



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

NUMÉRO 4. VOLUME 9. DÉCEMBRE 2018



**Une réforme multilatérale du RDIE est souhaitable : compte rendu de la réunion de la CNUDCI à Vienne, et comment se préparer à la réunion d'avril 2019 à New York**

Martin Dietrich Brauch



**Les pays en développement bénéficient-ils réellement des traités d'investissement ? Les effets du droit international des investissements sur la gouvernance nationale**

Mavluda Sattorova



**Les clauses RSE dans les traités d'investissement**

Laurence Dubin





# Sommaire

<b>ARTICLE 1</b> Une réforme multilatérale du RDIE est souhaitable : compte rendu de la réunion de la CNUDCI à Vienne, et comment se préparer à la réunion d'avril 2019 à New York.....	4
<b>ARTICLE 2</b> Les pays en développement bénéficient-ils réellement des traités d'investissement ? Les effets du droit international des investissements sur la gouvernance nationale.....	9
<b>ARTICLE 3</b> Les clauses RSE dans les traités d'investissement.....	13
<b>NOUVELLES EN BREF</b> .....	17
L'Union européenne travaille promptement à l'adoption d'une réglementation portant sur le filtrage des investissements étrangers directs.....	17
Après six ratifications, l'Accord global et progressif de Partenariat transpacifique (AGP-PTP/CPTPP) entrera en vigueur le 30 décembre 2018.....	17
L'Union européenne signe des accords commerciaux et d'investissement avec Singapour ; l'APE UE-Japon entrera en vigueur en février 2019.....	17
Le Groupe de travail III de la CNUDCI décide qu'une réforme multilatérale du RDIE est souhaitable : les gouvernements doivent présenter des propositions en vue de développer un programme de réforme.....	18
Les juges de la Cour internationale de justice ont décidé de ne plus participer aux affaires de RDIE en tant qu'arbitres.....	18
Les négociations relatives à un instrument contraignant sur les entreprises et les droits humains se poursuivent aux Nations Unies.....	18
<b>SENTENCES ET DÉCISIONS</b> .....	19
Dans une affaire lancée au titre du TCE contre l'Espagne, le tribunal analyse la décision dans l'affaire <i>Achmea</i> et soutient le recours TJE.....	19
Le Kenya obtient gain de cause dans un arbitrage au titre d'un TBI : les recours des investisseurs britanniques sont rejetés en raison de l'absence d'un rapport d'évaluation d'impact environnemental.....	21
Un tribunal détermine que les mesures adoptées par le Costa Rica visant à protéger son environnement ne violent pas le TJE ou ses obligations en matière d'expropriation au titre de l'ALEAC-RD.....	25
L'Égypte est reconnue responsable de la fermeture d'une centrale électrique pendant la révolte de 2011.....	28
Un tribunal du CIRDI affirme sa compétence sur la demande d'un investisseur au titre du TBI Royaume-Uni-République tchèque, mais rend une décision en faveur de la Tchéquie.....	30
<b>RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS</b> .....	33

## INVESTMENT TREATY NEWS

International Institute for the Sustainable Development  
International Environment House 2  
9, Chemin de Ballexert, 5th Floor  
1219, Chatelaine, Geneva, Switzerland

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

Directrice du Groupe - Droit et Politique Économique  
Nathalie Bernasconi

Traduction Française  
Isabelle Guinebault

Rédacteur en Chef  
Martin Dietrich Brauch

Traduction Espagnole  
María Candela Conforti

Rédactrice, Version Française  
Suzy Nikiéma

Design (PDF)  
PortoDG

Rédactrice, Version Espagnole  
Marina Ruete



## LISTE D'ACRONYMES

<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>CFI</b>	Cour multilatérale d'investissement
<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>SCI</b>	Système de cour sur l'investissement
<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>UE</b>	Union européenne



## ARTICLE 1

# Une réforme multilatérale du RDIE est souhaitable : compte rendu de la réunion de la CNUDCI à Vienne, et comment se préparer à la réunion d'avril 2019 à New York

Martin Dietrich Brauch



Le Groupe de travail III de la CNUDCI (GT III) s'est réuni à Vienne du 29 octobre au 2 novembre 2018, et a décidé qu'une réforme multilatérale était souhaitable en vue de répondre à diverses préoccupations portant sur le RDIE. Sa prochaine session, prévue à New York du 1<sup>er</sup> au 5 avril 2019, ne portera pas encore sur l'élaboration de solutions à ces préoccupations : elle mettra l'accent sur le développement d'un *programme de travail* pour l'élaboration de ces solutions.

Plusieurs défis font face aux membres du GT III et aux États observateurs, notamment aux pays en développement qui subissent les redoutables conséquences du régime RDIE. Il est essentiel pour ces derniers de veiller à ce que les autres préoccupations pertinentes qu'ils pourraient avoir ne soient pas ignorées des débats. Il est également important que les pays en développement contribuent à développer un programme de travail permettant de réformer le RDIE de manière systémique, plutôt que de corriger séparément certains de ces éléments problématiques. Si les États ne se préparent pas à la réunion d'avril 2019, et n'y prennent pas une part active, ils risquent de voir le processus acharné de la CNUDCI échouer ; parce qu'il n'aurait pas réalisé une réforme significative du régime international actuel du règlement des différends relatifs aux investissements.

Le présent article s'intéresse au processus du GT III à ce jour, en mettant l'accent sur les faits nouveaux de la session de Vienne, et met en avant quelques réflexions importantes pour les gouvernements à l'heure de se préparer pour la prochaine réunion de New York.

## Le contexte des discussions sur la réforme du RDIE dans le cadre du GT III de la CNUDCI

En juillet 2017, la Commission CNUDCI a chargé le GT III de travailler sur une éventuelle réforme du RDIE. Il a reçu un mandat est assez large pour : (1) identifier et examiner les préoccupations relatives au RDIE, (2) examiner si une réforme est souhaitable et, le cas échéant, (3) développer toute solution pertinente pour recommandation à la Commission CNUDCI. Les délibérations, « tout en tirant parti de l'éventail le plus large possible de connaissances des différentes parties prenantes, [doivent être] menées par les États, avec des contributions de haut niveau de tous les gouvernements, fondées sur le consensus et pleinement transparentes »<sup>1</sup>.

Au titre de ce mandat, les délibérations du GT III ont débuté lors d'une réunion à Vienne tenue en octobre-novembre 2017<sup>2</sup> et se sont poursuivies à New York, fin avril 2018<sup>3</sup>. Au cours de ces deux sessions d'une semaine, le GT III s'est penché sur la première phase de son mandat, à savoir l'identification et l'examen des préoccupations relatives au RDIE. Il a également laissé aux États le soin de formuler d'autres préoccupations lors des sessions futures du GT III<sup>4</sup>.

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

<sup>2</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). (2017, décembre 19). *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 2017), Première partie (A/CN.9/930/Rev.1)*. Tiré de <https://undocs.org/fr/A/CN.9/930/Rev.1> ; CNUDCI. (2018, février 26). *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 2017) (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1)*. Tiré de <https://undocs.org/fr/A/CN.9/930/Add.1/Rev.1> ; voir également IISD. (2018, avril 17). *Webinar: UNCITRAL Process on IISD Reform*. Tiré de <https://www.iisd.org/event/webinar-uncitral-process-isds-reform>.

<sup>3</sup> CNUDCI. (2018, mai 14). *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-cinquième session (New York, 23-27 avril 2018) (A/CN.9/935)*. Tiré de <https://undocs.org/fr/A/CN.9/935> ; Investment Treaty News. (2018, juillet 30). *Le Groupe de travail III de la CNUDCI poursuit les discussions sur les préoccupations relatives au RDIE et sa réforme multilatérale*. Tiré de <https://www.iisd.org/itm/fr/2018/07/30/uncitral-working-group-iii-continues-debate-on-isds-concerns-and-multilateral-reform>

<sup>4</sup> CNUDCI (2018, mai 14), *supra* note 3, para. 99.



En vue des délibérations relatives au caractère souhaitable de la réforme (phase deux), le Secrétariat de la CNUDCI a préparé une note, le document de travail 149, qui tente de dresser la liste des principales préoccupations identifiées par le GT III. Ces préoccupations ont été classées par le Secrétariat en trois thèmes principaux, en plus d'une quatrième catégorie résiduelle<sup>5</sup> :

1. **Les préoccupations liées à la constance, à la cohérence, à la prévisibilité et à la régularité des décisions arbitrales rendues par les tribunaux RDIE.** Celles-ci touchent aux interprétations divergentes, à l'inconstance dans les procédures, à l'absence de cadre pour traiter les procédures multiples et aux limites des mécanismes pour remédier à l'inconstance et l'irrégularité des décisions.
2. **Les préoccupations relatives aux arbitres et aux décideurs,** exprimées de deux points de vue. D'abord, il existe des préoccupations concernant leur indépendance et impartialité, notamment la « double casquette » et les limites des mécanismes d'appel. Ensuite, il y a les préoccupations liées à l'incidence des approches de constitution des tribunaux sur les qualifications et les caractéristiques des membres des tribunaux, comme par exemple les inquiétudes au sujet des mécanismes de nomination par les parties, les nominations répétitives, et le nombre et la diversité limités des individus nommés en tant qu'arbitres.
3. **Les préoccupations liées aux coûts et à la durée des affaires de RDIE.** Elles concernent les procédures longues et coûteuses, la répartition des coûts par les tribunaux, les difficultés rencontrées par les États défendeurs obtenant gain de cause pour recouvrer leurs frais et l'absence de mécanisme pour examiner les demandes abusives ou infondées.
4. **D'autres préoccupations,** rappelant que les États ont la possibilité de soulever de nouvelles préoccupations qui n'auraient pas été identifiées dans les trois thèmes mentionnés plus haut.

<sup>5</sup> CNUDCI. (2018, septembre 5). *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)* (A/CN.9/WG.III/WP.149), paras. 8–17. Tiré de <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.149>. Pour compléter le Document de travail 149, le Secrétariat a également préparé les documents de référence présentant des éléments détaillés sur chacun des sujets :

- Constance et questions connexes : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.150>
- Garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres et des décideurs dans le RDIE : <http://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.151>
- Arbitres et décideurs : mécanismes de nomination et questions connexes : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.152>
- Coût et durée : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.153>

## Compte-rendu officiel de la réunion du GT III de la CNUDCI à Vienne, en octobre-novembre 2018

Tout au long de la session de Vienne, les délibérations ont suivi de près le cadre structurel et les paragraphes du Document de travail 149 du Secrétariat, résumés précédemment.

**"Il est essentiel pour les pays en développement de veiller à ce que les autres préoccupations pertinentes qu'ils pourraient avoir ne soient pas ignorées des débats."**

Il est important d'examiner plus avant le libellé des « décisions du Groupe de travail » contenues dans le projet de rapport officiel de la session et qui serviront de base aux délibérations futures. Le projet de rapport indique que le GT III a parachevé ses discussions s'agissant des trois principaux thèmes identifiés plus haut, et conclut qu'il est souhaitable que la CNUDCI développe des réformes permettant de répondre aux préoccupations portant sur les aspects spécifiques suivants du RDIE :<sup>6</sup>

- « l'inconstance injustifiable des interprétations des dispositions des traités d'investissement et d'autres principes pertinents du droit international »
- « l'absence de cadre pour traiter les procédures multiples lancées au titre de traités, lois, instruments et accords offrant l'accès aux mécanismes RDIE »
- « le fait que bon nombre de traités existants ait des mécanismes limités permettant de répondre à l'inconstance et à l'irrégularité des décisions, voire pas de mécanisme du tout »
- « l'absence réelle ou apparente d'indépendance et d'impartialité des décideurs »
- « l'adéquation, l'efficacité et la transparence des mécanismes de divulgation et d'appel disponibles »

<sup>6</sup> UNCITRAL. (2018, novembre 6). *Projet de rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-sixième session* (A/CN.9/964), paras. 40, 53, 63, 83, 90, 98, 107, 123, 127 et 133. Tiré de [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft\\_report\\_of\\_wg\\_iii\\_for\\_the\\_website.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft_report_of_wg_iii_for_the_website.pdf) (ci-après le Projet de rapport).



au titre de bon nombre de traités et de règlements d'arbitrage existants »

- « l'absence d'une diversité appropriée parmi les décideurs »
- « les mécanismes de constitution des tribunaux RDIE dans les traités et règlements d'arbitrage existants »
- « le coût et la durée des procédures RDIE »
- « la répartition des coûts par les tribunaux arbitraux »
- « les garanties pour les coûts »

## Compte-rendu officiel de la réunion de Vienne

Bien que d'« autres préoccupations » aient été soulevées par certains gouvernements, et reconnues par la présidence de la session de Vienne, elles n'ont pas été intégrées au projet de rapport officiel. Lors de plusieurs interventions, l'Afrique du Sud a soulevé des préoccupations allant au-delà des thèmes identifiés dans le Document de travail 149. Le pays a par exemple mentionné le problème des investisseurs qui demandent aux tribunaux arbitraux d'adopter des mesures temporaires pour tenter d'empêcher l'État d'enquêter sur les méfaits des entreprises, ou pour l'empêcher de recouvrer des montants accordés dans d'autres procédures. L'Afrique du Sud a également mentionné l'atteinte à la réputation et le gel réglementaire que connaissent les pays suite aux procédures RDIE. Tout au long de ses interventions, le pays a plaidé pour une réforme systémique.

L'Indonésie a soumis un document soulignant que les éléments de fonds et de procédure sont inévitablement liés, et a remis en cause la dichotomie fond-procédure dans laquelle les discussions du GT III s'inscrivent. Ce document soulignait les préoccupations de l'Indonésie portant sur le mécanisme RDIE, notamment certaines qui n'étaient pas couvertes par les thèmes mentionnés plus haut. Il s'agissait par exemple de préoccupations portant sur le gel réglementaire et la perte de marge de manœuvre politique du fait du risque de RDIE, et sur la capacité des investisseurs étrangers de contourner les procédures judiciaires nationales<sup>7</sup>.

Les interventions réalisées par les organisations non-

gouvernementales n'ont pas non plus été intégrées au projet de rapport officiel. Par exemple, le Centre pour la recherche sur les entreprises multinationales (SOMO) basé aux Pays-Bas a affirmé que le cadre des discussions ne reflétait pas correctement la nécessité d'équilibrer les droits et obligations des États et des investisseurs. Le SOMO a indiqué que la procédure du RDIE est injuste et déséquilibrée, car seuls les investisseurs étrangers peuvent présenter des recours. Le SOMO et le Centre pour le droit environnemental international (CIEL) ont tous deux indiqué que le Document de travail 149 avait omis plusieurs préoccupations. Le CIEL a notamment indiqué que l'on ne comprenait pas bien sur quelle base le Secrétariat avait sélectionné les préoccupations à inclure ou à omettre, et a demandé plus de transparence à cet égard. Il a également demandé l'octroi d'un délai pour examiner les autres préoccupations, notamment celles incluses dans la soumission indonésienne.

Le Secrétariat a répondu qu'il n'avait joué aucun rôle dans la sélection des éléments présentés dans les documents de référence, qui reflètent les discussions du GT III. Il a expliqué que la soumission indonésienne n'avait pas été traduite dans toutes les langues de travail des Nations Unies et ne pouvait donc être examinée lors de la session de Vienne, mais qu'elle serait mise à disposition pour examen à New York si le Groupe en décidait. La présidence du GT III a indiqué que le projet de réforme de la CNUDCI appartient aux États membres, et non pas au Secrétariat ou à la présidence, et a rassuré les observateurs sur le fait que si des préoccupations étaient omises, le GT III les entendrait tout de même.

Notons également que le 30 octobre 2018, plus de 300 organisations de la société civile de 73 pays ont publié une lettre ouverte à l'intention des États membres de la CNUDCI, appelant les gouvernements à corriger les problèmes fondamentaux du RDIE plutôt que de mettre l'accent sur quelques retouches procédurales. La lettre suggère que le GT III devrait « faciliter une discussion sur l'élimination ou le remplacement total des accords existants sans que les pays ne soient liés par les clauses de survie extensives »<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Le document de l'Indonésie mettait également en avant quelques idées pour la troisième phase du mandat du GT III (élaboration de solutions) : rééquilibrage des droits et des obligations des investisseurs par le biais de sauvegardes de fond et de procédure, exigence de l'épuisement des voies de recours locales, exigence d'un consentement écrit spécifique à l'arbitrage et introduction d'une médiation obligatoire avant le RDIE.

<sup>8</sup> ISDS Platform. (n.d.). *More than 300 civil society organizations from 73 countries urge fundamental reform at UNCITRAL's investor-state dispute settlement discussions*. Tiré de <http://isds.bilaterals.org?more-than-300-civil-society>. Voir également SOMO. (2018, octobre 30). *The limitations of the UNCITRAL process on ISDS reform*. Tiré de <https://www.somo.nl/the-limitations-of-the-uncitral-process-on-isds-reform>



## Que peut-on attendre de la réunion du GT III de la CNUDCI à New York, du 1er au 5 avril 2019

Le projet de rapport de la réunion de Vienne présente à grand traits la manière dont le GT III mènera ses travaux lors de la session de New York.

Premièrement, le GT III examinera les préoccupations liées au financement par des tiers (FTP), probablement compte tenu d'une note de travail en cours de préparation par le Secrétariat. Dans le Document de travail 149, le FTP a été classé par le Secrétariat comme une préoccupation liée au coût et à la durée des procédures RDIE, tandis que dans les délibérations, l'on a affirmé que le FTP avait également des effets sur d'autres aspects et qu'il introduisait un déséquilibre structurel dans le RDIE, puisque les États n'avaient pas accès au FTP. Aussi, le GT III examinera à New York si une réforme du FTP est souhaitable<sup>9</sup>. Les gouvernements voudront peut-être saisir l'opportunité, avant la réunion, de souligner que le FTP est une question plus large et systémique, et non pas simplement liée au coût et à la durée des procédures<sup>10</sup>.

Il examinera ensuite « **les autres préoccupations** qui ne sont pas déjà couvertes par les grands thèmes de réforme souhaitable déjà identifiés », c'est-à-dire la quatrième catégorie qui n'a pas été abordée à Vienne. Les gouvernements qui souhaitent soulever des préoccupations supplémentaires sont spécifiquement « encouragés à les présenter par écrit » avant la session de New York<sup>11</sup>. Ils devraient donc présenter des communications soulignant leurs autres préoccupations qui n'ont été incluses ni dans les trois principaux thèmes du Document de travail 149, ni dans le compte-rendu officiel de la session de Vienne.

Troisièmement, et c'est important, le GT III va « **développer un programme de travail** pour répondre aux préoccupations qui sont au cœur de la décision de mener la réforme dans le cadre de la CNUDCI »<sup>12</sup>. À Vienne, des points de vue divergents se sont exprimés sur la manière de structurer les travaux de la troisième phase. Certains considéraient que les gouvernements devraient identifier, dans les trois principaux thèmes, les

préoccupations spécifiques qui devraient être prioritaires. Toutefois, d'autres maintenaient que le GT III devrait travailler sur une réforme globale et que le fait de classer les préoccupations par ordre de priorité pourrait entraîner la négligence de certains thèmes de réforme<sup>13</sup>.

## "En vue de la session d'avril du GT III à New York, les gouvernements devraient élaborer leurs positions nationales et adresser des communications écrites à la CNUDCI."

Les discussions sur ces deux perspectives contraires n'ont pas été approfondies à Vienne ; il a été au contraire convenu qu'elles auraient lieu à New York. De nouveau, « les gouvernements ont été encouragés à mener des consultations et à présenter des soumissions écrites portant sur le développement du programme de travail », et le Secrétariat a été chargé de préparer une note sur les options disponibles. Le programme de travail indiquera comment les préoccupations identifiées comme souhaitables en vue d'une réforme seront abordées dans la troisième phase. Il inclura également d'autres questions telles que le séquençage, les priorités, la coordination avec d'autres organisations, et les multiples voies et pistes pour poursuivre les travaux entre les sessions du GT III<sup>14</sup>.

## Conclusion: comment se préparer pour la réunion de New York d'avril 2019 du GT III de la CNUDCI

En vue de la session d'avril du GT III à New York, les gouvernements devraient élaborer leurs positions nationales et adresser des communications écrites à la CNUDCI sur :

1. Le FTP
2. Les « autres préoccupations » qui ne sont pas reflétées dans les documents officiels
3. Le développement d'un programme de travail pour la troisième phase du mandat du GT III

Afin de laisser au Secrétariat le temps nécessaire à la

<sup>9</sup> Projet de rapport, *supra* note 6, paras. 120, 134 et 136.

<sup>10</sup> Garcia, F. J. (2018, juillet 30). Charge contre le financement par des tiers dans l'arbitrage des investissements. *Investment Treaty News*, 9(4). Tiré de <https://www.iisd.org/itn/fr/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia>

<sup>11</sup> Projet de rapport, *supra* note 6, para. 137.

<sup>12</sup> *Ibid.*, para. 138.

<sup>13</sup> *Ibid.*, para. 139.

<sup>14</sup> *Ibid.*, para. 140.



traduction des soumissions dans les six langues des Nations Unies, elles devraient être présentées d'ici à début février 2019.

## "Une préparation et une participation actives à la session d'avril du GT III de la CNUDCI à New York seront essentielles pour les gouvernements qui souhaitent faire progresser la réforme du RDIE."

Si les gouvernements perdent l'occasion d'exprimer leurs points de vue sur le FTP et d'autres questions liées au régime RDIE (telles que les préoccupations portant sur les atteintes à la réputation, le gel réglementaire, la capacité des investisseurs étrangers à contourner les cours nationales, entre autres), ces préoccupations seront certainement laissées de côté par le programme de réforme de la CNUDCI lors de la troisième phase cruciale, lorsque les éventuelles solutions seront abordées.

Le programme de travail qui sera développé en avril déterminera la voie à suivre dans le processus de réforme du RDIE de la CNUDCI. Les discussions y relatives ne pourront se fonder que sur les idées qui seront présentées d'ici là. En l'absence d'autres éléments, les discussions se baseront sur les options qui doivent encore être présentées par le Secrétariat, par les gouvernements qui soutiennent l'approche visant à classer les préoccupations par ordre de priorité donnant lieu à de simples « retouches » de certains aspects du RDIE, ou par l'Union européenne, dont la position est sans équivoque<sup>15</sup> :

L'Union européenne pense qu'une réforme systémique est la voie qui nous permettra de répondre à ces préoccupations [identifiées comme souhaitables par la CNUDCI] – et qu'*une seule des options présentées nous permettra de répondre efficacement à ces préoccupations. C'est la création d'un organe permanent pour le règlement des différends relatifs aux investissements – un tribunal multilatéral des investissements [italique ajouté].*

Une préparation et une participation actives à la session d'avril du GT III de la CNUDCI à New York seront essentielles pour les gouvernements qui souhaitent faire progresser la réforme du RDIE. Cette session sera pour eux l'opportunité de présenter leurs points de vue sur la manière dont les travaux du GT III devraient être menés et, au final, de déterminer si le processus de la CNUDCI devrait donner lieu à des retouches procédurales ou à une réforme systémique des mécanismes RDIE.

### Auteur

**Martin Dietrich Brauch** (Master of Law) est Conseiller juridique international et Associé du Programme Droit et politiques économiques de IISD ; il est basé au Brésil. Il est également l'éditeur en chef d'ITN.

<sup>15</sup> Commission européenne. (2018, novembre 22). *A multilateral investment court: A contribution to the conversation about reform of investment dispute settlement*, p. 2. Tiré de [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc\\_157512.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc_157512.pdf)

## ARTICLE 2

# Les pays en développement bénéficient-ils réellement des traités d'investissement ?

## Les effets du droit international des investissements sur la gouvernance nationale

Mavluda Sattorova



Les règles internationales contemporaines relatives à la protection de l'investissement trouvent leurs racines historiques dans un système conçu pour protéger les intérêts des étrangers à l'extérieur – pour veiller à ce que les acteurs économiques étrangers bénéficient dans les pays hôtes d'une gouvernance aussi bonne que celle dont ils bénéficient dans leurs pays d'origine, même si le système juridique du pays hôte est en-deçà des normes communément admises<sup>1</sup>. Bien qu'elle ait fait l'objet d'une forte opposition de la part de la communauté internationale<sup>2</sup>, l'idée d'un traitement spécial – ou d'une bonne gouvernance – pour les investisseurs étrangers a intégré le corpus du droit international par le biais des AII. Soutenu par son propre mécanisme personnel de règlement des différends (RDIE), le régime moderne des AII réaffirme efficacement les règles historiquement contestées du traitement spécial des investisseurs étrangers.

Récemment, le régime des traités d'investissement a toutefois largement dépassé le cadre de sa mission originale de protéger les investisseurs étrangers contre des violations majeures du droit international, tels que les saisies directes de propriétés ou le déni de justice. Le traitement spécial accordé aux investisseurs étrangers implique maintenant que les acteurs économiques

internationaux peuvent demander réparation, même en cas d'action gouvernementale présentant « un niveau relativement inférieur d'inadéquation »<sup>3</sup>. L'absence de transparence, de stabilité et de prévisibilité des actions des États, combinée à l'absence de recours et de mécanismes d'application efficaces au niveau national, peuvent maintenant engager la responsabilité de l'État pour dommages.

### La montée des justifications fondées sur la bonne gouvernance dans les décisions arbitrales et la recherche

Afin de soutenir l'expansion de la portée de la responsabilité de l'État au titre des traités d'investissement, d'aucuns ont présenté de nouvelles justifications, prétendant que le régime remplit une fonction sociétale utile. Certains des discours émergents arguent que les traités d'investissement et le RDIE bénéficient non seulement aux investisseurs étrangers, mais aussi à un groupe plus large d'acteurs dans les États hôtes, incluant entreprises et citoyens ordinaires. Même si les traités d'investissement pourraient être inefficaces dans la réalisation de leurs résultats économiques, certains avancent que leur existence se justifie malgré tout par les normes de bonne gouvernance inscrites dans les normes substantielles de traitement imposées aux États parties par ces traités<sup>4</sup>. Bien que conçues pour bénéficier aux investisseurs étrangers, ces normes de bonne gouvernance pourraient donc « avoir des répercussions sur le droit national et également fixer de nouvelles normes pour le système juridique national »<sup>5</sup>. L'élément clé du discours sur la bonne gouvernance est que les réparations pour dommages pourraient inciter les États hôtes à respecter les normes de bonne gouvernance, et à les intégrer dans leurs systèmes juridiques nationaux

<sup>1</sup> Root, E. (1910). The basis of protection to citizens residing abroad. *American Journal of International Law*, 4(3), 517–528, pp. 521–522.

<sup>2</sup> Voir par exemple les Résolutions n° 1803 (14 décembre 1962) et n° 3281 (12 décembre 1984) de l'Assemblée générale des Nations Unies.

<sup>3</sup> *Saluka Investments BV c. la République tchèque*, CPA—CNUDCI, Décision partielle, 17 mars 2006, para. 293. Tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>

<sup>4</sup> Vandevelde, K. J. (2010). *Bilateral investment treaties: History, policy, and interpretation*. Oxford : Oxford University Press, p. 119.

<sup>5</sup> Muchlinski, P., Ortino, F., & Schreuer, C. (Eds.). (2008). *The Oxford Handbook of international investment law*. Oxford : Oxford University Press, p. vi.



et pratiques administratives générales<sup>6</sup>. En agissant comme catalyseurs des réformes de la gouvernance dans les États hôtes, les traités d'investissement améliorent soi-disant la gouvernance nationale non seulement pour les investisseurs étrangers, mais aussi pour les communautés des pays d'accueil.

Dans un changement de cap inquiétant, le discours de la bonne gouvernance a été adopté non seulement par les universitaires mais aussi par les tribunaux arbitraux. Dans une série de décisions, notamment celles des affaires précurseuses *Metalclad*, *Tecmed* et *Occidental*<sup>7</sup>, les tribunaux arbitraux décidèrent que la transparence, la stabilité, la prévisibilité et la cohérence dans le comportement des États devaient être considérées comme des éléments constitutifs de la norme TJE. Les efforts récents visant à réformer les traités d'investissement ont peu œuvré à limiter ces pratiques interprétatives, même si le fait de considérer le TJE comme une obligation des États hôtes de respecter la bonne gouvernance n'a jamais été adéquatement démontré par des preuves historiques et doctrinales. L'on peut également questionner l'interprétation d'autres normes de bonne gouvernance, telles que l'obligation au titre d'un traité d'offrir des voies de recours efficaces pour connaître des plaintes et faire respecter les droits, à la fois pour leur fondement juridique insuffisant, mais aussi pour leurs implications normatives<sup>8</sup>. Exploiter les libellés de la bonne gouvernance pour justifier les larges interprétations des règles des traités d'investissement ne permettra certainement pas de détourner l'attention des lacunes des raisonnements juridiques et normatifs sous-tendant les décisions arbitrales. Cela pourrait au contraire renforcer les préoccupations relatives à la légitimité et à la crédibilité du régime actuel.

## Les éléments empiriques soutiennent-ils le discours de la bonne gouvernance ?

L'argument selon lequel les traités d'investissement améliorent la gouvernance au niveau national n'est pour

le moment pas démontré par des preuves empiriques. Au contraire, le discours de la bonne gouvernance du droit international des investissements repose sur une série de postulats relatifs à la manière dont les États hôtes *devraient* répondre aux normes des traités d'investissement. Les partisans du discours de la bonne gouvernance présupposent que l'imposition de pénalités financières sur les États hôtes en cas de violation des normes de bonne gouvernance les encourageront (1) à ne pas maltraiter les investisseurs étrangers et (2) à réformer proactivement leurs pratiques juridiques et administratives<sup>9</sup>.

Toutefois, pour générer ces effets de dissuasion et de transformation, les représentants des gouvernements des pays hôtes doivent être conscients de l'existence des normes des traités d'investissement, et de leurs implications. En outre, pour décourager efficacement les représentants des gouvernements d'agir en violation de ces normes des traités internationaux, il faut avoir des cadres juridiques et réglementaires nationaux en place. La question essentielle est la suivante : dans quelle mesure les représentants des gouvernements sont-ils effectivement conscients des disciplines des traités d'investissement et influencés par elles à l'heure de prendre des décisions relatives aux investisseurs étrangers ? L'imposition de pénalités financières sur les États hôtes les incite-t-ils à corriger les lacunes en matière de gouvernance qui sont au cœur des différends investisseur-État et à renforcer la responsabilité des agences et représentants gouvernementaux compétents ?

Les études empiriques récentes cherchent à répondre à ces questions, par le biais d'entretiens avec des représentants gouvernementaux et d'analyse de la législation nationale dans les pays en développement<sup>10</sup>. L'étude de cas des données d'expérience de cinq pays en développement révèle que même après que les États aient tenu le rôle de défendeur dans un arbitrage en matière d'investissement, bon nombre de responsables gouvernementaux continuent de méconnaître le droit

<sup>6</sup> Schill, S.W. (2009). *The multilateralization of international investment law*. Cambridge : Cambridge University Press, p. 377.

<sup>7</sup> *Metalclad Corporation c. le Mexique*, Décision, 25 août 2000, Affaire CIRDI n° ARB (AF)/97/1. Tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf> ; *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. le Mexique*, Décision, 29 mai 2003, Affaire n° ARB(AF)/00/2. Tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf> ; *Occidental Exploration and Production Company c. l'Équateur*, Décision, 1<sup>er</sup> juillet 2004, Affaire LCIA n° UN 3467. Tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>

<sup>8</sup> Voir par exemple, *AMTO c. Ukraine*, Décision finale, 26 mars 2008, Affaire CCS n° 080/2005, para. 87 (le tribunal a considéré que la norme des moyens effectifs exigeait que les lois nationales soient accessibles mais aussi effectives). Tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0030.pdf>

<sup>9</sup> Voir Dolzer, R. (2005). The impact of international investment treaties on domestic administrative law, *New York University Journal of International Law and Policy*, 37, 972 ; Schill, S.W. (2009). *The multilateralization of international investment law*. Cambridge : Cambridge University Press, p. 377 ; et Ehandi, R. (2011). What do developing countries expect from the international investment regime? Dans Alvarez, J. E. & Sauvant, K. P. (Eds.), *The evolving international investment Regime: Expectations, realities, options* (pp. 3–21). Oxford : Oxford University Press.

<sup>10</sup> Voir Sattorova, M. (2018). *The impact of investment treaty law on host states: Enabling good governance?* Oxford : Hart Publishing. Voir également Van Harten, G. & Scott, D N. (2017). Traités d'investissement et évaluation interne des propositions de réglementation : Étude de cas du Canada. *Investment Treaty News*, 8(3), 8–9. Tiré de <https://www.iisd.org/itm/fr/2017/09/26/investment-treaties-internal-vetting-regulatory-proposals-case-study-from-canada-gus-van-harten-dayna-nadine-scott>



international des investissements et ses implications. Même lorsque des représentants gouvernementaux se familiarisent avec le droit international des investissements suite à leur rôle dans un arbitrage investisseur-État, ces connaissances ne se traduisent pas en réformes visant à améliorer la gouvernance. Ces données empiriques montrent également que même si certains gouvernements se sont familiarisés avec le droit international des investissements, certains gouvernements hôtes continuent d'ignorer les répercussions éventuelles de leurs actions en violation du droit. Malgré les risques de conséquences financières désastreuses, les gouvernements d'accueil préfèrent parfois être en violation des normes d'un traité d'investissement, lorsque cela semble plus économiquement et politiquement opportun. Le mécontentement vis-à-vis de l'arbitrage en matière d'investissements semble également pousser les États hôtes à envisager de modifier leurs lois nationales relatives à la protection des investissements de manière rétroactive, ou à se retirer purement et simplement du régime des traités d'investissement.

### **La bonne gouvernance s'applique-t-elle uniquement aux investisseurs étrangers ?**

Les données empiriques émergentes soulèvent une autre question : en isolant effectivement les investisseurs étrangers des lacunes des régimes nationaux, et en remplaçant ceux-ci par l'alternative internationale sans doute plus ferme et efficace, le régime des traités d'investissement ne décourage-t-il pas les pays hôtes à améliorer les institutions et pratiques nationales de gouvernance ?<sup>11</sup> Puisque le RDIE permet aux investisseurs étrangers de se soustraire de la compétence des tribunaux nationaux, les systèmes judiciaires nationaux ne sont pas simplement privés d'incitation pour rivaliser avec les tribunaux internationaux et rehausser la qualité de leur gouvernance, mais ils sont dans les faits empêchés d'intégrer les normes internationales de bonne gouvernance aux pratiques juridiques et administratives des pays hôtes.

Les données empiriques suggèrent également que, compte tenu que le régime des traités d'investissement insiste sur l'idée que les investisseurs étrangers méritent

une protection spéciale, le régime contribue à la fragmentation du paysage judiciaire et réglementaire national et à l'émergence d'organes décisionnels spécifiques chargés de protéger les investisseurs étrangers des lois et institutions nationales. Il existe une tendance manifeste parmi les pays en développement en faveur de la création d'enclaves juridiques pour les investisseurs étrangers, non seulement à l'échelon international, mais également au niveau national. La prolifération de ces enclaves n'incite pas à croire en la capacité du droit international d'être un moteur de changement. Au contraire, le fait de survaloriser les investisseurs étrangers assoit la perception prévalente selon laquelle le droit international est un forum pour une poignée d'acteurs privilégiés. Plutôt que d'être poussés vers une réforme globale des institutions et pratiques nationales de gouvernance, les gouvernements des pays en développement sont incités à adopter des solutions n'offrant « une bonne gouvernance qu'aux seuls investisseurs étrangers ».

### **Le régime des traités d'investissement lui-même respecte-t-il les normes de bonne gouvernance ?**

Autre question essentielle : le droit international des investissements dispose-t-il des caractéristiques nécessaires pour inspirer un changement à l'échelon national ? Dans sa forme actuelle, le régime des traités d'investissement ne présente pas certaines des caractéristiques essentielles à sa prétendue mission de jouer le rôle de mécanisme indiquant quelles sont les normes de bonne gouvernance reconnues à l'échelon universel<sup>12</sup>. L'impact réel du droit des traités d'investissement sur la gouvernance dans les pays hôtes dépend, entre autres, de la position adoptée par le régime vis-à-vis des manquements des investisseurs. Si les traités d'investissement et les tribunaux arbitraux ferment les yeux sur les actes illégaux perpétrés par les investisseurs étrangers dans les pays hôtes, notamment l'extorsion et la corruption, le régime des traités d'investissement pourrait être complice d'encourager et de perpétuer les comportements inappropriés et indésirables des gouvernements et des investisseurs étrangers. Malheureusement, la majorité des traités d'investissement existants ne contient pas de dispositions spécifiques pour répondre aux manquements d'un

<sup>11</sup> Tom Ginsburg a su convaincre que la disponibilité du RDIE à l'échelon international réduit le degré d'encouragement aux États hôtes à améliorer les mécanismes et pratiques nationaux de gouvernance. Voir Ginsburg, T. (2005). International substitutes for domestic institutions: Bilateral investment treaties and governance. *International Review of Law and Economics*, 25(1), 107–123, pp. 119–121.

<sup>12</sup> L'incapacité du droit des traités d'investissement de respecter les idéaux de l'État de droit, telles que la clarté, la cohérence et une procédure équitable a été abordée dans Van Harten, G. (2010). *Investment Treaty arbitration, procedural fairness, and the rule of law*. Dans Schill, S.W. (Ed.), *International investment law and comparative public law* (pp. 627–657). Oxford : Oxford University Press.



investisseur. L'on a longtemps critiqué le droit des traités d'investissement pour sa nature asymétrique – puisqu'il offre des droits aux investisseurs, mais ne leur impose aucune obligation<sup>13</sup>. L'incapacité des AII à corriger l'absence de responsabilité des investisseurs contraste avec le respect proclamé par le régime des traités d'investissement des valeurs de l'État de droit et de la bonne gouvernance.

## Sanctions, réformes descendantes et renforcement des compétences

Les études empiriques des effets de bonne gouvernance du droit des traités d'investissement révèlent également le rôle central joué par la limitation des ressources dans la capacité des États d'internaliser les normes de bonne gouvernance. Comme l'expliquent depuis longtemps les chercheurs en droit et en développement, les sanctions externes et les réformes descendantes pourraient ne pas toujours avoir un effet positif sur les pays récipiendaires<sup>14</sup>. Il semble que le réseau transnational émergent d'influence – principalement composé d'institutions financières et d'agences d'aide au développement internationales, de gouvernements occidentaux et des responsables de la production et de la diffusion des normes des traités d'investissement – puisse en réalité saper les améliorations significatives de la bonne gouvernance, plutôt que de les encourager. En mettant l'accent sur l'expertise externe (étrangère) et le droit externe (international) et sur les mécanismes de règlement des différends, les efforts de ces agents transnationaux pourraient avoir un effet affaiblissant sur la conscience juridique nationale et donc entraver l'émergence de nouvelles manières innovantes d'interagir entre les pays en développement et le régime mondial de protection de l'investissement.

## Remarques finales

À présent que les preuves empiriques soulignent de plus en plus l'absence de corrélation positive entre les traités d'investissement et la croissance de l'IDE<sup>15</sup>, qui a tout a gagné des AII qui accordent aux investisseurs étrangers des privilèges renforcés ? Quelle est la fonction sociétale générale du régime contemporain des traités d'investissement et dans quelle mesure peut-on réaliser cette fonction compte tenu de la conception actuelle des règles des traités d'investissement et des procédures d'arbitrage connexes ? D'autres études sont nécessaires pour examiner comment ceux qui payent le prix final des règles d'investissement – les pays en développement et les communautés d'accueil – pourraient être inclus dans la redéfinition de la gouvernance internationale en matière d'investissement et la conception des politiques de protection de l'investissement.

### Auteure

**Mavluda Sattorova** est enseignante senior invitée en droit à l'Université de Liverpool. Elle se spécialise dans le droit international des investissements et l'arbitrage investisseur-État. Ses travaux les plus récents examinent l'impact du droit relatif aux traités d'investissement sur les prises de décision et la gouvernance nationales.

<sup>13</sup> CNUCED. (2015). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015 : réformer la gouvernance de l'investissement international*. Genève : CNUCED, p. 158. Tiré de [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf) (version complète en anglais) ; [https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2015overview\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2015overview_fr.pdf) (aperçu en français)

<sup>14</sup> Voir par ex., Trebilcock, M.J., et Daniels, R. J. (2008). *Rule of law reform and development: Charting the fragile path of progress*. Cheltenham : Edward Elgar, 2008, p. 351.

<sup>15</sup> Pohl, J. (2018, janvier 18). Societal benefits and costs of international investment agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence. *Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, 2018/01. Tiré de [http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements\\_e5f85c3d-en](http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en) ; Bonnitche, J. (2017, septembre). *Assessing the impacts of investment treaties: Overview of the evidence*. Genève : IISD. Tiré de <https://www.iisd.org/library/assessing-impacts-investment-treaties-overview-evidence> ; Yackee, J. (2010–2011). Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment? Some hints from alternative evidence, *Virginia Journal of International Law*, 51, 397–442.

## ARTICLE 3

# Les clauses RSE dans les traités d'investissement

Laurence Dubin



La Responsabilité Sociétale des Entreprises (RSE) désigne l'ensemble des pratiques et règles auxquelles les entreprises, et plus spécifiquement les Sociétés transnationales (STN), s'engagent volontairement pour limiter les externalités négatives générées par leurs activités au plan social et environnemental, entre autres. Émanant tout d'abord de l'éthique souveraine des STN, la RSE a ensuite fait l'objet d'un encadrement par certaines institutions internationales comme l'OCDE (avec les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales) ou les Nations Unies (avec les Principes du Conseil des droits de l'homme sur les entreprises et les droits de l'homme). Ces instruments, relevant de la soft law, se sont toujours développés en marge du droit « dur » des investissements qui, pour sa part, reconnaît des droits internationaux aux investisseurs étrangers.

On peut néanmoins observer depuis quelques années une tendance du droit des investissements à prendre en considération implicitement ou explicitement la RSE. Implicitement, tout d'abord, dans l'arbitrage d'investissement lorsque le comportement non « socialement » responsable des investisseurs est pris en compte au titre de conditions de recevabilité ou de compétence des tribunaux arbitraux. Explicitement, ensuite, par le biais de clauses relatives à la RSE figurant dans les traités d'investissement. L'insertion de clauses RSE dans ces traités est une pratique relativement récente et ces clauses n'ont pas encore fait l'objet d'un arbitrage d'investissement. On peut observer tout au plus une trentaine de clauses relatives à la RSE incluses

dans des traités d'investissements, des modèles de traités d'investissement ou des accords de libre-échange<sup>1</sup> dont on peut faire, tout d'abord, une typologie.

## 1. Une typologie des clauses RSE dans les traités d'investissement

La première catégorie regroupe des clauses dans lesquelles les États Parties encouragent tout au plus les entreprises à s'autoréguler. La seconde catégorie comprend des clauses dans lesquelles les États, qu'ils soient d'origine ou d'accueil des investisseurs étrangers, envisagent la RSE comme relevant de leur propre compétence nationale. La troisième catégorie, plus récente, regroupe des clauses dans lesquelles les États Parties invitent directement les investisseurs à respecter des obligations relatives aux droits de l'homme ou l'environnement.

**"On peut observer tout au plus une trentaine de clauses relatives à la RSE incluses dans des traités d'investissements, des modèles de traités d'investissement ou des accords de libre-échange."**

Les clauses relevant des deux premières catégories envisagent que la RSE doit être organisée de manière spontanée par les STN ou par le droit de l'État (principalement d'accueil). Elles peuvent

<sup>1</sup> Pour un aperçu de l'ensemble des clauses, voir l'article de Monebhurrin, N. (2017). Mapping the duties of private companies in international investment law, *Brazilian Journal of International Law*, 14(2), 50-71 et du même auteur mais uniquement sur les traités brésiliens : Monebhurrin, N. (2017). Novelty international investment law : the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model, *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, 8, pp. 79-100. Pour une analyse plus générale des obligations des investisseurs étrangers, lire également voir Mbengue, M. M. (2016). Les obligations des investisseurs, L'entreprise multinationale et le droit international, *colloque annuel de la Société Française pour le Droit International*, Paris, Pedone, 2016, pp. 295-339.



être désignées comme des *clauses indirectes* dans la mesure où elles médiatisent la réglementation du comportement sociétal des investisseurs étrangers soit par le droit spontané des STN soit par l'ordre juridique interne de l'État d'accueil. Les clauses adressant directement aux investisseurs des obligations relatives à la protection des droits de l'homme, de l'environnement ou à l'interdiction de la corruption dans l'ordre international – que l'on désigne comme des clauses directes – vont pour leur part à rebours de l'objectif premier du droit des investissements, à savoir la protection de l'investisseur et témoignent du mouvement plus vaste de réforme de la matière. Alors que les clauses indirectes pourraient permettre de remédier au déséquilibre largement constaté entre les droits internationaux surprotégés des investisseurs étrangers et les obligations correspondantes pour les États d'accueil, les clauses directes pourraient permettre de transformer les devoirs sociétaux des STN formant la RSE en obligations internationales opposables à leurs investisseurs et faire du droit des investissements un levier aussi utile qu'inattendu pour responsabiliser les STN.

## 2. Les clauses indirectes – un moyen de protéger les pouvoirs de l'État d'accueil

La majorité des clauses RSE sont des clauses indirectes qui appréhendent la RSE comme une technique autorégulatoire que les États d'origine et les États d'accueil devraient encourager. La plupart des traités auxquels le Canada est Partie, contiennent ce type de clause, y compris l'AECG d'application provisoire<sup>2</sup>. Ainsi, pour ne citer que ce dernier accord, ses parties s'engagent à :

encourager l'élaboration et l'utilisation, par les entreprises, de pratiques volontaires exemplaires de responsabilité sociale, comme celles énoncées dans les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, en vue d'accroître la cohérence entre les objectifs économiques, sociaux et environnementaux.

De telles dispositions ne transforment aucunement les devoirs sociétaux ou éthiques des entreprises en obligations juridiques opposables dans le cadre d'une procédure contentieuse. Elles ne font que réaffirmer le caractère volontaire du concept de la RSE, qui demeure

une forme d'*autoresponsabilisation* des entreprises pouvant, tout au plus, être incitée par les États.

## "Les clauses RSE indirectes pourraient permettre de remédier au déséquilibre largement constaté entre les droits internationaux surprotégés des investisseurs étrangers et les obligations correspondantes pour les États d'accueil."

Certaines clauses indirectes tentent d'aller au-delà de l'assimilation de la RSE à un engagement volontaire des entreprises. Pour ce faire, elles invitent les États à adopter des législations qui permettront d'encadrer le comportement des investisseurs. Ce type de clauses indirectes peut être amené à jouer un rôle utile en matière d'interprétation du contenu et de la portée des obligations des États d'accueil dans les traités d'investissement. En effet, l'incohérence de la jurisprudence arbitrale dans l'interprétation de certains standards de traitement peut mettre à mal les obligations positives des États en matière de protection des droits de l'homme ou de l'environnement. Ainsi, les clauses indirectes de la RSE pourraient permettre de justifier ou d'accentuer l'interprétation restrictive du TJE, et notamment de la protection des attentes légitimes des investisseurs. En explicitant l'intention des États Parties de renforcer la responsabilité sociétale des investisseurs, les clauses indirectes pourraient permettre de mieux encadrer le champ des attentes légitimes des investisseurs<sup>3</sup>.

## 3. Les clauses directes de RSE – un moyen de définir les obligations internationales des investisseurs

Les clauses directes de RSE tentent, pour leur part, de responsabiliser les investisseurs étrangers en définissant les obligations qui leur incombent. Celles-ci sont peu nombreuses, tout simplement parce que l'objectif premier des traités d'investissements est de conférer des droits aux investisseurs étrangers, et non de leur imposer des obligations. Cette finalité des traités d'investissements explique que, bien souvent, les

<sup>2</sup> Voir aussi le préambule et l'article 22.3 de l'AECG, tiré de [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_fr.htm)

<sup>3</sup> On peut en effet constater une certaine tendance interprétative des attentes légitimes qui tend à responsabiliser les investisseurs, lesquels devront à minima connaître la législation applicable et anticiper les changements de réglementation.



clauses directes utilisent des formulations très molles. Il en va ainsi de l'article 24 du code d'investissement panafricain (PAIC) qui recourt au conditionnel pour inviter les investisseurs à respecter les droits de l'homme internationalement reconnus alors qu'il use de l'impératif pour ce qui est de la lutte contre la corruption (article 21). De même, l'article 12 sur la RSE du TBI entre le Qatar et l'Argentine se borne à demander aux investisseurs opérant sur le territoire de chaque État d'accueil de « s'efforcer d'incorporer volontairement des normes de responsabilité sociale des entreprises reconnues sur le plan international dans leurs politiques et pratiques commerciales ».

Lorsqu'elles ne sont pas rédigées au conditionnel, les clauses directes peuvent s'avérer relativement indigestes dans leur substance. Certaines ne font que rappeler l'un des critères du test *Salini* selon lequel les investisseurs doivent contribuer au développement de l'État d'accueil. C'est le cas de l'article 22 du projet de code d'investissement panafricain intitulé « *Responsabilité sociale des entreprises* »<sup>4</sup>:

Les investisseurs cherchant à atteindre leurs objectifs économiques s'assurent que ceux-ci ne sont pas en contradiction avec les objectifs de développement social et économique des États d'accueil et sont sensibles à ces objectifs.

En outre, les clauses directes de RSE doivent souvent cohabiter avec des clauses relatives à la conformité de l'investissement avec le droit interne de l'État d'accueil. Ainsi, le TBI Argentine-Qatar contient, outre une clause directe de RSE à l'article 12, un article 11 posant une obligation pour les investisseurs de se conformer au droit interne. Une autre option consiste à combiner la clause RSE et l'obligation de respect du droit interne dans une même disposition. C'est l'exemple de l'article 11 de l'Accord de Coopération et de Facilitation des investissements signé entre le Brésil et le Malawi (un type d'accord qui se démarque du modèle traditionnel des TBI)<sup>5</sup> :

Les investisseurs et leurs investissements doivent a) réaliser leurs meilleurs efforts pour se conformer avec les principes relatifs à un comportement responsable et conforme aux

lois de l'État d'accueil ... b) respecter les droits humains impliqués par les activités des entreprises et conformes aux obligations et engagements internationaux des États d'accueil.

Ces clauses directes illustrent la difficulté que les États éprouvent à imposer des obligations internationales aux investisseurs relatives aux droits humains internationalement reconnus déconnectées de leurs propres engagements internationaux. Ainsi, dans l'exemple des clauses brésiliennes, si les investisseurs doivent respecter les droits humains, ce n'est que dans la mesure des engagements et obligations internationales souscrites par les États d'accueil.

**"Certaines clauses RSE directes illustrent la difficulté que les États éprouvent à imposer des obligations internationales aux investisseurs relatives aux droits humains internationalement reconnus déconnectées de leurs propres engagements internationaux."**

Si les clauses directes de RSE s'avèrent, pour le moment, guère précises quant au contenu des obligations internationales des investisseurs étrangers, leur invocation par les États d'accueil pourrait néanmoins s'avérer utile dans le cadre du règlement des différends des différends opposant lesdits États à des investisseurs étrangers.

#### **4. L'impact potentiel des clauses RSE sur les demandes reconventionnelles de l'État d'accueil dans le RDIE**

Plusieurs sentences arbitrales bien connues<sup>6</sup> ont déjà permis de considérer que le comportement corruptif ou contraire au droit de l'État d'accueil d'un investisseur étranger peut entraîner soit une incompétence du tribunal arbitral soit une irrecevabilité de la plainte

<sup>4</sup> Commission de l'Union Africaine, département des affaires économiques, Projet de code panafricain de droit des investissements, EA15660 – 15, décembre 2016, tiré de [https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet\\_code\\_panafricain\\_investissements\\_decembre\\_2016.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet_code_panafricain_investissements_decembre_2016.pdf). Voir également l'article 14 du Protocole sur la facilitation des investissements Intra Mercosur, tiré de <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5548>

<sup>5</sup> Traduction non officielle de l'auteur.

<sup>6</sup> Voir *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, affaire CIRDI n° ARB/00/7, sentence du 31 août 2006, tiré de [https://www.italaw.com/documents/WDFv\\_KenyaAward.pdf](https://www.italaw.com/documents/WDFv_KenyaAward.pdf); *Metal Tech Ltd c. République d'Ouzbekistan*, affaire CIRDI n° ARB/10/03, sentence du 4 octobre 2013, tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>.



de l'investisseur. L'État d'accueil dispose ainsi avec les exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité de mécanismes lui permettant, à titre défensif, d'échapper à sa propre responsabilité en contestant le comportement non socialement responsable, qu'il soit ou non baptisé ainsi, de l'investisseur demandeur. Les clauses RSE pourraient, pour leur part, fonder utilement des demandes reconventionnelles (les « *counterclaims* » en anglais) qui permettraient à l'État d'accueil non pas d'échapper à sa propre responsabilité, mais d'engager – au fond – la responsabilité des investisseurs.

Les demandes reconventionnelles permettent, en effet, aux États d'accueil de réagir aux demandes principales formulées par les investisseurs étrangers et visent à contester directement leur comportement fautif. Il reste qu'à ce jour les demandes reconventionnelles n'ont pas eu de grand succès. Le principal obstacle au succès des demandes reconventionnelles réside dans l'incertitude qui règne quant aux obligations qui peuvent être opposées par l'État d'accueil, en droit international, à l'investisseur étranger, comme le montre la sentence *Urbaser c. Argentine*. Dans cette affaire, l'Argentine a introduit une demande reconventionnelle en plaidant la violation du droit fondamental à l'eau par l'investisseur. Le tribunal a alors conclu que la demande de l'Argentine ne pouvait prospérer du fait que le droit à l'eau crée uniquement des obligations à la charge des États. En revanche, les arbitres ont considéré que :

la situation serait différente face à une obligation de s'abstenir, comme une interdiction de commettre des violations des droits humains. Une telle obligation pourrait être d'application immédiate, non seulement vis-à-vis des États, mais également vis-à-vis des individus et des personnes privées »<sup>7</sup>.

D'emblée, une telle obligation négative fait songer à l'un des standards bien connus de la RSE, l'obligation de vigilance raisonnable consistant pour les STN à « s'efforcer » de ne pas violer les droits de l'homme ou de ne pas polluer l'environnement. On pourrait alors imaginer que face à une clause RSE contenue dans un traité d'investissement et imposant aux investisseurs d'exercer cette obligation de vigilance raisonnable, les arbitres disposent d'un outil tout à fait utile pour consolider l'établissement d'une obligation opposable

aux investisseurs, à même de fonder le bien fondé de demandes reconventionnelles.

L'investisseur, conscient du risque qu'une demande reconventionnelle soit introduite avec succès par l'État d'accueil en invoquant son manque de vigilance, pourrait alors se trouver dissuadé d'introduire une requête d'arbitrage qui l'amènerait à devoir justifier son propre comportement. Ainsi, contre toute attente, la rencontre entre le devoir de vigilance (telle que déduite d'une clause RSE) et le droit des investissements (par la voie des demandes reconventionnelles) pourrait-elle permettre de « moraliser sans doute davantage le recours à l'arbitrage sur le fondement des traités »<sup>8</sup>. Et de manière plus inattendue encore, l'investisseur pourrait-il voir sa responsabilité engagée du fait de la violation d'une obligation de vigilance qui lui serait directement opposable et, *in fine*, susceptible de lui imposer une obligation de réparation vis-à-vis de l'État d'accueil.

#### Auteure

**Laurence Dubin** est Professeur de droit international à l'École de Droit de La Sorbonne. Pour une vision plus complète du sujet, voir Dubin, L. (2018). RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre, *Revue Générale de Droit International Public*, 2018, Tome 4.

<sup>7</sup> Voir *Urbaser et Consorcio de Aguas Bilbao c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, § 1210. Tiré de [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf) [Traduction non officielle de l'auteur].

<sup>8</sup> Gaillard, E. (2015). L'avenir des traités de protection des investissements. Charles C. Leben (Ed.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage international*. Paris, Pedone, 2015, p. 1040.



## NOUVELLES EN BREF

### L'Union européenne travaille promptement à l'adoption d'une réglementation portant sur le filtrage des investissements étrangers directs

Le 20 novembre 2018, le Parlement, le Conseil et la Commission de l'Union européenne ont atteint un accord politique pour la création d'un cadre européen pour le filtrage de l'IDE, et le 11 décembre 2018, la Commission du commerce international du Parlement européen l'a adopté. L'objectif affiché de ce cadre est de protéger les intérêts stratégiques de l'Union, de ses États membres et entreprises, notamment la sécurité et l'ordre public, tout en restant ouvert à l'investissement étranger.

Le projet de réglementation européenne créera un mécanisme de coopération pour l'échange d'informations entre les États membres de l'Union et la Commission. Il encouragera la coopération internationale en matière de politique de filtrage, notamment le partage de données d'expérience, de bonnes pratiques et d'informations sur l'évolution des investissements. Il réaffirme également, et c'est important, que ce sont les États membres de l'Union qui décideront, au final, s'il convient d'autoriser ou non une opération spécifique sur leur territoire.

Cette réglementation européenne devrait entrer en vigueur dès que le Parlement européen et le Conseil auront parachevé leurs procédures respectives d'adoption, déjà en cours.

### Après six ratifications, l'Accord global et progressif de Partenariat transpacifique (AGP-PTP/CPTPP) entrera en vigueur le 30 décembre 2018

Le 31 octobre 2018, l'Australie est devenu le sixième État à ratifier formellement l'AGP-PTP, après le Canada, le Japon, le Mexique, la Nouvelle-Zélande et Singapour. Cela a déclenché le compte à rebours de 60 jours avant l'entrée en vigueur de l'accord le 30 décembre 2018. Brunei Darussalam, le Chili, la Malaisie, le Pérou et le Vietnam doivent encore ratifier l'accord. L'AGP-PTP a été signé à Santiago, au Chili, le 8 mars 2018.

### L'Union européenne signe des accords commerciaux et d'investissement avec Singapour ; l'APE UE-Japon entrera en vigueur en février 2019

Le 19 octobre 2018, Singapour et l'Union européenne ont signé des accords politiques et commerciaux, ainsi que l'Accord de protection des investissements (API) UE-Singapour. Les textes devraient servir de base à d'autres accords similaires entre l'Union européenne et les pays de l'ANASE.

L'API UE-Singapour a fait l'objet de l'avis 2/15 de la CJUE. Le 16 mai 2017, la Cour détermina que le traité relevait de la compétence exclusive de l'Union, à l'exception des dispositions relevant d'une compétence partagée entre l'Union et ses États membres. Elles incluent les dispositions relatives à la protection des investissements de portefeuille, et au RDIE. L'API porte création d'un Système de tribunal des investissements, qui suit la proposition européenne mise en avant dans ses accords bilatéraux récents.

En tant qu'accord mixte, du côté de l'Union, l'API devra être ratifié à la fois par le Parlement européen, mais aussi par les parlements nationaux et régionaux des États membres de l'UE.

Le 12 décembre 2018, le Parlement européen a approuvé l'Accord de partenariat économique UE-Japon (JEEPA), suite à une décision similaire de la Diète japonaise. Compte tenu que le JEEPA ne couvre pas la protection des investissements ou le RDIE, la ratification par les parlements des deux partenaires ouvre la voie à son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2019.

Les négociations entre l'Union et le Japon se poursuivent sur un éventuel accord relatif à la protection des investissements. Dans sa proposition d'accord, l'Union européenne a également inclus une proposition révisée de son Système de tribunal des investissements, et indiqué que « il est évident que l'on ne peut revenir en arrière vers un RDIE à l'ancienne ».



## Le Groupe de travail III de la CNUDCI décide qu'une réforme multilatérale du RDIE est souhaitable : les gouvernements doivent présenter des propositions en vue de développer un programme de réforme

Le Groupe de travail III de la CNUDCI a poursuivi ses discussions sur une éventuelle réforme du règlement des différends investisseur-État (RDIE) lors de sa 36<sup>ème</sup> session, qui s'est tenue à Vienne du 28 octobre au 2 novembre 2018. Le Groupe de travail dispose d'un large mandat, composé de trois étapes : (1) identifier les préoccupations liées au RDIE, (2) examiner si une réforme est souhaitable, et, le cas échéant, (3) développer des recommandations.

La session de Vienne a mis l'accent sur la deuxième phase de ce mandat – déterminer si une réforme multilatérale est souhaitable. Le Groupe de travail a examiné trois domaines de préoccupations : (1) la constance, la cohérence, la prévisibilité et la régularité des décisions arbitrales rendues par les tribunaux de RDIE, (2) les arbitres et les décideurs, et (3) le coût et la durée des procédures de RDIE. Comme l'indique le projet de rapport de la réunion, le Groupe de travail a conclu qu'une réforme multilatérale était souhaitable en vue de répondre aux diverses préoccupations identifiées au titre de ces trois domaines.

Lors de sa 37<sup>ème</sup> session, prévue à New York du 1<sup>er</sup> au 5 avril 2019, le groupe de travail examinera les préoccupations liées au financement par des tiers, ainsi que d'autres préoccupations qui ne sont pas déjà couvertes par les trois grands domaines de réforme souhaitable déjà identifiés. Il est important de noter que le groupe développera également un programme pour l'élaboration de recommandations en vue d'une réforme. Les gouvernements sont encouragés, avant la session d'avril 2019, à mener des consultations et soumettre des propositions écrites pour le développement du programme de travail.

Une réunion régionale intersessionnelle devrait également avoir lieu à Saint Domingue, en République dominicaine, les 13 et 14 février 2019. De plus amples informations ainsi que les documents officiels sont disponibles sur le site Internet du Groupe de travail III de la CNUDCI.

## Les juges de la Cour internationale de justice ont décidé de ne plus participer aux affaires de RDIE en tant qu'arbitres

Dans un discours prononcé devant l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 octobre 2018, le juge Abdulqawi Yusuf, le Président de la Cour internationale

de justice (CIJ) a indiqué que la Cour avait décidé de restreindre la pratique permettant à ses membres de siéger dans les tribunaux arbitraux. Les membres de la CIJ ont décidé « de ne plus accepter, en principe, de prendre part à des arbitrages internationaux » et « [E]n particulier, ils ont décidé de ne plus participer à des arbitrages opposant un État à un investisseur, ou à des arbitrages commerciaux ».

À titre exceptionnel, la CIJ autorisera ses membres à participer aux arbitrages entre États, « pourvu que les circonstances le justifient ». Le Président Yusuf a précisé que même dans ces cas exceptionnels, le juge de la CIJ ne pourra participer, s'il y est autorisé, qu'à une procédure arbitrale à la fois, et à condition de ne pas être nommé en tant qu'arbitre par un État qui serait également partie à une affaire pendante devant la Cour.

Cela contraste avec la pratique actuelle au titre de laquelle certains juges jouent de plus en plus le rôle d'arbitre dans plusieurs arbitrages investisseur-État à la fois, tout en conservant leur fonction de juge de la CIJ.

## Les négociations relatives à un instrument contraignant sur les entreprises et les droits humains se poursuivent aux Nations Unies

La quatrième session du Groupe de travail intergouvernemental à composition non-limitée sur les entreprises transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme s'est tenue à Genève du 15 au 19 octobre 2018. Les représentants de plus de 90 pays y ont pris part. Plus de 60 organisations internationales, représentants de la société civile et d'autres parties-prenantes y ont pris part à titre d'observateur.

Lors de cette session, le groupe de travail a parachevé la première lecture de l'avant-projet de texte de l'instrument légalement contraignant proposé.

L'objectif de cet instrument est de réglementer, dans le cadre du droit international des droits humains, les activités des entreprises transnationales et autres entreprises. Il a également abordé l'avant-projet de texte du protocole facultatif annexé au projet d'instrument. Réaffirmant la nécessité de prévenir et de mettre fin aux abus des droits humains par les entreprises, les participants ont pris part au dialogue en mettant l'accent sur le contenu du projet d'instrument.

Comme l'a recommandé le président-rapporteur, les États et autres parties-prenantes sont invités à présenter leurs observations et propositions portant sur les avant-projets de textes au plus tard d'ici à la fin février 2019. L'adresse courriel du groupe de travail est [igwg-tncs@ohchr.org](mailto:igwg-tncs@ohchr.org). Un projet révisé de texte de l'instrument sera préparé pour examen et négociation lors de la cinquième session du groupe de travail, prévue en octobre 2019 à Genève.



## SENTENCES ET DÉCISIONS

### Dans une affaire lancée au titre du TCE contre l'Espagne, le tribunal analyse la décision dans l'affaire *Achmea* et soutient le recours TJE

*Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l., Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l., Greentech Energy Systems A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A. et GWM Renewable Energy II S.P.A. c. le Royaume d'Espagne, Arbitrage V CCS (2015/150)*

#### Kirrin Hough

Dans une décision du 14 novembre 2018, un tribunal de la CCS examinait les recours présentés contre l'Espagne au titre du TCE, par deux entreprises luxembourgeoises, Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l. et Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l., deux entreprises italiennes, GWM Renewable Energy I S.p.A. et GWM Renewable Energy II S.r.l., et une entreprise danoise, Greentech Energy Systems A/S, suite aux mesures législatives et réglementaires adoptées par l'Espagne dans le but de réduire son déficit tarifaire croissant. Le tribunal a affirmé sa compétence sur l'affaire et soutenu le recours TJE au titre de l'article 10(1) TCE, accordant aux demandeurs 39 millions d'euros en dommages.

#### Le contexte et les recours

En 2007, l'Espagne promulgua le Décret royal (DR) 661/2007 en vue d'attirer les investissements dans la production d'électricité renouvelable et de réaliser ses objectifs en termes d'énergie renouvelable au titre du droit européen. Le DR 661/2007 portait création de tarifs de rachat garantis fixes pour toutes les centrales photovoltaïques (PV) éligibles et ce, pour toute la durée de vie des installations, et donnait un accès prioritaire au réseau. Entre mai 2009 et mai 2010, les demandeurs acquièrent des entreprises espagnoles gérant les opérations de trois centrales PV enregistrées au titre du DR 661/2007.

Si le DR 661/2007 réussit à attirer des investissements dans le secteur des énergies renouvelables en Espagne, et que 85 pour cent des objectifs du décret furent atteints en quatre mois, l'Espagne fit face à l'accroissement proportionnel de son déficit tarifaire. Pour y mettre fin, le pays adopta plusieurs mesures entre 2010 et 2013 (notamment le DR 1565/2010, le DLR 14/2010, la Loi 15/2010 et le DLR 2/2013) qui modifiaient les avantages offerts aux centrales PV enregistrées au titre

du DR 661/2007. L'Espagne abrogea le DR 661/2007 entre 2013 et 2014, et établit un nouveau régime réglementaire (notamment le DLR 9/2013, la Loi 24/2013, le DR 413/2014 et le MO 1045/2014), qui créait un nouveau cadre juridique relatif portant sur la production d'énergie renouvelable.

Suite à l'entrée en vigueur de ces mesures, les demandeurs lancèrent plusieurs recours contre l'Espagne au titre du TCE, notamment pour violation du TJE, des clauses d'entrave et parapluie au titre de l'article 10(1) du TCE, et pour violation de la clause d'expropriation au titre de l'article 13 du TCE.

#### Le tribunal examine la décision de l'affaire *Achmea* à l'heure d'établir sa compétence sur les différends intra-Union européenne

Avant d'examiner les recours, le tribunal se pencha sur l'objection de l'Espagne à sa compétence sur le différend fondée sur le fait que le TCE ne s'applique pas aux différends intra-européens dans lesquels les demandeurs sont des ressortissants d'un État membre de l'Union européenne et le défendeur un État membre de l'Union et partie au TCE. L'Espagne argua au final que la clause relative au règlement des différends de l'article 26 du TCE exclut l'arbitrage des différends intra-européens, puisque celui-ci est proscrit par le droit européen.

Le tribunal commença son analyse de l'objection espagnole par l'examen du libellé clair de l'article 26 du TCE, et n'y trouva aucune exclusion des différends intra-européens des protections offertes par le TCE. Le tribunal examina également l'argument de l'Espagne selon lequel il n'avait pas compétence sur le différend compte tenu de la primauté du droit européen, mais détermina que le droit européen n'était pas pertinent s'agissant de la compétence du tribunal.

Point particulièrement important, le tribunal analysa l'objection de l'Espagne à sa compétence fondée sur la décision de l'affaire *République slovaque c. Achmea*. Dans sa décision récente de mars 2018 sur l'affaire *Achmea*, la CJUE déterminait qu'une clause d'arbitrage contenue dans un accord d'investissement entre deux États membres de l'Union était incompatible avec le droit européen.

Pour déterminer si la décision d'*Achmea* s'appliquait au présent arbitrage contre l'Espagne, le tribunal tomba



d'accord avec le tribunal de l'affaire *Masdar Solar c. Espagne* et considéra que la décision d'*Achmea* avait une portée limitée et ne s'appliquait pas aux traités multilatéraux tels que le TCE. Le tribunal soutint également l'opinion de l'Avocat général Wathelet de l'affaire *Achmea*, selon laquelle les protections accordées aux investissements au titre du TCE, ainsi que le mécanisme RDIE, s'appliquent aux États membres de l'Union européenne.

### Le tribunal n'a pas compétence sur le recours TVPEE

Si le tribunal considéra qu'il avait compétence sur le différend, il n'affirma pas sa compétence sur le recours prétendant que l'Espagne avait violé l'article 10(1) du TCE par l'introduction d'une taxe de 7 pour cent sur la valeur de la production d'énergie renouvelable (TVPEE) au titre de la loi 15/2012. Après examen de l'article 21 du TCE, le tribunal détermina que les mesures fiscales, telles qu'en l'espèce, avaient été exclues de l'application des protections offertes aux investisseurs par le TCE et ne relevaient donc pas de la compétence du tribunal.

### L'Espagne viole le TJE

En examinant le recours prétendant que l'Espagne avait violé son obligation TJE au titre de l'article 10(1) du TCE, le tribunal estima que les demandeurs n'avaient pas d'attente légitime que le mécanisme réglementaire au titre du DR 661/2007 ne serait jamais modifié. Il estima cependant qu'ils avaient une attente légitime que le régime tarifaire créé par le DR 661/2007 ne serait pas modifié si profondément, au point de priver les investisseurs d'une portion significative des bénéfices anticipés.

Appliquant ce raisonnement, le tribunal conclut que puisque les réglementations promulguées par l'Espagne entre 2010 et 2013 modifiaient simplement, et non profondément le DR 661/2007, elles ne violaient pas la norme TJE. Cependant, il estima que le nouveau régime réglementaire adopté par l'Espagne entre 2013 et 2014 violait le TJE. Selon lui, le nouveau régime réglementaire modifiait profondément le cadre réglementaire du DR 661/2007 puisqu'il l'annulait et le remplaçait pas une nouvelle structure réglementaire. Aussi, la promulgation par l'Espagne des réglementations équivalait à une violation de la norme TJE au titre de l'article 10(1) du TCE, et donnait lieu à une indemnisation.

### Les recours portant sur la violation de la clause d'entrave et de la clause parapluie sont rejetés

Les demandeurs arguaient que l'Espagne avait violé la protection de la clause d'entrave contenue à l'article 10(1) du TCE ; le tribunal considéra toutefois que ce

recours concernait la même norme TJE et la même base factuelle que le recours TJE, et estima donc qu'il n'était pas nécessaire d'examiner ce recours séparément.

Il rejeta également le recours au titre de la clause parapluie de l'article 10(1) du TCE, puisque cette clause faisait référence à l'obligation de l'État de respecter tous les engagements conclus avec l'investisseur ou l'investissement. Le tribunal expliqua que les obligations mentionnées dans la clause parapluie font référence à des engagements spécifiques, et non pas à des réglementations générales de l'État. Aussi, le tribunal estima que l'Espagne n'avait pas pris de tels engagements envers les demandeurs et rejeta le recours pour ces raisons.

### Rejet du recours pour expropriation

À l'heure de soutenir leur recours pour expropriation, les demandeurs affirmèrent que 83 pour cent de la valeur de leur investissement en actions avait été détruits par les mesures réglementaires de l'Espagne, entraînant la limitation substantielle de leur droit à recevoir la pleine valeur du tarif de rachat garanti au titre du DR 661/2007. L'Espagne rétorqua qu'il n'y avait pas eu d'expropriation puisque les demandeurs étaient encore les propriétaires des centrales PV. Au final, le tribunal détermina que si les demandeurs avaient connu des pertes financières importantes du fait des mesures contestées, celles-ci ne privaient pas substantiellement les demandeurs de la valeur ou de l'usage et de la jouissance de leur investissement.

### Les dommages

Puisqu'il avait estimé que l'Espagne avait violé son obligation TJE au titre de l'article 10(1) du TCE, le tribunal accorda aux demandeurs des dommages d'un montant de 39 millions d'euros, plus intérêts composés. L'Espagne fut également condamnée à payer la part des coûts de l'arbitrage des demandeurs, et d'autres coûts raisonnables, à hauteur de 3 900 374,73 € et 2 997 596,33 USD.

### L'opinion divergente partielle de Vinuesa : le droit européen est le droit applicable, et il s'applique sur le fond

Dans une opinion divergente partielle, Raúl Emilio Vinuesa ne soutint pas la majorité du tribunal sur la question du droit applicable, et estima que le droit européen est un droit international et qu'il devait s'appliquer s'agissant de l'examen quant au fond. Vinuesa n'était pas non plus d'accord avec les conclusions de la majorité s'agissant de la diligence



raisonnable des demandeurs au moment de réaliser leur investissement et de leur responsabilité subséquente.

*Remarques* : le tribunal était composé de Michael Moser (président nommé par la CCS, de nationalité autrichienne), de Klaus Sachs (nommé par les demandeurs, de nationalité allemande) et de Raúl Emilio Vinuesa (nommé par le défendeur, de nationalité argentine). La décision, ainsi que l'opinion divergente partielle sont disponibles sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10142.pdf>

**Kirrin Hough** est une juriste étasunienne basée à Washington, D.C., aux États-Unis.

## Le Kenya obtient gain de cause dans un arbitrage au titre d'un TBI : les recours des investisseurs britanniques sont rejetés en raison de l'absence d'un rapport d'évaluation d'impact environnemental

*Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited et Stirling Capital Limited c. la République du Kenya, Affaire CIRDI n° ARB/15/29*

### Xiaoxia Lin

Le 22 octobre 2018, un tribunal CIRDI constitué au titre du TBI Royaume-Uni-Kenya a rendu sa décision, rejetant tous les recours et ordonnant aux investisseurs britanniques de payer au Kenya la moitié de ses frais juridiques, en plus de la totalité des coûts de l'arbitrage CIRDI. Étonnamment, le tribunal a confirmé que l'évaluation d'impact environnemental (EIE) est l'une des prescriptions d'un investissement régulier au titre de la législation kényane.

### Le contexte et les recours

Les demandeurs étaient Cortec Mining Kenya Limited (CMK), une entreprise privée constituée au Kenya, et ses actionnaires majoritaires, Cortec (PTY) Limited et Stirling Capital Limited, deux entreprises britanniques de portefeuille. Les demandeurs commencèrent à investir dans un projet minier à Mrima Hill, au Kenya en 2007, et obtinrent leur Permis spécial de prospection (PSP 256) en 2008, qui expira en décembre 2014 après deux renouvellements. Selon les investisseurs, ils reçurent

également le Permis minier spécial (PMS 351) en mars 2013, sur la base du PSP 256.

En août 2013, le gouvernement kényan nouvellement élu mena une enquête et suspendit plusieurs centaines de permis miniers « transitoires », y compris le PMS 351 des demandeurs, suite à des « plaintes concernant la procédure ». D'après les demandeurs, cela équivalait à la révocation de leur permis.

Dans leur demande d'arbitrage de 2015 et dans leurs communications subséquentes au tribunal, les investisseurs arguaient que la révocation par le Kenya de leur PMS 351 (leur « principal actif ») constituait une expropriation directe contraire au TBI Royaume-Uni-Kenya.

### Les investisseurs ont présenté leur demande de permis minier de manière prématurée puisqu'elle ne comportait pas d'EIE

Avant d'examiner les questions de compétence, le tribunal analysa la relation entre le PSP 256 et le PMS 351. Il confirma que le PSP exigeait de CMK qu'elle mène une étude de faisabilité de la mine et une étude EIE avant de faire une demande de permis minier, conformément à la Loi minière kényane et aux Réglementations du pays relatives à (l'évaluation et l'audit de) l'impact environnemental (para. 104). Le tribunal rejeta la prétendue étude de faisabilité minière préparée à la hâte par les demandeurs, arguant qu'elle ne respectait pas les pratiques industrielles reconnues (para. 129).

Les investisseurs rétorquèrent qu'un représentant du gouvernement, M. Langwen, avait approuvé l'EIE quatre mois après l'émission du PMS 351 par M. Masibo, le Commissaire aux mines et à la géologie. Ils arguèrent que Masibo avait également toute discrétion pour modifier le statut de l'EIE, et en faire une condition postérieure à la demande de permis minier de CMK, pouvant être remplie après l'émission du PMS 351, plutôt qu'une condition préalable au dépôt de la demande.

Se rangeant du côté de Kenya, le tribunal affirma que l'étude EIE était une précondition à l'émission du permis minier spécial, conformément au droit kényan. Il conclut également que les « courriers d'approbation » de Langwen démontraient que CMK n'avait aucune approbation EIE au moment de l'émission du PMS 351, et que Langwen n'avait en réalité pas reçu l'autorisation d'émettre ces courriers. Aussi, le tribunal considéra que les investisseurs avaient omis de réaliser l'EIE qui leur aurait peut-être permis



d'obtenir un permis minier valable.

### Le tribunal se heurte aux allégations de corruption du Kenya

Le Kenya alléguait que Jacob Juma, un homme d'affaire engagé par les demandeurs pour réaliser la demande de permis, avait œuvré avec le Commissaire Masibo pour frauduleusement émettre le PMS 351. Le Kenya présenta la déclaration d'un témoin pour démontrer que Juma « avait, par le passé, versé des pots-de-vin au Commissaire Masibo » (para. 183).

Le tribunal considéra que le témoignage ne constituait pas une preuve convaincante de corruption. Il considéra également que Juma était décédé et que Masibo n'avait pas eu l'opportunité d'expliquer sa conduite et d'être contre-interrogé. Le tribunal refusa donc d'admettre les allégations de corruption contre Masibo, en l'absence de procédure régulière sur ce point.

### Le tribunal affirme que l'investissement a été réalisé de bonne foi

Le tribunal affirma sa compétence au titre de l'article 25 de la Convention CIRDI et de l'article 8 du TBI Royaume-Uni-Kenya. Il fit également référence à l'affaire *Phoenix c. la République tchèque* et notamment aux deux critères utilisés dans cette affaire (à savoir les actifs investis conformément aux lois de l'État hôte ; et les actifs investis de bonne foi) pour définir « l'investissement protégé ».

S'appuyant sur les affaires *Inceysa c. El Salvador* et *Khan c. la Mongolie*, qui présentent la même maxime – *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (« personne ne peut tirer avantage de ses propres méfaits ») – le Kenya alléguait que la conduite des demandeurs violait le principe de bonne foi.

Le tribunal ne sembla toutefois pas impressionné par une telle allégation. En plus de rappeler les allégations de corruption non corroborées, il ajouta que les autres allégations de mauvaise foi de la part des demandeurs n'avaient pas été démontrées de manière à satisfaire la norme de « la prépondérance des probabilités » (para. 308). Aussi, le tribunal conclut que les demandeurs n'avaient pas fait preuve de mauvaise foi.

### Le TBI Royaume-Uni-Kenya contient une obligation implicite de respect de la législation nationale

Faisant référence à l'affaire *Bear Creek c. le Pérou*, les demandeurs soutinrent que le respect de la réglementation n'est pas une question de compétence puisque le TBI Royaume-Uni-Kenya ne contient pas

de prescription légale expresse en ce sens (para. 314). Quant à lui, le Kenya s'appuyait largement sur l'affaire *Phoenix*, qui affirme que le respect du droit national est nécessaire, même lorsque le TBI pertinent ne le mentionne pas expressément.

Le tribunal confirma que la Convention CIRDI et le TBI protègent tous deux seulement « les investissements réalisés dans le respect de la loi ». Il reconnut également l'incohérence, tant dans la forme que dans l'objet, entre le TBI et la Convention CIRDI quant au fait de reconnaître la responsabilité de l'État lorsque l'investissement a été « créé au mépris de [ses] lois qui protègent fondamentalement les intérêts publics tels que l'environnement » (para. 333). Il est important de remarquer que le tribunal détermina qu'il n'était pas nécessaire d'avoir un libellé « explicite », et que les investissements devaient être réalisés « conformément aux lois du Kenya » pour être protégés (para. 333).

### Le tribunal adopte le test de l'affaire *Kim* pour invalider le PMS 351 émis par Masibo

Alternativement, les demandeurs arguèrent que même si le tribunal décidait de traiter le respect des lois nationales comme une question de compétence, il devait appliquer le principe de proportionnalité établi par l'affaire *Kim c. Ouzbékistan* pour rejeter les prétendues « irrégularités » sous-tendant les « âpres conséquences » de la négation des protections du traité (para. 316). Le Kenya s'appuya sur la décision d'un tribunal national selon laquelle Masibo n'était pas habilité à émettre le permis au titre du droit kényan. Selon le Kenya, cette décision ne pouvait faire l'objet d'un examen par le tribunal arbitral.

Comme l'avaient suggéré les investisseurs, le tribunal appliqua l'approche en trois étapes du principe de proportionnalité de l'affaire *Kim* pour évaluer l'impact des prétendues irrégularités. Dans l'affaire *Kim*, le tribunal avait d'abord évalué l'importance de l'obligation soi-disant violée par l'investisseur ; ensuite, il avait évalué le degré de gravité de la conduite de l'investisseur ; et troisièmement, il avait déterminé si les conséquences juridiques d'une telle violation étaient proportionnelles à l'âpreté d'un déni de l'accès aux protections du TBI (para. 406 à 408 de la *décision sur la compétence* dans l'affaire *Kim*).

Le tribunal de l'affaire *Cortec* affirma d'abord l'importance de la législation environnementale pour le projet Mrima Hill, zone présentant une vulnérabilité environnementale particulière. Il soutint que le



non-respect du cadre réglementaire de protection de l'environnement constituait donc une violation grave. Si certains experts du droit kényan soutenaient les approches attentistes et du « vivre ensemble » s'agissant du traitement de l'EIE, le tribunal confirma sans hésitations qu'au titre du droit kényan, l'EIE devait être réalisée avant l'émission du permis.

Aussi, le tribunal soutint la décision des cours kényanes selon laquelle le PMS était, au titre du droit kényan, invalide dès son émission. Dans une note supplémentaire, le tribunal ajouta que le PMS ne méritait aucune protection sur le fond, même s'il n'avait pas été invalide, au motif que Masibo avait abusé de son autorité en violation du droit kényan.

### Le tribunal rejette les recours des investisseurs et accorde la moitié des coûts réclamés par le Kenya

Après avoir déterminé, tant sur la compétence que sur le fond, que le PMS 351 n'était pas un investissement protégé, le tribunal rejeta l'ensemble des recours des investisseurs. Il ordonna aux investisseurs de payer la moitié des coûts réclamés par le Kenya, compte tenu de l'objection infondée de « prétendue corruption » présentée par le pays, ainsi que de sa conduite contestable pendant la procédure arbitrale.

*Remarques* : le tribunal était composé d'Ian Binnie (Président nommé par les parties, de nationalité canadienne), de Kanaga Dharmananda (nommé par les demandeurs, de nationalité australienne) et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/3974>. La décision de l'affaire Kim c. Ouzbékistan sur la compétence du 8 mars 2017 est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/5403>

**Xiaoxia Lin** est stagiaire boursier « International Finance and Development » de la Faculté de droit de l'Université de New York au Programme Investissement pour le développement durable de IISD.

## Un tribunal du CIRDI estime que la Hongrie est en violation de la clause d'expropriation du TBI France-Hongrie

*UP et C.D. Holding Internationale c. la Hongrie, Affaire CIRDI n° No. ARB/13/35*

### Sarthak Malhotra

Dans une décision rendue le 9 octobre 2018, un tribunal CIRDI concluait son examen des recours présentés par deux entreprises françaises : UP (anciennement Le Chèque Déjeuner, une coopérative) et C.D. Holding Internationale, une filiale d'UP en propriété exclusive. Le tribunal a retenu le recours pour expropriation indirecte au titre du TBI France-Hongrie, accordant aux demandeurs une indemnisation d'environ 23 millions d'euros.

### Le contexte et les recours

Le différend portait sur certaines réformes juridiques et fiscales ayant affecté l'activité commerciale des demandeurs : ils vendaient des bons de complément de salaire à des employeurs qui les octroient à leurs employés dans le cadre de leur rémunération. Ceux-ci pouvaient ainsi utiliser ces bons pour acheter des biens et services auprès de différentes entreprises adhérentes.

Les investisseurs entrèrent sur le marché hongrois par le biais de leur filiale en propriété exclusive, Le Chèque Déjeuner Kft (CD Hongrie), en 1996, et commencèrent par opérer dans le secteur des bons repas, notamment les bons « repas froid » pouvant être utilisés dans les supermarchés et les épiceries, et les bons « repas chaud » pouvant être utilisés dans les restaurants.

En 2011, la Hongrie créa deux types de bons pour des avantages en nature : (1) les cartes SZÉP, la version dématérialisée des bons papier, pouvant être utilisés pour différentes marchandises, notamment les « repas chauds » et (2) les bons Erzsébet pouvant être utilisés pour acheter des « repas froids » (et éventuellement des « repas chauds » également). Les investisseurs n'ont pas rempli les prescriptions juridiques pour émettre des cartes SZÉP. Les bons Erzsébet ne pouvaient être émis que par l'entité gouvernementale Magyar Nemzeti Üdülési Alapítvány (MNUA).

D'après les demandeurs, les cartes SZÉP et les bons Erzsébet bénéficiaient de taux fiscaux inférieurs aux bons émis par les demandeurs, ce qui rendait leurs bons moins compétitifs aux yeux des employeurs. Les parts de marchés et les bénéfices de CD Hongrie chutèrent, et l'entreprise dut mettre fin à ses opérations en 2013. Les demandeurs arguèrent



que ces réformes donnèrent lieu à l'expropriation de leur investissement et violaient l'obligation TJE de la Hongrie au titre du TBI France-Hongrie.

### La décision de la CJUE dans l'affaire *Achmea* ne s'applique pas aux affaires CIRDI

Dans sa décision du 4 mars 2018 dans *l'affaire Achmea*, la CJUE soutenait qu'un accord international conclu entre les États membres de l'Union européenne et permettant à l'investisseur d'un État membre de présenter un recours contre un autre État membre était contraire au droit européen. La Hongrie s'appuya sur cette décision pour affirmer que le tribunal n'avait pas compétence sur l'affaire. Le pays arguait qu'il n'était plus lié par la Convention du CIRDI puisque la décision de l'affaire *Achmea* rendait le mécanisme de règlement des différends du CIRDI contraire au droit européen.

Le tribunal rejeta cet argument et affirma que la décision de l'affaire *Achmea* s'éloignait de la présente affaire en plusieurs points, et n'affectait donc pas la compétence du tribunal.

D'abord, la compétence du tribunal s'appuyait sur la Convention CIRDI, c'est-à-dire un traité multilatéral de droit public international. En tant que tel, il relevait du contexte du droit public international, et non pas d'un contexte national ou régional.

Ensuite, le tribunal indiqua que la décision de l'affaire *Achmea* s'appuyait sur certains aspects qui étaient absents de la présente affaire. Le droit applicable à la procédure d'arbitrage de l'affaire *Achmea* était le droit allemand, tandis qu'en l'espèce, c'était la Convention et le Règlement d'arbitrage du CIRDI qui s'appliquaient. Par ailleurs, l'examen juridique de la décision de l'affaire *Achmea* relevait de la compétence des tribunaux allemands, qui l'exerçaient, tandis que l'examen juridique de la décision de la présente affaire ne pouvait relever que de la procédure en annulation prévue par la Convention du CIRDI. De plus, la décision de l'affaire *Achmea* s'expliquait par le fait que la Cour fédérale allemande avait soumis des questions préliminaires à la CJUE.

Le tribunal observa également que la décision de l'affaire *Achmea* ne faisait pas référence à la Convention du CIRDI ou à l'arbitrage en son sein. Il remarqua ensuite que le droit européen ne contenait aucune règle indiquant que les obligations au titre de la Convention du CIRDI étaient contraires au droit européen, ou qu'elles s'étaient éteintes ou avaient été remplacées au moment de l'accession de la Hongrie à l'Union européenne. Le tribunal estima également que la

Hongrie n'avait pas réussi à démontrer son prétendu retrait implicite de la Convention du CIRDI et que, dans tous les cas, toute dénonciation de la Convention du CIRDI ne pouvait avoir pour effet le retrait rétroactif du consentement de la Hongrie à l'arbitrage.

### La Hongrie a indirectement exproprié l'investissement des demandeurs

Le tribunal rejeta l'argument de la Hongrie selon lequel la totalité du recours des demandeurs s'appuyait sur leur perte de rentabilité économique. Au contraire, il estima que leur requête se fondait sur l'expropriation indirecte de leur participation dans CD Hongrie par le biais de la dépossession de la valeur économique de cette participation. Il observa en outre que la perte de valeur économique de participations du fait des mesures d'un État pouvait être considérée comme une expropriation indirecte.

Selon le tribunal, il convenait d'examiner si les mesures contestées avaient eu, conjointement, pour effet de déposséder les demandeurs de leur investissement. Il compara la valeur économique de leur participation avant les réformes, à sa valeur après l'adoption des mesures, dans le but de déterminer l'étendue de la dépossession de leur valeur économique par les réformes de la Hongrie.

Suite à son analyse, le tribunal conclut que la Hongrie était consciente de la situation et avait intentionnellement fait en sorte que seules trois banques hongroises, et aucune autre entreprise, ne répondent aux prescriptions portant sur l'émission des cartes SZÉP. Il conclut en outre que la Hongrie avait créé un différentiel fiscal en faveur des cartes SZÉP et des bons Erzsébet, qui désavantageait CD Hongrie. Le tribunal considéra qu'il était inutile de déterminer si les demandeurs avaient été dépossédés de leur investissement du seul fait du traitement fiscal, puisque cette dépossession était une conséquence du paquet de mesures adoptées par la Hongrie (les cartes SZÉP, les bons Erzsébet et les avantages fiscaux).

Prenant note des déclarations du parlement hongrois, le tribunal conclut que la Hongrie avait intentionnellement créé un monopole d'État et évincé CD Hongrie du marché des bons repas, ou avait à tout le moins conscience des effets que ses réformes auraient, à savoir que personne ne continuerait d'acheter les bons repas de CD Hongrie.

Le tribunal détermina au final que la Hongrie avait dépossédé les demandeurs de leur investissement puisque les réformes entraînèrent la perte substantielle



de valeur économique de CD Hongrie.

Ensuite, le tribunal examina si la dépossession de l'investissement des demandeurs avait été réalisée dans un but conforme à la loi. Le TBI prévoit qu'une expropriation peut être autorisée pour des « motifs de nécessité publique ». Le tribunal conclut toutefois que l'objet des réformes était d'évincer les étrangers du marché hongrois des bons repas, et qu'elles visaient délibérément l'investissement des demandeurs ; il conclut donc que l'expropriation de l'investissement des demandeurs n'avait pas été effectuée dans un but d'intérêt public.

Le tribunal détermina que la Hongrie avait violé ses obligations en matière d'expropriation indirecte. Il refusa d'examiner le recours TJE, arguant en faveur de l'efficacité procédurale.

### Les dommages

Le tribunal rejeta l'argument de la Hongrie selon lequel la règle relative à l'indemnisation en cas d'expropriation telle que prévue à l'article 5(2) du TBI s'applique aux expropriations régulières et abusives. Il estima que la règle relative à l'indemnisation du TBI ne s'appliquait qu'aux mesures régulières, et que le droit international coutumier régissait l'évaluation des dommages en cas d'expropriation abusive.

Puisqu'il avait déterminé que la Hongrie avait indirectement exproprié la participation des demandeurs dans CD Hongrie, en violation de l'article 5(2) du TBI, le tribunal accorda aux demandeurs des dommages d'un montant de 23 196 000 millions d'euros. La Hongrie fut également condamnée à payer 75 pour cent des frais juridiques et autres des demandeurs, plus intérêts au taux Euribor plus 6,01 pour cent, composés annuellement sur les deux montants.

*Remarques* : le tribunal était composé de Karl-Heinz Böckstiegel (président nommé par les parties, de nationalité allemande), de L. Yves Fortier (nommé par les demandeurs, de nationalité canadienne) et de Daniel Bethlehem (nommé par le défendeur, de nationalité britannique). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>

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

## Un tribunal détermine que les mesures adoptées par le Costa Rica visant à protéger son environnement ne violent pas le TJE ou ses obligations en matière d'expropriation au titre de l'ALEAC-RD

*David R. Aven et autres c. la République du Costa Rica, Affaire CIRDI n° UNCT/15/3*

### Victoria Khandrimaylo

Dans une décision du 18 septembre 2018, un tribunal arbitral constitué au titre de l'ALE Amérique centrale-République dominicaine-États-Unis (ALEAC-RD) examinait les recours présentés contre le Costa Rica par David R. Aven, un ressortissant italo-étasunien, et six autres investisseurs étrangers, tous ressortissants des États-Unis. Dans cette décision, le tribunal rejette les recours fondés sur la violation du TJE et de la clause d'expropriation indirecte, et accorde au Costa Rica le remboursement de ses frais d'arbitrage.

### Le contexte et les recours

Au début des années 2000, les demandeurs décidèrent de lancer un projet touristique à Esterillos Oeste, sur la côte Pacifique du Costa Rica (le projet Las Olas). À cette fin, Aven acquit une participation dans les multiples entreprises servant de véhicule d'investissement spécialisé (« special purpose vehicle », ou « SPV »), enregistrées au titre du droit costaricien et détenant un terrain d'environ 37 hectares. L'un de ces SPV conclut un accord de concession avec la municipalité de Parrita.

Le projet Las Olas comprenait des zones prévues pour un club de plage, un hôtel, 72 lots résidentiels, une zone commerciale incluant supermarchés et restaurants, et une section « appartements » de 288 lots individuels. Les demandeurs alléguèrent avoir reçu tous les permis et approbations requis, y compris le plus important, le Permis de viabilité environnementale (PVE). Toutefois, ce dernier a été émis par les autorités costariciennes en l'absence du rapport préparé par un sous-traitant des demandeurs, indiquant de possibles zones humides sur le site du projet.

Suite à des plaintes des communautés riveraines concernant les dommages causés aux zones humides, et l'abattage des arbres, les autorités du Costa Rica menèrent plusieurs inspections qui donnèrent lieu à des rapports contradictoires s'agissant de l'existence de zones humides et de forêts sur le site du projet. Les autorités costariciennes é mirent donc une série d'injonctions interdisant les travaux sur le site du projet.

Une procédure pénale fut lancée contre Aven et



Damjanac (le directeur des ventes et du marketing du projet Las Olas), accusés de violer les lois locales sur la foresterie et la conservation de la faune et de la flore. Le tribunal pénal émit une Notice rouge d'Interpol en vue d'obtenir l'extradition d'Aven, puisqu'il avait quitté le Costa Rica alléguant avoir reçu des menaces par voie électronique et avoir été victime d'un échange de tirs. Damjanac fut acquitté de toutes les accusations à son encontre, bien que cette décision ait plus tard été renversée. Au moment où la décision arbitrale a été rendue, son nouveau procès était en cours.

Les demandeurs lancèrent un arbitrage auprès de la CNUDCI en 2014. Ils arguaient que l'interférence du Costa Rica dans le projet Las Olas équivalait à un manquement de leur accorder un TJE, ainsi qu'à une expropriation abusive de leur investissement, en violation de l'ALEAC-RD. Ils réclamaient une indemnisation d'un montant de 69,1 millions USD en dommages matériels, plus intérêts, et de 5 millions USD en dommages moraux pour Aven.

#### Le tribunal reconnaît sa compétence sur le différend à l'exception des 67 propriétés vendues

Le Costa Rica s'opposait à la compétence du tribunal pour quatre motifs : (1) Aven n'est pas un investisseur protégé au titre de l'ALEAC-RD car sa nationalité effective et dominante est sa nationalité italienne, plutôt que sa nationalité étasunienne ; (2) deux autres demandeurs ne sont pas des investisseurs protégés puisqu'ils n'ont engagé aucune ressource, tel que l'exige l'ALEAC-RD ; (3) certaines propriétés sur le site du projet n'étaient pas détenues par les demandeurs ; et (4), le site de la concession se trouve en dehors de la compétence du tribunal puisque 51 pour cent des parts du SPV concessionnaire ne sont pas détenues par un ressortissant costaricien comme l'exige la loi nationale, et que le SPV a des impôts en souffrance.

Le tribunal rejeta l'interprétation de la « nationalité dominante et effective » mise en avant par le Costa Rica. Il indiqua que l'article 10.28 de l'ALEAC-RD cherche à prévenir les recours présentés par des investisseurs ayant la nationalité de l'État hôte, mais pas d'un État tiers. Compte tenu de la double nationalité d'Aven, et que l'investissement a été réalisé au Costa Rica, le tribunal estima que cette disposition n'était pas pertinente. Divers facteurs tels que la résidence habituelle et les lieux d'intérêts démontraient également que la nationalité dominante et effective d'Aven était sa nationalité étasunienne.

Le tribunal rejeta également l'argument du Costa

Rica selon lequel deux des demandeurs n'avaient pas réalisé d'investissement. Il estima que leur expérience en matière de marketing et de développement immobilier constituaient des contributions, et que ces contributions en nature étaient confirmées par les certificats de participation.

S'agissant de certaines des propriétés n'étant soi-disant plus détenues par les demandeurs, le tribunal reconnut que ces derniers n'avaient pas divulgué que la vente des lots à des tiers était en cours au moment de la procédure. Le tribunal estima donc qu'un investissement vendu avant la date de dépôt de l'avis d'arbitrage ne devait pas être protégé par l'ALEAC-RD. Aussi, le tribunal s'abstint d'exercer sa compétence sur 67 des propriétés du site.

Le non-respect par les demandeurs des règles applicables au site de la concession n'empêchait pas le tribunal d'affirmer sa compétence. Il remarqua que le Costa Rica n'avait pas contesté la structure de l'actionnariat, qui est interdite, et donc qu'il l'acceptait tacitement. De même, il nota qu'aucune autorité costaricienne n'avait contesté le non-paiement des impôts par les demandeurs, et que ce manquement n'empêchait pas le tribunal d'exercer sa compétence.

#### Tous les recours sont jugés recevables, à l'exception de celui fondé sur la protection et la sécurité intégrales

Le Costa Rica présenta également trois objections à la recevabilité : (1) la conduite abusive et illégale des investisseurs pendant l'exploitation de l'investissement ; (2) l'absence de mention des recours fondés sur la protection et la sécurité intégrales dans l'avis d'arbitrage ; et (3) le non-épuisement des voies de recours internes.

Le tribunal conclut que le Costa Rica ne démontrait pas que les demandeurs avaient réalisé leur investissement de manière frauduleuse et estima que les critères de la conduite abusive et illégale ne s'appliquaient pas aux actions réalisées pendant l'exploitation de l'investissement. Aussi, le tribunal rejeta cette objection à la recevabilité. Il estima en revanche que les recours fondés sur la protection et la sécurité intégrales étaient irrecevables puisqu'ils avaient été soulevés au terme de l'audience plutôt que dans l'avis d'arbitrage.

S'agissant de l'épuisement des voies de recours internes, le tribunal affirma que l'ALEAC-RD n'exige pas l'épuisement des voies de recours locales comme précondition à l'accès à l'arbitrage international. Il affirma que l'épuisement des voies de recours internes était requis pour démontrer un déni de justice et serait



examiné lors de l'examen quant au fond.

### La protection de l'investisseur est subordonnée au droit de l'État d'adopter des lois et mesures de protection de l'environnement et de les appliquer

S'appuyant sur l'article 10.11 de l'ALEAC-RD, le Costa Rica affirma que la suspension du projet Las Olas se justifiait par les obligations en matière de protection de l'environnement souscrites par le Costa Rica au titre du droit international et de sa législation nationale. Il argua que toute incohérence entre les normes du chapitre 17 (sur l'environnement) et celles du chapitre 10 (sur l'investissement) devait être interprétée en faveur du chapitre 17.

Le tribunal conclut qu'au titre de l'ALEAC-RD, les droits des investisseurs sont subordonnés au droit du Costa Rica de veiller à ce que les investissements soient réalisés « de manière sensible aux préoccupations environnementales » (para. 412). Il nuança cependant, affirmant que cette subordination n'est pas absolue, et que l'État hôte doit mettre en œuvre et appliquer son droit environnemental « de manière juste et non-discriminatoire, appliquant lesdites lois visant à protéger l'environnement en suivant les principes de l'application régulière de la loi, non seulement dans leur adoption mais aussi dans leur application » (para. 413).

Le tribunal remarqua que le Costa Rica est partie à des conventions internationales relatives à la protection des zones humides et forestières, et a adopté des lois nationales y relatives. Aussi, le tribunal devait déterminer si l'application de ces lois avait été approprié et régulier.

### Les recours fondés sur le TJE, l'expropriation et le déni de justice sont rejetés

Le tribunal affirma que la détermination de la violation, ou non, par le Costa Rica du TJE ou de la clause d'expropriation indirecte, dépendait de deux facteurs : (1) l'existence ou non de zones humides et de forêts sur le site du projet Las Olas au moment où les mesures avaient été adoptées, et (2) l'existence ou non de dommages aux zones humides et aux forêts.

Après analyse de plusieurs rapports d'experts et du droit costaricien, le tribunal conclut qu'au moins une des zones du site était humide, et que les conditions du site permettaient d'affirmer qu'une « forêt » existait, selon la définition fournie par le droit sur la foresterie.

Le tribunal considéra qu'au titre du droit costaricien, ce sont les demandeurs, en tant que développeurs, qui ont le fardeau de la preuve et doivent pouvoir démontrer que l'environnement ne sera pas endommagé, et informer les

autorités de tout éventuel dommage environnemental. Le tribunal estima qu'ils n'avaient pas divulgué l'existence de zones « marécageuses » sur le site du projet. En outre, il conclut que la fragmentation du terrain ne contenait pas d'objectif commercial en soi, mais permettait aux demandeurs de contourner l'exigence d'obtenir un PVE pour cette partie du site.

Le tribunal disposait de suffisamment de preuves pour déterminer que les zones humides et forestières étaient affectées par les travaux des demandeurs. Il conclut que les mesures prises par le Costa Rica en vue de protéger son environnement étaient conformes au droit international, et n'étaient ni arbitraires, ni en violation des obligations de l'État au titre de l'ALEAC-RD.

En outre, selon le tribunal, les demandeurs ne satisfaisaient pas à la norme leur permettant de présenter un recours pour déni de justice. Le tribunal ne trouva aucun élément permettant d'affirmer que le procureur ou le système judiciaire costaricien avait agi de manière contraire au droit national à l'égard d'Aven et de Damjanac. Il conclut que le procureur avait des motifs raisonnables de traiter la conduite des demandeurs comme un crime continu, et qu'il avait valablement utilisé son pouvoir discrétionnaire pour émettre la notice rouge d'Interpol.

### La demande reconventionnelle du Costa Rica pour dommages environnementaux au titre de l'ALEAC-RD

Le Costa Rica présenta une demande reconventionnelle, exigeant des dommages situés entre 500 000 et 1 million USD dans le but de restaurer les conditions naturelles du site à Las Olas. Il argua qu'aucun élément de l'ALEAC-RD n'empêchait le tribunal d'exercer sa compétence sur une demande reconventionnelle au titre du chapitre 10. Les investisseurs s'opposèrent à la compétence du tribunal sur la demande reconventionnelle considérant qu'au titre des dispositions relatives au règlement des différends contenues dans l'ALEAC-RD, seuls les États peuvent être défendeurs.

Le tribunal affirma que la majorité des dispositions de l'ALEAC-RD portent sur les obligations des États, ce qui pourrait soutenir l'argument des demandeurs selon lequel les investisseurs ne peuvent être défendeurs. Cependant, après analyse des dispositions de l'ALEAC-RD relatives à l'environnement, le tribunal conclut qu'elles imposaient implicitement des obligations aux investisseurs de protéger l'environnement. Il considéra que les investisseurs n'étaient pas à l'abri d'un procès pour violation



des obligations en matière de protection de l'environnement au titre de l'ALEAC-DR, et confirma sa compétence sur la demande reconventionnelle du Costa Rica.

Toutefois, le tribunal remarqua que l'ALEAC-DR n'impose aucune « obligation affirmative » (para. 743) aux investisseurs, et n'indique pas que le non-respect des réglementations environnementales constitue une violation de l'accord pouvant servir de base à une demande reconventionnelle. Aussi, ayant déterminé que le Costa Rica n'avait pas présenté les faits soutenant sa demande reconventionnelle et la réparation exigée, tel que l'exigent les articles 20 et 21 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le tribunal considéra la demande reconventionnelle comme irrecevable.

### Les coûts

Le tribunal considéra que les deux parties avaient, d'une certaine manière, perdu. Il reconnut qu'elles avaient agi de manière appropriée pendant la procédure, que la complexité de l'affaire se traduisait dans l'incohérence des faits, et que les demandeurs ne semblaient pas être de riches investisseurs institutionnels. Aussi, il ordonna aux investisseurs de payer la totalité des coûts de l'arbitrage, mais ordonna à chacune des parties de payer ses propres frais et dépenses juridiques.

*Remarques* : le tribunal était composé d'Eduardo Siqueiros (président nommé par le Secrétaire général du CIRDI, de nationalité mexicaine), de C. Mark Baker (nommé par les demandeurs, de nationalité étasunienne) et de Pedro Nikken (nommé par le défendeur de nationalité vénézuélienne). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/2959>

**Victoria Khandrimaylo** est candidate (2018–2019) au Master sur le règlement international des différends (MIDS) à l'Université de Genève – Graduate Institute (IHEID).

## L'Égypte est reconnue responsable de la fermeture d'une centrale électrique pendant la révolte de 2011

*Unión Fenosa Gas, S.A. c. La République arabe d'Égypte, Affaire CIRDI n° ARB/14/4*

**Ksenia Koroteeva**

Dans une décision du 31 août 2018, un tribunal CIRDI examinait les recours lancés contre l'Égypte par Unión Fenosa Gas (UFG), une entreprise espagnole. Les recours portaient sur la fourniture de gaz par UFG à la centrale Damietta, qui fut fermée du fait de la sévère crise économique et des révoltes civiles qui frappèrent l'Égypte en 2011. Le tribunal rejeta toutes les objections à la compétence présentées par l'Égypte, et soutint le recours TJE au titre du TBI Égypte-Espagne de 1994, accordant à UFG une indemnisation de plus de 2 milliards USD.

L'Égypte présenta plusieurs objections à la compétence du tribunal et à la recevabilité des recours, portant sur la corruption, l'absence d'investissement protégé et la nature contractuelle du différend.

**La corruption : malgré quelques « signaux d'alarme », l'Égypte n'est pas en mesure d'apporter la preuve mise à sa charge**

L'Égypte argua qu'UFG avait obtenu ses investissements présumés grâce à la corruption et à des moyens illégaux, en violation du droit égyptien et de la politique publique internationale. Le pays avança qu'en vue de conserver son investissement, UFG avait choisi un sous-traitant qui avait plus tard plaidé coupable de violation de la Loi des États-Unis sur la corruption dans les transactions à l'étranger (« Foreign Corrupt Practices Act »), dans une procédure aux États-Unis portant sur des pots-de-vin et rétro-commissions.

De plus, l'Égypte affirma que l'obtention par UFG de son investissement était entachée de « signaux d'alarme ». Elle prétendait notamment que l'investissement avait été réalisé dans un pays connu pour des affaires de paiements frauduleux et que, dans le but de développer son investissement, UFG avait conclu un partenariat avec une entreprise dont les employés étaient connus pour avoir d'étroites relations personnelles avec des haut-fonctionnaires égyptiens.

Avant de se pencher sur les preuves factuelles, le tribunal fit plusieurs remarques juridiques importantes. Il affirma d'abord que si la corruption était avérée, cela serait fatal aux recours d'UFG s'agissant de la compétence, de l'admissibilité et du fond. Ensuite, il considéra que la



norme de la preuve applicable en la matière devait être « la prépondérance des probabilités ». Enfin, il souligna que la question des dates était importante. L'Égypte a présenté les allégations de corruption plus de 15 ans après qu'UFG ait réalisé son investissement, ce qui jetait un doute sur la crédibilité de ces allégations.

Le tribunal reconnut que plusieurs des paiements reçus par les partenaires locaux d'UFG en lien avec le développement de l'investissement étaient en effet plutôt généreux. Il refusa toutefois de tirer des conclusions quant au contexte de ces paiements. Il reconnut également que les partenaires locaux d'UFG avaient un certain accès aux décideurs égyptiens de haut-rang. Ils avaient toutefois été choisis par UFG pour agir en tant que lobbyistes, ce qui, en soi, ne permettait pas d'établir la corruption, d'après le tribunal.

En outre, le tribunal souligna que les faits pertinents avaient eu lieu plus de 15 ans avant que l'Égypte ne présente ses allégations, et, fait important, ni UFG, ni ses partenaires locaux, ni les hauts-fonctionnaires égyptiens en question n'avaient été, à un moment ou un autre, poursuivis par l'Égypte pour conduite criminelle en lien avec les investissements d'UFG.

Aussi, le tribunal conclut que l'argument fondé sur la corruption présenté par l'Égypte comme une objection à la compétence avait peut-être un objectif tactique. Il rejeta donc cette objection en concluant que l'Égypte n'avait pas apporté la preuve mise à sa charge.

#### La compétence matérielle, la nature contractuelle du différend et les procédures parallèles : peu convaincu, le tribunal passe à l'examen quant au fond

L'Égypte affirma ensuite qu'UFG n'avait pas réussi à démontrer l'existence d'un investissement protégé au titre du TBI, puisqu'en 2007, UFG avait mis les parts de son investissement et les droits connexes en garantie auprès de la banque égyptienne.

L'Égypte argua également que le différend avait une nature essentiellement contractuelle et qu'il avait été présenté à des procédures d'arbitrage contractuel. L'Égypte affirma qu'UFG et ses filiales avait pris part à une stratégie élaborée et abusive consistant à « diviser » les recours. Le pays attira l'attention du tribunal sur trois arbitrages spécifiques menés sous l'égide du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA) et de la CCI, qui chevauchaient largement l'arbitrage CIRDI fondé sur le TBI. L'Égypte demanda donc au tribunal de rejeter les recours présentés par UFG, ou dans l'alternative, de surseoir la procédure jusqu'à ce que les tribunaux

CRCICA et CCI rendent leurs décisions sur les recours contractuels.

Le tribunal détermina que l'acquisition des parts par UFG faisait partie d'une transaction commerciale plus large, satisfaisant ainsi la définition de l'investissement contenue dans le TBI, ainsi que le test de l'affaire *Salini*, et que la mise en garantie subséquente auprès de la banque égyptienne n'affectait en rien le statut des investissements. Il rejeta donc l'objection de l'Égypte.

Par ailleurs, après avoir analysé les principes de la chose jugée et de *lis pendens*, ainsi que le risque de double réparation et d'incohérence des décisions, le tribunal refusa de surseoir ou de suspendre l'arbitrage CIRDI dans l'attente des conclusions des procédures CRCICA et CCI.

#### Le fond : l'argument fondé sur la nécessité du droit coutumier échoue de nouveau

UFG argua que l'Égypte avait manqué à son obligation d'accorder aux investissements d'UFG les protections prévues par le TBI. L'entreprise argua que ses investissements avaient été significativement affectés par des décisions attribuables à l'Égypte et visant à restreindre et à couper l'approvisionnement de la centrale Damietta en gaz naturel, qui dut plus tard fermer complètement en l'absence de l'approvisionnement nécessaire en gaz.

L'Égypte avança que les décisions contestées n'étaient pas attribuables à l'État, et ne pouvaient donc pas engager sa responsabilité internationale au titre du TBI.

L'Égypte nia par ailleurs toute violation du TBI, mais tenta malgré tout de la justifier en présentant l'argument de la nécessité issue du droit coutumier, contenu dans l'article 25 des Articles de la Commission du droit international (CDI) sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. L'Égypte affirma que la privatisation de l'électricité nationale était le seul moyen de préserver les intérêts essentiels de l'Égypte d'un grave péril imminent. Selon le pays, au moment où les mesures contestées avaient été adoptées, la situation en Égypte était épouvantable. Le pays était en proie à des niveaux de violence historiques, et les révoltes et affrontements dans tout le pays étaient hors de contrôle. La police ne parvenait pas à rétablir l'ordre, ce qui constituait, pour l'Égypte, « une menace au fonctionnement basique de la société et au maintien de la stabilité interne » (para. 8.10). Tout ceci donna lieu à une chute considérable du gaz naturel disponible, tant pour le marché interne que pour l'export.



Le tribunal rejeta cet argument de la nécessité et conclut que l'Égypte avait frustré les attentes légitimes d'UFG fondées sur l'engagement pris par le ministère du Pétrole vis-à-vis de l'investissement, en violation de la norme TJE du TBI.

Pour arriver à cette conclusion, le tribunal analysa un courrier daté du 5 août 2000, dans lequel le ministère égyptien du Pétrole adoptait sans réserve l'Accord d'achat-vente de gaz naturel conclu entre UFG et EGPC, une entreprise d'État égyptienne. Fait important, au titre de cet accord, EGPC s'était engagée à faire en sorte que les autorités égyptiennes n'interfèrent pas avec les droits d'UFG au titre du contrat, et à ne pas imposer ou promouvoir de réglementation pouvant affecter les droits d'UFG ou la capacité d'UFG et d'EGPC à réaliser leurs obligations contractuelles.

Sur la base de ce courrier et de la disposition contractuelle susmentionnée, le tribunal conclut qu'UFG s'attendait légitimement à ce que l'Égypte n'interfère pas dans sa relation contractuelle avec EGPC. Il soutint qu'en fermant la centrale Damietta, l'Égypte avait privé UFG de la possibilité de réaliser sa part du contrat, frustrant ainsi ses attentes légitimes. Le tribunal analysa le lien entre la norme TJE et le concept d'attente légitime en s'appuyant sur les affaires *Phillip Morris c. l'Uruguay*, *Parkerings c. la Lituanie*, *Glamis c. les États-Unis* et *Mobil c. le Canada*.

Le tribunal déterminait toutefois que les autres violations présumées, mises en avant par UFG et portant sur la réalisation du contrat et des accords connexes conclus entre EGPC et UFG, n'étaient pas attribuables à l'Égypte, puisqu'EGPC était une entité juridique distincte sans aucune autorité capable de lier l'Égypte à sa conduite.

Pour déterminer le montant approprié de l'indemnisation, le tribunal appliqua le principe de la pleine réparation au titre du droit international coutumier (faisant référence à l'affaire *Chorzów Factory* et aux articles 31 et 36 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État) dans le but d'effacer, dans la plus grande mesure du possible, les conséquences des méfaits internationaux de l'Égypte. Le tribunal conclut que, compte tenu de la conduite abusive de l'Égypte, UFG avait perdu plus de 2 milliards USD en bénéfices.

**L'opinion divergente de Clodfelter : l'investisseur n'offre pas d'explication raisonnable des questions de corruption**

Le principal désaccord de Mark Clodfelter portait sur l'argument selon lequel l'investissement avait

été obtenu par des moyens corrompus. Il admit que le tribunal n'avait vu aucune preuve directe de corruption ou de versements d'argent liquide de la part des partenaires d'UFG aux décideurs égyptiens. Il remarqua cependant qu'il existait une incroyable contradiction, restée sans explications, entre l'implication des partenaires locaux dans le projet et les paiements qu'ils avaient reçu. Ce signal d'alarme sans équivoque était, selon l'arbitre à l'opinion divergente, suffisant, non pas pour faire passer la charge de la preuve de l'absence de corruption à UFG, mais pour exiger d'UFG qu'elle présente au tribunal une explication plausible et crédible pour ces frais si élevés.

*Remarques* : le tribunal était composé de V.V. Veeder (président nommé sur accord des parties, de nationalité britannique), de William Rowley (nommé par le demandeur, de nationalité canado-britannique), et de Mark Clodfelter (nommé par le défendeur, de nationalité étasunienne). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10061.pdf> et l'opinion divergente de Mark Clodfelter sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10062.pdf>

**Ksenia Koroteeva** est étudiante en Master sur le règlement international des différends (MIDS) à Genève. Elle a auparavant travaillé en tant que conseillère juridique et secrétaire du tribunal au Centre russe d'arbitrage (RAC).

## Un tribunal du CIRDI affirme sa compétence sur la demande d'un investisseur au titre du TBI Royaume-Uni-République tchèque, mais rend une décision en faveur de la Tchèque

*A11Y Ltd c. la République tchèque, Affaire CIRDI n° UNCT/15/1*

**Trishna Menon**

Un tribunal du CIRDI a rendu une décision en faveur de la République tchèque dans une affaire lancée par A11Y Ltd. (A11Y), une entreprise apportant des solutions reposant sur les technologies d'assistance (TA) aux personnes malvoyantes. Le tribunal a procédé



à la bifurcation des procédures, et rendu sa décision finale le 29 juin 2018.

### Le contexte et les recours

Après avoir enregistré sa filiale tchèque, l'entreprise britannique A11Y a repris les activités de TA de BRAILCOM o.p.s. (BRAILCOM), une entreprise tchèque offrant des solutions uniques reposant sur la TA aux personnes malvoyantes et non-voyantes.

En janvier 2012, la Loi portant création d'allocations pour les personnes souffrants de handicaps (la Loi) est entrée en vigueur en République tchèque. Cette Loi prévoit l'octroi de subventions aux personnes handicapées, notamment les personnes malvoyantes. Les montants absolus de ces subventions était limité (800 000 CZK par demandeur pendant cinq ans), tout comme le montant d'une subvention unique (350 000 CZK par subvention). Le bénéficiaire était tenu de payer 10 pour cent du montant pour lequel il souhaite une subvention. La section 9(10) spécifiait qu'une subvention serait accordée pour une aide : (a) de base, (b) qui satisfasse les besoins individuels du demandeur et (c) qui représente l'option la plus économique.

Le 21 mai 2013, l'Office tchèque du travail, chargé d'administrer la loi, a reçu un courrier de Transparency International (le Courrier de TI) alléguant que BRAILCOM avait commencé à contacter des personnes éligibles à une subvention au titre de la Loi. D'après le courrier, BRAILCOM aurait suggéré à ces personnes de conclure un accord par procuration dans le but d'organiser leur demande de subvention auprès de l'Office du travail. Au titre de l'accord, l'entreprise s'engageait à payer au demandeur la part des 10 pour cent de contribution obligatoire.

Après réception du courrier, le ministère du Travail (le ministère) émit une déclaration définissant dans le détail les critères fixés par la Loi, pour garantir que les prescriptions qu'elle impose puissent être effectivement évaluées dans chaque demande, et pour permettre à l'Office du travail d'adopter une approche uniforme de toutes les demandes (la Déclaration de juillet). Cette déclaration précisait notamment que lorsque l'aide concernait plusieurs composants fonctionnellement indépendants, le demandeur était tenu de présenter une liste de tous les composants et leur prix respectif. En outre, les services supplémentaires, tels que la formation ou les produits accessoires, tels que les housses de protection ou les sacs d'ordinateur, ne pouvaient être considérés comme faisant partie de la version de base d'une aide,

et n'étaient donc pas couverts par la Loi.

A11Y lança un arbitrage contre la République tchèque en 2014 au titre du TBI Royaume-Uni-République tchèque, arguant que suite à la Déclaration de juillet, quatre mesures soi-disant adoptées par la Tchéquie avaient anéanti l'investissement d'A11Y dans le pays et mené à sa faillite : (a) les représentants de la République tchèque ont répété à de nombreux clients d'A11Y de demander leurs aides TA aux concurrents d'A11Y, (b) la Tchéquie a dénoncé A11Y pour surfacturation à la télévision nationale à une heure de grande écoute, (c) la Tchéquie a communiqué des informations confidentielles et tarifaires d'A11Y à ses concurrents, et (d) la Tchéquie a truqué les évaluations indépendantes des solutions TA offertes par A11Y. Aussi, l'entreprise réclamait une indemnisation à hauteur de 564 719 000 CZK pour violation de la disposition du TBI relative à l'expropriation indirecte et rampante.

### La compétence : le savoir-faire et la bonne volonté sont des investissements au titre du TBI

Bien que le tribunal ait procédé à la bifurcation des procédures afin d'examiner les objections à la compétence lors de la première étape, le tribunal avait décidé de déterminer lors de l'examen quant au fond si A11Y avait un investissement couvert en Tchéquie au moment de son enregistrement.

Le tribunal fit référence au libellé clair de l'article 1(a) du TBI, qui définit « l'investissement » comme « tout type d'actif appartenant à l'investisseur... ». Le tribunal remarqua que le TBI n'imposait aucun critère à l'investissement, par exemple que les actifs soient transférés pour être pris en compte, ou qu'il y ait un flux financier du Royaume-Uni vers la Tchéquie ou qu'il y ait une transaction sous-jacente. Il remarqua également que la procédure avait été lancée au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui ne contient pas d'équivalent à l'article 25 de la Convention du CIRDI.

Le tribunal choisit donc de considérer que le TBI ne comportait aucune restriction. Il détermina que les actifs d'A11Y en Tchéquie, qui comprenaient son savoir-faire et sa bonne volonté, constituait un investissement.

### L'analyse de la demande fondée sur l'expropriation indirecte et rampante

A11Y argua d'abord que les quatre mesures de la Tchéquie avaient eu des effets d'expropriation sur son investissement ; ensuite, que les actions du pays étaient discriminatoires ; et troisièmement, qu'elles ne



reposaient pas sur un objectif public. Le pays rétorqua que la faillite d'A11Y n'était pas le résultat des quatre mesures mais plutôt du modèle commercial de l'entreprise elle-même.

Le tribunal détermina que la Déclaration de juillet était une mesure réglementaire adoptée de bonne foi puisqu'elle s'appliquait à toutes les personnes handicapées, et non pas aux seuls handicapés visuels. Le tribunal considéra que le libellé de la Déclaration s'appliquait uniformément à toutes les entreprises proposant des services d'aide à différents groupes de personnes handicapées et ne ciblait pas A11Y spécifiquement. Bien qu'elle ait été émise après réception du courrier de TI, le tribunal conclut que la Déclaration ne ciblait pas A11Y et n'était pas discriminatoire à son égard.

Le tribunal conclut de l'examen des témoins que le modèle économique d'A11Y était « économiquement non viable à long terme » (para. 221) dans l'environnement réglementaire créé par la Déclaration de juillet. Il remarqua que certains agents de l'Office du travail n'avaient pas correctement appliqué la Déclaration de juillet, puisqu'ils avaient incité les clients d'A11Y à l'abandonner et à acheter leurs aides auprès de ses concurrents, et partagé les informations commerciales exclusives d'A11Y avec ses concurrents. Il reconnut également que la déclaration télévisuelle avait porté préjudice à A11Y et lui avait fait perdre encore plus de clients et de commandes.

Bien que le tribunal tenta de séparer les effets de la perte de clientèle et de commandes d'A11Y suite aux actions inappropriées des agents de l'Office du travail, des effets de la réduction significative des prix par A11Y et de son absence de couverture des extras tels que la formation suite à la mise en œuvre de la Déclaration de juillet, il n'en fut pas capable.

#### La décision et les coûts

Aussi, le tribunal considéra qu'il ne disposait pas de suffisamment de preuves pour conclure que la conduite de la Tchéquie et la perte connexe de clientèle et de commandes auraient entraîné l'effondrement des activités commerciales d'A11Y indépendamment des effets de la Déclaration de juillet. Il considéra donc qu'A11Y n'avait pas réussi à démontrer que par ses actions, la Tchéquie avait abusivement et indirectement exproprié son investissement. Le tribunal ordonna à A11Y de payer tous les coûts de l'arbitrage et à chacune des parties de payer ses propres frais juridiques.

*Remarques* : le tribunal était composé de L. Yves Fortier (Président, nommé conjointement par les co-arbitres, de nationalité canadienne), de Stanimir A. Alexandrov (nommé par les demandeurs, de nationalité bulgare) et d'Anna Joubin-Bret (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/5183>

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



## RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

### RESSOURCES

#### Transformer l'agriculture en Afrique et en Asie : quelles sont les priorités politiques ?

Par Kieran McDougal et Carin Smaller, publié par IISD et l'Institut international de recherche sur les politiques alimentaires (IFPRI), octobre 2018

Ce rapport utilise un cadre analytique unique qui suit la performance de 117 pays pendant 45 ans, afin de comprendre quelles politiques fonctionnent, et quelles autres ne fonctionnent pas. Il conclut que la transformation agricole a lieu lorsque les pays suppriment les politiques de prix qui pénalisent l'agriculture. Il conclut également que l'investissement public dans la recherche, les services de vulgarisation, l'électricité et l'irrigation est important, mais que la qualité de ces services peut avoir plus de poids que leur quantité. Autre conclusion : les réformes agraires, les institutions de recherche et l'amélioration de l'accès au crédit sont également essentiels, mais au final, aucun pays ne peut réussir sans une combinaison de politiques et d'investissements publics se renforçant mutuellement. Les conclusions centrales du rapport sont que l'éradication réussie de la pauvreté par le biais de l'agriculture dépend de la quantité de terres arables disponibles dans un pays, de leur fertilité et de la pression démographique. Disponible sur <https://www.iisd.org/library/transforming-agriculture-africa-asia-what-are-policy-priorities>

#### Concevoir des politiques de contenu local dans les pays riches en minerais

Par Isabelle Ramdoo, publié par IISD, octobre 2018

Ce rapport précise les principales caractéristiques des politiques de contenu local et les difficultés y relatives. Il ne tente pas de définir le contenu local de manière unique. Il vise à mieux comprendre les différents types d'instruments utilisés, tels qu'actuellement contenus dans les cadres juridiques et institutionnels existants, grâce à des données d'expérience spécifiques de pays. Son objectif est de mettre en avant les prérequis nécessaires à la décision, ou non, de concevoir des

politiques de contenu local, et d'informer les lecteurs sur les types de politiques pouvant être adoptés, compte tenu de l'environnement politique spécifique en place dans les différents pays. Disponible sur <https://www.iisd.org/library/designing-local-content-policies-mineral-rich-countries>

#### La formation et l'identification des règles du droit international coutumier dans le droit international des investissements

Par Patrick Dumberry, publié par Cambridge University Press, décembre 2018

Cet ouvrage propose une analyse complète du phénomène du droit international coutumier dans le domaine du droit international des investissements. Il examine deux questions : comment les règles coutumières sont créées dans ce domaine, et comment les identifier. L'ouvrage étudie les types de manifestations de la pratique des États qui devraient être considérés comme pertinents dans la formation des règles coutumières, ainsi que la mesure dans laquelle elles divergent des règles existantes au titre du droit international général. Il se penche également sur le concept d'opinio juris dans l'arbitrage des investissements. Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/formation-and-identification-rules-customary-international-law-international-investment-law>

#### Les clauses de stabilisation dans le droit international des investissements : approche fondée sur le développement durable

Par Jola Gjuzi, publié par Springer, 2018

Cet ouvrage analyse les tensions entre les engagements de l'État à offrir une stabilité réglementaire aux investisseurs étrangers, et ses engagements envers ses citoyens s'agissant de la protection de l'environnement et du bien-être social. Il affirme que l'antinomie entre les clauses de stabilisation et la capacité de



réglementer contredit le contenu et la logique du développement durable. En vue de supprimer cette antinomie dans les prises de décision et le règlement des différends, il utilise une « approche constructive fondée sur le développement durable », reposant sur des principes juridiques tels que la non-discrimination, l'intérêt public, l'application régulière de la loi, la proportionnalité, la bonne gouvernance et l'État de droit. Il propose de nouvelles représentations de la conception (ex-ante) et de l'interprétation (ex-post) des clauses de stabilisation, offrant stabilité aux investisseurs étrangers tout en atténuant les effets négatifs sur la capacité de l'État hôte à réglementer. Disponible sur <https://www.springer.com/gp/book/9783319972312>

### **La responsabilité des États en cas de violation des contrats d'investissement**

Par Jean Ho, publié par Cambridge University Press, décembre 2018

Cet ouvrage tente de combler l'absence d'une étude détaillée enquêtant sur les sources, le contenu, les caractéristiques et l'évolution du droit relatif à la responsabilité de l'État en cas de violation des contrats d'investissement, et en les analysant. Il argue que ce droit a créé une trajectoire unique et distincte pour ce qui est de la création du droit international, fondée principalement sur les décisions arbitrales, et reproduisant, dans une large mesure, le droit international général relatif à la protection des étrangers et de la propriété étrangère. Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/state-responsibility-breaches-investment-contracts>

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

Par Yun Zhao (Ed.), publié par Cambridge University Press, novembre 2018

Cet ouvrage étudie, de manière holistique, le rôle de la Chine dans la gouvernance internationale et l'État de droit au titre de l'Initiative « Belt and Road ». Il s'intéresse à des cadres analytiques alternatifs qui tiennent compte des idéologies et idéaux juridiques, ainsi que de la demande et des circonstances socio-politiques locales. Il évalue, d'un point de vue critique, les changements que pourrait apporter l'Initiative « Belt

and Road » dans le domaine du droit international et de la gouvernance internationale, et examine d'éventuelles approches permettant de faire face aux problèmes juridiques en découlant. Disponible sur <https://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/international-governance-and-rule-law-china-under-belt-and-road-initiative>

### **Les contestations internationales dans l'arbitrage des investissements**

Par Mesut Akbaba et Giancarlo Capurro (Eds.), publié par Routledge, septembre 2018

Dans le monde entier, l'on s'appuie de plus en plus sur l'arbitrage international, qui doit faire face aux exigences de procédures de plus en plus complexes. Dans le même temps, il a fait l'objet d'une étroite surveillance publique sur fond de débats politiques houleux. Ces deux éléments ont donné lieu à des changements continus dans le domaine de la protection des investissements, dont l'interprétation et l'application présentent une abondance de contestations. Cet ouvrage recense les idées récemment abordées dans les débats sur le droit des investissements et se penche sur les questions fondamentales sous-jacentes, au croisement de l'arbitrage des investissements et du droit international. Disponible sur <https://www.routledge.com/International-Challenges-in-Investment-Arbitration/Akbaba-Capurro/p/book/9781138298729>



## ÉVÉNEMENTS 2019

### 24-25 janvier

**6<sup>ème</sup> CONFÉRENCE CONJOINTE ITA-IEL-CCI SUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN MATIÈRE D'ÉNERGIE**, Institute for Transnational Arbitration (ITA), Institute for Energy Law (IEL) du Center for American and International Law & Cour Internationale d'arbitrage de la Chambre du commerce international (CCI), Houston, TX, États-Unis, <https://iccwbo.org/event/6th-ita-iel-icc-joint-conference-international-energy-arbitration>

### 13-14 février

**2<sup>ème</sup> REUNION REGIONALE INTERSESSIONNELLE DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI SUR LA REFORME DU RDIE**, à Saint Domingue, République dominicaine, [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)

### 27 février – 1<sup>er</sup> mars

**12<sup>ème</sup> FORUM ANNUEL DES NÉGOCIATEURS D'ACCORDS D'INVESTISSEMENT DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT**, IISD, Centre Sud et Gouvernement de la Colombie, Carthagène, Colombie, <https://www.iisd.org/event/12th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>

### 8-9 mars

**FORUM DE RECHERCHE SUR LES PROGRÈS EN MATIÈRE DE RAD COMPARATIF ET TRANSNATIONAL : TRADUIRE LA RECHERCHE EN PRATIQUE**, Faculté de droit de l'Université de Hong-Kong, Hong-Kong, Chine, <https://adrinasia.wordpress.com/2018/11/15/call-for-papers-advances-in-comparative-transnational-adr-research-into-practice>

### 1<sup>er</sup>-5 avril

**37<sup>ème</sup> SESSION DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI**, « Réforme du règlement des différends investisseur-État », CNUDCI, New York, États-Unis, [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)



© 2018 The International Institute for Sustainable Development  
Publié par l'Institut international du développement durable.

### **Institut International du Développement Durable (IISD)**

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

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

### **Investment Treaty News (ITN)**

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

ITN reçoit volontiers des soumissions de travaux originaux non publiés.

Les demandes doivent être adressées à Martin Dietrich Brauch à [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)

**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