



## Définir un investissement au titre du CIRDI: Pourquoi le développement économique devrait être l'élément essentiel

par Omar E. Garcia-Bolivar



**Les arbitrages relevant de traités d'investissement favorisent-ils les investisseurs ou les États?** Une étude à paraître est source d'inquiétudes par Gus Van Harten

**Le Venezuela se retire du CIRDI:** Les implications par Sergey Ripinsky

**L'arbitrage de White Industries:** Ses conséquences sur le programme indien de traités d'investissement par Prabhash Ranjan

**Les négociations concernant les clauses sur la transparence à la CNUDCI atteignent une étape décisive** par Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Lise Johnson

**Egalement dans cette édition:** BG Group Plc c. Argentine; White Industries; Australia Limited c. La République de l'Inde; Vito G. Gallo c. le gouvernement du Canada; ICS Inspection and Control Services Limited c. la République d'Argentine.

# tables des matières

## 3 **Articles**

Définir un investissement au titre du CIRDI:  
Pourquoi le développement économique  
devrait être l'élément essentiel  
*par Omar E. Garcia-Bolivar*

7

Les arbitrages relevant de traités  
d'investissement favorisent-ils les investisseurs  
ou les États? Une étude à paraître est source  
d'inquiétudes  
*par Gus Van Harten*

10

Le Venezuela se retire du CIRDI:  
Les implications  
*par Sergey Ripinsky*

13

L'arbitrage de White Industries:  
Ses conséquences sur le programme indien  
de traités d'investissement  
*par Prabhash Ranjan*

15

Les négociations concernant les clauses sur  
la transparence à la CNUDCI atteignent une  
étape décisive  
*Par Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Lise  
Johnson*

16

Étude de cas:  
Comment l'affaire Chevron c. Equateur  
repousse les limites de l'autorité arbitrale  
*Par Lise Johnson*

18

## **Nouvelles en bref :**

L'Australie devrait rejeter la clause de  
règlement des différends investisseur-État  
dans le TPP; Une entreprise pharmaceutique  
canadienne lance une nouvelle procédure  
au titre de l'ALENA contre les États-Unis; Les  
gouvernements appellent à une interprétation  
limitée de la clause sur le traitement juste  
et équitable dans le CAFTA-DR; Un cabinet  
juridique allemand envisage une procédure  
contre la restructuration de la dette souveraine  
grecque; 2011 a connu une augmentation des  
affaires au titre du CIRDI

20

## **Sentences et décisions :**

BG Group Plc c. Argentine; White Industries  
Australia Limited c. La République de l'Inde;  
Vito G. Gallo c. le gouvernement du Canada;  
ICS Inspection and Control Services Limited c.  
la République d'Argentine

23

## **Ressources et Évènements**

Investment Treaty News Quaterly  
est publié par  
The International Institute for  
Sustainable Development  
International Environment House 2,  
Chemin de Balexert, 5th Floor  
1219, Chatelaine, Geneva, Switzerland

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

Directeur et Représentant Européen, Section  
Commerce et Investissement de l'IIDD  
Mark Halle

Responsable du Programme Investissements  
étrangers au service du Développement  
Durable  
Nathalie Bernasconi

Rédacteur en chef  
Damon Vis-Dunbar

Rédacteur, Version française  
Henrique Suzy Nikiéma

Traduction française  
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version espagnole  
Fernando Cabrera

Traduction Espagnole  
Maria Candeli Conforti

Design:  
The House London Ltd.  
Web: [www.thehouselondon.com](http://www.thehouselondon.com)

# Définir un investissement au titre du CIRDI : Pourquoi le développement économique devrait être l'élément essentiel par Omar E. Garcia-Bolivar

## article 1

Un litige ne relèvera de la compétence du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) que s'il porte sur un "investissement", tel que le stipule l'article 25(1) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention du CIRDI)<sup>1</sup>. Toutefois, non seulement la Convention du CIRDI n'offre aucune définition de ce qu'est un « investissement », mais les rédacteurs de la Convention du CIRDI ont en fait, expressément décidé de ne pas inclure cette définition. Cette lacune a donné naissance à d'intéressantes interprétations lorsque les tribunaux du CIRDI cherchaient à trouver un consensus quand à la compréhension adéquate du terme "investissement" aux fins de la Convention du CIRDI.

Divers éléments ont été mis en avant pour définir ce qu'est et ce que n'est pas un investissement au titre du CIRDI. Cet article avance que l'élément le plus important est celui visant à accroître le développement économique du pays d'accueil.

### Les intentions des États dans le droit international des investissements

Le régime de la protection internationale des investissements étrangers s'appuie sur deux éléments. D'une part, les investisseurs étrangers et leurs investissements jouissent d'une protection internationale au titre des Accords internationaux d'investissement (AII). D'autre part, le régime se nourrit des principes du droit coutumier international et des principes généraux du droit, qui ont évolué avec le temps. S'éloignant quelque peu du processus de développement du droit coutumier international et des principes généraux du droit, les AII représentent la manifestation expresse des intentions des États.

Ces accords contiennent néanmoins des suppositions tacites. Il est par exemple évident qu'un État signe un AII dans l'espoir d'attirer davantage de capitaux, ce qui promouvra ensuite son développement économique.

En effet, le développement – généralement considéré comme le bien-être global de la population<sup>2</sup> – est l'un des principaux objectifs des États, et le capital est l'une des manières de le financer. Traditionnellement, le développement de nombreux États était autofinancé par les recettes obtenues de l'exploitation directe des ressources des États ou de la collecte des impôts sur les entreprises opérant sur leur territoire. Avec le temps, les sources de capital se sont développées pour inclure le recours au crédit et l'obtention d'aide internationale. Et plus récemment, les pays ont remarqué, à juste titre, que les investissements étrangers pouvaient également constituer une source importante de financement et de promotion du bien-être de leurs populations.

En gardant cela à l'esprit, il devient évident qu'il est essentiel de considérer l'intention des États dans l'interprétation des AII au moment de devenir partie à l'un de ces accords. Dans certains cas, cette interprétation est relativement directe si l'AII lui-même stipule l'intention des États-parties, et fixe l'objet et le but de l'accord. Mais dans d'autres cas, les intentions des États ne sont pas expressément stipulées. Si tel est le cas, il est suggéré aux arbitres d'étudier l'ensemble des circonstances environnantes, non seulement le préambule et les travaux préparatoires, mais également la *raison d'être*<sup>3</sup> des États eux-mêmes et les raisons de devenir partie à l'accord – en d'autres termes, la promotion

du bien-être et le développement des communautés de l'État d'accueil.

### Le développement économique est l'objectif des principaux instruments internationaux

*Le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements*

Cette position est soutenue par divers instruments internationaux. La Convention du CIRDI s'est notamment penchée sur la question de l'objet des AII en faisant des références explicites au développement économique dans son préambule, qui stipule : « Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ; »<sup>4</sup>

Si le rapport des directeurs exécutifs stipule que l'objectif premier de la Convention vise à stimuler les flux internationaux d'investissement, il souligne le souhait de l'organe de satisfaire à la fois les intérêts des investisseurs et celui des États :

« 12. ...l'adhésion d'un pays à la Convention pourrait constituer un attrait additionnel et stimuler un large apport de capitaux privés internationaux dans son territoire, ce qui correspond à l'objet principal de la Convention.

13. ... les dispositions de la Convention sont conçues en vue de maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des États hôtes. »<sup>5</sup>

Il existe également un lien clair entre le CIRDI et la Banque mondiale, dont la pratique de prêts inclut d'importants objectifs de développement. Par exemple, l'objectif de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), l'une des entités de la Banque mondiale, vise, entre autre, à faciliter et encourager l'investissement international : (a) à des fins productives ; (b) pour le développement des ressources productives des pays afin de relever leur productivité, niveaux d'existence et la situation des travailleurs.<sup>6</sup>

En outre, le CIRDI fait bien sûr partie de la Banque mondiale, ainsi que la BIRD et d'autres institutions multilatérales. Tel que le stipule le groupe de la Banque mondiale sur son site Internet, le CIRDI complète la mission globale du groupe en aidant « les gens à s'aider eux-mêmes et leur environnement en fournissant des ressources, en partageant les connaissances, en développant les capacités et en forgeant des partenariats dans les secteurs publics et privés. »<sup>7</sup>

Le niveau de coopération entre le CIRDI et le groupe de la Banque mondiale dépasse le cadre du simple partage de locaux. Tout d'abord, il y a une relation financière, car toute dépense excédentaire ne pouvant être satisfaite par le Centre est payée par la Banque<sup>8</sup>. Il existe également une relation opérationnelle car le Président de la Banque est également le Président du Conseil administratif du CIRDI<sup>9</sup>, et il a le pouvoir, entre autres, de nommer les arbitres dans certaines circonstances<sup>10</sup>. Et peut-être plus important encore, les deux organes ont une approche culturelle commune. Comme le CIRDI dépend de la Banque mondiale, cela le place dans un contexte de faire des flux de capitaux un moyen au service d'une fin, plutôt qu'une fin en soi. Cette spécificité exige notamment de mettre l'accent sur les bénéfices des entrées d'investissements pour le développement des pays récipiendaires.

En résumé, le CIRDI n'est pas n'importe quel centre d'arbitrage. Il s'agit du seul centre d'arbitrage dont l'objectif va au-delà du simple règlement des différends entre investisseurs et États. Il a un rôle institutionnel conçu par les Parties à la Convention du CIRDI, mais il a aussi une mission qui doit être cohérente avec les entités multilatérales avec lesquels il est associé – et cet objectif ne peut s'éloigner de la promotion du développement économique des États hôtes.

#### *Les Accords internationaux d'investissement*

Le préambule du Traité sur la Charte de l'énergie<sup>11</sup>, un traité multilatéral incluant des dispositions sur la promotion et la protection des investissements, stipule expressément que les mesures de libéralisation et la protection de l'énergie incluses dans la Charte, visent à encourager le développement économique assimilé à la croissance économique : « [S]ouhaitant mettre en œuvre le concept de base de l'initiative de la Charte européenne de l'énergie, qui est de catalyser la croissance économique par des mesures destinées à libéraliser les investissements et les échanges en matière d'énergie. »<sup>12</sup>

Toutefois, contrairement au TCE, la plupart des All soit ne contiennent pas de référence au développement économique, soit utilisent une formulation ambiguë de leurs objectifs, ou limitent leur objet à la promotion et la protection des investissements étrangers, forçant ceux qui tenteraient de les interpréter à mener un exercice téléologique poussé.

La question de l'interprétation est parfois rendue encore plus complexe dans le cas où des accords de libre-échange incluent des dispositions relatives aux investissements. Par exemple, le chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) traite des investissements mais ne mentionne pas le développement économique<sup>13</sup>. C'est pourquoi il est suggéré que l'objet et le préambule de l'ALENA dans son ensemble soit appliqué au chapitre sur l'investissement. Plusieurs alinéas du préambule stipulent notamment que les obligations au titre du traité doivent être comprises dans un contexte plus large. Ceci est clair car les États parties ont résolu :

« [de] CONTRIBUER au développement et à l'essor harmonieux du commerce mondial ainsi qu'à l'expansion de la coopération internationale,

D'ASSURER un environnement commercial prévisible propice à la planification d'entreprise et à l'investissement,

DE S'ACQUITTER de tout ce qui précède d'une manière compatible avec la protection et la conservation de l'environnement,

DE PRÉSERVER leur liberté d'action relativement à la sauvegarde du bien public,

DE PROMOUVOIR le développement durable,

DE RENFORCER l'élaboration et l'application des lois et règlements en matière d'environnement, et

DE PROTÉGER, d'accroître et de faire respecter les droits fondamentaux des travailleurs ».<sup>14</sup>

Pris dans leur ensemble, ces engagements indiquent une approche globale, visant à orienter la mise en œuvre de l'ALENA, et allant au-delà de la simple promotion des échanges et de l'investissement.

De la même manière, le modèle américain de TBI de

2004 met également l'accent sur l'accord implicite entre les États exportateurs de capitaux et les États hôtes, reconnaissant que "l'accord sur le traitement accordé à ces investissements stimuleront les flux de capitaux privés ainsi que le développement économique des parties" et les États signataires conviennent "qu'un cadre stable des investissements permettra de maximiser l'utilisation effective des ressources humaines et d'améliorer le niveau de vie"<sup>15</sup>. L'interdépendance entre l'octroi d'une protection des investissements et la stimulation du développement économique n'a peut-être pas été indiquée de la manière la plus claire, et cette absence de lien express dans le texte du traité pourrait donner naissance à des interprétations divergentes. Toutefois, le préambule du TBI modèle fait spécifiquement référence au développement économique, et cela devrait indiquer que l'objet des accords suivant ce modèle est de protéger les investissements étrangers afin d'attirer des capitaux et de promouvoir le développement économique des États parties concernés.

D'autres TBI font également référence à la promotion de la croissance économique des États parties. Par exemple, le TBI conclu entre Cuba et le Royaume-Uni souligne le souhait des parties de créer des conditions favorables à l'investissement étranger, tout en reconnaissant que l'accord « contribuera à stimuler les initiatives commerciales et accroîtra la prospérité des deux États »<sup>16</sup>. Un autre objectif commun à de nombreux All est l'amélioration de la coopération économique. Par exemple, l'objectif annoncé du TBI Suède-Venezuela vise à l'intensification de la coopération économique pour l'intérêt mutuel des deux pays, ainsi qu'à la création de conditions favorisant les investissements.

Toutefois, la manière dont les All définissent généralement leur objet laisse suffisamment de place pour une interprétation contraire aux intérêts et objectifs non déclarés des États parties à l'heure de protéger les investissements étrangers. Ceci est évidemment insatisfaisant, mais des interprétations arbitrales des All reflétant correctement les intentions implicites des États hôtes pourraient amoindrir l'impact négatif sur le développement économique.

#### **Le traitement du développement économique dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux**

La plupart des cas sur la pertinence du développement économique dans le droit international des investissements ont été gérés dans le contexte d'un investissement protégé au titre du CIRDI. Comme la Convention du CIRDI ne définit pas le mot « investissement », les tribunaux ont examiné s'il y avait des critères présents dans les dispositions de la Convention permettant de déterminer quand un investissement avait été réalisé aux fins de la Convention du CIRDI ; il s'agit d'une question très importante pour des raisons juridictionnelles en principe.

Jusqu'à présent, le cas le plus emblématique a été celui de *Salini*, qui a donné naissance au « test Salini ». Dans *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA v. Maroc*<sup>17</sup>, le tribunal a examiné les critères généralement identifiés par les commentateurs de la Convention, et a indiqué qu'il s'agissait de : « contributions, d'une certaine durée de performance du contrat, et de la participation aux risques de la transaction »<sup>18</sup>. Le tribunal a également remarqué, après avoir examiné le préambule du traité, que « l'on pouvait également considérer la contribution de l'investissement au développement économique de l'État hôte comme condition supplémentaire »<sup>19</sup>. Le tribunal a identifié au moins deux critères pour qu'un investissement contribue au développement économique du pays hôte : (a) l'investissement doit bénéficier à l'intérêt public, et (b) il doit y avoir un transfert de savoir-faire.<sup>20</sup> Le test de Salini a été utilisé par les tribunaux des litiges consécutifs, parfois intégralement, parfois en partie, et

parfois même avec quelques subtils changements.<sup>21</sup> D'autres ont suivi une approche différente liée au quatrième critère. L'une de ces affaires importantes est *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v Malaisie* ('MHS').<sup>22</sup> Dans cette décision, annulée par la suite par un Comité ad hoc d'annulation, l'arbitre unique a décidé qu'une contribution significative et positive au développement économique du pays hôte était une condition pour que l'investissement soit protégé au titre de la Convention du CIRDI. Ce qui est important, c'est que le tribunal a décidé que le Produit intérieur brut (PIB) de l'économie locale était le facteur déterminant le développement économique.<sup>23</sup> Le tribunal a donc précisé ceci puis a déclaré que l'augmentation du PIB devrait être assez importante pour que l'investissement soit protégé au titre de la Convention du CIRDI.

Dans un cas plus ancien, *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v La République de Slovaquie* (CSOB),<sup>24</sup> il a également été conclu que l'investissement devait avoir un impact positif sur le développement de l'État hôte. Le tribunal a considéré que le préambule de la Convention du CIRDI « permet de déduire qu'une transaction internationale contribuant à la coopération et visant à promouvoir le développement économique d'un État signataire peut être réputée être un investissement au titre de la Convention ».<sup>25</sup>

Aussi, si l'on combine les critères permettant de déterminer une contribution au développement économique tels qu'appliqués par les tribunaux de *Salini*, *MHS* et *CSOB*, on peut conclure que l'investissement doit : (a) être réalisé dans l'intérêt public ; (b) inclure le transfert de savoir-faire ; (c) accroître le PIB du pays hôte et (d) avoir un impact positif sur le développement du pays hôte.

En contraste direct, d'autres tribunaux considérant le terme « investissement » au sens de la Convention du CIRDI, ont adopté une approche nettement différente de la contribution au développement économique. Il est significatif de constater que la plupart de ces cas ont un élément commun – ils ont rejeté ou réduit le critère du développement économique du fait de la difficulté ou de l'impossibilité perçue à délimiter son ampleur.

À un extrême, le Comité ad hoc d'annulation dans l'affaire *Patrick Mitchell v. La République Démocratique du Congo* a amoindri l'importance du critère, en disant que :

«[...]l'existence d'une contribution au développement économique du pays hôte est une caractéristique essentielle ou un critère indiscutable – mais pas suffisant – de l'investissement, et cela ne signifie pas pour autant que cette contribution doit être mesurable ou réussie, et, bien sûr, les tribunaux du CIRDI n'ont pas à évaluer la contribution réelle de l'opération en question. Il suffit que l'opération contribue d'une manière ou d'une autre au développement économique de l'État hôte, et dans tous les cas, ce concept de développement économique est extrêmement large et varie également selon le cas ».<sup>26</sup>

On peut trouver un rejet plus explicite du critère dans l'affaire *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v. Algérie*. Dans cette décision, le tribunal a considéré qu'il n'était pas nécessaire pour l'investissement de contribuer au développement économique du pays, condition trop difficile à mesurer à son sens, et implicitement présente dans les trois autres critères d'un « investissement ».<sup>27</sup>

D'autres tribunaux ont étudié l'objet des All, non pas pour limiter la définition du développement économique, mais plutôt pour examiner l'objectif de protection des intérêts

des investisseurs. Par exemple, dans *Siemens, A.G. v. Argentine*,<sup>28</sup> le tribunal a analysé l'objectif du TBI Allemagne-Argentine et a découvert que l'accord visait à promouvoir l'investissement et à créer des conditions favorables aux investisseurs. Le tribunal a décidé que le TBI devait être interprété de cette manière, et a déclaré : « Le tribunal doit s'appuyer sur l'objet du Traité tel qu'il est exprimé dans son titre et préambule. Il s'agit d'un Traité visant "à protéger" et "à promouvoir" les investissements... L'intention des parties est claire. Il s'agit de créer des conditions favorables aux investissements et de stimuler l'initiative privée ».<sup>29</sup>

Quand les différends investisseurs-États sont réglés dans des enceintes différentes du CIRDI, la défense basée sur le développement économique visant à rejeter la compétence d'un tribunal n'est probablement pas possible, sauf si l'All en question cite le développement économique comme étant la raison des parties pour accorder une protection internationale aux investissements étrangers. Mais dans une telle hypothèse, les tribunaux étudieraient très probablement les arguments de la défense. Pour le moment, il semble que les affaires traitées par le CIRDI seront au cœur des discussions sur l'analyse du développement économique comme limite externe d'un investissement protégé.

### Le développement économique : un concept mesurable

La divergence d'opinion concernant l'importance de la contribution au développement économique pour déterminer si un investissement peut jouir de la protection au titre des All semble venir des difficultés liées à la manière de définir et de mesurer le développement économique et à l'évaluation de ce qu'est une contribution suffisante. Toutefois, il faut en fait mener une véritable réflexion intellectuelle sur ce critère important plutôt que de ne pas l'appliquer en le réduisant à un « cas difficile ».

Il est notamment suggéré aux tribunaux à venir de mener une analyse détaillée de questions telles que : (i) comment définir le développement économique dans le contexte des All ; (ii) qu'est-ce qu'une contribution au développement économique ; (iii) comment mesurer une contribution positive au développement économique ; et (iv) les facteurs « négatifs » associés à l'investissement ou à la conduite de l'investisseur (telle que les violations de droits de l'homme, la corruption ou la dégradation de l'environnement) sont-ils pertinents ?

Le développement économique est un concept effectivement très large et qui peut, éventuellement, inclure de nombreux éléments très divers. Toutefois, en analysant les documents pertinents et les affaires, plusieurs facteurs ayant émergés indiquent certains critères non-exclusifs permettant de déterminer si un investissement a représenté une contribution au développement économique d'un pays hôte. La jurisprudence indique qu'une évaluation peut se baser sur les éléments suivants : (a) la mesure dans laquelle l'investissement est d'utilité publique ; (b) s'il y a eu transfert de connaissances ou savoir-faire technique de l'investisseur vers l'État hôte ; (c) la mesure dans laquelle l'investissement a permis d'accroître le PIB du pays hôte, et (d) si l'investissement a eu des effets positifs sur le développement du pays hôte. Une analyse herméneutique de la Convention du CIRDI et des documents constitutifs de la Banque mondiale renforce également cette approche, soulignant que les investissements devraient : (a) avoir des fins productives plutôt que spéculatives, et (b) servir au développement des ressources productives des pays afin de relever leur productivité, niveaux d'existence et la situation des travailleurs.

La formulation des documents de la Banque mondiale peuvent également servir à définir le "développement

## Auteur

Omar García-Bolívar est avocat international, consultant en politiques publiques et arbitre. Il est le président de BG Consulting à Washington D.D., spécialisé dans les conseils en droit et en développement.

Cet article est tiré d'un essai plus long intitulé « Le développement économique au cœur du régime international des investissements », publié dans *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press (2011).

## Notes

- 1 Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, soumise à signature le 18 mars 1965, 575 UNTS 159 (entrée en vigueur le 14 octobre 1966) (« Convention du CIRDI »).
- 2 Voir par ex. Amartya Sen, *Development as Freedom* (1999) xii (*Un nouveau modèle économique : développement, justice et liberté* – ed. Odile Jacob, 2003) : 'Le développement consiste au retrait de divers types d'absences de liberté empêchant les personnes de choisir et d'avoir l'opportunité d'exercer leur esprit critique. La suppression de ces absences de liberté importantes contribue au développement.'
- 3 En français dans le texte, n.d.l.t.
- 4 Le texte complet de la Convention et du règlement du CIRDI est disponible sur le site Internet de la Banque mondiale, [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR\\_French-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf).
- 5 Rapport des Administrateurs exécutifs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, disponible sur [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR\\_French-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf).
- 6 Statuts BIRD, article 1, disponible sur <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/ACCUEIL/EXTN/EXTABTUSFRENCH/0,,contentMDK:20405707~pagePK:64094163~piPK:4165~theSitePK:328614~isCURL:Y,00.html>.
- 7 Voir le site Internet de la Banque mondiale sur <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABTUS/0,,pagePK:50004410~piPK:36602~theSitePK:29708,00.html>
- 8 Convention CIRDI, article 17.
- 9 Ibid, art. 5
- 10 Ibid, art. 38
- 11 Traité sur la Charte de l'énergie, soumis le 17 décembre 1994, (1995) 34 ILM 360 (entré en vigueur le 16 avril 1998) (TCE).
- 12 Ibid, préambule. L'article 2 du TCE renforce l'objectif de croissance économique en faisant référence aux objectifs généraux de la Charte, et stipule : « Le présent traité établit un cadre juridique destiné à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie, et fondé sur la complémentarité et les avantages mutuels, conformément aux objectifs et aux principes de la Charte. »
- 13 Accord de libre-échange nord-américain, signé le 17 décembre 1992, États-Unis-Canada-Mexique, 32 ILM 289 (entré en vigueur le 1er janvier 1994) (ALENA), disponible sur <http://www.nafta-sec-alena.org/fr/view.aspx?conID=590>
- 14 Ibid, préambule.
- 15 Traité entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de [pays] relatif à l'encouragement et la protection réciproque des investissements (modèle américain de TBI (2004)), <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm> (dernier accès le 5 novembre 2010).
- 16 Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République de Cuba pour la promotion et la protection des investissements, signé le 30 janvier 1995 (entré en vigueur le 11 mai 1995), disponible sur [www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/cuba\\_uk.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/cuba_uk.pdf)
- 17 Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA v. Maroc (Affaire CIRDI n° ARB/00/4), Décision sur la compétence du 23 juillet 2001.
- 18 Ibid, para. 52
- 19 Ibid. Voir également Christoph Schreuer et al, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2nd ed, 2009), Article 25, para. 153-174 (La Convention du CIRDI : commentaires).
- 20 Le tribunal a dit : "On ne peut pas contester le fait que l'autoroute doit être d'utilité publique. Finalement, les entreprises italiennes ont également pu partager du savoir-faire avec le pays hôte de l'investissement..." ; ibid, para. 57.
- 21 Par ex., *Joy Mining Machinery Limited v. Egypte* (Affaire CIRDI n° ARB/03/11, Décision sur la compétence du 23 juillet 2001), para 53 ; *Jan de Nul N.V. v. Egypte* (Affaire CIRDI n° ARB/04/13, Décision sur la compétence du 16 juin 2006), para 91 ; *Helnan International Hotels A/S v. Egypte* (Affaire CIRDI n° ARB/05/19, Décision sur la compétence du 17 octobre 2006), para 77 ; *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. Malaisie* (Affaire CIRDI n° ARB/05/10, Décision sur la compétence du 17 mai 2007), para 73-74.
- 22 *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. Malaisie* (Affaire CIRDI n° ARB/05/10, Décision sur la compétence du 17 mai 2007).
- 23 Ibid, para. 123.
- 24 *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v La République de Slovaquie* (Affaire CIRDI n° ARB/97/4, Décision sur la compétence du 24 mai 1999).
- 25 Ibid, para. 64.
- 26 *Patrick Mitchell v. La République démocratique du Congo* (Affaire CIRDI n° ARB/99/7, Décision sur l'annulation du 1er novembre 2006), para 33.
- 27 *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v. Algérie* (Affaire CIRDI n° ARB/05/3, Décision du 12 juillet 2006) para 73(iv).
- 28 *Siemens, A.G. v. Argentine* (Affaire CIRDI n° ARB/02/8, Décision sur la compétence du 3 août 2004).
- 29 Ibid, para 81.
- 30 Principes directeurs sur le traitement de l'investissement étranger, Banque mondiale (1992), disponible sur [www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSF/B/1999/11/10/000094946\\_99090805303082/Rendered/PDF/multi\\_page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSF/B/1999/11/10/000094946_99090805303082/Rendered/PDF/multi_page.pdf) (dernière visite le 5 novembre 2010).
- 31 En français dans le texte, n.d.l.t.

économique" dans le contexte des All, et notamment les Principes directeurs de 1992 pour le traitement de l'investissement étranger. Bien que non-contraignant, le document fournit un ensemble de recommandations visant à être intégrées dans la législation nationale des États et concernant le traitement des investissements étrangers. Dans son préambule, on reconnaît : « [q]u'un apport plus important d'investissement direct à l'étranger représente des bénéfices substantiels pour... les économies des pays en développement... à travers une meilleure compétitivité, des transferts de capitaux, de technologie et de compétences en gestion, améliore l'accès au marché et contribue à l'expansion des échanges internationaux »<sup>30</sup>. Cette déclaration donne une bonne idée des facteurs à prendre en compte pour évaluer la contribution d'un investissement à, ou la création de telles conditions dans l'État hôte.

Il existe bien sûr des outils très spécifiques pouvant être utilisés pour évaluer les contributions à l'économie locale. Par exemple, il est très facile de mesurer l'impact d'un investissement sur le PIB de l'État hôte en comparant la valeur des biens ou services produits par cette transaction, sur la base de données fiables concernant la valeur globale des biens et services produits dans le pays donné dans une période de temps donnée (fournie par la Banque mondiale par exemple). Il faut toutefois garder à l'esprit que la croissance économique est différente du développement économique. La seule mesure de l'impact positif d'un investissement sur le PIB ne peut en elle-même permettre de conclure que l'investissement a contribué au développement économique du pays. C'est bien sûr à première vue un indicateur de contribution positive. Un investissement peut néanmoins accroître le PIB et porter malgré tout préjudice au développement économique d'un pays quand les normes des droits de l'homme sont violées par exemple. Afin de prendre en compte ces circonstances, il faut donc développer une approche plus sophistiquée des relations entre la contribution au développement économique et l'octroi de la protection au titre du traité – pour laquelle la contribution est évaluée en elle-même, puis si cela suffit de prime abord, on examine les facteurs négatifs qui peuvent annuler cet impact positif apparent sur le développement économique de l'État hôte. Si après analyse des faits, on peut conclure que l'investissement n'a pas contribué au développement économique du pays d'accueil, alors l'investissement ne devrait pas pouvoir bénéficier de la protection accordée par le CIRDI.

## Conclusion

Même si ce domaine du droit international des investissements reste encore très controversé, il est clair que plusieurs conditions doivent être satisfaites pour savoir si un investissement a contribué au développement économique de l'État hôte. Si un investissement va à l'encontre de l'intérêt public, n'a pas donné lieu à des transferts de connaissance vers le pays d'accueil, n'a pas amélioré l'économie ou la productivité, n'a pas amélioré le niveau de vie ou la situation des travailleurs dans l'État hôte, il est presque certain qu'il n'aura pas contribué au développement économique de ce pays.

Les arbitres et les juges ont une tâche importante de définition du développement économique d'un investissement étranger et de son ampleur. Ils ne peuvent bien sûr pas aller au-delà de l'objet des accords mentionnés dans les textes, les préambules et les travaux préparatoires<sup>31</sup> – c'est-à-dire là où se sont arrêtés les négociateurs des All. Ces derniers doivent donc être plus appliqués et comprendre l'importance d'exprimer clairement l'objectif réel de leur pays en devenant partie aux All. Un objectif affiché qui ne mentionne pas que les investissements étrangers sont protégés car ils contribuent au développement économique ne permettra pas aux arbitres de considérer les All autrement que comme une protection des investissements étrangers.

# Les arbitrages relevant de traités d'investissement favorisent-ils les investisseurs ou les États ? Une étude à paraître est source d'inquiétudes

par Gus Van Harten

## article 2



Les discussions sur les traités d'investissement soulèvent souvent des questions sur l'équité et l'indépendance des arbitrages internationaux relatifs aux investissements. Certains observateurs affirment que les arbitrages internationaux représentent une enceinte neutre et impartiale permettant de régler les différends investisseurs-États afin de protéger les actifs détenus par des étrangers et de garantir l'État de droit<sup>1</sup>. D'autres prétendent que le mécanisme de l'arbitrage est favorable aux investisseurs et aux États occidentaux exportateurs de capitaux au détriment des gouvernements défendeurs, notamment ceux du monde en développement<sup>2</sup>. Les principes d'équité et d'indépendance sont essentiels au rôle légitimant de l'arbitrage international<sup>3</sup>.

Une étude à paraître a testé les hypothèses d'une éventuelle distorsion dans les arbitrages internationaux<sup>4</sup>. Elle a notamment cherché à découvrir s'il existait des preuves permettant d'affirmer que le règlement de questions juridiques contestées dans le droit des traités d'investissement serait influencé par les intérêts économiques apparents des arbitres ou de l'arbitrage.

Les hypothèses de l'étude sont tirées des suppositions concernant les incitations des arbitres, basées sur le caractère unique de l'arbitrage relevant de traités d'investissement<sup>5</sup>. Tout d'abord, la structure asymétrique de la procédure et l'absence de marqueurs institutionnels de l'indépendance judiciaire pourraient inciter les arbitres à favoriser la partie capable de prendre l'initiative de la procédure<sup>6</sup>. Ensuite, s'ils ont un intérêt de carrière significatif dans le secteur, les arbitres pourraient être influencés par la nécessité d'apaiser les acteurs puissants ou ayant une influence sur les décisions liées à la nomination, et sur la position plus large de l'arbitrage<sup>7</sup>.

Ces suppositions ont été rejetées par les acteurs du système<sup>8</sup>, et l'étude ne suggère pas qu'elles représentent le seul facteur possible pouvant influencer le comportement de l'arbitre. D'un autre côté, les suppositions reflètent la « question sur les incitations qui agissent si souvent sur les arbitres – à savoir leur propre intérêt à garantir et étendre les possibilités de nomination future à un poste d'arbitre » et les suppositions relatives « qu'un arbitre peut penser que sa décision aura probablement une incidence sur sa propre acceptabilité, et donc sur sa probabilité à être de nouveau nommé... ou qu'une décision peut affecter la valeur marchande de l'organisation qui nomme les arbitres, de laquelle dépendent les nominations futures de l'arbitre »<sup>9</sup>.

Deux tendances principales ont été observées. Tout d'abord, il y a eu une tendance importante au règlement extensif des points de droit contestés qui amélioreraient la promesse de compensation pour les demandeurs et, le risque de responsabilité des États défendeurs. La deuxième est une tendance marquée au règlement extensif des affaires où le demandeur était un pays occidental exportateur de capitaux.

### Aperçu de l'étude

L'étude se basait sur une analyse systématique du contenu<sup>10</sup> de toutes les sentences rendues publiques (c.-à-d. les décisions) et traitant de questions de compétences dans 140 affaires connues relevant des traités d'investissement à la date de mai 2010. Les sentences étaient codées, par chacun des arbitres, pour le règlement d'une série de questions légales juridictionnelles, auxquelles il est plus largement répondu dans les sentences ou la littérature secondaire. Ce sont en général des questions sur lesquelles le texte d'un traité d'investissement est ambigu ou silencieux, ce qui entraîne des désaccords quant à l'approche appropriée. Les règlements extensifs pourraient être accusés de favoriser les demandeurs en étendant l'autorité des tribunaux relevant de traités d'investissement et en permettant la poursuite de plus de procédures.

En résumé, les thèmes et questions codées étaient :

1. L'investisseur est une personne morale – La procédure devrait-elle être autorisée si l'investissement est la propriété d'une chaîne d'entreprises allant de l'État hôte à l'État d'origine via un pays tiers ? Approche extensive : oui. Approche restrictive : non.

2. L'investisseur est une personne physique – La procédure devrait-elle être autorisée si elle est demandée par un individu à l'encontre du seul État dont il est ressortissant, ou à l'encontre d'un État duquel il est ressortissant sans confirmation de nationalité dominante et réelle ? Réponse extensive : oui aux deux questions. Approche restrictive : non aux deux questions.

3. L'investissement – Les critères *Fedax*<sup>11</sup> devraient-ils s'appliquer pour limiter le concept d'investissement au titre de la *Convention du CIRDI* ; sinon (que ce soit ou non au titre de la *Convention du CIRDI*) l'investissement devrait-il nécessairement inclure le transfert réel de capitaux vers le pays hôte pour être reconnu comme tel ou le concept d'investissement devrait-il être limité aux types traditionnels de propriété ? Approche extensive : non aux trois questions. Approche restrictive : oui aux trois questions.

4. Les intérêts des actionnaires minoritaires – Une demande formulée par un actionnaire minoritaire devrait-elle être autorisée si le traité ne le permet pas expressément, par exemple s'il ne mentionne pas le mot « action » dans la définition de l'investissement, ou devrait-elle être autorisée sans limiter la demande aux intérêts de l'actionnaire dans la valeur et la répartition des actions (opposée aux intérêts de l'entreprise nationale elle-même) ? Approche extensive : oui aux deux questions. Approche restrictive : non aux deux questions.

5. Admissibilité de l'investissement – L'obligation de démontrer que l'investissement a été approuvé – ou non – ou se basait – ou non – sur des pratiques corrompues, devrait-elle incomber au demandeur ou à l'État défendeur ? Approche extensive : l'obligation incombe à l'État défendeur pour les deux. Approche restrictive : l'obligation incombe au demandeur pour les deux.

6. Demands parallèles – Une demande devrait-elle être autorisée s'il existe une obligation au titre du traité, non respectée par le demandeur, de recourir aux tribunaux locaux ; s'il existe une clause contractuelle de règlement des différends relative à un différend portant sur les mêmes faits ; s'il existe une demande actuelle, relative à un différend portant sur les mêmes faits, présentée par la voie alternative d'une clause d'option irrévocable d'un traité ; ou s'il existe une demande actuelle, relative à un différend portant sur les mêmes faits, présentée au

titre d'un autre traité dans laquelle la demande pourrait donner lieu à une décision octroyant des dommages et intérêts à l'investisseur ? Approche extensive : oui aux quatre questions. Approche restrictive : non aux quatre questions.

7. **Portée du traitement de la nation la plus favorisée** – Le concept de traitement de la nation la plus favorisée devrait-il être étendu aux dispositions non substantielles d'autres traités (telles que les dispositions relatives au règlement des différends) ? Approche extensive : oui. Approche restrictive : non.

## Résultats de l'étude<sup>12</sup>

### Règlement extensif ou restrictif

Les résultats soutiennent l'idée que les arbitres auront tendance à adopter une approche extensive (favorable au demandeur) pour le règlement des questions codées<sup>13</sup>. Le tableau A résume la variation dans le règlement des questions. Comme mentionné, il y a différentes variations et différentes quantités de données pour chaque question.

Tableau A : Classification du règlement des questions par question

Question	Nombre de règlement de la question	Règlement de la question	
		Extensif <sup>R</sup>	restrictif
1 - l'investisseur est une personne morale	69	81.94%	18.06%
2 - l'investisseur est une personne physique	6	0.00%	100.00%
3 - le concept de l'investissement	116	72.27%	27.73%
4 - les intérêts de l'actionnaire minoritaire	72	92.00%	8.00%
5 - l'admissibilité de l'investissement	27	66.67%	33.33%
6 - les demandes parallèles	165	82.74%	17.26%
7 - la portée du traitement NPF	60	50.00%	50.00%
<b>Total</b>	<b>515</b>	<b>76.09%</b>	<b>23.91%</b>

Les résultats montrent une forte tendance à l'approche extensive pour le règlement de quatre questions : l'investisseur est une personne morale ; le concept de l'investissement ; les intérêts de l'actionnaire minoritaire, et les demandes parallèles. Pour un point, la portée du traitement NPF, les arbitres étaient partagés entre approches extensives et restrictives. Les données sont insuffisantes pour tirer des conclusions au sujet de deux autres points : l'investisseur est une personne physique et l'admissibilité de l'investissement.

Ces résultats pourraient être matière à préoccupation pour ceux qui attendent du système un certain niveau d'équité<sup>14</sup> – entre les intérêts des demandeurs et des États défendeurs – lors du règlement de questions juridictionnelles, lorsque le texte du traité est ambigu ou ne dit mot sur la question. Les États ont perdu sur différents points contestés, parfois de manière spectaculaire, au cours de procédures relatives à des objections juridictionnelles face aux demandes des investisseurs. Si les observateurs s'attendaient à un règlement restrictif des points codés, cela n'a pas été le cas en pratique.

### Le rôle de la nationalité du demandeur

Les résultats soutiennent également l'idée qu'une approche extensive serait accentuée si le demandeur était un ressortissant français, allemand, britannique ou étasunien<sup>15</sup>. Ces pays ont été choisis comme référence approximative des principaux pays occidentaux exportateurs de capitaux. La mesure a été complétée par des analyses de groupements additionnels liés aux intérêts occidentaux exportateurs de capitaux.

En général, l'effet de la nationalité du demandeur pour ces quatre pays, pris dans leur ensemble, était statistiquement significatif. Le tableau B reflète la probabilité pour qu'un point soit réglé de manière extensive dans chacune des cinq catégories de la nationalité du demandeur, quand les autres variables sont stables.

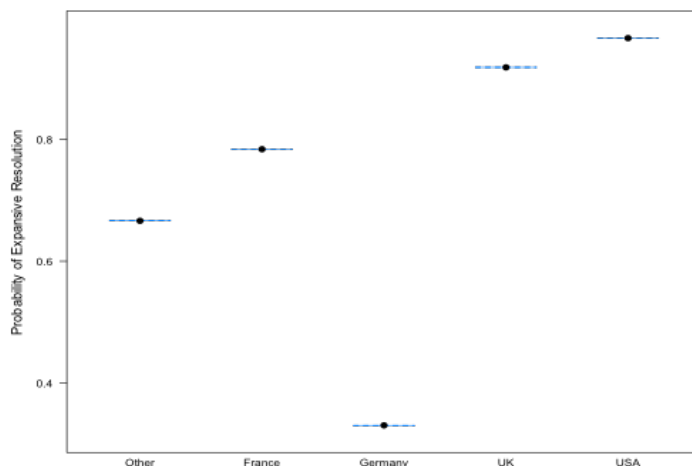
Tableau B : Les effets de la nationalité du demandeur sur la probabilité d'un règlement extensif

Nationalité du demandeur	Probabilité d'un règlement extensif	Importance statistique
Français	.86	p=.005
Allemand	.47	p=.38
Britannique	.95	p<.001
Étasunien	.98	p<.001
Tous les autres	.69	p<.001

En général, les points dans les demandes présentées par des ressortissants français, allemands, britanniques ou étasuniens avaient 84 % plus de chance d'être réglés de manière extensive que des demandes présentées par des demandeurs d'autres pays. En plus de cet effet général, l'analyse démontre que les variations pays par pays entre les demandeurs français, allemands, britanniques ou étasuniens et les demandeurs d'autres pays étaient statistiquement importantes, ce qui signifie seulement qu'elles ne sont probablement pas dues au hasard.

La figure B présente la probabilité supposée d'un règlement extensif pour chaque catégorie de la nationalité du demandeur dans ce groupement, quand les autres variables sont stables.

Figure B : Probabilité de règlement extensif pour les demandeurs ressortissants du groupement 1



Les résultats confirment une autre hypothèse, à savoir que l'approche extensive sera encore plus utilisée pour les demandeurs américains, puis pour les demandeurs des trois autres pays. Cela dit, les données spécifiques à la France et l'Allemagne étaient plus limitées. Sur les 100 affaires étudiées, 30 impliquaient un demandeur américain<sup>16</sup>, 9 un demandeur britannique<sup>17</sup>, 6 un demandeur français<sup>18</sup> et 5 un demandeur allemand<sup>19</sup>. L'hypothèse n'a notamment pas pu être vérifiée compte tenu des résultats isolés de l'Allemagne. Il n'y avait en effet pas de différence statistiquement significative entre les demandeurs allemands et les demandeurs des autres États. En



outre, il y avait une tendance apparente à une approche moins extensive pour un demandeur allemand, même si ce résultat n'est pas statistiquement significatif car il s'accompagne d'un risque inacceptable (36 %) d'expliquer cette variation par le hasard.

Le résultat le plus clair est que les demandeurs des principaux pays occidentaux exportateurs de capitaux qui présentent une demande au titre d'un traité bilatéral d'investissement ou du Traité sur la Charte de l'énergie (par opposition à l'Accord de libre-échange nord-américain [ALENA]) – demande concernant l'un des point codés et présentée aux arbitres fréquemment nominés – auront plus de chance de bénéficier d'une approche extensive. On peut en déduire qu'un État défendeur, même s'il est généralement désavantagé dans les affaires impliquant des investisseurs, aura plus de chance de bénéficier d'une approche restrictive si le demandeur est ressortissant d'un pays autre que les principaux pays occidentaux exportateurs de capitaux, si la demande est présentée au titre de l'ALENA et si les arbitres ne sont pas fréquemment nommés.

La solidité des résultats pour le premier groupe (France, Allemagne, Royaume-Uni et États-Unis) a encore été testée en faisant une analyse croisée d'autres groupements de nationalités des demandeurs et des intérêts des pays occidentaux exportateurs de capitaux<sup>20</sup>. D'autres éléments statistiquement importants démontrent une tendance marquée à une approche extensive dans les affaires présentées par des demandeurs des pays du G7, ou d'une ancienne puissance coloniale d'Europe occidentale ou d'un pays membre de l'OCDE dès 1990 ou 2000. Des tendances similaires ont été observées pour d'autres groupes sur la base des classifications géographiques des Nations Unies ou des classifications par revenu de la Banque mondiale, mais les résultats n'étaient pas statistiquement significatifs.

### Conclusions et limites

L'étude présente des éléments qui tendent à montrer qu'il existe une distorsion systématique dans le règlement des questions juridictionnelles dans les arbitrages relevant de traités d'investissement. Les hypothèses testées étaient que les arbitres favoriseraient une interprétation juridique tendant à bénéficier aux demandeurs en étendant l'autorité des tribunaux et en acceptant le plus de demandes, notamment dans les affaires où le demandeur est ressortissant d'un pays occidental exportateur de capitaux. Cela dit, l'étude présente également d'importantes limites. En premier lieu, les résultats ne démontrent pas formellement qu'il existe une distorsion de la part des arbitres, et ce quelle que soit l'affaire. Même au niveau systémique, il existe un ensemble d'explications possibles des résultats, dont certains n'impliquent aucune distorsion inappropriée, et d'autres interférences sont nécessaires pour établir un lien entre les tendances observées et la logique sous-jacente de la distorsion systémique. De la même manière, le processus de codage et les outils analytiques présentent des limites, tout comme les méthodes quantitatives en général, lors de l'examen de la distorsion juridictionnelle<sup>21</sup>.

L'élément clé est que les tendances observées existent dans les données codées et ne sont très probablement pas dues au hasard. Il faut aussi noter que les tendances observées présentent des variations dans le règlement de points contestés liées à l'ambiguïté ou au silence des traités d'investissement à ce sujet. Ces variations ne s'expliquent probablement pas par des facteurs non testés pouvant influencer les résultats des affaires, tels que les différences factuelles entre les affaires ou le sens caché dans le texte des sentences<sup>22</sup>. Plus généralement, la question plus large de distorsion éventuelle requiert davantage de recherches, alors que la question de la conception du système devrait au final dépendre des décisions politiques concernant la structure et les processus du système tels qu'évalués vis-à-vis des principes doctrinaux et théoriques de l'arbitrage.

### Auteur

Gus Van Harten est professeur associé à la Faculté de droit de Osgoode Hall de l'Université de York, où il enseigne le droit administratif, le droit international des investissements et la gouvernance du système financier international. Sa recherche est disponible gratuitement sur [www.ssrn.com/author=638855](http://www.ssrn.com/author=638855) et sur [www.iapp.org](http://www.iapp.org).

### Notes

- 1 Par ex. Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) page 265 ; Charles N. Brower et S.W. Schill "Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law" (2009) 9 *Chicago Journal of International Law* 471.
- 2 Par ex. Olivia Chung "The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration" (2007) 47 *Virginia Journal of International Law* 953 ; Ibronke T. Odumosu, "The Antinomies of the (Continued) Relevance of ICSID to the Third World" (2007) 8 *San Diego International Law Journal* 345.
- 3 José A.F. Costa, "Comparing WTO Panelists and ICSID Arbitrators: the Creation of International Legal Fields" (2011) 1(4) *Oñati Socio-Legal Series* page 3 ; Catherine A. Rogers, "The Vocation of the International Arbitrator" (2005) 20 *American University International Law Review* 957 pages 1006-7.
- 4 Gus Van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration" *Osgoode Hall Law Journal* (à paraître). Une préversion de l'étude a été publiée sur [www.ssrn.com/author=638855](http://www.ssrn.com/author=638855) ainsi que les données et les notes de codage.
- 5 Voir notamment Yves Dezalay et Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue* (Chicago: University of Chicago Press, 1996) pages 8-9, 36, 45, 50, 70, 93, 124, et 194.
- 6 Drahozal, *supra* note 5 pages 500 et 503 ; Nudrat B. Majeed, "Investor-State Disputes and International Law: From the Far Side" (2004) 98 *ASIL Proceedings* 30 page 31.
- 7 Walter Mattli, "Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration" (2001) 55 *International Organization* 919 page 921-2 ; Rogers, *supra* note 4 page 968.
- 8 Par ex. William W. Park, "Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent" (2009) 46 *San Diego Law Review* 629 pages 651-3 et 657-66.
- 9 Rau, *supra* note 19 page 521-2.
- 10 Mark A. Hall et Ronald F. Wright, "Systemic Content Analysis of Judicial Opinions" (2008) 95 *California Law Review* page 63.
- 11 *Fedax NV v. La République du Venezuela* (Sentence du 11 juillet 1997), 5 ICSID Rep 186, 37 ILM 1378. Les critères incluent la durée, la régularité des profits et revenus, la prise de risques, l'engagement substantiel, et la contribution au développement du pays hôte.
- 12 Les résultats résumés ici font référence aux deux premières hypothèses de l'étude. Les données étaient insuffisantes pour tester l'hypothèse d'une distorsion systémique en faveur de la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni et les États-Unis en tant qu'États défendeurs.
- 13 Pour confirmer cela, un modèle statistique (un test binomial basé sur un seul échantillon) a été utilisé par une statisticienne, Heather Krause, engagée par l'auteur comme assistante de recherche. Le modèle a généré un niveau de signification de  $p < 0,001$ . Aussi, la probabilité que la variation entre règlement extensif et restrictif s'explique par le hasard était très faible.
- 14 Certains arbitres et commentateurs présentent le système en ces termes (par ex. Federico Orrego-Vicuña, "Arbitrating Investment Disputes" (2008), posté sur le site Internet du Conseil international pour l'arbitrage commercial).
- 15 Ceci a été confirmé par l'utilisation d'un modèle statistique contrôlant différents indices éventuels de variation dans le règlement des questions et conçu pour atténuer le risque d'exagération de la signification ou l'effet de tout indice. Ces effets fixes étaient contrôlés pour : la nationalité du demandeur, un point spécifique parmi les points codés, le traité ou le type de traité, le nombre total de nominations par arbitre, et le nombre total de points réglés par affaire.
- 16 Comme résultats descriptifs, dans 30 affaires présentées par des demandeurs américains, 47 points codés ont été réglés de manière extensive ou restrictive (générant 140 règlements distincts par des arbitres individuels dans ces affaires). Il y a eu 128 règlements extensifs, et 12 restrictifs. Les affaires impliquaient 12 États défendeurs.
- 17 Comme résultats descriptifs, dans 9 affaires présentées par des demandeurs britanniques, 17 points codés ont été réglés de manière extensive ou restrictive (générant 49 règlements distincts par des arbitres individuels dans ces affaires). Il y a eu 42 règlements extensifs, et 7 restrictifs. Les affaires impliquaient 6 États défendeurs.
- 18 Comme résultats descriptifs, dans 6 affaires présentées par des demandeurs français, 15 points codés ont été réglés de manière extensive ou restrictive (générant 45 règlements distincts par des arbitres individuels dans ces affaires). Il y a eu 36 règlements extensifs, et 9 restrictifs. Il faut noter que 5 des 6 affaires impliquaient l'Argentine. Le cas restant impliquait la République dominicaine.
- 19 Comme résultats descriptifs, dans 5 affaires présentées par des demandeurs allemands, 8 points codés ont été réglés de manière extensive ou restrictive (générant 24 règlements distincts par des arbitres individuels dans ces affaires). Il y a eu 13 règlements extensifs, et 11 restrictifs. Les affaires impliquaient quatre États défendeurs (l'Argentine, les Philippines, la Russie et l'Ukraine).
- 20 Ces analyses ne se basaient sur aucune supposition spécifique détaillée vis-à-vis des pays.
- 21 Hall et Wright, *supra* note 6 pages 87-8 ; Klaus Krippendorf, *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology* (Newbury Park: Sage Publications, 1980) page 22.
- 22 Brian Leiter, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence" (1997) 76 *Texas Law Review* 267 page 269 ; Jonathan P. Kastellec, "The Statistical Analysis of Judicial Decisions and Legal Rules with Classification Trees" (2010) 7 *Journal of Empirical Legal Studies* 202 pages 205-6 ; Hall and Wright, *supra* note 6 page 99.

# Le Venezuela se retire du CIRDI : Les implications

par Sergey Ripinsky

## article 3



En janvier 2012, la République bolivarienne du Venezuela a dénoncé la Convention du CIRDI<sup>1</sup>, devenant le troisième pays, après la Bolivie et l'Équateur, à le faire. Leur retrait de l'enceinte mondiale pour le règlement des différends relatifs aux investissements démontre l'apparente perte de confiance de ces pays dans le système et soulève des questions quant à l'adéquation de la Convention aux objectifs recherchés. Cet article étudie les éventuelles raisons ayant poussé le Venezuela à prendre une telle mesure, ses éventuels effets ainsi que des questions plus larges liées à cette décision.

### Le contexte politique

Le communiqué de presse de 2012 du ministre des affaires étrangères indique que le pays a adhéré à la Convention en 1993 suite à « la décision d'un gouvernement faible et transitoire, dépourvu de légitimité publique, et subissant la pression des secteurs économiques transnationaux impliqués dans le démantèlement de la souveraineté nationale du Venezuela »<sup>2</sup>. Le gouvernement actuel considère donc qu'il répare les erreurs du précédent. Les réformes économiques étendues du gouvernement du Président Hugo Chávez indiquent également – au sens des dirigeants actuels – que l'adhésion au CIRDI était l'une des nombreuses erreurs du précédent régime.

Le programme économique de Chávez vise à rétablir le rôle de l'État dans l'économie, notamment dans les secteurs stratégiques, détenus par les entreprises étrangères dans les années 1990. Au cours des dernières années, le gouvernement de Chávez a mené à bien une vague de nationalisations des actifs nationaux et étrangers dans le domaine du pétrole, de l'acier, de l'agroalimentaire, de la construction, du tourisme, des télécommunications, de la banque et d'autres industries. La plupart des doléances des investisseurs étrangers contre le gouvernement sont la conséquence de ces politiques de réappropriation ; la question principale au différend

consiste en général à savoir si la compensation offerte par le gouvernement est suffisante.

### Conséquences sur les demandes futures et en cours

D'un point de vue purement légal, le retrait du CIRDI n'apporte aucun avantage immédiat au Venezuela. Se plaçant en deuxième position derrière l'Argentine dans ce domaine, le pays compte actuellement 40 affaires en cours au CIRDI<sup>3</sup> (dix d'entre elles ont été entamées en 2011) et risque de devoir payer des milliards aux demandeurs qui obtiendraient gain de cause. Ces affaires en cours ne sont en aucun cas affectées par la dénonciation par le Venezuela de la Convention du CIRDI. En outre, les investisseurs étrangers mécontents pourront lancer de nouvelles affaires durant les six mois entre l'annonce de la dénonciation et la date d'entrée en vigueur de la décision (c.-à-d. le 25 juillet 2012).

La question de savoir si les investisseurs seraient autorisés à présenter des demandes *après* le 25 juillet 2012 a été largement débattue du fait du manque de clarté de l'article 71 de la Convention du CIRDI. L'idée prédominante est que de telles demandes, si elles se basent sur un traité bilatéral d'investissement (TBI), *ne* seront *pas* enregistrées, malgré le fait que les TBI vénézuéliens restent en vigueur et conservent une référence à l'arbitrage du CIRDI. Ceci s'explique par le fait que l'on considère les TBI comme représentant le consentement unilatéral d'un pays à l'arbitrage qui doit être « accepté » par un investisseur (par la soumission d'une demande d'arbitrage) avant que le pays ne cesse d'être membre du CIRDI<sup>4</sup>. (À l'inverse, si le consentement à l'arbitrage du CIRDI est donné par le pays dans un contrat de concession conclu avec un investisseur par exemple, une procédure peut être lancée auprès du CIRDI même après l'entrée en vigueur de la dénonciation. Ceci s'explique par le fait que contrairement aux TBI, *les deux* parties au contrat donnent leur consentement préalable à l'arbitrage).

Toutefois, sur les 26 TBI en vigueur au Venezuela<sup>5</sup>, seuls deux (conclus avec le Chili et avec l'Allemagne) indiquent le CIRDI comme la seule enceinte d'arbitrage à la disposition des investisseurs. Tous les autres TBI prévoient, en plus du CIRDI, la possibilité de faire arbitrer les affaires dans le cadre du règlement d'arbitrage de la CNUDCI et du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI<sup>6</sup>. Cela signifie que même après l'entrée en vigueur du retrait du CIRDI, les investisseurs des pays concernés pourront toujours poursuivre le Venezuela en dehors des tribunaux nationaux.

### CIRDI c. CNUDCI

Qu'est-ce qui différencie les arbitrages au titre de la Convention du CIRDI de ceux au titre de la CNUDCI

ou du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ? La principale différence est que les sentences arbitrales du CIRDI équivalent au "jugement final d'un tribunal"<sup>7</sup> dans tous les États parties au CIRDI (c.-à-d. qu'il n'est pas nécessaire de passer par des procédures judiciaires internes pour les faire appliquer), et sont donc directement exécutoires dans la plupart des pays du monde. (Cette interprétation de la Convention a été contestée par les avocats argentins qui insistent sur le fait que les demandeurs bénéficiant d'une sentence du CIRDI contre l'Argentine doivent se présenter devant les tribunaux argentins afin que la sentence soit exécutée dans le pays)<sup>8</sup>.

À l'inverse, les sentences arbitrales rendues au titre du règlement d'arbitrage de la CNUDCI (ou du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI) nécessitent des procédures nationales supplémentaires d'exécution. Toutefois, ces procédures sont largement facilitées par la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, qui (1) ne stipule que quelques motifs permettant de refuser la reconnaissance et l'exécution, et (2) permet l'exécution dans n'importe quel État partie à la Convention de New York (actuellement 146 États). Même si les procédures d'exécution sont un peu plus pesantes qu'au titre de la Convention du CIRDI, il est toujours possible de faire exécuter ces sentences dans des pays du monde où le Venezuela détient des actifs.

### Champ de bataille idéologique concernant l'exécution

Si le retrait du CIRDI ne résout pas les problèmes du Venezuela avec les étrangers présentant des demandes internationales à son encontre, quel est donc l'objectif recherché ? Celui-ci semble être plus politique que juridique. En dénonçant la Convention, le gouvernement semble envoyer un message politique : nous pensons que le système est injuste, nous le désavouons et refusons de coopérer avec lui à l'avenir. Le dernier élément concernant l'avenir est très important car il fait le lien avec toute une série de dommages et intérêts devant être prononcés par les tribunaux du CIRDI contre le Venezuela.

Il est intéressant de noter que ce lien est la façon dont le gouvernement se figure, ou s'imagine, le CIRDI, c.-à-d. comme cédant aux exigences des entreprises transnationales. Selon le communiqué de presse de 2012 du ministre des affaires étrangères, les tribunaux du CIRDI « se sont prononcé 232 fois en faveur des intérêts transnationaux sur les 234 affaires traitées au cours de son histoire ». Si cette déclaration est une déformation grossière de l'historique du CIRDI (jusqu'à présent les États ont en fait gagné plus d'affaires qu'ils n'en ont perdu)<sup>9</sup>, elle est

toutefois révélatrice de l'opinion du gouvernement vénézuélien à l'égard de cette enceinte. Accuser le CIRDI de distorsion apporte un soutien idéologique à la déclaration du Président Chávez selon laquelle la République « ne reconnaîtra pas les décisions du CIRDI »<sup>10</sup>. Le gouvernement a déjà rapatrié ses réserves en or des banques étrangères à Caracas (160 tonnes évaluées à près de 9 milliards USD)<sup>11</sup> ; il se préparerait également à transférer 6 milliards USD de réserves en cash des banques européennes et américaines vers des banques russes, chinoises et brésiliennes<sup>12</sup>. Ces dernières sont probablement considérées comme moins susceptibles d'accepter des ordres de gel des actifs et de faciliter l'exécution de sentences arbitrales contre le Venezuela. L'expérience a montré qu'il peut s'avérer très compliqué d'exécuter une sentence (qu'elle soit du CIRDI ou non) en dehors du territoire du pays défendeur car nombre des actifs des pays sont protégés par la doctrine de l'immunité souveraine<sup>13</sup>.

### Faut-il blâmer le CIRDI ?

Le CIRDI est une enceinte de règlement des différends ; les arbitres appliquent les règles qui ont été créées par les États et inscrites dans des traités bilatéraux d'investissement. Le mécontentement du Venezuela vis-à-vis du CIRDI semble aller au-delà des attributions de l'enceinte et concerne une question bien plus importante concernant la capacité des TBI à gérer les réformes économiques et politiques. Cette question ne concerne pas que le Venezuela ; elle a une portée universelle compte tenu de la tendance générale à l'intervention croissante des États dans l'économie<sup>14</sup>, et notamment dans les pays subissant des changements de régime<sup>15</sup>.

Les différends impliquant le Venezuela concerne principalement les nationalisations. Le gouvernement a confirmé son engagement de payer « une compensation juste [...] conformément à la législation vénézuélienne »<sup>16</sup>, qu'il considère comme étant la valeur comptable de l'investissement (c.-à-d. déterminée par les montants versés) et non pas la valeur marchande (sur la base de la valeur actuelle de la trésorerie future). Cette dernière sera souvent largement supérieure à la première, notamment si l'entreprise a de bonnes perspectives commerciales.

Les TBI exigent en général une compensation équivalente à « la juste valeur marchande » de l'investissement exproprié, même si cette expropriation se fait dans l'intérêt public, n'est pas discriminatoire et est conforme à la loi. Les observateurs ont indiqué qu'une règle rigide concernant la compensation totale (c.-à-d. calculée sur la base de la valeur marchande de l'investissement) rendrait tout programme économique ou social important impossible à mettre en œuvre<sup>17</sup>.

Le montant de la compensation des actifs valablement expropriés, notamment dans le cadre d'une large réforme économique, devrait tenir compte de facteurs *équitables*, non liés à un exercice strict d'évaluation commerciale. Par exemple, est-ce que le contrat original conclu par un investisseur avec le gouvernement (précédent) est un compromis raisonnable ou a-t-il été conclu dans des termes défavorables au pays contre les intérêts nationaux ? Y a-t-il eu des changements de circonstances (tels qu'une augmentation des cours du pétrole) ne bénéficiant qu'à une seule des parties ? L'investisseur a-t-il pu récupérer les coûts irrécupérables et a-t-il bénéficié d'une longue période d'opérations profitables jusqu'au moment de la nationalisation ?

La loi, telle que stipulée dans la plupart des TBI actuels, efface quasiment les différences entre la compensation pour expropriations licites ou non-licites<sup>18</sup>. La règle de la compensation rigide dans la plupart des TBI et un risque élevé d'une application rigide de la part des arbitres, entraînant des résultats considérés comme inacceptables, injustes et financièrement insoutenables, poussent des pays comme le Venezuela à sortir du système.

### Gérer le régime des TBI

Afin de démanteler intégralement le système de l'arbitrage au titre des TBI, le Venezuela devrait annuler sa participation à tous ses TBI, en plus de la Convention du CIRDI.

Après une telle dénonciation, il devrait attendre encore l'expiration d'une période supplémentaire de 10-15 ans (selon le traité), pendant laquelle les traités continueraient de s'appliquer aux investissements établis avant la dénonciation du traité. Tous les TBI du Venezuela contiennent en effet cette clause de survie.

En 2008, le Venezuela a annulé son TBI avec les Pays-Bas ouvrant ainsi la période d'extinction, qui prendra fin en 2023. Le TBI néerlandais a dû être particulièrement gênant pour le pays car il a servi de base à au moins 10 affaires CIRDI contre le Venezuela (les Pays-Bas sont souvent choisis par les entreprises d'autres pays pour enregistrer leurs filiales et structurer leurs investissements). À l'exception du traité néerlandais, le Venezuela n'a pas mis fin à d'autres TBI.

Le retrait de la Bolivie, de l'Équateur et du Venezuela du CIRDI, ainsi que l'annulation des TBI<sup>19</sup> sont la manifestation radicale d'une tendance plus large à réétudier les aspects clés d'un régime international d'investissement. Dernièrement, un nombre significatif de pays ont réexaminé leur modèle de traité d'investissement et renégocié les traités existants afin de les clarifier, les rendre plus équilibrés et susceptibles d'entraîner des résultats plus équitables. Il existe une nécessité aiguë de davantage de réflexion collective et d'engagement constructif sur ces questions.

### Auteur

Sergey Ripinsky est responsable juridique à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), [sergey.ripinsky@unctad.org](mailto:sergey.ripinsky@unctad.org). L'auteur remercie Anna Lisa Brahm, assistante de recherche, et Elisabeth Tuerk, Nathalie Bernasconi et Natalia Guerra pour leurs précieux commentaires. Les opinions exprimées sont uniquement celles de l'auteur.

### Notes

1 Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (1965)

2 "Gobierno Bolivariano denuncia convenio con Ciadi", 25 janvier 2012, <http://www.mre.gov.ve>.

3 Ce chiffre inclut 16 arbitrages CIRDI et 4 arbitrages au titre du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI. Voir <http://icsid.worldbank.org>. Selon les informations de la CNUCED, il n'y a pas de demande connue au titre d'Accords internationaux d'investissement (AII) en cours contre le Venezuela dans d'autres enceintes internationales.

4 Pour une analyse plus complète, voir CNUCED "Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims" (Notes sur les questions des AII, n°2, décembre 2010).

5 La plupart des TBI ont été conclus dans les années 1990, et seulement trois au cours des dernières années – avec l'Iran en 2005, le Bélarus en 2007 et la Russie en 2008.

6 Le règlement du mécanisme supplémentaire (MS) du CIRDI peut être utilisé dès que l'un des États concernés (l'État hôte ou le pays d'origine de l'investisseur) est partie à la Convention du CIRDI. Dans les affaires MS, la Convention du CIRDI ne s'applique pas au différend ; le Centre ne joue que le rôle d'institution gérant la procédure.

7 Article 54(1) de la Convention du CIRDI.

8 "Argentina Rejects Azurix Claims on ICSID Award in Letter to Geithner", Inside U.S. Trade, 16 septembre 2011, <http://www.embassyofargentina.us/v2011/files/20110825-geithnerazurix9.pdf>.

9 Selon les statistiques de la CNUCED, à la fin 2011, les États avaient gagné 55 affaires au titre d'AII auprès du CIRDI et en avait perdu 36 ; 34 affaires ont été réglées à l'amiable.

10 K. Vyas, "Venezuela's Chávez: Won't Accept Rulings by ICSID Court", 8 janvier 2012, <http://online.wsj.com/article/BT-CO-20120108-703460.html>.

11 Banque centrale du Venezuela, "BCV completó histórica repatriación del oro monetario de la República", 30 janvier 2012, <http://www.bcv.org.ve/c4/notasprensa.asp?Codigo=9662&Operacion=2&Sec=False>.

12 J. De Córdoba, "Chávez Takes Steps to Exit Global Forum", 13 septembre 2011, <http://online.wsj.com/article/SB10001424053111903285704576560760106674594.html>.

13 Un exemple, la lutte de Franz Sedelmayer de près de 15 ans pour obtenir l'exécution d'une sentence relativement petite contre la Russie dans différends pays. Voir Y. Kryvoi, "Chasing the Russian Federation", 13 juillet 2011, <http://cisarbitration.com/2011/07/13/chasing-the-russian-federation/>.

14 Voir CNUCED, Rapport mondial 2011 sur les investissements, page 94 et seq., [www.unctad.org/wir](http://www.unctad.org/wir).

15 Voir par ex. H. El-Kady, "Egypt's Bilateral Investment Treaties: A Straitjacket in a New Era of Foreign Investment Re-regulations?", *Transnational Dispute Management*, 12 décembre 2011.

16 "Gobierno Bolivariano denuncia convenio con Ciadi", 25 janvier 2012, <http://www.mre.gov.ve>

17 I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6ème éd., Clarendon Press, Oxford, 2003) page 513 ; E. Paasivirta, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes* (Finnish Lawyers' Publishing Company, Helsinki, 1990) page 265.

18 Des différences mineures existent, mais ne font une différence qu'en de rares circonstances. Pour plus de détails, voir S. Ripinsky et K. Williams, *Damages in International Investment Law* (BIICL, Londres, 2008), pages 86-88.

19 À noter qu'en 2008, l'Équateur a annulé neuf TBI, conclus avec Cuba, la République dominicaine, El Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Paraguay, la Roumanie et l'Uruguay.

# L'arbitrage de White Industries : Ses conséquences sur le programme indien de traités d'investissement

par Prabhash Ranjan

## article 4



En novembre 2011, un tribunal arbitral a déclaré la République de l'Inde coupable de violations du traité bilatéral d'investissement (TBI) Inde-Australie. Il s'agit de la première sentence liée à un traité d'investissement contre l'Inde, malgré le fait que le pays dispose d'un énorme portefeuille de TBI avec plus de 70 pays. La sentence n'a été rendue publique qu'en février 2012<sup>1</sup>. Comme cela est souvent le cas dans les différends au titre de traités d'investissement, la sentence a été tenue confidentielle. Et ce malgré le fait que le différend relève clairement de l'intérêt public. La sentence est en effet un acte d'accusation des pouvoirs souverains de l'Inde, dont les ramifications concernent aussi bien le pouvoir exécutif que judiciaire.

Cet article vise à faire toute la lumière sur les conséquences de la décision sur deux questions. Tout d'abord, les subtilités liées à l'interprétation de la clause de la Nation la plus favorisée (NPF). Ensuite, les conséquences de l'interprétation de la clause relative à l'expropriation sur le pouvoir judiciaire, notamment compte tenu du débat en cours en Inde concernant l'application des sentences arbitrales étrangères.

### Les faits saillants de l'affaire

White Industries a obtenu une sentence arbitrale en sa faveur dans un différend contractuel l'opposant à Coal India, une entreprise publique indienne, et a tenté d'obtenir l'application de la sentence devant la Haute cour de Delhi. En parallèle, Coal India s'est présenté à la Haute cour de Calcutta pour faire annuler la sentence, et a obtenu gain de cause. White Industries a fait appel auprès de la Cour suprême en 2004 et la décision finale est encore en attente.

En 2010, White Industries a présenté une demande d'arbitrage au motif que le délai inhabituel des tribunaux indiens à faire appliquer la sentence arbitrale violait le TBI Inde-Australie. White Industries a affirmé que le délai violait les dispositions du traité relatives au traitement juste et équitable (TJE), à l'expropriation, au traitement de la nation la plus favorisée (NPF), et au libre transfert des capitaux.

Le tribunal a rejeté les affirmations de White Industries au sujet de la violation du TJE, de l'expropriation et du libre transfert des capitaux. Il a toutefois déclaré que l'Inde violait la disposition NPF du TBI Inde-Australie, et a adjugé 4 millions de dollars australiens à White Industries.

### La clause de la nation la plus favorisée

Le tribunal a déclaré l'Inde coupable de violation du TBI Inde-Australie car le système judiciaire indien n'a pas été capable de traiter la demande juridictionnelle de White Industries en plus de neuf années. Le tribunal a estimé que le délai des tribunaux indiens violait l'obligation de l'Inde d'offrir à White Industries un « moyen efficace de présenter une demande et de réclamer ses droits ». Et ce malgré le fait que le TBI Inde-Australie ne mentionne et n'inclut pas une telle obligation pour les pays hôtes. Le tribunal a contourné ce problème en affirmant que White Industries pouvait emprunter la disposition relative aux « moyens efficaces » du TBI Inde-Koweït<sup>2</sup> en s'appuyant sur la disposition NPF du TBI Inde-Australie<sup>3</sup>.

Le tribunal a rejeté l'objection de l'Inde selon laquelle un tel emprunt « déstabiliserait fondamentalement l'équilibre soigneusement négocié du TBI »<sup>4</sup>. Le tribunal a estimé que cet équilibre ne pouvait être déstabilisé que si la disposition NPF était utilisée pour emprunter une disposition favorable relative au règlement des différends d'un autre TBI<sup>5</sup>. Il a également estimé que l'emprunt d'une disposition substantive favorable d'un traité conclu avec un pays tiers ne déstabilisait pas l'équilibre du TBI, mais accomplissait plutôt le résultat attendu de l'incorporation de la disposition NPF<sup>6</sup>.

Il est important de remarquer que la disposition NPF du TBI Inde-Australie reconnaît certaines exceptions, telles que la non-extension du traitement, des préférences ou privilèges découlant a) d'une union douanière, union économique ou d'un accord de libre-échange ; b) des dispositions d'un accord de double imposition ; et c) de toute législation liée principalement ou totalement à la fiscalité<sup>7</sup>. Le TBI dispose également d'une exception générale à l'ensemble du traité, et donc également à la disposition NPF, qui stipule que le pays hôte peut s'éloigner de ses obligations au titre du TBI afin d'adopter les mesures nécessaires à la protection de ses propres intérêts essentiels en matière de sécurité ou à la prévention de maladies ou d'animaux nuisibles.

Aucune de ces exceptions ne s'appliquait à l'Inde dans l'affaire, et White Industries a donc pu bénéficier de la disposition NPF vaguement formulée. Compte tenu de la sentence, l'Inde devrait réviser les dispositions NPF dans ses TBI, clauses souvent définies de manière extensive sans exceptions adéquates. En outre, une des importantes conséquences de cette décision est que les délais inhabituels des tribunaux indiens pour traiter les affaires liées à un investisseur étranger pourraient, potentiellement, violer les obligations de l'Inde au titre du TBI non pas du fait d'un « déni de justice », mais parce qu'ils violent la norme des « moyens efficaces »

qui requiert un seuil plus bas que le « déni de justice ». Enfin, le tribunal peut trouver une violation de la norme des « moyens efficaces » même quand le TBI concerné ne contient pas cette disposition s'il contient une disposition NPF vague, que certains tribunaux utiliseront pour importer d'autres TBI des garanties pour l'investisseur.

### L'expropriation

Pour des raisons spécifiques à cette affaire, le tribunal n'a pas soutenu White Industries qui affirmait que l'Inde l'avait exproprié de son investissement. Toutefois, il souligna deux points importants. Tout d'abord, le tribunal n'était pas d'accord avec l'Inde qui affirmait que « la seule forme de droits contractuels pouvant être expropriés était les droits de propriété intangibles »<sup>8</sup>. Le tribunal a affirmé que tous les droits contractuels, tangibles et intangibles, étaient susceptibles d'être expropriés<sup>9</sup>. Ensuite, plus important encore, il a affirmé que la demande au titre de l'expropriation était infondée car certains tribunaux indiens devaient encore se prononcer sur la demande de Coal India visant à annuler la sentence arbitrale étrangère, et donc que la décision n'avait pas encore été prise<sup>10</sup>. Aussi, le tribunal a clairement indiqué qu'une sentence arbitrale étrangère était un investissement au titre du TBI et que l'annulation de ces sentences étrangères tout à fait valables pourrait constituer une expropriation au titre du TBI.

Cette observation a des conséquences sur le débat en cours en Inde concernant le rôle du pouvoir judiciaire dans l'application de sentences de l'ICA. Les Hautes cours indiennes ont largement interprété la loi de 1966 sur l'arbitrage et la conciliation (loi A&C) pour écarter ou ne pas appliquer les sentences de l'ICA en Inde<sup>11</sup>. Cette interprétation extensive de la loi A&C par le pouvoir judiciaire indien signifie qu'une sentence rendue n'importe où dans le monde peut être écartée par un tribunal indien si elle va à l'encontre : (i) d'une politique fondamentale d'une loi indienne, ou (ii) des intérêts de l'Inde, ou (iii) de la justice ou la moral ou viole clairement la loi indienne<sup>12</sup>. Il est important pour l'Inde de comprendre les ramifications de cet aspect de la sentence, car elle place éventuellement l'interprétation par le pouvoir judiciaire indien de la loi A&C en violation du droit international<sup>13</sup>.

“ La décision démontre clairement que les compétences souveraines du pouvoir judiciaire indien pourraient représenter une violation des TBI indiens. ”

### Conclusion

L'Inde a conclu des TBI sans en saisir vraiment toutes les conséquences. Les représentants indiens croient fermement que les TBI indiens équilibrent de manière adéquate la protection des investissements et la capacité de l'Inde à exercer ses pouvoirs souverains. Cette erreur de jugement s'est renforcée au fil des années car les mesures réglementaires de l'Inde n'ont été que très rarement remises en question au titre des TBI. C'est toutefois une erreur de penser que les traités d'investissement indiens sont bons.

La sentence de l'affaire White Industries attire l'attention sur le fait que les dispositions du TBI telles que la clause NPF sont souvent vagues et étendues. Cela a permis à White Industries de s'adonner au « treaty shopping » et de parvenir à un résultat que l'Inde n'avait pas anticipé. La décision démontre également clairement que les compétences souveraines du pouvoir judiciaire indien pourraient représenter une violation des TBI indiens. Aussi, on pourrait s'attendre à un examen critique du programme de TBI de l'Inde. Celui-ci est impératif compte tenu de l'intégration progressive de l'Inde à l'économie mondiale et du nombre croissant de nouveaux traités commerciaux et d'investissement, tels que l'accord de libre-échange Inde-UE.

### Auteur

Prabhash Ranjan est doctorant en droit au King's College de Londres. Des extraits de cet article s'appuient sur une colonne précédente de l'auteur sur le même sujet - 'Revisiting India's Bilateral Investment Treaties', The Financial Express, 23 février 2012, disponible sur <http://www.financialexpress.com/news/revisiting-indias-bilateral-treaties/915480/0>.

### Notes

1 Voir L E Peterson, 'India is held Liable for Investment Treaty Breach Due to Protracted Judicial Delays Suffered by Foreign Investors', 7 février 2012, Investment Arbitration Reporter disponible sur [http://www.iareporter.com/articles/20120207\\_2](http://www.iareporter.com/articles/20120207_2)

2 L'article 4(5) du TBI Inde-Koweït stipule que « chacune des parties contractantes devra... fournir les moyens efficaces de présenter des demandes et de réclamer ses droits relatifs aux investissements... ». *each contracting party shall...provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investments...*

3 L'article 4(2) du TBI Inde-Australie inclut une disposition NPF selon laquelle « une partie contractante devra toujours traiter les investissements sur son territoire sur une base pas moins favorable que celle accordée aux investissements ou aux investisseurs de tout autre pays tiers ».

4 Voir para 11.2.1, White Industries vs. Inde

5 Id, para 11.2.2

6 Id, para 11.2.3 et 11.2.4

7 Voir l'article 4(4) du TBI Inde-Australie.

8 Paras 12.3.1 et 12.3.2, White Industries vs. Inde

9 Id

10 Para 12.3.6, White Industries vs. Inde

11 Pour plus d'informations sur la question, voir A. P. Rebello "Of Impossible Dreams and Recurring Nightmares: The Set Aside of Foreign Awards in India" (2010) 6 (1) *Cambridge Student Law Review*, p274 ; A. N. Jain "Yet Another Misad-Venture by Indian Courts in Venture Judgement" (2010) 26 *Arbitration International*, p251 ; S. Sattar, "National Courts and International Arbitration: A Double Edged Sword?" (2010) 27 *Journal of International Arbitration* 51, p64-65 ; P. Ranjan et D. Raju "The Enigma of Enforceability of Investment Treaty Arbitration Awards in India" (2011), 6 (1) *Asian Journal of Comparative Law*, Article 5.

12 Voir les affaires suivantes concernant l'application des sentences arbitrales en Inde : *Bhatia International vs. Bulk Trading S.A.*, AIR 2002 SC 1432 ; *Venture Global Engineering vs. Satyam Computers*, (2008) 4 SCC 190 ; *ONGC vs. Saw Pipes*, AIR 2003 SC 2629.

13 Voir également sur la question *Saipem S.p.A vs. La République populaire du Bangladesh*, Affaire CIRDI n°ARB/05/7, 30 juin 2009.

# Les négociations concernant les clauses sur la transparence à la CNUDCI atteignent une étape décisive

par Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Lise Johnson

## article 5

Les négociations concernant la transparence dans les arbitrages investisseurs-États ont atteint une étape décisive à l'approche d'une réunion en octobre 2012 à Vienne. Au cours de la dernière réunion de février 2012, un grand nombre de pays, développés et en développement, ont fermement soutenu les options en faveur de la transparence dans les différends investisseurs-État réglés au titre du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) – le deuxième corps de règles le plus populaire appliqué aux différends relatifs aux investissements, après celui de la Banque mondiale. Certaines délégations continuent toutefois de bloquer les avancées de ces efforts importants visant à améliorer le règlement d'arbitrage des Nations Unies.

### La transparence, après quatre années de travail

La CNUDCI a résolument mis la question de la transparence dans les arbitrages investisseurs-États à son ordre du jour en 2008, à une époque où les règlements d'arbitrages subissaient un réexamen plus large. Elle a décidé qu'une fois terminées les modifications au règlement « générique » d'arbitrage de la CNUDCI, le groupe de travail en charge de la mise à jour de ce règlement devrait se pencher sur cette question spécifique visant à garantir la transparence dans les arbitrages investisseurs-États.

Depuis 2010, le groupe de travail s'est réuni à quatre reprises pour parvenir – difficilement – à un nouveau règlement qui assurerait la transparence dans les arbitrages investisseurs-État. D'importants progrès ont été réalisés, mais deux questions essentielles restent sans réponse. La première concerne la manière dont les nouvelles règles en matière de transparence pourraient s'appliquer aux différends survenant au titre de traités *futurs*. La deuxième concerne la manière dont les nouvelles règles pourraient s'appliquer aux différends survenant au titre de traités *existants*.

La réponse à ces deux questions déterminera si les nouvelles règles auront un quelconque impact réel sur la transparence dans les arbitrages investisseurs-États.

### Le débat sur l'adhésion - ou non - aux nouvelles règles

La discussion concernant l'application des nouvelles règles aux litiges survenant au titre de traités futurs est souvent appelée la question « adhésion » versus « retrait ». Mais les approches « adhésion » et « retrait » permettent aux parties aux traités de conserver le pouvoir discrétionnaire de décider d'inclure – ou non – les nouvelles règles sur la transparence dans leurs traités à venir.

Toutefois, s'ils font le choix de l'adhésion, les États devront stipuler expressément dans leurs traités futurs que les règles sur la transparence de la CNUDCI s'appliquent. Ces dispositions sur la transparence fonctionneraient donc effectivement comme un instrument distinct de la CNUDCI, en plus du règlement d'arbitrage. Les arbitrages réglés par le règlement général d'arbitrage de la CNUDCI resteraient inchangés, et les parties aux litiges ainsi que le tribunal auront suffisamment de liberté pour empêcher les différends investisseurs-États d'être rendus publics.

À l'inverse, sous l'approche du « retrait », une référence au règlement de la CNUDCI ou une référence au règlement de la CNUDCI en vigueur au moment du différend inclurait

les nouvelles règles sur la transparence, sauf si les parties indiquent explicitement le contraire dans le traité. Si la transparence devient une règle par défaut, cela accroîtra la transparence en pratique et les parties conserveront le droit d'exclure les nouvelles règles sur la transparence.

### Traités existants, différends à venir

Plusieurs pays soutiennent le fait que les nouvelles règles sur la transparence devraient s'appliquer aux différends à venir survenant au titre de traités existants (les traités déjà en vigueur au moment de l'introduction des nouvelles règles sur la transparence). Toutefois, plusieurs délégations s'y opposent. Compte tenu qu'il existe environ 3 000 traités d'investissement, cette proposition amoindrirait fatalement la pertinence des nouvelles règles de la CNUDCI sur la transparence.

L'application des nouvelles règles sur la transparence à la majorité des différends futurs au titre de traités existants est légalement faisable. Il n'est en effet pas rare que les règles de procédure régissant les arbitrages internationaux soient modifiées au fil du temps, et lorsque c'est le cas, c'est la version des règles de procédure en vigueur au moment où survient le différend qui s'appliquent, sauf si le règlement d'arbitrage, le traité applicable ou les parties au différend spécifient le contraire. Par exemple, les règlements d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) et de la Chambre internationale du commerce reflètent tous deux ce principe. L'applicabilité du nouveau règlement de la CCS de 2010 à la cinquantaine d'États-membres du Traité sur la Charte de l'énergie, qui fait référence à l'Institut d'arbitrage de la CCS, n'a pas posé de problèmes. Aussi, si les dispositions sur la transparence étaient incorporées au règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous forme d'amendements, ces clauses sur la transparence pourraient aussi s'appliquer aux différends survenant au titre de traités existants.

C'est en gardant cela à l'esprit que plusieurs délégations préfèrent laisser la question de l'application aux traités existants ouverte, plutôt que de fermer cette possibilité de manière explicite. Ainsi, l'application des nouvelles règles dépendra du traité applicable et de l'affaire en question, mais ne sera pas interdite de prime abord.

### Conclusion

Quand le groupe de travail se réunira de nouveau à Vienne en octobre 2012, il réétudiera ces deux questions. Ce faisant, les membres devraient rester fermes et respecter leur mandat visant à garantir la transparence dans les arbitrages investisseurs-États, et adopter une approche permettant, plutôt que limitant, l'utilisation des nouvelles règles dans les différends survenant au titre de traités existants et futurs.

### Auteur

Nathalie Bernasconi-Osterwalder est avocate internationale expérimentée et dirige le programme d'investissement de l'Institut international pour le développement durable (IIDD). Lise Johnson est consultante juridique auprès de l'IIDD et travaille sur des questions liées au droit et à la politique internationaux des investissements.

# Étude de cas : Comment l'affaire *Chevron c. Equateur* repousse les limites de l'autorité arbitrale

par Lise Johnson

## article 6

Ces derniers mois, le tribunal arbitral de l'affaire *Chevron c. Equateur*<sup>1</sup> a pris une série de décisions suggérant qu'il considère son autorité comme plutôt étendue. Mais s'il s'est montré peu disposé à s'autolimiter, d'autres tribunaux nationaux et internationaux, à qui l'on a demandé de réviser la légitimité et l'applicabilité des différentes décisions du tribunal, pourraient bien le faire pour lui. Aussi, l'affaire *Chevron c. Equateur* pourrait bien avoir pour conséquence d'entraîner un peu plus de retenue arbitrale dans les différends à venir.

### Les anomalies de l'arbitrage investisseur-État *Chevron c. Equateur*

L'arbitrage *Chevron c. Equateur* au titre du traité bilatéral d'investissement (TBI) États-Unis-Equateur ne représente qu'un acte d'une saga impliquant plusieurs enceintes de discussions et parties-prenantes, ainsi que des milliards de dollars. Dans cet arbitrage, Chevron et Texaco Petroleum Company (TexPet) demandent au tribunal une forme étendue d'exemption qui dispenserait effectivement Chevron de devoir payer environ 18 milliards USD suite à un jugement rendu par les tribunaux équatoriens contre l'entreprise américaine en faveur des citoyens équatoriens à titre de compensation pour des dommages environnementaux survenus suite aux opérations pétrolières des sociétés affiliées de Chevron dans le pays.

Les demandes de Chevron au tribunal sont uniques dans un arbitrage investisseur-État. Ce qui les rend notamment si différentes est le fait que Chevron cherche à obtenir du tribunal une sentence ayant un impact direct sur les droits d'entités n'étant pas partie à l'arbitrage : les plaignants privés du procès national contre Chevron qui disposent actuellement d'un jugement contre Chevron. L'entreprise avance que des fraudes ainsi que des erreurs juridiques et de procédure dans la conduite du procès ont conduit à le faire juger coupable ; ce qui constituerait une violation du TBI. Mais plutôt que de réclamer des dommages et intérêts de la part de l'Équateur au titre des dépenses juridiques encourues, ou une indemnisation ou compensation des sommes versées aux demandeurs équatoriens, Chevron vise directement le jugement favorable aux plaignants privés, et cherche à utiliser le tribunal pour priver les particuliers du bénéfice de ce jugement, alors même que ces derniers ne sont pas partie à l'arbitrage au titre du TBI.

Dans les décisions du 9 janvier 2011 et du 25 janvier 2012, le tribunal a émis des ordonnances démontrant une volonté sans précédent de s'immiscer dans le procès national en cours entre les demandeurs équatoriens et l'entreprise pétrolière américaine, et de rejeter tout jugement obtenu par les plaignants. Ces deux décisions – une ordonnance et une sentence intermédiaire, les deux ayant été rendues avant même que le tribunal ne détermine s'il était compétent pour régler le litige – instruisaient l'Équateur de « prendre toutes les mesures dont il dispose pour suspendre ou faire suspendre l'exécution ou la reconnaissance de tout jugement contre Chevron dans l'affaire Lago Agrio, en Équateur et à l'étranger »<sup>2</sup>. Le tribunal n'a toutefois pas octroyé l'exemption requise par Chevron, et a quelque peu allégé ses instructions en clarifiant que

l'Équateur était seulement tenu de prendre les mesures « dont il dispose »<sup>3</sup>. Selon l'Équateur, cette formulation signifie que le tribunal ne prétendait pas lui intimer de prendre des mesures qui seraient incompatibles avec la législation nationale.

### Les actions audacieuses du tribunal et son mépris notable des demandes des plaignants équatoriens

Toutefois, dans une série de « décisions » récentes, le tribunal s'est fait plus audacieux dans ses instructions à l'Équateur et a manifesté un certain mépris à l'égard des droits et intérêts des demandeurs équatoriens. Tout d'abord, toujours sans s'être prononcé quant à sa compétence pour régler le différend, le tribunal a émis le 16 février 2012 une deuxième sentence intermédiaire supprimant l'expression « dont il dispose » et la remplaçant par une formulation plus stricte. Le tribunal a en effet ordonné au « défendeur (à travers son pouvoir judiciaire, législatif ou exécutif) de prendre toutes les mesures nécessaires pour suspendre ou faire suspendre l'exécution ou la reconnaissance de tout jugement, en Équateur et à l'étranger » rendu en faveur des demandeurs équatoriens<sup>4</sup>.

Ensuite, le tribunal a émis une troisième sentence intermédiaire le 27 février 2012 concernant la compétence et l'admissibilité, dans laquelle il rejette l'argument de l'Équateur selon lequel le tribunal ne devrait pas être compétent pour régler le différend, compte tenu que la demande d'exemption de Chevron concerne les droits d'entités n'étant pas parties à l'arbitrage. La décision du tribunal sur ce point est notable pour la manière expéditive et peu convaincante avec laquelle elle rejette l'argument selon lequel les droits et intérêts des demandeurs équatoriens ont été et continueront d'être affectés par le différend.

Le tribunal a manifestement omis de discuter du fait que les demandeurs équatoriens disposent actuellement d'un droit légal – le jugement d'un tribunal applicable au titre de la législation équatorienne – et que ses ordonnances ont, jusqu'à présent, cherché à interférer dans la jouissance de ce droit des demandeurs.

Également, le tribunal a manifestement omis de mentionner le fait que le 9 février 2012, les demandeurs équatoriens ont présenté une demande de mesures conservatoires à la Commission interaméricaine des droits de l'homme expliquant les diverses manières par lesquelles l'exemption demandée par Chevron et les ordonnances du tribunal pourraient violer les droits humains des plaignants équatoriens<sup>5</sup>. Les avocats des demandeurs arguaient que la procédure investisseur-État représentait une grave menace à « la jouissance des droits fondamentaux à la vie, l'intégrité physique, la santé ainsi que le droit à un procès équitable, à la protection juridique... et à la protection équitable au titre de la loi »<sup>6</sup>. Ils affirmaient que « si la République permettait, ou induisait un délai dans la mise en œuvre d'une décision de justice déterminée et ordonnée valablement, et obtenue par les demandeurs équatoriens dans les tribunaux équatoriens, cela constituerait une violation flagrante des engagements contraignants de l'Équateur au titre de la Convention américaine



relative aux droits de l'homme et du Protocole de San Salvador »<sup>7</sup>. Ils ont donc demandé à la Commission interaméricaine d'ordonner des mesures visant à garantir que, quelles que soient les ordonnances du tribunal investisseur-État, l'Équateur n'interférerait pas avec le jugement des plaignants équatoriens en violation de leurs droits humains.

### La force limitée des sentences

Les décisions du tribunal ont entraîné une réaction violente et des questions concernant la portée de l'autorité des arbitres. D'une part, une demande relative aux droits de l'homme a été présentée à la Commission interaméricaine des droits de l'homme afin de mettre des limites aux obligations de l'Équateur de respecter les décisions arbitrales investisseur-État. Ensuite, une cour d'appel équatorienne a émis deux décisions déclarant que le tribunal de l'affaire *Chevron c. Équateur* n'avait pas le pouvoir de forcer les tribunaux équatoriens à violer les obligations de l'Équateur en matière de droits humains en interférant avec le jugement des plaignants contre Chevron.

Finalement, en dehors de l'Équateur, il semble très peu vraisemblable que les décisions du tribunal entraînent les effets souhaités par Chevron – c.-à-d. empêcher les demandeurs équatoriens de faire appliquer leur jugement contre Chevron dans les pays où l'entreprise dispose d'actifs. Plus important encore, au titre du TBI et du règlement d'arbitrage applicable, les décisions du tribunal ne sont contraignantes que pour les parties au différend investisseur-État – c.-à-d. Chevron et l'Équateur, et pas les plaignants équatoriens<sup>8</sup>. Si ces derniers cherchaient à faire appliquer leur jugement contre Chevron dans les tribunaux d'autres pays, les décisions du tribunal arbitral n'auraient aucune force juridique contraignante sur ces actions d'exécution. En outre, même en supposant que le tribunal était compétent pour étudier le fond du jugement rendu au niveau national, ainsi que sa conformité ou sa légitimité dans le différend investisseur-État auquel les demandeurs équatoriens ne sont pas partie, le tribunal ne l'a pas encore fait. Aussi, toute décision émise par le tribunal ne devrait pas avoir l'effet de la chose jugée ou des conséquences juridiques sur l'exécution du jugement rendu au niveau national.

### Cela va-t-il trop loin ?

Il est naturel pour Chevron et TexPet de chercher à obtenir ce qu'ils peuvent du domaine plutôt discipliné et évoluant rapidement du droit relatif aux traités d'investissement, à travers des arguments créatifs et des demandes d'exemption étendue. Toutefois, c'est aux tribunaux de jouer le rôle de gardien raisonnable, et de garantir qu'à travers leur créativité dans les demandes au titre de traités d'investissement, les investisseurs font preuve de retenue et ne piétinent pas d'autres domaines du droit national ou international, tels que les droits humains.

Au bout du compte, c'est peut-être le tribunal et les investisseurs qui perdront plus que l'Équateur et les plaignants équatoriens dans ce différend inhabituel. En définissant ses pouvoirs très largement et en balayant

sans conviction les droits des plaignants non-partie à l'arbitrage, le tribunal a posé des défis pour la validité de ses ordonnances devant d'autres tribunaux nationaux. À une époque où le scepticisme (pour ne pas dire la réaction violente) à l'égard du règlement des différends investisseur-État est manifeste, et où les États et autres parties-prenantes sont de plus en plus préoccupés par le fait que ce "système" ne produise pas les bénéfices

### Auteur

Lise Johnson est consultante juridique auprès de l'IIDD et travaille sur des questions liées au droit et à la politique internationale des investissements.

### Notes

1 Chevron Corp. vs. la République d'Équateur, Affaire CPA n° 2009-23.

2 Voir Chevron c. Équateur, sentence intermédiaire, 15 janvier 2012, pages 11 et 16.

3 Id.

4 Chevron c. Équateur, deuxième sentence intermédiaire, 16 février 2012, para. 3 (italique ajouté par l'auteur).

5 Les demandeurs équatoriens auraient plus tard retiré leur demande de mesures conservatoires, affirmant que la décision d'un tribunal équatorien semblait répondre à leurs préoccupations et minimiser la nécessité de mesures conservatoires. Voir "Ecuadorian Plaintiffs Withdraw Request for Protective Measures, After Sparring with Chevron over Need for Human Rights Authorities to Intervene," Investment Arbitration Reporter, vol. 5, n°5, 14 mars 2012.

6 Demande de mesures conservatoires soumise à la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 9 février 2012, page 1.

7 Id.

8 Voir, par ex., Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 32(2) ; TBI États-Unis-Équateur, art. VI(6).

# Nouvelles en bref

## **L'Australie devrait rejeter la clause de règlement des différends investisseur-État dans le TPP**

Le gouvernement australien ne signera pas les dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État dans l'Accord de partenariat transpacifique (TPP), selon les dires d'un représentant gouvernemental.

« Nous avons dit clairement que nous ne voulions plus des clauses sur le règlement des différends investisseur-État dans les accords commerciaux », a annoncé le ministre australien des Communications, de la Diffusion à haut débit et de l'Économie numérique au Sénat australien le 13 mars.

Le gouvernement australien s'est d'abord engagé à rejeter le règlement des différends investisseur-État en avril 2011 dans un document intitulé « Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity ».

Le gouvernement justifie sa politique par le fait de ne pas souhaiter donner « des droits plus importants » aux investisseurs étrangers et de vouloir « conserver sa capacité à imposer des lois n'établissant pas de discrimination entre les entreprises nationales et étrangères » afin de protéger l'intérêt public.

La position australienne concernant le règlement des différends investisseur-État s'est durcie quand le pays élaborait une législation exigeant des produits du tabac qu'ils soient emballés dans un papier simple comportant des avertissements sanitaires, mais pas de marques. Cette législation a poussé l'entreprise de tabac Philip Morris à demander un arbitrage au motif d'une violation du TBI Hong-Kong-Australie. Philip Morris avance que la législation australienne sur l'emballage simple équivaut à une expropriation de ses investissements en Australie.

Le refus de l'Australie d'inclure une clause pour le règlement des différends investisseur-État dans l'Accord de partenariat transpacifique (TPP) – un accord de libre-échange ambitieux négocié par Brunei, le Chili, la Nouvelle Zélande, Singapour, l'Australie, la Malaisie, le Pérou, le Japon, les États-Unis et le Viet Nam – compliquera probablement les négociations. « Le traitement différencié dans le RDIE pourrait également offrir la possibilité de demander des exceptions pour d'autres parties du TPP, sapant ainsi son ambition d'excellence », a écrit le Professeur Kelsey, de l'Université d'Auckland dans l'édition d'ITN de janvier 2012<sup>1</sup>.

La position australienne s'est attiré les critiques des lobbies commerciaux étasuniens pour cette même raison. Trente-et-un groupes d'entreprises américaines, représentant différents secteurs économiques, ont écrit au Président Obama en février de cette année, avertissant que « le rejet du règlement des différends investisseur-État par l'Australie non seulement contrecarre la possibilité, pour les négociations TPP, de produire d'importants résultats en terme d'application, mais a également un effet corrosif sur le niveau d'ambition et sur d'autres aspects clés des négociations TPP. Si l'Australie a pu retirer une telle exemption majeure, d'autres pays feront pression pour obtenir leurs propres exemptions d'engagements essentiels ».

## **Une entreprise pharmaceutique canadienne lance une nouvelle procédure au titre de l'ALENA contre les États-Unis**

Une entreprise pharmaceutique canadienne a lancé une nouvelle procédure au titre de l'ALENA contre les États-Unis.

Apotex vend des médicaments génériques à travers une entreprise qu'elle détient indirectement aux États-Unis. En 2009, la Food and Drug Administration américaine a empêché Apotex de vendre des médicaments à sa filiale américaine (ce qu'on appelle une alerte à l'importation), interdiction finalement levée en 2011.

L'alerte à l'importation a été prononcée suite à une inspection de la FDA des installations canadiennes d'Apotex, au cours de laquelle l'agence a noté quelques déviations des normes de fabrication. Alors qu'Apotex prétend que ces problèmes ont été rapidement réglés, la FDA a ensuite interdit les importations provenant des installations d'Apotex aux États-Unis.

Dans sa demande d'arbitrage de février 2012 au titre du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, Apotex prétend avoir perdu « des centaines de millions de dollars de vente et n'avoir pu importer aucun nouveau médicament sur le marché américain ». La demande stipule également que « pendant la période de temps en question, la FDA a accordé un traitement plus favorable aux investisseurs américains et aux investissements détenus par des américains dans des circonstances similaires... ».

Apotex avance des violations des dispositions sur le traitement national, la Nation la plus favorisée et la norme minimale de traitement contenues dans le chapitre 11 de l'ALENA.

Apotex est déjà empêtré dans un arbitrage contre les États-Unis pour un déni de justice allégué. Ce différend est lié aux efforts d'Apotex pour vendre une version générique d'un antidépresseur connu sous le nom de Zoloft. Apotex prétend que les tribunaux américains ont « mal appliqué » une loi statutaire et constitutionnelle lors de différentes décisions, ce qui équivaut à une violation des engagements au titre de l'ALENA liés au traitement national, à la norme minimale de traitement, à l'expropriation et l'indemnisation.

La demande d'arbitrage d'Apotex Holdings Inc. et d'Apotex Inc. c. le gouvernement des États-Unis est disponible sur : <http://italaw.com/documents/Apotex-Requestforarbitration.pdf>

## **Les gouvernements appellent à une interprétation limitée de la clause sur le traitement juste et équitable dans le CAFTA-DR**

Les gouvernements du Honduras, El Salvador et des États-Unis affirment que les arbitres devraient adopter une vue plus restrictive de la norme du Traitement juste et équitable (TJE) dans l'Accord de libre-échange d'Amérique centrale-République dominicaine (CAFTA-DR).

Les trois gouvernements ont présentés des communications écrites dans le contexte de l'arbitrage Railroad Development Corporation (RDC) vs. la

République du Guatemala, premier arbitrage au titre du CAFTA-DR a atteint la phase de l'étude du fond. L'article 10.5 du CAFTA-DR stipule que les investissements devraient être traités « conformément au droit international coutumier, et notamment bénéficier du traitement juste et équitable et de la protection et la sécurité intégrales ». Le Guatemala avance que cette norme équivaut à la norme minimale de traitement au titre du droit international coutumier. Les gouvernements du Honduras, El Salvador et des États-Unis soutiennent cette opinion.

Dans sa communication, El Salvador indique que la norme TJE contenue dans le CAFTA-DR est le « « plancher » ou le traitement « minimal » acceptable pour les investisseurs ». Il poursuit et clarifie que « les sentences arbitrales internationales ainsi que les traités internationaux d'investissement faisant référence au « traitement juste et équitable » comme norme autonome, sans référence au droit international coutumier, ne sont pas pertinents aux fins de l'interprétation de la norme au titre de l'article 10.5 du CAFTA-DR ».

Les États-Unis expliquent que les parties au CAFTA-DR avaient l'intention « d'intégrer la norme minimale de traitement requise par le droit international coutumier comme la norme de traitement minimale dans l'article 10.5 du CAFTA-DR ».

Le différend opposant Railroad Development Corporation au Guatemala est relatif à un accord entre sa filiale guatémaltèque Compañía Desarrolladora Ferroviaria (FVG) et une entreprise étatique responsable de la gestion des services ferroviaires guatémaltèques. En 2005, FVG a entamé une procédure d'arbitrage au Guatemala pour violations supposées du contrat. Guatemala a ensuite mis fin à son accord avec FVG, déclarant qu'il était injurieux pour l'État. À travers sa demande au titre du CAFTA-DR, l'entreprise américaine réclame quelques 65 millions USD à titre de profits perdus et dommages et intérêts.

### **Un cabinet juridique allemand envisage une procédure contre la restructuration de la dette souveraine**

Suite à la plus importante restructuration de la dette souveraine de l'histoire, un cabinet juridique allemand envisage d'attaquer l'État grec pour violations du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Allemagne-Grèce.

Selon un rapport du Financial Times, le cabinet juridique Gröpper Köpke envisage d'entamer un recours collectif au nom des petits investisseurs forcés de participer à l'échange de créances de 206 milliards d'euros, arguant que l'échange de créances équivaut à une expropriation des investisseurs qui ne se sont pas portés volontaires<sup>2</sup>.

Une clause de recours collectif oblige tous les détenteurs de créances à accepter l'échange, selon lequel les investisseurs doivent échanger les anciennes créances pour des nouvelles de moindre valeur faciale.

Le cabinet juridique allemand affirme que l'affaire sera abandonnée si le gouvernement grec exempte les petits investisseurs de cette obligation.

Toutefois, si ce n'est pas le cas, la demande fait face à un énorme obstacle, car le TBI Grèce-Allemagne, signé

en 1961, n'inclut pas de disposition relative au règlement de différend investisseur-État. Les demandeurs devront donc expliquer qu'ils peuvent utiliser la clause de la Nation la plus favorisée pour accéder aux dispositions sur le règlement des différends incluses dans les TBI grecs plus récents.

Ce ne serait pas la première fois que les détenteurs de bons souverains ont recours aux TBI suite à des défauts de paiement. Quand l'Argentine a restructuré sa dette en 2005, des milliers d'obligataires italiens ont entamé une procédure au titre du TBI Italie-Argentine pour environ 4,3 milliards USD (Abaclat c. Argentine).

Dans une décision controversée de septembre 2011, la majorité du tribunal de l'affaire Abaclat c. Argentine a accepté la compétence pour juger l'affaire. Cette décision a entraîné une forte réaction du troisième arbitre de l'affaire, le Professeur Georges Abi-Saab. Celui-ci a contesté la décision d'accepter les bons souverains argentins comme des investissements protégés au titre du TBI Argentine-Italie et de la Convention du CIRDI. Il réplique également qu'un tribunal du CIRDI ne peut accepter compétence en matière de litiges de masse, sans le consentement de l'État partie.

### **2011 a connu une augmentation des affaires au titre du CIRDI**

Le CIRDI a enregistré un nombre record de 38 affaires en 2011, selon la dernière édition des Affaires du CIRDI - Statistiques. En 2010 il y en avait eu 26, 25 en 2009 et 21 en 2008.

Comme au cours des années précédentes, la compétence a été acceptée principalement au titre de traités bilatéraux d'investissement (63 %) et au titre des contrats investisseur-État (20 %).

Toujours selon les mêmes tendances que les années précédentes, les pays d'Amérique du Sud ont représenté le plus grand nombre d'affaires (30 %), suivis par les pays d'Europe de l'Est et d'Asie centrale (23 %) puis par les pays d'Afrique subsaharienne (16 %).

Comme les années passées, le plus grand nombre de cas était lié au secteur pétrolier, gazier et minier (25 %), suivi du secteur de l'énergie et de l'électricité (13 %), et du secteur des transports (11 %).

Les arbitres, les conciliateurs et les membres des comités ad hoc nommés dans les affaires CIRDI en 2011 étaient principalement des ressortissants d'Europe occidentale et d'Amérique du Nord (Canada, Mexique, États-Unis), comme au cours des années précédentes.

Les statistiques sur les affaires du CIRDI sont disponibles sur : <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType>

#### **Notes**

<sup>1</sup> L'évolution des investissements dans l'Accord de partenariat trans-Pacifique, Jane Kelsey, Investment Treaty News, 12 janvier 2012, <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/investment-developments-in-the-trans-pacific-partnership-agreement/>

<sup>2</sup> "Germans seek lawsuits over Greek debt swap", James Wilson et Gerrit Wiesmann, Financial Times, 12 mars 2012, <http://www.ft.com/cms/s/0/79ed422c-6c67-11e1-bd0c-00144feab49a.html#axzz1owGOYBS3>

# Sentences et décisions

**Un tribunal américain annule une sentence arbitrale contre l'Argentine** *Abaclat et autres (anciennement affaire Giovanna A Beccara et autres) c. la République d'Argentine, affaire CIRDI n° Arb/07/5*

**Lise Johnson**

Une cour d'appel américaine a annulé une sentence arbitrale contre l'Argentine dans une décision qui pourrait bien faire réfléchir les investisseurs qui cherchent à contourner les dispositions des traités exigeant l'épuisement préalable des voies de recours nationaux.

*La longue histoire du différend*

La décision de janvier 2012 a été rendue dans l'affaire *BG c. Argentine*, l'une des nombreuses demandes au titre d'un traité, présentée contre l'Argentine et liée aux mesures prises par le pays pendant la crise financière qu'il a connu il y a environ 10 ans<sup>1</sup>. Le demandeur, BG Group PLC, a présenté une requête d'arbitrage contre l'Argentine en avril 2003 au titre du TBI Argentine-Royaume-Uni. Ce faisant, BG Group a contourné les dispositions du traité exigeant des investisseurs qu'ils soumettent leurs demandes aux tribunaux du pays hôte avant de pouvoir demander un arbitrage international.

La décision de BG de ne pas demander un redressement de la part d'un tribunal national avant d'entamer l'arbitrage reste un point controversé. L'Argentine a affirmé au tribunal que la formulation du traité était claire : l'article 8(1) exige des investisseurs qu'ils demandent un redressement auprès des tribunaux nationaux, tandis que l'article 8(2) précise que si les tribunaux nationaux n'ont pas statué au cours des 18 mois suivant la présentation du différend, les investisseurs peuvent alors soumettre leurs demandes à un arbitrage international. L'Argentine a argué que le non-respect de ces dispositions par BG impliquait que le tribunal arbitral ne pouvait pas entendre le différend au titre du traité.

Toutefois, le tribunal a rejeté cet argument, affirmant que l'article 8(2) ne pouvait « constituer un empêchement absolu pour le tribunal d'exercer sa compétence en l'espèce »<sup>2</sup>. Il a ensuite déterminé que l'Argentine avait violé son obligation de traitement juste et équitable au titre du TBI Argentine-Royaume-Uni et a ordonné à l'Argentine de payer plus de 185 millions USD à BG à titre de dommages et intérêts, en plus de quelques 684 000 USD pour les frais et dépenses encourus par BG et les arbitres.

L'Argentine a ensuite essayé de faire annuler la sentence – une action qui, si elle est couronnée de succès, rendrait effectivement le jugement nul, empêchant ainsi BG de le faire exécuter dans les 146 pays parties à la Convention de New York<sup>3</sup>. À son tour, BG a entamé une action afin de faire exécuter la sentence du tribunal, afin de pouvoir en bénéficier. Les parties ont présenté leurs demandes respectives au tribunal américain qui a compétence sur l'affaire. L'Argentine a affirmé à ce tribunal que l'exigence des 18 mois était une condition de son consentement à l'arbitrage des différends, et étant donné que cette condition n'avait pas été respectée, le pays ne consentait pas à l'arbitrage du différend. Aussi, toujours selon l'Argentine, cela signifie que le tribunal a traité une affaire pour laquelle il n'était pas compétent, ce qui constitue l'un des rares motifs pour lequel le tribunal américain peut annuler le jugement au titre de la Convention de New York et de la législation américaine.

Le tribunal américain de district a rejeté les arguments argentins et a donné à BG l'autorisation de faire exécuter le jugement. L'Argentine a fait appel. Une fois de plus, les parties ont argumenté sur la question du non-respect par BG des articles 8(1) et 8(2) du TBI Argentine-Royaume-Uni.

La cour d'appel, à savoir la cour d'appel du District de Columbia a soutenu l'Argentine. Ce faisant, elle a fait trois déclarations.

Elle a d'abord affirmé qu'il relevait de la responsabilité des tribunaux nationaux, et non pas de celle des arbitres, de

déterminer si le différend était arbitral dans les cas où : un traité stipule le recours aux tribunaux nationaux comme une condition à l'arbitrage ; le traité ne mentionne pas si les arbitres ont le pouvoir de déterminer si un différend est arbitral ; et si la condition du recours national n'est pas respectée. Ensuite, la cour d'appel a déterminé que la cour de première instance avait commis une erreur de droit, car elle n'avait pas déterminé qu'il y avait des preuves nettes et sans ambiguïté que, contrairement à la règle adoptée ci-dessus, les parties au traité voulaient que les arbitres déterminent s'ils avaient ou non compétence pour entendre l'affaire.

Finalement, la cour a décidé qu'étant donné qu'« il ne peut y avoir qu'une conclusion possible quant à savoir si BG devait entamer une procédure devant les tribunaux argentins et attendre dix-huit mois avant de demander un arbitrage », elle allait annuler les ordonnances de la cour de première instance et annuler la sentence du tribunal.

La décision de la cour d'appel a donné lieu à des critiques de personnes qui affirment qu'elle n'est pas conforme au principe fondamental qui affirme que les tribunaux arbitraux ont le pouvoir de déterminer leur propre compétence. Cependant, il n'en demeure pas moins qu'au titre de la Convention de New York et de la législation américaine, les tribunaux nationaux ont bel et bien le pouvoir d'annuler des sentences arbitrales dans certaines circonstances limitées, notamment quand les arbitres se prononcent sur une affaire pour laquelle les parties n'avaient pas donné leur consentement à l'arbitrage<sup>4</sup>.

**L'Inde est en violation du TBI à cause de la lenteur de ses tribunaux** *White Industries Australia Limited c. La République de l'Inde, CNUDCI*

**Larisa Babiy**

Dans une décision du 30 novembre 2011, un tribunal de la CNUDCI a estimé que la lenteur des tribunaux indiens équivalait à une violation de la norme des « moyens efficaces », ce qui représente la première décision connue au titre d'un traité d'investissement prononcée contre l'Inde.

*Contexte*

Le demandeur australien, White Industries, a conclu un contrat en 1989 pour l'approvisionnement d'équipement et le développement d'une mine de charbon, avec Coal India, une entreprise étatique. Un différend est survenu entre les parties, et a été porté devant un tribunal de la CCI qui siège à Paris qui a accordé 4,08 millions USD à White en 2002.

Coal India a fait appel devant la Haute cour de Calcutta pour faire annuler le jugement, tandis que White Industries a demandé à la Haute Cour de Delhi d'exécuter la sentence. La Haute cour de Calcutta a rejeté la demande de White Industries de faire annuler la demande de Coal India. White Industries a fait appel de la décision devant la Cour suprême. Afin d'éviter toute décision conflictuelle, la Haute cour de New Delhi a décidé en 2006 de suspendre la procédure d'exécution jusqu'à la décision finale de la Cour suprême. White Industries n'a pas fait appel de la suspension. Aussi, neuf ans après le jugement du tribunal de la CCI en faveur de White Industries, l'investisseur attendait toujours que les tribunaux indiens se prononcent sur ses demandes de compétence.

Le 27 juillet 2010, White Industries a présenté une demande contre l'Inde au titre du TBI Australie-Inde. L'entreprise affirmait que le gouvernement indien, à travers les actions de ses tribunaux et de Coal India, violait ses obligations d'accorder un traitement juste et équitable (article 3(2)) ainsi que des moyens efficaces de présenter des demandes (article 4(2)).

*Le jugement de la CCI est considéré comme faisant partie de l'investissement*

Le tribunal a considéré que la large définition de l'investissement incluse dans le TBI incluait les droits contractuels du demandeur. Concernant les droits de White Industries au titre du jugement de la CCI, les arbitres ont conclu que le jugement en lui-même ne pouvait être considéré comme un investissement, mais les « droits au titre du jugement faisaient partie de l'investissement original », car ils représentaient une définition de ses droits au titre du contrat, et en tant que tel, « étaient soumis à la protection offerte aux investissements au titre du TBI ».

*La lenteur des tribunaux ne viole pas la disposition relative au TJE*

En examinant la demande de White Industries relative à la violation du traitement juste et équitable, le tribunal a considéré qu'aucune de ses allégations ne remplissait les critères requis pour établir la frustration des attentes légitimes. Notamment, White Industries savait, ou aurait dû savoir, que les tribunaux indiens acceptaient régulièrement des demandes pour faire annuler les sentences, et qu'elle ne pouvait s'appuyer sur aucune supposition concernant la manière dont l'Inde appliquerait la Convention de New York. En outre, le demandeur aurait dû savoir que le système des tribunaux nationaux indiens était surchargé et ne pouvait donc pas s'attendre à une exécution rapide de son jugement.

Le tribunal détermina également que la violation du traitement juste et équitable du fait d'un déni de justice n'était pas non plus prouvée. Il affirma que « si la durée de la procédure générale ainsi que la lenteur de la Cour suprême ... était certainement insatisfaisante en termes d'efficacité de l'administration de la justice, aucun de ces éléments ne représentait encore un déni de justice ». En se prononçant sur ce point, le tribunal a considéré que la question de savoir si les tribunaux indiens pouvaient accepter une demande d'annulation d'un jugement étranger était âprement débattue dans le pays, et il n'était donc pas particulièrement surprenant que le Cour suprême n'ait pas rejeté l'appel du demandeur.

*Le tribunal importe la norme des « moyens efficaces » grâce à la clause NPF et constate une violation*

White Industries s'est appuyé sur la clause de la Nation la plus favorisée pour bénéficier de l'obligation pour l'État hôte de « fournir les moyens efficaces de présenter des demandes et de réclamer des droits », contenue dans le TBI Inde-Koweït. Dans son analyse, le tribunal a examiné les procédures d'exécution et d'annulation séparément. Concernant la première, le tribunal affirma que même si le déroulé de la procédure « était loin d'avoir été idéal », le délai de trois ans et demi de la part des tribunaux indiens ne constituait pas une violation du TBI, notamment parce que White Industries a décidé de ne pas faire appel de l'ordonnance de suspension de la procédure.

En revanche, concernant la procédure d'annulation, le tribunal déclara que le demandeur avait fait « tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de sa part pour que la Cour suprême traite son appel de manière opportune ». Le tribunal a donc affirmé n'avoir « aucun mal à conclure que l'incapacité du système judiciaire indien à traiter la demande de White Industries en neuf années, ainsi que l'incapacité de la Cour suprême à entendre l'appel relatif à la compétence de White pendant cinq années représentaient un délai excessif et constituaient une violation de l'obligation assumée volontairement par l'Inde de fournir à White les « moyens efficaces » de présenter des demandes et de réclamer ses droits ».

Le tribunal a examiné les raisons avancées par Coal India pour refuser l'exécution du jugement de la CCI et détermina que le jugement était exécutable au titre de la législation indienne. Il conclut que « si l'Inde n'avait pas refusé à White les « moyens efficaces » de présenter une demande, les tribunaux indiens devaient avoir déjà pu déterminer que le jugement était exécutable en Inde ».

Pour ces raisons, le tribunal a accordé quelques 4 millions USD à White Industries, en plus du paiement total de la sentence de la CCI, des intérêts, et des coûts et frais juridiques.

Le tribunal était composé de J. William Rowley QC (président), Charles Brower (nommé par l'investisseur) et Christopher Lau SC (nommée par le défendeur).

**Le tribunal rejette sa compétence dans l'affaire Gallo c. le Canada** *Vito G. Gallo c. le gouvernement du Canada, ALENA, CNUDCI, Affaire CPA n° 55798*  
**Larisa Babiy**

Un tribunal de la CNUDCI a rejeté sa compétence dans une affaire contre le Canada au titre du chapitre sur l'investissement de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), après avoir déterminé que le demandeur américain ne pouvait prouver la date d'acquisition de l'entreprise canadienne.

Le demandeur, M. Gallo, prétendait être le propriétaire d'une entreprise canadienne qui a acheté, le 6 septembre 2002, une mine abandonnée d'Ontario pour l'utiliser comme décharge. Le 5 avril 2004, le gouvernement d'Ontario a adopté la loi *Adams Mine Lake* (AMLA), qui interdit l'utilisation de la mine comme décharge et a révoqué les approbations environnementales existantes. L'AMLA reconnaissait que l'entreprise avait le droit à une compensation limitée ; elle déclarait toutefois que les actions au titre de la loi ne constituaient pas une expropriation.

À la suite de ces développements, M. Gallo a présenté une demande contre le Canada au nom de l'entreprise pour violation alléguée des articles de l'ALENA relatifs à la norme minimale de traitement, à l'expropriation et à la compensation, et du droit international coutumier.

Le Canada a objecté quant à la compétence du tribunal, arguant que le demandeur devait prouver qu'il était propriétaire de l'entreprise avant la promulgation de l'AMLA « avec des documents fiables et actuels ». Le Canada argue en effet que le tribunal ne pouvait avoir compétence que si le demandeur était en mesure de prouver sa propriété de l'entreprise au moment de la promulgation de la loi AMLA.

M. Gallo considérait que la charge de la preuve devait incomber au Canada, car celui-ci l'accusait de « conspiration frauduleuse ». Le Canada a toutefois répondu qu'il n'avait pas d'allégations de fraude, invitant le tribunal à déterminer qu'il n'y avait pas de renversement de la charge de la preuve.

*L'analyse du tribunal*

Dans sa décision du 15 septembre 2011 sur la compétence, le tribunal décida que le demandeur n'était pas en mesure de démontrer que l'acquisition de la propriété de l'entreprise précédait l'AMLA. Il a ensuite cherché à savoir si une telle conclusion impliquait en l'espèce un manque de compétence *ratione temporis*.

Le tribunal a alors penché en faveur du Canada « sans hésitations ». « Pour que le chapitre 11 de l'ALENA s'applique à une mesure liée à un investissement, celui-ci doit être détenu ou contrôlé par un investisseur d'une autre partie, et la propriété et le contrôle doit exister au moment où la mesure qui violerait le traité est adoptée ou maintenue ».

Comme le demandeur ne pouvait démontrer la date d'acquisition de la propriété, le tribunal a considéré que « la conséquence nécessaire est que sa demande était rejetée du fait d'une incompétence *ratione temporis* ».

Le tribunal a unanimement conclu qu'il n'avait pas compétence et condamna le demandeur à payer les frais d'arbitrage du Canada.

Le tribunal était composé du Prof. Juan Fernandez-Armesto (président), de Laurent Levy (nommé par le Canada), et du Prof. Jean-Gabriel Castel O.C. Q.C. (nommé par l'investisseur).

L'arbitre nommé originellement par le Canada, M. J. Christopher Thomas Q.C., a démissionné de son poste d'arbitre en octobre 2009 après que le Secrétaire général adjoint du CIRDI ait décidé que M. Thomas ne pouvait apporter des conseils juridiques au Mexique et avoir le poste d'arbitre dans l'affaire, étant donné que le Mexique est partie à l'Alena et peut faire des soumissions en tant que Partie tierce au procès.

La décision est disponible sur : [http://italaw.com/documents/Gallo\\_v\\_Canada\\_Award15Sep2011.pdf](http://italaw.com/documents/Gallo_v_Canada_Award15Sep2011.pdf)

### **Un tribunal rejette sa compétence dans une affaire car le demandeur n'a pas présenté sa demande aux tribunaux argentins** *ICS Inspection and Control Services Limited c. la République d'Argentine, CNUDCI Damon Vis-Dunbar*

Dans une décision du 10 février 2012, un tribunal CNUDCI a décliné sa compétence dans une affaire contre l'Argentine car le demandeur n'avait pas d'abord présenté sa demande aux tribunaux argentins pendant 18 mois.

La décision fait écho à d'autres décisions ayant eu à interpréter les dispositions exigeant des litiges qu'ils soient présentés aux tribunaux nationaux avant de pouvoir être présentés à un arbitrage international au titre des traités d'investissement. Les arbitres sont arrivés à des conclusions divergentes dans différentes affaires, et les décisions relatives à la compétence sont allées dans les deux sens.

Le demandeur, ICS Inspection and Control Services, a remporté un contrat pour l'inspection de biens devant être importés en Argentine avant qu'ils ne sortent du port. Dans sa demande, ICS met en avant différentes doléances relatives à ses démarches auprès des autorités argentines, accentuées par la crise économique argentine, quand le pays a rompu la parité entre le peso argentin et le dollar américain.

ICS a fait un recours administratif en 2002, et a finalement été payé en 2006 pour les factures en souffrance, même si l'entreprise a perçu moins que ce qu'elle prétendait devoir percevoir. Le demandeur a cherché à obtenir un redressement en 2009, au titre du TBI Royaume-Uni-Argentine, de quelque 25 millions USD en dommages et intérêts.

#### *Questions de compétence*

L'Argentine a avancé plusieurs arguments concernant l'incompétence du tribunal :

- Le demandeur n'a pas respecté une disposition du TBI Argentine-Royaume-Uni exigeant la présentation préalable des demandes aux tribunaux nationaux pendant une période de 18 mois, ou jusqu'à ce qu'une décision soit rendue par la cour, alors que les parties sont toujours en litige;
- La demande concerne principalement des questions contractuelles, et devrait être réglée selon les termes du contrat, plutôt qu'au titre d'un traité international d'investissement ;
- La demande est illicite pour des raisons de « connivence » et de « prescription » : en gros, la longue attente du demandeur avant la soumission de sa demande à l'arbitrage le « déchoit » de son droit à présenter une demande ou rend celle-ci irrecevable.
- Le contrat n'a pas été conclu directement par le demandeur, mais entre l'Argentine et une entreprise enregistrée aux Îles Caïman, aussi ICS n'avait pas qualité pour agir.

La sentence se concentre toutefois sur l'exigence de contentieux de 18 mois. Ayant déterminé qu'il s'agit d'une exigence « obligatoire », le tribunal a examiné s'il s'agissait d'une question de recevabilité ou de compétence. Le tribunal remarqua que s'il avait discrétion sur la manière de traiter la question de l'admissibilité, il ne pouvait modifier les règles pour maintenir sa compétence. Finalement, le tribunal examina la nécessité d'avoir le consentement de l'Argentine à l'arbitrage qui est une question de compétence.

Le tribunal n'a pas accepté l'argument du demandeur selon lequel l'exigence de passer d'abord par les tribunaux nationaux était futile, au motif qu'elle ne faisait que retarder l'arbitrage. Le tribunal remarqua que la majorité du tribunal de l'affaire *Abaclat* et autres c. Argentine a accepté un argument similaire, dans une décision récente sur la compétence. Dans l'arbitrage *Abaclat*, le tribunal a examiné la demande présentée par des milliers de demandeurs, et a partiellement basé sa décision sur la conclusion que le système des tribunaux argentins n'était pas apte à traiter les demandes de manière adéquate.

À l'inverse, le tribunal ICS indiqua « qu'il ne pouvait pas créer des exceptions aux règles du traité quand elles se basent seulement sur une évaluation de la sagesse de la politique en question, s'il n'y a pas de mention dans le texte du traité ou dans une autre source interprétative, même si ces considérations politiques restent souhaitables dans l'abstrait ».

Le tribunal a également rejeté l'argument du demandeur selon lequel il pouvait contourner l'exigence de présenter le contentieux au niveau national en s'appuyant sur la disposition de la nation la plus favorisée (NPF) du TBI, car tous les TBI argentins n'ont pas les mêmes exigences de présenter la demande au niveau national. Le tribunal a toutefois conclu que l'Argentine et le Royaume-Uni n'envisageaient probablement pas d'appliquer la disposition NPF au règlement des différends. Il remarqua par exemple que le traité avait été rédigé avant que ne s'ouvre le débat sur la portée de la disposition NPF – et notamment sur son inclusion, ou non, d'éléments du règlement des différends investisseur-État.

« Le traité a été conclu par l'Argentine et le Royaume-Uni à la fin des années 1990... Bien avant que l'affaire *Maffezini* soulève des questions concernant les traités, et concernant les dispositions NPF et le règlement des différends internationaux investisseur-État ; ces questions sont en effet demeurées irrésolues ».

Pour ce qui est des coûts, le tribunal a déclaré que « l'une des parties avait clairement obtenu gain de cause, le défendeur, et l'autre pas, le demandeur ». Cette conclusion incita le tribunal à ordonner au demandeur de payer l'intégralité des coûts de l'arbitrage, alors que chacune des parties assumera ses propres frais d'avocat.

Le tribunal était composé de Pierre-Marie Dupuy (arbitre président), du Dr. Santiago Torres Bernardez (nommé par le défendeur) et de Marc Lalonde (nommé par le demandeur).

La décision sur la compétence est disponible sur : [http://italaw.com/documents/ICS\\_v\\_Argentina\\_AwardJurisdiction\\_10Feb2012\\_En.pdf](http://italaw.com/documents/ICS_v_Argentina_AwardJurisdiction_10Feb2012_En.pdf)

#### **Notes**

1 Voir *BG Group PLC c. la République d'Argentine*, Sentence du 24 déc. 2007 ; *La République d'Argentine c. BG Group PLC*, 714 F. Supp. 2d 108 (D.D.C. 7 juin 2010) ; *La République d'Argentine c. BG Group PLC*, 764 F. Supp. 2d 21 (D.D.C. 2011) ; *La République d'Argentine c. BG Group PLC*, No. 11-7021 (D.C. Ct. 17 janvier 2012).

2 *BG Group PLC c. la République d'Argentine*, Sentence du 24 déc. 2007, para. 147.

3 Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, 10 juin 1958 (entrée en vigueur le 7 juin 1959).

4 Voir la Convention de New York, article V(1)(e) ; Loi sur l'arbitrage fédéral, § 10(a)(4).

# Ressources et événements

## Ressources

### La clause du traitement juste et équitable : Séries de la CNUCED sur les problèmes dans les Accords internationaux d'investissement II

CNUCED, mars 2012

Cet article examine comment le concept de Traitement juste et équitable (TJE) a été défini dans les Accords internationaux d'investissement (AI) et l'interprétation des différentes définitions par les tribunaux arbitraux. Le contenu substantif de la norme TJE a été interprété au cas par cas par les tribunaux arbitraux. L'évolution est constante, et renforcée par la pratique des tribunaux à faire référence et à discuter de décisions précédentes. Même si chaque tribunal interprète une clause TJE sur la base du traité d'investissement applicable dans l'affaire en question, il existe une certaine convergence des éléments inclus dans la clause TJE. Parallèlement, la pratique arbitrale a montré d'importantes différences dans l'application de la norme, qui dépend de la formulation utilisée pour la clause TJE. Face à ce constat, la dernière section de l'article propose des alternatives politiques aux négociateurs. Par exemple, des clauses TJE avec ou sans référence aux sources et qualifications (par ex. la norme minimale de traitement au titre du droit coutumier international), une alternative visant à remplacer l'obligation générale de TJE par davantage d'exigences substantielles, et une option visant à omettre la clause TJE, ainsi que des éclaircissements supplémentaires visant à fournir davantage de certitude juridique et à garantir que le droit des États à réglementer dans l'intérêt public ne soit pas compromis. Cet article est disponible sur : [http://www.unctad.org/en/docs/unctadadiaeia2011d5\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/unctadadiaeia2011d5_en.pdf)

### Développements récents dans les différends relatifs aux investissements internationaux : affaires au titre de traités d'investissement de septembre 2010 à octobre 2011

Institut international pour le développement durable, octobre 2011

Ce rapport met en lumière les développements récents dans les différends relatifs aux investissements internationaux afin d'essayer de présenter quelques unes des conséquences politiques des sentences arbitrales rendues entre septembre 2010 et octobre 2011. À travers une analyse de cas de quelques unes des plus importantes décisions sur la compétence et la responsabilité, ce rapport offre une vue d'ensemble des questions substantielles relatives aux différentes décisions arbitrales. Il souligne comment les tribunaux ont défini le terme « investissement » et comment ils ont interprété les dispositions relatives à la nation la plus favorisée, l'expropriation, le traitement juste et équitable, et le règlement des différends sur le fondement des traités d'investissement et du droit des investissements étrangers. Ce rapport est disponible sur : [http://www.iisd.org/pdf/2012/investment\\_treaty\\_cases\\_2010\\_2011.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/investment_treaty_cases_2010_2011.pdf)

### Règlementation des flux mondiaux de capitaux pour le développement

Task force sur la réglementation des flux mondiaux d'investissement pour le développement à long-terme, mars 2012

Ce rapport postule qu'il existe des raisons claires pour réglementer les capitaux suite à la crise financière, que la conception et le suivi de ces réglementations sont essentiels pour garantir leurs efficacités et qu'une quantité limitée de coopération mondiale et régionale serait utile pour assurer que la réglementation des capitaux puisse efficacement contribuer aux politiques macroéconomiques. Le protocole de déploiement des réglementations des capitaux dans les pays en développement mis en avant dans ce rapport s'oppose clairement à une série de principes directeurs utilisés pour le contrôle des capitaux et adoptés par le Conseil du Fonds monétaire international (FMI) en mars 2011. Ce rapport a été émis par la Task force

sur la réglementation des flux mondiaux d'investissement pour le développement à long-terme, un groupe d'universitaires et de législateurs engagés pour la prévention et l'atténuation des crises financières dans le monde en développement. Le rapport est disponible sur : [http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy\\_research/RegulatingGlobalCapitalFlows.html](http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/RegulatingGlobalCapitalFlows.html)

### Exploitations agricoles et fonds : les fonds d'investissement dans la ruée mondiale sur les terres

IIED, janvier 2012

Ils achètent des terres arables et des entreprises agricoles dans les pays en développement dans la perspective de toucher des revenus à long-terme grâce à l'augmentation du prix des terres, aux populations croissantes et la demande croissante en aliments. Si les médias parlent beaucoup de l'implication de ces fonds dans la ruée mondiale pour les terres, leurs mécanismes restent mal compris par le grand public. Ce rapport politique étudie les questions suivantes : Quel est l'intérêt et ses facteurs ? Quelles sont les parties-prenantes et quels processus suivent les décisions d'investir ? Quels sont les effets sur les pays récipiendaires ? Et quelles actions peuvent être prises afin de promouvoir des investissements soutenant réellement les populations locales ? Ce rapport est disponible sur : <http://pubs.iied.org/17121IIED.html?c=agric/food>

## Événements 2012

Avril 16

**RÉFÉRENCE AU DROIT DE L'OMC DANS LES ARBITRAGES INTERNATIONAUX EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT : TENDANCE PROMETTEUSE OU DISTINCTION À MAINTENIR ?**, Université de Columbia, New York, <http://www.vcc.columbia.edu/content/reference-wto-law-international-investment-arbitration-promising-trend-or-separateness-be-ma>

Avril 21 - 26

**Troisième session de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED XIII)**, Doha, Qatar, <http://www.unctad.org/Templates/meeting.asp?intltemlD=1942&lang=1&m=21643>

Avril 23

**UTILISER LE DROIT EUROPÉEN ET LE DROIT DES ARBITRAGES INTERNATIONAUX**, Université de Columbia, New York, <http://www.vcc.columbia.edu/content/navigating-eu-law-and-law-international-arbitration>

May 24 - 27

**SYMPOSIUM SUR L'ARBITRAGE ET LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX**, Salzburg, Autriche, <http://cils.org/conferences/conference.php?ConferencelD=251&>

Juin 10 - 13

**21ÈME CONSEIL INTERNATIONAL DU CONGRÈS SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL (ICCA)**, Singapour, <http://www.iccasingapore2012.org/site>

Juin 18

**L'UE ET SES ACCORDS D'INVESTISSEMENT - QUESTIONS ET DÉFIS EN SUSPENS**, Vienne, Autriche Contact [titi@recht.wiwi.unisiegen.de](mailto:titi@recht.wiwi.unisiegen.de)



© 2012 Institut international du développement durable (IIDD)

Publié par l'Institut international du développement durable

Les documents de l'IIDD, y compris les images, ne peuvent être publiés de nouveau sans l'autorisation écrite expresse de l'Institut. Pour obtenir l'autorisation, veuillez contacter [info@iisd.ca](mailto:info@iisd.ca) et inclure une liste des renseignements que vous souhaitez publier de nouveau ou un lien y conduisant.

L'IIDD contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce les investissements internationaux, les politiques économiques, les changements climatiques, la mesure et l'évaluation, la gestion des ressources naturelles, et le rôle habilitant des technologies de l'information dans ces domaines. Nous rendons compte des négociations internationales et partageons le savoir que nous avons acquis lors de projets collaboratifs. Cela se traduit par une recherche plus rigoureuse, un développement des capacités dans les pays en développement, des réseaux de meilleure qualité entre le Nord et le Sud ainsi que de meilleures connexions à l'échelle mondiale entre les chercheurs, praticiens, citoyens et décideurs.

L'IIDD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. L'IIDD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par l'Agence canadienne de développement international (ACDI), le Centre de recherche pour le développement international (CRDI) et Environnement Canada, ainsi que du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projets lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

ITN Quarterly reçoit volontiers les soumissions de travaux originaux non publiés. Les demandes doivent être adressées à Damon Vis-Dunbar à [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)

Pour souscrire à ITN Quarterly, veuillez vous rendre à la page : [https://lists.iisd.ca/read/all\\_forums/subscribe?name=itn-english](https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english)

L'Institut international de développement durable  
Maison internationale de l'environnement 2  
9, Chemin de Balaxert,  
5ème étage, 1219 Châtelaine,  
Genève, Suisse

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