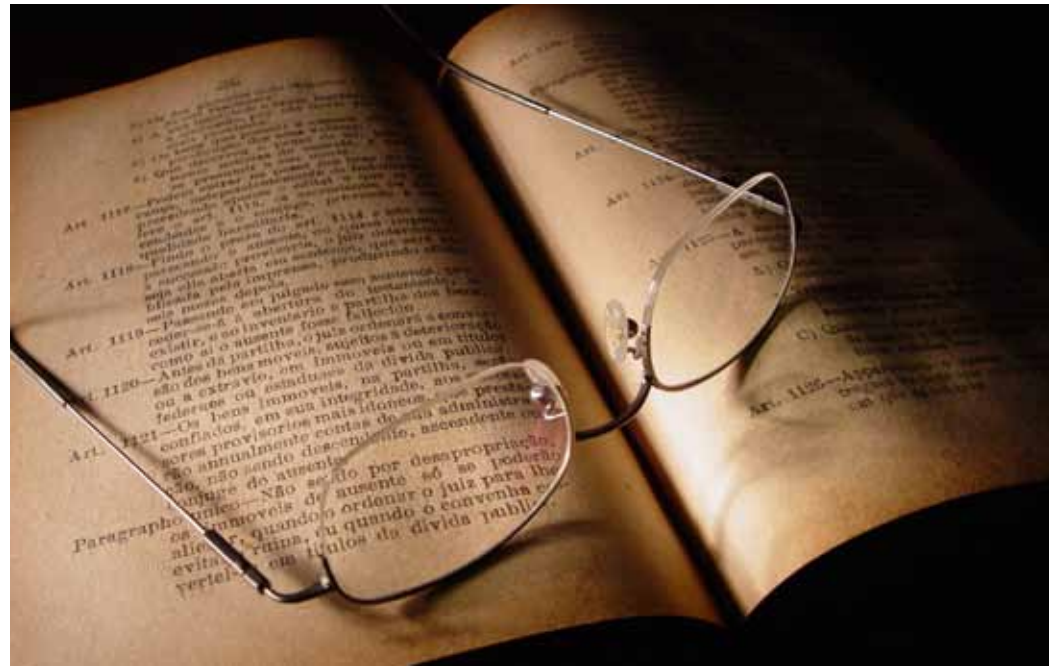




Un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable

# Les standards d'examen dans l'arbitrage d'investissement: Quelle place pour la déférence?

Articles par Andreas von Staden et Rahim Moloo



**Consentement à l'arbitrage dans les législations nationales en matière d'investissement** par Makane Moïse Mbengue

**Le droit des investissements et les services publics : conflit d'intérêts ou coexistence pacifique?** par Markus Krajewski

**Analyse du projet de texte de la Commission européenne sur le règlement des différends investisseur-État dans les accords de l'UE** par Nathalie Bernasconi-Osterwalder

**Les tendances des réclamations des investisseurs concernant les tarifs de rachat garantis dans les énergies renouvelables** par Vyoma Jha

**Egalement dans cette édition:** Jan Oostergetel et Theodora Laurentius c. la République de Slovaquie; Italy c. Cuba; SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la République du Paraguay; Chevron & Texpet c. Equateur; Libananco Holdings Co. Limited c. la République de Turquie

# tables des matières

- 3 **Articles**  
Faut-il faire preuve de déférence ?  
La légitimité et les critères d'examen dans  
l'arbitrage investisseur-État  
*Par Andreas von Staden*
- 5 La source pour déterminer la norme d'examen  
dans le droit international des investissements  
*Par Rahim Molloo*
- 7 Consentement à l'arbitrage dans les  
législations nationales en matière  
d'investissement  
*Par Makane Moïse Mbengue*
- 10 Le droit des investissements et les services  
publics : conflit d'intérêts ou coexistence  
pacifique ?  
*Par Markus Krajewski*
- 12 Analyse du projet de texte de la Commission  
européenne sur le règlement des différends  
investisseur-État dans les accords de l'UE  
*Par Nathalie Bernasconi-Osterwalder*
- 14 Les tendances des réclamations des  
investisseurs concernant les tarifs de rachat  
garantis dans les énergies renouvelables  
*Par Vyoma Jha*
- 16 **Nouvelles en bref :**  
Vattenfall entame une nouvelle procédure  
contre l'Allemagne; Les États-Unis ajustent leur  
modèle de traité bilatéral d'investissement; Des  
juristes font corps contre l'introduction du  
règlement des différends investisseur-État  
dans le TPP; Les Nations Unies adoptent les  
directives relatives aux accords fonciers à long  
terme
- 18 **Sentences et décisions :**  
Jan Oostergetel et Theodora Laurentius c. la  
République de Slovaquie; Italy c. Cuba; SGS  
Société Générale de Surveillance S.A. c. la  
République du Paraguay; Chevron & Texpet c.  
Equateur; Libananco Holdings Co. Limited c.  
la République de Turquie
- 23 **Ressources et évènements**

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

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

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

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

Rédacteur en chef  
Damon Vis-Dunbar

Rédacteur, Version française  
Henrique Suzy Nikiéma

Traduction française  
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version espagnole  
Fernando Cabrera

Traduction Espagnole  
Maria Candeli Conforti

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

## Faut-il faire preuve de déférence ? La légitimité et les critères d'examen dans l'arbitrage investisseur-État

Andreas von Staden

### feature 1



Le critère d'examen approprié s'appliquant aux arbitrages investisseur-État – ainsi qu'à d'autres mécanismes de règlement des différends d'ailleurs – reste un point de débat récurrent et âprement discuté<sup>1</sup>. La raison est simple : dans de nombreux cas, la conclusion des procédures d'arbitrage dépend, entre autres, du degré en fonction duquel le tribunal examine la conduite de l'État d'accueil de l'investissement qui aurait violé une ou plusieurs de ses obligations au titre des dispositions d'un traité d'investissement : un critère d'examen plus restreint aura tendance à bénéficier à l'investisseur, tandis qu'un critère plus indulgent et libéral avantagera l'État défendeur. La question du critère d'examen est devenue plus essentielle encore à la lumière de ce que l'on appelle « la remise en cause de la réglementation publique »<sup>2</sup> et « la recherche d'un espace de réglementation »<sup>3</sup>, c'est-à-dire la préoccupation quant au fait que l'arbitrage investisseur-État s'immisce de plus en plus dans la capacité des États à exercer pleinement, et selon leur besoins, leurs fonctions gouvernementales réglementaires légitimes, et commence à ressembler davantage aux différends de droit public qu'aux arbitrages commerciaux de droit privé<sup>4</sup>.

Dans d'autres publications, j'avais, seul<sup>5</sup> et avec William Burke-White<sup>6</sup>, que les critères d'examen correctement définis peuvent renforcer la légitimité de l'arbitrage investisseur-État (notamment la légitimité réellement *démocratique*), notamment dans les différends au titre du droit public, et pourraient donc atténuer certains éléments fréquemment mentionnés de la « crise de légitimité »<sup>7</sup> et du « retour de bâton »<sup>8</sup> dont souffre l'arbitrage en matière d'investissement. En tout état de cause, l'arbitrage investisseur-État, à l'instar d'autres modalités de gouvernance, doit être considéré empiriquement comme légitime par les deux parties au différend afin de garantir sa survie institutionnelle et son respect, et pas seulement d'un point de vue normatif abstrait. Je reprends ici des arguments clés en faveur d'un critère d'examen justifiant la retenue dans des circonstances adéquates, comme une approche permettant de renforcer la légitimité normative et empirique de l'arbitrage en matière d'investissement.

#### La fonction de légitimité du critère d'examen

Les critères d'examen sont des instruments créés presque exclusivement par les tribunaux<sup>9</sup> pour permettre au tribunal examinateur d'ajuster la portée, l'étendue et le degré de l'examen des actions d'une autre partie-prenante (en général une partie-prenante gouvernementale), du point de vue de l'adéquation normative, de l'expertise technique, de la proximité politico-culturelle, ou d'un panachage. En d'autres termes, l'articulation des critères d'examen, quelle que soit leur définition concrète, reflète la reconnaissance de l'existence de plusieurs enceintes de décision politique et juridique, chacune d'entre elles pouvant revendiquer l'autorité légitime de l'interprétation et de l'application des dispositions juridiques pertinentes en question. En l'absence d'autres enceintes d'autorité légitime concurrente (quelle que soit la revendication de légitimité), le critère d'examen n'aurait aucun objectif pertinent ; hors, un critère particulier, qu'il soit un examen rigoureux ou un contrôle de bonne foi<sup>10</sup>, ne se justifie précisément que parce qu'il définit la relation entre les différentes enceintes de décision politique et juridique légitimes du point de vue du tribunal examinateur.

C'est cette fonction qui met la question du critère d'examen en lien avec les préoccupations concernant « l'équilibre adéquat entre la nécessité des États à réglementer dans le domaine public, et les intérêts des investisseurs »<sup>11</sup>. En définissant des critères d'examen justifiant une retenue raisonnable, garantissant aux États défendeurs suffisamment de choix dans la gamme des politiques d'intérêt public qu'ils jugent nécessaires, les tribunaux arbitraux peuvent reconnaître et protéger les intérêts réglementaires légitimes des États sans se prononcer sur leurs fonctions judiciaires de supervision, ni sur la protection des intérêts des investisseurs, compte tenu que les paramètres de tout critère d'examen et de l'évaluation du respect par une action de l'État des critères basiques spécifiques et/ou généraux d'une disposition (par ex. pas d'abus de droit, pas de discrimination arbitraire, etc.) restent soumis au contrôle judiciaire.

Ce qui doit être considéré comme un critère d'examen traduisant « une déférence raisonnable » ne peut être défini de manière abstraite, mais doit plutôt émerger (et évoluer) dans le temps grâce aux interactions répétées entre les tribunaux et leurs usagers, comme cela a été le cas dans d'autres contextes judiciaires. Il existe de nombreux exemples de modifications des politiques et approches judiciaires suite à ces interactions, entre autres, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Le caractère ad hoc et décentralisé de l'arbitrage investisseur-État peut rendre ce processus plus ardu, mais ne constitue pas un obstacle insurmontable à l'évolution d'une approche partagée et harmonisée.



## Ce qui justifie la retenue : texte & interprétation

Reconnaître, en principe, qu'il est approprié d'utiliser des critères d'examen justifiant une déférence raisonnable ne signifie pas qu'il est nécessaire, voire adéquat, de définir un critère général, unique ajouté à l'ensemble du traité<sup>12</sup>. En revanche, il faut que les tribunaux examinent avec attention les dispositions invoquées dans un différend donné et cherchent à savoir si ces dispositions incluent des termes ou concepts substantiels soulignant le rôle légitime des actions réglementaires de l'État défendeur et les attentes justifiées de l'État de voir ses décisions respectées et confirmées, dans la mesure où elles satisfont certains critères de base. En d'autres termes, le critère d'examen doit émerger de manière endogène de l'interprétation de textes juridiques concrets, et ne pas être imposé de l'extérieur. Pour les mêmes raisons, et selon le libellé spécifique du texte et le domaine que celui-ci cherche à réglementer, le critère d'examen choisi peut varier de la déférence substantielle à l'absence complète de déférence. Une telle approche variable a longtemps été de mise dans la doctrine de marge d'appréciation de la CEDH, qui indique deux degrés différents de retenue, en fonction des droits spécifiques et des dispositions juridiques en jeu<sup>13</sup>. J'affirme, non sans certaines critiques, que la reconnaissance de la marge d'appréciation par les États défendeurs a contribué, et non pas porté atteinte, à la légitimité globale de la CEDH.

Les critères d'examen justifiant la déférence sont en effet également appliqués dans les arbitrages en matière d'investissement, quoique de manière incohérente. Par exemple, il est clair dans le contexte des dispositions établissant les critères des expropriations autorisées que l'identification de « l'objectif public »<sup>14</sup> pertinent au titre duquel une telle expropriation peut être réalisée exige la déférence, car ce n'est pas le rôle du tribunal de remplacer l'évaluation de l'État des objectifs publics qu'il souhaite poursuivre. Tant que l'objectif allégué n'est manifestement pas qu'une simple façade<sup>15</sup>, les tribunaux acceptent en général, et de plus en plus, l'exercice de bonne foi des pouvoirs de police d'un État comme n'étant pas expropriant<sup>16</sup>. De la même manière, il est difficile d'avancer que les mesures considérées par l'État comme nécessaires pour protéger ses intérêts essentiels de sécurité ou l'ordre public, en application de la disposition d'un traité relative aux mesures non-exclues, ne devrait pas recevoir une certaine déférence ; pourtant, quelques tribunaux, mais pas tous, ont soutenu le contraire, en partie à cause d'une confusion douteuse entre le traité et le droit coutumier<sup>17</sup> (en effet, pour clarifier l'attente de la déférence, les États-Unis ont reformulé la disposition en question dans leurs deux TBI modèles les plus récents, pour qu'elle puisse être déterminée unilatéralement)<sup>18</sup>. D'autre part, pour savoir s'il y eu une discrimination injustifiée au titre des clauses sur le traitement national ou la nation la plus favorisée, la déférence n'est généralement pas aussi nécessaire, car l'évaluation de la discrimination fait généralement l'objet d'une analyse « objective » plutôt que de désaccords justifiables basés sur différentes préférences, valeurs ou expertises.

## Conclusion

Les tribunaux arbitraux investisseur-État font partie d'une modalité de gouvernance à multi-niveaux plus large,

réglementant les flux d'investissements, et incluant différentes enceintes institutionnelles jouissant d'une autorité juridique et politique légitime. Des critères d'examen bien conçus et justifiés permettent aux tribunaux arbitraux de reconnaître cet enchevêtrement ainsi que la légitimité de l'interprétation et de l'application des dispositions d'un traité d'investissement par les États défendeurs, conformément à la poursuite de leurs objectifs réglementaires. Même si un tribunal arrive à la conclusion que dans un contexte juridique donné, la décision d'un État défendeur ne mérite aucune déférence, la justification de cette position tout en indiquant d'autres contextes dans lesquelles une plus grande déférence serait justifiée, contribuerait non seulement à la légitimité normative mais aussi empirique du système d'arbitrage investisseur-État.

## Auteur

Andreas von Staden est professeur assistant en organisation internationale à l'Université de Saint Gall, où il enseigne, entre autres, le droit public international et le droit européen, et mène des recherches sur les différentes interactions du droit et de la politique dans la gouvernance mondiale. Vous pouvez le contacter par mail à [andreas.vonstaden@unisg.ch](mailto:andreas.vonstaden@unisg.ch).

## Notes

- 1 Voir Caroline Henckels, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor State Arbitration*, 15 J. Int'l Econ. L. 223 (2012) ; Rahim Moloo & Justin Jacinto, *Standards of Review and Reviewing Standards: Public Interest Regulation in International Investment Law*, in [2011-2012] Y.B. Int'l Inv. L. & Pol'y (Karl Sauvant ed., à paraître 2012), document de travail disponible sur SSRN, <http://ssrn.com/abstract=2036243>.
- 2 Stephan W. Schill, *Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach*, 52 VA. J. INT'L L. 57, 67 (2011).
- 3 Suzanne A. Spears, *The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements*, 13 J. Int'l Econ. L. 1037 (2010).
- 4 Concernant les tensions droit public-droit privé, voir Alex Mills, *Antinomies of Public and Private at the Foundation of International Investment Law and Arbitration*, 14 J. INT'L ECON. L. 469 (2011).
- 5 Andreas von Staden, *The Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review*, 10 Int'l J. Const. L. (à paraître en 2012).
- 6 William Burke-White & Andreas von Staden, *Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations*, 35 YALE J. INT'L L. 283 (2010).
- 7 Voir Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 Fordham L. Rev. 1521 (2005).
- 8 Voir *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung & Claire Balchin eds., 2010).
- 9 La principale exception dans le droit international se trouve dans l'article 17.6 de l'accord antidumping de l'OMC dont les critères d'examen explicites sont, toutefois, partiellement libellés de manière contre-productive ; voir Steven P. Croley & John H. Jackson, *WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments*, 90 AM. J. INT'L L. 193, p. 200-201 (1996).
- 10 Concernant la gamme des critères d'examen possibles, voir Burke-White & von Staden, *supra* note 9, pages 302-322.
- 11 Mills, *supra* note 1, page 488.
- 12 Voir Moloo & Jacinto, *supra* note 1, page 3.
- 13 Voir, par ex. Burke-White & von Staden, *supra* note 9, pages 304-310 ; Susan Marks, *The European Convention on Human Rights and Its 'Democratic Society'*, 66 BRIT. Y.B. INT'L L. 209, 219 (1995).
- 14 Voir, par. le Traité bilatéral d'investissement modèle de 2012 des États-Unis [TBI modèle des E.-U.], article 6.1, al. a, disponible sur <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>
- 15 Voir par ex. ADC Affiliate Ltd. & ADC & ADMC Management Ltd. c/ la République de Hongrie, Cas CIRDI n° ARB/03/16, Décision du 2 oct. 2006, paras. 429-433.
- 16 Voir August Reinisch, *Internationales Investitionsschutzrecht*, in INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT, P. 346, 363 & 371 (Christian Tietje ed., 2009) ; Christoph Schreuer, *Investment Disputes*, in ENCYCL. PUBL. INT'L L. para. 9 (Rüdiger Wolfrum ed., 2008 [online ed.]).
- 17 Voir Burke-White & von Staden, *supra* note 9, 323-328 ; Andreas von Staden, *Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Enron, and Sempra Annulment Decisions*, 2 CZECH Y.B. INT'L L. 207 (2011).
- 18 Voir le TBI modèle des États-Unis de 2012, *supra* note 24, art. 18, et le TBI modèle des États-Unis de 2004, art. 18, disponibles sur <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>.

## La source pour déterminer la norme d'examen dans le droit international des investissements

Rahim Mooloo

### feature 2

Après que plusieurs affaires aient cherché à savoir si la réglementation de l'État dans l'intérêt public pouvait donner lieu à une réclamation au titre d'un traité d'investissement, les observateurs ont commencé à questionner la norme d'examen applicable à l'évaluation de ces réclamations. Maintenant que l'interprétation des normes importantes les plus communes des traités d'investissement est de plus en plus claire, la question pertinente prend une nouvelle forme. Les avocats semblent notamment se poser la question de la réglementation dans l'intérêt public en lien avec la déférence qui devrait être dû aux États lorsqu'ils adoptent de telles mesures. Se basant sur la nomenclature des demandes municipales de nature similaires, la question est souvent posée en ces termes : quelle est la norme d'examen applicable ? Comme nous l'avons dit par ailleurs, l'expression « « norme d'examen » fait référence au critère utilisé par une entité judiciaire pour évaluer la validité d'une action législative, exécutive ou administrative »<sup>1</sup>.

Il semble qu'un point liminaire important pour décider de la norme d'examen appropriée soit de déterminer la source de droit de laquelle la norme provient. Les études récentes ont suggéré une variété d'approches pour ce faire, se concentrant notamment sur la prise en compte de la nature de droit public des questions traitées<sup>2</sup>. Les études plus générales soutiennent que nous nous dirigeons vers « une doctrine de la marge d'appréciation générale dans le droit international »<sup>3</sup>. Ces deux approches suggèrent que les tribunaux devraient imposer une norme d'examen plus indulgente de la conduite des États, notamment dans le contexte de la réglementation nationale dans l'intérêt public. Le tribunal de l'affaire *S.D. Myers c. le Canada* a adopté cette approche, indiquant que pour déterminer s'il y avait eu violation du traité d'investissement « il faut prendre en compte l'importante étendue de la déférence généralement reconnue par le droit international face au droit des autorités nationales à réglementer les affaires sur leur territoire »<sup>4</sup>. D'autres approches suggèrent que la norme d'examen appropriée peut être déterminée grâce au traité d'investissement lui-même. Par exemple, le tribunal de l'affaire *Glamis Gold c. Les États Unis* a déterminé que « la norme de déférence était déjà présente dans la norme citée, et n'est pas un supplément à cette norme »<sup>5</sup>.

Dans le contexte des traités internationaux d'investissement, en général, le droit applicable est le droit international<sup>6</sup>. Notamment, la *lex specialis* est le traité d'investissement appliqué. Les lacunes peuvent être comblées en faisant référence au droit international général, notamment aux autres traités ou conventions internationaux pouvant être applicable aux relations entre les parties, sinon au droit coutumier ou aux principes généraux du droit<sup>7</sup>. Les décisions de justice et la doctrine des publicistes les plus qualifiés devraient être considérés comme des moyens subsidiaires de détermination du droit applicable<sup>8</sup>.

Le point de départ pour établir les critères visant l'évaluation de la validité de la réglementation gouvernementale à des fins publiques est le traité lui-même. Aussi, l'on devrait commencer par se demander ce que disent les normes importantes du traité d'investissement concernant la norme d'examen. Certaines normes des traités d'investissement sont formulées de manière à articuler à la fois la norme de protection et la norme d'examen ; c'est-à-dire à la fois le traitement garanti aux investisseurs, mais aussi les critères pour évaluer la conduite des États. Par exemple, la prescription de traitement juste et équitable garanti un certain niveau de traitement aux investisseurs, mais en interprétant ce que l'on entend par « juste » et « équitable », un tribunal établi également les critères d'examen de la mesure gouvernementale. Sans entrer dans les détails des normes, une tâche que nous avons entreprise ailleurs<sup>9</sup>, le tribunal se base principalement sur l'évaluation de l'importance des intérêts politiques de l'État dans l'application de la norme : il se demande par exemple s'il est juste et équitable d'adopter une réglementation environnementale pour laquelle les preuves scientifiques ne sont pas claires<sup>10</sup>. Cette question exige inévitablement d'un tribunal qu'il établisse un degré de déférence devant être porté à l'État pour le déterminer. En d'autres termes, la norme d'examen appropriée vient de l'interprétation de la norme substantielle de protection elle-même<sup>11</sup>.

“

Les affaires et observations citant l'existence d'un principe du droit international selon lequel les États devraient généralement recevoir une certaine déférence pour les questions réglementaires sur leur territoire n'expliquent souvent pas d'où provient cette prescription légale.

”

Cela ne signifie pas que d'autres sources pertinentes du droit international ne peuvent pas être utiles pour déterminer la norme d'examen appropriée, mais que le traité bilatéral d'investissement lui-même est la première source importante pour la déterminer. Comme d'autres l'ont suggéré, les principes généraux du droit international peuvent aider à guider les tribunaux à cet égard<sup>12</sup>; toutefois, il faut être prudent et s'assurer que les principes sur lesquels l'on s'appuie sont communément acceptés par « tous ou presque tous les États »<sup>13</sup>. Similairement, le droit coutumier international peut également devenir une source pouvant aider les

tribunaux à évaluer la norme d'examen appropriée. Par exemple, pour évaluer la norme d'examen appropriée, il pourrait convenir d'appliquer le principe selon lequel les États sont généralement autorisés à réglementer les domaines qui ne sont pas généralement proscrits par le droit international<sup>14</sup>.

“

La détermination de la norme d'examen appropriée est trop importante et déterminante pour être sujette aux approches des arbitres, telles qu'appriées, sur une base ad'hoc.

”

Les affaires et observations citant l'existence d'un principe du droit international selon lequel les États devraient généralement recevoir une certaine déférence pour les questions réglementaires sur leur territoire n'expliquent souvent pas d'où provient cette prescription légale. Cela pose un problème important qui suggère que les tribunaux sont libres d'adopter la norme d'examen qui leur semble appropriée, ce qui représenterait un préjugé indésirable dans la prise de décision, et saperait les objectifs de certitude et de cohérence des décisions quant aux réclamations relatives aux investissements. En outre, dans le contexte des affaires sous les auspices du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), la non-application du droit applicable peut rendre toute décision en résultant susceptible d'être annulée<sup>15</sup>.

Ce bref article avance que la question de la norme d'examen applicable doit trouver une réponse faisant référence au droit applicable tel que déterminé par les parties. La détermination de la norme d'examen appropriée est trop importante et déterminante pour être sujette aux approches des arbitres, telles qu'appriées, sur une base ad'hoc. Les tribunaux devraient être disciplinés et demander aux parties au traité ce qu'elles ont convenu quant au respect du critère selon lequel leurs actions seront évaluées. C'est la seule approche qui permettra d'obtenir la légitimité qui émane de l'état de droit.

## Auteur

Rahim Moloo est conseiller général à l'Université d'Asie centrale, une organisation intergouvernementale ; il est également chercheur assistant sénior au Vale Columbia Center for Sustainable International Investment, un centre conjoint de la Faculté de droit de Columbia et de Earth Justice. L'auteur remercie Justin Jacinto pour ses commentaires avisés. L'ensemble des opinions et erreurs sont les miennes.

## Notes

1 Rahim Moloo et Justin Jacinto, 'Standards of Review and Reviewing Standards: Public Interest Regulation in International Investment Law,' dans Karl P. Sauvant (ed), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2011-2012* (2012) (à paraître).

2 Voir par ex., William W. Burke-White et Andreas von Staden, 'Private litigation in a public law sphere: The standard of review in investor-state arbitrations', 35 *Yale Journal of International Law* 283, 285-86 (2010) ; William Burke-White et Andreas von Staden, 'The need for public law standards of review in investor-state arbitration,' dans Stephan Schill, ed., *International Investment Law and Comparative Public Law* 689-720 (New York: Oxford University Press, 2010) ; Stephan W. Schill, 'Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review through Comparative Public Law,' Society of International Economic Law, document de travail n° 2012/33 ; Caroline Henckels, 'Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration', 15 *Journal of International Economic Law* 223, 255 (2012).

3 Yuval Shany, 'Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?' 16 *European Journal of International Law* 907 (2005). Voir aussi Burke-White et von Staden, 'Private litigation in a public law sphere: The standard of review in investor-state arbitrations,' supra note 2.

4 *S.D. Myers, Inc. c. le Gouvernement du Canada*, ALENA/CNUDCI, Décision partielle (13 novembre 2000) page 263 ; voir aussi, *Saluka Investments BV (Les Pays-Bas) c. La République Tchèque*, CNUDCI, Décision partielle (17 mars 2006), page 305 ; *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB/06/18, Décision sur la juridiction et la responsabilité (14 janvier 2010) page 505 ; *Gemplus S.A., SLP S.A. et Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Les États Unis du Mexique et Talsud S.A. c. Les États Unis du Mexique*, Affaires CIRDI n°ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4, Décision (16 juin 2010) part IV, p. 14.

5 *Glamis Gold c. les États Unis d'Amérique*, ALENA/CNUDCI, Décision (8 juin 2009) page 617.

6 De nombreux traits d'investissement mentionnent expressément l'application du droit international. Voir par ex. le Traité sur la Charte de l'énergie, (1994) 2080 U.N.T.S. 95, Article 26(6), <[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf)> vu le 22 février 2012 ; TBI modèle 2012 des États-Unis (2012), Article 30 <<http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>> vu le 22 mai 2012. Quand le différend est soumis à la juridiction du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), l'article 42(1) de la Convention du CIRDI exige des tribunaux de se prononcer sur les affaires conformément aux règles du droit international s'il n'existe aucune indication contraire. Convention pour le règlement des différends entre États et ressortissants d'autres États, (1965), Art. 42(1), 575 U.N.T.S. 159.

7 Statuts de la CIJ, Article 38(1)(a)-(c). *Jus cogens* s'applique également, quels que soit les termes du traité, et peut l'emporter sur les obligations des parties au titre du traité. En général, voir Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 510-12 (7th ed. 2008). Dans le contexte des traités d'investissement, *jus cogens* a été appliqué dans la décision d'annulation de Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, Affaire CIRDI n°ARB/03/25 (23 déc. 2010), paras. 197-208.

8 Statuts de la CIJ, Article 38(1)(d).

9 Voir en général, Rahim Moloo et Justin Jacinto, "Health and Environmental Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties," 29 *Berkeley Journal of International Law* 1, 37-56 (automne 2010) (discussion de la responsabilité au titre de la norme de traitement juste et équitable pour les réglementations environnementales et sanitaires).

10 *Id.*

11 Nous avons par ailleurs fourni une analyse détaillée des normes d'examen applicable à l'expropriation indirecte, au traitement juste et équitable, les mesures non-discriminantes et non-exclues. Voir Moloo et Jacinto, 'Standards of Review and Reviewing Standards: Public Interest Regulation in International Investment Law' supra note 1.

12 Schill, supra note 2 pages 16-17, 20-21.

13 Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* 25 (1953).

14 Moloo et Jacinto, 'Standards of Review and Reviewing Standards: Public Interest Regulation in International Investment Law' supra note 1, Part B.1, faisant référence à : *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion 84 (22 juillet 2010) ; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua c. les États Unis d'Amérique)*, Jugement (27 juin 1986), ICJ Reports 258 (1986) ; *Joseph Charles Lemire c. l'Ukraine*, Affaire CIRDI n°ARB/06/18, Décision sur la juridiction et la responsabilité (14 janvier 2010), para. 505.

15 Convention du CIRDI, Article 52(1)(b) (« Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : ... (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ») *CMS Gas Transmission Co. c. la République d'Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/01/8, *Décision du Comité ad hoc sur l'application de l'annulation pour la République d'Argentine* (25 septembre 2007) para. 49 (« Un manquement total d'application du droit auquel le tribunal est renvoyé par l'article 42(1) de la Convention du CIRDI peut également constituer un excès de pouvoir manifeste »).



## Consentement à l'arbitrage dans les législations nationales en matière d'investissement

Makane Moïse Mbengue

### article 3



Les codes nationaux d'investissement<sup>1</sup> peuvent représenter des sources potentielles de droit international des investissements. En d'autres termes, les États peuvent prendre des engagements unilatéraux dans le cadre des législations nationales sur les investissements, et par conséquent, être considérés comme « ayant créé des obligations internationales »<sup>2</sup>. Les destinataires des législations nationales sur les investissements sont les investisseurs étrangers ainsi que l'État qui est lui-même l'auteur de la législation en question<sup>3</sup>.

Le fait que les États s'engagent à travers des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement ou à travers des contrats passés avec des investisseurs étrangers est assez commun. En revanche le fait que les États se soumettent à des obligations *contraignantes* en matière d'investissement à travers des lois nationales sur l'investissement est plus rare, mais reflète une tendance croissante dans les pays en développement.

Les codes nationaux d'investissement incarnent, entre autres, des règles substantielles relatives au traitement des investissements (le traitement juste et équitable, la norme de traitement national et de la nation la plus favorisée, la protection contre les mesures arbitraires et discriminatoires, la protection contre les nationalisations et l'expropriation, et le droit au libre transfert des capitaux), ainsi que les dispositions incluant la définition des concepts d'investisseur et d'investissement. Toutefois, de toutes les dispositions contenues dans les codes nationaux d'investissement, ce sont celles régissant le règlement des différends entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger qui semblent poser le plus de problèmes. Ceci est particulièrement vrai des dispositions concernant l'arbitrage investisseur-État.

L'arbitrage investisseur-État est sujet au consentement, qui émane traditionnellement d'un accord préexistant. Cet accord prend souvent la forme d'un traité entre un État d'accueil et l'État d'origine de l'investisseur étranger. Il peut également prendre la forme d'un contrat entre le pays d'accueil et un investisseur

étranger. À l'inverse, quand il est donné par les législations relatives aux investissements étrangers, le consentement à l'arbitrage en matière d'investissement n'implique pas un accord entre deux États ou entre un État et un investisseur. Au contraire, le consentement émane d'un *engagement unilatéral* de la part du pays d'accueil inscrit dans sa législation nationale relative à l'investissement<sup>4</sup>. Par exemple, un État peut décider « par le biais d'un engagement unilatéral [...] inscrit dans sa législation »<sup>5</sup> de « proposer [...] de soumettre les différences, survenant d'un investissement de tout type, à la juridiction du CIRDI »<sup>6</sup>.

Dans ce sens, la proposition d'arbitrage faite au titre des codes nationaux d'investissement est plus large que l'offre d'arbitrage faite en vertu des TBI ou des contrats d'investissement. Le consentement à l'arbitrage contenu dans les TBI est une offre limitée aux investisseurs étrangers dont le pays d'origine a conclu un TBI avec le pays d'accueil contre lequel ils souhaitent entamer une procédure d'arbitrage. Dans la même veine, le consentement à l'arbitrage contenu dans les contrats d'investissement est une offre strictement réservée aux investisseurs étrangers parties à ces contrats. En revanche, le consentement à l'arbitrage dans les législations nationales sur les investissements constitue une offre faite à la communauté des investisseurs étrangers *dans son ensemble* sans réelle possibilité d'individualiser le champ d'application de l'offre. C'est une caractéristique spécifique de la législation sur les investissements étrangers, qui devrait être prise en compte par les États quand ils décident d'adopter de telles lois.

En pratique, les codes nationaux d'investissement appliquent un langage différencié et stipulent des niveaux d'engagement différents au sujet du consentement à l'arbitrage. On peut distinguer quatre modèles principaux.

#### Consentir ou ne pas consentir à l'arbitrage ? Les quatre modèles provenant de la législation nationale sur les investissements

Le premier modèle peut être qualifié de « modèle sans arbitrage » ou « modèle contre l'arbitrage » car il fait référence aux législations nationales sur l'investissement qui n'incluent aucune disposition relative au règlement des différends et restent donc muettes quant à l'arbitrage international en matière d'investissement<sup>7</sup>. Parfois, les codes nationaux d'investissement de ce type mentionnent à peine le règlement des différends devant les tribunaux nationaux de l'État d'accueil.

Le second modèle peut être qualifié de « modèle pour l'arbitrage ». Les législations nationales sur l'investissement régies par ce modèle exigent le règlement des différends en matière d'investissement étranger par les tribunaux nationaux. Ce n'est que quand un traité d'investissement (par ex. un TBI) ou un contrat d'investissement permet explicitement

le recours à l'arbitrage que ce dernier supplante le règlement par les tribunaux nationaux. Ce type de législation nationale sur l'investissement n'inclue pas non plus, de manière formelle, un consentement permanent à l'arbitrage. L'arbitrage en matière d'investissement est également envisagé comme mécanisme dérogatoire. Un bon exemple de ce « modèle pour l'arbitrage » se trouve dans la Loi mongole sur l'investissement étranger<sup>8</sup>.

Le troisième modèle peut être qualifié de « modèle pour l'arbitrage optionnel ». Les législations sur l'investissement étranger incluant un tel modèle n'exigent pas un consentement strict à l'arbitrage. Elles se contentent de *recommander* ou *d'autoriser*, parmi d'autres possibilités, le recours à l'arbitrage international pour le règlement des différends en matière d'investissement étranger. Le libellé usuel tend à dire qu'un différend lié aux investissements « peut être réglé » à travers un arbitrage ou que l'arbitrage « peut être mutuellement adopté par les parties ». Un exemple pertinent du « modèle pour l'arbitrage optionnel » peut être vu dans le Code d'investissement des Seychelles<sup>9</sup>.

Le modèle pour l'arbitrage optionnel ne doit pas être confondu avec le choix ordinaire de la clause sur le choix de l'enceinte. Cette dernière donne généralement la possibilité aux investisseurs étrangers de choisir entre l'arbitrage ou le règlement par les tribunaux nationaux. Le choix fait par l'investisseur étranger est ensuite imposé à l'État d'accueil. À l'inverse, les législations nationales sur l'investissement basées sur le modèle de l'arbitrage optionnel exigent un accord préalable (c.-à-d. une clause d'arbitrage préexistante dans un contrat d'investissement) ou ultérieur (c.-à-d. ce que l'on appelle un *compromis*) entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger. En l'absence d'un tel accord, le consentement à l'arbitrage ne peut pas être déterminé. Le seul choix restant pour l'investisseur est alors de lancer une procédure devant les tribunaux nationaux de l'État d'accueil. Par conséquent, le « modèle de l'arbitrage optionnel » permet aux pays d'accueil d'exercer une marge de discrétion et de décider de se soumettre à l'arbitrage ou non. Compte tenu de ces caractéristiques, le « modèle pour l'arbitrage optionnel » représente une sorte de soupape de sécurité pour ces pays qui ne souhaitent pas avoir une offre d'arbitrage unilatérale permanente tout en maintenant la possibilité de l'arbitrage dans certaines circonstances.

Le quatrième modèle peut être qualifié de « modèle rendant l'arbitrage obligatoire ». À l'inverse des codes nationaux d'investissement régis par les trois modèles précédents, certaines législations nationales sur les investissements présentent une offre claire et unilatérale en faveur de l'arbitrage. La sémantique généralement utilisée pour exprimer une telle offre permanente est « Le pays d'accueil consent » ou « le consentement du pays d'accueil est reflété dans le présent article ». Les meilleurs exemples de cette tendance se trouvent dans la législation albanaise sur les investissements étrangers ainsi que dans différents codes d'investissement des pays africains<sup>10</sup>. En outre, le « modèle rendant l'arbitrage obligatoire » comprend les codes nationaux qui – même s'ils ne contiennent

pas de déclaration explicite du consentement du pays d'accueil – sont formulés de manière à octroyer aux investisseurs étrangers le droit sans équivoque de soumettre un différend à l'arbitrage. Il faut noter par exemple la Loi géorgienne sur l'investissement étranger et la Loi salvadorienne sur l'investissement étranger.

Sur les quatre modèles identifiés, le « modèle rendant l'arbitrage obligatoire » semble être le plus simple mais en même temps le plus risqué pour les États. Il permet en effet aux investisseurs étrangers de lancer directement une procédure d'arbitrage contre l'État d'accueil sans nécessité d'un consentement ad hoc supplémentaire. Le consentement à l'arbitrage dans la législation sur l'investissement étranger est donc susceptible de produire des effets juridiques au niveau international. Aussi, un pays d'accueil gouverné par un « modèle rendant l'arbitrage obligatoire » n'a pas la possibilité d'affirmer que seuls ses tribunaux nationaux sont compétents pour interpréter le champ d'application et le contenu du consentement à l'arbitrage reflété dans son code national d'investissement. Une fois qu'une offre claire à l'arbitrage a été formulée dans la loi nationale, le pays d'accueil renonce à son pouvoir d'interpréter ses propres lois. Ce sera alors à un tribunal arbitral international de décider de l'interprétation adéquate à donner au consentement supposé à l'arbitrage, même si celui-ci est inscrit dans la législation nationale<sup>11</sup>.

Cette logique s'applique également aux offres d'arbitrage ambiguës contenues dans les législations nationales sur l'investissement. Dans le cas de formulations peu claires et imprécises des dispositions relatives au consentement à l'arbitrage<sup>12</sup>, les investisseurs étrangers peuvent quand même engager un arbitrage contre le pays d'accueil. Il existe en effet une « zone grise » du consentement à l'arbitrage qui peut être exploitée afin de soumettre un État à l'arbitrage. Un tribunal arbitral international a le pouvoir de décider, en interprétant, si une telle zone grise constitue une offre unilatérale à l'arbitrage. Ceci est tout à fait remarquable. Qu'un État ait clairement consenti ou non à l'arbitrage au titre de son code sur les investissements, il peut toujours être soumis à la compétence d'un tribunal arbitral qui aura le dernier mot quant au sens de sa législation sur l'investissement.

Il est donc recommandé aux États qui ne souhaitent pas entrer dans les méandres de l'arbitrage d'éviter simplement toute référence à l'arbitrage international lors de l'élaboration ou les amendements de leurs législations sur l'investissement étranger. Il est préférable que les États, notamment les pays en développement, choisissent le « modèle contre l'arbitrage » ou le « modèle de l'arbitrage optionnel » afin d'éviter les effets juridiques indésirables.

### **La zone grise du consentement à l'arbitrage : interprétation des législations nationales sur l'investissement**

Dans la pratique arbitrale récente, une importante controverse a vu le jour au sujet de dispositions obscures sur le consentement à l'arbitrage contenues dans des législations nationales sur l'investissement<sup>13</sup>. L'exemple le plus parlant est l'article 22 de la Loi



vénézuélienne de 1999 pour la promotion et la protection des investissements<sup>14</sup>.

Certains universitaires pensent que l'article 22 de la législation du Venezuela est une expression du consentement à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)<sup>15</sup>. Toutefois, le tribunal arbitral de l'affaire *CEMEX c. le Venezuela* est arrivé à une conclusion distincte<sup>16</sup>, déterminant que l'on ne pouvait considérer la législation vénézuélienne sur les investissements comme représentant une offre unilatérale d'arbitrage<sup>17</sup>. Le présent article ne vise pas à déterminer si l'interprétation faite par le tribunal arbitral était correcte ou non. Il est toutefois important d'aborder brièvement la manière appropriée d'interpréter les codes nationaux d'investissement.

Afin de déterminer les effets d'offres ambiguës à l'arbitrage, l'interprétation devrait suivre, dans une certaine mesure, la même méthodologie que l'interprétation des traités. Celle-ci consiste à donner la priorité au *sens ordinaire des termes* (ce que dit strictement l'offre unilatérale)<sup>18</sup>, dans leur *contexte* (les codes sur l'investissement étranger comme des instruments de protection et de promotion de l'investissement étranger) et en lien avec leur *objet et finalité* (c.-à-d. de fournir des garanties et sauvegardes juridiques aux investisseurs étrangers). S'il est pertinent, le critère de l'intention du pays d'accueil (ce que l'État recherchait par l'inclusion d'une *espèce* de clause relative à l'arbitrage dans sa législation) ne devrait pas prévaloir.

Les législations nationales sur les investissements ne sont « pas similaires à une promesse apparente et spontanée d'un diplomate ou à la déclaration politique d'un dirigeant »<sup>19</sup>. Elles créent au contraire des relations juridiques entre les pays d'accueil et les investisseurs étrangers. Quand un pays fait une offre unilatérale à l'arbitrage dans son code sur les investissements étrangers, la bonne foi doit être le principe directeur quant à la détermination de la nature contraignante de ces offres<sup>20</sup>. L'ambiguïté de la formulation des engagements unilatéraux dans le cadre des législations sur les investissements étrangers ne devrait profiter ni à l'État ni à l'investisseur.

En conclusion, les États restent libres d'élaborer des législations sur l'investissement conformément à leurs propres intérêts et normes. Ce qui est certain c'est que le consentement à l'arbitrage dans les codes nationaux sur l'investissement n'est pas nécessaire. L'attrait de l'investissement étranger dans le monde en développement ne dépend pas de l'inclusion d'offres unilatérales au consentement dans les lois nationales. C'est un mythe. Par exemple, Maurice est généralement considéré comme offrant un environnement sûr pour les investissements alors que le pays n'a pas inséré de clause relative au règlement des différends dans son code national sur l'investissement<sup>21</sup>. Si un État souverain considère qu'il est approprié d'insérer un consentement unilatéral à l'arbitrage dans sa législation, il devrait le faire sans aucune ambiguïté. Le consentement à l'arbitrage n'est pas une condition sine qua non mais contribue à la prévisibilité juridique.

## Auteur

Makane Moïse Mbengue est professeur associé à la Faculté de droit de Genève et professeur visitant à la Faculté de droit de Sciences Po Paris.

## Notes

1 Dans le contexte de cette contribution, les législations nationales en matière d'investissement seront indifféremment appelées « législations relatives aux investissements étrangers » ou « codes nationaux des investissements ».

2 *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et al c. La République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI n°ARB/07/27, Décision sur la juridiction, 10 juin 2010, para. 85. Sauf indication contraire, toutes les décisions sont disponibles sur le site Internet : [www.itlaw.com](http://www.itlaw.com).

3 Voir, par ex., la Loi de 1998 sur l'investissement étranger du Myanmar.

4 Voir *Tradex Hellas (Greece) c. La République d'Albanie*, Affaire CIRDI n°ARB/94/2, Décision sur la juridiction, 24 décembre 1996, (1999) 14 ICSID Rev. – Foreign Inv. LJ, pp. 186–187.

5 *IBM World Trade Corporation c. la République d'Equateur*, Affaire CIRDI n°ARB/02/10, Décision sur la juridiction, 22 décembre 2003, para. 24.

6 *Ibid.* See also, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. c. La République de Slovaquie*, Affaire CIRDI n°ARB/97/4, Décision sur la juridiction, 24 mai 1999, para. 45.

7 C'est par exemple le cas de la Loi de 1998 sur l'investissement étranger du Myanmar (composée de la « Déclaration sur le droit de l'investissement étranger au Myanmar » et du « Droit de l'investissement étranger de l'Union du Myanmar »), disponible sur <http://missions.itu.int/~myanmar/t&b/invest01.html>. Voir également la Loi de 2000 pour la promotion des investissements de Maurice (amendée en 2009), disponible sur :

8 L'article 25 de la Loi mongole sur l'investissement étranger stipule : « Les différends entre investisseurs étrangers et investisseurs mongoles ainsi que ceux entre investisseurs étrangers et les citoyens ou entreprises mongoles en lien avec l'investissement étranger et les opérations réalisées par les entités ayant reçu l'investissement étranger devront être réglés par les tribunaux de Mongolie, sauf indication contraire dans les traités internationaux auxquels la Mongolie est partie, ou dans un contrat entre les parties ». Citée dans l'affaire *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., et CAUC Holding Company LTD. c. le Gouvernement de Mongolie et MONATOM Co., LTD, ibid.*, para. 67.

9 Voir l'article 13.2 du Code d'investissement des Seychelles de 2005, qui stipule : « Les différends ne pouvant être réglés par les parties elles-mêmes peuvent être réglés : a) par une procédure d'arbitrage local ou international basé sur un accord préalable entre les parties ; ou b) par une procédure juridique conformément à la législation des Seychelles ».

10 "The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws", *International Arbitration*, vol 27, n° 2, 2011, p. 156.

11 Voir D. Caron, "The Interpretation of National Foreign Investment Laws as Unilateral Acts Under International Law", dans M. H. Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2011, p. 655.

12 Voir V. J. Tejera Pérez, "Do Municipal Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? *The Venezuelan Investment Law: A Case Study*", dans I. A. Laird, T. J. Weiler (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, LLC, Huntington, 2008, p. 89.

13 Voir par ex., *CEMEX Caracas Investments B.V. et CEMEX Caracas II Investments B.V. c. La République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI n°ARB/08/15, Décision sur la juridiction, 30 décembre 2010. Voir également, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et al c. La République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI n°ARB/07/27, Décision sur la juridiction, 10 juin 2010. Voir également, *Brandes Investment Partners, LP c. La République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI n°ARB/08/3, Décision, 2 août 2011.

14 L'article 22 stipule : « Les différends survenant entre un investisseur international, dont le pays d'origine a un traité ou accord de promotion et protection des investissements, en vigueur avec le Venezuela, ou des différends auxquels sont applicables les dispositions de la Convention établissant l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) ou de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (CIRDI), devront être soumis à un arbitrage international, conformément aux termes du traité ou accord en question, s'il est prévu, sans préjudice de la possibilité d'utiliser, le cas échéant, le mécanisme de règlement des différends prévu au titre de la loi vénézuélienne en vigueur ».

15 V. J. Tejera Pérez, *op. cit.*, p. 101: "although with an awkward wording, Article 22 of the Venezuelan Investment Law contains in itself an offer of ICSID arbitration from the Bolivarian Republic of Venezuela to settle disputes with all foreign investors."

16 Les tribunaux arbitraux de *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et al c. La République bolivarienne du Venezuela* (*op. cit.*) et de *Brandes Investment Partners, LP c. La République bolivarienne du Venezuela* (*op. cit.*) sont arrivés à la même conclusion grâce à des raisonnements assez similaires.

17 Le tribunal arbitral a considéré que « si le Venezuela avait eu l'intention de donner son consentement par avance à l'arbitrage du CIRDI en général, il aurait été aisé pour les éditeurs de l'article 22 de l'exprimer clairement » (*CEMEX Caracas Investments B.V. et CEMEX Caracas II Investments B.V. c. La République bolivarienne du Venezuela, op. cit.*, para. 137) et « une telle intention n'ayant pas été établie [...] on ne peut conclure du texte obscur et ambigu de l'article 22 que le Venezuela, en adoptant cette Loi sur l'investissement en 1999, a consenti unilatéralement à l'arbitrage du CIRDI pour tous les différends généralement couverts par la Convention du CIRDI » (*ibid.* para. 138).

18 Voir *CEMEX Caracas Investments B.V. et CEMEX Caracas II Investments B.V. c. La République bolivarienne du Venezuela, ibid.*, para. 90.

19 D. Caron, *op. cit.*, p. 674.

20 Voir *Mallicorp Limited c. La République arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI n°ARB/08/18, Décision, 7 février 2011, para. 115.

21 Voir le site Internet de l'Agence nationale mauricienne de promotion des investissements qui indique : "Selon la dernière de la Banque mondiale "Doing Business", l'île Maurice est la première économie africaine et la 23ème au niveau mondial pour la facilité d'installation des affaires. L'institut canadien Fraser a également classé Maurice 1er pays d'Afrique et 9ème mondial en terme de liberté économique", disponible sur : <http://www.investmauritius.com/Mauritius.aspx>.

# Le droit des investissements et les services publics : Conflit d'intérêts ou coexistence pacifique ?

Markus Krajewski

## article 4



Le tribunal doit équilibrer les attentes légitimes et raisonnables des demandeurs et [...] le droit à réglementer la fourniture d'un service public vital<sup>1</sup>.

Cette citation d'un tribunal statuant dans un arbitrage en matière d'investissement met en lumière la relation entre le droit international des investissements et la réglementation des services publics. Cet article tente d'illustrer les domaines de désaccord entre les obligations du droit international des investissements et la réglementation des services publics.

### La réglementation des services publics et les intérêts commerciaux internationaux

Les services publics sont fournis et réglementés en fonction des intérêts publics non-commerciaux et en fonction des besoins de tels services, d'une façon inégalable par le marché. Les obligations en matière de services publics visent à garantir une certaine qualité de service, un accès général (universel) et des prix abordables. Cela implique un jugement de valeur qui peut varier selon les pays et dans le temps. La réglementation des services publics devrait être développée dans un processus démocratique et gérée par des organismes publics démocratiquement responsables envers les citoyens. Les services publics sont un élément clé de l'État social moderne et l'État providence, soumis à un processus continu d'adaptation et de réforme. Cela implique un examen et une réévaluation des modèles existants de la fourniture de services publics. Dans ce contexte, il est à noter que les modèles se basant exclusivement sur des solutions venant du marché sont de plus en plus souvent remis en question. Il est donc nécessaire de maintenir l'autonomie réglementaire de l'État et de créer un espace de discussion et de réflexion sur la réforme de la réglementation des services publics.

À première vue, la réglementation des services publics ne semble pas se heurter au droit international des investissements. Toutefois, une activité perçue dans un pays comme étant un service public fourni par un monopole public à des fins non-commerciales peut se révéler être une activité commerciale menée par des entreprises privées dans un autre pays. Par exemple, les services postaux traditionnels, tels que l'acheminement du courrier, fait l'objet d'un monopole au Canada, tandis que ces services ont été libéralisés en Europe. Aussi, l'inclusion des services postaux dans l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AÉCG) est un point de contention actuellement en négociation.

En outre, au cours du processus de transformation des services publics à travers la libéralisation et la privatisation, les

pays expérimentent souvent différents instruments et peuvent également faire marche arrière, ou modifier les politiques de libéralisation ou de commercialisation. Et être en contradiction avec les intérêts des entreprises privées opérant dans ce domaine particulier. Par exemple, après la politique de libéralisation des services d'eau et d'assainissement menée par plusieurs pays d'Amérique latine à la fin des années 1980 et début 1990, les changements dans les préférences politiques et les crises financières ont entraîné une marche arrière politique dans les années 2000, ce qui a donné lieu à plusieurs différends en matière d'investissement.

### L'impact des accords internationaux d'investissement sur les services publics

*Le champ d'application des accords d'investissement*

Les accords internationaux d'investissement tels que les Accords bilatéraux d'investissement (TBI) et les chapitres sur l'investissement des accords commerciaux régionaux définissent généralement leur champ d'application à travers une liste illustrative ou exhaustive des différents actifs couverts. À la différence des accords commerciaux (tels que l'Accord général sur le commerce des services de l'Organisation mondiale du commerce), les accords d'investissement n'excluent pas les activités gouvernementales de leurs champs d'application. L'impact du droit international des investissements sur la réglementation des services publics n'est donc pas limité par le champ d'application des accords d'investissement. En outre, nombre d'accords d'investissement incluent des "concessions" dans la liste des actifs. Le retrait des concessions, ou l'altération des termes des concessions concernant la fourniture de services publics, tels que la distribution de gaz, d'eau ou d'électricité, a fait l'objet de nombreuses procédures de règlement des différends entre investisseurs et États.

### *La protection contre l'expropriation*

Les accords d'investissement protègent les investisseurs de l'expropriation directe et indirecte. Les expropriations réglementaires sont particulièrement pertinentes pour le domaine des services publics. Le terme fait référence aux mesures réglementaires visant généralement l'utilité publique mais privant également l'investisseur de la valeur commerciale de son investissement. Les tribunaux arbitraux ont lutté pour différencier la réglementation légitime à des fins de politiques publiques, qui n'entraîne pas de compensation, des mesures réglementaires aux effets nuisibles anormaux pour l'investisseur, qui exigent une compensation. La plupart du temps, les tribunaux ont fait référence au degré ou à la portée de l'interférence avec les droits de l'investisseur. Par exemple, le tribunal de l'affaire *Azurix* a déclaré que « la question n'est pas tant de savoir si la mesure en question est légitime et à une finalité publique, mais plutôt si la mesure, étant légitime et ayant une finalité publique, devrait donner lieu à une demande de compensation »<sup>2</sup>. Ainsi, les mesures adoptées à des fins réglementaires dans les services publics peuvent équivaloir à des expropriations réglementaires indirectes ou directes si elles ont un effet négatif sur les actifs de l'investisseur au point de priver celui-ci de la valeur de son investissement.

### *Normes de traitement*

En plus de la protection contre l'expropriation, les traités d'investissement exigent en général le traitement juste et équitable de l'investisseur. Le traitement juste et équitable est souvent défini par rapport aux attentes légitimes de l'investisseur, qui, par exemple, pourrait être contrarié par des changements soudains ou fondamentaux du droit applicable

à son investissement. En outre, la norme de traitement juste et équitable est liée à la stabilité, prévisibilité et à la cohérence de l'environnement juridique et entrepreneurial. Dans ce contexte, l'objet et le but des traités d'investissement font souvent référence à la création de conditions favorables aux investissements. Les tribunaux en ont conclu que la garantie d'un climat d'investissement stable et prévisible est l'un des principaux objectifs de ces accords.

La norme du traitement juste et équitable a été au cœur de nombreux différends en matière d'investissement relatif à la distribution d'eau, comme c'est le cas dans l'affaire *Suez c Argentine*. Ici, le tribunal était d'avis que, malgré les circonstances extraordinaires de la crise financière et économique que subissait l'Argentine, les autorités provinciales devaient se limiter à exercer leur pouvoir discrétionnaire en matière de réglementation conformément aux modalités du cadre réglementaire convenu<sup>3</sup>. Cela démontre bien que des tensions entre les obligations au titre de cette norme et la réglementation gouvernementale des services publics peuvent subvenir si la norme du traitement juste et équitable bloque les ajustements et changements nécessaires du cadre juridique auxquels l'investisseur ne s'attendait pas, ou qui sont considérés comme irrationnels ou anormaux par les tribunaux statuant sur les affaires d'investissement.

Les « clauses parapluie » sont un autre élément typique des traités d'investissement, pertinents pour la réglementation des services publics. Elles exigent en général de l'État d'accueil qu'il remplisse « tout autre obligation » qu'il aurait souscrit concernant les investissements protégés par le traité en question. Un point important au sujet des clauses parapluie est de savoir si elles couvrent les obligations au titre d'un contrat signé entre un État et un investisseur, tels que les accords de concession. Si tel est le cas, un investisseur peut non seulement contester les violations directes des principes des accords internationaux d'investissement, mais également le non-respect des contrats d'investissement, au cours d'une procédure de règlement des différends investisseur-État. La portée de la clause parapluie est particulièrement importante pour la réglementation des services publics, car les investissements dans les infrastructures (réseaux de distribution, etc.) sont généralement des projets de grande ampleur qui exigent des contrats élaborés et détaillés (généralement des concessions) entre l'investisseur et l'État. Ces contrats contiennent souvent un cadre réglementaire spécifique au projet, et incluent des aspects commerciaux, ainsi que des éléments de pouvoir public (contrats administratifs). Compte tenu de la complexité de ces contrats et des différents domaines juridiques qu'ils concernent, il est extrêmement important de savoir comment les demandes qui en découlent seront jugées.

### Domaines de désaccord

L'imposition des obligations au titre des accords internationaux d'investissement peut entraîner des conflits avec les politiques et activités gouvernementales visant à réglementer les services publics, notamment si les gouvernements utilisent des mesures et instruments *ad hoc* répondant à des cas particuliers affectant l'opération d'un investissement existant. Si les réglementations sont en place avant l'établissement de l'investissement, et si elles sont appliquées de manière transparente et non-discriminatoire, l'éventualité d'un conflit entre les accords d'investissement et la réglementation des services publics semble moins sérieuse. Toutefois, la réglementation des services publics répond aux besoins changeants d'une société, aux modifications des politiques publiques ou à des problèmes imprévus survenant au cours d'un projet d'investissement. Dans ce cas, le cadre réglementaire convenu et connu de l'investisseur avant la réalisation de son investissement peut s'avérer inadapté pour faire face à ces changements ou événements imprévus. Le droit international des investissements impose une lourde

charge aux gouvernements qui interviennent au moyen d'instruments non-envisagés par l'investisseur, ou de manière inattendue. Comme nous l'avons vu dans les cas de privatisation des services de distribution d'eau, la question du prix et du contrôle-qualité se retrouve souvent au cœur des différends. Toutefois, la réglementation du prix et de la qualité compte parmi les principaux domaines de la réglementation des services publics car ils déterminent les conditions d'accès des citoyens à ces services.

### L'harmonie est-elle possible ?

Les accords internationaux d'investissement peuvent-ils également soutenir la fourniture de services publics ? Compte tenu du fait que de nombreux pays ne financent pas suffisamment la fourniture des services publics, le manque de fonds et l'investissement peuvent être compensés par l'attrait du capital étranger. Par conséquent, l'investissement étranger direct dans les services publics pourrait contribuer à la fourniture de services de très bonne qualité. D'ailleurs, dans tous les différends relatifs à la distribution d'eau potable, l'investisseur a initialement été invité par le pays car l'on supposait que l'investissement aurait un impact positif sur l'offre et la distribution d'eau potable. L'on pourrait donc avancer que les accords d'investissement peuvent avoir un impact positif sur la fourniture de services publics s'ils contribuent à attirer des investissements étrangers dans ces secteurs. Toutefois, il n'est pas certain que les accords d'investissement soient positivement liés à l'attrait de l'investissement étranger direct<sup>4</sup>. Aussi, pour savoir si les accords d'investissement peuvent avoir un effet bénéfique sur la fourniture de services publics, il faut étudier les circonstances particulières de chaque cas.

### Conclusion

Les effets du droit des investissements sur la réglementation des services publics sont particulièrement pertinents lorsqu'il s'agit de décisions prises dans des situations spécifiques, souvent en réaction à des changements imprévus dans les politiques publiques, la performance de l'investisseur ou les conditions économiques et financières générales du pays. Si les tribunaux statuant dans les affaires d'investissement semblent accepter la nécessité de réglementer les services publics, ils sont moins tolérants quant aux changements liés à une situation exceptionnelle ou à une évolution imprévue. Pourtant, la réaction face à ces changements constitue un élément fondamental de la réglementation des services publics qui peut également s'appuyer sur des décisions démocratiques prises dans un pays donné. L'approche de nombreux tribunaux statuant dans les affaires d'investissement des affaires concernant les services publics doit donc être modifiée s'ils veulent équilibrer les droits des investisseurs et l'obligation des États de réglementer leurs services publics.

### Auteur

Markus Krajewski est professeur de droit public et de droit international à l'Université de Erlangen-Nürnberg (Allemagne). Cet article se base sur un chapitre d'un ouvrage sur le droit international des investissements, édité par Bungenberg / Griebel / Hobe / Reinisch, à paraître.

### Notes

<sup>1</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. la République d'Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/03/17, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, para. 216.

<sup>2</sup> *Azurix Corp. c. la République d'Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/01/12, Décision, 14 juillet 2006, para 310.

<sup>3</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. la République d'Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/03/17, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, para 227.

<sup>4</sup> Voir CNUCED, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct* (CNUCED, 2009), p. 33.



# Analyse du projet de texte de la Commission européenne sur le règlement des différends investisseur-État dans les accords de l'UE

Par Nathalie Bernasconi-Osterwalder

## article 5



Au titre du traité européen de Lisbonne, en vigueur depuis décembre 2009, l'investissement étranger direct est devenu une compétence exclusive de l'Union européenne. Depuis, les trois institutions – la Commission européenne, le Conseil des ministres et le Parlement – sont engagées dans un âpre débat concernant un nouveau cadre juridique et de nouvelles positions pour la négociation des traités d'investissement européens. Dans le cadre de ce processus, en mai 2012, la Direction générale du commerce de la Commission européenne a publié un projet de texte relatif au règlement des différends investisseur-État dans les traités d'investissement européens.

Cet article présente et évalue certains des changements proposés, avant d'examiner plus en détails trois questions d'intérêt : l'approche adoptée par la Commission concernant la transparence dans le règlement des différends investisseur-État, la constitution des tribunaux, et la mise en œuvre et l'exécution des sentences.

### Vue d'ensemble

Le projet de texte de la Commission se présente comme la section ou le chapitre d'un accord de libre-échange (ALE) et vise à servir de base pour la négociation de l'UE avec le Canada, l'Inde et Singapour. Le projet de texte, qui n'a pas été rendu public, a été révisé début juin afin de refléter les commentaires reçus des États membres européens.

À travers cette proposition, la Commission affirme clairement son souhait d'inclure une disposition sur le règlement des différends investisseur-État dans ses négociations avec ses partenaires actuels (Canada, Inde, Singapour) et très certainement dans les ALE à venir également. Le texte indique également qu'il tente de s'attaquer à quelques-unes des préoccupations inhérentes au système, cristallisées lors de la dernière décennie. Les États membres semblent toutefois divisés quant à la nécessité de faire évoluer le système. Si le ton de plusieurs commentaires était généralement positif, certains membres tels que l'Allemagne semblent catégoriquement opposés à toute modernisation ou amélioration proposée par la Commission. Cette opposition est difficile à comprendre car la résolution des préoccupations relatives au système de règlement des différends sera aussi bénéfique pour les États que pour les investisseurs. Le seul secteur qui pourrait être affecté par ces améliorations est le secteur juridique, composé d'avocats et d'arbitres privés, qui pourraient avoir d'importants intérêts financiers à maintenir le statu quo actuel. Pourtant, même ce secteur devrait s'inquiéter des éventuels retours de bâton

contre l'arbitrage investisseur-État en général si le système n'est pas corrigé.

Le système d'arbitrage investisseur-État proposé par la Commission se base sur les règlements d'arbitrage existants au Centre international de règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI) et à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). La Commission n'établi donc pas un système entièrement nouveau et autonome. Le projet de texte de la Commission aborde cependant quelques uns des problèmes survenus au titre de ces règlements dans le contexte des arbitrages au titre d'un traité d'investissement, et comble les lacunes et préoccupations par des règles supplémentaires. Le projet de texte inclut en effet tout un ensemble de dispositions visant à clarifier ou moderniser la pratique actuelle en précisant le champ d'application du règlement des différends, en incluant de nouvelles règles relatives à la médiation, l'exclusion des "actions collectives", des clauses d'option irrévocable visant à éviter de multiples réclamations pour le même problème, un cadre spécifique pour la constitution du tribunal et les conditions pour l'éligibilité des membres du tribunal, l'allocation et la fixation des coûts, la consolidation des réclamations, et la création d'un Comité pour le règlement des différends investisseur-État chargé des questions de mise en œuvre et d'interprétation, et d'examiner la possibilité de créer un mécanisme d'appel.

Nombre de ces innovations vont dans la bonne direction, même si certaines d'entre elles auraient peut-être besoin d'être détaillées, voire approfondies. Le projet de texte contient également certains aspects plus préoccupants liés à l'exécution des sentences et à l'utilisation de mesures de rétorsion. Finalement, le projet aborde des questions spécifiques à l'UE, et établi un cadre permettant de déterminer qui sera le défendeur quand un investisseur étranger entame une procédure contre une mesure adoptée par l'UE ou l'un de ses États membres. Cet aspect est complété par une autre proposition de réglementation de la Commission relative à la répartition de la responsabilité financière en cas de demande d'arbitrage d'un investisseur contre l'UE ou l'un de ses États membres au titre de chapitres ou traités d'investissement négociés par l'UE ; cette proposition a été rendue publique en juin.

### La transparence dans le règlement des différends investisseur-État

Conformément à la tendance du marché, la Commission inclut dans le système de règlement des différends des dispositions plus fortes relatives à la transparence visant à garantir l'accès aux documents et audiences. Ceci se base sur les développements au CIRDI et à la CNUDCI où un groupe de travail étudie actuellement des règles plus fortes en matière de transparence, ainsi que la pratique existante de certains pays, comme les États-Unis ou le Canada, qui intègrent des règles sur la transparence dans leurs traités d'investissement. Le projet inclut une annexe exigeant la mise à disposition du public, à quelques exceptions près pour les informations protégées, d'une large gamme de documents, depuis la requête d'arbitrage et autres demandes des parties au différend et d'autres non-parties ou tierces, jusqu'aux rapports d'experts et déclarations des témoins, ordres, décisions et sentences rendues par le tribunal. La Commission a désigné le Secrétaire général du CIRDI comme dépositaire des documents d'arbitrage des affaires traitées par le CIRDI ou autres. C'est le Secrétariat du CIRDI qui devrait s'acquitter de cette tâche. Le projet de texte ne précise pas comment l'information devra être rendue publique.

Dans ses commentaires sur le projet de texte, l'Allemagne a exprimé sa préférence pour contrebalancer la transparence avec « le droit des investisseurs et des États à maintenir la procédure secrète », et a également dit que « les investisseurs de l'UE s'attendent à ce que leur situation spécifique soit prise en compte lors de l'élaboration des règles sur la transparence ». En plus d'être déconnectée des tendances récentes, l'approche de l'Allemagne serait certainement contraire au droit des citoyens à avoir accès à l'information et pourrait saper encore davantage la légitimité de l'arbitrage investisseur-État. Dans son projet, la Commission aborde précisément les problèmes de gouvernance et de légitimité en exigeant la transparence du règlement des différends, il est donc essentiel que ces règles soient incluses dans tous les accords futurs de l'UE.

### Constitution des tribunaux

Pour ce qui est de la constitution des tribunaux, la Commission suit une approche selon laquelle les parties au différend désignent chacune un arbitre, le président étant désigné par consensus. La Commission complète cette approche traditionnelle en créant une base de données « d'au moins 15 personnes » pouvant agir en tant qu'arbitre dans les différends en matière d'investissement au titre d'un traité de l'UE, et impliquant l'UE ou l'un de ses États membres. Il est précisé que chacune des parties au traité doit proposer au moins cinq personnes pouvant agir comme arbitre mais aussi choisir au moins cinq personnes « n'étant pas citoyens de l'une ou l'autre des Parties et pouvant agir en tant que président des tribunaux ».

L'élaboration d'une liste spécifique aux traités représente une amélioration car elle donne aux parties au traité une indication quant aux personnes chargées d'interpréter et de mettre en œuvre le traité, car c'est sur la base de cette liste que le Secrétariat du CIRDI désignera les arbitres dans le cas où les parties au différend n'auraient pas désigné d'arbitre ou n'arriveraient pas à désigner le président par consensus. Pourtant la Commission aurait pu aller plus loin et s'éloigner de la désignation des arbitres par les parties en faveur d'un système de nomination géré par une autorité désignée ou d'un système de désignation au hasard, similaire à celui utilisé par l'organe d'appel de l'OMC. Cela aurait pu donner lieu à l'établissement futur d'un système institutionnalisé de panelistes permanents.

Le projet de texte stipule également différentes qualifications requises afin de garantir l'indépendance des arbitres et d'éviter les conflits d'intérêts, comme par exemple : ces personnes doivent (i) disposer de connaissances spécialisées dans le droit international, notamment dans le droit international public et le droit international des investissements ; (ii) être indépendantes, agir à titre personnel et ne pas accepter d'instructions de la part d'organisations ou de gouvernements au sujet de questions liées au différend, ou ne pas être affiliées au gouvernement d'une des Parties au traité ou parties au différend ; et (iii) respecter le code de conduite inclus dans l'annexe du projet de texte. Ce code s'appuie sur les directives de l'Association américaine du barreau relatives aux conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, et contient des libellés sans équivoque exigeant des arbitres qu'ils soient impartiaux, indépendants et libres de tout conflit d'intérêt. Le code renforce et clarifie les règles visant à éviter les conflits d'intérêt des arbitres dans les procédures de la CNUDCI, du CIRDI et d'autres, et établit une norme commune relative à la « survenance d'un parti pris ou d'irrégularités ». Un type important de conflit survient par exemple lorsque les arbitres agissent en

parallèle en tant que conseillers dans d'autres arbitrages en matière d'investissement. Un nombre croissant d'arbitres a déclaré ne plus vouloir agir en tant que conseiller dans les affaires d'arbitrage en matière d'investissement du fait des conflits d'intérêts que cela engendre. Afin de clarifier ce point, il aurait été utile pour la Commission de stipuler clairement que les arbitres ne pouvaient agir simultanément en tant que conseillers dans d'autres arbitrages en matière d'investissement.

### Exécution des sentences

Le projet de texte contient différents éléments problématiques relatifs à l'exécution des sentences. Il stipule par exemple que « chacune des Parties devra exécuter les obligations pécuniaires imposées par la sentence sur son territoire au même titre que le jugement final d'un tribunal de la Partie ». Par conséquent cet article rend les sentences exécutoires au même titre que le jugement final d'un tribunal de l'État parti où la sentence doit être appliquée, une approche acceptée par la Convention du CIRDI. Mais la Convention du CIRDI donne aux parties au différend la possibilité de recourir à une procédure d'annulation. Bien que très critiquée pour tout un tas de raisons, cette procédure permet aux parties de chercher à obtenir la rectification des sentences dans certains cas limités. Si le traité européen lui-même n'offre pas de procédure de révision, la reconnaissance et l'application des sentences non-CIRDI devraient être sujettes au cadre bien établi fixé par la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée par 146 États. Au titre de la Convention de New York, une sentence arbitrale émise dans n'importe quel autre État peut généralement être librement exécutée dans un autre État signataire, mais elle est toutefois sujette à certains moyens de défenses limitées, telles que des questions de procédure (notamment la composition du tribunal), ou si la sentence recouvre des questions allant au-delà du champ d'application de l'arbitrage, ou si l'exécution serait contraire à l'ordre public.

Le projet stipule en outre que si une partie ne respecte pas une décision finale, l'autre partie peut suspendre ses obligations au titre de l'ALE, de manière proportionnelle au non-respect, jusqu'à ce que l'autre partie respecte la décision. Le lien de cette disposition avec le système commercial international n'est pas clair et pourrait représenter encore bien d'autres complications. De plus, elle est contraire aux raisons initiales du règlement des différends investisseur-État qui veut que les différends ne deviennent pas des litiges diplomatiques ou opposant des États, mais soient exclusivement réglés par l'investisseur avec l'État d'accueil.

### Conclusion

Le projet de texte de la Commission concernant le règlement des différends investisseur-État intègre divers éléments importants pour l'amélioration du système, attendue depuis longtemps. Il renforce notamment la transparence de la procédure et améliore les prescriptions d'indépendance appliquées aux arbitres. Si la Commission aurait pu être plus audacieuse et créative dans certains domaines, le projet représente la base institutionnelle d'améliorations supplémentaires devant être réalisées prochainement. La tâche principale consiste maintenant à obtenir un consensus parmi les États membres et le Parlement européen quant à la nécessité de ces changements.

### Auteur

Nathalie Bernasconi-Osterwalder is a senior international lawyer and heads the Investment Program of the International Institute on Sustainable Development (IISD).

# Les tendances des réclamations des investisseurs concernant les tarifs de rachat garantis dans les énergies renouvelables

Vyoma Jha

## article 6

Alors que les gouvernements se tournent de plus en plus vers les énergies renouvelables pour atténuer le changement climatique, les politiques nationales climatiques, sous forme de mesures de soutien des prix telles que les tarifs de rachat, ont joué un rôle important dans la stimulation des investissements – publics et privés, nationaux et étrangers – dont le secteur a grand besoin.

Les tarifs de rachat sont caractérisés par des prix d'achat de l'électricité garantis (fixés au-dessus du prix de marché), un accès garanti au réseau et un contrat à long-terme<sup>1</sup>. En outre, de nombreuses politiques de tarif de rachat incluent une obligation de « contenu local » ou « contenu national », qui oblige l'investisseur à acheter un pourcentage donné de matériaux aux fournisseurs locaux afin d'être éligible au bénéfice de cette politique. Par exemple, au Canada, le programme de tarif de rachat de la province d'Ontario fixe un « niveau minimum de contenu national requis » entre 25 et 50 % pour les projets éoliens de plus de 10 kW, et entre 50 et 60 % pour les projets solaires supérieurs à 10 kW<sup>2</sup>.

Comme nos lecteurs le savent peut-être, les tarifs de rachat pour les énergies renouvelables font l'objet de plusieurs réclamations des investisseurs étrangers au titre de traités d'investissement. Ce court article met en lumière les deux manières dont les investissements dans les énergies renouvelables ont été utilisés dans les différends en matière d'investissement.

### Les tarifs de rachat et les prescriptions de résultat

Le premier type de différend est lié aux prescriptions de résultat et de contenu local imposées aux investisseurs.

En juillet 2011, Mesa Power Group LLC, une entreprise texane, a notifié au Canada son intention de soumettre une réclamation au titre du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), et relative au programme de tarifs de rachat de l'Ontario.

L'investisseur avance que le programme viole plusieurs obligations au titre de l'ALENA : les articles 1102 et 1103, pour avoir appliqué un traitement plus favorable, dans des circonstances similaires, à une entreprise nationale et à une entité non-partie à l'ALENA ; l'article 1105, pour ne pas avoir appliqué la norme minimale de traitement ; et l'article 1106, pour avoir imposé une obligation « d'achat local » non-autorisée<sup>3</sup>.

Les mesures canadiennes liées à l'obligation de contenu local dans le programme de tarifs de rachat de l'Ontario font également l'objet de deux différends en cours à l'OMC, présentés par le Japon et l'Union européenne, et qui sont maintenant examinés conjointement<sup>4</sup>.

L'une des réclamations prétend que ces mesures sont incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord de l'OMC sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce (Accord sur les MIC), qui restreint la liberté des États à imposer des prescriptions de résultat de contenu local<sup>5</sup>. Même si l'Accord sur les MIC interdit les mesures concernant l'investissement et liées au commerce accompagnées de prescriptions de contenu local, il existe deux exceptions pertinentes pour la protection de l'environnement : les paragraphes (b) et (g) de l'article XX du GATT 1994 pourraient être utilisés pour justifier des mesures incompatibles avec l'Accord sur les MIC<sup>6</sup>.

Les prescriptions de contenu local dans un tarif de rachat des énergies renouvelables sont particulièrement

vulnérables face à la contestation d'un investisseur si les traités d'investissement du pays contiennent une interdiction expresse de prescription de résultat, qui est particulièrement commune dans les traités du Canada, des États-Unis et du Japon<sup>7</sup>. Dans ces cas, il y aura une incompatibilité claire entre la politique climatique et les traités d'investissement.

Même si les différends relatifs aux prescriptions de résultat ont été plutôt rares jusqu'à présent, le fait que le Canada ait récemment perdu un différend contre deux entreprises pétrolières américaines pour violation de la disposition de l'ALENA relative aux prescriptions de résultats<sup>8</sup> souligne les préoccupations concernant cette interdiction – notamment quand elles sont conçues à des fins environnementales et sociales. Afin d'éviter les surprises, les gouvernements devraient s'assurer de limiter la portée des interdictions à travers un libellé adéquat et l'inclusion d'exceptions.

### Stabilité c. flexibilité

Le deuxième point, soulevé plus fréquemment dans le contexte des investissements dans les énergies renouvelables concerne le retrait ou la modification des tarifs de rachat garantis. L'Espagne, l'Italie et la République Tchèque font partie des pays connus pour faire face à des contestations de ce type de mesures.

Par exemple, la réclamation contre l'Espagne a été déposée par un groupe de 14 investisseurs au sujet de réductions rétroactives des tarifs de l'énergie solaire. Les investisseurs prétendent s'être basés sur la loi relative aux tarifs de rachat garantis pour réaliser leur investissement, et la réduction postérieure des tarifs par le gouvernement viole le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE), un accord multilatéral qui offre des protections aux investisseurs dans le secteur de l'énergie similaires à celles se trouvant dans les traités bilatéraux d'investissement (TBI)<sup>9</sup>.

L'Italie se trouve également impliquée dans un litige contre des investisseurs étrangers du fait de ses efforts visant à limiter les tarifs de rachat garantis dans le secteur de l'énergie solaire, qui est en plein boom. Mises en place à l'origine pour encourager les investissements dans la production d'énergie solaire, les subventions généreuses se sont avérées très coûteuses à une époque où l'austérité économique est de rigueur. Une fois encore, les investisseurs se sont plaints du fait que la réduction des tarifs de rachat garantis constitue une violation de la promesse précédemment faite par le gouvernement d'un soutien des prix à long-terme<sup>10</sup>. On ne sait pas encore si les investisseurs invoqueront une violation du TCE ou de l'un des nombreux TBI italiens.

La République Tchèque, où les investisseurs ont été attirés par les généreuses politiques de tarifs de rachat garantis pour l'énergie solaire, a également payé le prix élevé du boom de l'énergie solaire. Afin de réduire ces coûts, le gouvernement a imposé, en décembre 2010, une nouvelle « taxe solaire » rétroactive de 26 % à tous les producteurs d'énergie solaire. D'autres mesures ont été prises dans ce sens par le gouvernement, notamment : la fin du congé fiscal pour les opérateurs de centrales d'énergie solaire, la modification de la politique de tarifs de rachat garantis, et une augmentation de 500 % des frais liés à l'utilisation du terrain. À présent, la République Tchèque s'expose à plusieurs éventuels différends juridiques et arbitrages par les investisseurs étrangers dans l'énergie solaire<sup>11</sup>.



Si les arguments juridiques utilisés par les investisseurs ne sont pas encore rendus publics, toutes les mesures interférant avec le montant ou la durée du soutien financier sont susceptibles d'être contestées et présentées comme une violation de la norme de traitement juste et équitable (TJE). Certains tribunaux ont interprété la norme TJE comme protégeant les « attentes légitimes » des investisseurs, qui se basent sur le principe qu'un État garantit un « environnement économique stable »<sup>12</sup> et un « cadre transparent et prévisible pour la planification et l'investissement des investisseurs »<sup>13</sup>.

Les tribunaux ont toutefois adopté des approches divergentes afin de déterminer ce qu'étaient les « attentes légitimes » de l'investisseur, ce qui permet de prévoir comment un tribunal statuera dans un cas précis. Certains tribunaux ont réduit la marge de manœuvre des États d'accueil en ne leur permettant pas de contourner leurs obligations sous prétexte qu'elles étaient coûteuses ou difficiles<sup>14</sup>, alors que d'autres reconnaissent que les cadres économiques et juridiques doivent évoluer. Comme le tribunal de l'affaire *Saluka* l'a souligné, « aucun investisseur ne peut raisonnablement s'attendre à ce que les circonstances prévalant à l'époque de l'investissement restent totalement inchangées »<sup>15</sup>. Toutefois, les tribunaux voient d'un mauvais œil les actions des gouvernements allant contre les engagements explicites. Aussi, si un pays refuse de payer ou réduit le montant ou la durée des tarifs de rachat garantis promis, il risque de frustrer les attentes légitimes de l'investisseur<sup>16</sup>.

Une autre possibilité est que le retrait du soutien financier ou la réduction du tarif de rachat garanti soit considéré comme une expropriation indirecte. Les tribunaux s'appuyant sur la « doctrine du seul effet » tels que celui de l'affaire *Metalclad*<sup>17</sup> et les nombreux autres qui ont suivi, pourraient considérer une telle mesure comme une expropriation indirecte si elle entraîne un déclin significatif de la valeur de l'investissement. Toutefois, d'aucuns avancent que les tarifs de rachat garantis n'offrent aux opérateurs d'installations d'énergies renouvelables que des prix fixes, qui ne peuvent pas être échangés indépendamment de la principale transaction électrique. Aussi, puisque les tarifs de rachat garantis ne peuvent être utilisés de manière économique indépendante, et que les investisseurs ne vont certainement pas perdre le contrôle de leurs installations, toutes les interférences avec ce mécanisme pourrait ne pas être considéré comme une expropriation<sup>18</sup>.

### Les leçons tirées

Les politiques de tarifs de rachat garantis constituent un outil important pour la promotion des investissements dans les énergies renouvelables. Pourtant divers aspects de ces politiques se retrouvent maintenant au cœur des différends en matière d'investissement au titre des TBI ou du TCE. Ces affaires indiquent que les gouvernements doivent être conscients de leurs engagements au titre des traités d'investissement et concevoir leurs politiques de tarifs de rachat garantis de manière adéquate. Si un gouvernement en conclu que ses engagements au titre de ces traités restreignent sa capacité à établir et mettre en œuvre des objectifs environnementaux légitimes par exemple, il pourrait vouloir repenser ses règles en matière d'investissement, telles que celles liées à l'interdiction des prescriptions de résultat, afin de s'assurer d'avoir les moyens de prendre les mesures qu'il juge nécessaires afin de contribuer à l'atténuation du changement climatique.

Les gouvernements devraient également être conscients du fait que les engagements à moyen terme en matière de tarifs et autres mesures favorables à l'investissement dans le secteur des énergies renouvelables peut donner lieu à des arbitrages internationaux coûteux, telles que les réclamations formulées à l'encontre de pays européens à court d'argent. Les gouvernements devraient s'assurer d'établir des flexibilités dès le départ en vue d'éliminer les risques de voir leurs décisions politiques légitimes contestées dans des batailles juridiques, tout en offrant aux investisseurs les garanties appropriées. En outre, les mesures incitatives ne devraient pas être trop élevées, donc déraisonnables, ou trop difficiles à gérer pour le Trésor public.

### Auteur

Vyoma Jha est avocate internationale au Conseil de l'énergie, l'environnement et l'eau (CEEW), une cellule de réflexion indépendante basée à New Delhi, vyoma.jha[at]ceew.in. L'auteure remercie Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Aaron Cosby et Damon Vis-Dunbar pour leurs précieux commentaires. Les opinions exprimées sont uniquement celles de l'auteure.

### Notes

- 1 Voir Wilke, Marie (2011), *Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review*, Programme de l'ICTSD sur le commerce
- 2 Règles du programme de tarif de rachat, version 1.5.1, 15 juillet, 2011 disponible sur : <http://fit.powerauthority.on.ca/>
- 3 "D'avantage de démêlés juridiques suite au programme canadien de tarifs de rachat garantis pour les énergies renouvelables", *Investment Treaty News*, 7 octobre 2011, disponible sur : <http://www.iisd.org/itn/2011/10/07/news-in-brief-5/>. Voir également, la notification de l'intention de Mesa Power Group de soumettre une demande d'arbitrage au titre du chapitre 11 de l'ALENA datée du 6 juillet 2011, disponible sur : [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Mesa\\_Power\\_Group\\_NOI.pdf](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Mesa_Power_Group_NOI.pdf)
- 4 Canada — Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable (DS412) et Canada — Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis (DS426), disponible sur <http://www.wto.org>
- 5 L'article 2.1 de l'Accord sur les MIC stipule qu'aucun membre n'appliquera de mesures concernant l'investissement et liée au commerce incompatibles avec l'article III (traitement national) ou avec l'article IX (restrictions quantitatives) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). La liste illustrative fournie à l'annexe de l'Accord MIC stipule que « les obligations de contenu national » comme les mesures concernant l'investissement et liées au commerce sont incompatibles avec l'obligation de traitement national de l'article III du GAT 1994.
- 6 L'article 3 de l'Accord sur les MIC stipule que toutes les exceptions au titre du GATT 1994 devront s'appliquer aux dispositions de l'Accord sur les MIC.
- 7 Par exemple, l'article 1106 de l'ALENA interdit expressément aux parties d'imposer ou d'appliquer des prescriptions obligatoires de résultat afin d'atteindre un niveau ou pourcentage défini de contenu national.
- 8 *Mobil Investments Canada Inc et Murphy Oil Corporation c. Canada* (Affaire CIRDI n°ARB(AF)/07/4). Voir "Canada loses NAFTA claim; provincial R&D obligations imposed on US oil companies held to constitute prohibited performance requirements", par Jarrod Hepburn, *IAReporter*, 1er juin 2012, disponible sur <http://www.iareporter.com/articles/20120601>
- 9 « Des investisseurs étrangers poursuivent l'Espagne suite à la hausse des tarifs de l'énergie solaire », *Investment Treaty News*, 12 janvier 2012, disponible sur <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/news-in-brief-6/>
- 10 "Italy put on notice of treaty claim arising out of economic austerity", par Luke Eric Peterson, *IAReporter*, Vol. 5, No. 8, 30 avril 2012.
- 11 Dorda, Jaroslav (octobre 2010), *Solar bonanza turns into a nightmare for investors in the Czech Republic*, disponible sur : [http://www.pv-tech.org/guest\\_blog/guest\\_blog\\_iv\\_solar\\_bonanza\\_turns\\_into\\_a\\_nightmare\\_for\\_investors\\_in\\_the\\_cze](http://www.pv-tech.org/guest_blog/guest_blog_iv_solar_bonanza_turns_into_a_nightmare_for_investors_in_the_cze)
- 12 Voir, *Occidental Exploration and Production Co. c. l'Equateur*, Affaire LCIA n°UN3467 (2004), para. 183 ; et *Saluka Investments BV c. la République Tchèque*, CNUDCI, décision partielle du 17 mars 2006, para. 303.
- 13 Voir, *Metalclad Corporation c. Les États Unis du Mexique*, Affaire CIRDI n° Arb/AF/97/1, (2000) para. 99
- 14 *GAMI Investments GAMI Investments, Inc c. Les États Unis du Mexique*, CNUDCI (ALENA), décision finale du 15 novembre 2004, para. 94.
- 15 Voir, *Saluka*, *Supra* note 12, para. 305.
- 16 Boute, Anatole (2011), *Combating Climate Change through Investment Arbitration Changes*. *Fordham International Law Journal*, Vol. 35. Disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1867663>
- 17 *Metalclad Corporation c. Les États Unis du Mexique*, Affaire CIRDI n°Arb/AF/97/1 (2000)
- 18 Boute, *Supra* note 16

# Nouvelles en bref

## Vattenfall entame une nouvelle procédure contre l'Allemagne

L'entreprise d'énergie détenue par l'État suédois Vattenfall, a lancé une deuxième procédure contre l'Allemagne.

La réclamation fait écho à la décision allemande de mai 2011 de sortir de l'énergie nucléaire, selon laquelle 8 centrales ont été fermées et les 9 restantes devraient l'être au cours des dix ans à venir.

Si l'Allemagne discute depuis longtemps de l'utilisation de l'énergie nucléaire, l'opposition a grossi suite à la catastrophe nucléaire de Fukushima Daiichi au Japon en mars 2011.

Les médias allemands pensent que Vattenfall devrait chercher à obtenir entre 700 millions et 1 milliard d'euros en dommages et intérêts pour violation du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE), un accord multilatéral régissant les échanges et l'investissement dans le secteur de l'énergie. L'entreprise a formulé une réclamation car elle avait investi dans deux centrales nucléaires en pensant que la durée de vie des centrales serait allongée.

La demande de Vattenfall a été enregistrée auprès du CIRDI le 31 mai 2012.

Il s'agit de la deuxième réclamation de Vattenfall au titre du TCE à l'encontre du gouvernement allemand. En avril 2009, Vattenfall avait en effet demandé 1,4 milliards d'euros de dommages et intérêts suite à des restrictions environnementales imposées par la ville de Hambourg contre une centrale au charbon. Ce différend a été réglé en mars 2011, lorsque Vattenfall a reçu un permis modifié d'utilisation de l'eau et a été exempté des restrictions imposées précédemment sur la centrale de Moorburg.

## Les États-Unis ajustent leur modèle de traité bilatéral d'investissement

Les États-Unis ont publié la dernière version de leur modèle de traité bilatéral d'investissement en avril 2012, plusieurs années après le début de la révision du traité par l'administration Obama. Le nouveau modèle n'est pas très éloigné de la version précédente de 2004.

L'examen du modèle de TBI a été mené à bien par un comité de conseillers non-gouvernementaux auprès du gouvernement des États-Unis, experts dans les questions de politique économique internationale – qui ont exprimé d'importantes divergences dans leurs recommandations. Nombre de ces recommandations n'ont pas été retenues par l'administration Obama.

En effet, les principales protections – le traitement national, la clause de la nation la plus favorisée, la norme minimale de traitement et l'expropriation – n'ont pas été retoquées. Le pays n'a pas non plus modifié les clauses relatives au règlement des différends.

La nouvelle version élargit légèrement les obligations environnementales, stipulant que les gouvernements ont l'obligation de faire respecter le droit environnemental local. Cette obligation ne peut toutefois pas être rendue

applicable par un règlement des différends entre États, comme cela est le cas dans les ALE récents des États-Unis.

Le modèle clarifie également que les États ne pourront être tenus responsables des violations du traité en cas d'actions environnementales représentant « un exercice raisonnable de leur pouvoir discrétionnaire, ou résultant d'une décision de bonne foi concernant l'allocation des ressources ».

Le modèle introduit une obligation pour les États de faire respecter le droit local du travail, quoique moins étendue que celle introduite dans la plupart des ALE récents des États-Unis. Tout comme les obligations environnementales, ces obligations en matière de travail ne sont pas renforcées par le règlement des différends entre États ou entre État et syndicats. Le traité permet en revanche les consultations entre États.

L'American Federation of Labour - Congress of Industrial Organisations (AFL-CIO) s'est dite « extrêmement déçue » par l'absence d'un mécanisme d'application fort, affirmant que les nouvelles dispositions représentaient « à peine plus que des engagements théoriques, sans recours possibles en cas d'échec des consultations à résoudre les problèmes ».

Différents changements ont cependant attiré les éloges des entreprises américaines. Notamment une disposition exigeant des États qu'ils permettent aux personnes d'un autre État-partie au traité de contribuer à l'élaboration de normes techniques. Cette disposition est soutenue par le règlement des différends entre États, mais pas par le règlement des différends entre État et investisseurs.

Les traités d'investissement des États-Unis sont remarquables car ils restreignent les prescriptions de résultat, qui incluent maintenant des limites au recours aux technologies « locales », changement bien reçu par les entreprises américaines. Le représentant au commerce des États-Unis a expliqué vouloir empêcher les États « d'exiger l'achat, l'utilisation ou l'autorisation de préférences aux technologies développées dans le pays afin d'offrir un avantage aux investisseurs, investissement ou technologie d'une partie ».

D'ailleurs, si plusieurs conseillers non-gouvernementaux ont appelé à l'introduction de davantage de marge de manœuvre politique dans le modèle de TBI afin de permettre aux gouvernements de réagir face aux crises financières, l'administration Obama a décidé de ne pas réaliser de changements trop importants.

La publication du nouveau modèle a déchainé les appels des intérêts commerciaux américains pour que les États-Unis soient agressifs dans leur course aux nouveaux traités d'investissement, à commencer par la Chine, l'Inde et la Russie. Les négociations de traités d'investissement par les États-Unis se sont en effet ralenties au cours des dernières années, compte tenu de la révision du modèle de traité.

Le modèle américain de traité d'investissement est disponible sur : <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

## Des juristes font corps contre l'introduction du règlement des différends investisseur-État dans le TPP

Une centaine de juristes éminents ont appelé à l'exclusion de l'arbitrage investisseur-États dans l'Accord de partenariat économique stratégique transpacifique (TPP).

Dans un courrier publié en mai 2012, les juristes affirment que les protections des investisseurs contenues dans les TBI, notamment l'arbitrage investisseur-État, ne devraient pas exister dans le TPP.

« Nous basons cette conclusion sur les préoccupations liées à l'extension de ce régime, qui menace de saper les systèmes juridiques de plusieurs pays et de faire basculer l'équilibre des pouvoirs entre investisseurs, États et d'autres parties affectées, et au final, sape le règlement équitable des litiges juridiques », ont affirmé les juristes.

Les juristes sont originaires des pays impliqués dans les négociations du TPP, et comptent notamment dans leurs rangs Jagdish Bhagwati, un économiste spécialisé dans le commerce de l'Université de Columbia, Bruce Fein, ancien procureur général adjoint et conseiller général auprès de la Commission fédérale des communications, et Margaret Wilson, ancienne porte-parole de la Chambre des représentants de Nouvelle-Zélande.

Les juristes se sont dits préoccupés par le fait que les TBI étendent leur protection à un ensemble « d'investissements couverts » (c.-à-d. les instruments financiers spéculatifs, les autorisations gouvernementales et la propriété intellectuelle), ce qui va bien au-delà de leur intention originale de ne protéger que la propriété réelle en cas d'expropriation par le gouvernement. Ils s'inquiètent également du fait que les tribunaux interprètent les traités d'investissement de manière trop large, ce qui place les intérêts des investisseurs au-dessus du droit des États à régler et gouverner.

La lettre fait référence aux arbitrages récents lancés par l'entreprise de tabac Philip Morris contre l'Australie et l'Uruguay, concernant les strictes réglementations relatives à l'emballage des cigarettes adoptées par les deux pays.

L'arbitrage investisseur-État s'est révélé être un point critique des négociations du TPP. L'Australie a affirmé qu'elle ne soutiendrait pas l'arbitrage investisseur-État dans l'accord (sa politique consiste en effet à rejeter l'arbitrage investisseur-État dans tous ses ALE, comme elle l'a annoncé l'année dernière), ce qui va probablement compliquer les négociations. Cette annonce a suscité la préoccupation des milieux d'affaires américains qui souhaitent voir de fortes protections des investissements dans l'accord.

La lettre est disponible sur : <http://tpplegal.files.wordpress.com/2012/05/juristsletter8may2012.pdf>

## Les Nations Unies adoptent les directives relatives aux accords fonciers à long terme

Les membres d'un comité des Nations Unies de

la sécurité alimentaire ont adopté des Directives volontaires qui abordent les préoccupations liées aux investissements à long-terme dans les terres agricoles des pays en développement, souvent appelés « accaparement des terres » par les critiques.

Les « Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale » ont été dévoilées en mai par le comité des Nations Unies de la sécurité alimentaire mondiale, après plusieurs années de négociations.

Les directives visent à « servir de référence aux gouvernements lors de l'élaboration des lois et de l'administration des droits relatifs aux terres, aux pêches et aux forêts dans le but d'atteindre la sécurité alimentaire pour tous et de soutenir la réalisation progressive du droit à une nourriture adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale ».

Les acquisitions étrangères de terres agricoles, notamment en Afrique et en Asie ont explosé au cours des dernières années. Cette tendance renforce les préoccupations relatives à ces accords qui peuvent marginaliser les communautés rurales, tout en contribuant très légèrement à l'économie des pays.

Les principaux destinataires de ces investissements sont le Soudan, le Mozambique, le Libéria et l'Éthiopie – des pays à la gouvernance et aux cadres réglementaires faibles.

Les directives abordent la reconnaissance juridique et l'attribution des droits fonciers et servitudes foncières, le transfert des droits fonciers, à travers l'investissement par exemple, et la gestion foncière.

Les directives encouragent également les méthodes alternatives aux grands investissements fonciers. « Des modèles d'investissement qui ne comportent pas d'acquisitions de terres à vaste échelle existent bel et bien et doivent être encouragés », affirment les directives.

Si les directives ne sont pas contraignantes, elles ont toutefois été saluées pour le large soutien qu'elles ont reçu. Le directeur général de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, Jose Graziano da Silva, a fait l'éloge des « toutes premières directives mondiales sur une gouvernance des régimes fonciers. Nous avons désormais une vision commune ».

En gardant à l'esprit les défis liés à la mise en œuvre des directives, l'Ambassadeur Yaya Olaniran, le représentant permanent du Nigeria auprès de la FAO et Président du CSA a souligné que « ces changements ne se feront pas du jour au lendemain. Mais nous savons, au terme des vastes consultations menées par la FAO et du processus de négociation conduit par le CSA, que les directives bénéficient d'une forte adhésion et d'un vaste soutien ».

Les directives sont disponibles sur : [http://www.fao.org/fileadmin/user\\_upload/nr/land\\_tenure/pdf/VG\\_Final\\_FR\\_May\\_2012.pdf](http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/nr/land_tenure/pdf/VG_Final_FR_May_2012.pdf)



# Sentences et décisions

## **Demande contre la Slovaquie rejetée, le tribunal considère l'affaire comme incomplète** *Jan Oostergetel et Theodora Laurentius c. la République de Slovaquie* **Damon Vis-Dunbar**

Un tribunal a rejeté la demande formulée par deux investisseurs néerlandais contre la République de Slovaquie, ne trouvant pas de preuves qu'une « mafia financière » avait comploté avec le gouvernement slovaque pour mettre l'investissement des demandeurs en faillite.

Le différend tourne autour de la procédure de faillite impliquant BCT, une entreprise privatisée acquise par les demandeurs et produisant du fil de couture. Les demandeurs avançaient que le gouvernement avait adopté une approche bienveillante à l'égard des arriérés fiscaux de l'entreprise, avant d'abandonner injustement cette indulgence et de forcer l'entreprise à une procédure de faillite. Les demandeurs ont également fait allusion à une « mafia financière » désireuse de s'emparer de l'actif immobilier de BCT, et qui aurait prétendument fait pression auprès des autorités et tribunaux slovaques pour qu'ils agissent de manière irrégulière.

Le tribunal n'a toutefois trouvé aucune preuve permettant d'étayer ces demandes.

### *Affaire mal présentée*

Le tribunal a exprimé sa frustration quant à la présentation de l'affaire des demandeurs dans plusieurs points de la sentence. Le tribunal remarque que « [L]es communications des clients ne présentaient pas les allégations factuelles de manière claire, cohérente et systématique ».

En effet, le tribunal a parfois eu du mal à tirer du sens des arguments juridiques soutenant la demande. Les demandeurs faisaient des références vagues à l'expropriation par exemple, tout en ne présentant pas de lien clair. « Le saupoudrage au hasard tout au long de la plaidoirie de termes forts au sens juridique bien défini tels que « expropriation » ou « expropriation rampante » ne transforme pas le terme lui-même en allégation de faits représentant une violation du traité », a admonesté le tribunal.

### *La demande manque de preuves*

Les demandeurs affirmaient qu'il y avait violation de la disposition du traité relative au traitement juste et équitable. Si elle ne s'est pas attardée sur le contenu de la norme, la Slovaquie a identifié deux aspects à considérer : les attentes légitimes des investisseurs et le déni de justice.

Concernant le premier, le tribunal a fait remarquer que les attentes légitimes sont liées à la stabilité. Citant le tribunal de Tecmed c. le Mexique, par exemple, il remarqua que la norme avait été interprétée afin « d'offrir un traitement international des investissements qui n'affecte pas les attentes de base prises en compte par l'investisseur étranger au moment de réaliser l'investissement ».

Le tribunal a toutefois signalé la décision plus récente de l'affaire El Paso Energy c. l'Argentine, qui stipule les limites dans lesquelles un investisseur peut attendre de la stabilité. Le tribunal a reconnu que « la vie économique et juridique évolue par nature », et a ainsi étudié si les changements au cadre juridique « étaient déraisonnables ou contraires à un engagement spécifique ».

En examinant les faits de l'affaire, le tribunal n'a pas vu comment la Slovaquie avait frustré les attentes légitimes des investisseurs. À son sens, l'indulgence de la Slovaquie vis-à-vis des arriérés d'impôts de BCT se basait sur la promesse

répétée des investisseurs de moderniser l'entreprise, alors qu'en fait la situation de BCT continuait de se détériorer. Aussi, les demandeurs ne pouvaient pas s'attendre « à ce que les autorités conservent toujours cette attitude indulgente ».

Pour ce qui est du déni de justice, le tribunal a souligné que cela représente l'incapacité d'un système juridique entier à rendre justice – et non pas seulement les erreurs d'un tribunal. Cependant, et dans tous les cas, le tribunal ne trouva pas de preuves convaincantes d'irrégularités de procédure ou de délai déraisonnable dans la procédure de faillite.

Les allusions du demandeur à la corruption n'ont pas non plus convaincu le tribunal compte tenu de l'absence de preuves concrètes.

### *Les demandeurs doivent contribuer au frais de la Slovaquie*

Les parties au différend ont investi des sommes bien différentes dans cette affaire : les coûts juridiques des demandeurs représentaient 1,46 millions d'euros, alors que ceux de la Slovaquie près de 12,5 millions d'euros. Concernant la répartition des coûts, et compte tenu de ces différences, le tribunal a remarqué que : « Chacune des parties a fait ses choix et en assume les conséquences. Le tribunal ne considère pas nécessairement que l'une doit payer pour les choix de l'autre ».

Le tribunal a toutefois également remarqué que la mauvaise présentation de l'affaire du demandeur représentait un fardeau pour la procédure.

Tenant compte de ces considérations, le tribunal a décidé que les demandeurs devaient contribuer à hauteur de 2 millions d'euros aux coûts de la Slovaquie, ce qui représente environ ce que les demandeurs avaient dépensé. Les demandeurs ont également été condamnés à payer les coûts de l'arbitrage, qui représentaient près de 800 000 euros.

Le tribunal était composé de Gabrielle Kauffman-Kohler (Président), Vojtech Trapl (désigné par le défendeur), et Mikhail Wladimiroff (désigné par les demandeurs).

La décision est disponible sur : <http://italaw.com/documents/OostergetelvSlovakRepublic.pdf>

## **Les décisions du différend interétatique peu commun opposant l'Italie à Cuba ont été publiées** *Italy c. Cuba, tribunal ad hoc* **Larisa Baby**

En 2003, l'Italie a entamé un rare arbitrage contre un autre État, au titre du TBI Cuba-Italie signé en 1993. Le pays a fait sienne les réclamations de seize investisseurs italiens opérant dans différents secteurs, de l'aluminium à la production de sauce pour pâtes.

L'Italie prétend qu'au travers des actions de différentes entités, telles que la Banque centrale cubaine et la Chambre cubaine de commerce, Cuba a fait une discrimination contre les investisseurs italiens, et leur a dénié le droit au traitement juste et équitable, au traitement national et à la pleine protection et sécurité. L'Italie a cherché à obtenir une compensation d'un euro symbolique pour violation de l'esprit et de la lettre du TBI. Cuba, à son tour, a demandé des excuses publiques pour les dommages moraux causés par le lancement de la procédure d'arbitrage.

Dans les décisions récemment publiées (une décision intérimaire de 2005, et la décision finale de 2008), le tribunal a accepté sa compétence, mais sa majorité est allé dans le sens du rejet des demandes sur le fond.

### *Les objections préliminaires de Cuba*

Cuba a soulevé plusieurs objections préliminaires. Le pays a d'abord affirmé que l'Italie n'était pas autorisée à lancer une procédure de protection diplomatique sur la base de l'article 10 du TBI. Au titre de cette disposition, l'Italie ne peut lancer une procédure qu'en son nom propre concernant l'interprétation et l'application du traité.

Ensuite, Cuba a maintenu qu'aucune des demandes reprises par l'Italie ne pouvait être considérée comme liée aux investissements. D'après Cuba, puisque la définition contenue dans le TBI faisait référence aux investissements réalisés en conformité avec la législation locale, un concept unique d'investissement n'existait pas. Au contraire, la définition de l'investissement contenue dans le TBI devait être subordonnée à la notion d'investissement contenue dans la législation locale.

Troisièmement, Cuba avançait que les demandes de l'Italie n'étaient pas recevables puisque le demandeur n'avait pas épuisé les voies de recours internes.

Finalement, Cuba affirmait que le tribunal ne pouvait se prononcer que sur les demandes italiennes relatives à deux des seize investisseurs, puisque les demandes restantes avaient été formulées après le lancement de la procédure d'arbitrage.

### *L'analyse du tribunal*

Le tribunal a rejeté l'objection préliminaire de Cuba relative au fondement juridique de la requête de l'Italie. Il a reconnu que si le TBI permet à un investisseur d'entamer une procédure contre un État d'accueil, ce fait en lui-même n'empêche pas l'État d'origine d'offrir une protection diplomatique dans un arbitrage au titre du même traité. Le droit d'un investisseur à la protection diplomatique existe tant que l'investisseur ne formule pas une demande en son nom propre. Aussi, l'Italie jouissait d'un fondement juridique à déclencher l'arbitrage, compte tenu que les conditions d'application du TBI et que le recours à la protection juridique avaient été respectés.

Le tribunal a également rejeté l'argument de Cuba concernant la définition de l'investissement. Il a affirmé que l'objet et la finalité du TBI seraient frustrés si la notion d'investissement pouvait varier en fonction de la législation de chacun des États parties. La majorité du tribunal a également considéré que la prescription de conformité avec la législation locale ne concernait pas la notion, mais plutôt la légalité de la réalisation de l'investissement. Le tribunal a étudié la doctrine et la jurisprudence internationale et en a conclu qu'un investissement avait trois éléments caractéristiques : l'apport, la durée et le risque. La décision finale quant à savoir si le différend concernait des investissements protégés a été reportée au stade de l'examen du fond.

Lors de l'examen de l'objection cubaine concernant l'épuisement des voies de recours internes, le tribunal a fait une distinction entre les demandes formulées par l'Italie en son nom propre et les demandes formulées au nom de ses investisseurs. Il en a conclu que l'épuisement des voies de recours internes ne s'appliquait qu'au dernier cas, à condition que ces recours existent et soient efficaces. La décision sur ces points a été reportée au stade de l'examen du fond.

En examinant la recevabilité des demandes faites par l'Italie après le début de l'arbitrage, le tribunal a souligné l'importance d'éviter des décisions potentiellement conflictuelles. La majorité a ensuite considéré que, puisque les demandes avaient été formulées au début de la procédure, leur examen n'aurait aucun impact négatif.

### *La majorité rejette les demandes au fond*

Au stade de l'examen du fond, l'Italie a retiré dix demandes et a poursuivi la procédure au nom de six entreprises.

### *Caribe et Figurella Project s.r.l.*

Caribe et Figurella Project a conclu un contrat avec un hôtel cubain pour la création d'un centre de beauté. Deux ans plus tard, les autorités cubaines avaient révoqué la licence d'exploitation du centre après avoir découvert que celui-ci offrait des services non-autorisés de tatouages. Quand la licence a été rétablie, l'hôtel cubain ne l'a pas notifié à Caribe et Figurella Project et a démantelé le lieu occupé par l'entreprise italienne. L'Italie a avancé que Cuba avait violé son obligation d'encourager les investissements italiens, avait eu une conduite discriminatoire à leur égard et ne leur avait pas accordé un traitement juste et équitable.

Le tribunal décida que le contrat de Caribe et Figurella Project constituait un investissement conformément au critère de contribution, de durée et de risque établi dans la décision sur la compétence.

Le tribunal a considéré que la révocation de la licence par les autorités cubaines a été "brutale" mais pas illicite, puisqu'au moment où la licence avait été accordée, l'annexe du contrat relative aux services de tatouages n'avait pas été signée. En outre, le fait que la licence ait été rétablie 20 jours plus tard atténuait la brutalité de son retrait. Aussi, le tribunal a considéré que les autorités cubaines n'avaient pas commis d'action internationalement illicite.

En adoptant un test structurel et fonctionnel, le tribunal a décidé que la conduite de l'hôtel n'était pas attribuable à Cuba. Le caractère non-gouvernemental de l'hôtel a été déterminant pour exclure la responsabilité de Cuba de la conduite de l'hôtel. Aussi, toutes les actions qui ont entraîné le démantèlement des équipements italiens étaient considérées comme des fautes contractuelles, plutôt que des violations du traité.

### *Finmed s.r.l.*

Finmed Ltd. est une entreprise irlandaise détenue par deux entreprises italiennes. En 1996, elle a formé une société mixte avec Cubanacan, une entreprise d'État, pour la création d'un complexe touristique. L'Italie prétend que Cubanacan a empêché le remplacement de la société Finmed Ltd. dans la société mixte par la société italienne Finmed s.r.l., et par conséquent, que Cuba avait violé son obligation d'encourager les investissements italiens, avait eu une conduite discriminatoire à leur égard et ne leur avait pas accordé un traitement juste et équitable.

Le tribunal a reconnu que la situation au sein de Finmed Ltd. était complexe. La substitution par Finmed s.r.l. a été approuvée par l'assemblée de la société mixte mais n'a jamais reçu l'autorisation gouvernementale nécessaire. Les documents requis n'avaient pas été produits du fait d'un litige relatif à la propriété de Finmed Ltd. opposant ses représentants, ce qui rendait impossible l'identification de l'autorité compétente pour décider de la substitution. Aussi, l'activité de la société mixte a été bloquée pendant huit mois. Finalement, Cubanacan a décidé de reconnaître un représentant de Finmed Ltd. comme actionnaire minoritaire, malgré d'importants doutes concernant la validité des documents présentés par les parties.

Le tribunal a reconnu que les actions de Cubanacan étaient attribuables à Cuba puisque l'entité était propriété du Ministère du tourisme. Il considéra que sa décision avait

été prise dans la précipitation, mais justifiée par le désir de mettre fin à huit mois de paralysie de la société mixte. Dans le doute, Cubanacan a décidé de maintenir de statu quo, et a continué de considérer Finmed Ltd. comme le propriétaire de l'investissement. Le tribunal a considéré que Finmed s.r.l. était responsable du fait de son incapacité à contrôler l'investissement, plutôt que du fait d'actions ou d'omissions de Cubanacan et de Cuba.

#### *Icemm srl et Menarini Società Farmaceutica*

Le tribunal a rejeté la demande de l'Italie concernant Icemm s.r.l. et Menarini Società Farmaceutica au motif que leur activité ne constituait pas un investissement au titre du traité. Dans les deux cas, le tribunal déterminait que le contrat de vente à long terme que les entreprises italiennes avaient passé avec leurs partenaires cubains ne remplissait pas le critère de l'apport, de la durée et du risque.

#### *Cristal Vetro SA et Pastas y Salsas Que Chevere*

La majorité a considéré que deux des entreprises défendues par l'Italie n'avaient pas de lien de nationalité valide avec le pays. Cristal Vetro SA et Pastas y Salsas Que Chevere ont été enregistrées au Panama et au Costa Rica respectivement, mais les capitaux et la propriété étaient italiens. Le tribunal a examiné le texte du TBI, qui fait référence aux entreprises et individus d'un État partie. Il en a déduit que le traité couvrait les investissements réalisés soit par un individu, ou par une entreprise de l'État signataire, et ne pouvait être étendu aux entreprises de pays tiers seulement parce que leurs capitaux étaient cubains ou italiens. Les principes de la protection diplomatique prévalant au moment de la conclusion du traité confirmaient cette conclusion.

#### *L'opinion dissidente*

L'arbitre désigné par l'Italie, le professeur Tanzi, n'était pas d'accord avec la majorité concernant l'appréciation des faits du différend.

Concernant la demande italienne au nom de Caribe et Figurella Project, le professeur Tanzi a considéré que les autorités cubaines ne pouvaient pas ignorer la prestation de services de tatouage au centre de beauté. Des preuves telles que la liste des prix incluant les services de tatouages ainsi que les autorisations d'importer le matériel de tatouage soutiennent sa conclusion. En outre, puisque les services de tatouage ne représentaient qu'une petite partie des activités du centre, l'arbitre a considéré la révocation de la licence comme disproportionnée et injuste.

Le professeur Tanzi n'était pas non plus d'accord avec les conclusions du tribunal quant à la question de l'attribution de la conduite de l'hôtel à Cuba. Il a critiqué « l'approche fonctionnelle » adoptée par la majorité et s'est plutôt concentré sur le contrôle exercé par les autorités cubaines sur l'hôtel. Il en a conclu que les actions de l'hôtel auraient dû être attribuées à Cuba, indépendamment de la nature commerciale de l'activité.

Pour ce qui est des demandes de Finmed s.r.l., le professeur Tanzi a souligné que la majorité avait reconnu la validité contestable des documents sur lesquels Cubanacan basait sa décision. À son sens, le tribunal aurait dû reconnaître une négligence, voire une complicité de Cubanacan dans le litige relatif à la propriété. En outre, le professeur Tanzi a souligné qu'en attribuant les actions de Cubanacan à Cuba, la majorité avait choisi un test structurel plutôt que fonctionnel, à l'inverse de ce qu'il avait fait pour la demande de Caribe et Figurella Project.

Le professeur Tanzi n'était pas d'accord avec la décision de la majorité concernant l'absence de lien de nationalité dans les demandes de Cristal Vetro et Pastas y Salsas Que Chevere. Il s'est concentré sur le libellé large du TBI, qui ne stipule aucun test pour déterminer la nationalité de l'entreprise. Il a avancé que même si le droit coutumier international stipule le lieu d'enregistrement comme la norme pertinente, il offre également différentes exceptions. L'une d'elles est contenue dans l'article 9 des projets d'articles de la CDI sur la protection diplomatique. Le professeur Tanzi a considéré que les demandes italiennes satisfaisaient à cette exception puisqu'elles concernaient deux entreprises qui n'avaient pas de lien clair entre leur propriété et leur lieu d'enregistrement.

Le tribunal était composé de M. Yves Derains (président), du professeur Attila Tanzi (désigné par l'Italie) et du Dr. Narciso Cobo Roura (désignée par Cuba, en remplacement du Dr. Olga Miranda Bravo).

Toutes les décisions sont disponibles en français.

La décision intérimaire est disponible sur : [http://italaw.com/documents/Italy\\_v\\_Cuba\\_InterimAward\\_15Mar2005.pdf](http://italaw.com/documents/Italy_v_Cuba_InterimAward_15Mar2005.pdf)

La décision finale est disponible sur : [http://italaw.com/documents/Italy\\_v\\_Cuba\\_FinalAward2008.pdf](http://italaw.com/documents/Italy_v_Cuba_FinalAward2008.pdf)

L'opinion dissidente est disponible sur : [http://italaw.com/documents/Italy\\_v\\_Cuba\\_FinalAward2008\\_Dissent.pdf](http://italaw.com/documents/Italy_v_Cuba_FinalAward2008_Dissent.pdf)

#### **Le Paraguay viole le traité conclu avec la Suisse en ne payant pas ses factures** *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la République du Paraguay, Affaire CIRDI n°ARB/07/29* **Damon Vis-Dunbar**

Le gouvernement du Paraguay a été condamné à payer 39 millions USD en dommages et intérêts, suite à une décision de février 2012 en faveur d'un demandeur suisse. Depuis, le Paraguay essaye de faire annuler la décision.

Le demandeur, SGS Société Générale de Surveillance S.A (SGS), a formulé sa demande au titre du TBI Suisse-Paraguay en 2007 à propos de factures impayées. SGS a été engagée par le Paraguay pour inspecter les importations et s'assurer que les droits de douanes exacts étaient collectés. Nombre de ces factures sont restées impayées, car les représentants du gouvernement contestaient la légalité du contrat conclu avec SGS.

SGS avançait que le non paiement des factures par le Paraguay violait l'article 11 du traité (une clause parapluie), qui stipule que « les deux parties contractantes doivent garantir en permanence le respect des engagements qu'elles ont contracté concernant les investissements des investisseurs de l'autre partie contractante ». Le demandeur affirmait également qu'il y avait violation des dispositions du traité concernant les mesures discriminatoires et le traitement juste et équitable.

#### *La défense du Paraguay*

Le Paraguay n'a pas contesté le fait que les factures n'avaient pas été payées. Il a toutefois présenté trois arguments pour sa défense : 1) les violations du contrat par le Paraguay ont été faites en tant « qu'acteur normal du marché » plutôt que comme État souverain ; 2) la clause de sélection du forum dans le contrat exclu la responsabilité au titre du TBI, car le contrat stipule que les litiges devraient être soumis aux tribunaux locaux ; 3) SGS a violé le contrat, libérant donc le Paraguay de ses engagements contractuels.

#### *La clause parapluie n'est pas claire*



Dans sa première ligne de défense, le Paraguay a avancé que le demandeur devait « établir que le Paraguay avait abusé de son pouvoir gouvernemental » pour que celui-ci représente une violation du TBI. Au sens du Paraguay, le non-paiement des factures « est le genre d'actions qui peut survenir et survient effectivement souvent lors de transactions commerciales privées, et sans autre élément, ne peuvent être caractérisées comme des abus de pouvoir gouvernemental ».

Le tribunal a examiné des arguments similaires lors de la phase de l'examen de la compétence, quand il a refusé d'accepter les arguments du Paraguay concernant les "actions souveraines". En réaffirmant cette décision, le tribunal a fait référence au langage clair de la clause parapluie du TBI – de « garantir le respect des engagements » – qui inclut l'obligation de respecter les engagements contractuels.

#### *Tribunaux internes vs. arbitrage*

Le tribunal a également décelé des failles dans l'affirmation selon laquelle le différend devait d'abord être réglé par les tribunaux locaux (d'après la clause de sélection du for contenue dans le contrat) avant de déterminer une violation des engagements contractuels. Au sens du tribunal, le Paraguay avait deux engagements distincts : un engagement de satisfaire ses obligations en matière de paiement, et un autre de ne pas frustrer les efforts visant à régler l'affaire devant les tribunaux internes.

Comme l'a expliqué le tribunal, « l'argument du défendeur, pris au mot, manquait de cohérence logique. Le Paraguay avance que l'engagement contracté par le pays était de payer SGS ou de résoudre ce différend devant les tribunaux internes. Cela n'est pas exact. Le Paraguay n'avait pas le choix de payer ses factures ou de soumettre le différend aux tribunaux internes ».

Le tribunal a également indiqué que la clause de sélection du for ne constituait pas une négation de son engagement envers l'arbitrage international au titre du TBI. « Le mécanisme d'arbitrage du TBI fait partie du cadre juridique applicable, et est devenu, en effet, une partie irrévocable de l'accord », a écrit le tribunal.

Finalement, le tribunal a décidé que les arguments du Paraguay selon lesquels SGS avait violé le contrat ne satisfaisaient pas à la charge de la preuve.

Après avoir déterminé que le Paraguay avait violé l'article 11, le tribunal n'a pas jugé nécessaire d'examiner les demandes concernant les mesures discriminatoires et le traitement juste et équitable.

Le tribunal était composé de Stanimir A. Alexandrov (président), Donald Francis Donovan (désigné par le demandeur), et Pablo Garcia Mexia (désigné par le défendeur).

La décision est disponible sur : <http://italaw.com/documents/AWARD.pdf> en anglais; et ici : <http://italaw.com/documents/LAUDO.pdf> en espagnol.

#### **Un éminent arbitre se prononce sur un déni de justice dans l'affaire Chevron c. Equateur** *Chevron & TexPet c. Equateur (CPA affaire No. 2009-23)* **Damon Vis-Dunbar**

Un avocat bien connu, spécialisé en droit des investissements, a donné son opinion sur l'argument de Chevron selon lequel les tribunaux équatoriens avaient fait un déni de justice en ordonnant à l'entreprise pétrolière américaine de payer des milliards de dollars en dommages et intérêts punitifs. Jan Paulsson, l'un des arbitres les plus prolifiques en matière

d'investissement, a été sollicité par Chevron pour donner son avis d'expert au tribunal ayant compétence sur l'affaire opposant Chevron à l'Équateur au titre du TBI Équateur-États-Unis. L'affaire fait partie d'un ensemble de batailles juridiques de longue date impliquant Chevron, l'Équateur et les résidents de l'Amazonie au sujet de dommages environnementaux à Lago Agrio, prétendument causés par Texaco Petroleum (TexPet), que Chevron a acquis en 2001.

Chevron cherche à obtenir une décision du tribunal qui le libérerait d'un jugement représentant plusieurs milliards et rendu par les tribunaux équatoriens en faveur des citoyens équatoriens. La compagnie pétrolière affirme que le pouvoir judiciaire de l'Équateur a reçu des pressions du bureau de l'exécutif équatorien, entraînant de nombreuses erreurs de procédure.

#### *Déni de justice ?*

Chevron prétend que l'Équateur a commis un déni de justice au titre du droit coutumier international, et a violé l'article II(7) du TBI Équateur-États-Unis, qui stipule que « chacune des Parties doit fournir les moyens efficaces de présenter des demandes et de réclamer des droits relatifs à l'investissement, aux accords d'investissement et aux autorisations d'investir ».

L'argument de Chevron est novateur car les demandes « d'application des droits » viennent normalement des investisseurs ayant présenté des demandes devant les tribunaux nationaux. Ici, Chevron affirme qu'il n'a pas pu réclamer ses droits en tant que défendeur. Selon Paulsson, le problème se trouve cependant ailleurs : « Un investisseur doit également pouvoir « réclamer ses droits » pour se défendre d'une demande formulée à son encontre dans un tribunal national ».

#### *L'épuisement des voies de recours interne – futile*

Paulsson conclut que si la conduite des tribunaux équatoriens telle que présentée par Chevron est en effet la réalité, cela représente un déni de justice. Mais il remarque qu'une demande basée sur un déni de justice exige également du demandeur qu'il « épuise les voies de recours internes », c'est-à-dire de tester le système juridique dans son ensemble.

Dans ce cas, Chevron a d'autres moyens de se défendre dans le système juridique équatorien – et continue en effet de les utiliser. Cependant, et en parallèle, le jugement prononcé contre Chevron est exécutoire, et permet aux demandeurs de Lago Agrio de chercher à faire exécuter la sentence en Équateur ou à l'étranger.

Laissant de côté la question de l'exécution, Paulsson avance que le demandeur n'a pas besoin d'épuiser les voies de recours internes « si elles n'offrent aucune possibilité raisonnable de réparation efficace au demandeur étranger ».

« L'aspect futile survient lorsqu'un tribunal international se satisfait de savoir que les tribunaux internes sont notoirement peu indépendants, de sorte que, même si en théorie les recours disponibles pourraient en théorie satisfaire la demande, le manque d'indépendance du judiciaire rend la poursuite de ces recours inutile », explique Paulsson.

Paulsson indique notamment que, à supposer que le récit de Chevron concernant le traitement qu'il a reçu devant les tribunaux équatoriens soit vrai, il serait inutile d'attendre de ces enceintes qu'elles rendent justice. « Le pouvoir exécutif a pris une part active dans cette procédure dans un contexte institutionnel dans lequel il est impossible que le judiciaire évalue la question indépendamment des souhaits exprimés par l'exécutif », écrit Paulsson.

## Quel recours ?

Cette conclusion incite Paulsson à discuter de la manière dont le tribunal pourrait redresser la demande de Chevron.

Une alternative serait une déclaration stipulant que le jugement rendu par l'Équateur est invalide au sens du droit international. « Une déclaration est le mécanisme le plus évident pour affirmer cette nullité et la communiquer à un tribunal, n'importe où, qui recevrait une demande de reconnaissance et d'exécution du jugement sur Lago Agrio », affirme Paulsson.

Paulsson affirme que le tribunal pourrait également ordonner à l'Équateur d'annuler les dommages punitifs ordonnés par le tribunal. Il reconnaît que la séparation des pouvoirs entre les branches judiciaire, exécutive et législative du gouvernement pourrait représenter un défi à cet égard, mais avance que l'État dans son ensemble resterait tenu de respecter la décision du tribunal.

Il reconnaît que les tribunaux internationaux ont été réticents à l'idée d'ordonner aux États d'abroger les cadres réglementaires quand ils violent le droit international – préférant ordonner une compensation à la place. Mais Paulsson avance qu'« il est inutile de s'inquiéter si ce qui est invalide n'est pas un cadre réglementaire généralement applicable, mais un unique jugement non valable... ».

L'opinion d'expert de Jan Paulsson concernant l'affaire Chevron & TexPet c. Équateur, Affaire CPA n° 2009-23 est disponible sur : <http://italaw.com/documents/JPaulssonOpinion.PDF>

## **Un Comité soutient la suspension d'exécution dans l'affaire opposant Libananco à la Turquie Libananco Holdings Co. Limited c. la République de Turquie, Affaire CIRDI n°ARB/06/8 Damon Vis-Dunbar**

Libananco Holdings a reçu un sursis pour le paiement de 15 millions USD en faveur de la Turquie, alors qu'un Comité ad hoc du CIRDI considère son application comme une annulation de la sentence.

Libananco, une entreprise enregistrée à Chypre, avait précédemment perdu sa demande représentant 10 milliards USD contre la Turquie pour des violations supposées du Traité sur la Charte de l'énergie. En outre, le tribunal ordonna à Libananco de payer 602 500 dollars USD à la Turquie à titre de remboursement de ses frais d'arbitrage, et 15 000 000 USD en frais juridiques et dépenses engagées.

En décembre 2011, Libananco a formulé une demande d'annulation de la décision, qui contenait également une demande de suspension d'exécution de la sentence.

## *Échange d'allégations*

Dans sa demande, Libananco accuse la Turquie d'espionner son conseiller juridique et d'intercepter des informations confidentielles, corrompant ainsi l'arbitrage. Libananco avance également qu'il serait prématuré de décliner la suspension d'exécution, avant que le Comité n'ait eu la possibilité d'entendre les faits soutenant sa demande d'annulation. Libananco souligne que la décision continuera de générer des intérêts, et que donc la Turquie ne serait pas affectée si la décision n'est pas annulée.

Pour sa part, la Turquie s'est plainte du fait que Libananco est une « coquille » derrière laquelle se cachent les Uzan, une riche famille turque. Les Uzan ont fui la justice et accumulé une énorme richesse par des moyens illégaux,

notamment en commettant une fraude massive dans les télécommunications... et le secteur bancaire... » a affirmé la Turquie. La Turquie accuse les Uzan d'utiliser le différend juridique pour harceler le pays.

La Turquie souligne aussi que la sentence n'exige pas le paiement d'intérêts composés, rejetant donc l'affirmation de Libananco selon laquelle le retard de paiement ne serait pas nuisible.

## *Le tribunal pèse les différents intérêts*

Dans sa décision du 7 mai 2012, le Comité a reconnu que chacune des parties faisait face à un fardeau potentiel selon sa décision. Libananco, par exemple, pensait qu'il ne rentrerait pas dans ses frais si la sentence était annulée. De la même manière, la Turquie a affirmé qu'on ne pouvait pas faire confiance à Libananco pour respecter la sentence.

Toutefois, dans l'ensemble le Comité décida que les intérêts de Libananco à voir l'exécution suspendue étaient supérieurs à ceux de la Turquie. Il a également indiqué que la procédure d'annulation était programmée pour être rapide, donc la suspension de l'exécution ne durerait pas longtemps.

En arrivant à cette conclusion, le Comité a rejeté l'argument de la Turquie contre la suspension de l'exécution du fait du « caractère vexatoire » de Libananco, ne trouvant aucune raison de déclarer l'annulation « abusive ».

Il nota également le souhait de la Turquie de mettre un terme au différend, mais expliqua que « l'exécution de la sentence ne mettra pas fin à cette procédure ».

## *Rejet des mesures provisoires*

Faisant référence à l'espionnage allégué de la Turquie, Libananco demanda également des mesures provisoires « visant à préserver les droits des demandeurs, notamment le droit au respect scrupuleux de la loi, le droit à une audience juste, le droit à la confidentialité et au privilège juridique, et finalement, le droit de préparer et présenter sa demande sans interférences causées par l'espionnage illicite du défendeur ».

La Turquie a répondu que la Convention du CIRDI ne donne pas au Comité le pouvoir d'offrir des mesures provisoires, sauf celui d'ordonner la suspension de l'exécution.

Dans une décision distincte, le Comité doutait de sa compétence pour l'octroi de mesures provisoires, mais a écarté la question en considérant d'abord la nécessité de la requête de Libananco. Le Comité décida qu'il n'y avait pas de raison d'octroyer des mesures provisoires, car il n'avait pas de preuves que la Turquie avait, ou allait, espionner les demandeurs.

Les membres du Comité sont Hans Danelius, Andres Rigo Sureda (Président), et Eduardo Silva Romero.

La décision concernant la requête du demandeur de maintenir la suspension d'exécution de la sentence est disponible sur : <http://italaw.com/documents/LibanancoAnnulmentStay.pdf>

La décision concernant la requête du demandeur en faveur de mesures provisoires est disponible sur : <http://italaw.com/documents/LibanancoAnnulmentProvisionalMeasures.pdf>

Pour un résumé de la décision précédente sur la juridiction, voir « La Turquie sort indemne d'une réclamation d'un montant de 10,1 milliards USD ; le tribunal ne reconnaît pas d'investissement au titre du Traité sur la Charte de l'énergie », disponible ici : <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/awards-and-decisions-6/>

# Ressources et évènements

## Ressources

### Cadre directeur pour l'investissement au service du développement durable de la CNUCED (IPFSD)

*CNUCED, juin 2012*

La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a établi un ensemble de principes pour la conception des politiques d'investissement, de lignes directrices pour les politiques nationales d'investissement, et de conseils (sous forme d'alternatives) pour la conception et la négociation des AII, intitulé « Cadre directeur pour l'investissement au service du développement durable (IPFSD) ». Le rapport est divisé en chapitres sur la nouvelle génération de politiques en matière d'investissement ; sur les principes pour la conception de politiques d'investissement ; sur les lignes directrices pour les politiques nationales d'investissement ; et sur les alternatives politiques relatives aux éléments des AII. Selon la CNUCED, l'IPFSD a été conçu comme "document vivant". Une version en ligne établie une plateforme ouverte et interactive permettant aux parties-prenantes d'échanger leur vues et expériences afin d'encourager l'évaluation critique des principes directeurs et leur amélioration constante. La CNUCED affirme que l'IPFSD « peut servir de référence aux décideurs politiques lors de la formulation de politiques nationales d'investissement et lors de la négociation ou révision d'accords d'investissement. Le rapport vise également à contribuer au renforcement des capacités et à faciliter la coopération internationale en matière d'investissement. Disponible en téléchargement : [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d6\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d6_en.pdf) Pour accéder en ligne aux éléments interactifs de l'IPFSD, aller sur : <http://ipfsd.unctad.org/Default.aspx?ReturnUrl=%2f>

### Contexte du nouveau différend entre Vattenfall et l'Allemagne (II)

*Institut international pour le développement durable, juin 2012*

Cet article politique examine une affaire récente opposant l'entreprise d'énergie suédoise Vattenfall au gouvernement allemand. En mai 2012, Vattenfall a demandé au CIRDI un arbitrage contre l'Allemagne, suite à la décision allemande de sortir de l'énergie nucléaire. Vattenfall s'appuie sur ses droits au titre du Traité sur la Charte de l'énergie, un accord commercial et d'investissement international du secteur de l'énergie, qui offre aux investisseurs étrangers des droits et protections similaires à ceux contenus dans les traités bilatéraux d'investissement, notamment l'accès à l'arbitrage investisseur-État. Vattenfall devrait réclamer plus de 700 millions d'euros de compensation suite à la fermeture des centrales nucléaires de Krümmel et Brunsbüttel. Cet article politique explique le contexte du différend, notamment le premier arbitrage *Vattenfall c. Allemagne* de 2009-2011, ainsi que les éléments centraux du droit international des investissements que Vattenfall devrait mettre en avant au cours de la procédure. L'article offre également une comparaison avec la situation juridique nationale en étudiant l'examen en cours de la constitutionnalité du retrait du nucléaire. Finalement, les auteurs font des recommandations quant à la relation entre le droit international protégeant les investissements (notamment l'arbitrage) et les prises de décisions politiques. Disponible en téléchargement : [http://www.iisd.org/pdf/2012/german\\_nuclear\\_phase\\_out.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/german_nuclear_phase_out.pdf)

### Confronting the Tobacco Epidemic in a New Era of Trade and Investment Liberalization

*Organisation mondiale de la santé, juin 2012*

Ce rapport vise à développer et mettre à jour le rapport de 2001 intitulé "Confronting the tobacco epidemic in an era of trade liberalization", qui suggère que la libéralisation des échanges et l'investissement étranger direct dans l'industrie du tabac pourrait stimuler la demande de produits du tabac ; le rapport identifie également un risque lié au fait que les règles régissant les obstacles non-tarifaires dans les accords commerciaux (tels que les mesures réglementaires) pourraient limiter l'autonomie des États à mettre effectivement en œuvre les mesures de contrôle du tabac. Cet article présente les dernières tendances des relations entre la libéralisation des échanges et de l'investissement et le contrôle du tabac, ainsi que les deux approches utilisées par l'industrie du tabac pour tirer parti des accords commerciaux et d'investissement. En outre, cet article examine les défis que continuent de représenter

les accords commerciaux et d'investissement au contrôle du tabac à l'échelon national, et présente les défis auxquels les gouvernements font face lors de la coordination de leurs politiques de santé publique et de leurs politiques en matière d'investissement. Disponible en téléchargement : [http://www.who.int/tobacco/publications/industry/trade/confronting\\_tob\\_epidemic/en/index.html](http://www.who.int/tobacco/publications/industry/trade/confronting_tob_epidemic/en/index.html)

### Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011

*Oxford University Press, décembre 2011*

Grâce aux contributions d'éminents experts dans le domaine, cet ouvrage retrace les développements récents dans le droit et la politique internationaux en matière d'investissement. La première partie se concentre sur les tendances et questions récentes relatives à l'investissement étranger direct. Et la deuxième partie aborde les développements de la politique de l'Union européenne en matière de traités bilatéraux d'investissement, et présente en annexe les principaux documents officiels de l'Union européenne. Disponible à l'achat : <http://www.oup.com/us/catalog/general/subject/Law/InvestmentandFinanceLaw/?view=usa&ci=9780199812356>

## Évènements 2012

**Juillet 18 - 19**

### DEUXIÈME ATELIER POUR LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT HÔTES SUR LE SOUTIEN AUX NÉGOCIATIONS DE CONTRATS,

Université de Columbia, New York, <http://www.vcc.columbia.edu/content/second-workshop-contract-negotiation-support-developing-host-countries>

**Septembre 3 - 7**

### PÉTROLE, GAZ ET MINÉRAIS : ARBITRAGE INTERNATIONAL ET COMPÉTENCES EN MATIÈRE DE PLAIDOYER,

Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, Londres, [https://www.buyat.dundee.ac.uk/browse/extra\\_info.asp?compid=2&modid=2&prodid=146&deptid=3&catid=5](https://www.buyat.dundee.ac.uk/browse/extra_info.asp?compid=2&modid=2&prodid=146&deptid=3&catid=5)

**Septembre 13 - 14**

### JOURNÉES SUÉDOISES DE L'ARBITRAGE, ASSOCIATION SUÉDOISE D'ARBITRAGE,

Stockholm, <http://swedisharbitration.se/the-swedish-arbitration-days>

**Septembre 24 - 28**

### MÉDIATION POUR LES RESSOURCES NATURELLES,

CENTRE FOR ENERGY, Petroleum and Mineral Law and Policy, Londres, [http://www.buyat.dundee.ac.uk/browse/extra\\_info.asp?compid=2&modid=2&prodid=155&deptid=3&catid=5](http://www.buyat.dundee.ac.uk/browse/extra_info.asp?compid=2&modid=2&prodid=155&deptid=3&catid=5)

**Octobre 10 - 12**

RÉUNION D'EXPERTS PLURIANNUELLE SUR LA COOPÉRATION INTERNATIONALE : COOPÉRATION SUD-SUD ET INTÉGRATION RÉGIONALE (QUATRIÈME SESSION), CNUCED, GENÈVE, [HTTP://UNCTAD.ORG/EN/PAGES/MEETINGDETAILS.ASPX?MEETINGID=51](http://UNCTAD.ORG/EN/PAGES/MEETINGDETAILS.ASPX?MEETINGID=51)

**20 Octobre – 7 Novembre**

### COURS RÉGIONAL SUR LES POINTS PRINCIPAUX DU PROGRAMME ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL POUR L'ASIE OCCIDENTALE,

CNUCED, Sultanat d'Oman, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=77>

**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)