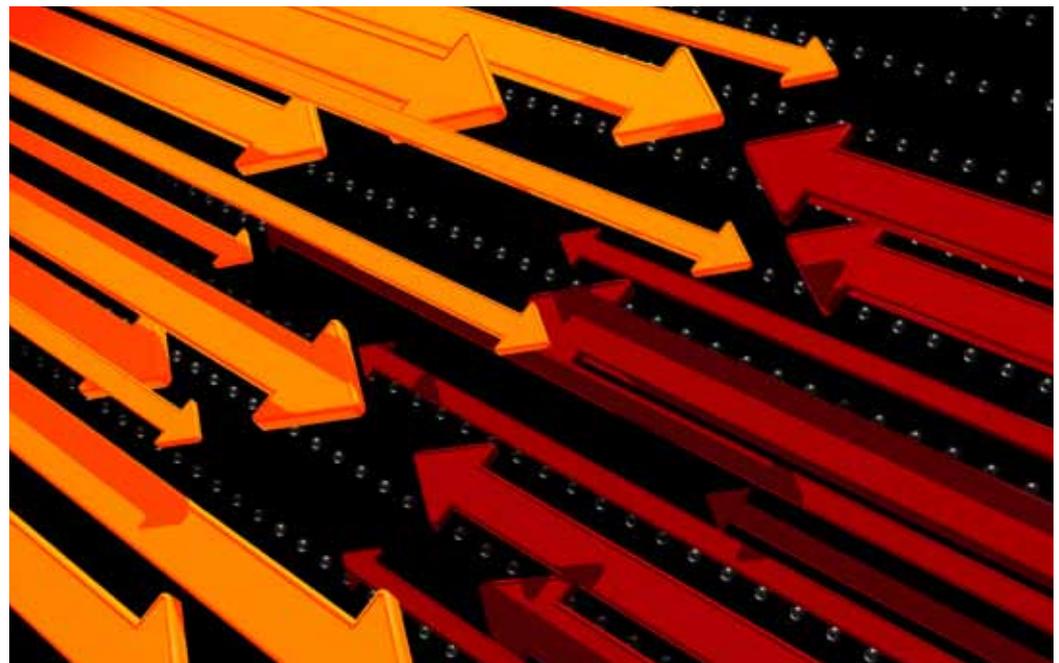




Un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable

## Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatif à l'investissement

par Jean E. Kalicki



**La nouvelle politique de transferts du FMI et le système commercial** par Kevin P. Gallagher

**Le système de coordination et de réponse du Pérou aux différends internationaux en matière d'investissement** par Ricardo Ampuero Llerena

**Le cadre de la CNUCED pour une politique d'investissement au service du développement durable: Son potentiel et ses problèmes** par Aldo Caliarì

**Sixième forum annuel des négociateurs des investissements des pays en développement : Comprendre et exploiter les nouveaux modèles pour l'investissement et le développement durable** par Chantal Ononaiwu

**Intégrer le développement durable dans les accords internationaux d'investissement : Guide pour les négociateurs des pays en développement** par Veniana Qalo

**Egalement dans cette édition:** Occidental c. la République d'Équateur; Quilborax S.A. et Allan Fosk Kaplún c. Bolivie; Bosh International c. Ukraine; Phillips Petroleum Company Venezuela Limited et ConocoPhillips Petrozuata B.V. c. Petroleos de Venezuela

# tables des matières

- 3 **Articles**  
Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatif à l'investissement  
*par Jean E. Kalicki*
- 6 La nouvelle politique de transferts du FMI et le système commercial  
*par Kevin P. Gallagher*
- 8 Le système de coordination et de réponse du Pérou aux différends internationaux en matière d'investissement  
*par Ricardo Ampuero Llerena*
- 10 Le cadre de la CNUCED pour une politique d'investissement au service du développement durable: Son potentiel et ses problèmes  
*par Aldo Caliarì*
- 12 Sixième forum annuel des négociateurs des investissements des pays en développement : comprendre et exploiter les nouveaux modèles pour l'investissement et le développement durable  
*par Chantal Ononaiwu*
- 13 Intégrer le développement durable dans les accords internationaux d'investissement : guide pour les négociateurs des pays en développement  
*par Veniana Qalo*
- 15 **Nouvelles en bref :**  
Le Canada fait l'objet de plaintes d'investisseurs en lien avec des politiques provinciales sur l'énergie et l'environnement; L'UE adopte une loi sur les traités d'investissement de ses États membres; L'Espagne s'avance vers une autre demande éventuelle relative à la réduction des subventions à l'énergie
- 17 **Sentences et décisions :**  
Occidental c. la République d'Équateur; Quilborax S.A. et Allan Fosk Kaplún c. Bolivie; Bosh International c. Ukraine; Phillips Petroleum Company Venezuela Limited et ConocoPhillips Petrozuata B.V. c. Petroleos de Venezuela
- 21 **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, Châtelaine, Geneva, Switzerland

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

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

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

Rédacteur en chef  
Damon Vis-Dunbar

Rédacteur, Version française  
Suzy H. Nikiéma

Traduction française  
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version espagnole  
Fernando Cabrera

Traduction Espagnole  
Maria Candeli Conforti

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

## Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatif à l'investissement

par Jean E. Kalicki

### feature 1



Dans les arbitrages en matière d'investissements, il est assez commun pour l'État défendeur d'inclure dans sa défense contre les plaintes au titre de traités une ou plusieurs critiques de la conduite sous-jacente de l'investisseur. Ces "contre-attaques" peuvent inclure des arguments selon lesquels l'investissement était illégal dès le commencement, ou les opérations en temps voulu violaient la législation locale, ou l'investisseur avait violé ses obligations directes envers l'État au titre d'un contrat. Pourtant, si ces arguments sont souvent présents dans la défense des États, ils sont rarement présentés comme des demandes reconventionnelles cherchant l'obtention d'une réparation positive. Cela peut s'expliquer par la préférence instinctive des États à présenter toute demande reconventionnelle devant leurs propres tribunaux. Mais cela peut également s'expliquer par les limites perçues de la compétence des tribunaux internationaux à entendre les demandes reconventionnelles des États. Le fait que l'institution de l'arbitrage en matière d'investissement soit perçue comme se limitant à la présentation d'une seule version de la demande, plutôt que d'écouter et d'équilibrer les demandes des deux parties, a entraîné une critique plus large du système.

Deux décisions récentes du CIRDI, qui arrivent à des conclusions complètement différentes sur la question de la compétence en matière de demandes reconventionnelles des États (*Spyridon Roussalis v. Roumanie*<sup>1</sup> et *Goetz v. Burundi*<sup>2</sup>) suggèrent qu'il est nécessaire d'examiner cette question de manière plus systématique. Cet article aborde brièvement certains facteurs jurisprudentiels et politiques pouvant expliquer ces conclusions divergentes et préparer les affaires à venir à une analyse plus approfondie.

Tout d'abord, et pour expliquer un peu le contexte, jusqu'à récemment, très peu d'affaires abordaient directement la question de la compétence dans les demandes reconventionnelles des États. Dans d'autres affaires plus anciennes, la compétence en matière de demande reconventionnelle se basait sur le contrat plutôt que sur un traité<sup>3</sup>, et la question

devenait donc simple, puisque les contrats permettent généralement aux deux parties de présenter une demande pour violation. Dans d'autres affaires, les tribunaux ont d'emblée considéré qu'il n'était pas nécessaire d'aborder la question de la compétence<sup>4</sup>. Le tribunal de l'ancienne affaire *Saluka Investments B.V. v. la République Tchèque*, qui s'est soigneusement penché sur la question a déterminé qu'en principe, les demandes reconventionnelles pouvaient être entendues au titre d'un traité qui faisait une large référence à l'arbitrage de « tous les différends... relatifs à un investissement » et qui incluait le règlement de la CNUDCI, qui à son tour aborde directement les demandes reconventionnelles<sup>5</sup>. L'importance de cette décision était toutefois considérablement limitée par deux autres conclusions : en premier lieu, le tribunal ne pouvait pas entendre les demandes reconventionnelles basées sur la violation d'un contrat passé avec un État intégrant sa propre disposition contraignante sur le règlement des différends ; et ensuite, le tribunal ne pouvait entendre que les demandes reconventionnelles survenant comme une conséquence directe de la réalisation de l'investissement par le demandeur, et non pas basées sur des obligations générales du droit qui s'appliquent à tous sur le territoire tchèque. Ces deux réserves ont largement influencé l'observation générale sur les demandes reconventionnelles au titre d'un traité.

Les décisions des affaires *Roussalis* et *Goetz* ont maintenant relancé le débat, en étudiant expressément la capacité des États à présenter leurs demandes reconventionnelles au titre de TBI au CIRDI. Les tribunaux de ces affaires ont atteint des conclusions différentes, mais la majorité de *Roussalis* (Andrea Giardina et Bernard Hanotiau) a rejeté sa compétence malgré la forte opinion divergente de Michael Reisman, tandis que le tribunal unanime de l'affaire *Goetz* (Gilbert Guillaume, Jean-Denis Bredin et Ahmed El-Kosheri) a reconnu sa compétence pour entendre la demande reconventionnelle. Les décisions divergentes ont donné lieu à un débat, car les deux relèvent d'une question purement doctrinale impliquant les sources du consentement aux demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage en matière d'investissement, et impliquent un débat politique plus large sur les objectifs fondamentaux de l'arbitrage en matière d'investissement.

Puisque le débat politique se cache tout près du débat doctrinal, il vaut la peine de le mettre à l'avant-plan avant d'examiner la question plus complexe du consentement. D'abord, quelles sont les raisons pour permettre les demandes reconventionnelles des États ? Elles sont multiples. Cela peut relever de l'efficacité, de la centralisation de l'enquête et du fait d'avoir évité la répétition, facteurs mis en avant par le Professeur Reisman dans son opinion divergente, dans laquelle il arguait qu'il existait des « types de coûts de transaction que les demandes reconventionnelles et les procédures de compensation

contribuent à éviter ». Cela peut permettre d'éviter les conclusions incohérentes des différentes enceintes, ce qui pourrait entraîner une certaine confusion chez les parties et menacer la légitimité du système. Cela peut permettre d'éviter de faire face au type d'impasses résultant des contre injonctions de poursuites et contre-contre injonctions de poursuites contre des procédures parallèles, comme celles qui ont (par exemple) été légion dans nombre de chapitres de *Chevron v. Équateur*. Et cela pourrait permettre d'éviter l'ironie d'un État s'étant tant rapproché de l'arbitrage international qu'il le soutient comme alternative à ses propres tribunaux, pour se voir ensuite contrecarré par un investisseur (ayant choisi l'arbitrage plutôt que les tribunaux locaux pour ses propres demandes) qui exigerait que les demandes des États soient exclusivement traitées par les tribunaux locaux. Dans *Roussalis*, le Professeur Reisman critiquait la majorité pour avoir « instruit l'État défendeur de présenter sa demande devant ses propres tribunaux où l'investisseur qui a cherché une enceinte en dehors de l'appareil de l'État est maintenant contraint de prendre le rôle de défendeur ».

Il y a d'un autre côté, des raisons politiques très importantes pour restreindre les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage en matière d'investissement. Puisque les demandes des États ont plus tendance à survenir au titre de contrats de concession plutôt qu'au titre des obligations d'un TBI (généralement les traités n'imposent aucune obligation directe aux investisseurs), les demandes reconventionnelles peuvent être considérées comme contournant les clauses des contrats soigneusement négociées sur le règlement des différends. Les demandes reconventionnelles pourraient aussi impliquer les tribunaux, encore plus qu'ils ne le sont déjà, dans les différends régis seulement par la législation locale plutôt que par le droit international, représentant une éventuelle menace pour la légitimité des tribunaux qui ne peuvent pas se targuer d'avoir plus d'expérience en la matière que les tribunaux nationaux. Finalement, un recours fréquent à la demande reconventionnelle pourrait décourager les investisseurs d'invoquer l'arbitrage international contre les États, et par là même éventuellement saper l'objectif plus large des TBI qui vise à rassurer les investisseurs en leur offrant une enceinte définie pour leurs demandes s'ils sont lésés.

Le débat doctrinal concernant les sources du consentement aux demandes reconventionnelles des États a beaucoup joué contre ce débat politique complexe. La première question doctrinale consiste à savoir si le fait que les deux parties aient consenti à l'arbitrage au titre du règlement du CIRDI soit suffisant pour affirmer la compétence. Pour y répondre, il est nécessaire d'éclaircir un peu le texte dense de l'article 46 de la Convention du CIRDI<sup>6</sup>, qui combine le « devoir » contraignant (« le Tribunal doit ... statuer sur toutes les demandes... reconventionnelles ») à une série de pré-conditions (« sauf accord contraire

des parties », « se rapportant directement à l'objet du différend », « à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties » et « qu'elles... relèvent par ailleurs de la compétence du Centre »). Les décisions récentes se concentrent principalement sur l'une de ces prescriptions : le fait que les demandes reconventionnelles « [sont] couvertes par le consentement des parties ». Pour le Professeur Reisman (opinion divergente dans l'affaire *Roussalis*<sup>7</sup>), et pour le tribunal de l'affaire *Goetz*<sup>8</sup>, le consentement de l'investisseur à l'arbitrage du CIRDI était suffisant pour sous-entendre le consentement aux demandes reconventionnelles ; il n'était pas nécessaire de déterminer le consentement affirmatif ou supplémentaire dans le TBI en question. Mais si cette approche est satisfaisante du point de vue politique, elle pourrait ne pas être cohérente avec le fait que l'article 46 stipule que les demandes doivent être « couvertes par le consentement » comme pré-requis à l'entente des demandes reconventionnelles par le tribunal. Il faut rappeler la notion de base selon laquelle le fait que les États aient ratifié la Convention n'est pas suffisant en lui-même pour affirmer leur consentement à la compétence sur n'importe quel différend ; au contraire, le consentement à toute demande particulière doit trouver sa source dans un document écrit autre que la Convention, comme par exemple un traité, un contrat ou la législation nationale. Si tel est le cas pour les demandes de l'investisseur, pourquoi ne l'est-ce pas également pour les demandes reconventionnelles des États ? En d'autres termes, si l'article 46 lui-même stipule ce consentement, son exigence intégrée de consentement (« à condition qu'elles soient couvertes par le consentement ») serait complètement stérile et superflue.

Dans ce sens, la conclusion de la majorité du tribunal de l'affaire *Roussalis*, à savoir que le simple fait d'avoir fait une demande est insuffisant en soi pour créer le consentement aux demandes reconventionnelles, est plus solide intellectuellement ; la majorité a considéré que le « couvertes par le consentement » des parties stipulé dans l'article 46 doit être déterminé en référence aux instruments externes à la Convention, comme par exemple à la clause de règlement des différends contenue dans le TBI. Et bien sûr, si l'on examine les différends TBI en question dans les deux affaires récentes, la formulation différente des traités offre une explication plus satisfaisante aux conclusions divergentes. L'article 9 du traité Grèce-Roumanie de l'affaire *Roussalis* stipule que « les différends entre un investisseur... et l'autre partie contractante relative à une obligation de celle-ci au titre de l'Accord, en lien avec un investissement du premier, devra être réglée dans la mesure du possible », ou « l'investisseur concerné pourra soumettre son différend » à l'arbitrage (italique ajouté). La majorité considéra qu'il s'agissait d'une offre de l'arbitrage aux seules demandes des investisseurs, et non pas un consentement à l'arbitrage des demandes reconventionnelles des États – et qu'il ne couvrait que les obligations « au titre du présent Accord » (c.-à-d. celles imposées aux États), et non

les obligations imposées aux investisseurs au titre de la législation locale ou d'un contrat. À l'inverse, l'article 8(1)(b) du TBI Belgique-Burundi de l'affaire Goetz couvrirait les différends relatifs à l'interprétation ou l'application de toute autorisation d'investir octroyée par les autorités de l'État d'accueil ; le tribunal nota que la demande du Burundi relatif au non-respect par une banque de son certificat d'opérations tombait dans cette catégorie. L'article 8(5) du TBI faisait également apparemment référence à la législation nationale ainsi qu'au droit international.

Toutefois, pour les affaires à venir, le texte du TBI en question pourrait ne pas être suffisant pour répondre à toutes les questions relatives à la compétence sur les demandes reconventionnelles des États. Les dispositions contractuelles de règlement des différends pourraient être également importantes, et pourraient fonctionner de deux manières : soit, une clause pourrait être une source indépendante de consentement aux demandes reconventionnelles nonobstant la clause *étroite* d'un TBI : même si la clause du TBI est formulée aussi étroitement que celle de *Roussalis*, si une concession contractuelle stipule que les demandes pour violation peuvent être présentées au CIRDI, cela constituerait une source indépendante de consentement, tout comme dans les deux affaires antérieures impliquant la Guinée mentionnée précédemment (*MINE* et *Atlantic Triton*). Mais aussi, la disposition d'un contrat pourrait fonctionner comme un « accord contraire » éventuel dans le cadre de la formulation de l'article 46 de la Convention, nonobstant la clause *large* d'un TBI ; même si un TBI couvre « tous les différends relatifs aux investissements », ce qui pourrait être considéré comme reflétant le consentement aux demandes reconventionnelles des États présentées au titre de la législation locale, si un contrat de concession renvoie les demandes contractuelles à la compétence exclusive d'une autre enceinte, cela pourrait alors être considéré comme un « accord contraire » excluant ce type de demandes reconventionnelles, nonobstant le consentement plus large du TBI aux demandes reconventionnelles en général. C'est ce que *Saluka* a combattu en 2004, concernant les demandes reconventionnelles survenant directement d'une Convention d'achat d'actions. En plus des clauses contractuelles, les affaires futures devront peut-être se pencher sur la question de la possible renonciation ou du possible consentement ad hoc aux demandes reconventionnelles. En principe, rien dans l'article 46 n'exige la mention du consentement de l'investisseur aux demandes reconventionnelles dans le même instrument où apparaît le consentement de l'État aux demandes de l'investisseur. Après tous, le consentement sans connexité est la marque de fabrique de l'arbitrage du CIRDI.

Une solution alternative consiste bien sûr à faire évoluer la formulation du traité pour le faire expressément aborder la question de la compétence sur les demandes reconventionnelles. Si la jurisprudence future – sur la base des interprétations de l'article

46 et des différents TBI ou contrats – ne permet pas, de manière fiable, la résolution des demandes reconventionnelles des États avec les demandes des investisseurs portant sur le même point dans un forum unique et efficace, alors les États pourraient réformer, en temps voulu, le système afin de clarifier leur intention. Cela pourrait se faire soit par le biais de notes d'interprétation du texte du traité existant, ou plus vraisemblablement par la négociation de dispositions spécifiques sur les demandes reconventionnelles dans les nouveaux traités. Certains pays envisagent déjà de telles dispositions, incluant notamment dans le projet de modèle de TBI une formulation imposant directement quelques obligations substantielles aux investisseurs et faisant expressément référence à la possibilité pour l'État de formuler une demande contre un investisseur pour violation de ces obligations. Dans certains modèles actuellement à l'étude, l'investisseur devrait, comme condition préalable à la formulation de sa propre demande, soumettre un instrument confirmant son consentement préalable à toute demande reconventionnelle que l'État souhaiterait formuler. Bien sûr, reste à voir si ces idées seront acceptées dans les traités à venir, et si oui, si les investisseurs eux-mêmes les soutiendront, ou si au contraire ils les considéreront comme un frein à la réalisation d'investissements par le biais d'instruments tombant sous le coup de la nouvelle formulation du traité. Mais ceci est une toute autre question.

#### Auteur

Jean Kalicki est associée chez Arnold & Porter LLP, spécialisée dans les arbitrages internationaux comme arbitre et comme avocat.

#### Notes

1 Affaire CIRDI n° ARB/06/1 (7 déc. 2011).

2 Affaire CIRDI n° ARB/01/2 (21 juin 2012).

3 Voir par ex. *MINE v. Guinée*, affaire CIRDI n° ARB/84/4 (6 janvier 1988) (décision qui octroie à la Guinée des dommages et intérêts car le lancement par l'investisseur d'un arbitrage AAA était une violation d'un accord de règlement des différends devant le CIRDI) ; *Atlantic Triton Co., Ltd. v. Guinée*, affaire CIRDI n° ARB/84/1 (21 avril 1986) (décision qui rejette la demande reconventionnelle de la Guinée sur le fond).

4 Voir par ex. *Alex Genin et al. v. Estonie*, affaire CIRDI n° ARB/99/2 (25 juin 2001) (décision qui détermine qu'aucun élément ne soutient la demande reconventionnelle de l'Estonie, sans expressément aborder la question de la compétence) ; *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co. v. Ghana*, affaire CIRDI n° ARB/07/24 (18 juin 2010) (décision qui détermine que le Ghana n'avait pas poursuivi sa demande reconventionnelle après l'avoir mentionné dans sa demande initiale de réparation, et qu'il n'était donc pas nécessaire de déterminer si la demande reconventionnelle tombait dans la portée du consentement).

5 *Saluka*, décision sur la compétence de la demande reconventionnelle de la République Tchèque (7 mai 2004).

6 « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre. »

7 Voir l'opinion divergente de l'affaire *Roussalis* (« Lorsque les États parties à un TBI consentent sous condition... à la Convention du CIRDI, le consentement stipulé à l'article 46 est ipso facto importé à tout arbitrage du CIRDI qu'un investisseur déciderait de demander », tant que le TBI lui-même n'interdit pas les demandes reconventionnelles).

8 Voir l'affaire *Goetz*, pages 278-79 (lors de la conclusion du TBI, le Burundi avait accepté que les différends puissent être soumis à l'arbitrage du CIRDI conformément aux conditions et procédures stipulées dans la Convention, les demandes reconventionnelles seraient notamment évaluées à la lumière de l'article 46 ; en acceptant cette offre, Goetz avait consenti à son tour ; aussi, la compétence pouvait être affirmée, que le TBI contienne une disposition affirmative en faveur de la compétence sur les demandes reconventionnelles ou non).

# La nouvelle politique de transferts du FMI et le système commercial

par Kevin P. Gallagher

## feature 2



Fin 2012, le Fonds monétaire international (FMI) a officiellement adopté « une vision institutionnelle » sur la gestion des flux de capitaux. Même si le FMI envisage de continuer d'inciter les pays à libéraliser leurs transferts de capitaux, le Fonds va dorénavant conseiller aux nations, dans certaines circonstances, de mettre en place un contrôle des flux transfrontières de capitaux. Dans sa nouvelle vision, le FMI souligne que de tels conseils pourraient être contraires aux obligations des nations au titre des traités commerciaux et d'investissement auxquels elles sont parties, et propose un forum de réconciliation. Ce bref article présente la nouvelle vision du FMI, explique comment elle pourrait s'avérer contraire aux obligations des pays au titre des traités commerciaux et d'investissement, et avance des propositions de réforme.

### La décision du FMI

Le 3 décembre 2012, le FMI a rendu publique la « vision institutionnelle » adoptée par son Conseil d'administration sur la libéralisation du compte de capital et la gestion des flux de capitaux. Pour faire court, la nouvelle vision institutionnelle du FMI considère que les pays devraient *éventuellement* ouvrir leurs comptes de capital de manière progressive (FMI, 2012b). Cela contraste en effet avec la vision de l'institution dans les années 1990, selon laquelle tous les pays devaient ouvrir leurs comptes de capital de manière uniforme, quelles que soient les capacités institutionnelles des pays. Le FMI reconnaît maintenant que les flux de capitaux comportent également des risques, particulièrement des hausses subites de flux entrants suivies d'arrêts soudains, ce qui peut entraîner une forte instabilité économique. Si tel est le cas, le FMI pourrait, au titre de sa nouvelle « vision institutionnelle », recommander aux pays lors de consultations ou dans les rapports au titre de l'Article IV des statuts du FMI, le contrôle des capitaux afin de prévenir ou d'atténuer une telle instabilité en respectant des conditions bien précises. En d'autres termes, le FMI autorise maintenant son personnel et sa direction à recommander l'usage de mesures de contrôle des capitaux dans certaines circonstances. Et dans une poignée de circonstances bien précises, une nation peut se voir recommander d'établir une discrimination des flux de capitaux en fonction du pays d'origine.

### La vision du FMI et les traités commerciaux et d'investissements

Le FMI est conscient de devoir peut-être recommander le contrôle des capitaux à des pays ne disposant pas de la marge de réglementation nécessaire à la mise en place de tels instruments, car ils seraient alors passibles de poursuites au titre d'un accord commercial ou d'un traité d'investissement. Le rapport final du FMI stipule :

« Comme remarqué, la vision institutionnelle proposée par le Fonds ne saurait (et ne pourrait juridiquement) altérer les droits et obligations de ses membres au titre d'autres accords internationaux. Au contraire, le respect des obligations au titre d'autres accords continue d'être déterminé uniquement par les dispositions de ces accords. En outre, par exemple, même si la vision institutionnelle proposée par le Fonds reconnaît le recours aux mesures de gestion des flux de capitaux comme une réponse politique appropriée, ces mesures pourraient quand même représenter une violation des obligations d'un membre au titre d'autres accords internationaux si ces accords ne contiennent pas de mesures de sauvegardes temporaires compatibles avec l'approche du Fonds (FMI, 2012b, p.42).

Cela fait écho à un rapport du Conseil du FMI, publié plus tôt dans l'année :

« La flexibilité limitée offerte par certains accords bilatéraux et régionaux vis-à-vis des obligations de libéralisation peut constituer un obstacle pour la gestion des flux de capitaux. Ces obstacles devront être pesés par rapport aux éventuels bénéfices apportés par les accords. Ceux-ci peuvent notamment représenter un pas supplémentaire vers une libéralisation plus grande. Toutefois, ces accords n'offrent souvent pas les sauvegardes adéquates ou une libéralisation suffisamment progressive, et pourraient donc être améliorés en y incluant ces protections » (FMI, 2012a, p.8).

Le FMI suggère en effet que sa nouvelle vision institutionnelle pourrait contribuer à orienter les traités commerciaux à venir et qu'il pourrait servir de forum de discussion.

« La vision institutionnelle proposée pourrait notamment encourager une approche plus cohérente pour définir l'espace politique nécessaire à l'adoption de mesures de gestion des flux de capitaux dans les accords bilatéraux et régionaux. Tenant compte des objectifs macro-économiques et de stabilité globale du système monétaire international qui soutiennent la vision institutionnelle, les membres rédigeant ces accords ainsi que les divers organes internationaux promouvant ces accords devraient garder cette vision à l'esprit à l'heure de déterminer les circonstances dans lesquelles les mesures de gestion des flux de capitaux entrants et sortants pourraient être adoptées et couvertes par ces accords. De la même manière, et en fonction du niveau de développement des États parties, l'approche progressive de libéralisation dans le cadre d'une approche intégrée pourrait être utilisée pour guider le rythme et l'échelonnement des obligations de libéralisation, et la réimposition de mesures de gestion des flux de capitaux du fait de considérations institutionnelles » (FMI, 2012b, p.33).

### Quels pays seront le plus affectés ?

Lors d'un atelier symbolique organisé en Argentine au courant de l'été 2012 (l'Argentine a fait l'objet de nombreuses affaires investisseur-État suite aux mesures adoptées par le pays pour atténuer les effets de sa crise de 2001), des économistes, législateurs, académiciens du droit et membres de la société civile se sont réunis pour mener à bien un « examen de la compatibilité » pour savoir dans quelle mesure les nations disposaient de la flexibilité nécessaire pour réguler les finances transfrontalières dans le cadre des règles internationales en matière de commerce et d'investissement (Gallagher et Stanley, 2013).

L'examen a révélé de nombreuses incompatibilités entre les règles commerciales et les efforts visant à réguler les finances transfrontières. Le groupe a considéré que les accords régionaux et bilatéraux étaient bien plus incompatibles avec la capacité à réguler les finances transfrontières que ne le sont les règles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Mais quelques préoccupations subsistent vis-à-vis de l'OMC. Au titre de l'Accord général de l'OMC sur le commerce des services (AGCS) et au titre des traités commerciaux et d'investissement des États-Unis, les nations doivent dans une certaine mesure libéraliser leurs comptes de capital. Les États doivent le faire partiellement pour permettre le commerce des services financiers conformément à leurs engagements au titre de l'AGCS (bien que nombre de pays n'aient pas pris d'engagements en matière de services financiers) et pour permettre que tous les transferts d'investissement se fassent absolument « librement et sans délais » au titre des traités étasuniens. Donc dans les deux cas, l'utilisation du contrôle des capitaux serait passible de poursuites. Le tout est de savoir si ces traités incluent de larges sauvegardes pour une utilisation prudente des contrôles de capitaux.

L'AGCS inclut à la fois des « exceptions d'ordre prudentiel » et une « sauvegarde concernant la balance des paiements », mais les conditions sous lesquelles les pays peuvent recourir à de telles sauvegardes restent préoccupantes car elles sont extrêmement étroites. Les académiciens et les législateurs pointent du doigt la formulation de ces sauvegardes qui stipulent que les nations doivent adopter des mesures « en cas de menace ou de graves difficultés extérieures ou relatives à la balance des paiements » concernant uniquement le contrôle des flux sortants pendant une crise et non pas des mesures sur les flux entrants que le FMI favorise (Hagan, 2000 ; Viterbo, 2012). D'autres s'inquiètent et réaffirment que les mesures d'ordre prudentiel doivent être temporaires et passer un « test de nécessité » auprès de l'OMC pour savoir si une autre mesure aurait dû être utilisée.

Les conséquences de ces craintes vont bien au-delà de l'OMC, car la formulation de l'organisation sert de base à nombre d'accords régionaux et bilatéraux et de traités d'investissement allant bien plus loin que l'OMC. Dans sa version actuelle, l'Accord de partenariat trans-Pacifique (TPP), en cours de négociation par les États-Unis et plusieurs pays du Pacifique, stipule que toutes les formes de finances transfrontières doivent pouvoir circuler « librement et sans délai ».

Comme la plupart des traités étasuniens, le projet d'accord utilise une formulation similaire à l'exception d'ordre prudentiel de l'OMC mais limite encore davantage ses conditions de recours, et n'inclut aucune sauvegarde concernant la balance des paiements (Anderson, 2011). En outre, le TPP pourrait permettre aux investisseurs privés de présenter directement des demandes contre les gouvernements réglementant les flux de capitaux, contrairement à un système similaire à celui de l'OMC où les États nations (c.-à-d. les régulateurs) déterminent si les demandes sont autorisées ou non. Ainsi, dans la cadre du règlement des différends investisseur-État, les secteurs qui peuvent supporter les coûts de l'arbitrage, ont la possibilité d'externaliser les coûts de l'instabilité financière sur la population tout en tirant parti des décisions rendues par les tribunaux privés.

### Vers la réconciliation de la réglementation financière et du système commercial

La vision du FMI recommande une collaboration du Fonds avec d'autres organisations internationales afin de coordonner leurs positions sur les flux de capitaux. Le groupe de travail mentionné plus haut a discuté quatre manières de réconcilier les incohérences entre le contrôle des comptes de capital et les traités commerciaux et d'investissement :

**S'abstenir de contracter de nouveaux engagements au titre de régimes incompatibles avec la capacité des nations à mettre en œuvre un contrôle des comptes de capital.** Les nations pourraient s'abstenir de prendre des engagements au titre des modes 1 et 3 de l'AGCS, et s'abstenir de signer des ALE et TBI n'incluant pas de sauvegardes et de règlement des différends adéquats.

**Adopter des « interprétations » de la formulation des traités existants.** L'OMC et les ALE-TBI permettent les « notes explicatives » ou les amendements clarifiant ou modifiant la formulation des traités actuels.

**Amender les traités existants pour réconcilier les incohérences actuelles.** Une autre option de réforme consiste à formellement amender les traités existants. Les amendements à l'AGCS peuvent être soumis par un membre ou par le Conseil du commerce des services lors de la Conférence ministérielle de l'OMC, et être adoptés par consensus ou à la majorité des deux-tiers. Un amendement entre en vigueur lorsqu'il a été ratifié par deux-tiers des membres de l'OMC.

**Élaborer de nouvelles règles pour les traités à venir.** Les traités actuellement négociés ou ceux à venir pourraient être élaborés de manière à inclure une définition plus étroite de l'investissement, la négociation d'une liste négative, des exceptions adéquates d'ordre prudentiel et concernant la balance des paiements, le traitement spécial et différencié, et une procédure de règlement des différends exigeant l'épuisement des recours locaux et autorisant le règlement des différends entre États en consultation avec les autorités et experts macro-économiques et monétaires.

Les négociations actuelles du TPP représentent une occasion de réforme. Les négociateurs des marchés émergents ont en effet proposé une formulation élargissant l'espace politique pour mettre en place des contrôles des comptes de capital dans le cadre du traité. Ironiquement, les États-Unis demeurent officiellement opposés à une telle proposition, alors même que le pays a approuvé la vision institutionnelle du FMI sur les flux de capitaux.

### Auteur

Kevin Gallagher est professeur associé du Département de relations internationales de l'Université de Boston.

### Références

Anderson, Sarah (2011) Capital Controls and the Trans-Pacific Partnership (Le contrôle des capitaux et le Partenariat transpacifique), Washington, Institute for Policy Studies.

Gallagher, Kevin P. et Leonardo Stanley (2012), "Global Financial Reform and Trade Rules: The Need for Reconciliation" (Comment réconcilier la réforme financière mondiale et les règles en matière de commerce), Université de Boston, Pardee Task Force on Regulating Capital Flows.

Gallagher, Kevin P. et Leonardo Stanley (2013), *Capital Account Regulations and the Trading System: A Compatibility Review* (La régulation des comptes de capital et le système commercial : étude de compatibilité), Université de Boston, Pardee Task Force on Regulating Capital Flows.

Hagan, Sean (2000), Transfer of Funds (Le transfert de fonds), Genève, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

Fonds monétaire international ((2012a), Liberalizing Capital Flows and Managing Outflows (La libéralisation des flux de capitaux et la gestion des flux sortants), Washington, FMI.

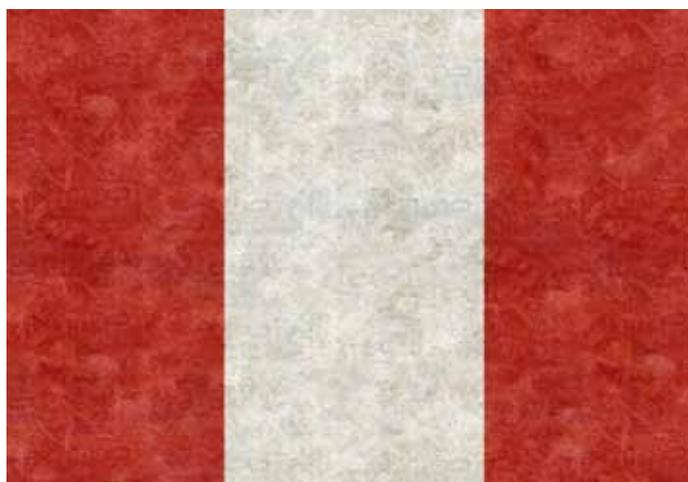
Fonds monétaire international (2012b), The Liberalization and Management of Capital Flows: An Institutional View (La libéralisation et la gestion des flux de capitaux : une vision institutionnelle), Washington, FMI.

Viterbo, Anna Maria (2012), *International Economic Law And Monetary Measures, Limitations to States' Sovereignty and Dispute Settlement* (Droit économique international et mesures monétaires, limitations à la souveraineté des États et le règlement des différends), Londres : Edward Elgar.

# Le système de coordination et de réponse du Pérou aux différends internationaux en matière d'investissement

par Ricardo Ampuero Llerena

## article 3



Durante los últimos 20 años, Perú ha desarrollado una política clara para atraer inversiones que se ve reflejada, entre otras cosas, en el número de tratados bilaterales de inversión (TBIs) y de tratados de libre comercio (TLCs) que contienen disposiciones de inversión. También se evidencia en el uso de contratos de inversión por parte del Estado peruano con los inversores extranjeros.<sup>1</sup> Ces développements, combinés à un environnement économique favorable et à un climat politique stable, ont contribué à satisfaire l'un des principaux objectifs du pays, c'est-à-dire à augmenter de manière significative la part de l'investissement étranger direct<sup>2</sup>.

Il va sans dire que la plupart de ces instruments internationaux de protection de l'investissement stipulent que les différends survenant entre les investisseurs et l'État d'accueil seront réglés par arbitrage. Alors que le Pérou s'est joint à la tendance récente visant la conclusion d'accords de protection de l'investissement, il n'a pas été non plus épargné par l'augmentation considérable des différends internationaux en matière d'investissement observée ces dernières années. Afin de remédier à la croissance des arbitrages internationaux en matière d'investissement, et d'avoir une politique d'attrait de l'investissement cohérente, le Pérou a créé un système efficient et efficace de règlement des différends potentiels.

Suite au premier différend international du Pérou en matière d'investissement en 2003 (une affaire précédente de 1998 avait donné lieu à un accord y mettant fin), plusieurs aspects liés à la gestion et à la prévention des différends en matière d'investissement ont été identifiés comme étant des obstacles à la défense adéquate des intérêts de l'État. Ils incluaient la signature d'un nombre croissant d'instruments de protection des investissements, le manque de coordination au sein de l'État pour ce qui est de la collecte des informations, de la définition claire des responsabilités des entités impliquées et l'absence de procédure explicite pour l'obtention de conseils juridiques et le paiement des frais liés à de telles procédures.

Après avoir analysé ces aspects et d'autres, le Système de coordination et de réponse de l'État lors des différends internationaux en matière d'investissement (*Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión*, ou SICRECI) a été créé en 2006 par la loi n° 28933.

Les principaux objectifs du SICRECI, tel que le stipule l'article 3 de la loi, visent à :

- Optimiser la réponse et la coordination du secteur public pour la gestion des différends internationaux en matière d'investissement de manière rapide et appropriée.
- Centraliser l'information sur les accords et traités d'investissement signés par le Pérou et faisant référence à des mécanismes de règlement des différends internationaux.
- Établir un mécanisme d'alerte pour avertir lors de l'émergence de différends internationaux en matière d'investissement.
- Définir les procédures de coordination des entités publiques<sup>3</sup> impliquées dans le différend.
- Internaliser les coûts générés par les entités publiques impliquées dans le différend.

Le SICRECI inclut le coordinateur, une commission spéciale et toutes les entités publiques parties prenantes dans les accords conclus avec des investisseurs nationaux ou étrangers et conférant des droits et garanties, ou les entités représentant le Pérou dans des accords incluant des dispositions sur l'investissement.

Le ministère péruvien de l'Économie et des Finances est le coordinateur du SICRECI. Ses principales tâches consistent à centraliser les informations et coordonner le système ; rester informé de différends émergents en matière d'investissement ; recevoir des alertes ou avis lors de l'ouverture d'un règlement des différends ou de la phase des négociations directes le cas échéant ; et à créer et tenir à jour un registre public contenant les informations sur les accords et traités mentionnés au paragraphe précédent.

La Commission spéciale est l'entité collégiale inter-agence établie pour représenter l'État à toutes les étapes du règlement des différends internationaux en matière d'investissement, et inclut les membres permanents suivants :

- Un représentant du ministère de l'Économie et des Finances (le président),
- Un représentant du ministère des Affaires étrangères,
- Un représentant du ministère de la Justice,
- Et un représentant de l'agence privée de promotion de l'investissement (ProInversión).

La Commission spéciale peut également inclure des membres non-permanents, en fonction des circonstances :

- Un représentant du ministère du Commerce extérieur et du Tourisme, pour les différends survenant suite à l'application de traités incluant des dispositions sur l'investissement,
- Un représentant de chaque entité publique impliquée dans le différend.

Une fois qu'elle a été notifiée du lancement d'un différend, la Commission spéciale est, entre autres, chargée d'évaluer la possibilité de trouver un accord de règlement lors de la phase des négociations directes et d'y participer, en fonction de la stratégie adoptée ; de demander des rapports techniques

aux entités impliquées dans des aspects du différend ; de proposer le recrutement des conseillers juridiques et autres professionnels requis ; de nommer les arbitres ; de faciliter le travail du conseiller choisi pour la défense de l'État ; d'approuver la disponibilité des fonds requis pour la participation aux négociations correspondantes ; et de déterminer la responsabilité des entités publiques impliquées dans le différend.

Le travail de la Commission spéciale est soutenu par un secrétariat technique, dont les principales fonctions visent à réaliser une évaluation initiale du différend et de préparer un rapport liminaire soumis aux autres membres ; à préparer des rapports sur les actions et stratégies et toute autre information nécessaire à la Commission pour la réalisation de ses tâches ; et à préparer et mettre à jour les comptes-rendus des réunions de la Commission spéciale.

Puisque le SICRECI est un système détaillé visant à prévenir et gérer les différends en matière d'investissement international, la législation le créant couvre divers aspects devant être mis en avant. Le SICRECI inclut deux processus majeurs : la communication des informations relatives aux accords et traités d'investissement signés, et un système d'alerte du lancement du différend. Le premier vise à faciliter l'accès à un registre public d'information sur les accords et traités d'investissement qui permet aux fonctionnaires de vérifier les engagements de l'État. Le second est lié à la gestion directe du différend.

“ L'initiative du Pérou de créer le système SICRECI s'est avérée efficace et nécessaire, notamment si l'on tient compte du nombre croissant d'affaires impliquant le pays. ”

En outre, le SICRECI fixe des critères devant être appliqués lors de l'élaboration des dispositions relatives au règlement des différends dans les accords d'investissement auxquels les entités publiques sont parties prenantes, afin d'harmoniser et de faciliter les actions des membres du SICRECI. Ces dispositions doivent :

- Établir une période de négociation ou de règlement direct d'au moins 6 mois avant de pouvoir soumettre le différend à un arbitrage international.
- Établir le recours à des systèmes neutres de règlement des différends, conformément aux dispositions de la loi n° 28933.
- Établir les responsabilités des parties prenantes concernant les coûts liés à la participation à l'arbitrage ou au règlement.
- Établir l'obligation de l'investisseur de notifier le Coordinateur du système, sans préjudice de son obligation de notifier son homologue, le cas échéant, afin de donner effet à l'avis du début de la période de négociations directes.

Il faut noter que sur la base des leçons tirées de la gestion des différends internationaux en matière d'investissement, le Coordinateur du SICRECI travaille avec les entités publiques concluant des accords d'investissement avec des investisseurs

afin d'inclure des prescriptions supplémentaires dans leurs dispositions sur le règlement des différends, notamment par exemple l'obligation pour l'investisseur de présenter, conjointement à l'avis d'un éventuel différend, des informations détaillées sur le différend, notamment (i) le contexte, (ii) les faits pertinents, (iii) l'identification claire des points au différend, (iv) des demandes claires, et le cas échéant, (v) des propositions de règlement alternatif du différend. Le but est de faciliter la totale compréhension du différend par la Commission spéciale dès qu'elle reçoit un avis formel de son existence, afin d'accroître la possibilité d'atteindre une conclusion satisfaisante lors de la phase des négociations.

En plus du registre public d'information sur les accords et traités d'investissement, le Coordinateur du SICRECI met également en place un système d'alerte précoce qui permet de prendre des actions efficaces vis-à-vis d'un éventuel différend et de prendre les mesures afin d'éviter que le différend se confirme, exigeant l'implication de la Commission spéciale.

L'initiative du Pérou de créer le système SICRECI s'est avérée efficace et nécessaire, notamment si l'on tient compte du nombre croissant d'affaires impliquant le pays. Le Pérou compte actuellement neuf affaires en cours, huit d'entre elles sont survenues depuis 2010. Le système SICRECI s'est avéré efficace dans la gestion de ces affaires et de leur caractère large.

Dans un contexte où les affaires répondent à des situations, réglementations et décisions spécifiques dans un éventail de secteurs et d'industries, il est de plus en plus important pour les entités impliquées dans un différend d'être incluses dans la représentation d'un État et qu'une coordination appropriée soit maintenue entre elles. Cela donnera non seulement lieu à une action ordonnée, efficace et coordonnée de la part de l'État, mais cela permettra également d'identifier clairement les responsabilités et d'internaliser les coûts des mesures prescrites par les agences gouvernementales nationales, régionales et locales.

Plus important encore, le SICRECI est un message clair de l'approche très sérieuse adoptée par le Pérou concernant sa politique d'attrait de l'investissement. La création d'un système pour la prévention et la gestion des différends en matière d'investissement reflète l'intention du Pérou de créer un environnement manifestement stable et prévisible qui reconnaisse l'importance de l'identification et du règlement précoces ainsi que de la défense appropriée de l'État dans une telle procédure.

#### Auteur

Ricardo Ampuero Llerena est conseiller juridique auprès de la Commission spéciale représentant la République du Pérou dans les différends internationaux en matière d'investissement. L'opinion exprimée dans le présent article est celle de l'auteur et ne reflète pas nécessairement l'opinion ou les politiques de la Commission spéciale ou du Gouvernement du Pérou.

#### Notes

1 Le Pérou compte actuellement 37 accords réciproques de promotion et de protection de l'investissement, et plus encore d'accords commerciaux détaillés, notamment des ALE incluant une disposition sur l'investissement. De même, d'après l'agence privée de promotion de l'investissement, ProlInversión, il existe plus de 91 contrats d'investissement.

2 Le site Internet de ProlInversión ([www.prolinversion.gob.pe](http://www.prolinversion.gob.pe)) rapporte qu'en décembre 2011, le stock d'investissement étranger direct (IDE) au Pérou était légèrement supérieur à 22 milliards USD, soit une augmentation de 69,14 % par rapport au 13 milliards USD de décembre 2001.

3 Loi n° 28933. Article 1 : Définitions : Entité publique : tout organisme doté de la personnalité juridique et faisant partie du Gouvernement national, régional et local, notamment les organismes publics décentralisés et les entreprises ; les entreprises sur lesquelles l'État exerce un contrôle d'actionnaire ; les organismes constitutionnellement autonomes ; les organismes régulateurs ; les organismes de perception et de contrôle ; les Fonds spéciaux dotés de la personnalité juridique ; ainsi que tout autre organisme de nature similaire qui ne serait pas mentionné dans ce paragraphe.

# Le cadre de la CNUCED pour une politique d'investissement au service du développement durable: Son potentiel et ses problèmes

par Aldo Caliarì

## article 4



La Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) a publié son cadre pour une politique d'investissement au service du développement durable (CPIDD)<sup>1</sup>. La CNUCED affirme qu'il met en avant « une approche équilibrée de la poursuite d'objectifs de croissance purement économiques. ... et la nécessité de protéger les populations et l'environnement », et souligne les intérêts des pays en développement à développer une politique d'investissement.

Le présent article entame une évaluation indépendante du CPIDD du point de vue de ces deux affirmations. Le CPIDD inclut trois sections : les principes fondamentaux ; les lignes directrices relatives à la politique nationale d'investissement ; et des options pour les législateurs qui négocient les traités internationaux d'investissement. Seules les première et dernière sections sont évaluées par cet article<sup>2</sup>.

### Les principes fondamentaux pour la conception des politiques d'investissement

Parmi les principes fondamentaux que le CPIDD tente de convertir collectivement et individuellement en lignes directrices politiques, le principe n°2 inclut un appel nécessaire à la cohérence des politiques. Malheureusement, il n'offre aucune norme directrice pour la subordination ; par exemple, en cas de conflit, ce sont les engagements adoptés par un pays en matière de développement durable et de droits humains qui devraient prévaloir sur les engagements en matière d'investissement.

Le principe n°4 concerne un processus dynamique : « *Les politiques d'investissement devraient être régulièrement réévaluées pour déterminer leur efficacité, leur utilité et leur pertinence au regard de l'évolution de la dynamique du développement.* »

Ce principe constitue une contribution enthousiasmante au débat actuel sur les règles internationales en matière d'investissement. Il présente des arguments en faveur de la soumission des traités d'investissement à un examen régulier automatique. La nécessité d'adapter les politiques d'investissement pour qu'elles tiennent compte des leçons tirées de leur mise en œuvre est généralement absente des accords internationaux d'investissement qui, une fois signés, sont difficiles à renégocier. Même dans les cas très limités qui autorisent en principe la renégociation, celle-ci est généralement semée d'embûches insurmontables.

D'autre part, deux principes sont particulièrement problématiques. Le principe n°7 qui concerne l'ouverture aux investissements stipule : « *En fonction de la stratégie de développement, la politique d'investissement devrait établir des conditions d'entrée ouvertes, stables et prévisibles.* ». Le principe n°8 indique : « *Les politiques d'investissement devraient fournir une protection adéquate aux investisseurs établis. Le traitement des investisseurs établis devrait être non discriminatoire.* » À présent, le développement durable est défini comme un développement qui « répond aux besoins des générations du

présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ». On ne peut pas automatiquement penser que, a priori, un régime ouvert à l'IED (avec quelques exceptions) au jour d'aujourd'hui ne compromettra pas les options requises par les générations futures pour répondre à leurs besoins. La capacité d'un régime à favoriser le développement durable dépendra de la configuration particulière des régimes et de la prévalence de nationaux et étrangers dans un pays donné.

L'adoption de l'ouverture comme principe ne fait pas non plus bon ménage avec les intérêts des pays en développement que la CNUCED prétend défendre. La notion de commerce ouvert répond à la théorie des avantages comparatifs, élaborée en pensant au commerce des marchandises. Quelle que soit notre opinion sur les bénéfices d'un commerce ouvert, l'extension de tels arguments à l'investissement ouvert n'est pas aussi simple.

Dans le cas du principe 8 concernant la protection des investisseurs établis, il n'y a pas de raison que la non-discrimination soit consacrée comme principe, plutôt que comme exception pouvant être utilisée dans le cas où l'investissement peut démontrer s'intégrer dans la stratégie de développement durable et générer des effets positifs.

Des tensions entre le principe n°4 et les principes 7 et 8 vont également inévitablement émerger ; le dernier recommande des conditions d'entrées stables et prévisibles, ce qui pourrait limiter la possibilité de mener à bien une réévaluation et un « processus dynamique ». En effet, pris au pied de la lettre, des conditions d'entrée extrêmement stables ne permettraient pas logiquement de tirer des leçons.

Le principe n°5 concerne le juste équilibre entre droits et obligations : « *Les droits et les obligations des États et des investisseurs énoncés dans les politiques d'investissement devraient être équilibrés dans l'intérêt du développement pour tous.* »

Ce principe réaffirme ainsi la nécessité de trouver un équilibre et de s'éloigner du système manifestement déséquilibré des traités et régimes d'investissement en vigueur aujourd'hui.

Le principe 6 est à saluer : « *Chaque État a le droit souverain de fixer des conditions d'entrée et d'activité pour les investissements étrangers, sous réserve de ses engagements internationaux, dans l'intérêt général et afin de minimiser les effets négatifs potentiels.* »

La CNUCED va jusqu'à affirmer que la réglementation est non seulement un droit de l'État mais également une nécessité. Toutefois, l'expression « afin de minimiser les effets négatifs potentiels » est plus faible si l'on avait cherché à totalement « éviter » ces effets. Il n'est pas clair non plus si « sous réserve de ses engagements internationaux » inclut des engagements sur d'autres points que l'investissement (comme par exemple les droits humains) ou seulement les engagements internationaux sur l'investissement – auquel cas cette partie de la phrase annulerait l'aspect positif du droit à réglementer.

### Les Accords internationaux d'investissement : options politiques

Le CPIDD reconnaît que la marge nécessaire à l'adoption de mesures politiques nationales recommandables sera restreinte pas les dispositions des accords internationaux d'investissement. Il vise donc à donner des conseils aux pays négociant de tels traités. À cet égard, le CPIDD identifie trois niveaux : stratégique, l'élaboration détaillée des dispositions des accords, et un dialogue international.

Au niveau stratégique, la CNUCED étudie les pour et les contres des AII. Il affirme prudemment que les AII « peuvent » promouvoir les investissements, et met en garde sur le fait qu'ils peuvent « devenir un moyen de protéger les intérêts des investisseurs et des pays d'origine sans tenir dûment compte des préoccupations de développement des pays en développement ». Il affirme en outre qu'en général, les dispositions des traités existants sont largement biaisées.

Le CPIID recommande également de prêter attention aux interactions des accords internationaux. Par exemple, « les engagements pris par certaines parties au traité pourraient facilement être appliqués à d'autres grâce à la clause de la Nation la plus favorisée ».

Concernant l'élaboration détaillée des dispositions des AII, le CPIID offre un soutien bienvenu à plusieurs approches qui ont bien souvent été d'abord développées par la société civile.

Par exemple, la CNUCED suggère que les AII devraient équilibrer les engagements pris par les États et les obligations des investisseurs, remarquant que « Les obligations contraignantes des entreprises et des individus sont précisées par la législation nationale mais ne sont pas présentes dans les traités internationaux ». Il est probable que si les traités stipulent les droits des investisseurs, ils pourraient et devraient également imposer des obligations aux parties privées.

Dans ce contexte, la CNUCED suggère que les AII stipulent que les investisseurs devraient « respecter... les lois nationales de l'État d'accueil pendant les phases de réalisation et d'exploitation d'un investissement, y compris dans la phase postexploitation ». Le non-respect par les investisseurs de leurs obligations pourrait servir de base à un État pour former une demande conventionnelle s'il est poursuivi devant un tribunal statuant en matière d'investissement. Pour l'instant, c'est une bonne idée, mais la CNUCED poursuit et ajoute que le respect des lois nationales par les investisseurs ne concerne que les lois conformes aux « obligations internationales de l'État d'accueil, notamment celles incluses dans les AII ». L'ajout de cette dernière condition annule facilement le résultat de cette clause.

La CNUCED recommande que les pays veillent à se ménager une marge d'action en « précisant la portée et le sens de dispositions particulièrement vagues de traités telles la règle du traitement juste et équitable et la clause d'expropriation » ; cette recommandation fait écho aux préoccupations de la société civile concernant des interprétations excessives de ces dispositions.

Remarquant que les pays d'accueil avaient fait face à des demandes allant jusqu'à 114 milliards USD, la CNUCED reconnaît le fardeau que représente la défense des pays et les effets négatifs sur la marge de manœuvre politique. Elle reconnaît en outre que les mécanismes investisseur-État ont été utilisés par les investisseurs de façon inattendue, révélant une ligne toujours plus floue entre le risque politique et la l'interférence d'une part, et les politiques nationales légitimes d'autre part.

La CNUCED examine des exemples des dispositions alternatives que les traités pourraient inclure, la portée et la définition, le traitement national, la clause NPF, le traitement juste et équitable, l'expropriation et le règlement des différends investisseur-État.

Lorsqu'elle aborde la question de la portée des AII, la CNUCED met en garde contre l'usage impropre des dispositions sur la définition de l'investissement, signalant l'importance d'exclure par exemple la dette publique, les investissements de portefeuille, ou des domaines de la politique publique ainsi que les secteurs sensibles. Concernant les investisseurs qui déposent des plaintes à travers des entités juridiques basées dans les parties contractantes, la CNUCED avance qu'une telle pratique pourrait être contrée par la mention du fait que seuls « les investisseurs naturels » des parties contractantes peuvent bénéficier des dispositions du traité.

La CNUCED affirme que le traitement national devrait peut-être être limité par les négociateurs étant donné que les États pourraient vouloir offrir le traitement préférentiel aux investisseurs nationaux pour des raisons de politique industrielle ou autre. Et concernant la clause NPF, elle souligne que les AII ont commencé à exclure de manière explicite les questions et obligations en matière de règlement des différends au titre de traités conclus avec d'autres Parties des clauses NPF, car différents tribunaux statuant sur les affaires d'investissement tendaient à considérer les clauses NPF comme permettant aux investisseurs d'invoquer les dispositions plus favorables d'un traité entre l'État d'accueil et un pays tiers.

Sur la question controversée du règlement des différends investisseur-État, le CPIID reconnaît des défauts mis au jour récemment, par exemple des interprétations contradictoires et non voulues, une utilisation inattendue de la part des investisseurs, la remise en cause de mesures politiques

d'intérêt public, des procédures longues et coûteuses, et une transparence limitée ou inexistante. Pour y remédier, elle propose notamment de « promouvoir l'utilisation de méthodes de règlement alternatif des différends (RAD), d'accroître la transparence des procédures, d'encourager les tribunaux arbitraux à tenir compte des normes du comportement des investisseurs lors du règlement des différends, de limiter le recours au RDIE et de renforcer le rôle des systèmes judiciaires nationaux, d'autoriser les demandes conventionnelles des États, ou même de s'abstenir d'offrir le RDIE ».

Le CPIID suggère trois mécanismes – non exclusifs – pour mettre en œuvre les objectifs de développement durable : l'aménagement des dispositions existantes pour les rendre plus favorables au développement durable, l'introduction de nouvelles dispositions ainsi que le traitement spécial et différencié.

Cette section du CPIID est complétée par un tableau de 16 pages contenant des séries d'options très détaillées présentant toute une gamme d'approches alternatives pour chacun des domaines typiquement abordés dans les AII. Elle ne peut cependant être considérée comme un recueil de « bonnes pratiques » puisqu'elle ne favorise aucune option en particulier. Mais sa plus grande contribution au débat consiste à introduire dans cette gamme des alternatives rarement – voire même jamais – considérées par les négociateurs des traités.

Par exemple, les parties à un AII peuvent choisir de :

- Ne pas interdire les prescriptions de résultats (4.9.4)
- Introduire des exceptions pour les mesures réglementaires visant à protéger les droits humains ou autoriser les mesures d'ordre prudentiel (5.1.4)
- Restreindre le règlement des différends investisseur-État à un nombre limité de questions (ou l'omettre tout bonnement, et indiquer les tribunaux de l'État comme enceintes compétentes (6.2.4 et 6.2.6))
- Mettre en place des mécanismes d'interprétation conjointe du traité par les Parties en cas d'ambiguïté (6.3.1)
- Limiter les réparations et compensations afin de garantir que le montant sera proportionné au niveau de développement du pays (6.4.2).

Que ces options soient le plus souvent absentes des traités nord-sud existants est un fait de réalpolitik classique : les nations les plus puissantes ont des modèles du genre « à prendre ou à laisser ». En outre, dans les compromis entre les intérêts des investisseurs et les préoccupations liées au développement durable des pays en développement, les AII ont une claire tendance à se révéler en faveur des premiers. La CNUCED introduit une note d'espoir dans le CPIID en mentionnant que les traités d'investissement évoluent, et de citer le récent examen par les États-Unis de leur modèle de traité bilatéral. Mais les critiques ont noté le peu de changements introduits en faveur des intérêts des pays d'accueil.

Pourtant, les conseils politiques aux pays en développement incluant toutes les options politiques disponibles et leurs effets éventuels, pour que leurs parlements et leurs populations en débattent, reste le meilleur espoir de faire avancer les paradigmes afin qu'à l'avenir, l'investissement soutienne réellement le développement durable.

#### Auteur

Aldo Caliari est le directeur du projet Rethinking Bretton Woods au Center of Concern.

#### Notes

1 En octobre 2012, la CNUCED a publié un résumé du CPIID dans *Investment Treaty News*, disponible sur : [http://www.iisd.org/fliip-page/iisd\\_itn\\_october\\_2012\\_fr/#/6/](http://www.iisd.org/fliip-page/iisd_itn_october_2012_fr/#/6/)

2 Pour un commentaire plus complet, incluant notamment une évaluation détaillée de la deuxième section de l'IPFSD, voir *Investment policy for sustainable development*, UNCTAD propose.

# Sixième forum annuel des négociateurs des investissements des pays en développement : Comprendre et exploiter les nouveaux modèles pour l'investissement et le développement durable

par Chantal Ononaiwu

## article 5

Le Sixième forum annuel des négociateurs des investissements des pays en développement s'est tenu du 29 au 31 octobre 2012 à Port d'Espagne, sur l'île de Trinité et Tobago ; il était co-organisé par l'Institut international pour le développement durable (IIDD), le Gouvernement de Trinité et Tobago, le Secrétariat de la Communauté des Caraïbes (CARICOM) et le South Centre. Depuis sa première édition en 2007, l'intérêt et la participation au forum ont cru de manière soutenue. L'évènement de cette année a attiré 75 participants de 36 pays d'Afrique, d'Asie, d'Amérique latine et des Caraïbes, ainsi que des organisations régionales et internationales, notamment le Secrétariat du Commonwealth, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique, l'Agence caribéenne de développement des exportations et la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC).

Le forum est unique en son genre, car il offre aux négociateurs des investissements des pays en développement une plateforme unique de renforcement des connaissances, d'échange de données d'expérience et de réseautage. Après avoir participé au forum pour la première fois l'année dernière en Ouganda, l'expérience m'a paru inestimable, sentiment conforté par ma participation cette année encore.

Le forum encourage les participants à se forger leur propre opinion sur des questions liées aux négociations des traités internationaux d'investissement, telles que les coûts et les bénéfices de ces instruments, les conséquences de leurs dispositions sur le développement durable, leur rôle dans le cadre juridique plus large des investissements notamment la législation nationale et les contrats, et les risques et défis liés au système d'arbitrage investisseur-État.

Le forum de cette année visait à discuter et examiner des manières de passer à un cadre des investissements plus équilibré et favorable au développement durable. À cet égard, le forum a discuté trois outils pouvant aider les pays à atteindre cet objectif, tous finalisés en 2012. À l'instar du modèle d'accord d'investissement de l'IIDD de 2005, ces instruments sont de précieuses références pour les pays cherchant à développer un cadre durable de l'investissement. Le premier de ces outils est le Cadre directeur pour l'investissement au service du développement durable de la CNUCED, qui établit les principes clés pouvant être traduits en lignes directrices pour les politiques d'investissement nationales et en options pour les dispositions des traités d'investissement. Le deuxième est le Guide d'investissement du Secrétariat du Commonwealth pour les négociateurs des pays en développement. Officiellement présenté lors du forum, il identifie les meilleures pratiques pour l'intégration du développement durable dans les accords internationaux d'investissement et examine les coûts et les bénéfices d'approches alternatives. Le troisième est le modèle de traité d'investissement des États de la SADC, développé par son Comité d'investissement.

Les sessions abordaient des thèmes très vastes, et les exposés et discussions ont été stimulants et incitaient à la réflexion. Les participants ont acquis une meilleure connaissance des nouveaux modèles pour l'investissement et le développement durable et des

manières d'orienter non seulement les négociations des traités d'investissement mais aussi l'élaboration du cadre juridique national de l'investissement. Ils ont également mieux appréhendé les défis liés à la transition vers un modèle favorable au développement durable, et les solutions possibles pour réformer les anciennes approches qui ne correspondent plus à un cadre de l'investissement favorable au développement durable. En outre, le forum a sensibilisé les participants au nombre croissant de demandes investisseur-État et à leurs implications pour le développement durable. Fait important, les négociateurs ont pu approfondir leurs connaissances des options pour l'intégration du développement durable dans les principales dispositions des accords d'investissement, notamment le traitement juste et équitable, l'expropriation, les droits pré-établissement, les prescriptions de résultat et les obligations des investisseurs.

Le forum permet également aux participants de bénéficier des connaissances et de l'expérience étendues d'un large échantillon d'experts de secteurs variés, notamment travaillant dans les organisations internationales, les organisations non-gouvernementales et des praticiens privés. Toutefois, le forum présente un atout considérable, car il est l'occasion pour les négociateurs des pays en développement eux-mêmes de partager leurs données d'expérience avec leurs homologues de différentes régions du monde. Ces échanges sont facilités par la participation des négociateurs en tant qu'orateurs au cours de sessions dédiées, mais également par la tenue de sessions de groupe au cours desquelles les participants évaluent les coûts et les bénéfices de différentes options en vue d'élaborer les dispositions de traités d'investissement. Ce processus d'échange entre pairs permet de générer un consensus autour des mérites relatifs de la poursuite de certaines options dans les dispositions des traités d'investissement.

Le forum offre également aux participants la possibilité de développer leur réseau et de tisser des relations pertinentes avec leurs homologues du monde entier. De plus, la rotation annuelle du lieu du forum dans différentes régions garantit aux négociateurs du monde entier la possibilité de participer. La tenue du forum de cette année dans les Caraïbes a d'ailleurs permis aux fonctionnaires de la plupart des pays du CARICOM de participer pour la première fois au forum.

Le rôle précieux joué par d'anciens participants à l'élaboration de l'ordre du jour garantit la pertinence du forum pour les négociateurs des investissements des pays en développement et renforce leur sentiment d'appropriation du processus et leur engagement pour sa poursuite.

Les négociateurs des investissements des pays en développement devraient considérer leur participation au forum comme une priorité puisqu'elle leur permet de mieux s'armer pour équilibrer diverses options et orienter le processus en faisant les bons choix pour le cadre juridique de l'investissement de leur pays ou région.

### Auteur

Le Dr. Chantal Ononaiwu est la Spécialiste juridique de la politique commerciale auprès du Bureau des négociations commerciales, du Secrétariat du CARICOM, basée à la Barbade.

# Intégrer le développement durable dans les accords internationaux d'investissement : Guide pour les négociateurs des pays en développement

par Veniana Qalo

## article 6



### COMMONWEALTH SECRETARIAT

En novembre 2012, le secrétariat du Commonwealth a publié un guide pratique, intitulé « *Intégrer le développement durable dans les accords internationaux d'investissement : guide pour les négociateurs des pays en développement* », afin d'aider les pays en développement à concevoir des Accords internationaux d'investissement (AII) favorables à leurs besoins en développement. Le guide est l'aboutissement d'un intense processus consultatif de différents experts des Caraïbes, du Pacifique, d'Asie du Sud et de régions africaines du Commonwealth. L'ouvrage a également fait l'objet d'un examen rigoureux par ses pairs, notamment des experts renommés de la question afin de garantir son respect des normes internationales.

Le guide identifie un domaine d'attention prioritaire chez les membres les plus pauvres, les plus petits et les plus vulnérables, et offre un outil informatif, présentant un bon rapport coût/efficacité et très apprécié des membres en développement du Commonwealth.

Il est conçu pour servir de référence aux législateurs, experts et chercheurs juridiques et groupes de la société civile. Il explique comment les AII peuvent devenir des outils efficaces pour attirer l'investissement et s'assurer que celui-ci soit favorable au développement durable. Il pourrait être utilisé par les pays en développement lors de la négociation de Traités bilatéraux d'investissement (TBI), mais différentes dispositions sur l'investissement peuvent également être incluses dans les accords de partenariat économique, les accords commerciaux préférentiels et d'autres accords économiques internationaux relatifs à l'investissement.

L'ouvrage analyse les coûts et les bénéfices des approches existantes du point de vue du développement durable. Il présente un menu à options pour les États négociant des AII, notamment des pistes pour des dispositions de traité pouvant renforcer les conditions pour s'assurer que les activités des investisseurs contribuent au développement durable.

Ce bref article présente les défis majeurs de la négociation d'AII, et explique la manière dont le guide peut aider les parties prenantes à les aborder ; enfin, il

présente les caractéristiques essentielles du guide, ses publics cibles et les principales questions politiques qu'il aborde.

#### Les défis liés à la négociation et à la coexistence avec les AII

L'attrait de l'investissement étranger est un pilier de la politique de développement de la plupart des pays en développement. L'une des stratégies pour encourager l'investissement des étrangers consiste à conclure des AII.

La plupart d'entre eux sont des traités bilatéraux d'investissement conclus entre des pays développés exportateurs de capital et des pays en développement importateurs de capital. Ces traités offrent une protection aux investisseurs étrangers opérant dans le pays d'accueil. Les pays en développement espèrent qu'en offrant de telles protections, un AII permettra d'accroître le flux d'investissement étranger en provenance des investisseurs existants et à venir. Mais le lien de causalité entre les AII et les flux entrants d'investissement étranger est faible, et tous les investissements étrangers ne contribuent pas nécessairement au développement durable. Par ailleurs, les types d'AII généralement conclus par les pays développés peuvent restreindre la capacité de l'État d'accueil à réglementer les investisseurs étrangers opérant sur son territoire. Les AII peuvent compliquer la satisfaction d'objectifs essentiels de politique publique, notamment les objectifs de développement des pays, et leur respect des normes en matière d'environnement, des droits humains et des droits du travail.

Les limitations imposées sur les pays d'accueil, combinées aux décisions coûteuses, incohérentes et parfois même surprenantes rendues par les tribunaux arbitraux investisseur-État concernant le sens d'obligations des AII formulées de manière trop large, ont conduit nombre de pays à repenser les obligations qu'un AII devrait inclure.



Les AII peuvent compliquer la satisfaction d'objectifs essentiels de politique publique, notamment les objectifs de développement des pays, et leur respect des normes en matière d'environnement, des droits humains et des droits du travail.



#### Aborder les défis liés aux AII ?

Le guide du Commonwealth vise à expliquer comment les AII peuvent être plus favorables au développement durable des États d'accueil. Il montre en effet comment

les AII peuvent soutenir leurs efforts visant à réglementer les flux entrants d'investissement étranger afin de garantir qu'ils contribuent au développement durable.

Ce faisant, il :

1. Identifie les meilleures pratiques émergentes des accords existants,
2. Suggère de nouvelles dispositions innovantes, et
3. Discute comment les États peuvent atteindre une meilleure cohérence entre leurs AII, leurs autres engagements internationaux et leurs politiques nationales.

### Les caractéristiques essentielles du guide

Le guide inclut les éléments suivants, qui visent à expliquer comment les AII peuvent être plus favorables au développement durable de manière à répondre plus efficacement aux besoins de ses différents utilisateurs :

- Discussion des objectifs majeurs des AII,
- Description de la relation entre AII et flux entrants d'investissement, et entre flux entrants d'investissement et développement durable,
- Présentation des différentes approches actuelles des dispositions des AII,
- Identification de nouvelles manières de modifier les dispositions traditionnelles des AII,
- Description de nouveaux types de dispositions sur le développement durable, pouvant être incluses dans les accords à venir et concernant l'évaluation de la durabilité, les droits humains, les droits du travail, la protection de l'environnement et la corruption.
- Explication des implications politiques de toutes les dispositions discutées et évaluation de leurs coûts et bénéfices,
- Exemples de dispositions.

### À qui ce guide s'adresse-t-il ?

Le guide vise à répondre aux besoins d'un éventail d'utilisateurs, sous différentes formes :

- Une ressource pour aider les législateurs à faire des choix politiques en connaissance de cause,
- Un manuel pour les négociateurs,
- Une référence technique pour les experts et chercheurs juridiques,
- Une source d'information sur les AII pour les groupes et militants de la société civile.

### Les principales questions politiques abordées

Le guide aborde grand nombre des effets potentiels des

AII en matière sociale, culturelle et environnementale. Il explique également les débats actuels concernant l'interprétation juridique des différentes dispositions des AII. Les questions soulevées incluent :

- Les AII contribuent-ils à la croissance économique ?
- Comment les AII peuvent-ils contribuer au développement durable ?
- Comment les AII peuvent-ils encourager l'investissement plus efficacement ?
- Quelles sont les conséquences des AII sur la souveraineté de l'État en matière de réglementation ?
- Comment les pays d'origine des investisseurs peuvent-ils s'engager à soutenir le développement durable des pays d'accueil ?
- Les AII peuvent-ils être utilisés pour mettre en œuvre des obligations internationales en matière de droits humains et pour promouvoir la responsabilité sociale des entreprises ?
- Comment les AII interagissent-ils avec les obligations de l'OMC, les autres accords d'investissement et la politique nationale ?
- Les AII devraient-ils inclure le règlement des différends investisseur-État ?
- Quels types de changement peuvent être apportés à la procédure d'arbitrage investisseur-État pour la rendre moins coûteuse pour les États et plus prévisible ?

### Conclusions

Le guide ne prétend pas être normatif, et il comporte d'ailleurs des limites. Il ne compare pas les AII aux engagements pris au titre de contrats d'investissement ou d'assurance, qui peuvent substituer ou compléter les AII pour encourager l'investissement. D'autre part, l'accent mis par le guide sur les AII semble suggérer que ces outils constituent la meilleure ou la seule approche pour attirer et retenir l'investissement étranger. D'autres politiques pourraient être préférables, ou s'avérer plus efficaces.

Plutôt que de passer en revue l'ensemble des approches possibles pour attirer l'investissement, le guide vise à aider les pays en développement ayant déjà des AII et voulant en négocier de nouveaux. Son objectif majeur vise à représenter une source d'informations utiles et d'analyses pour les pays ayant négocié des AII, ou envisageant de le faire.

### Auteur

Mme Veniana Qalo est Responsable suppléante et conseillère, de la Section pour le commerce international et la coopération régionale, de la Division des affaires économiques du Secrétariat du Commonwealth. Le guide mentionné dans cet article a été élaboré pour le Secrétariat du Commonwealth par les Professeurs Anthony VanDuzer, Graham Mayeda et Penelope Simons de l'Université d'Ottawa. L'opinion reflétée dans le présent article est celle de l'auteur et ne reflète pas l'opinion du Secrétariat du Commonwealth ou de ses membres.

# Nouvelles en bref

## **Le Canada fait l'objet de plaintes d'investisseurs en lien avec des politiques provinciales sur l'énergie et l'environnement**

Au cours des derniers mois, le gouvernement canadien a reçu deux plaintes relatives à des politiques relatives à l'énergie et à l'environnement adoptées par ses provinces. Les deux investisseurs ont présenté à Ottawa un avis de leur intention de soumettre leur demande à un arbitrage au titre du chapitre sur l'investissement de l'ALENA.

Une entreprise d'énergie du Delaware conteste les restrictions sur le développement des ressources en gaz de schiste imposées par la province de Québec. Lone Pine Resources Inc. a demandé une compensation de plus de 250 millions CAD.

Lone Pine conteste une loi promulguée en juin 2012 révoquant les permis d'exploration pétroliers et gaziers dans la zone située au sud du Saint Laurent ; cette loi a été adoptée suite à un moratoire partiel sur la fracturation hydraulique au Québec.

Le gouvernement de Québec est préoccupé par les conséquences environnementales de la fracturation hydraulique, ou « fracking » – technique qui consiste à injecter de l'eau et des produits chimiques sous très haute pression pour fracturer le schiste et en extraire le gaz, situé dans le sous-sol. Le gouvernement provincial a commandé une étude environnementale sur la fracturation hydraulique, qui devrait être rendue en 2014.

Un deuxième avis d'intention a été présenté par une entreprise d'énergie éolienne américaine, Windstream Energy LLC. La demande de l'entreprise concerne un moratoire sur les fermes éoliennes offshore adopté par la province de l'Ontario. L'entreprise demande 475 millions CAD à titre de compensation.

La filiale canadienne de Windstream a conclu un contrat de tarifs de rachat garantis (TRG) avec la Province de l'Ontario en 2009 pour un projet éolien offshore. L'entreprise prétend que l'Ontario s'était engagé à faciliter le processus d'approbation pour les projets faisant l'objet d'un contrat TRG.

Toutefois, le projet a été suspendu suite à un moratoire de début 2011 sur les nouveaux

projets éoliens offshore. La Province affirme avoir besoin de davantage de recherche scientifique sur l'impact des projets éoliens offshore – mais Windstream affirme que c'est l'opposition publique aux projets éoliens et les préoccupations liées aux coûts qui sont les vraies raisons derrière le moratoire. Windstream met en avant des violations des dispositions de l'ALENA sur l'expropriation et le traitement juste et équitable. L'entreprise avance également qu'en donnant aux autres investisseurs un traitement plus favorable – elle affirme par exemple que c'est la seule entreprise ayant signé un contrat TRG à avoir été sujette à un moratoire – le Canada a violé ses engagements de non discrimination.

L'avis d'intention de Windstream daté du 17 octobre 2012 est disponible sur : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/windstream-1.pdf>

L'avis d'intention de Lone Pine daté du 8 novembre 2012 est disponible sur : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/lone-1.pdf>

## **L'UE adopte une loi sur les traités d'investissement de ses États membres**

En décembre, les trois institutions européennes en charge de la législation – la Commission, le Conseil des ministres et le Parlement européens – sont convenues d'une nouvelle loi régissant les traités d'investissement bilatéraux.

Suite au Traité de Lisbonne, l'UE étudiait la manière de gérer les 1 200 traités d'investissement existants entre ses États membres et des pays tiers. Entré en vigueur le 1er décembre 2009, le Traité de Lisbonne donne la compétence exclusive de l'investissement étranger direct à l'UE, faisant ainsi passer le pouvoir de négocier des traités d'investissement avec des pays tiers des États membres à l'Union.

La Commission européenne avait présenté un premier projet de la loi en 2010 ; après quelques modifications, il a servi de base à la loi promulguée en décembre.

Selon une déclaration de la Commission européenne du 12 décembre 2012, la nouvelle loi assurera une transition en douceur vers la nouvelle politique d'investissement de

l'UE, en : a) offrant une certitude juridique aux investisseurs européens et étrangers bénéficiant des traités existants ; b) permettant aux États membres de l'UE de négocier de nouveaux TBI « sous certaines conditions ».

La Commission souligne que « les plus de 1 200 Traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres restent valides au titre du droit international ».

Concernant les traités à venir, la loi permet aux États membres de négocier des traités avec les pays tiers si ces derniers ne font pas déjà l'objet d'accords avec l'UE dans sa globalité. La Commission stipule que les négociations « seront conditionnelles et leur processus étroitement surveillé par la Commission, afin de garantir la compatibilité générale avec la politique d'investissement commune de l'UE.

Toutefois, la Commission souhaite qu'à plus long terme, les accords conclus avec l'UE en tant qu'entité unique remplacent le réseau actuel d'accords bilatéraux négociés par ses membres.

En attendant, le travail se poursuit pour l'élaboration du nouveau cadre juridique de l'UE, et de positions pour la négociation de nouveaux traités. Par exemple, en mai 2012, la Commission a émis un projet de texte sur le règlement des différends investisseur-État dans les traités d'investissement de l'UE<sup>1</sup>.

L'UE négocie actuellement des accords d'investissement avec Singapour, le Canada et l'Inde, dans le cadre d'accords plus larges de libre-échange. Elle prépare également des négociations avec le Maroc, la Tunisie, la Jordanie, l'Égypte et le Japon, et étudie la possibilité de conclure un accord avec la Chine.

### **L'Espagne s'avance vers une autre demande éventuelle relative à la réduction des subventions à l'énergie**

L'Espagne pourrait faire l'objet d'une demande au titre du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) relative à une loi sur l'énergie décrite comme « des mesures fiscales en faveur de l'énergie durable ».

Un gestionnaire d'infrastructures de la Deutsche Bank, Rreef Infrastructure, conteste un plan qui prévoit de nouvelles mesures

fiscales et incluses dans la loi adoptée par le gouvernement espagnol en septembre dernier. Au titre du plan, qui doit encore être approuvé par le parlement, un nouvel impôt de 6 % sera appliqué aux profits dérivés des installations de production d'électricité. Le plan inclut également la réduction des subventions allouées aux installations d'énergie renouvelable qui utilisent également de l'énergie fossile.

La proposition de hausse des impôts a fait face à la fronde des producteurs d'énergie renouvelable. L'Association espagnole de l'énergie éolienne prétend par exemple que l'impôt de 6 % sur la production d'électricité coûtera en 2013, 241 millions d'euros aux producteurs d'énergie éolienne.

Selon la presse espagnole, le Directeur de Rreef, Bernardo Sottomayor aurait affirmé que les mesures fiscales violaient les engagements de l'Espagne au titre du TCE, sans en donner le détail. Il a indiqué que d'autres investisseurs pourraient également se joindre à la demande si la loi sur l'énergie est approuvée par le Parlement.

Cette loi vise à enrayer l'important déficit tarifaire espagnol, qui atteignait 24 milliards € en 2011. Le ministre espagnol de l'Industrie, de l'Énergie et du Tourisme, José Manuel Soria, a affirmé que les nouvelles mesures fiscales permettraient d'annuler le déficit tarifaire d'ici à 2013.

Si Rreef poursuit sa demande, il sera le troisième investisseur à poursuivre l'Espagne au titre du TCE. En novembre 2011, un groupe de 14 investisseurs étrangers ont présenté à l'Espagne leur avis d'arbitrage concernant la réduction des tarifs de l'énergie solaire. D'après le Global Arbitration Review, les investisseurs hollandais et luxembourgeois Charanne et Construction poursuivent également l'Espagne au titre du TCE suite à la modification de 2010 des tarifs de rachat garantis.

#### **Notes**

<sup>1</sup> Pour une description de la proposition de la Commission, voir « Analyse du projet de texte de la Commission européenne sur le règlement des différends investisseur-État dans les accords de l'UE », de Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Investment Treaty News, 19 juillet 2012, [http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd\\_itn\\_july\\_2012\\_fr.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_july_2012_fr.pdf)

# Sentences et décisions

**Décision de 1,76 milliard USD contre l'Équateur dans un différend l'opposant à Occidental ; le tribunal est divisé quant au montant des dommages et intérêts** *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration et Production Company c. la République d'Équateur, Affaire CIRDI n° ARB/06/11*

**Damon Vis-Dunbar**

La République d'Équateur a été condamnée à payer près de 1,80 milliard USD en dommages et intérêts — la plus lourde sentence jamais rendue dans une affaire CIRDI — après qu'un tribunal ait déterminé que la décision équatorienne de résilier le contrat de participation d'une entreprise pétrolière américaine était équivalente à une expropriation.

Si le tribunal était d'accord avec l'Équateur et a reconnu que les demandeurs — Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration et Production Company (OPEC) — avaient violé le contrat de participation, il a toutefois conclu que la réponse de l'Équateur à cette violation était disproportionnée.

*Contexte*

Au titre du contrat de participation avec l'Équateur, Occidental a reçu le droit d'explorer et d'exploiter le pétrole du bloc 15, situé dans la région amazonienne, et de garder une partie du pétrole qu'elle produisait.

Le différend trouve son origine dans un « accord d'affermage » conclu avec Alberta Oil Corporation (AEC), qui offre à l'entreprise canadienne un intérêt économique de 40 % dans les opérations d'Occidental. Occidental et AEC envisageaient également une deuxième étape au contrat, au cours de laquelle AEC recevrait la propriété juridique des opérations dans le bloc 15.

Quelque quatre années plus tard, suite à une sentence de 75 millions USD en faveur d'Occidental dans une autre affaire l'opposant à l'Équateur, l'accord d'affermage s'est retrouvé sous la loupe des autorités équatoriennes. L'accord avec AEC entraînera au final la résiliation par le Ministère de l'énergie du contrat avec Occidental en mai 2006.

*Le consentement était-il requis ?*

Un point essentiel de contentieux consistait à savoir si Occidental avait besoin du consentement de l'Équateur avec de conclure un contrat d'affermage avec AEC. Au titre du contrat de participation entre Occidental et l'Équateur, l'accord du gouvernement était effectivement requis pour transférer les droits au titre du contrat à un tiers.

Occidental a avancé que le contrat d'affermage n'offrait à AEC qu'un intérêt économique dans le projet ; ce n'est qu'à la deuxième étape de l'accord qu'AEC aurait reçu le titre juridique et que les droits auraient été transférés.

En soutenant l'Équateur, le tribunal a toutefois déterminé qu'AEC avait reçu plus qu'un intérêt économique et qu'elle avait également reçu des droits de gestion et de vote au titre de son accord avec Occidental. Aussi, le tribunal a conclu qu'Occidental avait commis une « grave erreur » en n'obtenant pas l'accord du gouvernement.

Pourtant le tribunal a ajouté qu'Occidental n'avait pas agi de mauvaise foi. S'il a remarqué que l'entreprise avait été maladroite dans sa communication avec le Ministère de l'énergie et des mines – et semblait divisée en interne quant à la nécessité d'obtenir l'accord de l'Équateur – elle n'a pas tenté de cacher l'existence de l'accord. Ce dernier a en effet été annoncé dans un communiqué de presse et discuté avec des agents gouvernementaux même si l'accord en lui-même n'a pas été communiqué au gouvernement.  
*La réponse a-t-elle été proportionnelle ?*

Le tribunal a ensuite examiné si la décision du gouvernement de résilier le contrat avec Occidental était une réponse

proportionnelle à la violation de l'entreprise pétrolière. Après avoir examiné le principe de proportionnalité dans les droits équatorien et international, il a décidé qu'elle n'était pas proportionnelle.

Cette décision a été influencée par le fait que l'accord d'affermage n'avait causé aucun tort économique à l'Équateur. Le tribunal a remarqué qu'AEC était déjà un opérateur agréé en Équateur, et qu'« il était très fortement probable que le consentement aurait été concédé s'il avait été demandé en octobre 2000 ».

Le tribunal a également impliqué que la réponse équatorienne était partiellement motivée par le fait que l'Équateur avait récemment perdu un arbitrage contre Occidental dans une demande investisseur-État concernant la taxe sur la valeur ajoutée. Cette décision avait provoqué un important retour de bâton public et politique contre Occidental.

« Il suffit de voir que la sentence sur la TVA semble avoir entraîné une grande dose de mauvaises opinions contre l'OPEC, tout comme le fait de découvrir que l'OPEC avait transféré des droits au titre du contrat de participation en violation des lois équatoriennes », a écrit le tribunal.

Celui-ci a également souligné que d'autres options moins sévères s'ouvraient au gouvernement, notamment exiger des frais de transfert d'Occidental et réviser le contrat de production afin d'en améliorer les termes pour l'Équateur. Le tribunal remarqua également que le Ministère de l'énergie et des mines n'avait pas résilié les contrats d'autres entreprises ayant commis des infractions similaires.

Après avoir déterminé que la réponse de l'Équateur n'était pas proportionnelle dans le contexte des lois équatorienne et internationale, le tribunal « n'a pas hésité » à déclarer qu'il s'agissait d'une violation de l'obligation de traitement juste et équitable et qu'elle équivalait à une expropriation au titre du TBI Équateur-États-Unis.

*Les arbitres ne sont pas d'accord quant aux dommages et intérêts*

Après un examen approfondi de la question des dommages et intérêts, la majorité du tribunal, L. Yves Fortier (le président) et David A.R. Williams (nommé par le demandeur) a déterminé un montant de 2,35 milliards USD. La majorité a ensuite réduit ce montant de 25 % compte tenu de la violation du contrat de production par Occidental.

Brigitte Stern, nommée par l'Équateur, était d'accord avec la majorité sur le fait que le pays avait agi de manière disproportionnée en résiliant le contrat avec Occidental. Toutefois, dans une vive opinion divergente, elle exprime son désaccord avec la décision de la majorité concernant le montant des dommages et intérêts.

À son sens, Occidental ne pouvait prétendre qu'à 60 % des dommages et intérêts puisqu'elle avait transféré 40 % de son contrat de participation à AEC.

Contrairement à la majorité, le Professeur Stern a déterminé que l'accord d'affermage ne pouvait être considéré comme « inexistant » ou nul suite à la résiliation par l'Équateur du contrat de participation. Au contraire, cet accord devait être considéré comme valide et contraignant jusqu'à ce qu'un tribunal n'en décide autrement.

Le Professeur Stern affirmait qu'une lecture sélective des affaires impliquant l'Équateur, et un éventuel appui sur des traductions erronées avait conduit la majorité à injustement déclarer l'accord d'affermage invalide, et ce faisant elle avait « manifestement dépassé son champ de compétence ».

La décision de la majorité concernant les dommages est « une violation des principes fondamentaux du droit international » écrit le Professeur Stern, avant de décrire deux conclusions inacceptables de cette décision. Soit Occidental donne 40 % des dommages et intérêts à AEC, « ce qui signifie que la

majorité a en fait accordé des dommages et intérêts à AEC/Andes – ce qui serait un excès manifeste de pouvoir... », soit Occidental conserve la totalité de la somme, « mais dans ce cas la décision de la majorité ferme les yeux sur la violation du principe international contre l'enrichissement sans cause ».

L'opinion divergente du Professeur Stern offre notamment des armes pour une demande d'annulation – « l'un des rares motifs d'annulation d'une demande rendue par un tribunal qui a manifestement excédé ses pouvoirs ». L'Équateur a annoncé son intention de demander l'annulation de la décision.

La décision est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>

L'opinion divergente du Professeur Brigitte Stern est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1096.pdf>

**Le différend opposant Quilborax à la Bolivie entre dans la phase de l'examen quant au fond** *Quilborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. et Allan Fosc Kaplún c. l'État plurinational de Bolivie* Affaire CIRDI n° ARB/06/2, décision sur la compétence  
**Larisa Babiy**

Le 27 septembre 2012, soit sept ans après le dépôt de la notification d'arbitrage, un tribunal arbitral a décidé d'affirmer sa compétence dans une affaire opposant des investisseurs chiliens à l'État plurinational de Bolivie.

Quilborax, une entreprise minière chilienne, M. Allan Fosc, son Directeur financier, et Non Metallic Minerals (NMM), une entreprise minière bolivienne dans laquelle Quilborax prétendait être l'actionnaire majoritaire, prétendaient que la Bolivie avait injustement révoqué les 11 concessions minières de NMM. Les demandeurs avançaient entre autres que la Bolivie avait violé le TBI Bolivie-Chili en ne leur accordant pas un traitement juste et équitable et en les expropriant.

La Bolivie a présenté plusieurs objections à la compétence du tribunal. Elle a d'abord argué que les demandeurs n'étaient pas des investisseurs au sens du TBI et les accusait d'avoir fabriqué des preuves du contraire dans le seul but d'accéder à l'arbitrage du CIRDI. Ensuite, le pays affirmait que les demandeurs n'avaient pas réalisé un investissement au sens du TBI et de la Convention du CIRDI. Finalement, elle a déclaré que les demandeurs ne pouvaient pas invoquer la protection du TBI, puisque leur investissement violait la législation bolivienne.

*Kompetenz-kompetenz*

La première phrase de la procédure a été inhabituellement riche en événements.

Les deux parties ont demandé de multiples extensions de temps afin de finaliser un accord de règlement qu'elles n'ont finalement jamais conclu. En 2009, l'arbitrage a repris et la Bolivie a entamé une procédure pénale contre M. Fosc et d'autres pour déterminer s'ils avaient fabriqué des preuves pour démontrer leur statut d'investisseurs. Suite à cela, les demandeurs ont déposé une demande de mesures temporaires auprès du tribunal arbitral et ont obtenu une décision ordonnant à la Bolivie de suspendre la procédure pénale. La Bolivie a alors contesté, c'est inhabituel, tous les membres du tribunal, mais cette demande a été rejetée par le Secrétaire général du CIRDI.

Lors de la phase de la compétence, les demandeurs ont argué qu'à travers sa conduite dans l'arbitrage, la Bolivie avait perdu son droit à s'opposer à la compétence du tribunal. Ils ont invoqué les pouvoirs inhérents du tribunal à préserver l'intégrité de la procédure, et ont demandé aux arbitres de déclarer les objections de la Bolivie irrecevables. Le tribunal a toutefois donné raison à la Bolivie et affirmé qu'il ne pouvait renoncer à déterminer sa propre compétence, en vertu du principe de *Kompetenz-Kompetenz* (le principe au titre duquel un tribunal

a compétence pour déterminer sa propre compétence).

Un autre point contentieux consistait à déterminer si les preuves obtenues pendant la procédure pénale contre M. Fosc étaient recevables ou non. Rejetant l'objection des demandeurs, le tribunal a considéré qu'il avait toute discrétion pour se prononcer sur l'admissibilité de toute preuve qui lui serait présentée. Il a ensuite conclu que les preuves de la procédure pénale étaient recevables, et que leur valeur probante serait abordée le cas échéant.

*La Bolivie remet en cause l'acquisition de NMM par Quilborax*

Selon les demandeurs, Quilborax et M. Fosc sont devenus les actionnaires majoritaires de NMM en 2001. La Bolivie prétendait, quant à elle, que le tribunal n'avait pas compétence *ratione personae* puisque les demandeurs n'étaient jamais devenus actionnaires de l'entreprise. La Bolivie prétendait au contraire que les demandeurs avaient sur ce point présenté des preuves fabriquées.

Elle prétendait que l'enchaînement des transactions qui aurait résulté de l'acquisition de NMM était absurde, que les demandeurs n'avaient pas présenté les documents essentiels permettant de démontrer l'acquisition et que ceux communiqués présentaient de nombreuses irrégularités.

Le tribunal a étudié le dossier de l'affaire dans sa totalité et a déterminé que, malgré quelques « contradictions d'ordre documentaire », les faits relatés par les demandeurs étaient « cohérents et bien documentés », et donc, qu'il avait compétence *ratione personae* sur le différend.

*Une définition objective de l'investissement*

La Bolivie affirmait que le tribunal n'avait pas compétence pour entendre le différend puisque les demandeurs n'avaient pas réalisé un investissement au sens du TBI et de la Convention du CIRDI. L'État d'accueil prétendait que la certitude juridique exigeait une définition objective de l'investissement et proposait un test basé sur six critères, notamment la conformité aux lois de l'État, la contribution à son développement économique et la bonne foi.

Le tribunal a affirmé que la Convention du CIRDI contenait une définition objective de l'investissement, qui doit être respectée qu'elle que soit la définition de l'investissement dans le TBI. Il a déclaré que la définition comprenait trois éléments : la contribution financière et matérielle, la durée et les risques. Le tribunal a considéré que la contribution au développement de l'État d'accueil « pouvait très bien être la conséquence d'un investissement réussi », mais qu'elle ne faisait pas partie de sa définition. Le tribunal a également considéré que ni la conformité aux lois du pays, ni le respect de la bonne foi ne permettaient de déterminer l'existence d'un investissement. En gardant cela à l'esprit, le tribunal a partiellement confirmé l'objection de la Bolivie et décidé que M. Fosc, ne détenant qu'une seule part de NMM, n'avait fait aucune contribution financière ou matérielle, et n'avait pas réalisé un investissement. Les arbitres ont toutefois considéré que Quilborax, détenant 51 % des parts de NMM, avait en effet investi en Bolivie.

*L'exigence de légalité comportait des limites à la fois sur le fond et temporelles*

La Bolivie s'opposait à la compétence du tribunal affirmant que le transfert des parts de NMM par les demandeurs avait été fait en violation de la législation bolivienne et donc en violation de l'exigence de légalité présente dans le TBI. Le pays a proposé une large interprétation de cette exigence, précisant qu'elle concernait toute violation de la législation bolivienne, quels que soient sa gravité et le moment de sa survenance.

Les demandeurs soutenaient quant à eux une approche plus étroite. Ils maintenaient que l'exigence de légalité ne s'appliquait qu'aux violations des principes fondamentaux ou du régime d'investissement de l'État d'accueil et qu'elle était

limitée au moment de l'établissement de l'investissement. Ils prétendaient en outre que la Bolivie n'avait plus la possibilité d'émettre une telle objection puisqu'elle ne l'avait pas fait au cours des négociations de près de trois ans.

Le tribunal n'a été convaincu par aucune des approches proposées. Il considéra que l'exigence comporte à la fois des limites sur le fond et temporelles. Du point de vue temporel, elle est limitée à l'établissement de l'investissement. Du point de vue du fond, en revanche, elle ne concerne que les « violations non triviales » des lois du pays d'accueil, les violations de son régime relatif à l'investissement étranger et la fraude.

Finalement, le tribunal a conclu que le fait que les parties se soient engagées dans de longues discussions en vue d'un règlement ne pouvait empêcher la Bolivie de contester la légalité de l'investissement au cours de l'arbitrage. Selon le tribunal, une conclusion différente aurait un « effet douche froide sur la volonté du pays d'accueil à participer à des négociations en vue d'un règlement ».

Le tribunal était composé du Professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler (la présidente), de Marc Lalonde (nommé par les demandeurs) et du Prof. Brigitte Stern (nommée par la Bolivie).

La décision est disponible en anglais sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1098.pdf>

Et en espagnol sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1099.pdf>

**Une affaire lancée par une entreprise américaine de construction contre l'Ukraine est rejetée** *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise c. Ukraine, Affaire CIRDI n°ARB/08/11*  
**Damon Vis-Dunbar**

Dans une décision datée du 25 octobre 2012, un tribunal du CIRDI a rejeté toutes les demandes contre l'Ukraine formulées par une entreprise étasunienne de construction et sa filiale ukrainienne.

*Contexte*

Les demandeurs, Bosh International, Inc, et B&P Ltd Foreign Investments Enterprise, ont lancé une co-entreprise afin de développer et de gérer un complexe hôtelier avec l'université Taras-Chevtchenko de Kiev en 2003. Plusieurs années plus tard, un audit de l'accord par l'Université a mis au jour plusieurs irrégularités. Par exemple, alors que le bâtiment était destiné à offrir des activités éducatives, l'audit a déterminé que les installations avaient été largement utilisées pour organiser des séminaires commerciaux. Un second audit réalisé par un bureau du Ministère des finances – le Bureau général de contrôle et de révision (BCR) – a soulevé les mêmes préoccupations.

L'audit du ministère recommandait une série d'actions, notamment que l'université envisage de résilier son contrat avec B&P.

Peu de temps après, l'université a entamé une procédure judiciaire. Un tribunal local a rejeté la demande de l'université, mais elle a été soumise de nouveau à un tribunal commercial qui a émis un jugement résiliant l'accord de co-entreprise avec B&P.

*Le tribunal examine l'attribution*

Les demandeurs arguaient que les actions des tribunaux ukrainiens, du Ministère de la Justice, du BCR et de l'Université de Kiev étaient attribuables à l'État ukrainien. Si le tribunal n'a pas eu de mal à considérer les actions des ministères et des tribunaux comme attribuables à l'Ukraine, il a cherché à savoir si cela valait aussi pour l'Université.

S'appuyant sur les articles de la Commission du droit international relatifs à la responsabilité de l'État, le tribunal

détermina que l'Université ne pouvait être considérée comme un organe de l'État. Mais le tribunal a considéré que la question consistant à savoir si l'Université avait fait montre d'autorité gouvernementale était plus complexe.

Bien qu'il s'agisse d'une entité juridique distincte largement autonome, le tribunal considéra également que l'Université avait fait preuve d'une certaine autorité gouvernementale, par exemple en fournissant des services éducatifs et en gérant des biens de l'État.

Le tribunal conclut toutefois que l'accord de l'Université avec B&P ne concernait pas ses fonctions gouvernementales, et concernait plutôt « une activité privée ou commerciale visant à assurer des bénéfices commerciaux pour les deux parties ».

*Les demandes basées sur le TJE et l'expropriation sont rejetées*

Les demandeurs arguaient que l'Ukraine avait violé ses engagements en matière de traitement juste et équitable et d'expropriation au titre du TBI États-Unis-Ukraine. Une demande au titre de la clause parapluie du TBI a également été mise en avant.

Pour étayer leurs demandes basées sur le TJE et l'expropriation, les demandeurs ont allégué que le BCR avait instruit l'Université de résilier son contrat avec B&P, outrepassant son mandat ce faisant. Les demandeurs avançaient également que l'audit réalisé par le BCR était arbitraire et irrégulier.

Se penchant sur les preuves, le tribunal détermina que ces demandes n'étaient pas fondées : l'audit du BCR semblait être conforme à la législation ukrainienne, et B&P avait bénéficié d'une procédure régulière.

Le tribunal n'a pas non plus accepté l'argument des demandeurs selon lequel le BCR avait instruit l'Université de résilier le contrat. Au contraire, la recommandation du BCR parlait « d'envisager » la résiliation, aussi, le BCR ne pouvait être tenu responsable de l'expropriation. L'argument des demandeurs selon lequel l'Université n'avait pas agi de bonne foi a également été rejeté. Le tribunal fit ici référence à sa décision précédente selon laquelle les actions de l'Université ne pouvaient être attribuées à l'État.

*La clause parapluie*

Les demandeurs ont fait référence à la clause parapluie du TBI (qui stipule que « Chacune des parties observera toute obligation contractée relative aux investissements ») et alléguaient que l'Ukraine était responsable des violations contractuelles commises par l'Université.

Pour y répondre, le tribunal examina si « Chacune des parties » faisait uniquement référence aux États parties, ou si l'expression s'étendait également aux entités contrôlées par l'État. Il remarqua que le TBI distinguait les « Parties » des « Entreprises d'État », deux entités juridiques.

Au sens du tribunal, la « Partie » de la clause parapluie fait référence à une partie agissant en qualité d'État. Compte tenu de sa décision précédente selon laquelle l'accord entre l'Université et B&P ne pouvait être attribué à l'État, le tribunal conclut que l'Ukraine n'avait contracté aucune obligation vis-à-vis des demandeurs.

Le tribunal considéra sa décision « renforcée » par le fait que, en étudiant 20 affaires impliquant des demandes basées sur la clause parapluie, aucune ne concernait un « contrat conclu par un investisseur et une entité comparable à l'Université ».

D'ailleurs, afin d'être exhaustif, le tribunal a cherché à savoir quelle aurait été sa conclusion si la conduite de l'Université pouvait être attribuée à l'État. S'alignant avec les décisions d'affaires telles que *Société Générale de Surveillance v. la République des Philippines*, le tribunal a conclu qu'une clause

parapluie ne pouvait « outrepasser » les clauses de résolution des différends incluses dans un contrat. Au contraire, avant d'invoquer la clause parapluie, « le demandeur en question devait respecter les dispositions de règlement des différends incluses dans ce contrat ».

Dans le cas du contrat entre les demandeurs et l'Université, les différends devaient être réglés conformément à la législation ukrainienne. Puisque le différend portant sur le contrat entre B&P et l'Université avait déjà été étudié par les tribunaux ukrainiens, puis résilié sur ordre de la cour, le tribunal arbitral déterminait que les demandeurs ne pouvaient plus présenter une demande pour violation du contrat au titre de la clause parapluie.

#### *Les tribunaux ukrainiens n'ont pas fauté*

La demande finale des demandeurs affirmait que les tribunaux ukrainiens n'avaient pas respecté le principe de la chose jugée, et avaient commis ce faisant une violation du traitement juste et équitable au titre du TBI.

Les demandeurs soulignaient le fait que la première tentative de l'Université de résilier son contrat avec B&P devant un tribunal commercial avait échoué, car le tribunal n'avait pas retenu sa compétence. Plutôt que de faire appel de la décision, la demande a été présentée de nouveau à un autre juge commercial, qui a convenu de résilier le contrat.

Le tribunal déterminait toutefois que le juge avait agi conformément à la législation ukrainienne. Même du point de vue du droit international, les tribunaux ne pouvaient être considérés comme s'étant opposés à l'opportunité judiciaire.

Le tribunal souligna que les demandeurs avaient eu l'occasion de présenter leurs demandes aux tribunaux ukrainiens, mais l'avaient déclinée. « À cet égard », a écrit le tribunal, « il semble à ce tribunal que les demandeurs sont liés par leur stratégie juridique et ses conséquences ».

#### *Les coûts*

Le tribunal a ordonné aux demandeurs de contribuer aux frais juridiques de l'Ukraine à hauteur de 150 000 USD (un sixième des frais du pays) compte tenu des retards des procédures lancées par les demandeurs. Chacune des parties devra s'acquitter de la moitié des coûts du CIRDI.

Le tribunal était composé de Dr. Gavan Griffith (président), du Professeur Philippe Sands (nommé par les demandeurs), et du Professeur Donald McRae (nommé par le défendeur).

La décision est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1118.pdf>

### **Une filiale de ConocoPhillips gagne 66,8 millions USD contre une entreprise pétrolière appartenant au Venezuela** *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited (Bermude) et ConocoPhillips Petrozuata B.V. c. Petroleos de Venezuela, S.A., CIC* **Patricia Cristina Ngochua**

Un tribunal de la Chambre internationale du commerce a accordé à une filiale de ConocoPhillips 66,8 millions USD contre l'entreprise étatique Petroleos de Venezuela, S.A. (PDVSA). Dans la même décision datée du 17 septembre 2012, le tribunal rejetait une demande de 102,9 millions USD d'une autre filiale de ConocoPhillips contre PDVSA.

La procédure regroupait deux demandes d'arbitrages distinctes survenant au titre de l'accord conclu entre les demandeurs et les filiales de PDVSA et concernant des investissements dans les projets Petrozuata et Hamaca.

#### *Le projet Petrozuata*

ConocoPhillips avançait que Maraven, filiale de PDVSA avait violé une convention de garantie conclue avec PDVSA en

n'absorbant pas les réductions de la production de pétrole imposées par le gouvernement du Venezuela sur sa propre production, en tant que membre de l'OPEP.

En se prononçant en faveur de ConocoPhillips, le tribunal a rejeté l'argument de PDVSA selon lequel les limitations de la production ordonnées par le gouvernement vénézuélien constituaient un « hecho del principe » (c.-à-d. une cause externe non-imputable) au titre du Code civil vénézuélien. Ce principe excuse le non-respect d'une obligation contractuelle lorsque ce non-respect ne peut être évité, est basé sur le principe de bonne foi, et ne pouvait être prévu.

En arrivant à cette conclusion, le tribunal nota que PDVSA ne s'était pas acquitté du lourd fardeau de la preuve requis pour justifier le non-respect par Maraven de ses obligations.

Dans sa défense, PDVSA a également avancé que la « Loi sur la migration » de 2007 avait eu pour effet d'éteindre tous les accords contractuels liés au projet Petrozuata. ConocoPhillips a toutefois contré que cela reviendrait à donner un effet rétroactif à la Loi sur la migration, ce qui est proscrit par la constitution du Venezuela.

En se prononçant en faveur de ConocoPhillips, le tribunal concédait que si l'on considérait la demande de ConocoPhillips comme éteinte, cela reviendrait à donner un effet rétroactif à la loi sur la migration. Le tribunal rejeta les affirmations de PDVSA selon lesquelles la loi sur la migration était d'intérêt public, et donc pouvait représenter une exception au principe interdisant l'effet rétroactif d'une loi.

#### *Le projet Hamaca*

Ici ConocoPhillips avançait que Corpoguanipa, une autre filiale de PDVSA avait violé ses obligations contractuelles en n'organisant pas une réunion du conseil qui aurait pu permettre l'adoption de mesures visant à atténuer les effets des réductions de la production demandées par l'OPEP.

Le tribunal a toutefois conclu que ConocoPhillips n'avait pas établi un lien causal suffisant entre sa demande de dommages et intérêts résultant de la décision de Corpoguanipa de ne pas convoquer de réunion du conseil et la prétendue violation par cette dernière de ses obligations contractuelles.

Le tribunal remarqua également que les obligations de PDVSA au titre de la convention de garantie Hamaca limitaient sa responsabilité à des « obligations spécifiques à Corpoguanipa ». Puisque les dispositions du contrat étayant la demande de ConocoPhillips n'étaient pas liées à des obligations spécifiques à Corpoguanipa, mais visaient plus généralement à offrir un système de redistribution proportionnée en cas de réduction de la production, le tribunal déterminait que PDVSA n'était pas redevable envers ConocoPhillips.

Cet arbitrage de la CIC est distinct d'une procédure en cours lancée par ConocoPhillips auprès d'un tribunal du CIRDI en 2007 après que le Venezuela ait promulgué une série de lois nationalisant les investissements de ConocoPhillips dans les projets Petrozuata et Hamaca, et le projet de développement offshore Corocoro.

#### *Coûts et dépenses*

Les coûts de l'arbitrage ont été fixés à 820 000 USD, devant être payés équitablement par chacune des parties. Les demandeurs et le défendeur ont été condamnés à payer leurs propres frais de représentation.

Le tribunal était composé de Pierre Tercier (président), Horacio Alberto Grigería Naon (nommé par les demandeurs), et Ahmed Sadek El-Kosheri (nommé par le défendeur).

La décision est disponible sur : <http://www.iareporter.com/downloads/20120924/download>

# Ressources et événements

## Ressources

### L'investissement étranger direct et le développement humain : Le droit et l'économie des Accords internationaux d'investissement

Édité par Olivier De Schutter, Johan Swinnen, Jan Wouters.  
Routledge, novembre 2012

Ce livre présente une recherche initiale qui étudie la croissance des accords internationaux d'investissement comme moyen pour attirer l'investissement étranger direct et examine comment ils affectent la capacité des pays importateurs de capital à poursuivre leurs objectifs de développement. L'ouvrage utilise des analyses économique et juridique pour répondre aux questions qui sont maintenant au cœur des discussions relatives aux effets de la mondialisation économique sur les droits et le développement humains. Il explique les dangers pour les pays développement de céder à la tentation de « manifester » leur désir d'attirer des investisseurs en leur offrant de très larges protections qui annuleraient, ou tout au moins réduiraient considérablement les bénéfices qu'ils sont en droit d'attendre de l'arrivée d'IED. L'ouvrage considère également une variété d'outils pouvant être utilisés aussi bien par les pays exportateurs que par les pays importateurs de capital, afin de garantir que l'IED contribue au développement, tout comme les accords internationaux d'investissement. Le livre peut être commandé sur : <http://www.routledge.com/books/details/9780415535489/>

### L'expropriation indirecte en droit international des investissements

Par Suzy H. Nikiema, PUF, The Graduate Institute Geneva, Novembre 2012.

Le droit international des investissements suscite un intérêt croissant en raison de la multiplication des traités de protection des investissements étrangers et des possibilités nouvelles offertes aux investisseurs de saisir directement des tribunaux arbitraux internationaux. L'expropriation indirecte dont un investisseur étranger serait victime est un sujet controversé et d'actualité, car elle s'inscrit dans un contexte de confrontation entre l'intérêt privé de l'investisseur étranger et l'intérêt public de l'État d'accueil de l'investissement. Contrairement à l'expropriation directe dont le classicisme est éprouvé, la définition de l'expropriation indirecte comporte encore des zones d'ombres. La question cruciale examinée dans ce livre est celle de la détermination des conditions dans lesquelles une mesure étatique quelconque peut être qualifiée d'expropriation indirecte et ouvrir par conséquent droit à une indemnisation. Ce livre offre ainsi une nouvelle grille d'analyse et propose des critères de définition à la fois juridiquement applicables et perméables aux préoccupations des États et des investisseurs. Cet ouvrage a le mérite de proposer des solutions originales, tout en s'appuyant sur une analyse détaillée et complète des traités, des sentences arbitrales et de la doctrine. Le livre est en vente sur : [http://www.amazon.fr/L'expropriation-indirecte-droit-international-investissements/dp/294050301X/ref=sr\\_1\\_fkmr0\\_1?ie=UTF8&qid=1354199287&sr=8-1-fkmr0](http://www.amazon.fr/L'expropriation-indirecte-droit-international-investissements/dp/294050301X/ref=sr_1_fkmr0_1?ie=UTF8&qid=1354199287&sr=8-1-fkmr0)

### Intégrer le développement durable dans les accords internationaux d'investissement : guide pour les négociateurs des pays en développement

Par J. Anthony VanDuzer, Penelope Simons et Graham Mayeda.  
Secrétariat du Commonwealth, 2013

Ce guide est conçu pour aider les pays en développement à négocier des AI promouvant plus efficacement le développement durable. Il identifie et consolide les meilleures pratiques émergentes dans les modèles existants de traités, évaluant les coûts et les bénéfices de différentes approches ; il suggère de nouvelles dispositions innovantes visant à encourager les flux d'investissement étranger ; et souligne comment les États peuvent rendre leurs AI cohérents. Le guide aborde les obligations substantielles de l'État d'accueil vis-à-vis de la protection de l'investissement ; de nouvelles dispositions traitant de la question du développement durable ; le règlement des différends ; la promotion de l'investissement et l'assistance technique ; et des dispositions relatives à l'entrée en vigueur et à la résiliation. Le livre peut être commandé sur : <https://publications.thecommonwealth.org/integrating-sustainable-development-into-international-investment-agreements-955-p.aspx>

### Le régionalisme dans le droit international des investissements

Par Leon Trakman et Nicola Rantieri. Oxford University Press, 2013

Ce livre propose une perspective multinationale sur le droit international des investissements. L'ouvrage aborde la question de l'investissement étranger direct des points de vue universitaire et pratique, et analyse divers accords bilatéraux, régionaux et multinationaux. La perspective universitaire donne lieu à un solide concept de base pour mieux appréhender certains éléments du droit international des investissements, tandis que la perspective pratique aide ceux qui recherchent activement l'IED à mieux comprendre la situation, à identifier les éventuels conflits pouvant survenir, en évaluant mieux les risques à la base des questions en différends et à les résoudre. D'épineuses questions liées au commerce mondial, à la souveraineté, à la réglementation, l'expropriation, au règlement des différends et à la protection des investisseurs sont abordées ; leur

évolution ainsi que leur application à différentes régions du monde sont décrites. Le livre peut être commandé sur : <http://www.oup.com/us/catalog/general/subject/Law/InvestmentandFinanceLaw/?view=usa&ci=9780195389005>

### La santé publique dans le droit et l'arbitrage internationaux des investissements

Par Valentina Vadils. Publié par Routledge, juillet 2012

Un État est-il libre d'adopter les mesures qui conviennent pour protéger la santé de sa population ? Si oui, alors quelles sont les limites, s'il en existe, à ces pouvoirs réglementaires ? Cet ouvrage aborde ces questions en mettant l'accent sur le conflit entre l'autonomie réglementaire de l'État et la gouvernance internationale des investissements. En décrivant le « choc des cultures » entre le droit international des investissements et la santé publique, l'auteur analyse d'un œil critique la jurisprudence émergente des arbitrages au titre des traités d'investissement et examine l'interaction théorique entre la santé publique et les droits des investisseurs dans le droit international des investissements. L'ouvrage étudie également l'interaction entre le droit des investissements et la santé publique dans la pratique, se concentrant sur des secteurs spécifiques tels que les brevets pharmaceutiques, la réglementation sur le tabac et l'environnement. Il analyse ensuite les moyens à disposition pour promouvoir la prise en compte de la santé publique dans le droit international des investissements et suggère de nouvelles méthodes et approches pour mieux réconcilier la santé publique et les droits des investisseurs. Le livre peut être commandé sur : <http://www.routledge.com/books/details/9780415507493/>

## Événements 2013

### Février 4-22

**FORMATION RÉGIONALE SUR LES QUESTIONS CLÉS DANS L'ORDRE DU JOUR ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL, RÉGION D'AMÉRIQUE LATINE ET DES CARAÏBES**, CNUCED, Medellín, Colombie. <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=176s>

### Février 4-8

**GROUPE DE TRAVAIL II DE LA CNUDCI, 2000 AU PRÉSENT : ARBITRAGE ET CONCILIATION. 58ÈME SESSION**, New York, États-Unis. [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html)

### Février 6

**LA CONFÉRENCE DE BRUNEL : LE JUGE INTERNATIONAL, CONFÉRENCE PAR PHILIPPE SANDS**, Université de Brunel, Londres, Royaume-Uni. <http://qwww.brunel.ac.uk/law/research/university-research-centre/cipl>

### Février 21-22

**16ÈME JOURNÉE INTERNATIONALE DE L'ARBITRAGE DE L'AIB, ASSOCIATION INTERNATIONALE DU BARREAU**, Bogota, Colombie. <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=4054049C-69FC-4B7A-9737-F3913A103556>

### Mai 7

**LE NOUVEAU RÈGLEMENT D'ARBITRAGE 2012 DE LA CIC – NOUVEAUTÉS ET PREMIÈRES EXPÉRIENCES, CHAMBRE INTERNATIONALE DE COMMERCE**, Vienne, Autriche <http://www.icc-austria.org/de/Seminare/Aktuelle-Seminare/1218.htm>

### Juin 28

**L'ARBITRAGE INTERNATIONAL ET SES QUESTIONS**, Association internationale du barreau, St Petersburg, Russie. <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=D1AAE6B9-1568-4ECE-9024-A574A703A087>

### Novembre 2 - 4

**NEUVIÈME SÉMINAIRE ANNUEL SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : COMMENT GÉRER UN ARBITRAGE AU TITRE D'UN TBI**, Université américaine, Faculté de droit de Washington, Washington. <http://www.wcl.american.edu/arbitration/seminar.cfm>

### Novembre 14 - 15

**SEPTIÈME RÉUNION DE L'UNIVERSITÉ DE COLUMBIA SUR L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL**, Université de Columbia, New York. <http://www.vcc.columbia.edu/content/seventh-columbia-international-investment-conference>



© 2012 Institut international du développement durable (IIDD)

Publié par l'Institut international du développement durable

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

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

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

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

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

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

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