées sur les mêmes faits. À ce jour, d'après la base de données de la CNUCED, plus de deux tiers des traités d'investissement actuels ne contiennent toujours pas de disposition sur les procédures multiples ou parallèles lancées par les investisseurs étrangers. Pourtant, en parallèle, les victimes d'abus et de violations des droits humains ne disposent pas d'une enceinte alternative leur permettant de recevoir une réparation appropriée pour les torts causés, en particulier lorsque les tribunaux nationaux, qui, dans bien des cas, représentent les moyens les plus efficaces d'obtenir réparation, sont inaccessibles du fait de la doctrine du forum non conveniens.

En outre, dans de nombreux cas, les victimes de violations des droits humains ne disposent pas de suffisamment de ressources financières pour choisir parmi diverses enceintes et pour lancer de multiples procédures. En fait, elles ont souvent du mal à trouver les ressources financières pour lancer ne serait-ce qu'une seule procédure. Toutefois, lorsque la mouture actuelle de l'IJC a proposé d'offrir aux victimes le soutien financier adéquat pour déposer une plainte (art. 15), certains se sont dits préoccupés par la possibilité que cela n'entraîne des recours frivoles. En parallèle, nous assistons à un usage croissant du financement par des tiers dans l'arbitrage investisseur-État. Des bailleurs spéculatifs financent des recours contre les États en échange d'une part des indemnités. Certains fonds vautours en ont même fait une activité dérivée lucrative<sup>3</sup>. Cependant, lorsque cette question est abordée dans les processus en cours de réforme du RDIE, très peu d'États considèrent que cette pratique devrait être interdite, et certains vont même jusqu'à s'opposer aux propositions visant à accroître la transparence et exiger des demandeurs qu'ils divulguent leurs sources de financement.

<sup>3</sup> F. Dafe & Z. Williams (2020). Banking on Courts: The Rise of Third Party Funding of Investment Arbitration. *Review of International Political Economy*. <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290.2020.1764378>



## Les All compatibles avec les droits humains

L'article 14(5) du projet actuel d'IJC impose aux États parties l'obligation de veiller à ce que leurs accords commerciaux et d'investissement soient compatibles avec les droits humains, s'agissant de l'interprétation et de l'application des traités existants, mais aussi de l'élaboration et de la conclusion de nouveaux traités. Toutefois, l'on ne sait pas encore comment cette obligation pourrait être contrôlée ou appliquée, ou dans quelle mesure elle influencera les tribunaux RDIE. Il n'est pas rare que les tribunaux RDIE interprètent mal l'intention des États parties ou ignorent les notes interprétatives<sup>4</sup>. C'est pourquoi l'IJC devrait clarifier que le Comité conjoint (art. 15) est chargé de l'interprétation et l'application d'un accord commercial ou d'investissement aux questions portant sur des violations des droits humains, et que sa décision est contraignante. C'est l'approche adoptée par l'ALE Australie-Chine de 2015 (art. 9(11)(4), 9(11)(6) et 9(18)(3)).

## Conclusion

S'il y a un consensus entre les États qui prennent part aux négociations sur le traité contraignant quant à la nécessité d'améliorer certains éléments clés de la relation entre les entreprises et les droits humains, notamment la responsabilité des entreprises pour les violations des droits humains et l'accès des victimes à des moyens de réparation, il existe également de profonds désaccords quant à la portée et au fond d'un tel traité. Pour certains États, les négociations représentent l'opportunité d'adopter un ensemble uniforme et contraignant de normes en matière de droits humains, pour les États et les entreprises. D'autres États visent plutôt des changements progressifs du droit international actuel des droits humains, par exemple en comblant certaines lacunes, mais en s'abstenant de créer de nouveaux droits ou obligations au titre du droit international.

Finalement, certains États considèrent que les actions prises par les États et les entreprises à titre individuel pour répondre aux préoccupations liées au droits humains sont suffisantes, et que les négociations du traité contraignant pourraient freiner ou même saper ces efforts.

Anthea Roberts, une experte du droit international des investissements qui a suivi le processus de réforme de l'arbitrage des investissements de la CNUDCI, a remarqué que les positions des États pouvaient y être caractérisées de « révolutionnaires, réformistes ou loyalistes », à l'instar de la situation des négociations sur le traité contraignant. Dans le même billet de blog, Roberts remarquait également que « le changement approche ; il s'agit juste de savoir quel changement va survenir, et quand, et comment il se manifestera... peut-être que les États parviendront à se mettre d'accord quant à la nécessité d'aborder ces réformes dans un forum international, même s'ils demeurent incapables de se mettre d'accord (pour le moment au moins) sur la ou les réformes qu'il conviendrait d'adopter ». L'on peut se poser les mêmes questions s'agissant des entreprises et des droits humains.

## Auteur

**Joe Zhang** est conseiller juridique senior auprès du groupe sur la politique et le droit économique à l'IISD.

<sup>4</sup> Voir L. Johnson & M. Razbaeva (2014) State Control over Interpretation of Investment Treaties. [http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/State\\_control\\_over\\_treaty\\_interpretation\\_FINAL-April-5\\_2014.pdf](http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/State_control_over_treaty_interpretation_FINAL-April-5_2014.pdf)



## ARTICLE 7

# Intégrer la responsabilité sociale des entreprises au droit des traités d'investissement et à la pratique de l'arbitrage : progrès ou solution utopique ?

A. Claire Cutler et David Lark



## Introduction

Le droit international de l'investissement fait l'objet d'un contrôle de plus en plus stricte pour diverses raisons<sup>1</sup>. L'une des principales critiques porte sur sa nature asymétrique, car historiquement, ces traités d'investissement accordent aux investisseurs étrangers des droits juridiques de protection forts, sans les responsabilités juridiques correspondantes. Cette critique est renforcée par l'augmentation des recours investisseur-État médiatisés ces dernières années, qui ont mis en lumière les effets directs des droits des investisseurs sur des domaines clés d'intérêt public<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Voir J. Kelsey, D. Schneiderman, et G. Van Harten (2019). *Phase 2 de l'examen du RDIE par la CNUDCI : pourquoi les « autres questions » importent vraiment*. *Investment Treaty News*, 1(20): 8-10.

<sup>2</sup> Diverses affaires récentes ont démontré les interactions critiques des droits des investisseurs et : de la protection de l'environnement (Pacific Rim Cayman LLC c. la République de El Salvador, Affaire CIRDI n° ARB/09/12 ; Bilcon of Delaware Inc. c. le Gouvernement du Canada, Affaire CNUDCI, CPA n° 2009-04) ; de la santé publique (Philip Morris et al. c. la République orientale d'Uruguay, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, Affaire CNUDCI, CPA n° 2012-12) ; du droit à l'eau (Aguas del Tunari SA c. la République de Bolivie, Affaire CIRDI n° ARB/02/3 ; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. & Vivendi Universal, S.A. c. la République d'Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/19) ; des droits des peuples autochtones (Chevron Corporation & Texaco Petroleum c. la République d'Équateur, Affaire CNUDCI, CPA n° 2009-23 ; Border Timbers Limited, et. al c. la République du Zimbabwe, Affaire CIRDI n° ARB/10/25) ; et des droits sociaux (Piero Foresti et. al c. la République d'Afrique du Sud, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/01), entre autres.

Diverses réformes récentes ont tenté de répondre à ce déséquilibre en intégrant largement les principes de la Responsabilité sociale des entreprises (RSE) aux textes des traités d'investissement et à la pratique arbitrale. S'agissant des textes des traités d'investissement, les États choisissent de plus en plus d'intégrer la RSE soit en incorporant dans le préambule des traités un libellé à cet effet, ou en incluant une disposition (ou un chapitre) de fond plus large portant directement sur la RSE. S'agissant de la pratique arbitrale, les États ont maintenant la possibilité d'arguer pour l'irrecevabilité d'un recours investisseur-État sur la base de la conduite de l'investisseur étranger, ou de lancer une demande reconventionnelle contre l'investisseur étranger fondée sur son comportement préjudiciable.

Dans le présent article, nous examinons certains aspects clés de ces réformes récentes du droit et de la pratique des traités d'investissement. Nous arguons, pour conclure, que même si ces réformes sont présentées comme un pas en avant vers le rééquilibrage du droit international de l'investissement, il est nécessaire de mener une réflexion approfondie sur leurs implications pratiques et théoriques plus larges.

## Intégrer la Responsabilité sociale des entreprises au texte des traités d'investissement

Les dispositions relatives à la RSE en tant que devoirs incombant aux États

À l'heure actuelle, les moyens les plus connus d'intégrer la RSE dans le droit international des investissements sont soit au moyen d'un libellé spécifique dans le préambule du traité d'investissement, soit d'une disposition (ou d'un chapitre) spécifique sur la RSE dans le corps du traité.

S'agissant du préambule, la base de données de cartographie de la CNUCED contient actuellement une liste de 223 traités d'investissement, dont 170 sont actuellement en vigueur, qui contiennent « des références aux droits humains, au travail, à la santé,



à la RSE, ou à la pauvreté » dans leur préambule<sup>3</sup>. En théorie, ces inclusions représentent un pas vers l'établissement de normes RSE dans le cadre fondateur du traité d'investissement. Toutefois, si le préambule peut apporter une aide à l'heure d'interpréter l'objet et le but du traité en question, l'on considère généralement qu'il ne produit pas les mêmes obligations de fond que les dispositions contenues dans le corps du traité<sup>4</sup>.

À l'inverse, seuls 40 traités d'investissement, dont 23 sont en vigueur, incluent une disposition (ou un chapitre) distincte dont le libellé promeut l'adoption ou le renforcement des initiatives RSE<sup>5</sup>. Ces dispositions varient largement quant aux termes utilisés, ce qui a des effets à la fois sur le sujet de la responsabilité, et la nature de l'obligation.

Dans la plupart des traités d'investissement, le libellé inclus est non seulement volontaire et vague, mais il traduit aussi une responsabilité supplémentaire pour les États soit de promouvoir les normes RSE, soit de chercher à adopter une législation nationale visant à réguler les abus commis par les investisseurs étrangers. Par exemple, l'article 16 de l'API Canada-Kosovo indique que chaque État « encourage » les entreprises à « intégrer, sur une base volontaire, dans leurs pratiques et politiques internes des normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises [...] [telles que] le travail, l'environnement, les droits de la personne, les relations avec la collectivité, ou la lutte contre la corruption »<sup>6</sup>.

Dans d'autres traités d'investissement, il existe une référence plus directe et affirmative aux instruments internationaux existants relatifs à la RSE. L'article 422 de l'Accord d'association UE-Ukraine, précise que les États « promeuvent la responsabilité sociale et l'obligation de rendre compte des entreprises et encouragent les pratiques commerciales responsables, notamment celles préconisées par [le pacte mondial des

Nations unies, la déclaration de principes tripartite de l'OIT, ainsi que les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de l'OCDE] »<sup>7</sup>. Toutefois, si ce libellé plus directif suggère en théorie une intégration plus forte, ces instruments existants du droit international ont, jusqu'à présent, été très critiqués pour leur libellé trop faible et leur nature volontaire<sup>8</sup>.

Une autre stratégie émergente pour la mise en œuvre de la RSE dans le texte des traités d'investissement consiste à prévoir la compétence extraterritoriale sur les actes commis par les investisseurs étrangers et relevant de leur responsabilité civile. Telle que libellée à l'article 17(2) du modèle de TBI de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC), cette approche oblige les États d'origine à « veiller à ce que leurs systèmes et règles juridiques permettent, et n'empêchent ou ne limitent pas, le lancement d'une procédure judiciaire sur le fond auprès des tribunaux nationaux s'agissant de la responsabilité civile des investisseurs et des investissements, pour les dommages découlant des actions, décisions ou omissions alléguées réalisées par les investisseurs en lien avec leurs investissements sur le territoire de l'État d'accueil »<sup>9</sup>. En théorie, si la disposition est bien libellée, elle peut fournir une réponse forte à la défense commune du forum non *conueniens*<sup>10</sup>.

### Les dispositions relatives à la RSE en tant que devoirs incombant aux investisseurs

Par ailleurs, un petit nombre de traités a explicitement imposé des obligations de fond aux investisseurs étrangers. Le traité d'investissement que le Brésil a récemment conclu avec le Malawi en est un exemple instructif. S'il n'est pas encore en vigueur, le traité inclut une section dédiée à la RSE, l'article 9, qui prévoit que « les investisseurs et leurs investissements *mettent en œuvre tous leurs efforts* pour respecter les principes et normes volontaires suivants relatifs à la conduite responsable des entreprises, en conformité avec les lois adoptées par l'État partie accueillant l'investissement »<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> CNUCED (2020). *Investment Policy Hub: Mapping of IIA Content*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iiia-mapping>

<sup>4</sup> Dumberry, P. (2013). *How to incorporate human rights obligations in investment treaties?* Investment Treaty News (22 mars). <https://www.iisd.org/itm/en/2013/03/22/how-to-incorporate-human-rights-obligations-in-bilateral-investment-treaties/>

<sup>5</sup> CNUCED (2020). *Investment Policy Hub: Mapping of IIA Content*.

<sup>6</sup> Voir *Accord Canada- Kosovo concernant la promotion et la protection des investissements*, article 16. <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/kosovo/fipa-apie/text-texte.aspx?lang=fra>

<sup>7</sup> Voir Accord d'association UE-Ukraine, article 422. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0529(01)&from=EN)

<sup>8</sup> Cutler et Lark (2020). The hidden costs of law in the governance of global supply chains: the turn to arbitration, *Review of International Political Economy*, DOI: 10.1080/09692290.2020.1821748

<sup>9</sup> Voir Modèle de traité bilatéral d'investissement de la SADC, format et note (2012), p. 37-38. <https://www.iisd.org/itm/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Accord de coopération et de facilitation des investissements Brésil-Malawi, article 9. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4715/download>



L'article 9 énumère ensuite une série de principes et de normes relatifs à la conduite des investisseurs étrangers, couvrant divers sujets, tels que le développement durable, les droits humains, l'emploi local et l'engagement communautaire, la gouvernance des entreprises et les pratiques d'auto-régulation, la santé publique et le respect des activités et processus politiques locaux. L'on trouve des dispositions similaires dans le Protocole de facilitation des investissements intra-MERCOSUR de 2017, le Code panafricain des investissements de 2016, et le TBI Argentine-Qatar de 2016.

Il est important de noter, toutefois, que le libellé inclus dans ces traités reste vague et sur une base volontaire de par la terminologie employée, mais aussi par les références vagues aux « *normes internationalement reconnues* ». Comme précédemment, malgré la valeur théoriques de ces inclusions, l'on peut se demander si, dans la pratique, elles renforcent la possibilité de demander des comptes aux investisseurs étrangers, ou si au contraire, elles accentuent l'ambiguïté, la complexité, et la marge interprétative discrétionnaire de la pratique arbitrale.

À l'inverse, le TBI Maroc-Nigeria prévoit un libellé plus direct, explicite et complet sur les obligations des investisseurs étrangers, inclus dans le corps du traité<sup>12</sup>. En effet, plutôt que d'« *encourager* », le traité indique que les investisseurs « *doivent respecter* » les obligations RSE ; il étend également la portée des activités couvertes à l'évaluation d'impact (article 14), à la lutte contre la corruption (article 17), à la gestion de l'environnement après cessation des activités, aux droits humains, au droit du travail, au droit de l'environnement (article 18), à la gouvernance et la pratique des entreprises (article 19), et à la responsabilité civile dans le pays d'origine (article 20). Le traité va encore plus loin et inclut une obligation dynamique, qui prévoit que « *lorsque les normes de la responsabilité sociale des entreprises se renforcent, les investisseurs s'efforcent d'appliquer et d'atteindre les normes les plus élevées* » (article 24)<sup>13</sup>. Si ce traité n'est pas encore en vigueur, il représente un

progrès plus complet en faveur de l'établissement de normes claires sur l'obligation de rendre compte des investisseurs étrangers.

## Intégrer la RSE à la pratique arbitrale

### La RSE en tant que motif d'irrecevabilité

L'intégration croissante de libellés RSE dans les traités d'investissement a également coïncidé avec l'évolution progressive de la pratique arbitrale. Si l'on ne peut aborder dans le détail, dans le cadre du présent article, l'évolution de la jurisprudence sur la question, plusieurs affaires récentes suggèrent que les tribunaux arbitraux reconnaissent de plus en plus la conduite d'un investisseur étranger comme un motif justifiant l'infirmité de leur compétence et/ou l'irrecevabilité d'un recours RDIE.

Dans plusieurs affaires menées jusqu'à présent, les arbitres ont reconnu l'importance de la conduite de l'investisseur étranger, et évoquent une « *norme minimale de diligence sociale des entreprises* », qui inclut les principes des « *maisons* », un « *devoir de transparence* » et « *l'enrichissement illégitime* »<sup>14</sup>. Comme l'indique l'analyse détaillée de cette tendance par Monebhurrin,

« *l'inclusion [d'une obligation RSE] imposée aux entreprises dans les accords d'investissement a sans aucun doute jeté les bases et représente le premier pas vers la construction – certainement lente – d'une doctrine d'une norme minimale de diligence sociale des entreprises : dans cette hypothèse, les investisseurs doivent faire preuve d'une diligence (sociale) minimale pour pouvoir invoquer l'application d'un accord d'investissement* »<sup>15</sup>.

Cet optimisme pourrait toutefois être prématuré. Comme le démontre les décisions RDIE existantes, la reconnaissance des obligations des investisseurs étrangers dans le cadre de l'arbitrage a été particulièrement incohérente et pour le moins ambiguë, s'avérant prometteuse seulement dans les cas de corruption manifeste, plutôt que dans les cas liés aux droits humains, au travail ou aux dommages à l'environnement<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Voir une discussion du nouveau modèle de TBI du Maroc, <https://www.iisd.org/itn/fr/2020/06/20/morocco-new-model-bit-innovative-features-and-policy-considerations-hamed-el-kady-yvan-rwananga/>

<sup>13</sup> Accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la République fédérale du Nigeria sur la promotion et la protection réciproques des investissements, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>

<sup>14</sup> Pour une analyse détaillée de l'évolution des normes de diligence sociale des entreprises, voir Monebhurrin, N. (2017). Mapping the duties of private companies in international investment law. *Brazilian Journal of International Law*, 14(2), 50-71.

<sup>15</sup> Ibid, 60.

<sup>16</sup> Pour une analyse de l'incohérence des responsabilités des investisseurs étrangers dans la pratique arbitrale, voir Marcoux, J.M. (2019). *International investment law and globalization: Foreign investment, responsibilities and international organizations*. Routledge Press: 54-59.



## La RSE en tant que fondement des demandes reconventionnelles ?

Un autre développement dans la pratique arbitrale repose sur la possibilité pour les États de lancer des demandes reconventionnelles contre les investisseurs étrangers. Si les résultats des demandes reconventionnelles dans le cadre d'affaires de RDIE ont été mitigés, certains éléments suggèrent que ces demandes pourraient devenir un nouveau mécanisme innovant permettant aux États de demander réparation pour la conduite des investisseurs étrangers.

Dans *Urbaser c. Argentine*, qui abordait entre autres le « droit humain à l'eau », le gouvernement argentin avait lancé une demande reconventionnelle arguant que le concessionnaire des services d'eau n'avait pas suffisamment investi pour garantir un accès adéquat à l'eau pour la population<sup>17</sup>. Si la sentence a été abordée dans le détail par ailleurs, il vaut la peine de mentionner certaines conclusions ici<sup>18</sup>.

D'abord, s'agissant de la question de savoir si le tribunal avait compétence sur la demande reconventionnelle contre l'investisseur étranger, le tribunal rejeta l'argument selon lequel l'investisseur n'avait pas consenti à la possibilité des demandes reconventionnelles dans le cadre du traité d'investissement. Le tribunal affirma au contraire qu'« il n'existe pas de disposition indiquant que l'État d'accueil de l'investissement n'aurait pas le droit au titre du TBI » de lancer une demande reconventionnelle relative à la conduite de l'investisseur étranger<sup>19</sup>. Ce faisant, le tribunal affirma qu'un investisseur étranger pouvait se voir imposer des obligations juridiques fortes dans le contexte d'un recours RDIE.

Ensuite, le tribunal rejeta l'argument plus large selon lequel les investisseurs étrangers ne sont pas des « sujets formels du droit international », notamment s'agissant du fait d'avoir des responsabilités internationalement reconnues portant sur les cadres globaux du droit public international. Dans sa décision, le tribunal affirma que

« l'on ne peut continuer de croire que les entreprises œuvrant à l'internationale ne sont pas des sujets du droit international »<sup>20</sup>. Si le tribunal rejeta la demande reconventionnelle de l'Argentine sur le fond, l'affaire démontre toutefois la possibilité d'élaborer le texte d'un traité en incluant des obligations positives pour l'investisseur, et exécutoires dans les affaires RDIE.

Dans une autre affaire, *Burlington Resources c. Équateur*, la demande reconventionnelle relative aux dommages à l'environnement et aux infrastructures découlant de la conduite de l'investisseur étranger a été fructueuse<sup>21</sup>. S'appuyant à la fois sur le droit national de la responsabilité civile et sur le droit international plus large, l'Équateur réclamait initialement 2,8 milliards USD à titre d'indemnisation, affirmant que l'entreprise n'avait pas maintenu en état l'infrastructure de l'investissement, entraînant des dommages environnementaux importants, exigeant une réhabilitation coûteuse du sol et des eaux souterraines. Après avoir mené une analyse site par site des coûts de la remise en état environnementale, le tribunal accorda à l'Équateur 39,2 millions USD pour la réhabilitation environnementale, et 2,5 millions USD pour les dommages aux infrastructures<sup>22</sup>. Si le montant de la demande reconventionnelle était significativement moindre que le montant initialement réclamé, et que le recours RDIE original a malgré tout été tranché en faveur de l'investisseur pour près de 380 millions USD, cette affaire est souvent utilisée pour illustrer le potentiel des demandes reconventionnelles dans le contexte d'un recours RDIE.

## Les promesses et limites de la réforme : progrès ou solution utopique ?

Dans leur ensemble, les réformes présentées ci-dessus du droit et de la pratique des traités d'investissement offrent certaines voies prometteuses pour rééquilibrer le droit international de l'investissement, grâce à l'intégration de la responsabilité sociale des entreprises. Toutefois, il existe aussi quelques limites éventuelles à ces réformes, en théorie et en pratique, qui méritent une plus grande attention.

<sup>17</sup> *Urbaser S.A. et Consorcio de Agua Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa c. La République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26.

<sup>18</sup> Voir Cutler et Lark (2020). The hidden costs of law in the governance of global supply chains: the turn to arbitration, *Review of International Political Economy*, DOI: 10.1080/09692290.2020.1821748

<sup>19</sup> Ibid., Décision, para. 1183.

<sup>20</sup> Ibid., Décision, para. 1195.

<sup>21</sup> *Burlington Resources Inc. c. la République d'Équateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5.

<sup>22</sup> Ibid., Award, para. 468.



D'abord, comme indiqué plus haut, les libellés RSE sont largement de nature volontaire. L'on peut donc se demander dans quelle mesure ces dispositions pourraient être utilisées en pratique ; par ailleurs, cela renforce l'ambiguïté quant aux normes applicables du droit et à la manière de les intégrer. En effet, à ce jour, très peu d'éléments suggèrent que les dispositions RSE seront invoquées de manière cohérente en pratique. Cela devrait susciter d'autres doutes : ces avancées opèrent-elles réellement de manière à rééquilibrer le droit international des investissements, ou, au contraire, servent-elles à légitimer encore davantage les normes volontaires en place plutôt que des alternatives plus transformatives.

Ensuite, l'intégration de ces normes ne résout guère les problèmes fondamentaux liés à la cohérence, la participation et à la transparence de la pratique arbitrale. Si des réformes portant sur la procédure et l'accès des tierces parties sont menées par ailleurs, la nature des réformes abordées plus haut accorde un pouvoir interprétatif et une discrétion plus grands à des tribunaux arbitraux transnationaux sur le caractère approprié de la conduite des investisseurs étrangers, et n'apporte pas d'accès réel ou explicite à ceux directement affectés par les violations de la RSE. Par conséquent, l'on peut se demander si les tribunaux arbitraux sont plus appropriés que les tribunaux nationaux pour entendre et trancher les plaintes liées aux violations de la RSE, même si c'est dans le cadre de la défense des États.

Finalement, nous arguons que les réformes doivent être conceptualisées dans le cadre théorique plus large des relations commerciales et d'investissement dans l'économie politique mondiale. Par essence, les réformes présentées plus haut ne problématissent pas, mais renforcent plutôt les hypothèses dominantes quant à la nécessité et aux effets des politiques visant à libéraliser les flux d'investissement au moyen de traités commerciaux et d'investissement de plus en plus larges. Comme nous l'expliquons dans l'article que nous avons récemment publié dans *Review of International Political Economy*, il en résulte que ces réformes considérées comme un progrès pourraient au contraire légitimer davantage les disciplines néolibérales dans lesquelles les États sont enfermés, tout en occultant et en renchérissant les coûts liés à l'expansion du capitalisme transnational<sup>23</sup>.

## Auteurs

**A. Claire Cutler** est Professeure de relations internationales et de droit international au département de sciences politiques de l'Université de Victoria, au Canada. Dans son enseignement et sa recherche, elle se concentre sur le développement d'une économie politique critique du droit privé et droit public international et l'évolution des pouvoirs dans le monde. Elle a publié, entre autres, *The Politics of Private Transnational Governance by Contract* (Routledge 2017) et *New Constitutionalism and World Order* (Cambridge University Press 2014).

**David Lark** est chargé de cours et doctorant en sciences politiques à l'Université de Victoria, au Canada. Dans son enseignement et sa recherche, il se concentre sur les intersections (et les oppositions) critiques des pouvoirs publics et privés dans l'élaboration et la pratique du droit international et de la gouvernance transnationale.

<sup>23</sup> Voir Cutler et Lark (2020). The hidden costs of law in the governance of global supply chains: the turn to arbitration, *Review of International Political Economy*, DOI: 10.1080/09692290.2020.1821748



## NOUVELLES EN BREF

### Le filtrage de l'investissement dans l'UE

Le mécanisme de filtrage de l'investissement étranger de l'UE est devenu opérationnel le 11 octobre 2020. Comme nous l'avions [annoncé](#), des orientations relatives aux mécanismes de filtrage, qui sont mis en œuvre par les États membres à titre individuel, ont été publiées en mars 2020 suite à l'entrée en vigueur en 2019 du [Règlement pour le filtrage des IDE](#).

Depuis avril 2019, la CE et ses États membres préparaient la mise en œuvre du cadre de filtrage en créant un mécanisme d'échange d'informations sur les projets d'IDE assujettis au filtrage ; en développant des procédures pour la gestion des IDE pouvant poser un risque sécuritaire ; en mettant à jour une liste de « projets et programmes présentant un intérêt pour l'Union » sur laquelle la CE émettra des avis que les États membres [devront suivre](#) à l'heure d'évaluer l'investissement étranger dans ces projets. Il s'agit des projets et programmes « dans lesquels les financements de l'Union représentent un montant considérable ou une part significative ou ceux qui sont couverts par le droit de l'Union en ce qui concerne les infrastructures critiques, les technologies critiques ou les intrants critiques qui sont essentiels pour la sécurité et l'ordre public », d'après un [amendement](#) de l'annexe du Règlement de 2019.

Récemment, [l'Allemagne](#) et [l'Irlande](#) ont toutes deux renforcé leurs critères de filtrage de l'IDE, conformément au règlement de l'UE.

### Alors que les négociations relatives à la modernisation du Traité sur la Charte de l'énergie se poursuivent, la CE suggère qu'elle pourrait aussi s'en retirer

Le 2 décembre 2020, en [réponse](#) aux questions soulevées par des membres du parlement européen, la CE a suggéré que l'UE pourrait se retirer du TCE.

La Commission a notamment indiqué que si les efforts de modernisation de l'accord ne satisfont pas aux objectifs fondamentaux de l'UE en matière d'environnement, tel que l'alignement sur l'Accord de Paris, « dans un délai raisonnable », elle pourrait envisager de se retirer du traité.

Le dernier cycle en date de négociations sur la modernisation du TCE s'est tenu par vidéo conférence, du 3 au 6 novembre 2020.

[D'après](#) le TCE, les négociations ont mis l'accent sur les dispositions relatives aux activités préinvestissement et aux organisations régionales, et sur les dispositions obsolètes, tout en poursuivant les discussions sur les sujets abordés lors des cycles précédents, notamment les définitions de l'investisseur et de l'investissement et d'autres normes de protection de l'investissement, les recours frivoles, le financement par des tiers, et le cautionnement pour frais.

Comme nous l'avions [annoncé](#), le TCE a publié un document en 2019 présentant les points de vue des différents membres soutenant ces questions.

Un rapport d'étape, sur lequel nous ferons le point, sera distribué à l'occasion de la Conférence de la Charte de l'énergie prévue en fin d'année. Le prochain cycle de discussions est prévu pour février ou mars 2021.





## Les dirigeants des pays d'Asie-Pacifique signent le RCEP

Le 15 novembre 2020, quinze pays d'Asie-Pacifique ont signé le **Partenariat économique régional global (RCEP)**, près d'un an après la clôture des négociations.

Les signataires incluent les 10 pays membres de l'Association des nations d'Asie du Sud-Est (ANASE) et leurs six partenaires ALE, l'Australie, la Chine, la Corée du Sud, l'Inde, le Japon et la Nouvelle-Zélande. L'Inde s'est retiré des négociations en 2019, **officiellement** pour protéger ses industries nationales.

Le **chapitre 10** de l'accord couvre l'investissement, et inclut des définitions standards de l'investisseur et de l'investissement (mais exclut les marchés publics), ainsi que des dispositions de fond sur l'investissement. Le chapitre inclut également des sections sur la promotion et la facilitation de l'investissement, notamment, à l'article 10(17)(1)(d), l'engagement d'établir ou de conserver des « points de contacts, des centres uniques de l'investissement, des points focaux ou d'autres entités... chargés d'apporter une aide et des services conseils aux investisseurs », et, le cas échéant, de résoudre à l'amiable les différends entre investisseurs et entités publiques.

Remarquons qu'à l'heure actuelle, l'accord n'inclut pas le RDIE. L'article 10(18) prévoit toutefois une procédure permettant aux parties de lancer des discussions sur la nécessité ou non d'inclure le RDIE, et d'appliquer l'interdiction de l'expropriation contenue dans le traité aux mesures fiscales. Ces discussions devraient avoir lieu dans les deux années à venir. Par ailleurs, le RCEP confirme l'existence de traités déjà en cours entre les signataires, dont bon nombre inclut des dispositions RDIE.

Les signataires disposent de deux années pour ratifier le traité.

## Réunion pré-intersession du Groupe de travail III de la CNUDCI sur le recours à la médiation dans le RDIE

Le 9 novembre 2020, l'Académie asiatique du droit international a organisé un événement virtuel sur le recours à la médiation dans le règlement des différends investisseur-État. Il s'inscrit dans une série d'événements organisés par la CNUDCI en parallèle des réunions officielles du Groupe de travail III sur la réforme du règlement des différends investisseur-État.

La médiation désigne un processus « par lequel les parties cherchent à parvenir à un règlement amiable de leur différend avec l'aide d'un ou de plusieurs tiers (« le médiateur ») qui n'ont pas le pouvoir de leur imposer une solution »<sup>1</sup>. Le médiateur a pour objectif d'aider les parties à atteindre une solution mutuellement acceptable permettant de résoudre leur différend. Si les parties ne peuvent atteindre un accord, l'une ou l'autre des parties peut choisir de poursuivre ses efforts pour résoudre le différend par le biais d'une autre voie, par exemple par l'arbitrage investisseur-État. La médiation est un sujet d'actualité dans le droit économique international : en 2016, le secrétariat de la Charte de l'énergie a adopté le Guide sur la médiation en matière d'investissement<sup>2</sup> ; en 2018, le CIRDI a entamé des travaux sur un nouvel ensemble de règles relatives à la médiation investisseur-État<sup>3</sup> ; et en septembre 2020, la Convention de Singapour sur la médiation est entrée en vigueur<sup>4</sup>. Dans le contexte du groupe de travail III de la CNUDCI, les pays en développement et les pays développés sont favorables à un recours croissant à la médiation dans les différends investisseur-État.

L'événement de six heures organisé par l'Académie asiatique du droit international incluait plus de vingt intervenants, soutenus par quatre documents de fond volumineux<sup>5</sup>. Malgré le nombre d'intervenants, plusieurs thèmes communs se sont dégagés. Les intervenants étaient généralement d'accord que l'usage accru de la médiation dans les différends investisseur-État serait une bonne chose. La médiation est par ailleurs considérée comme étant plus rapide, moins coûteuse et plus souple que l'arbitrage investisseur-État. Et elle permettrait également aux investisseurs et aux États d'accueil de garder les différends investisseur-État « sensibles » confidentiels, par opposition à la tendance en faveur d'une plus grande transparence dans l'arbitrage investisseur-État. Plus important, la médiation permettrait davantage d'obtenir des solutions mutuellement satisfaisantes que l'arbitrage investisseur-État.



Cette représentation positive de la médiation est quelque peu paradoxale. Il n'y a que très peu d'exemples connus de médiation investisseur-État. À l'inverse, il existe maintenant plus d'un millier d'affaires d'arbitrage investisseur-État connues. Pourquoi alors la médiation n'est-elle pas utilisée plus largement ?

Pour de nombreux intervenants, la réponse est qu'il existe de nombreux obstacles à un usage accru de la médiation, principalement liés à la capacité et à la volonté des États de participer. Ces obstacles incluent :

- L'absence de mandat juridique explicite au titre des traités d'investissement et du droit national quant au recours à la médiation ;
- La méconnaissance de la médiation par les représentants gouvernementaux ; et
- Les obstacles bureaucratiques, tels que les difficultés liées à la coordination des multiples agences gouvernementales pouvant être impliquées dans le différend, et de veiller à ce que les personnes représentant l'État dans la médiation disposent du pouvoir de négocier et de régler le différend au nom de l'État.

Divers panels ont discuté de la manière de surmonter ces obstacles, et ont également mené une discussion technique plus détaillée sur l'interface entre la médiation et l'arbitrage investisseur-État.

Cette discussion illustre un postulat sous-jacent de l'évènement : la médiation devrait être plus largement disponible en tant que *mécanisme supplémentaire* en parallèle de l'arbitrage investisseur-État (ou, dans le cas de la proposition de l'UE, en tant que mécanisme supplémentaire en parallèle de la possibilité de lancer un différend investisseur-État auprès d'un tribunal multilatéral des investissements). L'un des intervenants a par exemple mentionné la possibilité des recours RDIE de plusieurs milliards de dollars et expliqué qu'un État faisant face à un tel recours pourrait bénéficier d'un règlement à l'amiable pour une fraction du coût. Il n'y a toutefois pas eu de discussion sur les manières alternatives de réduire les risques associés aux larges recours RDIE, telles qu'une réforme profonde du contenu des traités d'investissements, ou sur la question clé de savoir si l'usage accru de la médiation devrait être encouragé en priorité, ou en conjonction avec ces réformes.

Cela témoigne d'un manque d'intérêt pour les éventuels inconvénients de l'usage accru de la médiation dans les différends investisseur-État. Des intervenants ont indiqué que certains différends investisseur-État ne sont

pas appropriés pour la médiation, par exemple ceux qui impliquent des intérêts publics importants, mais les défis pratiques découlant du fait que les intérêts publics et les considérations commerciales sont souvent étroitement liées dans les différends investisseur-État n'ont pas été abordés en profondeur. Plusieurs intervenants ont pointé du doigt les tensions entre la médiation, souvent confidentielle, et les efforts en faveur de plus de transparence dans le RDIE, sans toutefois apporter de solution. La possibilité que certains obstacles à la participation des États dans la médiation puissent appuyer des fonctions importantes d'intérêt public a été négligée : par exemple, les limites imposées à la capacité des représentants gouvernementaux d'autoriser le transfert de fonds à des investisseurs étrangers après la conclusion d'un accord de règlement pourrait soutenir la fonction importante de réduction de la corruption, même s'ils rendent la médiation plus fastidieuse que dans un contexte purement commercial.

Mais cela ne veut pas dire que l'usage de la médiation dans les différends investisseur-État devrait être découragée. Au contraire, les États qui évaluent le rôle que la médiation devrait jouer dans les différends investisseur-État devraient examiner *tant* les avantages éventuels *que* les risques potentiels découlant de son usage.

<sup>1</sup> Convention de Singapour sur la médiation (2018), art. 2(3).

<sup>2</sup> <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>

<sup>3</sup> <https://icsid.worldbank.org/services-arbitration-investor-state-mediation>

<sup>4</sup> <https://www.singaporeconvention.org/media/media-release/2020-09-12-singapore-convention-on-mediation-enters-into-force>

<sup>5</sup> Les lecteurs désireux d'obtenir un résumé plus détaillé de l'évènement peuvent consulter ces documents de fonds, qui offrent un bon résumé du contenu et de la teneur de l'évènement, <https://aail.org/uncitral-wgiii-virtual-pre-interessional/?fbclid=IwAR1YP-hIYynBEbmX5t4XAdidBaz7PqwWYhEuepvplxeQFrW951ZOIwcz6pQ>. L'enregistrement complet de l'évènement est également disponible en ligne sur <https://aail.org/past-event-2020-uncitral-wgiii/>.



## Lancement de l'Accélérateur de la réforme des AII

L'Accélérateur de la réforme des AII de la CNUCED a été lancé en novembre 2020.

L'Accélérateur est un outil visant à faciliter le processus de modernisation du stock existant de traités d'investissement d'ancienne génération. Il est conçu pour aider les pays à surmonter les difficultés actuelles de la réforme des AII, en suggérant des options concrètes pour réformer les dispositions centrales des AII. Ce faisant, l'Accélérateur propose un outil pour la coordination, les discussions thématiques et la recherche de consensus sur des actions de réformes conjointes entre de multiples pays. Il vise à uniformiser les règles du jeu pour les décideurs politiques et les négociateurs de traités en mettant à disposition directe les dernières « connaissances sur la réforme des AII » et la pratique récente des traités. L'Accélérateur est soutenu par cinq éléments, qui orientent et favorisent les changements nécessaires du régime des AII : (1) un positionnement en faveur du développement durable, (2) les principes et options élaborés dans le cadre des précédents outils politiques de réforme des AII de la CNUCED, (3) la flexibilité d'« adapter et d'adopter » les options en fonction des besoins spécifiques des pays, (4) l'apprentissage collectif par les pairs, et (5) le renforcement des compétences.

L'Accélérateur de la réforme des AII de la CNUCED se centre sur huit dispositions clés des AII : (1) la définition de l'investissement, (2) la définition de l'investisseur, (3) le traitement national, (4) le traitement NPF, (5) le TJE, (6) la protection et la sécurité intégrales, (7) l'expropriation indirecte, et (8) les exceptions liées à la politique publique. Les dispositions de fond choisies sont celles qui sont le plus invoquées dans les recours RDIE, y compris pour contester des mesures véritablement d'intérêt public, telles que celles visant la protection de la santé publique ou de l'environnement. Ce sont également celles qui ont un impact significatif sur le développement durable ou affectent la capacité de l'État d'accueil de réglementer dans l'intérêt du développement durable. Toutefois, compte tenu que la réforme des AII représente une tâche bien plus étendue, l'Accélérateur de la réforme des AII est conçu comme un point de départ et un document évolutif qui sera régulièrement mis à jour et affiné, notamment grâce à l'ajout d'autres dispositions des traités.

Pour chacune des huit dispositions, l'Accélérateur propose un menu d'options favorables au développement durable. L'Accélérateur propose, pour chaque option,

un modèle de libellé prêt-à-l'emploi mettant en œuvre une approche de réforme, et fondé sur un échantillon de traités et modèles d'AII existants. Le choix de l'échantillon tient compte de la représentation géographique des parties au traité et de leur niveau de développement. Chaque libellé modèle et option de réforme est accompagné d'annotations et de commentaires explicatifs qui mettent en lumière son objectif, ainsi que les interactions entre diverses options. L'utilisation de l'Accélérateur génère plusieurs possibilités : pour une interprétation conjointe, un amendement ou le remplacement d'anciennes dispositions du traité. Enfin, il permet aux pays de mener à bien ces réformes à l'échelon bilatéral, régional ou multilatéral.



## SENTENCES ET DÉCISIONS

### Un tribunal du CIRDI rejette le recours fondé sur le déni de justice contre la République du Panama

*Bridgestone Licensing Services, Inc. et Bridgestone Americas, Inc. c. la République du Panama, Affaire CIRDI n° ARB/16/34*

#### Marios Toka

Le 14 août 2020, un tribunal du CIRDI s'est penché sur le fond de l'affaire relative à une violation alléguée de la clause TJE contenue à l'article 10(5)(1) de l'Accord de promotion du commerce (APC) États-Unis-Panama. Le tribunal affirmait que les deux demandeurs avaient qualité pour présenter un recours fondé sur le déni de justice, qui est un élément du TJE, malgré le fait que Bridgestone Americas Inc. (BSAM) n'était pas partie à la procédure juridique originale au cours de laquelle le déni de justice aurait soi-disant eu lieu. Au final, le tribunal rejeta toutefois le recours sur le fond.

#### Le contexte et les recours

Les demandeurs, Bridgestone Licensing Services, Inc (BSLS) et BSAM, sont des filiales étasuniennes de l'entreprise nipponne BSJ. Aussi, le Bridgestone Group of Companies mène des activités commerciales de fabrication et de vente de pneus sous les marques FIRESTONE et BRIDGESTONE. Ces marques déposées sont toutes deux enregistrées au Panama. BSLS est la propriétaire de ces marques déposées, et a accordé une licence à BSAM pour les utiliser au Panama (para. 118 à 122).

En 2002, Muresa Intertrade S.A. (Muresa), a déposé une demande d'enregistrement de la marque déposée de pneus RIVERSTONE au Panama. BSJ et BSLS ont lancé des procédures en opposition à l'enregistrement de la marque RIVERSTONE, du fait du risque de confusion. Ces procédures ont été infructueuses. BSJ et BSLS ont donc fait appel, avant de retirer la demande d'appel en septembre 2006.

En septembre 2007, un distributeur de pneus RIVERSTONE avait lancé un recours en responsabilité civile contre BSJ et BSLS, au motif que les procédures d'opposition à l'enregistrement de la marque avait entraîné des pertes. Ce recours fut rejeté en première instance, et en appel. La décision a par la suite été

renversée par la Cour suprême, qui accorda des dommages de 5 millions USD contre BSJ et BSLS (para. 128). Selon la Cour suprême, BSJ et BSLS étaient coupables d'un comportement irresponsable et de mauvaise foi dans le cadre des procédures juridiques, ce qui constitue un délit civil au titre de l'article 217 du code judiciaire de la République de Panama.

Dans sa décision de culpabilité, la Cour suprême avait accordé une grande importance à une lettre adressée à Muresa par les représentants juridiques de Bridgestone (le courrier Foley)(para. 411). Dans ce courrier, les représentants juridiques de Bridgestone affirmaient que si Muresa ne s'abstenait pas de vendre ses produits, Bridgestone lancerait des procédures d'opposition dans plusieurs pays contre l'enregistrement de la marque RIVERSTONE. La recevabilité et l'évaluation de ce courrier comme preuve par la Cour suprême panaméenne constituait l'un des principaux arguments des demandeurs (para. 474 et 475).

#### Le tribunal rejette l'objection du défendeur selon laquelle le demandeur n'avait pas qualité pour lancer un recours fondé sur le déni de justice

Le défendeur arguait que BSAM n'avait pas qualité pour présenter un recours fondé sur le déni de justice, puisqu'elle n'était pas elle-même partie aux procédures au cours desquels le déni de justice aurait eu lieu. Le défendeur basait cet argument sur deux points fondamentaux, entre autres. Le premier était que l'épuisement des voies de recours internes est un prérequis à tout recours fondé sur le déni de justice ; et pour épuiser une voie de recours spécifique, il faut la suivre jusqu'au bout. Le deuxième est que si une partie refuse de suivre une voie de recours ou un argument jusqu'au bout, elle ne peut arguer en faveur d'un déni de justice (para. 144 à 148).

Le tribunal confirma que la position du défendeur reflétait le droit international, mais il clarifia que celle-ci ne pouvait pas automatiquement être appliquée à un recours au titre du traité d'investissement applicable, qui protège expressément « les investissements couverts » et non pas « les investisseurs ». Le tribunal fit référence à l'article 10(5)(1) de l'APC, le fondement juridique du recours des demandeurs, et souligna que celui-ci portait sur le traitement devant être accordé à



« l'investissement » couvert, et non pas à « l'investisseur ». Il conclut donc que la question pertinente n'était pas de savoir si BSAM avait subi un déni de justice, mais plutôt de savoir si l'investissement s'était vu refuser le traitement juste et équitable (para. 165-169).

#### Le tribunal rejette l'argument du déni de justice mis en avant par les demandeurs

À l'heure d'évaluer les arguments des parties, le tribunal clarifia d'abord qu'il n'avait pas vocation à agir en tant que mécanisme d'appel (para. 410). Ainsi, les éventuelles déficiences dans l'application des règles procédurales panaméennes ne motivaient pas un recours fondé sur le déni de justice. Le tribunal souligna que seule une erreur flagrante de droit pourrait équivaloir, ou même contribuer à un déni de justice (para. 474).

L'argument des demandeurs en faveur du déni de justice impliquait (i) la recevabilité et l'évaluation erronées alléguées comme preuve du courrier Foley, et (ii) la négligence supposée du principe de la chose jugée.

S'agissant de la recevabilité erronée alléguée de preuves, le tribunal ne tira pas de conclusion définitive quant au caractère exact ou non de la décision de la Cour suprême, et ne trouva pas dans le même temps de preuves d'un déni de justice. . Même si le tribunal considérait que la Cour suprême avait donné un poids injustifié au courrier Foley, cela ne constituait pas en soi un motif de déni de justice (para. 474).

Le tribunal examina également l'argument des demandeurs selon lequel, en concluant que les procédures juridiques avaient été lancées de mauvaise foi, la Cour suprême avait négligé le principe de la chose jugée. Les demandeurs arguèrent que dans la procédure d'opposition à l'enregistrement de la marque, il avait déjà été établi que la procédure avait été lancée de bonne foi, ce qui constituait un prérequis à sa recevabilité. Après examen de la loi panaméenne, le tribunal conclut que le principe n'était pas applicable. Il fit cependant remarquer que « l'on aurait pu attendre de la Cour suprême qu'elle fasse une remarque à ce sujet » (para. 483).

Le tribunal reconnut au final qu'une sentence reconnaissant BSJ et BSL coupables pour la simple raison qu'elles ont exercé leur droit procédural à s'opposer à l'enregistrement d'une marque déposée aurait en effet été surprenante. Cela dit, le raisonnement de la Cour suprême était compréhensible, malgré ses éventuels défauts. Le tribunal rejeta donc les recours (para. 547).

*Remarques* : le tribunal était composé de Lord Nicholas Phillips Baron of Worth Matravers (président, britannique), d'Horacio A. Grigera Naón (nommé par les demandeurs, d'Argentine) et de J. Christopher Thomas (nommé par le défendeur, du Canada). La décision, datée du 14 août 2020 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11771.pdf>

**Marios Tokas** est un juriste en droit international basé à Genève. Il termine actuellement son Master en droit international auprès du Graduate Institute of International and Development Studies. Il est chercheur associé auprès du Centre for International Sustainable Development Law.

### Dans une autre affaire portant sur l'énergie contre l'Italie, un tribunal CIRDI rejette tous les recours sur le fond au motif que l'Italie a agi de manière raisonnable et dans l'intérêt public

*Eskosol S.p.A. in liquidazione c. la République d'Italie, Affaire CIRDI n° ARB/15/50*

#### **Maria Bisila Torao**

Dans une décision du 4 septembre 2020, un tribunal CIRDI rejetait les recours lancés par l'entreprise belge Eskosol S.p.A. in liquidazione (Eskosol) contre l'Italie, suite à l'amendement par l'Italie de son mécanisme incitatif pour les investissements dans le secteur photovoltaïque (PV) (Conto Energia III). Le tribunal déterminait que les nouvelles mesures prises par l'Italie ne violaient pas l'article 10 TCE, puisqu'Eskosol ne pouvait avoir d'attentes au titre du régime incitatif du fait que, selon ses termes, Conto Energia III n'offrait de bénéfices à une centrale PV que lorsque celle-ci commençait à opérer.

#### Le contexte et les recours

Entre mai et juillet 2010, Eskosol, le demandeur, une entité enregistrée au titre du droit italien et majoritairement détenue par une entreprise belge, acquit 100 % des parts



dans 12 entreprises ad'hoc, qui détenaient des droits fonciers pour la construction de centrales PV dans le sud de l'Italie. Pour réaliser leur investissement, les investisseurs alléguèrent s'être appuyés sur les différents décrets de loi (Conto Energia) qui faisaient partie du mécanisme italien d'incitations aux investissements dans le secteur PV du pays.

En août 2010, Conto Energia III entra en vigueur. Au titre de ce régime, les centrales électriques démarrant leurs opérations dans les 14 mois suivants pouvaient prétendre à des tarifs de rachat garantis. Toutefois, l'accès à ces tarifs était assorti de plusieurs conditions<sup>1</sup>.

Au moment de l'investissement, le demandeur demanda à bénéficier du régime de tarifs de rachat garantis au titre de Conto Energia III. Mais puisqu'Eskosol ne parvint pas à réunir le financement nécessaire, les centrales ne furent jamais construites.

En 2011, l'Italie apporta des changements à ce régime, et adopta le décret Romani et Conto Energia IV, qui modifiaient les incitations offertes au titre de la législation précédente. Selon le demandeur, les changements introduits par Conto Energia IV affectaient son investissement au point qu'Eskosol devint insolvable et fut placée en liquidation. Eskosol lança alors l'arbitrage contre l'Italie le 9 décembre 2015, arguant que la conduite du pays violait la norme TJE du TCE. En particulier, le demandeur arguait que les changements réglementaires introduits par l'Italie interféraient avec les efforts d'Eskosol d'obtenir le financement nécessaire, violant ses attentes légitimes.

**Le tribunal rejette l'objection de l'Italie portant sur la prescription relative à la nationalité au titre de l'article 25(2)(b) de la Convention du CIRDI : l'entreprise du demandeur demeure sous contrôle étranger**

L'Italie arguait qu'Eskosol n'avait pas qualité pour présenter un recours au titre de l'article 25(2)(b) de la Convention du CIRDI car, au moment de la demande, le demandeur était placé sous séquestre en Italie, et donc contrôlé par l'administrateur judiciaire italien. Aussi, selon l'Italie, Eskosol ne satisfaisait pas à la prescription relative au contrôle étranger au titre de cet article, et de l'article 26(7) du TCE.

En examinant le libellé de l'article 25(2)(b), le tribunal souligna que le libellé de la convention n'était pas sans ambiguïté s'agissant de la date d'application du contrôle étranger. Il indiqua donc qu'il devait faire preuve de

prudence pour éviter de déterminer des points de droit non réglés qui n'étaient pas strictement nécessaires pour trancher l'affaire. Au final, le tribunal conclut que la réponse à cette question n'était pas essentielle pour résoudre l'objection de l'Italie à la compétence. En acceptant l'argument d'Eskosol, le tribunal détermina que la seule date critique aux fins du contrôle étranger était la date de la mesure étatique contestée, date à laquelle l'entreprise belge avait indéniablement le contrôle d'Eskosol.

Le tribunal expliqua en outre que tant que les entreprises sont en procédure de faillite, l'administrateur joue le rôle de fiduciaire qui ne détient pas de pouvoir en son propre nom. Aussi, leur nationalité ne peut régir ou déterminer l'accès au TCE ou à la Convention du CIRDI, principalement du fait que pour déterminer le contrôle étranger aux fins de l'accès à ces traités, il faut tenir compte de l'objet et du but des traités. « La réalité est qu'un grand nombre d'investissements étrangers sont réalisés au moyen d'entreprises enregistrées [au titre du droit local] [...], et cette réalité est reflétée tant à l'article 25(2)(b) de la Convention du CIRDI et à l'article 26(7) du TCE ». Le tribunal conclut que s'il ne considérait pas ces entreprises comme étant contrôlées à l'étranger, il priverait les entreprises locales détenues par un investisseur étranger de la possibilité de lancer des recours bien fondés au titre du TCE » (para. 236).

**La sentence Blusun : pas de duplication de la procédure ou d'abus de droit puisque le demandeur n'est pas le même**

L'Italie arguait que les recours d'Eskosol étaient abusifs et ne devaient pas être admis puisque le différend était le même que dans l'affaire Blusun<sup>2</sup>. Le tribunal rejeta l'argument de l'Italie, considérant qu'Eskosol et Blusun étaient des parties distinctes « officiellement, ou essentiellement » puisqu'elles n'avaient pas les mêmes intérêts (para. 264).

Le tribunal expliqua en outre que Blusun avait fait montre d'une forte résistance à toute contribution ou participation d'Eskosol lorsque celle-ci avait cherché à s'associer à la procédure Blusun. De même, Eskosol ne s'était pas appuyé sur les témoignages des propriétaires de Blusun. Pour le tribunal, le fait que les actionnaires minoritaires d'Eskosol étaient des citoyens italiens, sans qualité pour lancer un arbitrage en leur nom propre, n'affectait pas son évaluation, puisque lorsqu'un traité

<sup>1</sup> Voir Conto Energia III, CL-99, art. 2(c).

<sup>2</sup> *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorrier et Michael Stein c. la République d'Italie*, Affaire CIRDI n° ARB/14/3.



autorise le lancement d'un recours pas une entreprise locale, cette dernière agit en son nom propre et devrait avoir la possibilité de demander réparation. Le tribunal reconnu qu'une conclusion en faveur d'Eskosol bénéficierait au final à Blusun. Il conclut toutefois que la distribution finale de toute réparation par l'entreprise locale ne devrait pas affecter son droit au titre du TCE de lancer un recours en son nom propre, même si certains de ses actionnaires n'ont pas qualité pour lancer un recours en leur propre nom au titre du TCE (para. 266).

#### Violation alléguée du TJE : la causalité ne peut être observée que lorsque la violation d'un traité a été établie/démontrée

Eskosol prétendait qu'en interprétant de manière large ou souple la norme TJE, les mesures adoptées par l'Italie violaient ses attentes légitimes puisque l'Italie n'avait pas offert un cadre stable à son investissement. Le demandeur arguait que l'Italie avait agi de manière arbitraire, déraisonnable et disproportionnée en modifiant son régime incitatif. Toutefois, la majorité du tribunal expliqua que la question de la causalité n'était pertinente que si la violation des devoirs incombant à l'Italie était démontrée, et Eskosol n'avait pas été en mesure d'arguer de manière convaincante que les mesures italiennes visaient le demandeur en particulier ou étaient discriminatoires. Le tribunal clarifia que « si un État n'a pas violé ses obligations au titre du traité s'agissant d'un investisseur et d'un investissement spécifique, alors les éventuelles conséquences des actions non illicites de l'État sur une entreprise spécifique n'ont pas d'importance » (para. 380).

Le tribunal examina ensuite si la conduite de l'Italie avait violé les attentes légitimes du demandeur, en violation des obligations de l'Italie de maintenir la stabilité, et si la conduite de l'Italie manquait de transparence, était arbitraire, disproportionnée et déraisonnable.

#### Les allégations du demandeur fondées sur le caractère arbitraire et disproportionné sont rejetées : des allusions générales aux éléments de notoriété publique ne constituent pas des preuves

Eskosol arguait que le décret Romani et Conto Energia IV étaient arbitraires et déraisonnables puisque l'Italie avait agi sous prétexte de favoriser l'industrie nucléaire. Pour soutenir cette allégation, Eskosol s'appuyait sur un témoin qui prétendait qu'il était de notoriété publique que les changements apportés au régime incitatif résultaient de calculs politiques et n'étaient pas fondés sur des préoccupations liées au déficit budgétaire. La majorité du tribunal considéra que cette

allégation équivalait à alléguer que l'Italie avait agi de mauvaise foi. Selon les arbitres, les allégations de mauvaise foi exigent une norme de preuve plus élevée que le demandeur n'a pas satisfait puisque

« la notoriété publique ne constitue pas une preuve ». La majorité s'appuya sur l'approche adoptée par le tribunal de l'affaire *El Paso c. Argentine* et conclut que pour déterminer le caractère arbitraire, il faut examiner non pas si les mesures adoptées étaient les meilleures, mais si les mesures étaient fondées sur un projet motivé, lui-même raisonnablement connecté au « but recherché » (para. 385 et 386).

#### Les mesures de l'Italie étaient raisonnables puisqu'elles visaient des questions d'intérêt public

La majorité conclut que les mesures adoptées par l'Italie avaient toujours des objectifs et intérêts publics, et elle tint compte de l'éventuel fardeau financier généré par le mécanisme précédent. La majorité considéra que la remise en question de la pérennité du mécanisme n'était pas irrationnelle ou déraisonnable, et expliqua, faisant référence à *AES c. Hongrie* que les mesures adoptées par l'Italie avaient une explication logique appropriée puisqu'elles visaient des questions d'intérêt public » (para. 400).

#### Pas d'attentes légitimes : Eskosol ne pouvait prétendre à des bénéfices, et ne peut donc réclamer des droits qu'elle ne possède pas

Le tribunal détermina que les déclarations étatiques publiques et les déclarations faites directement au demandeur avant l'adoption de Conto Energia III ne constituaient pas une garantie que les mécanismes Conto Energia II et III ne changeraient pas. Selon lui, les déclarations publiques générales faites aux éventuels investisseurs ne peuvent constituer des engagements plus larges que ceux fournis par la législation elle-même ; « les attentes légitimes doivent être fondées sur un certain type de conduite de l'État, et non pas simplement sur les attentes personnelles et subjectives de l'investisseur » (para. 452). Le tribunal conclut qu'Eskosol n'avait pas d'attentes légitimes quant à la pérennité du mécanisme incitatif. Il conclut en outre qu'il n'existait aucune preuve de représentation ou d'assurance par l'Italie qui aurait pu conduire le demandeur à attendre du régime qu'il reste en place pendant une durée déterminée.

Plus important encore, le tribunal conclut toutefois que Conto III n'aurait pu donner naissance à des attentes légitimes pour Eskosol puisque ses centrales n'avaient jamais été en fonctionnement. Le décret n'accordait ces bénéfices qu'aux centrales existantes



et opérationnelles, et le tribunal considéra donc qu'« Eskosol ne relevait tout simplement pas de cette catégorie de bénéficiaires » (para. 449).

#### Les coûts

Le tribunal affirma que bien que l'Italie avait eu gain de cause sur le fond, le demandeur avait eu gain de cause sur les objections à la compétence soulevées par l'Italie, ainsi que sur les objections liminaires au titre de l'article 41(5) du règlement d'arbitrage du CIRDI. Le tribunal conclut donc que chacune des parties payerait ses propres frais, et la moitié des coûts de l'arbitrage.

*Remarques* : le tribunal était composé de Jean E. Kalicki (présidente, des États-Unis), de Guido Santiago Tawil (nommé par le demandeur, d'Argentine) et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de France). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11779.pdf>.

**Maria Bisila Torao** est une avocate internationale basée à Londres. Elle détient un master en droit, arbitrage international sur le fondement 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.

## Un tribunal du CIRDI accepte partiellement des objections à sa compétence au titre de l'Accord concernant l'encouragement et la protection des investissements Autriche-Pologne et rejette l'applicabilité de la décision sur *Achmea*

*Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG et Syrena Immobilien Holding AG c. Pologne, Affaire CIRDI n° ADHOC/15/1*

#### Sarthak Malhotra

Dans une sentence du 4 avril 2020, un tribunal au titre du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI rejetait presque toutes les objections à sa compétence sur des recours contre la Pologne lancés par trois entreprises autrichiennes, Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG et Syrena Immobilien Holding AG (ensemble, les « investisseurs »). Les parties ont convenu d'établir le siège de l'arbitrage à Paris, en France.

#### Le contexte et les recours

Raiffeisen Centrobank et Strabag étaient les sociétés mères conjointes de Syrena Immobilien Holding, qui détenait la totalité d'une société écran enregistrée à Chypre. Cette société écran chypriote détenait 99,6 % de Syrena Hotels, une entreprise polonaise. Syrena Hotels détenait et gérait deux hôtels à Varsovie. Ces hôtels furent vendus à Strabag par le gouvernement polonais local au titre d'un accord d'achat de parts dans le cadre du processus de privatisation lancé après la chute du régime communiste en Pologne.

Les investisseurs alléguaient que diverses actions du gouvernement polonais menaçaient leurs droits permanents sur le terrain et la propriété des hôtels. Selon eux, ces actions violaient l'article 2(1) sur le TJE, l'article 2(2) sur la protection intégrale, l'article 3 sur le traitement des investissements, l'article 4 sur l'expropriation, l'article 5 sur les transferts, l'article 7(1) sur d'autres obligations, l'article 7(2) sur la clause parapluie, et l'article 8 sur le règlement des différends relatifs à l'investissement de l'Accord Autriche-Pologne concernant l'encouragement et la protection des investissements (le « traité »).

La Pologne contestait la compétence du tribunal sur les recours de l'investisseur, sur la base de quatre motifs : (i) les investisseurs n'avaient pas démontré que leur recours relevait *prima facie* des dispositions du traité puisque ces recours étaient fondamentalement de nature contractuelle, et en aucun cas n'étaient suffisamment étayés pour





appuyer la violation des dispositions du traité, (ii) l'invocation du traité par les investisseurs constitue un abus de procédure, (iii) les investisseurs ne sont pas des « investisseurs » au titre du traité, et (iv) la décision sur *Achmea* invalidait l'article 8 du traité.

### Les investisseurs ont démontré *prima facie* que leur recours relevait des dispositions pertinentes du traité

Le tribunal s'appuya sur le test formulé par la juge Rosalyn Higgins de la CIJ dans son avis sur l'affaire concernant les plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique) pour déterminer sa position sur les objections liminaires à sa compétence. Il détermina que les investisseurs étaient seulement tenus de démontrer si les faits tels que présentés par eux, et supposés exacts, pourraient entraîner une violation des dispositions du traité.

Selon le tribunal, la possibilité que les recours des investisseurs donnent lieu à des recours contractuels n'altèrent pas la nature des recours mis en avant dans l'arbitrage. Il conclut que les recours portaient sur les obligations de fond de la Pologne au titre du traité, et non pas sur des recours contractuels.

Le tribunal conclut que les recours portant sur la violation des articles 2(1), 2(2), 3 et 4 satisfaisaient la norme *prima facie*. Toutefois, il jugea que les recours relatifs à la violation des articles 5, 7(1) et 8 n'étaient pas suffisamment étayés et ne satisfaisaient pas le seuil *prima facie*.

Le recours des investisseurs fondé sur la violation de la clause parapluie à l'article 7(2) était fondé sur les violations des dispositions de l'accord d'achat des parts. La Pologne s'opposait à ce recours pour deux raisons : premièrement, Raiffeisen Centrobank et Syrena Immobilien ne pouvaient lancer de recours portant sur cet accord puisqu'elles n'en étaient pas signataires, et deuxièmement, les violations de l'accord ne pouvaient être attribuées à la Pologne puisque le droit international relatif à la responsabilité des États ne s'applique qu'aux violations du droit international, et non pas aux violations d'un contrat de droit national. Le tribunal ne détermina pas ces objections et les renvoya à l'examen quant au fond.

### La Pologne ne peut établir que l'invocation du traité par les investisseurs constitue un abus de procédure

La Pologne arguait que les investisseurs avaient commis un abus de procédure en renvoyant leurs recours contractuels à l'arbitrage international après avoir lancé certains recours auprès des tribunaux polonais et

autrichiens. Elle alléguait également que les investisseurs utilisaient l'arbitrage international pour faire pression sur le pays et l'inciter à priver des tiers de leurs droits découlant du régime juridique en vigueur à l'époque où les investisseurs avaient réalisé leur investissement.

Le tribunal rejeta les objections de la Pologne. Il détermina que le seuil d'un abus de procédure était élevé et que la seule mauvaise foi n'implique pas nécessairement un abus de procédure. Il remarqua que les recours des investisseurs se fondaient sur des violations des dispositions du traité, et que de tels recours ne pouvaient être renvoyés à un autre for que celui indiqué à l'article 8 du traité.

### La restructuration des entreprises des investisseurs ne les empêche pas d'invoquer les bénéfices du traité

La Pologne alléguait que les investisseurs ne pouvaient se réclamer de la protection du traité puisqu'ils avaient transféré leur investissement dans Syrena Hotels à l'entreprise chypriote. Selon le pays, c'était le TBI Chypre-Pologne qui s'appliquait potentiellement au différend, et le traité ne s'appliquait plus aux recours des investisseurs. Il arguait également que l'application éventuelle des deux traités pourrait aussi donner lieu à un abus de procédure et que le tribunal devait donc déterminer lequel des traités s'appliquait le mieux à l'investissement des investisseurs.

Le tribunal détermina que l'objection de la Pologne était prématurée. Selon lui, la question de l'abus peut seulement être mise en avant et abordée si, et lorsque les investisseurs invoquent la protection du TBI Chypre-Pologne. Il tint compte de la déclaration des investisseurs selon laquelle l'entreprise chypriote ne lancerait pas de procédure au titre du TBI Chypre-Pologne, et détermina qu'il n'existait aucun conflit entre les traités exigeant une solution.

Le tribunal détermina également que le traité ne contenait pas d'obligation de démontrer la propriété directe et continue de l'investissement au-delà de la date de la violation alléguée par l'État d'accueil. Aussi, la création d'une société écran comme intermédiaire après la survenue des différends n'empêchait pas les investisseurs d'invoquer la protection au titre du traité pour les violations survenues avant cette restructuration.

### L'applicabilité de la décision sur *Achmea*

Selon la Pologne, la décision sur *Achmea* affirmait que les dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État contenues dans les TBI intra-UE



étaient contraires au droit de l'UE. La Pologne arguait que l'article 8 du traité, sur le règlement des différends, en devenait invalide.

Le tribunal examina le droit du siège de l'arbitrage, c'est-à-dire le droit français, et détermina que la question de l'existence et de la validité d'un accord d'arbitrage était régie par les principes du droit international qui satisfont aux prescriptions fondamentales de justice dans le commerce international. Sur cette base, il détermina que le droit de l'UE ne pouvait faire partie du droit applicable aux questions de la compétence du tribunal. Puisqu'il avait rejeté l'applicabilité du droit de l'UE, le tribunal considéra qu'il n'était pas utile qu'il examine les effets de la décision sur *Achmea* sur sa compétence.

Le tribunal appliqua également l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) pour affirmer que des facteurs extérieurs tels que le droit de l'UE ou la décision sur *Achmea* ne pouvait prévaloir sur le sens ordinaire du texte du traité. Il conclut que le sens ordinaire de l'article 8 était clair et sans ambiguïté, et constituait le consentement de la Pologne à l'arbitrage des différends découlant du traité.

La Pologne arguait également, sur la base de la décision sur *Achmea*, et des articles 59(1) et 30(3) CVDT, que le traité devait être considéré comme éteint suite à l'accession subséquente de la Pologne au TUE et TFUE, ou, alternativement, appliqué seulement dans la mesure où ses dispositions étaient compatibles avec les TUE et TFUE.

Le tribunal rejeta l'objection de la Pologne au motif que la précondition de « la même matière » au titre des articles 59(1) et 30(3) CVDT n'était pas satisfaite. Le tribunal détermina que le traité et le TFUE ne relevaient pas de la même matière puisque le TFUE n'aborde pas la question du règlement des différends investisseur-État, ni même de l'arbitrage. Selon le tribunal, la décision sur *Achmea* n'affectait pas ses conclusions puisque celle-ci se limitait aux principes du droit de l'UE et ne changeait pas cette relation de droit public international entre le TFUE et les TBI intra-UE aux fins des articles 59 et 30 CVDT.

*Remarques* : le tribunal était composé de V.V. Veeder (président nommé par les arbitres nommés par les parties, d'Angleterre), de Karl-Heinz Böckstiegel (nommé par les demandeurs, d'Allemagne) et d'Albert Jan van den Berg (nommé par le défendeur, de Belgique). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11770.pdf>.

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

## Un tribunal du CIRDI rejette les recours de Interocean Oil Development Company et Interocean Oil Exploration Company contre le Nigeria, tout en affirmant sa compétence sur les recours au titre de la seule loi nationale nigériane sur l'investissement

*Interocean Oil Development Company et Interocean Oil Exploration Company c. la République fédérale du Nigeria, Affaire CIRDI n° ARB/13/20*

### Viola Echebima

Dans une décision du 6 octobre 2020, un tribunal du CIRDI examinait les recours fondés sur l'expropriation et la violation du droit international coutumier, lancés par deux entreprises étasuniennes, Interocean Oil Development Company et Interocean Oil Exploration Company (les demandeurs) contre la République fédérale du Nigeria (le défendeur) au titre de la loi nigériane relative à la Commission pour la protection des investissements (NIPCA). Ces recours étaient largement fondés sur les principes d'attribution du droit international. Les demandeurs arguaient en particulier que les actions collectives des agences et des tribunaux nationaux du défendeur, ainsi que les actions personnelles de M. Fadeyi, qui auraient entraîné l'expropriation de leurs investissements au Nigeria, étaient attribuables au défendeur.

Le tribunal rejeta tous les recours sur le fond, et accorda au défendeur la somme de 660 129,87 USD. Indépendamment du rejet des recours, il convient de noter que le tribunal a également rejeté toutes les objections à la compétence avancées par le défendeur.

### Le contexte et les recours

Par le biais de la société nigériane Pan Ocean Oil Company (Pan Ocean), les demandeurs détenaient 40 % de parts dans le bail pétrolier (OML98) et la licence de prospection (OPL275) nigériens (les actifs). Conformément à la structure de la co-entreprise nigériane de pétrole et de gaz, le défendeur conservait la part restante des actifs, par le biais de la Nigerian National Petroleum Corporation (NNPC). Jusqu'au milieu de l'année 1998, les demandeurs détenaient un total de 2 500 parts, seules parts de Pan Ocean émises sur un total autorisé de 10 000.

Toutefois, en 2005, M. Fadeyi, en tant que directeur général de Pan Ocean attribua les 7 500 parts restantes à lui-même et à ses associés. De plus, M. Fadeyi nomma de nouveaux directeurs. Ces actions ont été prises sans



la notification ou la participation des demandeurs. Les résolutions relatives à ces actions ont par la suite été validées par la Haute cour fédérale (HCF) et les documents d'entreprises connexes, détaillant l'attribution des parts, ont été enregistrés auprès du registre nigérian des entreprises. Ces actions entraînent la dilution des intérêts des demandeurs dans Pan Ocean, puis des actifs, donnant lieu à la perte de propriété et de contrôle de l'investissement des demandeurs dans Pan Ocean, malgré les efforts continus des demandeurs pour en reprendre le contrôle.

Corollairement, les demandeurs arguèrent que la détention abusive de M. Rooks (qui aurait dû succéder à M. Fadeyi) par les autorités nigérianes faisait partie des actions d'expropriation et de conspiration du défendeur ; elle constituait en outre une violation de l'obligation de protection du défendeur au titre du droit international coutumier.

Les demandeurs lancèrent donc les recours contre le Nigeria au titre de certaines dispositions de la NIPCA.

**Le fait que Pan Ocean ne soit pas enregistrée auprès de la Commission nigériane pour la promotion des investissements (NIPC) n'empêche pas le tribunal d'affirmer sa compétence sur les recours (mais le juge Torgbor n'est pas d'accord)**

Puisque les recours étaient seulement fondés sur la NIPCA plutôt que sur un accord ou traité international d'investissement, le défendeur s'opposait à la compétence du tribunal, affirmant que les demandeurs n'avaient pas la capacité d'invoquer la compétence du tribunal puisque Pan Ocean n'avait pas indiqué à la NIPC qu'elle avait des actionnaires étrangers, et ne pouvait donc se réclamer des protections offertes par la NIPCA, y compris son mécanisme de règlement des différends au CIRDI, prévu à la section 26 de la loi.

Les demandeurs répondirent en affirmant que la section 29(2) de la loi levait la nécessité d'enregistrer la participation étrangère dans Pan Ocean puisque cette dernière avait été créée avant l'adoption de la NIPCA ; et ce d'autant plus que la NIPCA ne mentionnait aucune conséquence juridique du non enregistrement auprès de la NIPC.

La majorité du tribunal rejeta cette objection à sa compétence, concluant que cette seule raison ne l'empêchait pas d'affirmer sa compétence. Il convient de noter que le tribunal conclut que les recours portaient sur le manquement du défendeur à protéger l'investissement des demandeurs au Nigeria. Par ailleurs, la majorité fit référence au fait qu'il

serait injuste d'infirmier sa compétence en raison de questions purement techniques d'enregistrement au titre de la NIPCA.

**Le libellé de la NIPCA est suffisamment large pour autoriser les recours fondés sur l'expropriation indirecte et les protections accordées par le droit coutumier international**

Alternativement, le Nigeria pria le tribunal de rejeter sa compétence, arguant que les recours ne relevaient pas de la portée de la NIPCA puisque les garanties de protection prévues à la section 25 de la NIPCA sont limitées à la seule expropriation directe. Le défendeur affirmait en outre que l'absence de libellé dans la NIPCA, et d'un accord bilatéral ou multilatéral entre les parties empêchaient les recours fondés sur la violation du droit international coutumier.

À l'inverse, les demandeurs affirmaient que compte tenu de la décision de la HCF, la session/dilution involontaire des parts dans Pan Ocean constituait une expropriation indirecte prévue à la section 25(1)(b) de la NIPCA. S'agissant de l'opposition aux violations du droit international coutumier, les demandeurs arguèrent que les références dans la NIPCA aux traités impliquent des recours fondés sur la violation du droit international coutumier. Par ailleurs, les demandeurs affirmèrent que le droit international coutumier était intégré au système juridique nigérian en vertu de la section 32 de la loi d'interprétation.

Le tribunal conclut que le large libellé de la section 26 de la NIPCA couvrait les recours, de même que le droit international coutumier faisait effectivement partie du droit nigérian, tout comme le droit coutumier (common law). Il remarqua qu'une interprétation étroite de la NIPCA dans le sens contraire entraînerait des conclusions imprévues.

**Au regard des dispositions pertinentes des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite (les articles de la CDI), les actions de la NNPC, de la HCF, de M. Fadeyi et d'autres instruments d'État ne sont pas attribuables au défendeur**

Les demandeurs arguèrent que les actions de la HCF, c'est-à-dire l'approbation des actes de dilution menés par M. Fadeyi, le manquement de la NNPC d'enquêter sur la Pan Ocean compte tenu de leur relation de co-entreprise ainsi que les interactions continues avec M. Fadeyi (en tant que représentant de la co-entreprise OML98), étaient attribuables au défendeur au titre des articles 4 et 7 des articles de la CDI.



Le tribunal considéra toutefois qu'indépendamment du fait que les demandeurs avaient perdu leur investissement dans Pan Ocean, les actions de M. Fadeyi et de toutes les agences d'État n'équivalaient pas à une expropriation. Bien que le tribunal considérait que les actes des tribunaux nigériens pouvaient équivaloir à une expropriation judiciaire, il ne pouvait tirer une telle conclusion en l'espèce puisque seule une erreur judiciaire avait eu lieu. Le tribunal fit référence au fait que les demandeurs auraient dû épuiser les voies de recours internes, en faisant appel de la décision de la HCF, avant de pouvoir examiner la survenue d'une expropriation judiciaire.

S'agissant des manquements de la NNPC, le tribunal conclut que, dans la mesure où la NNPC avait agi exclusivement à titre commercial, les dispositions pertinentes des articles de la CDI ne permettaient pas de reconnaître le Nigeria coupable d'expropriation.

#### Pas de violation de la norme minimale de traitement et du TJE

Finalement, s'agissant des conséquences de l'arrestation de M. Rooks, le tribunal conclut que les demandeurs n'avaient pas réussi à démontrer le lien entre l'arrestation et la violation des normes précitées. En particulier, le tribunal remarqua que les demandeurs n'avaient pas démontré avoir satisfait les normes pour cette violation, telles que présentées dans *Neer c. Mexique*.

*Remarques* : le tribunal CIRDI était composé du Prof. William W. Park (président, de nationalités suisse et étasunienne), du Prof. Julian D.M. Lew (nommé par les demandeurs, de nationalité britannique) et de juge Edward Torgbor (nommé par le défendeur, de nationalités ghanéenne et britannique). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11819.pdf>.

**Viola Echebima** détient un Master en droit de la faculté de droit de l'Université de New York. Elle a obtenu sa licence en droit de l'Université du Nigeria. Elle réalise actuellement un stage (International Finance and Development Fellow) auprès d'IISD à Genève, Suisse.



## RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

### RESSOURCES

#### **Investment Trends Monitor (Observatoire des tendances de l'investissement)**

CNUCED (octobre 2020)  
Disponible [ici](#)

#### **Mainstreaming gender equality in investment promotion (Intégrer l'égalité des sexes dans la promotion de l'investissement)**

The IPA Observer (octobre 2020). Les agences de promotion de l'investissement intègre de plus en plus les préoccupations liées au sexe dans leurs travaux.  
Disponible [ici](#)

#### **CNUCED : IIA Reform Accelerator (L'accélérateur de la réforme des AII) – un nouvel outil visant à faciliter la réforme des traités d'investissement**

Disponible [ici](#)

#### **24<sup>ème</sup> rapport sur les mesures d'investissement du G20**

CNUCED/OCDE  
Disponible [ici](#)

#### **Investment Treaties and the Legal Imagination. How Foreign Investors Play By Their Own Rules (Les traités d'investissement et l'imagination juridique. Les investisseurs étrangers suivent leurs propres règles)**

De Nicolás Perrone. Oxford University Press (janvier 2021)

Cet ouvrage explore le rôle des acteurs du secteur privé (dirigeants d'entreprise, banquiers et avocats internationaux) dans le développement du droit international des investissements). Cet ouvrage pose un regard nouveau sur les sentences décisives, notamment celles liées à des conflits impliquant les communautés locales.

#### **Enquête d'opinion 2020 sur l'arbitrage international : le règlement des différends investisseur-État (RDIE)**

De the School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary Université de Londres (QMUL)

Cette enquête d'opinion et le rapport en découlant mettent l'accent sur les points de vue des investisseurs sur les processus de réforme du RDIE en cours, et leurs positions.  
Disponible [ici](#)

#### **What Is Wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioural Experiments (Quel est le problème de l'arbitrage de l'investissement ? Éléments de preuves venant d'un ensemble d'expériences comportementales)**

De Maria Laura Marceddu & Pietro Ortolani. European Journal of International Law (septembre 2020)

Cet article utilise une approche expérimentale pour mieux comprendre les critiques publiques de l'arbitrage des investissements.  
Disponible [ici](#)

#### **Proportionality and Human Rights Protection in International Investment Arbitration: What's Left Hanging in the Balance? (La proportionnalité et la protection des droits humains dans l'arbitrage international des investissements : que reste-t-il dans la balance ?)**

De Daria Davitti. Nordic Journal of International Law (novembre 2020)

Cet article examine l'analyse de proportionnalité menée par les tribunaux arbitraux lorsque la protection de l'investissement étranger entre en conflit avec les protections des droits humains.  
Disponible [ici](#)



## ÉVÈNEMENTS 2020

### **Appel à communications : théorie politique et juridique des cours et tribunaux internationaux 2021**

Expressions d'intérêts à envoyer avant le 4 janvier 2021.

Atelier prévu sur Zoom, les 21 et 22 juin 2021.

Déposer une communication [ici](#)

### **L'éventuelle valeur ajoutée d'un cadre sur la facilitation de l'investissement pour le développement**

German Development Institute

14 décembre 2020

Plus d'informations [ici](#)



© 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