



Les États sont imputables des changements réglementaires: Comment les règles relatives aux investissements internationaux prennent le pas sur la législation nationale par Lise Johnson et Oleksandr Volkov



L'explosion des demandes parallèles dans l'arbitrage au titre d'un traité d'investissement par Gus Van Harten

Propositions de modifications du système de règlement des différends relatifs à l'investissement: La perspective de l'Amérique du sud par Hildegard Rondón de Sansó

Egalement dans cette édition: Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c. la Libye et autres; ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Golfe de Paria B.V. c. la République bolivarienne du Venezuela; Ömer Dede et Serdar Elhüseyni c. la Roumanie; Ruby Roz Agricol LLP c. la République du Kazakhstan

tables des matières

- 3 **Articles**
Les États sont imputables des changements réglementaires: Comment les règles relatives aux investissements internationaux prennent le pas sur la législation nationale
par Lise Johnson et Oleksandr Volkov
- 7 L'explosion des demandes parallèles dans l'arbitrage au titre d'un traité d'investissement
par Gus Van Harten
- 10 Propositions de modifications du système de règlement des différends relatifs à l'investissement: La perspective de l'Amérique du sud
par Hildegard Rondón de Sansó
- 12 **Nouvelles en bref:** L'Australie modifie sa position sur l'arbitrage investisseur-État dans l'accord de libre-échange avec la Corée; La Commission européenne passe à l'offensive pour promouvoir les traités d'investissement; L'Équateur établit une commission chargée d'auditer ses traités bilatéraux d'investissement
- 13 **Sentences et décisions:** Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c. la Libye et autres; ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Golfe de Paria B.V. c. la République bolivarienne du Venezuela; Ömer Dede et Serdar Elhüseyni c. la Roumanie; Ruby Roz Agricol LLP c. la République du Kazakhstan
- 19 **Ressources et évènements**

[Investment Treaty News Quarterly 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

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
Margaux Charles

Traduction française
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version espagnole
Fernando Cabrera

Traduction Espagnole
Maria Candeli Conforti

Design:
The House London Ltd.
Web: www.thehouselondon.com

Les États sont imputables des changements réglementaires:

Comment les règles relatives aux investissements internationaux prennent le pas sur la législation nationale
par Lise Johnson et Oleksandr Volkov

article 1



Alors que les gouvernements du monde entier s'efforcent de négocier et d'approuver des méga-traités d'investissement, il est important d'en préciser les implications. L'un des problèmes émergents est que les traités d'investissement ne sont pas que de simples outils visant à offrir une protection contre les régimes abusifs et leurs actes volontairement nuisibles, ils sont plutôt des mécanismes par lesquels un petit groupe d'acteurs privés, généralement puissants, peuvent modifier le fond du droit, et ce en dehors des cadres législatif et judiciaire nationaux traditionnels.

D'aucuns pourraient s'opposer à une telle affirmation. La Commission européenne a en effet publié récemment une déclaration qui soutient avec enthousiasme les traités d'investissement et le règlement des différends investisseur-État, et qui classe comme « fausses ! » les préoccupations selon lesquelles le règlement des différends « subvertit la démocratie », « se tient en secret », « sape les politiques publiques », et est géré par « une petite clique de juristes ». Mais certains éléments des décisions portant sur la responsabilité des États pour des changements réglementaires montrent une toute autre vérité.

Cet article, qui s'appuie sur une étude plus détaillée, compare la législation nationale des États-Unis aux règles des traités internationaux en matière de responsabilité des États, du fait de changements réglementaires. Cette étude montre que les tribunaux arbitraux ont eu une interprétation des règles des traités d'investissement plus favorable aux intérêts des investisseurs que les approches des cours américaines².

L'arbitrage investisseurs-État et la responsabilité des États du fait de changements réglementaires

Quand la responsabilité des États peut-elle être engagée pour les changements réglementaires affectant la rentabilité ou la valeur d'un investissement ? Pour répondre à cette question, le droit national reflète les décisions des législateurs quant à l'équilibre adéquat des intérêts publics et privés, ce qui a de réelles conséquences sur la volonté et la capacité d'un gouvernement à introduire, suivre et appliquer des mesures réglementant les comportements privés en vue de servir des intérêts publics plus larges. Les tribunaux

arbitraux qui interprètent et appliquent les traités d'investissement émettent en revanche des décisions outrepassant ces choix nationaux.

Ce conflit entre le droit national et les traités internationaux d'investissement est particulièrement évident lorsque l'on se penche sur la question de la responsabilité de l'État du fait de changements effectués au cadre légal national et ayant des conséquences sur un contrat investisseur-État ou des relations quasi-contractuelles existantes, tel qu'un permis, une licence ou une autorisation émise par le gouvernement à une entité privée. Se prononçant sur cette question, les tribunaux arbitraux ont déclaré que l'une des obligations essentielles des traités d'investissement – l'obligation d'octroyer un traitement juste et équitable (TJE) – protège les « attentes légitimes » des investisseurs au moment de réaliser l'investissement³; et que si le cadre réglementaire régissant l'investissement est modifié alors que l'investisseur ne l'avait pas anticipé ou prévu au moment de réaliser son investissement, il devrait alors être indemnisé pour les coûts liés à la mise en conformité avec ces changements⁴. Cela signifie que si une nouvelle loi est adoptée, ou qu'une loi existante est abrogée, ou interprétée ou appliquée d'une nouvelle manière⁵, ces changements peuvent être imputables à l'État. Divers tribunaux ont affiné et probablement adouci cette règle des « attentes légitimes » en déclarant que les traités d'investissement ne sont en général pas là pour geler la loi, sauf si les changements en question sont contraires à un engagement spécifique de l'État au titre du traité⁶. Pour ces tribunaux, l'élément clé pour déterminer s'ils vont ordonner aux gouvernements d'indemniser les investisseurs pour une modification réglementaire est leur opinion de ce qu'ils considèrent comme « un engagement spécifique » de s'abstenir de réaliser de tels changements.

Dans différentes affaires ayant fait l'objet d'une décision, les tribunaux ont largement interprété ce concept « d'engagement spécifique ». Dans des affaires telles que *EDFI c. Argentine*⁷, *Enron c. Argentine*⁸, *LG&E c. Argentine*⁹, et *Occidental c. Équateur (2004)*¹⁰, les tribunaux ont considéré que les dispositions de la législation et des réglementations nationales constituaient des engagements non-révocables. Les engagements qu'ils ont pris ainsi n'ont pas besoin d'être si « spécifiques »¹¹. Il est arrivé aussi que des tribunaux contraignent des gouvernements à respecter leurs « promesses » que les premiers avaient trouvées ou inférées dans des déclarations de représentants du gouvernement ou d'entreprises d'État, des positions prises par des agences, et même dans des contrats illégaux et autres accords présentant des irrégularités de procédure ou autre¹².

En quoi cette pratique s'éloigne de la législation nationale – exemple de l'écart entre les décisions des tribunaux arbitraux et celles des cours américaines

La règle large selon laquelle les gouvernements devraient indemniser les investisseurs en raison des modifications de leurs cadres réglementaires généraux ayant des effets sur les attentes et la rentabilité de l'investissement, ainsi que l'interprétation plus étroite selon laquelle les gouvernements ne sont tenus d'indemniser que les modifications réglementaires

contraires à un « engagement spécifique » d'un État à un investisseur sont particulières. En effet, les deux privilégient les droits privés au détriment de la liberté réglementaire des gouvernements, ce qui est contraire aux législations nationales, telles que celle des États-Unis.

Par exemple, la comparaison des décisions arbitrales internationales portant sur la responsabilité d'un État du fait de changements réglementaires et de la jurisprudence américaine présentant des faits similaires montre que cette dernière adopte une vision beaucoup plus étroite des intérêts privés. Les affaires américaines portant sur la même question de la responsabilité de l'État du fait de changements réglementaires affectant des contrats ou quasi-contrats investisseurs-État montrent que¹³:

– En règle générale, l'État *ne sera pas* responsable vis-à-vis de parties privées pour des pertes économiques dues à un changement réglementaire général ; et

– Le gouvernement peut devoir, dans certains cas, indemniser un investisseur pour des pertes subies suite à des modifications d'ordre réglementaire général ayant des effets sur une relation contractuelle ou quasi-contractuelle avec le gouvernement, *mais que, compte tenu de la stricte application de la doctrine de "l'incontestabilité" et de ses règles connexes, le gouvernement est largement protégé contre l'engagement de sa responsabilité dans ces cas.*

Plus précisément, au titre de la loi américaine et de sa doctrine de « l'incontestabilité », la responsabilité de l'État n'est engagée que lorsqu'un représentant officiel ou une entité 1) disposant de l'autorité effective pour faire une promesse quant au traitement réglementaire futur, 2) fait cette promesse de manière claire et *incontestable* et 3) en *totale conformité avec les prescriptions de procédure* pour la conclusion de contrats investisseurs-État, et 4) la fait avec *l'intention* de prendre cet *engagement spécifique quant au traitement réglementaire futur*.

La jurisprudence détaille chacune de ces prescriptions. Par exemple, pour l'exigence de disposer de l'autorité effective, les cours ont expliqué que même si une agence gouvernementale est habilitée à fixer les tarifs de l'eau, cela ne signifie pas qu'elle soit également habilitée à abandonner ou restreindre son pouvoir souverain de fixer les tarifs de l'eau¹⁴. Ce pouvoir est différent du pouvoir de promettre de geler ou de stabiliser ces tarifs, et pour qu'une agence exerce ce pouvoir-ci, elle doit en avoir reçu la compétence expresse. À noter que la doctrine de l'escoppel n'est généralement pas admise aux termes du droit américain pour protéger les investisseurs dans les affaires où ils se seraient basés sur des promesses erronées d'acteurs gouvernementaux ayant excédé les limites de leur autorité¹⁵.

L'exigence de l'intention a également été interprétée de manière à protéger le gouvernement d'un engagement de sa responsabilité. Les cours ont par exemple conclu que l'intention claire visant à conclure un investissement en promettant un certain type de traitement réglementaire est distinct, et n'établit pas l'intention visant à conclure cet investissement en promettant le bénéfice continu de ce traitement réglementaire.¹⁶

De même, toute promesse supposée du gouvernement d'indemniser un investisseur suite à un acte souverain doit être « incontestable ». Cette prescription agit comme « une règle de construction stricte qui présume que lorsque le gouvernement passe un accord avec une partie-prenante privée au sujet de sa législation, il ne promet pas de limiter le recours futur à son pouvoir souverain, sauf si l'intention de le faire apparaît de manière incontestable dans cet accord »¹⁷. Dans une affaire illustrant la force de cette règle, la Cour suprême a déterminé que la promesse contenue dans un acte législatif « d'exempter indéfiniment » d'impôts un fournisseur d'eau n'établissait pas de manière incontestable la promesse de ne jamais « recourir à ses pouvoirs pour amender ou abroger cette loi »¹⁸. La Cour suprême a considéré que dans le meilleur des cas, que lorsque le pouvoir législatif avait adopté la loi exemptant indéfiniment d'impôts un fournisseur d'eau, il n'avait pas l'intention « de supprimer l'exemption de la fiscalité, non pas que le pouvoir souverain ne serait jamais exercé... si au sens du pouvoir législatif, les intérêts publics l'exigent »¹⁹.

En plus de devoir respecter les exigences juridiques de fond, les promesses faites par une agence gouvernementale de renoncer aux changements réglementaires, ou de les indemniser, doivent également respecter scrupuleusement les règles de procédure pertinentes visant à prévenir les irrégularités dans le processus de passation de contrat. Les accords conclus avec le gouvernement des États-Unis en violation de ces règles sont généralement considérés comme nuls et nonavenus ab initio. La preuve de la collusion ou de la fraude n'est pas requise²⁰.

Il existe une divergence notable entre l'évaluation faite par les tribunaux d'investissements internationaux et celle des cours américaines quant à la portée des « engagements » exécutables et de la responsabilité du gouvernement du fait de son interférence dans ces engagements. Les deux enceintes juridiques déclarent respecter les actes souverains généraux ; mais elles reconnaissent également que les gouvernements ne peuvent exercer sans limites leur pouvoir souverain au détriment des contrats investisseurs-État. Elles divergent cependant quant au test utilisé pour déterminer si le gouvernement a promis de *ne pas* exercer son autorité, ou d'indemniser d'éventuels changements réglementaires futurs²¹.

Les différences entre les deux systèmes juridiques portent principalement sur la volonté apparente des tribunaux à trouver des engagements tacites exécutables et non-révocables de ne pas faire de changement réglementaire, et à obliger les gouvernements à respecter des engagements spécifiques qui, au titre de la législation nationale, ne seraient peut-être pas contraignants pour le gouvernement ou l'investisseur du fait d'irrégularités de procédure ou de fond. Les tribunaux arbitraux ont aussi considéré qu'il y avait dans le contrat une ambiguïté en faveur de l'existence d'un engagement de la part du gouvernement à ne pas faire usage à l'avenir de son pouvoir souverain. Par exemple, le tribunal de l'affaire *Enron* a précisé que le cadre juridique existant à l'époque « avait un caractère transitoire[,] et cela aurait dû être clairement stipulé aux investisseurs potentiels »²². Le tribunal de l'affaire *EDFI* a de même affirmé que si l'Argentine n'avait pas eu l'intention de

supporter le risque de pertes dues à des changements réglementaires, elle « aurait pu le préciser » dans le contrat²³. Ces deux affaires exigeaient des États de réserver clairement l'exercice futur de leur pouvoir souverain, et ceci en évidente contradiction avec les affaires américaines fondées sur l'incontestabilité, qui n'exécutera les promesses faites de s'abstenir d'exercer son pouvoir souverain dans le futur que si l'intention des promesses est mutuelle et ces engagements sont clairement exprimés.

Un autre point de divergence est lié au fait que l'incontestabilité ou un engagement spécifique peut se voir affecté par l'objet ou le type de changement réglementaire qu'il est sensé empêcher. S'agissant de l'objet de l'action réglementaire, les premières affaires américaines montrent que les cours avaient appliqué strictement le test de « l'incontestabilité » alors que le fait d'appliquer une règle plus souple aurait pu menacer le développement d'une nouvelle nation et ses efforts pour construire et gérer des infrastructures essentielles. De même, les cours semblent actuellement plus hésitantes à trouver des promesses « incontestables » de stabilité juridique quand l'existence et l'exécution de telles promesses freinerait la capacité du gouvernement à répondre aux crises et aux questions d'intérêt public, et à réparer les dommages ou compenser les conséquences négatives induites par les acteurs privés une fois que les problèmes sont découverts.

Les cours américaines semblent également être plus ou moins strictes à l'heure d'appliquer le test de « l'incontestabilité » en fonction de la nature de l'action réglementaire en question, et démontrent une préoccupation majeure lorsqu'il s'agit d'interférer avec l'exercice du pouvoir fiscal de l'État. En revanche, dans l'arbitrage investisseur-État, ni l'objet ni la nature du changement réglementaire en question ne semblent avoir d'effets sur le niveau d'examen par les tribunaux lorsqu'il s'agit de déterminer si le gouvernement avait, dans les faits, garanti à l'investisseur de renoncer à son pouvoir. Les tribunaux arbitraux ont en effet trouvé des promesses tacites de stabilité excluant les actions prises par le gouvernement pour répondre aux crises financières par le biais de politiques fiscales.

Finalement, un cinquième point de divergence est lié à la pertinence que les cours américaines et les tribunaux d'investissement respectivement attribuent à la portée temporelle des prétendus engagements. Dans leurs décisions, les cours américaines ont souligné qu'un engagement à accorder un traitement spécifique n'impliquait pas un engagement à accorder ce traitement pendant toute la durée du contrat. Le *degré* de renonciation semble avoir des effets sur l'évaluation de la nature « incontestable » des garanties données par le gouvernement de restreindre l'autorité future des administrations pour répondre à des changements d'électeurs, de politiques ou de circonstances. En effet, différentes affaires ne présentant pas de promesse « incontestable » de stabilité réglementaire portaient sur des prétendues promesses devant durer des décennies, voire indéfiniment²⁴.

Les décisions des tribunaux d'investissement montrent que ces derniers ont moins de problèmes avec le fait de faire exécuter des promesses à longue échéance. Dans plusieurs affaires, un cadre fixé par la législation a été considéré comme persistant dans le temps. Les

tribunaux ont également renforcé l'importance de la stabilité et du respect des promesses conformément à leurs termes originaux en ordonnant le paiement de dommages et intérêts pour les pertes allant bien au-delà de la durée initialement prévue du contrat, et ceci aux termes des régimes juridiques s'appliquant à ces contrats au moment de leur conclusion²⁵.

Cette pratique affecte et surpasse la législation nationale

Pour faire court, les règles des cours américaines vis-à-vis de la flexibilité dont dispose le gouvernement pour modifier le cadre réglementaire applicable diffèrent des règles développées et appliquées par les tribunaux d'investissement²⁶. La question est donc de savoir si les tribunaux arbitraux appliqueront ces règles des « engagements spécifiques » aux juridictions nationales qui ont une vision différente des limites imposables aux pouvoirs souverains.

Il semble que la réponse soit « oui ». Par cette approche, les tribunaux d'investissements démontrent qu'ils considèrent les traités d'investissement, et plus particulièrement la disposition TJE, comme créant implicitement une nouvelle catégorie de droits pour les investisseurs que ceux-ci n'auraient pas reçus au titre des contrats ou quasi-contrats en question ou au titre de la législation nationale régissant ces instruments.

Les tribunaux ont donc assorti les relations contractuelles ou quasi-contractuelles préexistantes entre investisseurs et États de « nouvelles conséquences juridiques », qui modifient rétroactivement les droits et obligations des parties²⁷.

“ Pour faire court, les règles des cours américaines vis-à-vis de la flexibilité dont dispose le gouvernement pour modifier le cadre réglementaire applicable diffèrent des règles développées et appliquées par les tribunaux d'investissement. ”

Peut-on limiter les demandes de dommages et intérêts au motif d'un changement réglementaire ?

Puisqu'il n'existe pas de système de jurisprudence en droit international des investissements, le fait que les tribunaux aient adopté certaines approches des « engagements spécifiques » dans le passé ne signifie pas qu'ils continueront de le faire à l'avenir. Aussi, les tribunaux futurs pourraient assouplir la règle appliquée par le passé, et examiner la législation nationale pour définir la portée des droits de propriété que les investisseurs présentent comme affectés par une conduite du gouvernement violant le traité d'investissement. Mais il n'y a aucune garantie qu'ils le

feront. Les traités d'investissement donnent aux arbitres privés d'importants pouvoirs pour interpréter le texte, et d'autres traités internationaux (par ex. la Convention de New York et la Convention du CIRDI) protègent grandement les tribunaux de toute vérification formelle ou informelle de leurs pouvoirs. Même lorsque les États parties au traité adoptent une position commune et cohérente quant au sens d'une disposition du traité, il n'est pas certain que les tribunaux suivront ces positions mutuellement convenues par les États²⁸ ; et lorsque les tribunaux émettent une interprétation sur laquelle les États ne sont pas d'accord, il y a très peu de mécanismes, voire aucun, permettant aux États de remettre les tribunaux arbitraux sur le droit chemin²⁹.

En outre, à travers les décisions passées, les tribunaux envoient un message aux investisseurs quant à la manière dont les traités d'investissement peuvent être utilisés pour contester les changements réglementaires. L'un des nombreux exemples montrant comment les investisseurs tirent profit de ce message est l'affaire *Eli Lilly c. le Canada*, un différend dans lequel l'investisseur conteste la décision des cours canadiennes interprétant la loi nationale sur la propriété intellectuelle, arguant que cette décision judiciaire avait indûment modifié le régime juridique du pays, en violation des « attentes légitimes » de l'investisseur³⁰. De même, dans l'affaire *Guaracachi c. la Bolivie*, l'investisseur prétend que le pays d'accueil a violé l'obligation TJE en « réalisant un changement fondamental au régime réglementaire qui avait incité l'investisseur à investir »³¹. Bien sûr toutes les demandes ne seront pas fructueuses. Mais si d'éminents cabinets juridiques signent ces mémoires, cela montre que quelques experts au moins pensent que ces demandes ont suffisamment de fond juridique pour entamer une procédure coûteuse.

Par conséquent, les traités d'investissement, tels qu'utilisés par les investisseurs et appliqués par certains tribunaux, ne sont plus de simples instruments visant à protéger les investisseurs étrangers des conduites abusives et discriminatoires des États d'accueil à leur égard, mais servent maintenant à étendre les droits des investisseurs, de manière à faire passer le risque de changement réglementaire sur les épaules du gouvernement.

Auteur

Lise Johnson est chercheur juridique senior au Vale Columbia Center on Sustainable International Investment. Oleksandr Volkov est un associé de Egorov Puginsky Afanasiev & Partners à Kiev.

Notes

1 Voir la Commission européenne, *Incorrect Claims about Investor-State Dispute Settlement* (Affirmations erronées sur le règlement des différends entre investisseurs et États), 3 octobre 2013, disponible en anglais sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/october/tradoc_151790.pdf.

2 Cet article est tiré d'un document plus long : Lise Johnson et Oleksandr Volkov, *Contrats entre investisseurs et États, les « engagements » de l'État d'accueil et le mythe de la stabilité dans le droit international*, 24 *Am. Rev. of Int'l Arb.* 361 (2013).

3 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. les États-Unis du Mexique*, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/00/2, Décision du 29 mai 2003, para. 154.

4 Par exemple, cette interprétation de l'obligation de traitement juste et équitable comme une disposition protégeant l'investisseur contre des changements imprévus de la loi a été faite par le Professeur Rudolf Dolzer dans une présentation le 14 mars 2013 lors de VCC's Spring Speaker Series à l'Université de Columbia. Voir également, par ex. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. la République Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/03/17, Décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, par. 207 ; *Total c. Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/04/1, Décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, para. 122.

5 *Occidental Exploration and Production Company c. Équateur*, Affaire LCIA n° UN 3467, Décision finale du 1^{er} juillet 2004.

6 Voir, par ex. *AES c. la Hongrie*, Affaire CIRDI n°ARB/07/22, Décision du 23 septembre 2010, para. 9.3.34.

7 *EDFI c. Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/03/23 Décision du 11 juin 2012.

8 *Enron c. Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/01/3, Décision du 22 mai 2007.

9 *LG&E c. Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/02/1, Décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006.

10 *Occidental Exploration and Production Company c. Équateur*, Affaire LCIA n°UN 3467, Décision finale du 1^{er} juillet 2004.

11 Voir aussi, par ex. M. Kinnear, "The Continuous Development of the Fair and Equitable Treatment Standard," dans A. Bjorklund, I. Laird, S. Ripinsky (eds.), *INVESTMENT TREATY LAW, CURRENT ISSUES III* (2009), p. 228 (« Le poids de l'autorité suggère qu'un engagement ou une promesse doit être spécifiquement adressé à l'investisseur et que le fait pour un investisseur de baser ses attentes sur des représentations publiques ou des conditions de marché bien connues est considéré comme suffisant »).

12 Voir par ex. *Kardassopoulos c. la Géorgie*, Affaire CIRDI n°ARB/05/18, Décision du 3 mars 2010.

13 Ces affaires sont présentées en détails dans Lise Johnson & Oleksandr Volkov, *Contrats entre investisseurs et États, les « engagements » de l'État d'accueil et le mythe de la stabilité dans le droit international*, 24 *Am. Rev. of Int'l Arb.* 361 (2013).

14 Voir par ex., *Home Telephone & Telegraph c. Los Angeles*, 211 U.S. 265 (1908).

15 Voir Johnson & Volkov, p. 400-401 ; *Fed. Crop Ins. Corp. c. Merrill*, 332 U.S. 380, 384 (1947). Même lorsque l'autorité effective est établie, les demandes contre le gouvernement et tombant sous le coup du principe de l'escoppel rendent les choses difficiles pour le demandeur. La règle générale du droit fédérale stipule que pour que ce principe s'applique équitablement contre le gouvernement, le demandeur doit établir les éléments essentiels d'une demande tombant sous le coup du principe de l'escoppel, et démontrer que le gouvernement a eue des actes volontairement nuisibles. Voir par ex. *Sanz c. U.S. Sec. Ins. Co.*, 328 F.3d 1314 (11^{ème} Cir. 2003). Les cours ont également affirmé que le principe équitable de l'escoppel ne s'appliquera contre le gouvernement que si cela est nécessaire pour éviter une injustice majeure surpassant les conséquences pour l'intérêt public. Voir par ex., *Bolt c. les États-Unis*, 944 F.2d 603, 609 (9^{ème} Cir. 1991). Les États des États-Unis limitent également ce type de demandes contre le gouvernement. Voir par ex., *Greece Town Mall, L.P. c. New York*, 964 N.Y.S.2d 277 (25 avril 2013) (la question est traitée au titre de la loi de l'État de New York) ; *DRFP, LLC c. la République bolivarienne du Venezuela*, Affaire n° 2:04-CV-00793 (S.D. Ohio, 14 mai 2013) (la question est abordée dans le cadre d'une affaire contre le Venezuela portant sur un contrat régi par la loi de l'État de l'Ohio).

16 Voir par ex., *Suess c. les États-Unis*, 535 F.3d 1348, 1362 (Cir. Fed. 2008).

17 Alan R. Burch, *Purchasing the Right to Govern: Winstar and the Need to Reconceptualize the Law of Regulatory Agreements*, 88 *Ky. L.J.* p. 245, 248 (2000).

18 *Covington c. le Kentucky*, 173 U.S. p. 231, 238-239 (1899).

19 *Id.* P. 238-39.

20 Alan I. Saltman, *The Government's Liability for Actions of its Agents that Are Not Specifically Authorized: The Continuing Influence of Merrill and Richmond*, 32 *Public Contract L.J.* p. 775 et 796 (2003).

21 Voir *Glamis Gold Ltd. c. les États-Unis*, Ad hocALENA/CNUDCI, Décision, § 800-02 (8 juin 2009) (le tribunal ne trouve aucune « incitation spécifique » dont la réputation pourrait éventuellement donner lieu à une violation de l'article 1105 de l'ALENA) ; § 22 et n. 24 (le tribunal note que bien qu'il considère le rejet d'une garantie spécifique puisse éventuellement engager la responsabilité du gouvernement au titre de l'ALENA, il ne souhaite pas se prononcer sur le « type ou la nature des mesures de rejet suffisantes pour violer les obligations internationales »).

22 *Enron Corp. c. Argentine*, supra note 7, § 137.

23 Voir *EDFI c. Argentine*, supra note 6, § 960.

24 Voir, par ex. *Bridge Proprietors c. Hoboken Co.*, 68 U.S. (1 Wall.) 116 (1883) ; *Rogers Park Water c. Fergus*, 180 U.S. 624 (1901) ; *Century Exploration New Orleans, LLC c. les États-Unis*, 110 Fed. Cl. 148, 172 (Fed. Cl. 2013) (« [A]ucun élément du bail des demandeurs ne peut être interprété comme offrant un traitement spécifique indéfini à l'égard de leurs activités »).

25 Voir par ex. *Occidental Petroleum Corp. c. l'Équateur*, Affaire CIRDI n°ARB/06/11, Décision du 5 octobre 2012, p. 185-221 et 308.

26 Si notre recherche s'est centré sur la législation des États-Unis, l'analyse préliminaire des législations d'autres pays (par ex. l'Inde, le Japon et le Canada) montre que celles-ci ont également adopté une vision plus étroite que les tribunaux d'investissement de l'existence de prétendues promesses des gouvernements à retrouver leur capacité à prendre des actions réglementaires futures.

27 Voir par ex. *Quantum Entertainment Ltd. c. le Département américain de l'Intérieur*, 714 F.3d 1338 (Ct. App. DC. 2013), (le tribunal considère que le contrat était « nul et non avenue » au moment où il a été conclu et que son exécution postérieure entraînait un changement rétroactif non-autorisé de ses conséquences juridiques).

28 Cela est évident lorsque l'on compare les positions des États dans les mémoires amicus et les soumissions de parties non contestante, avec les décisions des tribunaux. Les mémoires sont souvent rendus publics par les parties à l'ALENA et à l'ALÉAC.

29 Certains traités disposent d'un mécanisme précisant que si l'État convient et émet des interprétations reflétant son interprétation de l'accord, les tribunaux devront alors respecter ces interprétations. Un exemple bien connu est l'article 1131 de l'ALENA.

30 *Eli Lilly and Co. c. le Canada*, Notification d'arbitrage, 12 septembre 2013, § 82-84 (remplie par Covington & Burling LLP et Gowling Lafleur Henderson LLP).

31 *Guaracachi c. la Bolivie*, Mémoire post-audition du demandeur, 31 mai 2013, § 116 (préparé par Freshfields Bruckhaus Deringer).

L'explosion des demandes parallèles dans l'arbitrage au titre d'un traité d'investissement

par Gus Van Harten

article 2



Les arbitres statuant sur des demandes relatives à un traité d'investissement ont de facto décidé d'encourager les demandes parallèles en refusant de céder aux dispositions relatives au règlement des différends visées dans un contrat. Dans 12 affaires jugées avant juin 2010, les tribunaux ont accordé au moins 1,2 milliards USD contre des États après avoir reconnu leur compétence pour juger de la demande d'un investisseur malgré l'existence d'une clause de compétence exclusive dans l'un des contrats au cœur de l'affaire¹. Cette approche est très répandue au sein des tribunaux mais semble être en décalage avec la retenue judiciaire fondée sur les principes de l'autonomie des parties, le caractère sacré d'un contrat, ou le fait d'éviter les procédures parallèles.

Ces observations sont tirées d'une étude menée sur les décisions des arbitres dans des demandes au titre de traités d'investissement, et sont présentées plus en détail dans un ouvrage de l'auteur². L'étude démontre une tendance chez les arbitres à encourager les demandes parallèles, en dépit des dispositions du traité qui invite à la retenue en raison du rôle d'une autre enceinte. Cette approche de facto a d'importantes conséquences au-delà des bénéfices évidents pour la communauté de l'arbitrage investisseur-État qui s'est développée avec l'explosion des demandes au titre d'un arbitrage depuis la fin des années 1990. Elle a radicalement étendu le pouvoir des arbitres ainsi que les perspectives de compensation de l'investisseur et de condamnation de l'État, tout en révélant que la croissance de l'arbitrage investisseur-État reposait sur les interprétations souples des textes par les arbitres.

Superposition des litiges contractuels et des différends au titre d'un traité

L'arbitrage relevant d'un traité d'investissement est étroitement lié aux jugements sur une base contractuelle. L'étude montre qu'environ deux tiers des affaires au titre d'un traité d'investissement impliquaient un contrat – comportant probablement sa propre clause relative au règlement des différends – en lien avec l'affaire portée devant les arbitres³. Compte tenu de cette superposition, il a été demandé aux arbitres s'ils voulaient poursuivre ou reporter leur propre procédure au profit d'une autre cour visée dans un contrat. La retenue n'est pas nécessairement appropriée dans tous les cas. Pourtant, dans certaines circonstances, les principes de l'autonomie des parties et du caractère sacré d'un contrat permettaient aux arbitres : (a) de laisser aux autres cours la possibilité de jouer le rôle

de première instance pour résoudre le différend ; et (b) de limiter leur propre rôle et ainsi parer à l'ingérence dans la cour choisie dans le contrat. Malgré cela, les tribunaux relevant d'un traité d'investissement ont en grande majorité refusé de faire preuve de peu de retenue au bénéfice de la cour visée dans le contrat.

Rejet de la retenue

L'exemple le plus récent de retenue de la part d'un tribunal face à une clause de compétence exclusive remonte à 2000, dans l'affaire *Vivendi (n°1)* dans laquelle le tribunal a rejeté sa compétence pour entendre la demande d'un investisseur étroitement liée à un contrat de concession comportant sa propre clause de compétence exclusive⁴. Le tribunal a déterminé que le demandeur devait d'abord présenter le différend à la cour stipulée dans le contrat, et que si par la suite il n'était pas satisfait, il pourrait arguer un déni de justice au titre du traité⁵. Le tribunal a donc implicitement décidé que les traités d'investissement n'offraient pas d'alternative générale aux investisseurs impliqués dans un différend contractuel, lorsque ceux-ci avaient au préalable convenu de résoudre de tels différends dans une autre cour.

Si la décision de l'affaire *Vivendi (n°1)* avait été largement reprise par les tribunaux suivants, cela aurait permis à l'arbitrage relevant d'un traité d'investissement de compléter l'émission d'un jugement contractuel. Au lieu de cela, la décision a été annulée par un Comité d'annulation du Centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement, composé de trois arbitres nommés par la Banque mondiale, dont deux — Yves Fortier et James Crawford — sont devenus les soutiens de l'arbitrage au titre des traités d'investissement⁶. Selon le comité d'annulation, la décision du premier tribunal représentait un excès manifeste de pouvoir au titre de la Convention du CIRDI, car le premier tribunal avait⁷:

- Cherché à voir au-delà de la présentation par le plaignant d'une demande au titre d'un traité pour apprécier par lui-même si la demande impliquait l'exécution ou la non-exécution d'un contrat,
- Poursuivi la procédure en découvrant que le différend en question portait sur un contrat et que la cour stipulée était plus appropriée,
- Refusé d'analyser en détail les normes spécifiques du traité jusqu'à ce que le demandeur ait eu recours à la cour visée au contrat, et,
- Précisé que le traité ne pourrait bénéficier au demandeur que si l'État défendeur lui refusait son droit à la justice dans la cour en question.

Cette annulation était le premier signe de l'approche de facto actuelle des demandes parallèles au titre d'un traité d'investissement malgré le rôle des cours visées dans les contrats⁸. À noter que le comité d'annulation de l'affaire *Vivendi (n°1)* a supplanté le tribunal original alors que lui-même devait faire preuve de retenue à son égard⁹. En clair, le tribunal original a certainement été accusé d'avoir outrepassé ses pouvoirs parce qu'il avait fait preuve de retenue.

Après l'annulation dans l'affaire *Vivendi (n°1)* en 2002, il n'y a que très peu d'exemples de retenue en lien avec le rôle

d'une cour visée dans un contrat¹⁰. Au contraire, dans 30 des 36 affaires dans lesquelles cette question précise du droit s'est posée, le tribunal a autorisé la poursuite de la procédure relevant d'un traité au détriment de la cour visée au contrat¹¹.

Les arbitres ont justifié cette approche des poursuites parallèles de diverses manières. Par exemple, dans *Vivendi (n° 1)* le comité d'annulation a souligné la distinction entre les dispositions formelles d'action plutôt que les similitudes factuelles entre les différends afin de distinguer la demande au titre du traité de la demande contractuelle¹². D'autres tribunaux ont adopté une approche similaire écartant les clauses de compétence exclusives¹³. Par exemple, le tribunal de l'affaire Siemens a précisé que « [t]el que formulé par le demandeur, le différend relevait du Traité... Le Tribunal doit se satisfaire du fait que si les arguments du demandeur s'avéraient corrects, le Tribunal a alors compétence pour les entendre »¹⁴. Dans *Eureko c. Pologne*, le tribunal a accepté de donner suite à la demande d'un investisseur au titre du traité malgré l'existence d'une clause de compétence exclusive, en précisant que l'investisseur « présente des demandes pour violation du Traité... [et] chacune de ces demandes doit être entendue par ce Tribunal »¹⁵.

En choisissant de ne pas apprécier par eux-mêmes si les demandes de l'investisseur contre l'État, bien que présentées comme relevant du traité, étaient en réalité couvertes par la clause de règlement des différends du contrat, les arbitres, par leur approche passive, ont cristallisé un changement dans l'équilibre des pouvoirs en faveur des demandeurs. De la même manière, les arbitres ont fait une supposition interprétative – également mise en avant par le comité d'annulation de *Vivendi (n°1)* – selon laquelle une clause de compétence exclusive doit spécifiquement exclure l'arbitrage au titre d'un traité d'investissement si elle veut empêcher une demande au titre d'un traité¹⁶. En d'autres termes, il n'est pas suffisant pour ces clauses de désigner l'enceinte stipulée par le contrat comme exclusive au détriment des autres enceintes. En faisant une telle supposition, les arbitres étant confrontés à une clause de renonciation générale n'ont généralement pas fait preuve de retenue sur la base de l'autonomie des parties, du caractère sacré du contrat ou tout autre considération¹⁷.

Les arbitres ont également favorisé les demandes parallèles au titre d'un traité en appliquant différents seuils à l'heure de déterminer si une demande relevait du traité ou d'un contrat. Dans l'affaire *Sempra*, le tribunal a décidé que l'enceinte désignée par le contrat avait la compétence exclusive sur les différends « strictement » liés au contrat, alors que le tribunal du traité d'investissement pouvait entendre tous les différends « liés à » l'interprétation du traité¹⁸. Selon le tribunal, s'il n'utilisait pas ce test du caractère strictement contractuel pour qualifier les différends, alors « le contrat annulerait les dispositions du traité »¹⁹. Aussi, le tribunal a relégué à l'arrière plan l'autonomie des parties et la nature sacrée du contrat dans une situation où ces principes exigeaient clairement de la retenue.

Dans d'autres affaires, les arbitres ont accepté de donner suite à la demande de l'investisseur en faisant une différence entre les parties à l'arbitrage et les parties à la relation ou aux poursuites au titre du contrat²⁰. Par exemple, dans l'affaire *National Grid*, le tribunal a souligné que l'entreprise présentant la demande au titre du traité

était différente de l'entreprise ayant signé le contrat de concession, bien que la première détenait cette dernière²¹. De cette manière, une entreprise peut contourner une clause de compétence exclusive et formuler une demande au titre d'un traité en négociant le contrat et en entamant des poursuites au titre du contrat à travers une filiale.

Les arbitres des différends au titre de traités d'investissement ont donc érigé une série d'obstacles juridiques aux États en cherchant à maintenir leur position au titre d'une clause de compétence exclusive. Ce faisant, ils se sont éloignés des alternatives faisant appel aux concepts de politesse, de *forum non conveniens*, ou de versions souples de *lis pendens*. Cela représente un obstacle majeur à l'efficacité des clauses contractuelles de règlement des différends et permet aux demandeurs et aux tribunaux de faire, dans presque tous les cas, la différence entre une demande au titre d'un traité d'investissement et une relation contractuelle. En revanche, cela a alimenté l'explosion des arbitrages au titre d'un traité.

“ Les tribunaux relevant d'un traité d'investissement ont en grande majorité refuser de faire preuve de peu de retenue au bénéfice de la cour visée dans le contrat. ”

Les prescriptions du traité sont également mises de côté

D'un autre côté, les tribunaux ont souvent négligé d'appliquer les dispositions du traité en faveur de la retenue en vue d'éviter les demandes parallèles. D'abord, la plupart des arbitres ont assoupli les délais prescrits par le traité d'investissement en acceptant de donner suite à la demande d'un investisseur qui n'avait pourtant pas respecté le délai prescrit avant de formuler une demande au titre du traité. Dans 14 des 19 affaires où la question se présente, le tribunal a donné suite à la demande au titre du traité²².

Les tribunaux ont justifié cette position de différentes manières, notamment en précisant que le traité n'étant pas suffisamment clair et précis²³, que la question du délai d'attente n'était pas importante puisque le tribunal aurait de toutes façons autorisé le demandeur à présenter de nouveau sa demande plus tard²⁴, que l'imposition d'un délai n'aurait d'autres effets que l'augmentation des dommages et intérêts dus par l'État²⁵, que l'obligation par l'État d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée s'appliquait aussi aux procédures de règlement des différends et donc que ces délais d'attente ne s'appliquaient pas ou étaient raccourcis pour les demandeurs²⁶, ou que l'application d'un délai d'attente invaliderait le rôle du traité d'offrir un accès à l'arbitrage international indépendamment du fait qu'un investisseur ait eu recours à d'autres remèdes ou non²⁷. Nombre de ces arguments sont pour le moins très contestables et montrent que les arbitres choisissent généralement d'accroître

leur rôle face à des dispositions du traité leur demandant précisément le contraire.

Accessoirement, de si obscures interprétations juridiques de la part des arbitres pourraient ouvrir la voie à des gains colossaux, comme dans l'affaire *Occidental (n° 2)* dans laquelle le tribunal a ordonné à l'Équateur de payer plus de 2,3 milliards USD (incluant les intérêts pré-jugement) après avoir accepté de donner suite à une demande malgré l'existence d'un délai d'attente dans le traité. Le tribunal a considéré qu'il aurait été inutile pour l'investisseur de continuer à rechercher une solution négociée durant le délai d'attente ; paradoxalement, pour les mêmes faits, le tribunal a conclu que l'Équateur avait agi de manière disproportionnée en mettant fin au contrat passé avec le demandeur plutôt que de continuer à négocier²⁸. Dans cette affaire et dans d'autres, les arbitres ont présenté les délais d'attente comme une possibilité plutôt que comme une obligation que doivent respecter les demandeurs. Ce faisant, les tribunaux ont écarté une pré-condition au consentement de l'État à l'arbitrage pouvant exister au titre du traité²⁹.

Les arbitres ont adopté une position toute aussi large lorsqu'ils rencontraient dans un traité une clause de bifurcation. Ces clauses exigent des demandeurs de choisir de présenter leur demande soit au titre du traité ou auprès d'une autre enceinte comme les cours nationales ou une enceinte stipulée au contrat. Dans 15 des 17 affaires présentant une telle clause, le tribunal n'a pas empêché l'investisseur de soumettre sa demande alors que celui-ci était sujet à une clause de bifurcation qu'il n'aurait pas respectée³⁰.

Conclusion

Il est remarquable de noter que si les tribunaux avaient en général fait preuve de retenue dans ces situations, notamment par respect envers les enceintes visées aux contrats, les investisseurs auraient dans de nombreux cas, peut-être presque tous, dû attendre la décision d'une autre cour avant de présenter leurs demandes. Comme précisé en ouverture, dans les affaires dans lesquelles le tribunal n'avait pas fait preuve de retenue, bien que la demande semblait relever d'un contrat intégrant une clause de règlement des différends préalablement convenue par le demandeur ou une entité connexe, les États ont été condamnés à payer au moins 1,2 milliards USD en tout³¹. Ce montant grimpe à 3,5 milliards USD si l'on tient compte de la sentence de *Occidental c. Équateur (n° 2)*³². Ce n'est pas par hasard que les arbitrages au titre d'un traité d'investissement ont explosé, c'est bien dû au choix de la politique de facto d'arbitres ayant un but lucratif.

Auteur

Gus Van Harten est professeur associé à la Faculté de droit Osgoode Hall de l'Université York.

Notes

1 Voir n 34.

2 L'étude et la méthodologie sont présentées dans *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration* (Oxford University Press, 2013). Les résultats présentés ici se basent sur l'analyse des décisions arbitrales au titre d'un traité d'investissement rendues et dont des extraits ont été publiés entre mai 2010 et octobre 2012.

3 Ibid, 122-4.

4 *Vivendi c. Argentine (No 1)* (Décision du 21 novembre 2000), p 2-3 et 28.

5 Ibid, p 28-9.

6 *Vivendi c. Argentine (No 1)* (Décision d'annulation, 3 juillet 2002). Voir ci-dessus n. 2, 135-47, pour une analyse plus poussée de la décision.

7 Ibid, para 86-7 et 115.

8 Voir aussi *Wena Hotels c. Égypte* (Décision du 8 décembre 2000) para. 331-2.

9 Cela se base sur les quelques rares motifs d'annulation au titre de la Convention du CIRDI, article 52(1) ; par ex. *MCI Power c. Équateur* (Décision d'annulation du 19 octobre 2009) para. 49.

10 Cinq exemples de retenue similaires à celle ayant motivée la décision originale dans l'affaire *Vivendi (n°1)* sont présentés dans l'étude : *SGS c. Philippines* (Décision du 29 janvier 2004) para. 155 et 170 (note 95) ; *Joy Mining c. Égypte* (Décision du 6 août 2004) para. 81 et 89-94 ; *Salini c. Jordanie* (Décision du 9 novembre 2004) para. 70, 76 et 100-1 ; *SGS c. Pakistan* (Décision du 6 août 2003) para. 177 ; et *Bureau Veritas c. Paraguay* (Décision du 29 mai 2009) para. 159 et 161. Un autre exemple est apparu par hasard dans des recherches connexes après la restriction des contenus d'analyse de la question : *Paushok c. Mongolie* (Décision du 28 avril 2011) para. 557. Il y a des exemples d'abstention (de se prononcer sur le rejet ou l'acceptation de la compétence) et de retenue choisie (par l'interprétation restrictive d'une norme spécifique) du fait du rôle d'une cour choisie par contrat.

11 Voir plus haut n. 2, 135-6.

12 Voir plus haut n. 7, para 101.

13 Par ex. *IBM c. Équateur* (Décision du 22 décembre 2003) para. 69 ; *Sempra c. Argentine* (Décision du 11 mai 2005) para. 121 ; *Desert Line Products c. Yémen* (Décision du 6 février 2008) para. 134-6.

14 *Siemens c. Argentine* (Décision du 3 août 2004) para. 180 [italiques ajoutées].

15 *Eureko c. Pologne* (Décision du 19 août 2005) para. 113.

16 Voir plus haut n. 7, para 76-9.

17 Par ex. *TSA Spectrum c. Argentine* (Décision du 19 décembre 2008) para. 58 ; *SGS c. Paraguay* (Décision du 10 février 2012) para. 180.

18 *Sempra c. Argentine* (Décision du 11 mai 2005) para. 123.

19 Ibid.

20 Par ex. *Nykomb c. Lettonie* (Décision du 16 décembre 2003) p. 9 ; *RDC c. Guatemala* (Décision du 18 mai 2010) para. 130-1.

21 *National Grid c. Argentine* (Décision du 20 juin 2006) para. 169.

22 Voir plus haut n. 2, p. 148 (note 171) pour la liste des affaires.

23 *Gas Natural c. Argentine* (Décision du 17 juin 2005) para. 30.

24 *Ethyl c. Canada* (Décision du 24 juin 1998) para. 84-5.

25 *Link Trading c. la Moldavie* (Décision du 16 février 2001) para. 8.6.4.

26 *Maffezini c. Espagne* (Décision du 25 janvier 2000) para. 21-3.

27 *PSEG c. la Turquie* (Décision du 4 juin 2004) para. 161-2.

28 Le tribunal semble également avoir conclu que le demandeur avait respecté le délai d'attente. *Occidental c. Équateur (n° 2)* (Décision du 9 septembre 2008) para. 92-4 et (Décision du 5 octobre 2012) para. 432-6.

29 *République d'Argentine c. BG Group PLC* (DC Cir, 17 janvier 2012) p. 17 (la cour écarte la décision au motif que le demandeur n'a pas respecté le délai d'attente stipulé dans le traité).

30 Voir plus haut n. 2, p. 149 (note 181) pour la liste des affaires.

31 Somme des montants octroyés dans les décisions connues dont les documents sont disponibles au public jusqu'à juin 2010 et ne tient pas compte des décisions portant sur les intérêts pré-jugement dans la plupart des cas, montant payé par les États en règlement de différends ou suite à annulation : *Siemens c. Argentine* ; *National Grid c. Argentine* ; *Azurix c. Argentine* ; *Sempra c. Argentine* ; *CMS c. Argentine* ; *Vivendi c. Argentine (n° 2)* ; *Enron c. Argentine* ; *LG&E c. Argentine* ; *Rumeli Telekom c. Kazakhstan* ; *Nykomb c. Lettonie* ; *PSEG c. la Turquie* ; *Desert Line Projects c. Yémen*. Dans d'autres affaires pertinentes, la décision relative à l'indemnisation était toujours en attente ou n'avait pas été rendue publique, ou l'affaire avait été réglée suite à une décision sur la compétence. Voir plus haut n. 2, p. 156 (note 219).

32 Voir plus haut n. 29.

Propositions de modifications du système de règlement des différends relatifs à l'investissement: La perspective de l'Amérique du sud

par Hildegard Rondón de Sansó

article 3



Le système international d'arbitrage relatif à l'investissement connaît diverses imperfections. Ces défauts sont clairement visibles lorsque l'on s'appuie sur l'expérience de l'Amérique latine, et ceci plus que dans d'autres régions. Même si l'Amérique latine n'attire pas la plus grande part de l'investissement étranger direct, c'est elle qui, par le passé, a fait face au plus grand nombre d'arbitrages relevant d'un traité d'investissement. Et ce malgré le fait que nous sommes régis par des gouvernements démocratiquement élus, disposant d'institutions et de lois bien établies.

Compte tenu que de très nombreux pays de la région ont été impliqués dans de multiples arbitrages internationaux relatifs à l'investissement, ces derniers équivalant à des demandes de plusieurs millions de dollars en dommages et intérêts, plusieurs alternatives au système actuel de règlement des différends relatif aux investissements ont été mises en avant par les gouvernements, institutions multilatérales et universitaires. Si ces propositions ne concernent pas seulement l'Amérique du Sud, la région a été particulièrement active dans l'identification de solutions alternatives. Ce court article résume certaines de ces alternatives.

Des périodes obligatoires de règlement à l'amiable et de médiation avant l'arbitrage

Cette proposition, discutée dans les enceintes universitaires et gouvernementales, implique le développement de dispositions contractuelles, d'un traité ou autres dispositions juridiques aux termes desquelles l'investisseur et l'État devront, en cas de différend, respecter une période préalable de règlement à l'amiable et de médiation avant de pouvoir entamer un arbitrage¹. Cela exigerait de démontrer un échange de communication prouvant l'existence d'un différend entre l'investisseur et l'État d'accueil, échange qui servirait de base pour définir le début de la phase de règlement à l'amiable de la procédure de règlement du différend. Si cette période de règlement à l'amiable n'est pas concluante, les parties devront alors entamer une procédure formelle de médiation pendant une période donnée. Ce n'est qu'au terme de la conclusion de la deuxième phase que les parties pourront soumettre le différend à un arbitrage.

Actuellement, de nombreux tribunaux arbitraux permettent aux demandeurs de contourner les obligations pré-arbitrage fixées par les traités

d'investissement et exigeant le règlement à l'amiable ainsi que l'épuisement des recours locaux, au prétexte que cela serait « inutile » ou qu'il s'agit d'une question d'admissibilité ou de juridiction ; afin d'éviter une telle situation, la mise en œuvre de cette proposition indiquerait expressément – dans des instruments spécifiques – que les phases préalables à l'arbitrage *doivent* être correctement conclues.

Cette proposition présente l'avantage de favoriser les conditions de communication entre les parties, les incitant à négocier et à mener une médiation, dans le but de résoudre le différend à un coût moindre. Toutefois, si la négociation et la médiation ne sont pas fructueuses, les parties au différend encourent des frais et délais supplémentaires.

Le règlement des différends par les tribunaux locaux

Cette proposition, que certains gouvernements considèrent comme viable, a deux variantes :

a) Une juridiction spécifique à l'investissement étranger : cela implique la création de tribunaux administratifs spéciaux, composés de juges spécialisés dans le droit des investissements, le droit commercial, ainsi que dans le droit administratif et les différends administratifs, la comptabilité des entreprises et la sociologie politique.

b) Un système de juges associés : dans ce cas, les investisseurs pourraient nommer un juge éminent qui se joindrait au juge permanent et ferait partie du tribunal national compétent². Cette proposition pourrait exiger une réforme juridique dans certains pays. Compte tenu de la nature locale des tribunaux, il se peut que les juges associés soient tenus d'avoir l'autorisation de pratiquer dans le pays d'accueil. Toutefois, puisque les différends relatifs aux investissements seront probablement résolus sur la base d'accords internationaux d'investissement, qui relèvent à la fois du droit national et du droit international (puisque'ils sont ratifiés par les pouvoirs législatifs des États), la législation nationale pourrait être ajustée afin de permettre la nomination de juristes étrangers satisfaisant aux autres critères de juge associé³.

Cette proposition présente l'avantage de renforcer la confiance de l'investisseur dans l'impartialité des juges locaux, puisque les tribunaux seront partiellement constitués de juges qu'ils auront choisis et nommés. De même, la décision adoptée par ce tribunal national sera mieux acceptée par l'État et donc exécutée volontairement. Pour les États, l'avantage est que les différends seront réglés sur leur territoire, dans leur juridiction et par le biais de leurs procédures. Toutefois, cette option peut être perçue par les investisseurs étrangers comme manquant au caractère neutre et international apparemment valorisé dans le système actuel.

La création d'un tribunal régional pour l'investissement

Un tribunal régional des investissements pourrait être créé, par exemple sous l'égide de l'Union des Nations sud-américaines (UNASUR : Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Equateur, Guyana, Paraguay, Pérou, Surinam, Uruguay, et le Venezuela) ; de l'Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique (ALBA : Antigua-et-Barbuda, Bolivie, Cuba, Dominique, Equateur, Honduras, Nicaragua, Saint-Vincent-et-les-Grenadines et le Venezuela) ; ou du Marché commun du Sud (MERCOSUR : Argentine, Brésil, Paraguay, Uruguay et le Venezuela).

Étant créée par un traité, une telle initiative institutionnelle publique pourrait satisfaire les intérêts des États et des investisseurs. De la même manière, la définition de nouvelles règles d'arbitrage représenterait une amélioration de la légitimité, la prévisibilité et la transparence du système, par rapport aux règlements d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale et de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Il a également été proposé que le traité définisse une liste de juges qui seraient assignés aux affaires de manière aléatoire, pratique s'éloignant du système de nomination des arbitres par les parties⁴. Les juges pourraient être nommés pour une période de temps donnée et les affaires pourraient être attribuées selon des règles internes. Bien entendu, les personnes nommées à un tribunal des investissements devront satisfaire à divers critères éthiques et professionnels, et notamment avoir des connaissances suffisantes en droit international des investissements. Cette structure permettrait aux investisseurs d'avoir confiance dans le niveau de compétence des juges, et satisferait également les États en offrant au cadre de règlement des différends les aspects de constance, transparence et prévisibilité.

Les parties au différend auraient la possibilité d'accepter ou de refuser de résoudre les conflits par le biais de ces tribunaux permanents des investissements. Le consentement pourrait être manifesté au travers des traités, législations, notifications ou lors de la présentation du différend, comme c'est déjà le cas.

Les États convenant de créer des tribunaux permanents des investissements pourraient les financer comme cela se fait au sein de l'Organisation mondiale du commerce ou d'autres tribunaux régionaux permanents. Une partie des fonds serait utilisée pour payer les salaires des juges. Avec le recul, nombre d'États pourrait considérer qu'il est financièrement plus avantageux de financer les tribunaux permanents que de payer les coûts et frais d'un arbitrage.

Ces tribunaux seront probablement en concurrence avec d'autres alternatives existantes pour le règlement des différends, comme le CIRDI ou la CNUDCI, présents dans la plupart des traités d'investissement. Mais avec le temps, et alors que ces tribunaux verront leur réputation croître, ils seront à même d'attirer davantage d'affaires. En outre, dans les traités à venir, les États pourront donner leur consentement formel à la présentation des différends à ces seuls tribunaux, ou les choisir comme alternative aux solutions existantes⁵.

Il existe actuellement 21 accords internationaux d'investissement entre les pays de l'UNASUR. Aussi, si l'Amérique du Sud décidait de créer un tribunal sud-américain des investissements étrangers, cette cour pourrait immédiatement avoir juridiction sur les affaires relevant de plus de 20 accords internationaux d'investissement, à condition que les pays concernés donnent leur consentement mutuel.

Cette option présente l'avantage de créer un centre international neutre et permanent pour le règlement des différends relatifs aux investissements. En revanche, il faut d'abord créer ce centre, l'organiser, lui fournir les ressources logistiques et humaines nécessaires à son fonctionnement ; et même dans ces conditions, il n'est pas certain que beaucoup de cas lui soient confiés.

Cependant, l'expérience des premières années de fonctionnement du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements de la Banque mondiale est un exemple utile. Avec peu de personnel, ses premières années étaient surtout consacrées à la sensibilisation, à la qualification technique et aux publications. Un tribunal permanent des investissements étrangers pourrait jouer le double rôle d'un organe pouvant qualifier les affaires, les répartir, informer les intéressés et prendre des décisions.

Il s'agit de la proposition recevant actuellement le plus grand soutien de la diplomatie sud-américaine, et aussi l'une des mieux à même d'offrir une enceinte neutre, stable et professionnelle pour le règlement des différends relatifs aux investissements⁶.

Désignation en première instance des tribunaux nationaux, et en deuxième instance de deux ou trois cours d'Appel différentes des pays sud-américains

Cette option, imaginée par l'auteure⁷ représente une combinaison de certaines des alternatives précédentes et présente donc les mêmes avantages et points faibles. Les différends pourraient par exemple être résolus par un tribunal local composé de juges « partenaires » associés. L'Appel pourrait être soumis à un tribunal international spécialement créé ou à la plus haute cour de justice (identifiée dans le traité en question) d'un pays tiers.

Cette proposition présente l'avantage d'apporter la légitimité aux adjudicateurs, une certaine stabilité et neutralité à la cour ainsi que la cohérence de ses décisions, soit un ensemble de facteurs permettant de réduire le coût de l'arbitrage. Autre méthode intermédiaire, donner la possibilité – par le biais des mêmes traités établissant cette méthode d'appel – aux tribunaux reconnaissant cet appel d'être composés de juges associés et de juges permanents.

L'élément important à retenir est que, compte tenu de la crise affectant le système international de règlement des différends relatifs aux investissements, la créativité est essentielle pour aboutir à des alternatives offrant équité et soutenant le développement économique et social durable.

Auteur

Hildegard Rondón de Sansó est Professeure Émérite de droit administratif de l'Université centrale du Venezuela. Auparavant elle était juge au tribunal administratif de la Cour suprême de justice du Venezuela. Vous pouvez la contacter à sansohilde@outlook.com.

Notes

¹ *How to Prevent and Manage Investor-State Disputes: Lessons from Peru*, Best Practices in Investment for Development Series (Nations Unies, New York et Genève, 2011), page 32.

² Vid., Cour Suprême du Venezuela, affaire « Apertura petrolera » (ouverture du secteur pétrolier), 17 août 1999, vote divergent.

³ Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos Jurídicos Fundamentales del Arbitraje Internacional de Inversión* (Aspects juridiques fondamentaux de l'arbitrage international relatif aux investissements), page 102 (2011).

⁴ Karsten Nowrot, *International Investment Law and the Republic of Ecuador: from arbitral bilateralism to judicial regionalism*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, mai 2010, page 46.

⁵ Omar E. Garcia-Bolivar, *Has the time arrived for permanent investment tribunals?* International Investment Law, 2012, http://works.bepress.com/omar_garcia_bolivar/15

⁶ Voir le traité constitutif du centre de médiation et d'arbitrage de l'Union des Nations sud-américaines (UNASUR) sur la question des investissements : <http://www.unasursg.org/uploads/41/d0/4fd027384196e5e0073e36cf76cfc6d/Protocolo-constitutivo-Centro-de-Mediacion-y-Arbitraje-en-materia-de-inversion.pdf>

⁷ Voir Hildegard Rondón de Sansó, *Vías sustitutivas del arbitraje internacional de inversión (Alternatives à l'arbitrage International relatif à l'investissement)* Quinto Dia, 8 juin 2012 <http://www.quintodia.net/pais/2473/vias-sustitutivas-del-arbitraje-internacional-de-inversion>

Nouvelles en bref

L'Australie modifie sa position sur l'arbitrage investisseur-État dans l'accord de libre-échange avec la Corée.

L'Australie a consenti à l'arbitrage investisseur-État dans le chapitre sur l'investissement d'un accord de libre-échange avec la Corée, abandonnant ainsi la position du gouvernement précédent qui avait décidé de ne pas souscrire de tels engagements.

L'accord, signé en décembre mais qui n'est pas encore rendu public, conclut des négociations débutées en 2009.

La coalition précédente, menée par les travaillistes, s'était engagée à rejeter le règlement des différends investisseur-État en 2011. Le gouvernement justifie sa politique par le fait de ne pas souhaiter donner « de 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.

Cette position s'était renforcée quand Philip Morris, l'entreprise de tabac, avait poursuivi l'Australie au titre du traité bilatéral d'investissement Australie-Hong-Kong en raison d'une législation limitant la présence des marques commerciales sur les produits de tabac.

Toutefois, la nouvelle coalition libérale-nationale a indiqué être plus souple vis-à-vis de l'arbitrage investisseur-État, et ceci au cas par cas.

Le gouvernement australien a précisé « s'être assuré de l'inclusion des dérogations et sauvegardes appropriées dans des domaines importants tels que le bien-être, la santé publique, et l'environnement » dans le nouvel accord avec la Corée. Le texte de l'accord n'était pas public à l'heure de notre publication, il n'était donc pas possible de vérifier la nature de ces dérogations et sauvegardes.

L'arbitrage investisseur-État a été source de divisions dans l'accord de Partenariat transpacifique (TPP) – le considérable accord commercial et d'investissement régional actuellement en négociation. L'Australie n'a pas encore confirmé si elle consentirait à l'arbitrage investisseur-État dans le TPP, préférant plutôt garder ses options ouvertes.

La Commission européenne passe à l'offensive pour promouvoir les traités d'investissement.

Au cours des derniers mois, la Commission européenne – l'organe exécutif de l'Union européenne – a publié divers documents visant à obtenir du soutien pour les traités d'investissement.

En octobre elle a publié une fiche d'information intitulée *Incorrect claims about investor-state dispute settlement* (Affirmations erronées sur le règlement des différends entre investisseurs et États), qui cherche à réfuter les principales idées reçues sur l'arbitrage au titre de traités d'investissement¹.

Par exemple, à l'affirmation selon laquelle le règlement des différends « subvertit la démocratie en permettant aux entreprises de sortir des systèmes juridiques nationaux », la Commission répond « faux ». Si elle ne répond pas tout à fait à cette affirmation, la Commission stipule qu'« un investisseur pourrait ne pas vouloir entamer une action contre le pays d'accueil dans les tribunaux de ce pays car ils pourraient être partiaux ou manquer d'indépendance », ou « un investisseur pourrait ne pas pouvoir accéder aux tribunaux locaux du pays d'accueil ».

Une fiche d'information publiée en novembre reconnaît cependant que les dispositions relatives à la protection des investissements des traités internationaux présentent des « imperfections ». *Investment protection and investor-state dispute settlement in EU agreements* (La protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de l'UE) identifie deux domaines exigeant des améliorations : les règles relatives à la protection des investissements et le fonctionnement du règlement des différends investisseur-État².

La Commission y détermine que « la principale préoccupation est que les règles actuelles relatives à la protection des

investissements pourraient faire l'objet d'abus et empêcher les pays de prendre des décisions politiques légitimes ». Elle mentionne l'affaire de Philip Morris contre l'Australie, et l'affaire de Vattenfall contre l'Allemagne, deux exemples pouvant susciter des inquiétudes.

La fiche d'information précise comment la Commission répond à ces préoccupations en définissant mieux les règles relatives à la protection des investissements guidant les arbitres.

La Commission affirme que les accords de l'UE, et leurs règles relatives à la protection des investissements, préservent le droit des États à réglementer. Par exemple, sur l'expropriation indirecte, « le droit des États à réglementer devrait prévaloir sur les effets économiques de ces mesures sur les investisseurs ». Sur le traitement juste et équitable, fréquemment invoqué par les demandeurs, les accords de l'UE « stipulent précisément les actions qui ne sont pas autorisées ».

Abordant la question du règlement des différends, la Commission cherche à décourager les demandes superflues, par exemple en établissant des règles encourageant les tribunaux à régler rapidement de telles affaires et à ordonner au demandeur de payer les frais juridiques. Pour répondre aux préoccupations en lien avec l'indépendance des arbitres, l'UE a élaboré un nouveau code de conduite. Elle souhaite également mettre en place un mécanisme d'appel « afin de garantir la cohérence et d'améliorer la légitimité du système en assujettissant les sentences à la possibilité d'un examen ».

Dans un troisième document, la Commission montre comment ces approches ont été appliquées dans l'accord de libre-échange UE-Canada, conclu en octobre dernier³. Dans des sections telles que « Quelle est la protection du droit à réglementer dans le chapitre sur l'investissement ? » et « Le règlement des différends investisseur-État dans le l'AECG : principaux résultats », la Commission présente ce qu'elle considère comme des avancées progressives visant l'amélioration des règles relatives aux investissements internationaux dans cet accord.

L'Équateur établit une commission chargée d'auditer ses traités bilatéraux d'investissement

En octobre 2012, l'Équateur a annoncé avoir établi une commission chargée d'auditer 26 de ses traités bilatéraux d'investissement. Une commission similaire avait examiné la dette externe du pays en 2008, et ses conclusions avaient finalement incitées le pays à se déclarer débiteur de 3,2 milliards de dollars d'obligations internationales.

La commission a été chargée de déterminer si les TBI de l'Équateur compromettent la souveraineté du pays, et s'ils lui sont bénéfiques. Le Ministre des Relations extérieures du pays, Ricardo Patino, a précisé que la commission avait pour but « de découvrir ces éléments qui, par le passé, avaient causés beaucoup de tort à l'Équateur ».

L'Équateur s'est retrouvé dans la position de défendeur dans au moins 26 arbitrages au titre d'un traité d'investissement, en troisième position derrière l'Argentine et le Venezuela. Il figure aussi parmi les pays devant payer les plus importants dommages et intérêts dans l'histoire des traités d'investissement, ayant été condamné en septembre 2012 à payer 1,77 milliards USD en dommages et intérêts à Occidental Petroleum Corporation. Plus tôt dans l'année, le pays a entamé une procédure d'annulation dans cette affaire.

À l'instar de la Bolivie et du Venezuela, l'Équateur a annoncé son retrait de la Convention du CIRDI.

La commission mise en place est composée de juristes, d'universitaires et de lobbyistes de divers pays d'Amérique latine. Elle dispose de huit mois pour rendre son rapport.

Notes

1 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/october/tradoc_151790.pdf

2 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/novembre/tradoc_151916.pdf

3 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/novembre/tradoc_151918.pdf

Sentences et décisions

La Libye est condamnée à payer 935 millions USD à une entreprise du Koweït suite à l'annulation d'un projet d'investissement ; la compétence est établie au titre de la Convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes

Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c. la Libye et autres, Décision arbitrale finale
Diana Rosert

Un tribunal a condamné la Libye à payer 935 millions USD dans un différend portant sur un contrat de location de terres pour un projet touristique – ce qui représente la deuxième sentence la plus importante connue au titre d'un traité d'investissement.

Le 22 mars 2013, une décision établissait la compétence du tribunal et stipulait que la Libye était coupable de violations du contrat, de sa législation nationale et de la Convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes (la Convention unifiée). L'arbitre nommé par la Libye, le juge Mohamed El-Kamoudi El-Hafi, a refusé de signer la décision.

Le contexte

En 2006, le ministre libyen du Tourisme a approuvé un projet d'investissement proposé par Al-Kharafi & Sons Co. pour la construction et la gestion d'un complexe touristique. Peu de temps après, l'entreprise koweïtite a signé un contrat de location de terres d'une durée de 90 ans avec l'Autorité de développement du tourisme, portant sur 24 hectares de terres détenues par l'État à Tajura, ville située dans la province de Tripoli. Le projet devait commencer en 2007, mais les travaux de construction n'ont jamais débutés. Le ministre de l'Économie a annulé l'approbation du projet en 2010, suite à quoi le contrat de location a également été invalidé.

Al-Kharafi & Sons Co. a formulé sa demande contre la Libye et diverses autorités du pays en 2011, en présentant deux plaintes principales. D'abord, le demandeur affirmait que l'Autorité de développement du tourisme n'avait pas livré la propriété « libre de toute construction et personne » tel que l'exigeait le contrat, et que l'État libyen, par le biais de ses différentes autorités, était responsable des retards dans la construction. Ensuite, le demandeur arguait que les annulations de l'approbation et du contrat de location étaient toutes deux illégales. Considérant que ces actes et omissions constituaient des violations et entraînaient des dommages, le demandeur exigeait une indemnisation de la part de l'État libyen.

Un tribunal a été créé au titre de la Convention unifiée conformément à la clause d'arbitrage contenue dans le contrat de location.

La Convention unifiée

La Libye et le Koweït ont ratifié la Convention unifiée en 1982, Convention à laquelle sont parties plusieurs autres membres de la Ligue arabe. En plus de comporter des dispositions relatives à la libéralisation et à la protection, la Convention stipule que les différends, notamment ceux entre les États parties et les investisseurs arabes, doivent être réglés par la conciliation, l'arbitrage ou par le Tribunal arabe des investissements établi à cet effet. La Convention stipule également que les deux parties au différend « peuvent convenir de recourir à l'arbitrage » s'ils ne trouvent pas d'accord à l'amiable, si la décision de la conciliation n'est pas rendue dans le délai prévu ou si celle-ci n'est pas unanimement acceptée par les parties. À noter que cette disposition est généralement considérée comme n'offrant pas le consentement préalable des États signataires à l'arbitrage¹.

Le tribunal établit sa compétence en vertu du contrat de location et de la Convention unifiée

Le demandeur prétendait avoir accès à l'arbitrage au titre de la Convention unifiée en vertu de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat de location qui faisait référence à la Convention unifiée. Le contrat précisait que les différends entre les parties « survenant de l'interprétation ou de l'exécution du présent contrat au cours de sa période de validité... [doivent] être réglés à l'amiable », et que si cette procédure échouait, « le différend [serait] soumis à l'arbitrage conformément aux dispositions de la Convention unifiée ».

Le tribunal a jugé que la formulation de la clause du contrat établissait le consentement à l'arbitrage au titre de la Convention unifiée. Selon lui, « A fortiori, les deux parties ont explicitement choisi de recourir à l'arbitrage conformément à l'article 29 du contrat ».

Contestant la compétence du tribunal au titre de la Convention unifiée, la Libye affirmait que le projet n'impliquait pas le transfert de capitaux arabes du Koweït vers la Libye et que donc la « portée substantielle de l'application de la Convention n' [était] pas satisfaite ipso facto ». En dehors du fait non-contesté que les travaux de construction du complexe touristique n'avaient jamais commencés, la Libye remarquait que le demandeur n'avait pas respecté son obligation de déposer 10 % de la valeur estimée du projet d'investissement sur un compte bancaire libyen comme l'exigeait l'Autorité générale. Si le demandeur a pu démontrer qu'il avait payé 0,1 % de la valeur du projet à l'Autorité, la Libye maintenait que cela ne prouvait pas l'existence d'un investissement arabe.

Le tribunal a toutefois déterminé que le paiement par l'entreprise koweïtite de 0,1 % de la valeur de l'investissement constituait un transfert de capital arabe, et qu'il n'y avait pas d'obligation légale pour le demandeur de payer un minimum de 10 %.

La Libye a également contesté la compétence du tribunal arguant que l'affaire n'était pas couverte par la clause d'arbitrage contenue dans le contrat. À son sens, la clause excluait les différends liés à la non-exécution, à l'annulation du contrat et « à tout problème survenant après son expiration et à tout différend comportant des demandes d'indemnisation d'éventuelles pertes ». Le pays stipulait que « l'arbitrage [est] un système judiciaire spécial émanant de la volonté des parties à s'y soumettre... cela amène à conclure que la demande en question ne relève pas de la compétence du tribunal arbitral ».

Le tribunal considéra au contraire qu'il avait compétence pour se prononcer sur le fait que « la portée de l'extension de la clause d'arbitrage » couvrait l'annulation du contrat et l'indemnisation des pertes subies. Après avoir déterminé que la Convention unifiée s'appliquait au différend, le tribunal considéra que les règles d'arbitrage de celle-ci s'appliquaient à l'affaire, notamment l'article 2.6 de l'annexe de la Convention unifiée, qui stipule que le « tribunal arbitral devra se prononcer sur toutes les questions relevant de sa compétence et devra déterminer sa propre procédure ». Le tribunal considéra que cela lui donnait compétence pour déterminer sa propre compétence ainsi que l'extension de la portée de la clause du contrat.

S'agissant de l'autre objection à la compétence liée à la prescription contenue dans le contrat de régler le différend à l'amiable avant de le soumettre à l'arbitrage, la Libye affirmait que le demandeur n'avait pas fait de réels efforts pour la respecter et donc que l'arbitrage avait été présenté prématurément, tandis que le demandeur assurait avoir essayé de régler le différend à l'amiable. Le tribunal considéra que les deux parties avaient « mené des efforts amicaux » et que puisque ceux-ci avaient échoués, le demandeur pouvait soumettre le différend à l'arbitrage.

Puisque seule l'Autorité de développement du tourisme avait signé le contrat, la Libye arguait que les dispositions du contrat

ne pouvaient être invoquées contre le gouvernement libyen et ses autres autorités. Le tribunal donna au contraire raison au demandeur et lui permit d'étendre la clause d'arbitrage à des parties non-contractantes, et détermina que « l'intervention de diverses agences gouvernementales, institutions publiques et ministères dans l'exécution ou l'annulation du contrat » lui conférait « une nature étatique ». Il n'a toutefois pas considéré que l'Autorité libyenne pour les investissements fût une partie contractante, puisque, à la différence des autres, l'institution n'était pas impliquée dans le différend.

Le tribunal a en outre établi que le contrat de location des terres était un contrat de droit privé régi par le code civil libyen, la législation nationale libyenne sur la Promotion de l'investissement de capital étranger (Loi libyenne sur l'investissement) et la Convention unifiée.

Le défenseur libyen est coupable d'avoir frustré l'exécution du projet du demandeur

S'agissant du fond de l'affaire, la première question consistait à savoir si l'Autorité de développement du Tourisme avait fourni au demandeur les terres, conformément aux termes du contrat. Le contrat signé par les deux parties stipulait que l'Autorité touristique « s'engage à livrer la parcelle de terre libre de toute construction ou personne, garantissant qu'il n'existe aucun obstacle physique ou juridique empêchant le commencement de l'exécution ou de la gestion du projet pendant la période d'usufruit commençant immédiatement à la signature du présent contrat, et lui permet d'en prendre possession physique afin de mettre le projet en œuvre ».

Selon le demandeur, l'autorité du tourisme n'avait pas respecté cette obligation contractuelle, puisque d'autres personnes et entreprises occupaient les terres et empêchaient l'exécution du projet à la date prévue. Le demandeur affirmait qu'à plusieurs reprises, alors qu'il essayait de prendre possession des terres et de construire une clôture, il avait été agressé par des gardes municipaux et d'autres occupants. Il affirmait que l'Autorité du tourisme était au courant de ces obstacles, mais s'était abstenue de faire évacuer les terres. Au contraire, elle avait exigé du demandeur qu'il stoppe le projet jusqu'à ce que les problèmes soient résolus et avait également proposé une autre parcelle de terrain.

Toutefois, selon la Libye, le demandeur avait pris possession du site en 2007 « libre de toute construction ou obstacle ». Le pays affirmait que Al-Kharafi & Sons Co. était responsable des retards du fait de ses propres manquements, entre autre, ceux de fournir aux autorités les plans finaux du projet, déposer 10 % de la valeur du projet sur un compte bancaire libyen, et demander les permis.

Le tribunal considéra que « toutes les données et faits avérés » confirmaient les allégations du demandeur selon lesquelles la parcelle n'était pas « libre de toute construction », et donc que la Libye l'avait empêché de démarrer le projet. Le tribunal conclut également que le demandeur n'avait pas créé ses « propres obstacles ». Il considéra en effet que l'offre d'une autre parcelle de la part de la Libye à l'entreprise koweïtite était « une autre preuve des manquements du défendeur ». Il détermina donc que la Libye avait violé l'une des obligations primaires du contrat de location, ainsi que le code civil libyen exigeant le respect de ces obligations. Il remarqua en outre que l'affaire présentait des preuves de « corruption administrative ». Même si celle-ci n'était pas organisée ou délibérée de la part de l'État libyen, celui-ci avait commis « des négligences graves et n'avait pas respecté les règles relatives à l'investissement ».

La décision d'annuler le projet entraînerait « la confiscation, la liquidation, le gel et la prise de contrôle de l'investissement »

Le tribunal a ensuite examiné l'argument du demandeur selon lequel l'annulation de l'approbation du projet par le ministère de l'Économie était un acte illégal en violation de plusieurs lois libyennes et dispositions de la Convention unifiée.

La Libye a affirmé que le ministère avait annulé l'approbation du fait d'un retard de 4 ans dans la construction. Le pays affirmait que cette décision avait été prise en conformité avec les lois nationales et le contrat, qui à l'article 24, stipule expressément que l'autorité a le droit de mettre un terme au contrat si le projet n'était pas réalisé dans les délais prévus.

Entre temps, le demandeur a soutenu que la « véritable raison » de l'annulation était que la Libye n'avait pas respecté son obligation de livrer la parcelle libre de tout occupant.

Le tribunal considéra que l'annulation constituait une deuxième violation grave des obligations de la Libye. Tout en rappelant que toutes les preuves confirmaient que la Libye était responsable des retards, il rejeta une par une les allégations factuelles de la Libye concernant les manquements du demandeur. Se penchant sur la question de la responsabilité aux termes d'autres lois, le tribunal détermina que l'annulation était « une décision arbitraire » entraînant la confiscation, la liquidation et le gel du projet ce qui était interdit aux termes de la loi libyenne sur les investissements et de l'article 9(1) de la Convention unifiée. Il jugea que les autorités libyennes étaient responsables de ces violations et tenues de payer une indemnisation conformément au code civil libyen.

935 millions USD accordés pour les pertes subies, les dommages moraux, ainsi que les pertes et les dépenses matérielles

Le tribunal condamna la Libye à payer 5 millions USD pour la valeur des pertes et dépenses subies par l'entreprise koweïtite, 30 millions USD pour les dommages moraux et 900 millions USD pour « les profits perdus suite aux occasions réelles et certaines perdues ».

À noter qu'au cours de la procédure, le demandeur a augmenté sa demande d'indemnisation à plus de 2 milliards USD couvrant ainsi 83 ans de profits futurs perdus, correspondant à la durée du contrat de location invalidé. À l'origine, Al-Kharafi & Sons Co. demandait 55 millions USD, puis en septembre 2012 il demanda 1,144 930 milliards USD. La Libye affirma que l'entreprise avait « subi des dommages, le cas échéant, de son propre fait » et considéra que la demande d'indemnisation était « entachée de corruption ».

Octroi d'une indemnisation pour dommages moraux à la réputation du demandeur

Le demandeur réclamait 50 millions USD en dommages moraux, en plus des 5 millions USD pour les pertes et dépenses matérielles liées à l'ouverture d'un bureau à Tripoli. Il affirmait qu'il devait recevoir ce montant « purement symbolique » car l'annulation du projet affectait sa bonne réputation nationale et internationale.

Les défendeurs libyens ont nié l'existence de dommages moraux qui, d'après eux, n'a pas été prouvé par le demandeur.

Finalement, le tribunal décida que l'indemnisation des dommages moraux était autorisée au titre de la loi libyenne et que le demandeur y avait droit. Il considéra en effet que « la réputation du demandeur sur le marché des actions, ainsi que dans les secteurs des affaires et de la construction au Koweït et dans le monde » avait subi des dommages moraux.

La décision du tribunal sur les dommages moraux fait figure d'exception dans le domaine de l'arbitrage d'affaires d'investissement. Les demandes de dommages moraux ont été soulevées dans d'autres arbitrages au titre de traités d'investissement, mais les tribunaux ont généralement établi des conditions strictes pour la validité de telles demandes. Par exemple, dans *Romp petrol c. la Roumanie*, le tribunal a considéré que les dommages moraux étaient « sujets aux règles générales de la preuve »². Il a finalement rejeté la demande de 46 millions USD du demandeur pour dommages

moraux « pour la perte de sa réputation et crédibilité ». Le tribunal de l'affaire *Arif c. la Moldavie*³ a rejeté la demande de dommages moraux de 5 millions d'euros, affirmant que « les différentes actions n'avaient pas atteint un degré de gravité et d'intensité » suffisant pour la justifier.

Les 2 milliards USD sont considérés comme une estimation « bonne et convaincante » des profits futurs perdus

La demande par l'entreprise de 2 milliards USD pour profits perdus se basait sur 4 rapports préparés par Ernst & Young, Prime Global (Khaled El-Ghannam), Habib Khalil El-Masri et Ahmad Ghatour & Partners à la demande du demandeur et sur la base de documents fournis par lui.

La Libye affirmait que les rapports n'étaient pas crédibles puisqu'ils ne se basaient que sur des données et informations fournies par le demandeur, qui n'avaient pas été vérifiées de manière indépendante. Elle n'a cependant pas présenté ses propres estimations.

Le tribunal a d'abord déterminé que le code civil libyen (article 224), soutenu par les décisions de la cour suprême libyenne, prévoyait l'indemnisation des profits perdus. Il jugea que les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international confirmaient qu'il avait toute latitude pour se prononcer sur la question. Il a ensuite interprété la loi libyenne sur l'indemnisation des dommages, concluant que la demande d'indemnisation des profits perdus n'était valable que s'il s'agissait de pertes subies du fait d'occasions « réelles et certaines ».

Ensuite, le tribunal a déterminé que les rapports sur les profits perdus présentés étaient « des rapports scientifiques neutres » réalisés par des entreprises ayant une bonne réputation. Il remarqua que la critique des rapports par la Libye ne présentait pas « le même niveau d'expertise » puisque le pays n'avait pas soumis ses propres rapports d'experts contredisant les conclusions des rapports du demandeur.

Sur ces conclusions, le tribunal décida que les rapports présentant des estimations allant de 1,7 milliards USD à 2,6 milliards étaient « bons et convaincants ». Deux des experts ayant préparé des rapports, Khaled El-Ghannam et Habib Khalil El-Masri, ont confirmé pendant les auditions que les montants étaient « des profits perdus certains » et représentaient « le minimum » que le demandeur « aurait pu obtenir par ailleurs dans les conditions normales prévalant aujourd'hui en Libye ».

Toutefois, plutôt que d'octroyer en dommages et intérêts la moyenne mathématique de 2,1 milliards USD, le tribunal a décidé de réduire l'indemnisation des profits perdus à 900 millions USD « en vertu de son pouvoir discrétionnaire ». Compte tenu de la révolution libyenne, le tribunal remarqua que « cet arbitrage servirait d'incitation aux agences gouvernementales » et « rassurerait les investisseurs arabes ».

Les demandes d'indemnisation des profits perdus ne sont pas inhabituelles dans les arbitrages au titre de traités ou contrats commerciaux, mais le montant accordé dans les circonstances de cette affaire est bien différent. Par exemple, dans une affaire similaire, *PSEG c. la Turquie*, le tribunal n'avait pas accordé aux demandeurs l'indemnisation des profits futurs perdus de 223,742 millions USD d'un projet de centrale électrique qui n'était pas construit.⁴ La décision de l'affaire *PSEG* rappelle que d'autres tribunaux ont également hésité à accorder une indemnisation pour les profits perdus d'entreprises non établies, qui par conséquent, ne pouvaient se prévaloir de profits antérieurs.

Le tribunal est composé de M. Abdel Hamid El-Ahdab (arbitre président), M. Ibrahim Fawzi (nommé par le demandeur) et du Juge Mohamed El-Kamoudi El-Hafi (nommé par le défendeur).

La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1554.pdf>

Un tribunal du CIRDI reconnaît le Venezuela coupable de ne pas avoir négocié de bonne foi l'indemnisation des recettes à la valeur du marché ; les autres demandes sont rejetées

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Golfe de Paria B.V. c. la République bolivarienne du Venezuela, Affaire CIRDI n°ARB/07/30, Décision sur la compétence et le fond
Diana Rosert

Un tribunal a rendu sa décision sur la compétence et le fond d'une demande présentée par l'entreprise d'énergie ConocoPhillips contre le Venezuela, quelques 5 années après l'enregistrement de la demande auprès du CIRDI.

La décision du tribunal, datée du 3 septembre 2013, rejette à l'unanimité une partie des demandes de ConocoPhillips, sur la compétence et le fond. Toutefois, le Juge Kenneth Keith et L. Yves Fortier ont déterminé qu'il y avait violation de la disposition relative à l'expropriation contenue dans le TBI Pays-Bas-Venezuela, tandis que le troisième arbitre, le Professeur Georges Abi-Saab, n'était pas d'accord avec la conclusion de la majorité. La décision de cette dernière sur le montant des dommages et intérêts est imminente.

Le contexte

La demande de ConocoPhillips concerne ses intérêts dans trois projets pétroliers on- et off-shore au Venezuela : les projets Petrozuata, Hamaca et Corocoro. Les filiales de ConocoPhillips, enregistrées aux Pays-Bas, c'est-à-dire les demandeurs dans l'affaire, invoquent des dispositions du TBI Pays-Bas-Venezuela, tandis que les demandes de la société mère américaine se fondent sur la loi vénézuélienne de promotion et de protection des investissements (ci-après la loi sur les investissements).

ConocoPhillips affirmait que le Venezuela avait violé ses obligations de Traitement juste et équitable (TJE) et avait procédé à une expropriation abusive. Ces plaintes sont liées aux modifications apportées au régime fiscal s'appliquant aux projets pétroliers, et aux lois sur le transfert et la nationalisation impliquant le transfert partiel des droits des demandeurs à l'entreprise pétrolière nationale, PdVSA, en vue de créer des entreprises à capital mixte dans le secteur pétrolier.

Des négociations ont eu lieu entre le Venezuela et ConocoPhillips quant aux termes du transfert, de l'indemnisation, et de la participation des demandeurs dans les nouvelles entreprises à capital mixte. Toutefois, faute d'accord après 4 mois, c'est-à-dire la période stipulée à cette fin dans le décret de nationalisation, le Venezuela a nationalisé les intérêts de ConocoPhillips dans les trois projets. Le montant de l'indemnisation, et d'autres questions connexes sont restées sans réponse.

Compte tenu de ces éléments, ConocoPhillips réclamait au départ quelques 30 milliards USD de dommages et intérêts, tandis que le Venezuela insistait sur le fait que « les demandes [...] devaient être intégralement rejetées ».

Même si le tribunal n'aborde pas la question dans sa décision, il convient de remarquer que le Venezuela a mis fin à son TBI avec les Pays-Bas en 2008 et s'est retiré de la Convention du CIRDI en 2012.

La compétence sur les demandes de ConocoPhillips n'est pas établie au titre de la loi vénézuélienne sur les investissements

Le tribunal a rejeté les demandes de la société mère américaine concernant ses « pertes de crédits fiscaux à venir » au motif qu'il n'avait pas compétence au titre de la

loi vénézuélienne sur les investissements. Le fait de savoir si l'article 22 de la loi sur les investissements établissait la compétence du tribunal du CIRDI a été source de controverses.

L'article en question porte sur les différends survenant entre un investisseur international de l'une des parties contractantes à un TBI conclu avec le Venezuela, et sur les différends au titre du CIRDI, ce que les demandeurs ont interprété comme contenant le consentement unilatéral du Venezuela à l'arbitrage du CIRDI, affirmation contestée par le Venezuela.

Le tribunal a conclu que « le Venezuela n' [avait] pas consenti à la compétence du CIRDI en adoptant cette disposition ». Compte tenu de cette décision, le tribunal n'a pas été plus loin ni évalué l'argument du Venezuela selon lequel ConocoPhillips n'était pas un « investisseur international » au sens de l'article 22. Il n'a examiné que les demandes des demandeurs néerlandais fondées sur le TBI.

Il faut souligner que les demandeurs dans trois autres arbitrages contre le Venezuela – *Mobil, Cemex et Tidewater* – avaient également tenté d'établir la compétence grâce à la formulation ambiguë de l'article 22, mais les tribunaux arbitraux en question s'étaient prononcés contre eux.⁵

Le tribunal établit sa compétence sur les demandes au titre du TBI en dépit d'allégations d'utilisation abusive du traité

Le Venezuela a également soulevé des objections quant à la compétence du tribunal au titre du TBI, affirmant que l'entreprise américaine avait enregistré ses trois filiales néerlandaises et en avait fait sa propriété dans le seul but d'accéder au CIRDI. Pour étayer cet argument, le Venezuela prétendait que la restructuration avait eu lieu seulement après l'application de certaines des mesures contestées, ce qui signifiait que « les demandeurs néerlandais n'existaient pas ou n'avaient pas été enregistrés dans la propriété de l'entreprise » à l'époque. Le Venezuela a également mentionné d'autres affaires du CIRDI portant sur « des abus de structure d'entreprise et de flagrantes courses aux traités ou aux tribunaux (forum shopping) ».

En réponse, les demandeurs affirmaient qu' « aucun principe légal n'interdisait la restructuration pour bénéficier de la protection offerte par les lois d'un autre pays » et qu'elle avait été réalisée « avant que les modifications de la loi fiscale n'interviennent et avant que les investissements ne soient confisqués ».

Le tribunal confirma que l'accès au CIRDI était « l'unique but commercial » de la restructuration, mais rejeta quand même les objections du Venezuela. À son sens, il était déterminant que « les transferts de la propriété en 2005 et en 2006 ne prétendaient pas transférer les droits ou demandes survenant au titre du CIRDI ou d'un TBI d'un propriétaire à l'autre ». Selon le tribunal, aucune demande au titre du CIRDI ou du TBI n'existait ou n'était « envisagée » à l'époque. Il affirma en outre que les dépenses continues de ConocoPhillips pour les projets après la restructuration « pesaient lourd » contre les allégations d'utilisation abusive du traité.

Il a donc décidé qu'il n'avait compétence que sur les demandes liées aux mesures entrées en vigueur après la restructuration des projets. Aussi, les trois filiales ont pu présenter leurs demandes pour violation du fait de l'augmentation des impôts sur les bénéfices en 2007, de l'expropriation, et du transfert des intérêts. Le tribunal déterminait toutefois que ConocoPhillips Hamaca ne pouvait présenter aucune demande portant sur l'augmentation de la taxe sur l'extraction en 2006 qui était entrée en vigueur avant la restructuration du projet Hamaca.

Jugeant que la définition de l'investissement dans le TBI était « rédigée en des termes généraux », le tribunal a rapidement

rejeté l'argument du Venezuela selon lequel les investissements de deux entreprises, ConocoPhillips Hamaca et Golfe de Paria, n'étaient pas couverts par la définition de l'investissement dans le TBI, car ils étaient soi-disant constitués d'investissements indirects détenus à travers des intermédiaires.

L'obligation TJE du TBI ne s'applique pas aux demandes portant sur les mesures fiscales

Si ConocoPhillips prétendait que différentes mesures fiscales adoptées par le Venezuela violaient ses obligations TJE, il a d'abord fallu déterminer si ces mesures relevaient en effet de la portée de l'obligation TJE telle qu'exprimée à l'article 3 du TBI, question qui a été source de conflit. L'article 4 du TBI aborde spécifiquement la question des « impôts, frais, charges et ... déductions et exemptions fiscales » mais prévoit un traitement non-discriminatoire en l'absence de TJE. Après avoir évalué en détail la relation entre les deux articles, le tribunal conclut que les demandes de ConocoPhillips sur les mesures fiscales n'étaient pas couvertes par la disposition TJE. Le tribunal a considéré que les mesures fiscales en question, jugées comme incluant les redevances, étaient exclusivement couvertes par l'article 4. Puisque ConocoPhillips ne fondait pas sa demande sur la violation de cet article, le tribunal n'a pas davantage étudié la question.

La majorité considère qu'il y a violation de la disposition sur l'expropriation, notamment de l'obligation de mener des négociations « de bonne foi » et portant sur « l'indemnisation à la valeur du marché »

D'emblée, le tribunal a remarqué que ConocoPhillips ne contestait pas « les prérogatives souveraines du défendeur à nationaliser », mais arguait quand même que l'expropriation était abusive car elle violait les conditions de l'expropriation visées à l'article 6 du TBI. Le Venezuela a répondu que la nationalisation était bel et bien légale et a rejeté sa responsabilité.

S'appuyant sur une condition visée à l'article 6(b) du TBI, le tribunal a évalué si la saisie des actifs de l'entreprise par le Venezuela violait un « engagement » ou une « promesse » qu'il aurait faite aux demandeurs vis-à-vis de la fiscalité. Il considéra que les demandeurs n'avaient pas apporté suffisamment de preuves de l'existence d'une telle promesse. Plutôt que d'étayer des « engagements expressés de stabilité » ou de « garanties fiscales », ConocoPhillips avait invoqué ses « attentes légitimes ». Toutefois, puisque le tribunal avait rejeté l'application des dispositions TJE aux demandes portant sur les mesures fiscales, il considéra que la prise des droits n'était pas illégale au sens de l'article 6(b).

Le tribunal rejeta également les demandes de ConocoPhillips selon lesquelles les mesures prises par le Venezuela entre 2004 et 2007, notamment les modifications du régime fiscal, constituait une prise unique et irrégulière des droits, qui obligeait le tribunal à calculer l'indemnisation sur la base de la valeur des actifs au titre du précédent taux d'imposition et de redevance. Rappelant que ces mesures n'étaient pas couvertes par la portée du TJE et ne violaient pas l'article relatif à l'imposition, le tribunal décida qu'elles n'étaient pas pertinentes dans le calcul du montant.

Il déterminait toutefois que le Venezuela avait violé la condition 6(c) de la disposition relative à l'expropriation car il n'avait pas négocié l'indemnisation sur la base de la valeur du marché et de bonne foi avec les demandeurs. Le Venezuela exigeait des entreprises pétrolières, y compris des demandeurs, de transférer leurs actifs dans des contrats à capital mixte ou de renoncer à leurs droits dans leurs projets. Les termes du transfert et le montant de l'indemnisation devaient être négociés entre le Venezuela et les demandeurs pendant une période fixe de 4 mois. Aucun accord n'a été atteint au cours ou après ce laps de temps et la question de l'indemnisation est restée en suspens, tandis que les actifs des demandeurs ont été intégralement nationalisés en 2007.

Le Venezuela affirmait que « ConocoPhillips [avait] refusé de prendre part au processus de négociations de manière significative », alors que le pays essayait de discuter d'une « indemnisation raisonnable ». Les demandeurs affirmaient au contraire que le montant de l'indemnisation proposée par le Venezuela au cours des négociations était « bien en dessous » de la valeur du marché prévue par le TBI et correspondait plutôt à la valeur comptable des actifs, et considéraient qu'il ne s'agissait pas d'une base « adéquate » pour l'indemnisation.

Tenant compte des témoignages de deux témoins clés pour les deux parties, l'ancien Président de ConocoPhillips Amérique Latine, M. Lyons, et l'ancien Vice-ministre aux Hydrocarbures, M. Mommer, le tribunal considéra que ConocoPhillips avait soulevé des questions essentielles quant à l'évaluation des actifs basée sur la juste valeur du marché ou sur la valeur comptable, lors de réunions et dans des lettres adressées aux ministres et représentants vénézuéliens, et que ceux-ci n'y avaient pas répondu. Il détermina donc qu'à l'époque, le Venezuela ne négociait pas de bonne foi et sur la base de « la valeur du marché » tel que prescrit par le TBI. Le tribunal remarqua également que le Venezuela n'avait pas fait de proposition d'indemnisation pour le troisième projet, Corocoro.

Se penchant sur la question cruciale du montant de l'indemnisation, il détermina que la date d'évaluation des actifs devait être la date de la sentence, et non, comme le demandait le Venezuela, la date de la prise des actifs. Cette dernière aurait probablement donné lieu à une indemnisation moindre. La décision relative à ce montant ainsi qu'à la répartition des coûts et dépenses est reportée à une date ultérieure.

Le tribunal est composé du Juge Kenneth Keith (arbitre président), L. Yves Fortier (nommé par les demandeurs) et du Prof. Georges Abi-Saab (nommé par le défendeur).

La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1569.pdf>

Une demande contre la Roumanie est rejetée pour défaut de compétence ; les demandeurs n'ont pas respecté l'obligation de régler le différend au préalable dans les cours nationales

Ömer Dede et Serdar Elhüseyni c. la Roumanie, Affaire CIRDI n°ARB/10/22

Maria Antonieta Merino

Dans une décision du 5 septembre 2013, un tribunal du CIRDI a rejeté l'affaire d'un demandeur turc car il n'avait pas d'abord déposé le différend auprès des cours nationales roumaines.

Le contexte

Les demandeurs, Ömer Dede et Serdar Elhüseyni, ont acquis 55 % des parts de SC IMUM SA, un fabricant de machines agricoles. Aux termes de l'accord d'achat des parts, les demandeurs étaient tenus d'offrir des garanties quant à la réalisation de certaines obligations d'investir.

Après la signature de l'accord d'achat des parts, l'autorité roumaine pour la Privatisation et la gestion des entreprises d'État a ordonné un audit de l'entreprise. Alléguant le non-respect de plusieurs obligations de l'accord d'achat des parts, l'autorité a exigé que les parts des demandeurs lui soient transférées. Peu de temps après, l'entreprise s'est déclarée en faillite.

Les demandeurs arguaient que la confiscation de leurs parts représentait une expropriation abusive en violation du TBI Roumanie-Turquie dans sa version de 1996 (il existe deux versions de ce TBI, et les demandeurs s'appuient sur la première).

Le recours aux tribunaux nationaux est considéré comme une pré-condition à l'accès à l'arbitrage

La Roumanie arguait que le tribunal n'avait pas compétence sur le différend au titre des articles 6(2) et 6(4) du TBI, qui exigent d'essayer de bonne foi de régler le différend à l'amiable et de recourir aux cours nationales, respectivement.

Les demandeurs ont cependant essayé de faire une distinction entre les types de demandes arbitrables en utilisant différents termes du TBI. Si l'article 6(1) fait référence aux « différends relatifs aux investissements », l'article 6(2) parle de « tout différend » survenant en lien avec un investissement. Sur la base de cette distinction, les demandeurs affirmaient que l'investisseur pouvait présenter un « différend relatif à un investissement » au CIRDI, tandis que la pré-condition à l'accès à l'arbitrage s'applique à « tout différend », ce qui inclut une catégorie plus large de litiges que l'expression définie des « différends relatifs aux investissements ».

Le tribunal a rejeté ce raisonnement. Il détermina que le TBI ne couvrait pas d'autres catégories de différends que ceux « relatifs aux investissements » définis comme « impliquant soit (i) l'interprétation ou l'application de toute autorisation d'investir ou (ii) la violation de tout droit offert par le TBI ». Dans les deux cas, la définition d'un « différend relatif à l'investissement » ne donne pas le droit à l'investisseur de soumettre directement sa demande au CIRDI.

En outre, le tribunal a confirmé que l'accès à l'arbitrage était soumis aux conditions expresses d'avoir épuisé les recours locaux ou d'avoir déposé la demande auprès des cours nationales pendant au moins un an.

Le tribunal rejette l'argument selon lequel les pré-conditions à l'arbitrage ont été satisfaites

Par ailleurs, les demandeurs ont soutenu que même si le TBI contenait des pré-conditions à l'arbitrage, celles-ci avaient été satisfaites. Le tribunal considéra toutefois qu'en l'espèce, les demandeurs n'avaient ni épuisé les recours locaux, ni cherché à résoudre le différend auprès des cours nationales pendant un an.

S'agissant de la première condition, le tribunal remarqua que les demandeurs auraient pu choisir une solution parmi deux voies aux termes de la loi roumaine : (1) un procès en vue d'obtenir l'exécution de l'accord et (2) un procès pour obtenir l'annulation de l'accord et l'indemnisation des conséquences de l'annulation. Les demandeurs n'ont cependant suivi aucune de ces voies.

Les demandeurs n'utilisent pas l'argument de la futilité ou de la clause NPF

Dans certaines affaires où les demandeurs n'ont pas respecté les pré-conditions de l'accès à l'arbitrage, il est commun qu'ils arguent que : a) la disposition relative à la Nation la plus favorisée leurs permet « d'emprunter » des dispositions de traités de pays tiers ne contenant pas de telles prescriptions ; ou b) le fait de soumettre le différend aux cours nationales seraient inutile. Toutefois, les demandeurs n'ont fait appel à aucun de ces deux arguments, ce que le tribunal n'a pas manqué de remarquer.

La portée de la décision du tribunal

Bien que les parties aient soulevé d'autres arguments, le tribunal a décidé que puisqu'il n'avait pas compétence sur le différend, il n'était pas utile et même déconseillé de se prononcer sur des questions n'entrant pas en compte dans sa décision.

Se référant à l'article 48(3) de la Convention du CIRDI, qui stipule que la sentence devrait aborder « toutes les questions soulevées », le tribunal a considéré que cela ne signifiait pas qu'il devait se prononcer sur des arguments sans effets sur sa décision. Au contraire, le tribunal s'est prononcé contre

les sentences abordant des questions non-nécessaires, les considérant inappropriées et inutiles.

Les coûts

Aucun facteur déterminant la répartition des coûts (tels que des arguments excessifs, des demandes exagérées ou des tactiques obstructionnistes) n'était présent dans l'arbitrage, et le tribunal a considéré que les deux parties avaient contribué à améliorer l'efficacité de la procédure.

Il décida donc que chacune des parties devaient payer ses propres dépenses juridiques, et que les coûts de l'arbitrage devaient être divisés équitablement.

Le tribunal est composé du Professeur William W. Park (Président), du Professeur Brigitte Stern (nommé par le défendeur) et de M. Nicolas Herzog (nommé par les demandeurs).

La décision est disponible sur <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw5010.pdf>

Un tribunal de la CNUDCI rejette sa compétence pour juger une demande contre le Kazakhstan en l'absence de consentement valable à l'arbitrage

Ruby Roz Agricol LLP c. la République du Kazakhstan, Tribunal Ad hoc (CNUDCI)

Marina Ruete

Un tribunal de la CNUDCI a rejeté sa compétence le 1^{er} août 2013 dans un différend opposant une entreprise de volaille à la République du Kazakhstan, après avoir déterminé qu'il n'y avait pas de consentement légal à l'arbitrage.

Le demandeur Ruby Roz Agricol LLP réclamait 214 705 778 USD de dommages et intérêts.

Le contexte

L'agence kazakhe pour l'investissement a conclu un accord d'investissement avec le demandeur en 1999. Détenue à l'époque par M. Badaoui et sa femme, l'investissement a été encouragé par des concessions fiscales et autres avantages.

L'entreprise s'est ensuite retrouvée impliquée dans un différend politique entre le Président kazakh Nursultan Nazarbayev et son ex-gendre, Rakhat Aliyev. Le Kazakhstan affirmait que l'entreprise avait été vendue de force à Kassem Omar, un entrepreneur ayant des liens avec M. Aliyev, tandis que Ruby Roz avançait des interférences abusives de la part du gouvernement en représailles contre M. Aliyev. Les intimidations se sont poursuivies au cours de la procédure, empêchant la présence de témoins durant les auditions.

Le consentement à l'arbitrage s'est éteint avec l'abrogation de la loi sur les investissements

Pour se prononcer sur sa compétence, le tribunal a cherché à savoir s'il y avait un consentement valable à l'arbitrage dans la législation nationale du pays ou dans un contrat d'investissement.

Le demandeur prétendait que la loi antérieure du Kazakhstan sur les investissements – abrogée en 2003 et remplacée par une nouvelle loi – contenait le consentement permanent du pays à l'arbitrage international.

Si la nouvelle loi du Kazakhstan sur les investissements ne contient pas le consentement permanent du pays à l'arbitrage des différends relatifs aux investissements, le demandeur affirmait pouvoir se fonder sur la loi antérieure compte tenu de l'existence d'une clause de stabilisation.

En effet, l'article 6 de la loi antérieure sur les investissements stipule que, en cas de modification de la législation ou des traités d'investissement, les investissements étrangers seront traités aux termes de la législation en vigueur au moment de la réalisation de l'investissement et ce pendant 10 ans.

Selon le pays, en tant qu'élément de la législation nationale, l'ancienne loi sur les investissements pouvait être amendée ou abrogée au gré du gouvernement. En l'espèce, le tribunal considéra que la clause de stabilisation continuait d'exister après l'abrogation de 2003, et le Kazakhstan ajouta que dans tous les cas, la période de 10 ans avait déjà expirée.

Le tribunal convint que le Kazakhstan avait raison et conclut que le consentement avait été abrogé avec la loi sur les investissements étrangers. Il souligna également que le droit à l'arbitrage exigeait le consentement écrit du demandeur et que celui-ci n'était intervenu qu'en juin 2010.

À noter que le tribunal s'est prononcé contre le tribunal du CIRDI de l'affaire *Rumeli Telekom & Telsim Mobil c. le Kazakhstan*, qui avait déterminé que le demandeur avait le « droit couru » à l'arbitrage au titre de la loi sur les investissements étrangers, et avait déterminé que la loi abrogée établissait sa compétence.

Ruby Roz n'est pas un « investisseur étranger »

Le Kazakhstan avançait également que la loi sur les investissements étrangers abrogée et l'accord d'investissement offraient le consentement à l'arbitrage seulement dans les affaires impliquant un investisseur étranger, et que Ruby Roz n'en était pas un. Le tribunal confirma également ce point, déterminant que Ruby Roz n'était pas constitué en vertu des lois d'une juridiction étrangère.

Compte tenu de l'expiration de la période de stabilisation de 10 ans, et que le demandeur n'était pas un investisseur étranger, le tribunal détermina qu'il n'y avait pas de consentement valable à l'arbitrage et qu'il n'avait donc pas compétence pour juger l'affaire.

S'agissant des coûts, le tribunal a émis un ordre de procédure distinct de sa décision et invité les parties à présenter leurs observations.

Le tribunal est composé de M. Alan Redfern (président), M. Bruno Boesch (nommé par le défendeur), et M. Joseph Neuhaus (nommé par le demandeur).

La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1558.pdf>

Notes

¹ Comme l'explique Walid Ben Hamida, l'arbitrage au titre de la Convention unifiée est « subordonné à un accord entre les parties ». Voir Walid Ben Hamida (2006), *The First Arab Investment Court Decision*, Journal of World Investment & Trade, Vol. 6, N° 5, p. 699-721 (p. 709).

² *The Rompetrol Group N.V. c. la Roumanie*, Affaire CIRDI n°ARB/06/3, Décision.

³ *M. Franck Charles Arif c. la République de Moldavie*, Affaire CIRDI n°ARB/11/23, Décision.

⁴ *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi c. la Turquie*, Affaire CIRDI n°ARB/02/5, Décision.

⁵ *Mobil Corporation et al. c. le Venezuela*, Affaire CIRDI n°ARB/07/27, Décision sur la compétence ; *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. c. le Venezuela*, Affaire CIRDI n°ARB/08/15, Décision sur la compétence ; *Tidewater Inc. et al. c. le Venezuela*, Affaire CIRDI n°ARB/10/5, Décision sur la compétence.

Ressources et événements

Ressources

Le Royaume-Uni évalue les coûts et bénéfices des Traités de protection des investissements

Ministère des Affaires, de l'Innovation et du Savoir-faire du Royaume-Uni, novembre 2013

Trois nouveaux rapports ordonnés par le Gouvernement du Royaume-Uni étudient les coûts et les bénéfices des traités d'investissement pour le Royaume-Uni. Le premier d'entre eux développe un cadre analytique servant à évaluer les coûts et bénéfices des traités d'investissement. Les deuxième et troisième rapports appliquent ce cadre aux accords UE-Chine et UE-États-Unis. Les auteurs recommandent au Gouvernement britannique d'envisager de rejeter purement et simplement le chapitre sur l'investissement dans l'accord de libre-échange UE-États-Unis, ou de conserver les dispositions relatives à la protection des investissements tout en excluant le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États. La deuxième option n'affecterait pas les avantages « déjà négligeables » d'un traité de protection des investissements tout en supprimant les coûts du traité pour le Royaume-Uni. Selon les auteurs, ces coûts incluent d'une part la possibilité d'obtenir gain de cause dans un différend au titre d'un traité, car les investisseurs internationaux ont plus de droits au titre des traités d'investissement qu'au titre du droit national britannique, ainsi que les coûts politiques associés aux demandes médiatisées d'investisseurs américains, qui dans une certaine mesure, réduisent la marge de manœuvre politique.

Le cadre analytique pour l'évaluation des coûts et bénéfices des traités de protection des investissements est disponible ici : <https://www.gov.uk/government/publications/analytical-framework-for-assessment-costs-and-benefits-of-investment-protection-treaties>

Les coûts et bénéfices d'un traité de protection des investissements UE-Chine est disponible ici : <https://www.gov.uk/government/publications/costs-and-benefits-to-the-uk-of-an-eu-us-investment-protection-treaty>

Les coûts et bénéfices d'un traité de protection des investissements UE-États-Unis est disponible ici : <https://www.gov.uk/government/publications/costs-and-benefits-to-the-uk-of-an-eu-us-investment-protection-treaty>

Comment utiliser le droit pour rendre l'investissement étranger favorable au développement durable

Institut international pour l'environnement et le développement, novembre 2013

Ce manuel présente comment les agents gouvernementaux et les organisations de la société civile des pays à revenus faibles à moyens peuvent utiliser des outils juridiques pour garantir que l'investissement étranger contribue au développement durable. L'ouvrage se centre sur les investissements dans les secteurs agricoles et l'industrie de l'extraction (mine, pétrole et gaz). Il couvre tout un éventail de corpus juridiques pouvant influencer les effets des investissements – depuis les traités d'investissement, la législation relative aux industries extractives et le régime foncier, aux normes relatives aux droits de l'homme, en passant par la législation environnementale et le droit fiscal – notamment les mécanismes visant à lutter contre l'évasion fiscale. L'ouvrage présente quatre principales manières dont le gouvernement et la société civile peuvent utiliser les outils juridiques afin de promouvoir le développement durable : mettre les politiques publiques et les décisions sur l'investissement en conformité avec une vision stratégique du développement durable basée sur les besoins locaux et nationaux ; garantir un accord commercial juste ; prendre les considérations sociales et environnementales au sérieux ; et équilibrer la protection des investissements et

les objectifs politiques concurrents. Il est disponible ici : <http://www.iied.org/how-use-law-make-foreign-investment-work-for-sustainable-development>

Le droit de l'investissement dans le droit international : les possibilités d'intégration

Cambridge University Press, décembre 2013

Les développements de différents sous-domaines du droit international influencent le droit international de l'investissement, mais les modifications de ce dernier affectent également l'évolution d'autres domaines du droit international. Grâce aux contributions d'éminents chercheurs universitaires et praticiens, cet ouvrage analyse les liens spécifiques entre le droit de l'investissement et d'autres sous-domaines du droit international, comme le droit des conflits armés, les droits de l'homme, le développement durable, le commerce, le développement et le droit européen. Le livre étudie notamment comment les concepts, principes et règles développés dans le contexte de ces sous-domaines pourraient éclairer le contenu du droit de l'investissement. Les solutions visant à régler les problèmes dans d'autres contextes pourraient représenter des exemples instructifs de la manière de régler les problèmes actuels dans le domaine du droit de l'investissement, et vice-versa. La question sous-jacente consiste à savoir si les principaux sous-domaines du droit public international, notamment le droit international de l'investissement, peuvent s'enrichir mutuellement, ou s'ils évoluent dans des régimes distincts. Il est disponible ici : <http://www.cambridge.org/gb/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/investment-law-within-international-law-integrationist-perspectives>

Évènements 2014

Janvier 31

CONFÉRENCE ANNUELLE DE L'ASA – 10 ANS DU RÈGLEMENT SUISSE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL,

Association suisse d'arbitrage, Bâle, Suisse, <http://www.arbitration-ch.org/pages/en/asa-events/details/37.asa-annual-conference.html#.UothWmSxOFc>

Mars 17-21

RÉUNION MULTI-ANNUELLE D'EXPERTS SUR L'INVESTISSEMENT, L'INNOVATION ET L'ENTREPRENARIAT POUR LE RENFORCEMENT DES COMPÉTENCES PRODUCTIVES ET LE DÉVELOPPEMENT DURABLE,

CNUCED, Genève, Suisse, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=427>

Mars 21-23

SÉMINAIRE DE L'ASA SUR LES PRATIQUES D'ARBITRAGE,

Association suisse d'arbitrage, Tremezzo, Lac de Como, Italie, <http://www.arbitration-ch.org/pages/en/asa-events/details/72.asa-arbitration-practice-seminar.html#.UotiOmSxOFc>

Mars 26-28

10^{ème} ANNIVERSAIRE DE LA CONFÉRENCE DU GROUPE D'ARBITRAGE DE LA RÉGION ASIE-PACIFIQUE,

APRAG, Melbourne, Australie, <http://apragmelbourne2014.org/>

Avril 24-25

SYMPOSIUM PUBLIC AVEC LA SOCIÉTÉ CIVILE,

CNUCED, Genève, Suisse, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=433>

Juin 16-20

15^{ème} ANNIVERSAIRE DE LA CNUCED,

Genève, Suisse, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=437>



© 2013 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 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

Pour souscrire à ITN Quarterly, veuillez vous rendre à la page : 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