



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

## L'application des Principes pour l'investissement responsable dans les investissements agricole à grande échelle par Hafiz Mirza et William Speller



**L'investissement étranger dans les terres arables et l'eau: 10 étapes pour de meilleurs contrats** par Carin Smaller

**L'amélioration des traités d'investissement grâce aux dispositions relatives aux exceptions générales: l'exemple australien** par Simon Lester

**La décision d'annulation du CIRDI dans l'affaire *Impregilo c. Argentine*: l'irrévocabilité vs. l'exactitude juridique des sentences** par Nathalie Bernasconi-Osterwalder

**Importer le consentement à l'arbitrage du CIRDI ? Une évaluation critique de l'affaire *Garanti Koza c. Turkménistan*** par Eric De Brabandere

**Egalement dans cette édition:** Churchill Mining Plc c. la République d'Indonésie, et Planet Mining Pty Ltd c. la République d'Indonésie; Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. la Roumanie; Teco Guatemala Holdings LLC c. le Guatemala; Guaracachi America, Inc. (U.S.A.) et 2. Rurelec plc (Royaume-Uni) c. l'État plurinational de Bolivie

# tables des matières

- 3 Articles**  
L'application des Principes pour l'investissement responsable dans les investissements agricole à grande échelle  
*Hafiz Mirza et William Speller*
- 5** L'investissement étranger dans les terres agricole et l'eau: 10 étapes pour de meilleurs contrats  
*Carin Smaller*
- 8** L'amélioration des traités d'investissement grâce aux dispositions relatives aux exceptions générales: l'exemple australien  
*Simon Lester*
- 10** La décision d'annulation du CIRDI dans l'affaire Impregilo c. Argentine: l'irrévocabilité vs. l'exactitude juridique des sentences  
*Nathalie Bernasconi-Osterwalder*
- 12** Importer le consentement à l'arbitrage du CIRDI ? Une évaluation critique de l'affaire Garanti Koza c. Turkménistan  
*Eric De Brabandere*
- 16** **Nouvelles en bref:** La CNUDCI lance un registre de la transparence; L'Indonésie met fin à son traité bilatéral d'investissement avec les Pays-Bas; L'Allemagne hésite quant à l'arbitrage investisseur-État dans le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement; La Commission européenne lance une consultation publique sur les dispositions du PTCI relatives à l'investissement
- 17** **Sentences et décisions:** Churchill Mining Plc c. la République d'Indonésie, et Planet Mining Pty Ltd c. la République d'Indonésie; Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. la Roumanie; Teco Guatemala Holdings LLC c. le Guatemala; Guaracachi America, Inc. (U.S.A.) et 2. Rurelec plc (Royaume-Uni) c. l'État plurinational de Bolivie
- 23 Ressources et évènements**

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

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

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

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

Rédacteur en chef  
Damon Vis-Dunbar

Rédacteur, Version française  
Suzy H. Nikiéma

Traduction française  
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version espagnole  
Fernando Cabrera

Traduction Espagnole  
Maria Candeli Conforti

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

# L'application des Principes pour l'investissement responsable dans les investissements agricole à grande échelle

Hafiz Mirza et William Spellerr

## article 1



La tendance récente et continue de l'investissement des entreprises, notamment l'investissement étranger, dans le secteur agricole des pays en développement, a donné lieu à des postures largement opposées. Pour certains, le fait de « redécouvrir » que l'agriculture peut être au centre des investissements offre l'opportunité de promouvoir de nouveau ce secteur dans l'agenda plus large du développement économique. D'autres en revanche, ont largement manifestés leur préoccupation et se demandent si de tels investissements, notamment ceux impliquant des acquisitions à grande échelle de terres, sont menés de façon à respecter les droits des populations, leur moyens de subsistance et leur ressources .

Après des décennies de lutte en vue d'attirer un niveau significatif d'investissement des entreprises dans leurs secteurs agricoles, notamment l'investissement étranger direct, les pays en développement font maintenant face à un nouveau défi. Comment accepter et gérer le type, l'ampleur et le nombre de ces investissements afin de maximiser les bénéfices pour le développement et de minimiser les risques socio-économiques et environnementaux ? Malheureusement, le manque d'analyse de ces investissements a conduit à ce que l'essentiel des débats sur la question ait été alimenté par de simples anecdotes et d'études ne portant que sur un seul cas.

Afin de combler cette lacune et d'apporter un peu plus de substance à ces discussions, le Groupe de travail inter-agences de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), et la Banque mondiale ont décidé de travailler conjointement à l'élaboration d'un ensemble de connaissances empiriques pouvant servir à l'identification des formes d'investissement souhaités<sup>1</sup>.

Le présent article se base sur un rapport récent de la CNUCED et de la Banque mondiale intitulé *The Practice of Responsible Investment Principles in Larger Scale Agricultural Investments* (Mirza, Speller, Dixie et Goodman, 2014). Celui-ci présente les résultats d'une étude menée sur le terrain auprès de 39 agro-industries à grande échelle en Afrique subsaharienne et Asie du Sud-est, et s'intéressant notamment à la manière dont elles considèrent leurs responsabilités sociale, économique et environnementale.

Le rapport explique clairement, par le biais d'exemples détaillés, en quoi consiste un investissement agricole durable, en termes pratiques et opérationnels pour les communautés, les gouvernements et les investisseurs. Ce faisant, il vise avant tout à fournir à ces groupes des enseignements qui peuvent être repris dans les politiques et procédures des pays d'accueil, dans les processus opérationnels et les stratégies des entreprises ainsi que dans les actions des ONG ou des communautés, afin de garantir que les investissements dans le secteur agricole soient menés de manière responsable et qu'ils permettent de maximiser les bénéfices tout en minimisant les risques pour les parties prenantes.

Globalement, les investissements étudiés ont générés des effets socio-économiques positifs pour les communautés environnantes et les pays d'accueil. Le bénéfice le plus fréquemment cité découlant des investissements est la création d'emplois directs. Les investisseurs ont également contribué indirectement à la création d'emplois en offrant un marché stable pour les produits des cultivateurs sous-traitants. L'augmentation connexe des revenus ruraux à eu des effets positifs directs et indirects sur la sécurité alimentaire. Les programmes de développement social et les modèles d'affaires financièrement inclusifs sont plus fréquents dans les investissements agricoles, et les investisseurs fournissent des services sociaux tels que l'éducation, la santé, des infrastructures agricoles et rurales, des mécanismes d'approvisionnement local en eau et d'accès aux sources de financement. Finalement, les investisseurs ont introduit de nouvelles technologies et pratiques agricoles qui, dans de rares cas, pourtant significatifs, ont eu des effets de catalyseur rayonnant bien au-delà de l'investissement.

Les investissements étudiés laissent également apparaître des incidences négatives. Parmi les plus fréquentes se trouvent les différends portant sur l'accès à la terre, notamment des conflits entre les droits formels offerts à l'investisseur par l'État, et les droits informels des utilisateurs existants des terres. Ces situations étaient parfois exacerbées par le manque de clarté au sujet des conditions et de la procédure d'acquisition de la terre, et même dans certains cas, lorsque les investisseurs n'utilisaient qu'une petite partie des terres allouées. Les populations affectées n'étaient en général pas suffisamment consultées, incluses ou adéquatement indemnisées pour leur réinstallation. Le manque de consultation est symptomatique d'une préoccupation plus grande : les communautés locales n'étaient souvent pas suffisamment impliquées dans les décisions les affectant, et, de plus, les mécanismes permettant de formuler des plaintes ou de demander des comptes aux investisseurs étaient fréquemment inexistantes. L'évaluation, la compréhension et le suivi de l'impact environnemental des investissements étaient généralement insuffisants, notamment compte tenu des conséquences de ces projets sur les ressources en eau.

Il est à noter que découlent de ces investissements tout un éventail de résultats, en termes d'effets socio-économiques et environnementaux, de conséquences plus larges sur le pays d'accueil, et du succès opérationnel et financier de l'investissement lui-même. L'une des principales conclusions de l'étude est que ce type d'investissement a le potentiel de

créer des situations avantageuses pour toutes les parties, avec des effets économiques, sociaux et environnementaux positifs plus larges. D'après l'étude, les investisseurs obtenant les meilleurs résultats financiers et opérationnels étaient plutôt ceux ayant les effets les plus positifs sur les économies d'accueil et les communautés environnantes, découlant d'approches de la responsabilité sociale et environnementale plus sophistiquées. De la même manière, les investissements bien intégrés dans le pays d'accueil et la communauté environnante avaient plus de chances de réussir. Les investisseurs ayant acquis des terres sans avoir mené au préalable de consultations auprès des communautés et des évaluations d'impact, ou ayant laissé aux gouvernements le soin de leur faire en leur nom, se sont fréquemment retrouvés par la suite à devoir gérer des conflits fonciers coûteux et longs.

La variété d'expériences, de résultats et de conséquences des investissements étudiés suggère que de nombreux facteurs variés influencent les résultats d'un investissement agricole. Certains de ces facteurs relèvent du contexte. Aussi, l'on ne peut pas être catégorique quant au type d'investissements souhaité ou non. L'étude montre que les éléments fixes de l'investissement (le type de culture, le pays d'origine, etc.) sont moins importants que les actions, politiques et pratiques dynamiques de l'investisseur et du pays d'accueil pour déterminer les résultats des investissements.

Une autre conclusion importante de la recherche révèle que nombre des décisions et actions essentielles déterminant les résultats finaux des investissements sont prises avant, ou au tout début de l'investissement. Pour l'investisseur, cela implique de faire preuve de diligence raisonnable, de mener des consultations avec les communautés et des évaluations d'impacts, d'adopter une approche transparente et de concevoir un plan d'affaires. Pour les pays d'accueil, cela implique de faire un tri et une sélection des investisseurs, un suivi continu des investissements, un suivi des consultations et des évaluations d'impacts, et d'approuver les investissements, et les droits d'accès à la terre et à l'eau de manière progressive. Pour la communauté locale et la société civile, cela implique un engagement et une négociation avec les investisseurs, d'en faire le suivi, de les aider à développer des partenariats avec les groupes marginalisés, et de garantir l'accès à des mécanismes de plaintes et de réparation.

Enfin, pour toutes les parties prenantes, une meilleure connaissance des termes et conditions contractuels du projet d'investissement, des droits, engagements et responsabilités de chacune des parties est extrêmement importante pour garantir des résultats favorables pour tous. Les investisseurs, pays d'accueil et communautés locales interrogées dans le cadre de cette étude ont indiqué avoir besoin de meilleurs conseils plus détaillés pour travailler plus efficacement en ce sens. Des recommandations pour l'élaboration de meilleurs contrats d'investissement sont essentielles (Smaller, 2014).

Ces enseignements doivent être entendus, intégrés avec prudence aux conclusions d'autres études et utilisés afin de nourrir la population mondiale croissante de manière durable en permettant de préserver les ressources naturelles, d'utiliser l'agriculture comme

moteur d'une croissance inclusive et de développement à long terme. Et pour atteindre ces objectifs, il faudra davantage d'investissements, privés et publics. Le rôle clé des investissements des petits exploitants agricoles dans leurs propres exploitations, dans toute stratégie de promotion des investissements agricoles nécessaires est largement reconnu<sup>2</sup>. Mais les autres formes d'investissements, notamment ceux provenant du secteur privé, étudiés ici, sont tout aussi importants. Cette étude révèle que les investissements du secteur privé, notamment ceux portant sur l'acquisition de terres, peuvent générer des résultats positifs s'ils sont menés de manière responsable du point de vue social et environnemental.

#### Auteur

Hafiz Mirza est Responsable de la recherche sur les questions d'investissement à la CNUCED. William Speller est Responsable des affaires économiques de la Section sur les questions d'investissement de la CNUCED.

#### Notes

1 Les publications récentes de la Banque mondiale, de la FAO et du FIDA ont déjà contribué à cette base naissante de connaissances. La FAO et le FIDA ont commandé un document conjoint de la FAO et l'IIED portant sur les alternatives aux acquisitions de terres de grande échelle dans les pays en développement, qui dresse la liste des modèles de développement alternatifs pour les petits propriétaires (Vermuelen et Cotula, 2010). La FAO a mené une série d'études de cas sur l'évolution et l'impact de l'IIED dans l'agriculture des pays en développement (FAO, 2013). La Banque mondiale a conclu une étude rétrospective du portefeuille d'investissements dans le secteur agricole du Commonwealth Development Cooperation, portant sur 179 agro-industries réalisés sur un demi-siècle (Tyler et Dixie, 2012). Le FIDA a produit un examen des expériences mondiales dans le développement et la gestion des programmes des cultivateurs sous-traitants (FIDA et Technoserve, 2011).

2 Voir par exemple, FAO (2012) Situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture : Investir dans l'agriculture pour un avenir meilleur ; CSA HLPE (2013) Investing in smallholder agriculture for food security: A report by The High Level Panel of Experts on Food Security and Nutrition ; et FIDA et PNUJ (2013) Smallholders, Food Security and the Environment.

#### Références

- CNUCED, FAO, FIDA, et le Groupe de la Banque mondiale (2010). « Principes pour un investissement responsable qui respecte les droits, les moyens d'existence et les ressources ». Note de discussion présentée à la deuxième session de la Commission de l'investissement, des entreprises et du développement, Genève, 26-30 Avril. TD/B/C.II/CRP.3.
- FAO (2012). *La situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture : Investir dans l'agriculture pour un avenir meilleur*. Rome : Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture.
- FAO (2013). *Trends and impacts of foreign investment in developing country agriculture: Evidence from case studies*. Rome : Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture.
- FIDA et TechnoServe (2011). *Outgrower schemes - Enhancing Profitability. Technical Brief*. Rome: Fonds international pour le développement agricole.
- FIDA et PNUJ (2013). *Smallholders, Food Security and the Environment*. Rome: Fonds international pour le développement agricole.
- HLPE (2013). *Investing in smallholder agriculture for food security. A report by the High Level Panel of Experts on Food Security and Nutrition of the Committee on World Food Security, Rome*. Rome : Comité de la sécurité alimentaire mondiale.
- Mirza, H., W. Speller, G. Dixie & Z. Goodman (2014, à paraître). *The Practice of Responsible Investment Principles in Large Scale Agricultural Investments*. Washington D.C. et Geneva, Groupe de la Banque mondiale et Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement.
- Smaller, C. (2014). *Contrats d'investissement pour les terres agricoles et l'eau: 10 étapes*. Investment Treaty News, Volume 5, n° 2. Avril 2014.
- Tyler, G., & Dixie, G. (2012). *Investing in Agribusiness: A Retrospective View of a Development Bank's Investments in Africa and Southeast Asia and the Pacific*. Washington, D.C. : Groupe de la Banque mondiale.
- Vermeulen, S., & Cotula, L. (2010). *Making the most of agricultural investment: A survey of business models that provide opportunities for smallholders*. Rome : Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture. Londres, Royaume-Uni : International Institute for Economic Development. Rome : Fonds international pour le développement agricole. Berne : Direction du développement et de la coopération Suisse.

## article 2

### L'investissement étranger dans les terres agricole et l'eau: 10 étapes pour de meilleurs contrats Carin Smaller



Un ensemble impressionnant de connaissances, portant sur les aspects positifs et négatifs de l'investissement étranger dans l'agriculture en général, et notamment les terres agricoles, est maintenant disponible. Le précédent article de cette édition d'ITN présentait une étude de la Banque mondiale et de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), portant sur 39 agro-industries à grande échelle en Afrique subsaharienne et en Asie du Sud-est et leur conception de leur responsabilité sociale, économique et environnementale<sup>1</sup>. Si le panorama général traduit des bénéfices, notamment en termes de création d'emplois, différents effets négatifs apparaissent. Ceux-ci portent principalement sur les droits fonciers concurrents, mais également sur les programmes de déplacement des populations mal gérés, le manque de consultations des communautés locales, l'absence d'évaluation réelle de l'impact environnemental, notamment sur l'eau, et le manque de planification commerciale en vue de garantir la rentabilité des investissements. Il est important de noter que la plupart de ces effets négatifs auraient pu être évités ou solutionnés par le biais de meilleurs contrats entre les États concernés et les investisseurs étrangers. Cela implique une meilleure préparation en amont des négociations, l'amélioration de la négociation et de l'élaboration des contrats, et un suivi et une évaluation plus fiable des projets une fois le contrat signé.

Mais à quoi pourrait donc bien ressembler un tel contrat amélioré ? L'Institut international pour le développement durable a étudié soixante-dix contrats conclus entre des États et des investisseurs étrangers et portant sur des baux de longue durée de terres agricoles. Nous avons ainsi élaboré notre propre contrat modèle qui résout à notre sens la plupart des préoccupations. En outre, les dix règles suivantes doivent être respectées pour élaborer un contrat incluant la perspective du développement durable. Elles sont extraites d'un guide plus détaillé et complet relatif à l'élaboration de contrats d'investissement<sup>2</sup>.

Il faut noter avant toute chose que lorsque les États disposent des lois et réglementations nécessaires en vigueur, un contrat entre l'État et l'investisseur étranger peut s'avérer superflu. La législation nationale va en effet régir toutes les questions relatives à l'investissement étranger éventuellement soulevées, notamment l'octroi de licences et d'autorisations aux acteurs du secteur agricole. Nombre d'États utilisent cependant les contrats d'investissement pour louer leurs terres agricoles.

“

**Le succès à long-terme d'un projet d'investissement est étroitement lié à son acceptation et intégration par la communauté locale.**

”

#### Étape 1 : Préparer l'environnement des négociations

Il s'agit d'un préalable essentiel au succès de tout projet d'investissement. Cela implique : (1) d'identifier les besoins agricoles du pays (quelles zones et cultures doivent être prioritaires) ; (2) de comprendre la logique économique du projet en question (et de connaître la valeur de vos ressources naturelles) ; (3) de clarifier le rôle du droit national à l'égard du contrat ; et (4) de préparer l'équipe de négociation.

En outre, le succès à long-terme d'un projet d'investissement est étroitement lié à son acceptation et intégration par la communauté locale, comme le démontrent les conclusions de l'étude de la Banque mondiale et de la CNUCED. Celles-ci s'obtiennent par le biais des négociations, et la communauté aura alors le sentiment que ses intérêts sont pris au sérieux. Les équipes de négociation et les investisseurs devraient organiser les réunions nécessaires avec les communautés locales pour garantir un résultat cohérent soutenu par ces communautés. Il est important également de comprendre les besoins de l'investisseur pour être en mesure de répondre de manière adéquate aux exigences des négociations.

#### Étape 2 : Réaliser des études de faisabilité commerciale

Les études de faisabilité commerciale portent principalement sur la viabilité économique et technique des projets. Mais elles devraient également s'intéresser aux principaux facteurs sociaux et environnementaux. Ces études devraient être menées à bien et contrôlées par des tiers indépendants avant

la signature du contrat. Les résultats de ces études aideront en outre les investisseurs à élaborer leurs plans d'affaires. Elles doivent être présentées et approuvées par le gouvernement avant la conclusion des négociations du contrat, et leurs principaux jalons inclus dans le contrat lui-même.

Les recherches montrent à présent qu'une mauvaise conception du projet et l'incapacité à déterminer sa viabilité sont les principales causes du fort taux d'échec des projets d'investissement dans le secteur agricole. Une étude de la Banque mondiale portant sur 179 projets concluait que la moitié d'entre eux étaient considérés comme des échecs totaux ou partiels du point de vue financier car « le concept comportait des lacunes fondamentales telles qu'un emplacement inapproprié, un mauvais choix de culture ou des hypothèses de planification trop optimistes »<sup>3</sup>.

### **Étape 3 : Réaliser des études d'impact**

En principe, avant la signature et mise en œuvre d'un contrat, une étude de l'impact environnemental et social (EIES) devrait être réalisée. Le contrat peut ainsi être révisé et adapté en fonction des conclusions de l'EIES. Il ne faut pas écarter la possibilité qu'une EIES entraîne la décision d'abandonner le projet en question. Toutefois, en pratique, les EIES sont souvent menées à bien une fois le contrat signé mais avant que l'investisseur ne lance les opérations de construction et d'exploitation.

Les investisseurs devraient utiliser les résultats des EIES pour élaborer un plan de gestion environnementale et sociale. Ils ne devraient pas se voir octroyer les licences nécessaires au lancement de la production avant la réalisation de ces étapes. Malheureusement, même lorsque les EIES sont exigées par la loi, elles ne sont souvent pas réalisées. Comme le montre l'étude de la Banque mondiale/CNUCED, les investisseurs n'ayant pas réalisé d'évaluations adéquates se sont retrouvés empêtrés dans des litiges coûteux et longs.

Les conclusions des EIES et du plan de gestion connexe devraient être inclus dans le contrat sous forme d'obligations juridiquement contraignantes. Ce dernier devrait également inclure une prescription de compte rendu annuel sur la mise en œuvre du plan de gestion, rapport devant être rendu public et mis à la disposition des communautés locales.

### **Étape 4 : Octroyer des droits fonciers et d'accès à l'eau**

Les différends portant sur la terre sont maintenant clairement considérés comme l'élément le plus problématique des investissements agricoles. Lorsque les systèmes de propriété foncière et d'accès à l'eau sont appropriés, et que ces droits sont clairs et conférés à des propriétaires ou usagers locaux,

ceux-ci pourront faire entendre leur voix quant à l'attribution de terres et d'accès à l'eau à l'investisseur. Le problème est que dans nombre de pays en développement où les contrats d'investissement dans les terres arables sont signés, les droits fonciers et d'accès à l'eau ne sont pas formellement reconnus, vagues, relèvent des coutumes locales ou n'existent simplement pas. La question des droits fonciers et d'accès à l'eau pour les propriétaires et usagers locaux doit être clairement identifiée avant la signature du contrat, par le biais de réformes agraires, de consultations avec les communautés locales, et l'indemnisation adéquate lorsque la population doit être déplacée.

### **Étape 5 : Définir les mesures incitatives d'ordre financier ou autre**

Les incitations financières et les allègements fiscaux sont des éléments communs de la stratégie de promotion des investissements de nombreux pays, et souvent inscrites dans les lois et réglementations nationales. Leur efficacité fait largement débat, mais un consensus émergent affirme qu'une poignée de mesures incitatives peut permettre d'atteindre ces objectifs, même si elles représentent un coût important pour les gouvernements. Le coût de ces mesures, et le manque à gagner en termes de recettes fiscales dont les pays en développement ont cruellement besoin, peuvent porter atteinte aux efforts des gouvernements pour investir dans l'économie locale, améliorer les services sociaux et la conservation de l'environnement. Les paiements des loyers annuels des terres permettent par exemple à l'État d'associer une valeur marchande à ces terres louées et d'en garantir la productivité. Et cela permet de décourager la mainmise spéculative sur les droits fonciers et d'accès à l'eau.

### **Étape 6 : Éviter les dispositions relatives à la stabilisation**

Les investisseurs exigent fréquemment, notamment dans les pays en développement, l'inclusion de clauses de stabilisation dans les contrats. Ces dispositions permettent de geler la législation nationale à son état au moment de la signature du contrat. Aussi, les gouvernements ont l'obligation de s'abstenir de modifier ou d'adopter de nouvelles lois et réglementations affectant les investissements, ou d'indemniser les investisseurs. Des clauses de stabilisation larges couvrant les fonctions réglementaires (en lien avec l'environnement, le travail, la santé et la sécurité) sont maintenant largement considérées comme inacceptables. Cependant, les clauses de stabilisation à l'égard de certaines questions fiscales visant à éviter la promulgation de lois arbitraires et discriminatoires par le gouvernement jouissent d'un certain soutien. Si une clause de stabilisation fiscale limitée est incluse, elle ne devrait pas avoir préséance ou être contraire à une loi nationale, mais pourrait faire partie de la négociation fiscale.

### Étape 7 : Préciser les obligations de l'investisseur en matière de développement

Il s'agit de la partie du contrat par laquelle l'investisseur prend des engagements juridiquement contraignants de contribuer à l'emploi, former la main d'œuvre locale, établir des industries de transformation, transférer la technologie appropriée, acheter des marchandises et services locaux, et vendre une partie de la production sur les marchés locaux, entre autres. Plus le contrat sera précis et détaillé quant aux contributions au développement de l'investisseur, meilleures seront les chances que le projet apporte les bénéfices attendus.

Cette section peut également inclure un Accord de développement communautaire (ADC), qui crée le cadre de l'engagement passé entre l'investisseur et la communauté locale. L'ADC peut par exemple allouer un pourcentage des profits du projet à un Fonds de développement communautaire aux fins de diverses activités sociales et économiques, définies par la communauté. Il peut également créer le cadre d'un dialogue permanent avec la communauté en cas de conflit ou de plaintes, ou pour l'examen régulier de l'impact du projet.

### Étape 8 : Identifier les paramètres environnementaux

Il est important de mentionner dans le contrat la législation environnementale pertinente, notamment les lois relatives à la gestion de l'eau ainsi que les droits d'utilisation de l'eau et son attribution à l'investisseur. Lorsque ces législations ne sont pas pleinement développées ou présentent des lacunes, les contrats peuvent temporairement y remédier sur la base des pratiques internationales. Cet aspect est essentiel car le régime actuel mondial créé par les traités et contrats d'investissement offre aux investisseurs étrangers des garanties juridiques, pouvant couvrir le droit à puiser de l'eau à des fins agricoles. Finalement, l'examen régulier des droits d'attribution de l'eau permettra d'éviter tout conflit avec les autres utilisateurs de l'eau.

### Étape 9 : Choisir un mécanisme de règlement des différends approprié

Le pays d'accueil préférera s'adresser aux tribunaux ou centres de médiation locaux pour régler les différends survenant au titre du contrat. L'arbitrage international ne devrait pas être conseillé pour les affaires intérieures. Lorsque l'arbitrage international peut s'avérer nécessaire, il devrait être précédé d'efforts visant à d'abord régler le différend à l'amiable, puis auprès des tribunaux nationaux avant d'en arriver à l'arbitrage international.

### Étape 10 : Garantir la reddition de comptes, le suivi et l'évaluation

L'élaboration d'un contrat adéquat n'est que la première étape. La mise en œuvre des engagements

représente une difficulté bien plus grande, et à plus long-terme, notamment lorsque les capacités sont limitées, comme c'est souvent le cas dans les pays en développement. La mise de côté d'un pourcentage des revenus du projet pour régler les questions de mise en œuvre permettra de garantir que le gouvernement dispose des ressources nécessaires pour faire le suivi et l'évaluation efficace du projet. La définition, dans le contrat, d'une obligation de reddition des comptes et d'indicateurs, permettra de garantir que le gouvernement peut vérifier régulièrement que l'investisseur respecte ses engagements. La transparence est un élément essentiel de ce processus.

### Conclusion

Les contrats d'investissement dans les terres agricoles opèrent dans un environnement juridique complexe impliquant différentes strates de lois et réglementations. Si les négociateurs comprennent cet environnement et la relation entre les différentes sources de loi, ils pourront élaborer des contrats créant des bénéfices pour toutes les parties prenantes impliquées, tout en restant compatible avec les cadres juridiques existants à l'échelon national, régional et international. Un important travail de terrain est nécessaire avant toute négociation. Il est essentiel pour la viabilité à long-terme du projet. Finalement, la promotion d'un environnement ouvert et transparent permettra de minimiser les risques de corruption et de garantir une meilleure acceptation du projet par les populations concernées.

### Auteur

Carin Smaller est conseillère pour les questions agricoles et d'investissement auprès de l'Institut international pour le développement durable.

### Notes

1 Mirza, H. & Speller, W. (2014). *The Practice of Responsible Investment Principles in Larger-Scale Agricultural Investments*. Investment Treaty News, Volume 5, Issue 2. Avril 2014.

2 Smaller, C. & Mann, H. (2014). Guide pour la négociation de contrats d'investissement dans les terres arables et l'eau : options pour un avenir durable. Institut international pour le développement durable. À paraître.

3 Tyler, G. & Dixie, G. (2012). *Investing in agribusiness: A retrospective view of a development bank's investments in agribusiness in Africa and Southeast Asia*. Tiré de [http://www.responsibleagroinvestment.org/sites/responsibleagroinvestment.org/files/features/Findings\\_Agribusiness\\_CDC.pdf](http://www.responsibleagroinvestment.org/sites/responsibleagroinvestment.org/files/features/Findings_Agribusiness_CDC.pdf)

4 Deininger, K., Byerlee, D., Lindsay, J., Norton, A., Selod, H. & Stickler, M. (septembre 2011). Rising global interest in farmland: Can it yield equitable and sustainable benefits? Banque mondiale, extrait de [http://siteresources.worldbank.org/INTARD/Resources/ESW\\_Sept7\\_final\\_final.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTARD/Resources/ESW_Sept7_final_final.pdf)

# L'amélioration des traités d'investissement grâce aux dispositions relatives aux exceptions générales:

l'exemple australien

Simon Lester

## article 3



Les résultats des récentes élections en Australie ont été largement influencés par les questions de politique intérieure, mais leurs conséquences vont bien au-delà des frontières du pays, puisque le nouveau gouvernement a décidé de revoir l'approche plutôt singulière adoptée par l'Australie concernant son régime d'investissement international. Tandis que la majorité des pays du monde soutiennent un ensemble fondamental de règles d'investissement, l'Australie a longtemps montré son scepticisme, notamment en ce qui concerne l'arbitrage investisseur-État. Très vite après les élections, la coalition libérale-nationale a précisé être plus encline à les accepter. Elle a rapidement mis en œuvre sa nouvelle politique, et a récemment publié le texte complet de l'accord de libre-échange (ALE) Australie-Corée, qui contient un chapitre sur l'investissement incluant l'arbitrage investisseur-État. L'accord sera prochainement soumis au parlement pour approbation.

Le gouvernement australien s'est-il simplement joint à la majorité des pays par le biais de cette nouvelle politique ? Ou essaye-t-il de régler certains des problèmes et préoccupations soulevés par les critiques au fil des ans au sujet des traités d'investissement ? J'évalue dans cet article l'un des aspects de l'ALE Australie-Corée : les « exceptions générales » qui s'appliquent aux obligations contenues dans le traité à des fins politiques précises, dispositions qui sont assez similaires aux exceptions contemplées par l'OMC, par exemple à l'article XX du GATT et à l'article XIV de l'AGCS.

### Les préoccupations d'ordre général au sujet de l'arbitrage investisseur-État

L'un des problèmes majeurs vient des dispositions juridiques vagues et larges telles que celles portant sur « l'expropriation indirecte » et « le traitement juste et équitable ». De tels principes sont communs dans les législations nationales, mais il n'existe pas de consensus quant à leur signification à l'échelon international. Leur donner un statut juridique international ouvrirait la voie à d'infinis différends, ce qui génère trop d'incertitude (et augmente les craintes vis-à-vis des interventions dans l'élaboration des politiques nationales).

Le problème s'aggrave lorsque les traités d'investissement autorisent les investisseurs étrangers à poursuivre directement les gouvernements. En général, le droit international n'autorise que les différends entre

États, ce qui permet d'écarter les plaintes triviales et de contrôler le système. La possibilité des différends investisseur-État ouvrent grand la porte aux litiges. Ce sont donc les dispositions relatives à l'arbitrage investisseur-État, lorsqu'elles sont associées à des obligations peu claires, qui sont les plus préoccupantes.

### Le scepticisme historique de l'Australie quant à l'arbitrage investisseur-État

Le régime d'investissement international du pays a été porté à l'attention du public il y a plusieurs années lorsque l'entreprise de tabac Philip Morris a utilisé un obscur traité d'investissement Hong-Kong-Australie pour attaquer la législation australienne relative à l'emballage simple des cigarettes devant un tribunal international. Cette affaire a contribué à renforcer les doutes de l'Australie quant à ces traités.

Ce scepticisme se reflétait déjà dans la politique du gouvernement. Dans son accord de libre-échange signé avec les États-Unis en 2004, l'Australie s'était opposée à l'inclusion des dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État, et celles-ci ont finalement été exclues de l'accord. Cette dérogation majeure à la politique des États-Unis ne s'est par reproduite depuis. La capacité de l'Australie à imposer ses conditions aux États-Unis démontre la force de ses convictions sur la question. Quelques années plus tard, l'Australie a élaboré une politique visant à exclure de manière permanente le règlement investisseur-État des accords commerciaux, suite aux conclusions d'une agence australienne indépendante, la Commission pour la productivité.

En bref, l'affaire Philip Morris contre l'emballage simple des cigarettes a entraîné davantage d'attention sur la question et a confirmé que pour beaucoup d'Australiens, l'approche adoptée par le gouvernement était appropriée.

### Préserver le système grâce aux exceptions

Le nouveau gouvernement australien a maintenant changé d'optique. Mais ce faisant, il a rassuré la population quant au fait qu'il préserverait sa marge de manœuvre politique. L'on peut mentionner à cet égard l'article 22.1 (Exceptions générales) de l'ALE Australie-Corée, qui précise que les exceptions suivantes pourront s'appliquer aux obligations contenues dans le traité :

3. Aux fins du Chapitre 11 (Investissement), et sous réserve que lesdites mesures ne soient pas appliquées de façon à appliquer une discrimination arbitraire ou injustifiée entre les investissements ou les investisseurs, ni ne constituent une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement, aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant une Partie d'adopter ou de maintenir des mesures :

(a) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;

(b) nécessaires à l'application des lois et des règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord;



(c) imposées pour la protection des trésors nationaux de valeur artistique, historique ou archéologique; ou

(d) en lien avec la conservation des ressources naturelles épuisables biologiques et non biologiques, si ces mesures sont assorties de restriction sur la production ou la consommation intérieure.

Les Parties reconnaissent que les mesures visées à l'alinéa (a) incluent les mesures environnementales visant à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et que les mesures visées à l'alinéa (d) incluent les mesures environnementales visant à la conservation des ressources naturelles épuisables biologiques et non biologiques.

Cette exception est, dans une certaine mesure, calquée sur les dispositions relatives aux exceptions de l'OMC, comme par exemple celles des articles XX du GATT et XIV de l'AGCS. Si les dispositions du GATT ont fait par le passé l'objet de critiques du fait d'un manque perçu de souplesse, la jurisprudence récente s'est légèrement modifiée, et les préoccupations se sont amoindries. Par exemple, la décision stricte rendue par un tribunal de l'OMC dans l'affaire des crevettes américaines a été ensuite supplantée par des décisions de l'Organe d'appel, beaucoup plus indulgentes vis-à-vis des réglementations gouvernementales.

De telles exceptions sont rares dans le contexte de l'investissement, mais pas inédites. Certains accords canadiens incluent des dispositions similaires, tout comme certains anciens accords australiens. La portée de l'article 22.1 est toutefois peu claire, et ce pour au moins deux raisons.

Tout d'abord l'on peut se demander comment de telles exceptions s'appliqueront dans le contexte des investissements. La formulation « aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant une Partie d'adopter ou de maintenir des mesures » laisse à penser que les obligations relatives à l'investissement n'impliquent que l'indemnisation, et n'empêchent en fait aucune de ces mesures. Un gouvernement peut adopter une mesure mais devra payer. Aussi, si la mesure adoptée par un gouvernement viole les règles, et que le gouvernement doit payer une indemnisation, cela « empêcherait-il » l'une des parties d'adopter ou d'appliquer des mesures ? La réponse devrait logiquement être oui, sinon la disposition n'aurait aucun sens. En effet, même dans le contexte de l'OMC, les mesures ne sont pas « évitées » puisque les gouvernements peuvent maintenir des mesures qui violent leurs obligations aux termes de l'OMC s'ils sont disposés à en accepter les représailles commerciales.

Ensuite, la prescription selon laquelle « lesdites mesures ne [doivent] pas [être] appliquées de façon à appliquer une discrimination arbitraire ou injustifiée entre les investissements ou les investisseurs » est différente de celles utilisées dans le contexte du GATT. Dans ce dernier, la discrimination concerne « les pays où les mêmes conditions prévalent ». Il s'agit donc d'une discrimination sur la base de la nationalité. Il est

supposément plus difficile de respecter une norme couvrant une discrimination liée à l'investisseur.

Il faut également savoir si les politiques visées sont suffisantes. D'autres raisons politiques pourraient-elles être éventuellement incluses dans ces exceptions, en plus des quatre alinéas visés ici ? Ces dispositions peuvent-elles être interprétées plus largement de manière à couvrir la plupart des objectifs politiques ? Un litige traditionnel relevant du GATT impliquait une « taxe de luxe », une taxe plus élevée sur les automobiles coûteuses. Il n'est pas sûr qu'une telle politique soit couverte par les exceptions de l'article 22.1, c'est pourquoi il pourrait être utile d'étendre la liste des exceptions permises à des fins politiques.

Finalement, dans le contexte de l'OMC la plupart des obligations légales sont restreintes et limitées. À l'inverse, une prescription de « traitement juste et équitable » est très large et vague. Comment les exceptions de l'article 22.1 s'appliquent-elles dans ce contexte ? Lorsque des questions d'application régulière de la loi ont donné lieu à une violation, les exceptions générales de ce type peuvent-elles s'appliquer ? Cette situation est inédite, il faudra donc attendre d'en voir les conséquences, mais l'on peut se demander si cela atténuera les effets de ces règles.

### Quid de l'avenir ? L'arbitrage investisseur-État dans le TPP et au-delà

L'arbitrage investisseur-État a été source de controverse dans les négociations du Partenariat transpacifique (TPP), comme par ailleurs. Après s'être opposée à l'inclusion des dispositions investisseur-État dans le TPP, l'Australie a récemment exprimé vouloir revenir sur sa position, compte tenu du changement de gouvernement, à condition de recevoir un accès au marché suffisant. Mais lorsqu'elle reviendra sur la question, le fera-t-elle seulement s'il y a des exceptions générales ? Ou signera-t-elle en faveur de l'arbitrage investisseur-État dans le TPP sur la base du modèle des États-Unis, qui n'inclut pas de telles exceptions ? Si l'Australie a consenti à l'arbitrage investisseur-État dans l'ALE avec la Corée grâce aux exceptions, y consentir sans les exceptions reviendrait à faire marche arrière. Et les États-Unis envisageraient-ils d'inclure ces exceptions s'il s'agissait de la seule manière d'obtenir le consentement de l'Australie ? Ils n'ont encore jamais eu recours à une telle disposition.

Le débat sur l'arbitrage investisseur-État est loin d'être terminé. Différents pays adoptent différentes approches, tout en créant un enchevêtrement chaque fois plus complexe d'obligations relatives aux investissements. Une disposition sur des exceptions générales est une idée parmi d'autres pouvant contribuer à répondre aux préoccupations des critiques et à atteindre un équilibre acceptable de droits et d'obligations.

#### Auteur

Simon Lester est analyste des politiques commerciales chez Cato's Herbert A. Stiefel Center for Trade Policy Studies. Il est également le fondateur du site Internet WorldTradeLaw.net.

# La décision d'annulation du CIRDI dans l'affaire *Impregilo c. Argentine*: l'irrévocabilité vs. l'exactitude juridique des sentences

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

## article 4



Le 24 janvier 2014, un comité ad hoc d'annulation du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rejeté le recours en annulation présenté par la République argentine portant sur une décision arbitrale de juin 2011 par laquelle un entrepreneur italien a obtenu 21 millions USD pour les torts qu'a subit son investissement dans une concession de services de distribution des eaux à Buenos Aires<sup>1</sup>. Bien qu'il s'agisse de l'une des décisions représentant les plus petits dommages et intérêts rendues contre l'Argentine, elle est pourtant très importante pour celle-ci et pour tous les pays confrontés à des demandes relevant des traités d'investissement. Comme le montre ce bref article, la décision du comité illustre les obstacles pour casser les décisions du CIRDI, car le système attache plus d'importance au caractère définitif d'une sentence plutôt qu'à son exactitude juridique.

### L'historique des procédures d'annulation au CIRDI

En général, les parties contestantes disposent de droits limités pour remettre en cause les décisions du CIRDI. Ceci s'explique en partie par le fait que les décisions arbitrales du CIRDI ne peuvent pas faire l'objet d'un appel auprès des tribunaux nationaux ; au contraire, la seule manière pour un demandeur ou un défendeur de remettre en cause une sentence du CIRDI est de demander à un comité ad hoc du CIRDI de réviser ou d'annuler tout ou partie de la décision. En outre, le comité d'annulation ne peut annuler une décision que pour ces seuls cinq motifs : (1) si le tribunal arbitral a été constitué de manière illégale ; (2) si le tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs ; (3) si le tribunal a fait usage de la corruption ; (4) s'il y a eu un manquement sérieux à une règle fondamentale de procédure ; et (5) si la décision ne précise pas les motifs sur lesquels elle est basée<sup>2</sup>. Dans les décisions précédentes, les comités d'annulation ont déclaré que même si une décision se basait sur des erreurs juridiques ou factuelles évidentes, celle-ci restait néanmoins valable car de telles erreurs ne sont pas motif d'annulation au titre de la Convention du CIRDI<sup>3</sup>.

Au 31 décembre 2013, pas moins de cinquante procédures d'annulation étaient conclues, et onze autres étaient en cours<sup>4</sup>. Seuls treize comités d'annulation ont décidé d'annuler tout ou partie de la décision remise en cause, tandis que 22 recours en annulation ont été rejetés et 15 autres avortés, ce qui reflète bien à

quel point il peut être difficile d'obtenir l'annulation des décisions du CIRDI.

### Le comité d'annulation de l'affaire *Impregilo* adopte une vision étroite de son rôle

La décision sur l'annulation de l'affaire *Impregilo v. Argentine* est remarquable à deux égards. D'abord, le comité d'annulation du CIRDI a de nouveau confirmé que son rôle ne consistait pas à corriger les erreurs juridiques. En d'autres termes, les décisions juridiquement non-valables au titre d'un traité ne peuvent être contestées sur cette base. Le comité d'annulation a donc établi clairement que le caractère définitif d'une sentence était plus important que son exactitude juridique.

Ensuite, le comité d'annulation a appliqué à la question de la compétence une vision très limitée de la fonction de la procédure d'annulation. En l'occurrence, le comité d'annulation a déclaré que la disposition relative à la Nation la plus favorisée (NPF) d'un traité pouvait s'étendre aux questions de procédures, sauf si une mention contraire apparaissait dans le traité. S'il n'y avait pas de mention contraire dans le traité, le tribunal pouvait décider à sa guise d'appliquer ou non la disposition NPF pour déterminer sa compétence. Un comité d'annulation ne va donc pas examiner si ce choix était juridiquement correct, même s'il est lié à la détermination de la compétence du tribunal pour connaître de l'affaire CIRDI en premier lieu.

Aussi, le comité d'annulation a refusé d'annuler la décision adoptée par la majorité du tribunal d'autoriser le demandeur à utiliser la disposition NPF pour contourner une obligation de porter la demande devant les tribunaux nationaux pendant 18 mois avant d'avoir recours à l'arbitrage ; obligation contenue dans le traité bilatéral d'investissement (TBI) Argentine-Italie.

### Quels éléments constituent un excès manifeste de pouvoirs par le tribunal ?

Dans la procédure d'annulation, l'Argentine avançait entre autres, qu'en important des conditions relatives à la compétence d'un autre traité, le tribunal avait « manifestement excédé ses pouvoirs », raison pour laquelle la sentence devait être annulée. Cependant, le comité d'annulation ad hoc a plutôt souligné la nature limitée de son mandat, et le fait que l'annulation est « ... un recours exceptionnel qui doit respecter le caractère définitif de la sentence » (paragraphe 118). S'agissant de la question de la disposition NPF, le comité a remarqué qu'il pourrait avoir autorité pour annuler une sentence si un traité interdisait expressément l'application de la disposition NPF aux questions de compétence et si le tribunal arbitral avait négligé cette interdiction expresse, mais pas si le traité ne mentionnait rien (paragraphe 136-137). Il est en outre parvenu à cette conclusion :

140. Compte tenu des paragraphes précédents, il est évident pour ce Comité que la question consistant à savoir si la disposition NPF contenue dans le TBI Argentine-Italie a des effets sur la compétence dans les circonstances de l'affaire qui a autorisé *Impregilo* à recourir au TBI Argentine-Italie, qui n'exige pas de présenter la demande aux tribunaux nationaux avant d'avoir

recours à la compétence du CIRDI, est une question complexe, faisant débat, et la majorité et l'arbitre à l'opinion dissidente ont traité de ces opinions divergentes. Ni l'application d'une disposition NPF à la question de la compétence, ni le refus de l'appliquer ne mène à penser que la compétence, en soi, peut être considérée comme un usage excessif des pouvoirs. Le Comité a été chargé d'examiner en détail et de nouveau les questions complexes au cœur du débat sur la compétence dans cette affaire, afin de soutenir l'analyse de l'arbitre à l'opinion dissidente et de considérer que cette analyse devrait prévaloir, et de conclure que la majorité a manifestement excédé ses pouvoirs. Ce n'est pas le rôle du Comité. L'analyse requise pour atteindre une conclusion différente de celle de la majorité impliquerait un nouvel examen complexe des questions en jeu, examen qui est loin de relever de la responsabilité de ce Comité aux termes de l'Article 52.

141. Pour ces raisons, il est évident que ce Comité n'a pas autorité pour déterminer si le Tribunal devait appliquer l'Article 3.1 du TBI pour déterminer sa compétence pour examiner le fonds du différend. L'interprétation par un Tribunal arbitral de la possible extension ou non de la disposition NPF aux questions de compétence ne peut pas en elle-même constituer un excès de pouvoir usage clair, évident et manifeste.

En d'autres termes, le comité d'annulation a considéré que si une disposition pouvait être sujette à interprétation, alors il n'examinerait pas cette interprétation – même si l'interprétation du tribunal était erronée. Le comité ne pourrait envisager d'annuler les conclusions d'un tribunal arbitral que si une disposition était très claire et malgré tout ignorée par le tribunal. Cette position du comité d'annulation consistant à exiger la clarté absolue des dispositions NPF est cependant paradoxale compte tenu du traité d'investissement en question : le comité affirme que les États doivent explicitement charger les arbitres de ne pas étendre la disposition NPF aux questions de compétence. Mais en même temps, le comité d'annulation permet au tribunal de contourner ce que les États-parties au TBI Argentine-Italie ont précisé explicitement : l'investisseur doit soumettre sa demande aux tribunaux nationaux pendant 18 mois avant d'entamer un arbitrage international.

L'interprétation correcte d'un traité exige que chaque disposition soit interprétée de manière à ne pas engendrer de contradictions dans le traité qui rendraient alors certaines dispositions *inutiles*<sup>5</sup>. Hors, en l'espèce, la clarté dans un domaine (l'exigence de recours national pendant 18 mois) est annulée par la disposition NPF qui ne précise pas clairement qu'elle ne s'applique pas aux questions de procédure. Si le fait de négliger une exigence de recours national pendant 18 mois pour déterminer sa propre compétence n'est pas un excès de pouvoir manifeste d'un tribunal, alors qu'est-ce qu'un excès de pouvoir ?

## Conclusion

Comme mentionné précédemment, la Convention du CIRDI n'autorise l'annulation des sentences arbitrales que pour des motifs limités, et les recours en annulation sont plus souvent rejetés qu'autorisés. Au regard de la

prolifération des affaires du CIRDI et de l'incohérence des sentences arbitrales sur des points fondamentaux du droit des traités, l'on peut se demander si une approche étroite des rôles et responsabilités des comités d'annulation est toujours appropriée. Il semble donc opportun d'ouvrir un débat sur les possibilités de réforme du CIRDI et au-delà. Une option que les États pourraient envisager consiste à élargir la procédure d'annulation visée à l'Article 52 de la Convention du CIRDI ; par exemple en étendant les motifs d'annulation aux erreurs juridiques ou factuelles. Une autre option consiste à établir un organe d'appel permanent pour les arbitrages relatifs aux investissements (soit pour le seul CIRDI, soit pour l'ensemble des cours d'arbitrage). La réforme du CIRDI pourrait cependant s'avérer difficile puisque les amendements à la Convention du CIRDI doivent être ratifiés par toutes les parties contractantes pour entrer en vigueur, et la Convention n'a pour l'instant jamais été amendée. Si les États optaient pour une réforme plus profonde du règlement des différends relatifs aux investissements, il faudrait mieux aborder la question des procédures d'appels en dehors de tout cadre arbitral préexistant, surtout s'ils veulent abandonner le système arbitral au profit d'un règlement des différends judiciaire. L'on pourrait alors envisager par exemple l'adoption d'un traité établissant un organe ou un service d'appel international dans le cadre d'un tribunal permanent des investissements.

## Auteur

Nathalie Bernasconi-Osterwalder est avocate internationale expérimentée et dirige le programme d'investissement de l'Institut international pour le développement durable (IISD).

## Notes

<sup>1</sup> *Impregilo S.p.A. c. la République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/17, Décision du Comité ad hoc sur le recours en annulation, 24 janvier 2014 ; et Décision, 21 juin 2011.

<sup>2</sup> Voir notamment Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Diana Rosert, *Investment Treaty Arbitration : Opportunités de réforme des règles et procédures d'arbitrage* (IISD, 2014), Section 4.3.

<sup>3</sup> Toutefois, « quelques comités ont supposé que dans certaines affaires, ces erreurs [interprétation erronée ou usage impropre de la loi applicable] pouvaient en fait donner droit à l'annulation ». Voir Lise Johnson, *Annulation des sentences du CIRDI : évolution récente* (Document de travail de l'IISD, 2010), p. 7. Tiré de <http://www.iisd.org/investment/research/reform.aspx>

<sup>4</sup> Voir CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques (n° 2014-1)*, p. 17 (tableau 11). Tiré de <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>. Pour les procédures d'annulation en cours, voir CIRDI, *Liste des affaires en suspens*. Tiré de <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>5</sup> En français dans le texte, ndlt.

# Importer le consentement à l'arbitrage du CIRDI ? Une évaluation critique de l'affaire *Garanti Koza c. Turkménistan*

Eric De Brabandere

## article 5

La possibilité d'appliquer la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) aux dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État dans le cadre d'un arbitrage au titre d'un traité d'investissement reste une question à la fois irrésolue<sup>1</sup> et controversée. D'un point de vue juridique, ceci s'explique en partie par le fait que les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) utilisent invariablement des libellés différents, ce qui oblige à interpréter le traité applicable au cas par cas. Le fait que la clause NPF aborde un principe fondamental du règlement des différends internationaux, à savoir le consentement des États, ainsi que les opinions divergentes des tribunaux arbitraux sur les éléments essentiels caractérisant l'expression du consentement à l'arbitrage, rend les choses plus difficiles encore.

Ce court article offre une analyse critique de la décision du tribunal dans l'affaire *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*<sup>2</sup>, dans laquelle la majorité a fait une lecture très large de la clause NPF contenue dans le TBI Royaume-Uni-Turkménistan.

### Le contexte de l'affaire

Le demandeur, *Garanti Koza LLP*, une entreprise à responsabilité limitée enregistrée au Royaume-Uni (UK), a présenté une demande d'arbitrage au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), arguant que le Turkménistan avait violé ses obligations au titre du TBI UK-Turkménistan. *Garanti* se plaignait notamment des modifications de ses relations contractuelles avec l'autorité étatique gérant les autoroutes, *Turkmenavtoyollary*, portant sur la conception et la construction des ponts et passerelles d'une autoroute au Turkménistan, et les efforts supposés du gouvernement pour confisquer les actifs de l'entreprise (para. 2).

La principale objection du défendeur à la compétence du tribunal reposait sur l'absence de consentement à l'arbitrage du CIRDI dans le TBI UK-Turkménistan (para. 7). Le Turkménistan affirmait en effet que le consentement à l'arbitrage du CIRDI ne pouvait être « fabriqué en utilisant la clause de la Nation la plus favorisée contenue dans le TBI UK-Turkménistan » (para. 14). De son côté, le demandeur a soutenu que la clause NPF du TBI UK-Turkménistan lui permettait d'invoquer des dispositions relatives au règlement des différends plus favorables contenues dans d'autres traités d'investissement conclus par le Turkménistan avec d'autres États, et notamment ces traités offrant aux investisseurs le choix entre l'arbitrage du CIRDI et l'arbitrage au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (ou uniquement la voie de l'arbitrage du CIRDI) (para. 15).

Dans la longue liste d'affaires dans lesquelles l'application de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends investisseur-États a été abordée et analysée, la décision du tribunal de l'affaire *Garanti Koza LLP c. Turkménistan* est remarquable. Cette dernière se démarque des autres car elle permet au demandeur d'invoquer et de se baser sur le consentement à l'arbitrage du CIRDI exprimé par l'État défendeur dans un autre traité d'investissement en utilisant la clause NPF. Si généralement, les demandeurs se limitent à demander l'application de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends en vue de contourner des exigences préalables à l'arbitrage, comme par exemple un délai d'attente ou l'obligation de présenter au préalable la demande aux tribunaux nationaux<sup>3</sup>, en l'espèce, la clause NPF a été invoquée pour « importer » le consentement

à l'arbitrage du CIRDI dans le TBI UK-Turkménistan, qui ne contient pas ce consentement. La décision du tribunal portant sur l'objection à la compétence pour absence de consentement, datée du 3 juillet 2013, était celle de la majorité composée de l'arbitre-président John M. Townsend et de George Constantine Lambrou. Le troisième arbitre, Laurence Boisson de Chazournes n'était pas d'accord avec les conclusions de la majorité et a émis une opinion dissidente sur la question.

### La décision du tribunal

L'article 8 du TBI UK-Turkménistan contient la clause sur le règlement des différends investisseur-État. Compte tenu de son libellé spécifique, et du fait que son interprétation explique la décision de la majorité et l'opinion contraire de l'arbitre Boisson de Chazournes, il est important de le reproduire dans son intégralité :

(1) Tout différend entre un ressortissant ou une société de l'une des Parties contractantes et l'autre Partie contractante portant sur une obligation de cette dernière au titre du présent Traité en lien avec un investissement de la première n'ayant pas fait l'objet d'un règlement à l'amiable sera soumis, quatre mois après la notification par écrit de la demande, pour arbitrage international si le ressortissant ou la société concerné le souhaite.

(2) Lorsque le différend est soumis pour arbitrage international, le ressortissant ou la société et la Partie contractante au différend peuvent convenir de soumettre le différend:

(a) Soit au [CIRDI];

(b) Soit à la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale; ou

(c) Soit à un arbitre international ou un tribunal arbitral ad hoc nommé par accord spécifique ou établi au titre du Règlement d'arbitrage de la [CNUDCI].

Si après quatre mois à partir de la date de la notification écrite de la demande, aucun accord n'est intervenu quant aux procédures alternatives précitées, le différend sera, sur demande écrite du ressortissant ou de la société concerné, soumise pour arbitrage au Règlement d'arbitrage de la [CNUDCI] en vigueur à ce moment là. Les parties au différend peuvent convenir par écrit de la modification de ces règles.

L'article 3 du TBI applicable contient une clause NPF qui confirme explicitement au troisième alinéa, que le traitement NPF s'applique aux dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État, comme c'est souvent le cas dans les TBI du Royaume-Uni.

Le tribunal a d'abord remarqué que le consentement à la juridiction est une prescription essentielle dans un arbitrage relatif aux investissements, et dans le droit international en général, et celui-ci doit donc se baser sur une déclaration expresse de consentement ou toute autre action démontrant le consentement. Au sens du tribunal, il ne peut être supposé (para. 21), et les dispositions relatives au règlement des différends ne peuvent pas non plus être interprétées de manière distincte des autres dispositions du traité (para. 22).

Le tribunal a ensuite examiné si en l'espèce, le Turkménistan consentait à l'arbitrage du CIRDI. D'abord, le tribunal a confirmé qu'au titre de l'article 25 de la Convention du CIRDI, le consentement doit être donné « par écrit » (para. 24). Ensuite, la majorité a adopté une approche « en deux étapes » de la question du consentement, conformément à la clause relative au règlement des différends investisseur-État visée à l'article 8 du TBI UK-Turkménistan. Selon le tribunal, le premier alinéa de l'article 8 porte sur le consentement à l'arbitrage, tandis que le deuxième porte sur « les systèmes d'arbitrage pouvant être utilisés si les conditions de l'article 8 sont remplies » (para. 25). Le tribunal a considéré que le premier alinéa signifiait que le Turkménistan avait consenti à soumettre les différends l'opposant à des investisseurs britanniques à l'arbitrage *international* en général, à trois conditions : (1) si l'investisseur « le souhaite » ; (2) si le différend n'a pas fait l'objet d'un accord dans les quatre mois suivant la notification écrite de la demande ; et (3) si le différend porte sur une obligation de l'une des Parties contractantes au titre du traité (para. 27). Les deux premières conditions sont respectées en l'espèce, cela est incontestable. La discussion sur la troisième condition, c.-à-d. si la demande relevait d'un traité ou simplement d'un contrat, a été reportée à la phase de la décision quant au fond (*ibid.*).

En revanche l'on ne savait toujours pas si cela était suffisant pour établir le consentement à l'arbitrage du CIRDI. Le tribunal a d'abord remarqué que l'utilisation du futur « sera » à l'article 8(1) rendait la disposition contraignante (para. 28), et il a donc considéré qu'il « établissait le consentement sans équivoque du Turkménistan à la soumission des différends l'opposant à des investisseurs britanniques à l'arbitrage international » (para. 29). Le tribunal a ensuite examiné si ce consentement impliquait un consentement à l'arbitrage spécifique du CIRDI, qui est visé à l'article 8(2) du TBI UK-Turkménistan. Le tribunal a considéré que cet alinéa contenait un « choix d'options » et une sélection par défaut si « aucun accord n'est intervenu quant aux procédures alternatives précitées » (c.-à-d. l'arbitrage de la CNUDCI) (para. 32). Le tribunal a conclu qu'au titre de l'article 8 du TBI, le Turkménistan a consenti sans ambiguïté à l'arbitrage, mais pas à l'arbitrage du CIRDI (paras. 36-38).

Après avoir établi le consentement du pays à l'arbitrage en général, le tribunal a cherché à savoir si, en utilisant la clause NPF contenue dans le TBI UK-Turkménistan, le demandeur pouvait invoquer le consentement à l'arbitrage du CIRDI contenu dans des traités d'investissement conclus entre le Turkménistan et des États tiers. Le tribunal a admis que cela consistait « à s'aventurer sur un terrain glissant largement controversé dans le droit international » (para. 40). Le tribunal a donc décidé qu'il n'était pas utile pour lui de faire une interprétation approfondie de la clause NPF, puisque celle du TBI UK-Turkménistan s'applique explicitement aux dispositions relatives à l'arbitrage investisseur-État, ce qui, aux yeux du tribunal, confirme l'intention des parties en ce sens. Après avoir rejeté les autres arguments du défendeur sur la question, la majorité a conclu que, par conséquent, la clause NPF devait être appliquée aux dispositions pour le règlement des différends investisseur-État (para. 64).

Le tribunal a ensuite appliqué ces principes à l'affaire. Le demandeur avait invoqué les bénéfices de dispositions pour le règlement des différends plus favorables contenues dans de nombreux autres traités, mais puisque l'accent était mis sur le TBI Suisse-Turkménistan, le tribunal s'est principalement concentré sur ce seul traité. Le tribunal a examiné deux questions distinctes : d'abord, le

consentement à l'arbitrage du CIRDI peut-il être « importé » en utilisant la clause NPF ? ; ensuite, le traitement des investisseurs et investissements étrangers dans le TBI Suisse-Turkménistan est-il plus favorable que le traitement du TBI UK-Turkménistan ?

S'agissant de la première question, le Turkménistan affirmait que la clause NPF ne pouvait être utilisée pour « importer » le consentement de l'État à un système d'arbitrage distinct provenant d'un autre traité (para. 70 ff). Pour soutenir son argument, le défendeur a d'ailleurs cité la décision du tribunal de l'affaire *Maffezini c. Espagne*, première décision à accepter l'application de clauses NPF aux dispositions relatives au règlement des différends. Dans cette décision, le tribunal a explicitement exclu l'invocation des clauses NPF « en vue d'éviter de soumettre la demande à un autre système d'arbitrage »<sup>4</sup>. Le tribunal a toutefois accepté que la clause NPF du TBI UK-Turkménistan, qui s'applique spécifiquement aux dispositions relatives au règlement des différends, soit utilisée pour bénéficier de dispositions relatives au règlement des différends plus favorables, comme celles contenues dans le TBI Suisse-Turkménistan, car la clause NPF du TBI UK-Turkménistan « remplace en effet l'article 8(2) du TBI UK-Turkménistan par l'article 8(2) du TBI Suisse-Turkménistan, qui ne requiert pas un tel consentement propre à chaque cas » (para. 74). Le tribunal ne prétendait donc pas que le consentement devait être « importé » puisqu'il avait déjà établi auparavant que le Turkménistan avait consenti à l'arbitrage en général (para. 75). La seule disposition devant être « importée » est celle offrant « le choix entre l'arbitrage du CIRDI et celui de la CNUDCI » (para. 75).

S'agissant de la deuxième question consistant à savoir si le traitement offert par le TBI UK-Turkménistan est moins favorable que le traitement du TBI Suisse-Turkménistan en matière de règlement des différends, le tribunal a considéré qu'il était impossible d'établir si, objectivement, l'arbitrage du CIRDI est plus favorable que l'arbitrage au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Toutefois, la majorité a reconnu que le choix donné aux investisseurs entre deux types d'arbitrage est dans les faits plus favorable que les TBI limitant la soumission des demandes à un seul système d'arbitrage (para. 89-95).

### L'opinion dissidente

L'arbitre Laurence Boisson de Chazournes, nommée par le défendeur, a émis un puissant désaccord, affirmant que la question centrale était de savoir si le consentement à l'arbitrage du CIRDI était établi au titre du TBI UK-Turkménistan (para. 8). Boisson de Chazournes a d'abord considéré que, puisque l'article 8 était vu comme contenant deux dispositions distinctes – le premier alinéa contenant le consentement à l'arbitrage et le deuxième précisant le système d'arbitrage pouvant donc être utilisé – il n'était pas utile d'interpréter l'article dans son ensemble. Ensuite, elle a considéré que dans tous les cas, le consentement à l'arbitrage du CIRDI contenu dans un autre TBI ne pouvait être utilisé par un tribunal pour établir sa compétence si le consentement en question n'existe pas dans le traité de l'affaire (TBI UK-Turkménistan).

Sur le premier point, Boisson de Chazournes soulignait que l'article 8(1) du TBI UK-Turkménistan contenait le consentement au principe de l'arbitrage, après un délai de quatre mois, mais que ce consentement devait être interprété à la lumière des conditions spécifiques visées à l'alinéa 2. En d'autres termes, l'article 8(1) ne pouvait être lu séparément de l'article 8(2). Le premier vise les conditions au titre desquelles un investisseur peut recourir à l'arbitrage ; le deuxième alinéa « fixe les conditions strictes dans lesquelles l'investisseur étranger peut soumettre sa

demande à un forum d'arbitrage international spécifique » (para. 19). L'arbitre a considéré que l'interprétation par le tribunal de l'article 8(1) « était le moyen d'atteindre un objectif, objectif qu'il ne pouvait pas facilement atteindre en admettant que le consentement à l'arbitrage était contenu dans l'article 8(2) » (para. 20). Tirer la conclusion que le consentement était présent à l'article 8(1) était, au sens de Boisson de Chazournes, manifestement erroné, puisque cette conclusion fait un amalgame entre la possibilité d'entamer un arbitrage et le consentement à l'arbitrage (para. 21). L'article 8(2) précise en effet que « le ressortissant ou la société et la Partie contractante au différend *peuvent convenir de soumettre* le différend à » l'une des quatre options citées, ce qui implique d'avoir le consentement de l'investisseur et de l'État d'accueil quant au forum d'arbitrage (para. 22 ff). Selon Boisson de Chazournes, cette lecture est confirmée par la dernière ligne de l'article 8(2), qui identifie l'arbitrage de la CNUDCI comme le forum par défaut « si après quatre mois à partir de la date de la notification écrite de la demande, *aucun accord n'est intervenu* quant aux procédures alternatives précitées »<sup>5</sup> (para. 26). D'autres interprétations du traité confirment également cette lecture du règlement des différends, puisque le TBI UK-Turkménistan se base sur la version « alternative » du modèle de TBI britannique et non pas sur la version « favorite » qui n'exige pas d'accord préalable entre l'investisseur étranger et le pays d'accueil, et donne le consentement direct à l'arbitrage du CIRDI (para. 28-30).

L'arbitre à l'opinion dissidente a ensuite analysé le sens ordinaire de la clause NPF contenue dans le TBI UK-Turkménistan (article 3(2)-(3)) qui, comme mentionné précédemment, s'applique explicitement aux dispositions relatives au règlement des différends. Cependant cet article devrait être lu à la lumière des autres dispositions du TBI, et non pas isolément comme l'a fait la majorité (para. 38 ff). Boisson de Chazournes considérerait que le « droit » au traitement NPF « ne s'exerce que si l'investisseur étranger et l'État d'accueil sont impliqués dans une procédure de règlement des différends au titre de l'une des options visées à l'article 8(2) » (para. 41). La majorité a refusé d'admettre ce point, concluant qu'il n'y avait « dans le TBI UK-Turkménistan aucun élément conditionnant les droits dont jouit un investisseur au titre du TBI à l'enchaînement temporel de la réclamation de ces droits par l'investisseurs » (para. 61 de la décision). Selon Boisson de Chazournes, le traitement NPF ne peut s'appliquer pour obtenir l'arbitrage du CIRDI puisqu'il n'y a pas d'accord mutuel en ce sens (para. 43-44).

À cet égard, Boisson de Chazournes a analysé le caractère spécifique de la Convention du CIRDI, et notamment la nécessité d'exprimer le consentement par écrit visée à l'article 25 de Convention du CIRDI. Selon le Professeur Boisson de Chazournes, un tel consentement fait clairement défaut en l'espèce (para. 46-51).

S'agissant de la deuxième question consistant à savoir si, en supposant que la clause NPF pouvait s'appliquer, l'on pouvait l'utiliser pour « importer » le consentement à l'arbitrage du CIRDI, Boisson de Chazournes a mentionné plusieurs sentences, notamment *Maffezini c. Espagne*, dans lesquels les tribunaux affirmaient sans ambiguïté que la clause NPF ne pouvait modifier un choix explicite de forum. L'objet principal de la disposition NPF n'est pas de remédier à l'absence de consentement, mais plutôt de garantir que si consentement il y a, celui-ci sera mis en œuvre de manière non moins favorable à celui inclut dans les traités signés avec d'autres États tiers (para. 61). D'un point de vue plus systémique, Boisson de Chazournes a souligné que le fait d'accepter le contraire « impliquerait la recherche

du traité le plus favorable pour contourner l'exigence du consentement du défendeur tout en foulant aux pieds les principes fondamentaux de l'arbitrage international » (para. 63).

### L'évaluation critique de la décision du tribunal

La décision de la majorité se démarque des nombreuses autres sentences ayant porté sur l'application de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends. Ces sentences se sont en effet surtout centrées sur les prescriptions préalables à l'arbitrage, comme les délais d'attente ou l'obligation d'épuiser les recours nationaux. Une étude de 2010 de la CNUCED révèle en effet que l'invocation de la clause NPF pour remplacer le forum ou le règlement arbitral applicable aux différends investisseur-État n'a jamais été acceptée par un tribunal<sup>6</sup>. Depuis, plusieurs tribunaux ont à leur tour souligné, parfois implicitement, que la clause NPF ne pouvait être invoquée pour modifier le forum arbitral<sup>7</sup>. En outre, les quelques rares sentences ayant fait l'usage de la clause NPF pour élargir la portée des questions juridiques pouvant être soumises pour arbitrage n'ont rien de semblable avec cette affaire<sup>8</sup>.

Même si la décision de la majorité est incontestablement bien ficelée, différentes constructions interprétatives et conceptuelles ouvrent la voie à la critique, comme le démontre longuement l'opinion dissidente.

D'abord, l'interprétation par le tribunal de l'article 8 du TBI UK-Turkménistan semble aller à l'encontre du libellé exact et de la logique de la disposition. Le fait de lire le premier et le deuxième paragraphe de la disposition comme deux parties sans rapport d'une disposition relative au règlement des différends est contraire à toute logique au cœur de l'article 8 du TBI. Il semble difficile de dissocier le premier paragraphe du second sinon ce dernier devient alors complètement inutile. Le simple fait que le deuxième paragraphe de l'article 8 inclut une option « par défaut » en l'absence d'accord sur l'une des options citées semble indiquer clairement qu'un consentement spécifique est nécessaire afin de pouvoir entamer une procédure au titre de la Convention du CIRDI, et que le consentement n'est en fait donné qu'au règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'option par défaut. En fait le premier alinéa de l'article 8 ne contient qu'une prescription préalable à l'arbitrage – un délai d'attente de quatre mois – et il faut être très inventif pour trouver dans cet alinéa un consentement général à l'arbitrage.

Ensuite, une question se pose avant celle de la possible application de la clause NPF, et consiste à savoir si les parties au différend sont « impliquées dans une procédure de règlement des différends », pour reprendre les mots de Boisson de Chazournes. L'argument qu'elle développe dans son opinion dissidente fait écho à la décision du tribunal dans l'affaire *Daimler c. Argentine*. Ce tribunal a noté :

« ... un demandeur souhaitant soumettre une demande reposant sur la clause NPF au titre du TBI Allemagne-Argentine – pour des raisons de procédure ou sur le fond – ne peut le faire avant d'avoir satisfait l'exigence de présenter d'abord sa demande auprès des tribunaux nationaux. *Pour être plus précis, puisque le demandeur n'a pas encore satisfait à la condition essentielle préalable au consentement de l'Argentine à l'arbitrage international, ses arguments reposant sur la clause NPF ne peuvent pas encore être soumis au tribunal.* Le tribunal n'a donc actuellement pas compétence pour se prononcer sur les demandes reposant sur la clause NPF sauf si cette dernière en elle-même accorde la compétence nécessaire au tribunal »<sup>9</sup>.

Dans l'affaire Daimler, l'argument du tribunal, basé sur la décision de la Cour internationale de justice dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co*<sup>10</sup>, est logique puisqu'il souligne qu'en général, une clause NPF peut être invoquée si le tribunal a déjà compétence pour entendre une affaire ; la seule exception est si la clause NPF elle-même donne compétence au tribunal. Boisson de Chazournes reprend cet argument dans son opinion divergente, affirmant que puisque le Turkménistan n'a pas donné son consentement à l'arbitrage du CIRDI dans le traité de l'affaire, le demandeur n'est pas en mesure d'invoquer la clause NPF. Il convient donc de déterminer si, en l'absence de consentement dans le traité fondamental, la clause NPF elle-même offre le consentement. Cette question est bien sûr liée à celle consistant à déterminer si l'on peut « importer » le consentement en appliquant la clause NPF, ce que rejette catégoriquement Boisson de Chazournes. Le tribunal de l'affaire Daimler est également parvenu à la même conclusion<sup>11</sup>. L'opinion divergente a le mérite de souligner cet élément important de l'application de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends, et il est regrettable que la majorité n'ait pas retenu cet argument.

De plus, même en supposant que la clause NPF s'applique et puisse être invoquée par le demandeur, l'on peut être sceptique quant à la possibilité « d'importer » le consentement à un forum d'arbitrage précis d'un autre traité en utilisant cette clause. Dans cette affaire, la relative facilité avec laquelle la majorité a écarté l'essentielle nécessité d'avoir le consentement à un forum d'arbitrage précis est très critiquable. En effet, dans le droit international et lorsqu'un État est impliqué, le principe par défaut veut que les cours et tribunaux internationaux n'ont pas compétence sauf si l'État leur a donné son consentement explicite. Aussi, le choix par un État d'une méthode précise de règlement des différends doit être respecté. Comme le remarque Boisson de Chazournes,

« Dans l'arbitrage international, le consentement à la compétence d'un forum doit toujours être établi. En premier lieu, il constitue un pré-requis à l'exercice des fonctions judiciaires internationales. Le principe de la compétence de la compétence tel que défini par le droit international, et par l'article 41 de la Convention du CIRDI, donne au tribunal arbitral ou à toute autre cour internationale le pouvoir de déterminer proprio motu la portée et les limites de sa compétence. En même temps, le principe de la compétence de la compétence exige du tribunal arbitral ou de toute autre cour internationale de déterminer proprio motu la portée et les limites de sa compétence de manière objective, c.-à-d. sur la base du titre de compétence conféré au dit tribunal, sans aller au-delà »<sup>12</sup>.

Le fait « d'importer » le consentement à l'arbitrage du CIRDI en utilisant la clause NPF est contraire à ce principe fondamental. Le seul argument juridique pouvant permettre une telle possibilité serait si les États parties au TBI contenant la clause NPF auraient intentionnellement fait en sorte que la clause puisse être invoquée pour établir le consentement – et pas seulement pour contourner les conditions préalables à l'arbitrage – exprimé dans un autre traité. Dans de telles circonstances, le consentement à l'arbitrage serait inclut dans le traité fondamental. Cela ne semble cependant pas être le cas dans le TBI UK-Turkménistan, même si la majorité prétend le contraire. D'ailleurs il ne faut pas oublier que le consentement à l'arbitrage du CIRDI, par opposition à l'arbitrage en général, n'est pas seulement sujet aux règles générales sur le consentement à la compétence applicables dans le droit international, mais il est également visé à l'article 25 de la

Convention du CIRDI qui exige que le consentement soit donné « par écrit ».

D'un point de vue systémique, il ne faut pas non plus oublier que les décisions imaginatives sur la compétence pourraient bien se révéler contreproductives pour le système de l'arbitrage au titre de traités d'investissement. Compte tenu des récentes critiques adressées au système, et de la dénonciation par plusieurs États de la Convention du CIRDI et de certains TBI<sup>13</sup>, les tribunaux devraient adhérer davantage aux principes généraux régissant le consentement des États à l'arbitrage s'ils veulent éviter de générer chez les États de la défiance envers le système d'arbitrage du CIRDI, qui, ne l'oublions pas, est important car il offre un forum neutre pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

#### Auteur

Eric de Brabandere est professeur associé de droit international au Grotius Centre for International Legal Studies, de l'Université de Leyde (Pays-Bas).

#### Notes

<sup>1</sup> Voir, récemment, *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/1, 2 juillet 2013 Sentence, et opinion séparée du Professeur William W. Park ; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/09/1, Décision sur la compétence et opinion séparée de M. Kamal Hossain, 21 décembre 2012 ; *Daimler Financial Services AG c. La République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/05/1, Sentence, 22 août 2012, et opinion dissidente du Juge Charles N. Brower et opinion du Professeur Domingo Bello Janeiro;

<sup>2</sup> *Garanti Koza LLP c. Turkmenistan*, Affaire CIRDI n° ARB/11/20, 3 juillet 2013, Décision sur l'objection à la compétence pour absence de consentement et opinion distincte sur la Décision sur l'objection à la compétence pour absence de consentement.

<sup>3</sup> Voir, en revanche la tentative par un demandeur d'invoquer la clause NPF pour utiliser une définition plus favorable du terme "investisseur" contenue dans un TBI tiers, tentative qui a finalement été rejetée par le tribunal : *Metal-Tech Ltd. c. la République d'Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n°ARB/10/3, 4 octobre 2013, Sentence.

<sup>4</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. Le Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/97/7, Décision du tribunal sur les objections à la compétence, 25 janvier 2000, para. 63.

<sup>5</sup> Emphase incluse dans l'opinion divergente.

<sup>6</sup> Voir un aperçu : *Traitement de la Nation la plus favorisée* (Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II), (New York et Genève : Nations Unies, 2010), pp. 73-84. Disponible sur [http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf)

<sup>7</sup> Voir par exemple, *Teinver c. La République argentine*, voir plus haut note 2, paras. 182-186.

<sup>8</sup> Dans l'affaire *RosInvestCo*, le tribunal a accepté d'étendre sa compétence sur la base de la clause NPF, n'a pas abordé ou accepté la possibilité « d'importer » le consentement à l'arbitrage du CIRDI (*RosInvestCo. U.K. c. Russie*, Arbitrage au titre de la Chambre de Commerce de Stockholm, Affaire n° Arbitration V 079 / 2005, Décision sur la compétence d'octobre 2007, paras. 128 ff).

<sup>9</sup> *Daimler c. La République d'argentine*, voir ci-dessus note 2, para. 200 (emphase dans l'original).

<sup>10</sup> CIJ, Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company (compétence), arrêt du 22 juillet 1952, Rapport de la CIJ 1952, p. 93

<sup>11</sup> Para. 204.

<sup>12</sup> Para. 5.

<sup>13</sup> Voir par exemple, Communiqués de presse du CIRDI, "Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention", 26 janvier 2012, sur <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement100> (vu le 4 décembre 2013).

# Nouvelles en bref

## La CNUDCI lance un registre de la transparence

Le Secrétariat de la CNUDCI a établi un registre de la transparence<sup>1</sup> qui fonctionnera comme un dépositaire des publications d'informations et des documents relatifs aux arbitrages investisseur-État fondés sur les traités. Cela fait suite à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> avril 2014, du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondés sur des traités<sup>2</sup>.

Ce registre contiendra les informations relatives au début de l'arbitrage, et mettra à disposition un large éventail de documents, notamment la transcription des audiences, les ordres, décisions et arrêts du tribunal arbitral, et les communications adressées au tribunal.

Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence fait partie intégrante du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et sera appliqué par défaut à tous les arbitrages investisseur-État traités par la CNUDCI et fondés sur des traités d'investissement conclus après le 1<sup>er</sup> avril 2014.

Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'un des plus communément utilisés pour le règlement des arbitrages investisseur-État, a longtemps été critiqué pour son caractère peu transparent.

## L'Indonésie met fin à son traité bilatéral d'investissement avec les Pays-Bas

En mars, le ministre néerlandais des Affaires étrangères a annoncé que l'Indonésie avait décidé de mettre un terme au traité bilatéral d'investissement conclu avec les Pays-Bas. Au cours des dernières années, l'Indonésie a fait face à plusieurs demandes fondées sur les traités.

Le ministre néerlandais a déclaré:

*« L'Indonésie a informé les Pays-Bas avoir décidé de mettre un terme au Traité bilatéral d'investissement (titre officiel: Accord entre le Gouvernement de la République d'Indonésie et le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas sur la promotion et la protection de l'investissement) au 1<sup>er</sup> juillet 2015.*

*À partir de cette date, les dispositions de l'Accord continueront de s'appliquer, mais seulement aux investissements réalisés avant cette date, et ce pendant une période de quinze ans. Le gouvernement d'Indonésie a mentionné son intention de mettre un terme à l'ensemble de ses 67 traités bilatéraux d'investissement. Les Pays-Bas discutent de la question avec les autorités indonésiennes »<sup>3</sup>.*

Le portefeuille de TBI des Pays-Bas, qui en contient près de 100, est l'un des plus importants du monde. Il a également fait l'objet de controverses. Les TBI néerlandais, couplés à un régime fiscal favorable, ont en effet été accusés de sous-tendre une stratégie visant à attirer les sociétés dites écran (c.-à-d. les entreprises n'ayant pas de réelle activité économique dans le pays).

## L'Allemagne hésite quant à l'arbitrage investisseur-État dans le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement

Selon le Financial Times, le ministère de l'Économie allemand a annoncé en mars dernier s'opposer aux dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État dans l'accord commercial UE-USA actuellement en discussion<sup>4</sup>.

L'opposition à l'arbitrage relatif à l'investissement par les groupes de la société civile monte en Europe, ce qui a mené la Commission à entamer une consultation publique sur la question (voir la nouvelle suivante).

L'Allemagne avait déjà approuvé, avec d'autres États membres de l'Union, le mandat de la Commission européenne pour la négociation des dispositions relatives à l'arbitrage investisseur-État. Mais s'adressant au Parlement allemand, Brigitte Zypries, la secrétaire d'État auprès du ministre allemand de l'Économie, a expliqué que le gouvernement allemand considérait maintenant que « les investisseurs étasuniens dans l'UE [disposent] de protections juridiques suffisantes auprès des tribunaux nationaux ».

Selon le Financial Times, Ignacio Garcia Berceero, le négociateur en chef européen, et Dan Mullaney, le négociateur en chef des États-Unis, ont refusé de commenter la position allemande.

La position de l'Allemagne sur le règlement des différends investisseur-État est d'ailleurs une surprise, puisque le pays dispose du plus grand portefeuille de TBI au monde. C'est également lui qui a signé le premier TBI de l'histoire, en 1959, avec le Pakistan.

## La Commission européenne lance une consultation publique sur les dispositions du PTCl relatives à l'investissement

La Commission européenne a invité le public à s'exprimer sur l'approche de l'Union quant aux dispositions relatives à la protection de l'investissement et au règlement des différends investisseur-État en cours de négociation avec les États-Unis, dans le cadre du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCl).

Selon la Commission, « il s'agit principalement de savoir... si l'approche proposée par l'UE dans le PTCl permet d'atteindre l'équilibre adéquat entre la protection des investisseurs, et la sauvegarde des droits et de la capacité de l'UE à réglementer dans l'intérêt public ».

La Commission recevra les réactions grâce à un questionnaire détaillé disponible en ligne<sup>5</sup>. La consultation est ouverte jusqu'au 6 juillet 2014.

Les membres du Réseau « Seattle to Brussels » ont critiqué ce qu'ils qualifient de « parodie de consultation »<sup>6</sup>. Dans une déclaration du Réseau, Marc Maes de l'organisation belge de développement CNCD-11.11.11, affirmait que « le soi-disant programme de réformes de la Commission ne [fait] rien pour régler les problèmes fondamentaux du système de règlement des différends investisseur-État. Les entreprises étrangères continueront d'avoir de meilleurs droits que les entreprises et les citoyens nationaux. Et les tribunaux internationaux composés de trois juristes en quête de profits continueront de décider si les politiques sont justes ou non, au mépris des lois et des tribunaux nationaux, et de la démocratie ».

## Notes

1 <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jspx>

2 <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-F.pdf>

3 <http://indonesia.nlembassy.org/news/2014/03/bilateral-investment-treaty%5B2%5D.html>

4 <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/cc5c4860-ab9d-11e3-90af-00144feab7de.html?siteedition=uk#axzz2znbA2zGj>

5 [http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul\\_id=179](http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179)

6 <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32531/public-consultation-opens-eu-us-treaty/>



# Sentences et décisions

## **Un tribunal du CIRDI établit sa compétence dans un différend portant sur des licences d'exploitation minière de deux entreprises, l'une britannique et l'autre australienne, en Indonésie** *Churchill Mining Plc c. la République d'Indonésie, et Planet Mining Pty Ltd c. la République d'Indonésie*, Affaires CIRDI n° ARB/12/14 et ARB/12/14 et 12/40 **Matthew A J Levine**

Un tribunal du CIRDI a établi sa compétence dans les demandes regroupées d'entreprises charbonnières associées ayant investi dans une mine très importante de l'île indonésienne de Kalimantan.

Le tribunal a déterminé que la disposition relative au consentement du TBI Australie-Indonésie exigeait une loi distincte, et que ce consentement était fixé dans les approbations réglementaires. Dans le TBI Royaume-Uni-Indonésie, il y a une disposition permanente relative au consentement.

Dans les deux cas, le tribunal considéra que l'investissement avait été autorisé conformément à la législation nationale pertinente au titre des TBI.

### *Le contexte*

Churchill, une société britannique, et Planet, une société australienne contrôlée par Churchill, détiennent respectivement 95 % et 5 % des parts de la société indonésienne à investissement étranger PT Indonesian Coal Development (PT ICD). Entre 2005 et 2010, PT ICD et d'autres entreprises indonésiennes ont développé le projet charbonnier d'East Kutai (EKCP). L'on estime que l'EKCP est la deuxième réserve de charbon d'Indonésie, et la septième du monde.

En 2005, le Conseil indonésien pour la coordination des investissements (BKPM) a autorisé PT ICD à opérer dans le secteur minier en tant qu'entreprise à investissement étranger direct (l'approbation de BKPM de 2005). L'approbation de BKPM de 2005 contenait un accord pour l'arbitrage du CIRDI.

En 2006, Churchill et Planet ont acquis la totalité des parts de PT ICD auprès de ses fondateurs. Plus tard la même année, cette transaction et la nouvelle nature de l'actionnariat de PT ICD ont également été approuvées par BKPM (l'Approbation de BKPM de 2006). L'approbation de BKPM de 2006 incluait par référence l'approbation de BKPM de 2005, y compris l'accord à l'arbitrage du CIRDI.

Entre 2007 et 2009, les partenaires indonésiens de Churchill et Planet ont reçu des licences pour le suivi, l'exploration et l'exploitation de l'EKCP. Parallèlement, les autorités locales avaient déjà apparemment octroyé des licences d'exploration portant sur une surface importante chevauchant la première, et ce à un autre groupement d'entreprises. En mai 2010, suite à une lettre du ministère indonésien de la Foresterie, les autorités locales ont révoqué les licences d'exploration détenues par les partenaires indonésiens de Churchill et Planet.

### *La norme pour déterminer le consentement de l'Indonésie à l'arbitrage*

S'agissant de la question fondamentale, le tribunal remarqua qu'au titre de la Convention du CIRDI, le consentement devait être exprimé par écrit, mais il n'existe pas de critère supplémentaire, par exemple qu'il soit « clair et sans ambiguïté », ou démontré par « une preuve affirmative ». Pour déterminer si le consentement était exprimé dans le TBI Royaume-Uni-Indonésie (le TBI du Royaume-Uni) ou le TBI Australie-Indonésie (le TBI de l'Australie), le tribunal s'est donc appuyé sur les règles générales relatives à l'interprétation des traités visées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT).

### *Pas d'offre permanente à l'arbitrage entre l'Australie et l'Indonésie*

À l'heure d'examiner si l'Indonésie avait consenti à l'arbitrage dans son TBI avec l'Australie, le tribunal a remarqué que «

[P]our faire court, il faut savoir si le paragraphe 4 précise le paragraphe 2 ». Lu isolément, le paragraphe 2 autorise Planet à entamer une procédure auprès du CIRDI ; toutefois, les termes « consentement par écrit... dans les quarante-cinq jours » à l'alinéa 4(a) suggèrent que le consentement n'est pas figé dans le traité et qu'une loi supplémentaire est nécessaire. Le tribunal a considéré qu'il faudrait réduire l'alinéa 4(a) à une simple formalité administrative pour y trouver le consentement préalable, mais que cela serait contraire au sens ordinaire du traité. Le tribunal était donc d'abord favorable à l'absence de consentement permanent.

Il considéra que les circonstances pertinentes menaient à penser que l'article 11 ne contient pas le consentement permanent de l'Indonésie. Ce faisant, il a rejeté l'argument du demandeur portant sur l'alinéa 4(b), qui stipule que « si les parties au différend ne peuvent choisir si la conciliation ou l'arbitrage est la procédure est la plus appropriée, l'investisseur affecté aura le droit de choisir ». Planet arguait que l'utilisation de « ou » entre les alinéas 4(a) et 4(b) est cohérent avec le fait que le 4(a) n'est qu'une simple formalité, puisque si l'Indonésie n'offre pas son consentement au titre de l'alinéa (a), alors l'investisseur a le droit de choisir entre la conciliation et l'arbitrage au titre de l'alinéa (b). Le tribunal considéra que l'inclusion de « ou » au lieu de « et » – que l'on trouve dans tous les autres TBI australiens connus – était une erreur de type rédactionnel.

Le tribunal considéra que l'objet du TBI de l'Australie était neutre quant à l'interprétation. Il conclut que l'article 11 ne contenait pas le consentement préalable de l'Indonésie à l'arbitrage du CIRDI, et que cela était confirmé par les moyens complémentaires d'interprétation demandés par les Parties, c.-à-d. les écrits doctrinaux et la pratique des traités.

### *Le TBI du Royaume-Uni contient un consentement permanent à l'arbitrage*

Le tribunal a déterminé deux lectures possibles des termes « devra consentir » contenus dans l'article 7(1) du TBI du Royaume-Uni. Puisque le sens ordinaire n'était pas définitif, le tribunal a considéré les circonstances pertinentes et conclu qu'elles étaient favorables à la position de Churchill « sans toutefois porter un coup fatal à l'interprétation de l'Indonésie ». Il a également examiné l'objectif du TBI du Royaume-Uni, et ne l'a trouvé d'aucune utilité pour le différend en question.

Le tribunal nota qu'au titre de l'article 32 de la CVDT, il était libre d'examiner les sources suivantes permettant d'éclairer l'interprétation de « devra consentir » : (i) les écrits doctrinaux ; (ii) la jurisprudence ; (iii) la pratique des traités de l'Indonésie et du Royaume-Uni avec des pays tiers, et ; (iv) les travaux préparatoires portant sur la négociation du TBI Royaume-Uni-Indonésie.

L'Indonésie avait largement mis en avant les écrits doctrinaux d'observateurs éminents, mais le tribunal ne les trouva pas utiles.

S'agissant de la pratique de l'État avec des pays tiers, le tribunal conclut que la pratique du RU visait à garantir le consentement préalable à l'arbitrage international, notamment au cours des années 1970 ; et que l'Indonésie suivait une pratique similaire mais les dispositions adoptées dans les années 1970 démontrent de très grands écarts. Aussi, le tribunal conclut que la pratique des États parties avec des pays tiers ne permettait pas de tirer une conclusion quant au sens de « devra consentir ».

Finalement, le tribunal a examiné les travaux préparatoires du TBI RU-Indonésie, dénichés pendant la procédure par le demandeur et ajoutés au dossier. Le tribunal en conclut que les rédacteurs du traité considéraient que « devra consentir » était fonctionnellement équivalent à un libellé tel que « consent par le présent traité ».

Le tribunal argua donc que le consentement permanent de l'Indonésie à l'arbitrage était présent dans le TBI du RU.

*Les approbations réglementaires donnent le consentement au titre des TBI*

Le tribunal considéra que la loi supplémentaire requise par les termes « devra consentir par écrit... dans les quarante-cinq jours » du TBI de l'Australie se trouve dans l'approbation de 2005 de BKPM (et reprise dans l'approbation de BKPM de 2006). Ce faisant, il a répondu à chacune des objections de l'Indonésie.

Le tribunal considéra notamment qu'en vertu du mot « devra », l'Indonésie n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser la loi distincte de consentement. En outre, à son sens, le passage pertinent « n'exclut pas la possibilité de donner le consentement par écrit avant la demande d'arbitrage » mais pose simplement une limite.

S'agissant de la demande de Churchill, le tribunal observa en passant que, si le demandeur avait soutenu qu'une loi supplémentaire de consentement était nécessaire au titre du TBI du RU, le tribunal aurait considéré que celle-ci était incluse dans l'approbation de BKPM de 2005, reprise dans celle de 2006.

*La propriété de la société exécutive est un investissement reconnu*

Le tribunal a également examiné la portée du consentement de l'Indonésie à l'arbitrage contre Churchill et Planet, notamment pour savoir si les investissements des entreprises étaient reconnus aux termes de la norme établie dans les TBI.

Le tribunal détermina que les deux TBI avec l'Australie et avec le RU exigent que l'investissement soit reconnu au titre de la législation nationale. Sur le fond, le tribunal considéra que Churchill et Planet disposaient des approbations nécessaires au titre de la loi indonésienne applicable.

Le tribunal observa en outre que cette prescription de reconnaissance était spécifique au moment où l'investissement était entré en Indonésie et n'avait pas d'effet permanent. Il a convenu, comme les demandeurs, que cette prescription est « plus limitée que les prescriptions juridiques traditionnelles car elle n'exige la reconnaissance qu'aux termes des lois nationales pertinentes, et non pas le respect général de la législation de l'État d'accueil ».

Le tribunal des affaires *Churchill Mining Plc c. la République d'Indonésie* et *Planet Mining Pty Ltd c. la République d'Indonésie* était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (présidente), d'Albert Jan van den Berg (nommé par le demandeur) et de Michael Hwang (nommé par le défendeur).

La décision sur la compétence dans l'affaire *Churchill Mining Plc c. la République d'Indonésie* est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3103.pdf>

La décision sur la compétence dans l'affaire *Planet Mining Pty Ltd c. la République d'Indonésie* est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3104.pdf>

**La majorité d'un tribunal arbitral considère que la suppression prématurée des mesures d'incitations fiscales en Roumanie viole les attentes légitimes des investisseurs**  
*Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. la Roumanie, Affaire CIRDI n°ARB/05/20, Sentence Diana Rosert*

Après avoir déterminé que la Roumanie avait violé les attentes légitimes de l'investisseur au titre de la norme du traitement juste et équitable (TJE) du TBI Suède-Roumanie, la majorité d'un tribunal du CIRDI a accordé au demandeur des dommages supérieurs à 100 millions USD plus intérêts composés. Si le Professeur Georges Abi-Saab était d'accord avec la conclusion générale du 11 décembre 2013, il a émis une opinion séparée offrant une autre perspective sur le TJE en lien avec les attentes légitimes et les normes de transparence dans la conduite de l'État.

Auparavant, dans sa décision sur la compétence de septembre 2008, le tribunal avait rejeté toutes les objections de la Roumanie portant sur la satisfaction par le demandeur de la prescription de nationalité, sur la nature et l'existence du différend, ainsi que sur la couverture temporelle du différend par le traité.

*Le contexte*

Deux ressortissants suédois, Ioan et Viorel Micula, et trois entreprises agro-alimentaires roumaines, European Food, Starmill et Multipack, détenues par Ioan et Viorel Micula, ont soumis le différend contre la Roumanie à l'arbitrage du CIRDI. Les demandeurs prétendaient que la décision par la Roumanie de révoquer prématurément les mesures d'incitation fiscales offertes aux investisseurs dans certaines régions défavorisées de Roumanie violait la clause parapluie, l'obligation de TJE et les dispositions relatives à l'expropriation contenues dans le TBI.

Le mécanisme d'incitation fiscale a été mis en place par le Décret gouvernemental d'urgence 24/1998 (DGU 24) de Roumanie : il incluait des exemptions de droits de douanes sur l'équipement et les matières premières importées, et des exonérations de l'impôt sur les profits des entreprises. La Roumanie a toutefois mis un terme à ces mesures en février 2005, avant leur terme original de 10 ans, fixé à avril 2009 dans les décisions gouvernementales de mise en œuvre du DGU 24. Cette décision a été prise durant la période préparatoire à l'accession de la Roumanie à l'UE en 2007, après que la Commission européenne ait déterminé que ce mécanisme d'incitation était incompatible avec la législation de l'Union relative à l'assistance des États et que sa suppression était une pré-condition à l'accession de la Roumanie. La Commission européenne, qui a reçu l'autorisation de participer comme *amicus curiae*, a présenté des commentaires sur la relation entre le mécanisme incitatif, la législation de l'Union et les obligations au titre du TBI, et a témoigné sur les questions connexes.

*La majorité rejette la demande portant sur la clause parapluie pour manque de preuves*

Les demandeurs arguaient que le mécanisme incitatif relevait de la clause parapluie visée à l'article 2(4) du TBI, qui élève la violation par la Roumanie de « toute obligation » à une violation du traité. Ils soutenaient que la portée de la clause parapluie couvrait non seulement les obligations dérivant des contrats, mais aussi celles provenant des réglementations et législations. Selon les demandeurs, le mécanisme d'incitation donnait lieu à une « obligation spécifique » vis-à-vis des demandeurs, puisqu'elle s'appliquait exclusivement aux investisseurs dans les régions défavorisées qui devaient passer par un processus de certification et assumer certaines obligations (par ex. embaucher des personnes de la région). Au sens des demandeurs, il existait « un engagement clair et sans ambiguïté de la part de l'État roumain garantissant l'application des mesures pendant 10 ans ».

La Roumanie en revanche arguait que la clause parapluie était « l'une des plus limitées utilisées dans les traités d'investissement » puisqu'elle ne couvrait pas de simples « projets » et ne contenait pas de libellé reflétant la stabilisation et garantissant un gel réglementaire. Le pays considérait qu'au titre de sa législation nationale, il n'avait aucune obligation, ni même celle de maintenir le mécanisme, et donc qu'aucune n'existait ou n'avait été violée au titre de la clause parapluie. Le principal argument du défendeur était que « [I]es instruments unilatéraux tels que les lois et réglementations, qui sont en soi susceptibles d'être modifiées, ne peuvent être compris comme ayant été « contractés » avec une quelconque entité ». Il ajouta que le principal document législatif, le DGU 24, ne précisait même pas la durée d'application du mécanisme.

Le tribunal pencha toutefois du côté des arguments des demandeurs qui affirmaient que le cadre incitatif visé par le DGU 24 et d'autres décisions gouvernementales connexes « créait un droit spécifique pour les demandeurs... de bénéficier

des incitations jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2009 ». Il précisa ensuite que la clause parapluie faisait une référence large à « toute obligation » tout en s'abstenant de préciser le sens du mot. Le tribunal était cependant d'accord avec le défendeur pour dire que l'interprétation du mot « obligation » dépendait du fait, pour le mécanisme incitatif, de créer ou non des obligations au titre de la législation nationale. Le tribunal considéra que les demandeurs ne démontraient pas que c'était le cas, même si le mécanisme créait « l'impression » d'un « droit acquis donnant lieu à l'obligation correspondante ». Aussi, la majorité du tribunal (Laurent Lévy et Georges Abi-Saab) a rejeté la demande selon laquelle la Roumanie avait violé la clause parapluie.

Le tribunal a toutefois testé une autre approche interprétative, finalement rejetée par la majorité mais pas par l'arbitre Stanimir A. Alexandrov. Celle-ci supposait que le mécanisme d'incitation établissait une relation entre les deux parties impliquant des droits et obligations mutuels. En d'autres termes, il créait un engagement ou une obligation juridique, qui « par définition » se basait uniquement sur le droit roumain. L'engagement de mesures incitatives spécifiques pour une période de temps spécifique « serait nécessairement comprise comme incluant une promesse de stabilisation ».

*La majorité affirme que la Roumanie a violé les attentes légitimes et le TJE*

Sur la base des mêmes faits, les demandeurs affirmaient que la Roumanie n'avait pas satisfait leurs attentes légitimes de stabilité réglementaire, avait agi sans raison et de mauvaise foi en décidant de mettre un terme aux mesures d'incitation fiscale, et n'avait pas agi de manière transparente et cohérente pendant le processus.

Le tribunal souligna d'abord que la norme TJE « ne donne pas droit à une stabilité réglementaire en elle-même » ; au contraire, l'investisseur « doit » s'attendre à des changements réglementaires si aucune garantie explicite contraire n'a été donnée par la Roumanie. Il confirma que le droit de l'État d'accueil à réglementer doit être pris en compte, conformément à la décision dans l'affaire *Saluka c. la République tchèque*<sup>1</sup>. Le tribunal remarqua également que la pratique arbitrale soutenait la doctrine des attentes légitimes et tomba d'accord avec le tribunal de l'affaire *Duke Energy c. Équateur*, qui considéra les attentes légitimes comme un « élément important » du TJE, mais soumis à certaines limites (par ex. le caractère raisonnable dans les circonstances plus larges)<sup>2</sup>.

Pour déterminer si en l'espèce les attentes légitimes avaient été frustrées, le tribunal évalua le respect de trois conditions : d'abord, le mécanisme incitatif doit être « raisonnablement compris » comme créant une promesse ou assurance de la part de la Roumanie, qu'elle en ait eu l'intention ou non ; ensuite, les demandeurs se sont basés sur « les faits », notamment sur le mécanisme incitatif à l'heure de prendre leur décision d'investir ; et finalement, ils l'ont fait de manière « raisonnable ».

Les arbitres Laurent Lévy et Stanimir A. Alexandrov considéraient que le mécanisme incitatif créait en effet une promesse ou une assurance au titre de la disposition TJE, et impliquait un élément de stabilisation, donnant lieu aux attentes légitimes des investisseurs. La majorité considéra que le mécanisme impliquait un « quid pro quo » pour les investisseurs, puisqu'ils devaient respecter certaines conditions pour bénéficier des mesures fiscales. Elle expliqua en outre que la Roumanie avait fait marche arrière sur son intention de maintenir le mécanisme en place pendant 10 ans compte tenu de la pression exercée par l'UE. La majorité détermina aussi que le mécanisme incitatif n'était pas simplement « amendé », mais effectivement supprimé. Malgré l'existence d'un droit général à réglementer, la majorité détermina que la Roumanie devait tenir sa promesse envers les investisseurs, mais l'avait violée par sa conduite.

Ensuite, la majorité détermina qu'une « partie significative » de l'investissement des demandeurs, notamment celle liée à

l'expansion commerciale, se basait sur les mesures fiscales. Elle jugea ces faits raisonnables, puisque les demandeurs pensaient que ces mesures étaient une « assistance régionale en vigueur au titre de la législation de l'UE », même si cela s'avéra plus tard erroné, quand le mécanisme fut supprimé car incompatible avec la législation européenne en matière d'assistance. Les trois conditions ayant été satisfaites, le tribunal conclut que la révocation prématurée des mesures incitatives par la Roumanie violait les attentes légitimes des demandeurs, et donc que les actions du pays étaient « injustes ou inéquitables ».

La Roumanie argua toutefois que pour démontrer une violation du TJE, il fallait démontrer que le pays n'avait pas agi de manière raisonnable plutôt que la croyance des demandeurs était raisonnable. La Roumanie affirmait que la suppression du mécanisme était une décision raisonnable prise pour respecter le droit européen. Le tribunal considéra en effet que la Roumanie avait agi raisonnablement « conformément à une politique rationnelle » et répondant aux demandes de l'UE, et de bonne foi. La majorité nota cependant une exception. Il considéra déraisonnable pour la Roumanie de mettre fin au mécanisme tout en demandant encore aux investisseurs de satisfaire à leurs devoirs au titre de celui-ci. Le tribunal conclut également que la conduite de la Roumanie manquait de la transparence nécessaire pour satisfaire la norme TJE, puisque le pays n'avait pas opportunément averti les investisseurs affectés de la suppression du mécanisme.

L'arbitre Georges Abi-Saab n'était toutefois pas d'accord avec certaines conclusions de la majorité. Il affirma que le mécanisme d'incitation fiscale ne constituait pas « en lui-même » un engagement juridique et ne contenait pas d'élément de stabilisation, tandis que les deux sont nécessaires pour étayer les attentes légitimes.

Abi-Saab affirma également que le mécanisme fiscal n'était pas complètement supprimé puisque l'exonération de l'impôt sur les profits restait en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2009, tandis que les devoirs des bénéficiaires n'étaient pas mis en œuvre, comme l'a démontré la Roumanie. Il nota toutefois que l'argument selon lequel une réduction radicale du mécanisme pouvait potentiellement soulever des problèmes de responsabilité était « légitime ».

En outre, l'arbitre à l'opinion dissidente suggéra que l'affirmation de la Roumanie selon laquelle elle avait agi de manière raisonnable face aux exigences provenant de l'accession à l'UE aurait dû avoir plus de poids comme facteur « excluant la responsabilité » dans ce que la majorité a qualifié de frustration des attentes légitimes. Abi-Saab n'était pas non plus d'accord sur le fait que le gouvernement était coupable d'un « manque de transparence » dans la communication avec les investisseurs, et le considéra plutôt comme du « relâchement » ou de la « négligence ».

Après avoir déterminé que la Roumanie avait violé le TJE, le tribunal considéra qu'il n'était pas utile d'examiner si elle avait également violé l'article 2(3) du TBI par des mesures déraisonnables et discriminatoires ou l'article 4(1) en expropriant sans indemnisation, expliquant que ces violations supposées se basaient sur les mêmes faits, et que, si elles étaient démontrées, le même calcul serait utilisé pour déterminer les dommages et intérêts.

*L'indemnisation est octroyée pour les surcoûts et les pertes de profit des investisseurs*

Le tribunal octroya collectivement aux cinq demandeurs 376 millions de leu roumains (soit environ 117 millions USD) pour les dédommager du surcoût pour les matières premières, et des pertes de profits sur la vente des produits finis, plus les intérêts composés. Le tribunal ordonna à chacune des parties de payer la moitié des coûts de l'arbitrage et ses propres frais de représentation. Si l'investisseur réclamait des dommages et intérêts de près de 2,7 milliards de leu roumains (soit 836 millions USD), le tribunal rejeta divers éléments de calculs des dommages et intérêts pour manque de preuves et estima à la baisse les pertes de profits réclamées par les investisseurs.

Le tribunal était composé de Laurent Lévy (arbitre président), Stanimir A. Alexandrov (nommé par les demandeurs) et de Georges Abi-Saab (nommé par le défendeur).

La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>

L'opinion dissidente de Georges Abi-Saab est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3037.pdf>

### **Le Guatemala est reconnu coupable de violation de la norme minimale de traitement au titre de l'ALÉAC-RD**

*Teco Guatemala Holdings LLC c. le Guatemala, Affaire CIRDI n°ARB/10/17, Sentence*

#### **Yalan Liu**

Un tribunal du CIRDI a déclaré le Guatemala coupable au titre de l'accord de libre-échange conclu entre la République dominicaine, les États-Unis d'Amérique et les pays d'Amérique centrale (ALÉAC-RD) car le pays n'a pas offert à un investisseur étasunien la norme minimale de traitement. Dans une décision du 19 décembre 2013, le Guatemala s'est vu condamné à payer à un investisseur 21,1 millions USD en dommages et intérêts plus les intérêts composés, ainsi que les frais juridiques du demandeur s'élevant à 7,5 millions USD.

Le demandeur, Teco Guatemala Holdings LLC (Teco), s'est plaint du traitement qu'il a reçu de la part d'une entreprise locale, EEGSA, dans laquelle il détenait 30 % des parts, entreprise dirigée par la Commission nationale pour l'énergie électrique (CNEE), l'organe d'État du Guatemala réglementant l'électricité.

En plus de soumettre sa demande au CIRDI, Teco avait présenté au préalable d'autres demandes basées sur les mêmes faits : EEGSA a entamé plusieurs procédures contre la CNEE devant les tribunaux guatémaltèques, arguant que la CNEE avait violé la législation nationale relative à l'électricité. Si les deux dernières décisions rendues étaient en faveur d'EEGSA, la Cour constitutionnelle les a ensuite contrées. Le partenaire de Teco, Iberdrola, avait également soumis une demande au CIRDI contre le Guatemala au titre du TBI Guatemala-Espagne, que le tribunal a rejeté pour des questions de compétence.

#### *Le contexte*

Le différend entre EEGSA et la CNEE est lié à la procédure et à la méthode utilisées pour calculer les tarifs de l'électricité, fixés trop bas selon EEGSA, et entraînant des pertes économiques.

La CNEE fixe les tarifs de l'électricité qui s'appliquent aux consommateurs finaux, puis détermine ensuite la manière dont les distributeurs, comme EEGSA, sont remboursés. Aux termes de la loi générale sur l'électricité, l'élément clé pour le calcul des tarifs pour chaque distributeur est contenu dans une étude préparée par le consultant du distributeur. L'étude est préparée sur la base du mandat, qui contient les lignes directrices sur la méthodologie et les délais pour ce faire, que la CNEE prépare et réexamine tous les cinq ans. En cas de désaccord entre la CNEE et un distributeur, une commission d'experts doit être établie pour suggérer des pistes de règlement.

En 2007 et 2008, EEGSA et la CNEE ont eu plusieurs désaccords tout au long du processus. D'abord, EEGSA s'opposa au mandat qu'elle avait reçu de la CNEE, prétendant qu'il violait la loi sur l'électricité. D'autres conflits sont survenus lorsque le consultant d'EEGSA préparait l'étude sur les tarifs et quand la commission d'experts a été créée. Après avoir rendu son rapport d'expertise, la commission a été dissoute par la CNEE contre l'avis d'EEGSA. La CNEE a ensuite fixé les tarifs non pas sur la base de l'étude révisée réalisée par le consultant d'EEGSA, mais à un niveau inférieur sur la recommandation de son propre consultant.

EEGSA a entamé plusieurs procédures contre la CNEE, mais elle a toutefois retiré la première et le tribunal en a suspendu une autre. Les deux dernières ont été jugées en faveur

d'EEGSA en première instance, mais la Cour constitutionnelle a ensuite contré ces jugements. Dans l'affaire CIRDI actuelle, le demandeur affirmait que par sa conduite, le Guatemala violait ses obligations d'offrir la norme minimale de traitement, notamment le traitement juste et équitable, au titre de l'ALÉAC-RD.

#### *Les objections du Guatemala à la compétence du tribunal ne sont pas retenues*

Le Guatemala questionnait la compétence du tribunal au motif que la demande n'était qu'un « simple désaccord réglementaire » portant sur l'interprétation de la législation guatémaltèque, déjà solutionné par les tribunaux du pays. Selon ce dernier, le demandeur demandait au tribunal arbitral « d'agir en tant que Cour d'appel de troisième ou quatrième instance dans des questions régies par la législation du Guatemala ».

Le tribunal n'était cependant pas d'accord, et expliqua qu'il s'agissait d'un « différend international » pour lequel il avait compétence, plutôt qu'un différend national. Le tribunal expliqua également que son rôle ne consistait pas à réexaminer les arrêts des tribunaux guatémaltèques au titre de la législation nationale, mais plutôt d'appliquer le droit international aux faits en l'espèce.

Aussi, le tribunal conclut que les procédures menées par les tribunaux du pays ne le privaient pas de sa compétence pour statuer sur un différend international au titre du droit international. Il reconnut cependant qu'il devrait appliquer la législation guatémaltèque à certains aspects réglementaires du différend et « devrait peut-être » s'en remettre aux décisions des tribunaux guatémaltèques. Le tribunal a toutefois souligné la nature distincte de son rôle : évaluer la conduite de la CNEE au titre de l'ALÉAC-RD.

Le Guatemala a également souligné que la demande d'Iberdrola auprès CIRDI contre le Guatemala – basée sur des faits similaires – a été rejetée à la phase de la compétence<sup>3</sup>, et que donc la décision dans cette affaire devait être respectée. Le tribunal a cependant affirmé qu'il « ne pouvait pas et ne s'appuierait pas » sur les conclusions du tribunal de l'affaire Iberdrola pour déterminer sa compétence, car le différend actuel impliquait des parties et traités distincts, mais aussi des arguments et preuves juridiques présentés différemment.

#### *La norme minimale de traitement de l'ALÉAC est fondée*

La phase de l'examen quant au fond de l'arbitrage s'est concentrée sur la norme minimale de traitement (NMT), assimilée en droit international coutumier au traitement juste et équitable.

Le Guatemala argua que seule une conduite « extrême et outrageante » de la part de l'État pouvait transgresser la NMT. Cependant, le tribunal salua plutôt l'interprétation de la NMT donnée par le demandeur, qui se basait sur l'affaire *Waste Management c. le Mexique (II)*<sup>4</sup>. Aussi, le tribunal statua que la NMT dans l'ALÉAC-RD était « violée par la conduite attribuée à l'État et affectant l'investisseur si cette conduite est arbitraire, manifestement injuste ou caractéristique, discriminatoire ou si elle inclut une violation des procédures légales entraînant des conclusions qui offensent la bienséance judiciaire ». Il expliqua que cette interprétation avait été confirmée par d'autres tribunaux arbitraux, notamment *Waste Management c. le Mexique (II)* et *Glamis Gold c. les États-Unis d'Amérique*<sup>5</sup>, ainsi que par des « autorités » (trois ouvrages dans le droit international)<sup>6</sup>. En outre, le tribunal considéra que le principe de bonne foi faisait également partie de la NMT.

Le demandeur argua que le TJE au titre de la NMT était violé si ses attentes légitimes étaient frustrées par les actions de l'État. Le Guatemala contra que les attentes légitimes n'étaient pas pertinentes dans le contexte de la NMT. Le tribunal ne considéra pas que les attentes légitimes des investisseurs étaient un élément indépendant de la NMT, mais plutôt insinuées par la conduite non-arbitraire de l'État. Au sens du tribunal, il importait de savoir si la conduite remise en

question était arbitraire. Aussi, il considéra qu'il n'était pas utile d'examiner l'argument du demandeur reposant sur ses attentes légitimes.

Le mépris du rapport de la commission d'experts et l'imposition des tarifs par la CNEE considérés arbitraires et contraires aux procédures légales

Se penchant sur les faits, le tribunal détermina que la CNEE avait agi de manière arbitraire et contraire aux principes fondamentaux en matière de procédures administratives lorsqu'elle a unilatéralement fixé les tarifs de l'électricité sur la base de l'étude de son propre consultant sans fournir de raisons pour la non prise en compte du rapport de la commission d'experts.

Pour évaluer la conduite administrative de la CNEE au titre de l'ALÉAC-RD, le tribunal a toutefois examiné si le contrat était conforme au droit guatémaltèque. Le tribunal détermina que la CNEE avait violé le cadre réglementaire du Guatemala lors de la fixation et de la révision des tarifs. Le tribunal détermina spécifiquement que le droit guatémaltèque exige que les désaccords entre le régulateur et les distributeurs soient réglés sur la base des conseils d'une commission d'experts indépendante. Le tribunal nota que cette interprétation de la législation nationale a également été retenue par la Cour constitutionnelle du pays dans les procédures nationales précédentes.

Ensuite, le tribunal a expliqué comment les violations du droit national affectaient les obligations au titre du traité international, en affirmant que « au titre du droit international, tant les normes réglementaires que la norme minimale de traitement obligeait la CNEE à agir de manière conforme aux principes fondamentaux de la procédure de révision des tarifs électriques visés par le droit guatémaltèque ». Le tribunal décida donc que la conduite de la CNEE était arbitraire et violait les règles de procédures en matière administrative, méprisait les principes fondamentaux du droit national et, par conséquent, équivalait à une violation de la NMT contenue dans l'ALÉAC-RD.

Le tribunal était composé d'Alexis Mourre (Président), du Professeur William W. Park (nommé par le demandeur) et de Claus von Wobeser (nommé par le défendeur)

La décision est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3035.pdf>

**La Bolivie viole le TBI Royaume-Uni-Bolivie en nationalisant une entreprise d'électricité sans indemnisation *Guaracachi America, Inc. (U.S.A.) et 2. Rurelec plc (Royaume-Uni) c. l'État plurinational de Bolivie, CNUDCI, Affaire CPA n°2011-17, Arrêt Oleksandra Brovko***

Dans une décision du 31 janvier 2014, un tribunal a déclaré la Bolivie coupable de violation du TBI Royaume-Uni-Bolivie et lui a ordonné de payer 35,5 millions USD en dommages et intérêts dans une affaire portant sur la nationalisation d'une entreprise d'électricité. L'affaire impliquait également la demande d'un demandeur étasunien au titre du TBI États-Unis-Bolivie ; cette demande a été rejetée pour absence de compétence, après que le tribunal ait conclu que le demandeur pouvait se voir refuser certains bénéfices au titre du traité.

*Le contexte*

Au début des années 1990, la Bolivie a réalisé différentes réformes de son secteur énergétique, notamment des modifications du cadre juridique entraînant la privatisation de petites entreprises d'État par le biais d'appels d'offres publics internationaux.

Une entreprise étasunienne Guaracachi America, Inc. (GAI), et une britannique, Rurelec Plc., ont alors investi dans une entreprise du gouvernement bolivien, Empresa Electrica Guaracachi S.A. (EGSA). Le nouveau cadre juridique incluait la réorganisation d'entreprises verticalement intégrées en entreprises de génération, de transmission et de distribution

de l'électricité, et EGSA était l'une des trois entreprises de nouvelle génération. En 2007, la Bolivie a cependant changé complètement de cap et a nationalisé tout son secteur de l'électricité. Aussi, les parts des demandeurs dans EGSA s'élevant à 50,0001 % ont été nationalisées.

*« Jonction » vs. « regroupement » des demandes*

La Bolivie s'est opposée au regroupement des demandes de GAI et de Rurelec puisqu'elles relevaient de TBI distincts. Le pays argua que ni les dispositions relatives au règlement des différends du TBI USA-Bolivie, ni le TBI RU-Bolivie ne contenait son consentement au règlement conjoint des différends au titre d'un autre traité que celui applicable aux investisseurs étrangers en question. Aussi, le tribunal n'avait pas compétence *rationae voluntatis* au motif que deux affaires ne peuvent être jointes ou regroupées sans le consentement exprès de l'État en ce sens.

Les demandeurs ont toutefois fait une distinction entre le « regroupement » et la « jonction » des demandes. Les demandeurs arguaient notamment que le regroupement des demandes est un mécanisme de procédure permettant de regrouper deux demandes ou plus entraînant ainsi la fin de l'autre tribunal. Du point de vue du demandeur, en l'espèce, les demandes n'étaient pas « regroupées » puisque deux demandeurs avaient décidé de soumettre conjointement plusieurs demandes dans le cadre d'une seule procédure. En outre, les demandeurs arguèrent que dans les arbitrages multipartites, les demandes sont souvent soumises conjointement au titre de différents instruments juridiques. Il s'agissait donc, aux yeux des demandeurs, plus d'une question de procédure que d'une question de compétence.

Penchant du côté des demandeurs, le tribunal considéra que la soumission de demandes identiques au titre de différents TBI dans le cadre d'un même arbitrage n'exigeait pas le consentement exprès de la Bolivie ; dans tous les cas, la Bolivie avait donné son consentement à l'arbitrage pour les différends l'opposant à des investisseurs des États-Unis et du Royaume-Uni.

*L'investissement indirect de Rurelec est protégé*

Rurelec a réalisé son investissement via des intermédiaires enregistrés dans les Îles vierges britanniques. La Bolivie argua d'abord que de tels investissements indirects ne sont pas protégés par le TBI RU-Bolivie, et ensuite, que Rurelec devait démontrer qu'elle avait acquis la propriété indirecte d'EGSA avant le différend.

Le tribunal détermina que Rurelec avait fait l'acquisition indirecte d'EGSA avant la date de la nationalisation. En outre, les investissements indirects sont également protégés par le TBI RU-Bolivie compte tenu de sa très large définition de l'investissement. Aussi, le tribunal conclut que le fait que Rurelec ne possédait pas directement de parts d'EGSA n'impliquait pas qu'il ne les possédait pas en réalité au sens du TBI.

*Absence de compétence pour application de la clause de refus d'accorder des avantages*

L'article XII du TBI USA-Bolivie permet de refuser d'accorder le bénéfice du traité à une société si deux conditions sont remplies : 1) les sociétés sont détenues par des ressortissants d'État tiers (l'actionnaire de GAI a toujours été domicilié dans les Îles vierges britanniques) ; et 2) les sociétés ne mènent pas activités économiques substantielles sur le territoire des États-Unis. Citant cet article, la Bolivie affirma que GI n'était qu'une simple « société écran » et ne pouvait, en tant que telle, bénéficier des protections offertes par les TBIs. Le demandeur rétorqua que le refus d'accorder les avantages serait en l'espèce contraire aux principes de stabilité, de certitude et de bonne foi. En outre, ils affirmèrent que la clause de refus d'accorder des avantages ne pouvait s'appliquer rétroactivement, c.-à-d. une fois que l'investissement avait

été réalisé, puisque l'objet de cette disposition est de donner au pays d'accueil la possibilité d'avertir à l'avance les investisseurs du fait qu'ils ne bénéficieront plus de la protection offerte par le TBI, et de protéger ainsi leurs attentes légitimes.

S'agissant de la deuxième condition de l'article XII, GAI souligna qu'il avait mené des activités économiques substantielles aux États-Unis, puisqu'il y avait des bureaux et y avait organisé des réunions.

Le tribunal décida toutefois finalement ne pas avoir compétence pour examiner la demande de GAI compte tenu des conditions visées à l'article XII. Le tribunal n'était pas convaincu que lors de la privatisation, la Bolivie avait imposé des prescriptions visant à faire de GAI une société ayant pour seul objectif l'appel d'offre public d'EGSA. En outre, GAI avait tout à fait le droit de détenir d'autres actifs que ceux d'EGSA. Finalement, trop peu de preuves démontraient que GAI réalisait des activités économiques substantielles aux États-Unis.

Le tribunal nota que la Bolivie avait refusé d'accorder les avantages du TBI après que les deux parties aient donné leur consentement à l'arbitrage ; ce refus ne peut cependant pas être assimilé au retrait du consentement préalable à l'arbitrage, selon le tribunal.

S'agissant du moment où est intervenu le refus d'accorder les avantages du traité, le tribunal reconnu que le refus est généralement notifié lorsqu'un investisseur décide d'invoquer l'un des avantages du TBI, et qu'il serait étrange pour un État d'examiner si les prescriptions de l'article XII ont été satisfaites par un investisseur avec lequel il n'aurait pas de différend.

Finalement, le tribunal comprit qu'une telle conclusion placerait l'investisseur dans une position délicate puisqu'il ne serait jamais en mesure de savoir quand les avantages pourraient lui être refusés. Toutefois, aux yeux du tribunal, un tel refus ne serait pas une réelle surprise puisque l'investisseur connaît l'article XII et a quand même utilisé une société d'investissement contrôlée par le pays tiers et sans activités commerciales substantielles.

#### *Absence d'indemnisation juste et effective*

Les demandeurs arguèrent également que la Bolivie avait violé l'article 5(1) du TBI RU-Bolivie, qui précise les conditions d'une expropriation juridiquement valable. Ces conditions sont une indemnisation rapide, adéquate et/ou juste, et le respect des procédures légales.

Les demandeurs affirmèrent que le processus d'estimation d'EGSA n'était ni transparent ni participatif. Leurs états financiers, approuvés par le Comité directeur suite à l'évaluation positive donnée par PWC, montraient que les profits d'EGSA s'élevaient à 5,8 millions USD en 2010. La Bolivie a toutefois fait appel à un consultant indépendant pour réaliser l'audit statutaire. Celui-ci a révélé qu'EGSA avaient des pertes de 2,3 millions USD ; c'est sur la base de cet audit que la Bolivie affirmait n'avoir aucune obligation d'offrir une indemnisation. Au sens des demandeurs, l'audit arrangé par le gouvernement bolivien ne visait qu'à diminuer la valeur apparente d'EGSA.

Toutefois, le tribunal n'a pas été convaincu par le fait que la Bolivie avait agi volontairement et intentionnellement en vue d'obtenir une valeur négative d'EGSA. En outre, le tribunal conclut que dans le droit coutumier international, il n'y a pas de règle obligeant un État expropriateur à autoriser l'investisseur exproprié à participer au processus d'évaluation. L'expropriation a toutefois été quand même considérée comme abusive puisqu'aucune indemnisation n'avait été payée. Le tribunal voulait donc surtout déterminer la valeur de l'indemnisation.

Après avoir abordé différentes méthodes d'évaluation, le tribunal examina également la question des taux d'intérêts. Les demandeurs se basaient sur l'article 5 du TBI RU-Bolivie, qui fixe la norme de l'indemnisation pour les expropriations

juridiquement valables, et exigèrent d'appliquer le principe de « la réparation intégrale » (c.-à-d. un taux d'intérêts commercial ou légal normal). Le tribunal refusa toutefois d'appliquer le coût moyen pondéré du capital (CMPC) d'EGSA en mai 2010 comme taux d'intérêts applicable puisque la période après mai 2010 avait été marquée de changements négatifs aux éléments de base du calcul du CMPC. Le tribunal utilisa plutôt le taux d'intérêt annuel fourni par le site Internet de la Banque centrale de Bolivie pour les prêts commerciaux en mai 2010.

Par conséquent, le montant de l'indemnisation s'élevait à 28 927 582 USD plus le taux d'intérêts annuel composé de 5,6 % depuis mai 2010 jusqu'à la date du paiement intégral. Chacune des parties devaient payer ses propres frais de représentation.

#### *L'opinion dissidente de l'arbitre Manuel Conthe*

Au sens de l'arbitre Conthe, la Bolivie n'avait pas respecté les prescriptions des procédures légales. Il considère l'expropriation comme une action administrative limitant les droits d'un investisseur. Aussi, celle-ci doit respecter trois règles minimales de procédure : elle doit être motivée ; ces motifs doivent être formellement communiqués à l'investisseur ; et l'investisseur, après avoir pris connaissance des motifs, a le droit d'être entendu.

Au sens de Conthe, la Bolivie avait violé le TBI RU-Bolivie non pas parce qu'elle avait sous-estimé la valeur d'EGSA, mais parce qu'elle n'avait pas respecté les règles minimales de procédure. Et comme le rapport d'estimation n'a jamais été communiqué à Rurelec, celui-ci a vu son droit à le commenter renié. En outre, selon l'arbitre Conthe, compte tenu de la violation des règles minimales de procédure, le tribunal aurait dû ordonner à la Bolivie de payer les frais de représentation des demandeurs, au moins en partie.

Le tribunal était composé de José Miguel Júdece (président), de Manuel Conthe (nommé par les demandeurs) et de Raúl Emilio Vinuesa (nommé par le défendeur).

La sentence est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3051.pdf>

L'opinion dissidente de Manuel Conthe est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3059.pdf>

#### **Notes**

- 1 *Saluka Investments B.V. c. la République tchèque*, CNUDCI, Arrêt partiel, para. 305
- 2 *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. la République d'Équateur*, Affaire CIRDI n° ARB/04/19, Sentence, para. 340.
- 3 *Iberdrola Energía S.A. c. la République du Guatemala*, Affaire CIRDI n° ARB/09/5, Arrêt, 17 août 2012. Le tribunal a conclu que le demandeur n'avait pas démontré la nature internationale du différend par opposition à un litige relevant du droit national guatémaltèque. Puisque le demandeur n'a pas pu démontrer que ses allégations, si avérées, constitueraient une violation du traité, le tribunal a décidé de ne pas établir sa compétence au titre du CIRDI et du TBI Espagne-Guatemala. Il a également rejeté une demande pour déni de justice, concluant, entre autres, qu'une décision de la Cour constitutionnelle n'abordait aucun des points soulevés par le demandeur.
- 4 *Waste Management Inc. c. les États-Unis du Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB (AF)/00/3, Arrêt, 30 avril 2004
- 5 *Glamis Gold c. les États-Unis d'Amérique*, CNUDCI, Arrêt, 8 juin 2009.
- 6 Grierson-Weiler et Laird "Standards of Treatment", Chapitre 8, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 270-271 ; MacLachlan, Shore et Weinger "Treatment of Investors", Chapitre 7, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2007, pp 226 et seq.

# Ressources et événements

## Ressources

### L'évolution récente du règlement des différends investisseur-État

*Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, avril 2014*

L'examen annuel des affaires de règlement des différends investisseur-État réalisé par la CNUCED, dans le cadre de sa collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, présente des données statistiques actualisées sur les affaires du CIRDI relevant d'un traité, ainsi qu'un aperçu des décisions arbitrales rendues en 2013. D'après la publication, 57 nouvelles affaires ont été lancées en 2013, soit un peu moins que le record de 2012. Le nombre total d'affaires connues relevant d'un traité atteint le nombre de 568. La grande majorité des affaires (85 %) ont été lancées par des investisseurs des pays développés. Les demandeurs de l'UE et des États-Unis représentent à eux seuls 75 % des affaires. En 2013, les investisseurs ont remis en cause tout un éventail de mesures gouvernementales, notamment les modifications des mécanismes incitatifs d'investissement (par exemple 13 affaires contre la République tchèque et l'Espagne portant sur des modifications de leurs politiques relatives aux énergies renouvelables) ; des violations supposées de contrats ; des expropriations directes ou de facto supposées ; des révocations de licences ou permis ; des réglementations des tarifs de l'énergie ; des poursuites pénales supposément abusives ; des décisions d'occupation des sols ; des invalidations de brevets ; et des lois relatives aux bons souverains. Les tribunaux de RDIE ont rendu 37 décisions connues l'année dernière, dont 23 se trouvent dans le domaine public. Parmi celles-ci, environ 43 % étaient favorables à l'État, et 31 % à l'investisseur. Environ 26 % des affaires ont été réglées à l'amiable. Finalement, le nombre croissant des affaires de RDIE et le large éventail de questions politiques qu'elles abordent ont fait du RDIE un « sujet brûlant ». Le débat public sur l'utilité et la légitimité du RDIE continue de prendre de l'ampleur, notamment à l'heure où des négociations en vue d'importants AII sont en cours. Ce document est disponible sur (uniquement en anglais) : <http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=718>

### La réforme du règlement des différends investisseurs-État : en quête d'une feuille de route

*Transnational Dispute Management, 2014*

L'édition spéciale de TDM regroupe plus de 65 articles étudiant les possibilités de réforme du règlement des différends investisseur-État. Divisé en huit parties, le premier chapitre prépare le terrain des réformes ; le chapitre deux aborde les approches méthodologiques pour réformer le système du RDIE ; le troisième chapitre étudie les expériences régionales du RDIE ; le quatrième traite du renforcement du rôle des États, tant dans l'interprétation du libellé des traités existants que dans la révision de formulations spécifiques de traités ou la négociation de nouveaux traités ; le chapitre cinq met l'accent sur la réforme du CIRDI comme pierre angulaire du système actuel de RDIE ; le chapitre six aborde le développement d'un mécanisme d'appel, soit basé sur les traités, soit dans le cadre d'une organisation multilatérale tel que le mécanisme d'appel proposé par le CIRDI ; le septième chapitre traite de l'élan en faveur de l'expansion de la médiation investisseur-État, et le huitième chapitre aborde le rôle que les tribunaux arbitraux peuvent jouer pour contribuer à réformer le système de l'intérieur. Ce document est disponible (uniquement en anglais) sur : <http://www.transnational-dispute-management.com/journal-browser-issues-toc.asp?key=52>

### Comprendre les chaînes de l'investissement agricole : les enseignements tirés pour améliorer la gouvernance

*Lorenzo Cotula et Emma Blackmore, International Institute for Environment and Development, mars 2014*

S'appuyant sur 10 études de cas transactions à grande

échelle sur les terres, le rapport vise à améliorer la connaissance des chaînes d'investissement à l'origine de ces transactions, et à identifier les points sur lesquels une action publique efficace pourrait jouer pour garantir que ces investissements répondent aux priorités locales et nationales de développement, et promeuvent un développement durable et inclusif. Le rapport affirme que l'application adéquate des 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 est une étape majeure en ce sens.

### Réponse au document de décembre 2013 de la Commission européenne intitulé « Les dispositions relatives à l'investissement dans l'Accord de libre-échange UE-Canada (AECG) »

*Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Howard Mann, International Institute for Sustainable Development, mars 2014*

Le 3 décembre 2013, la Commission européenne a publié un document portant sur les dispositions relatives à l'investissement dans l'Accord de libre-échange UE-Canada (AECG) expliquant comment celui-ci protège le droit des États de réglementer. Dans cet article, l'IISD examine les affirmations de la Commission européenne par rapport au texte réel du projet de chapitre sur l'investissement de l'AECG daté du 21 novembre 2013, et ses dispositions fondamentales, et par rapport au projet de texte des dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État daté du 4 février 2014. Les auteurs concluent finalement que les projets de texte juridique dans le domaine public n'atteignent pas plusieurs des objectifs affichés de la Commission européenne.

## Événements 2014

8 Mai

**FORUM SUR LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT : 22<sup>ÈME</sup> CONFÉRENCE PUBLIQUE – L'ARBITRAGE INVESTISSEUR-ÉTAT ET AU-DELÀ**, British Institute of International and Comparative Law, Londres, Royaume-Uni, <http://www.biicl.org/events/view/-/id/779/>

10-11 Mai

**STEPPING AWAY FROM THE STATE: UNIVERSALITY AND COSMOPOLITANISM IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, CAMBRIDGE JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW**, Cambridge, Royaume-Uni, <http://cjlcl.org.uk/conference-registration/>

22 Mai

**SYMPOSIUM SUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL**, Center for International Legal Studies, Salzbourg, Autriche, [http://www.cils.org/home/conference.php?ConferenceID=269&s\\_ConferenceLocale=&](http://www.cils.org/home/conference.php?ConferenceID=269&s_ConferenceLocale=&)

9-20 Juin

**FORMATION PRATIQUE SUR LES INDUSTRIES EXTRACTIVES ET LE DÉVELOPPEMENT DURABLE**, Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, New York, États-Unis, <http://www.vcc.columbia.edu/content/extractive-industries-and-sustainable-development-executive-training>

16-20 Juin

**15<sup>ÈME</sup> ANNIVERSAIRE DE LA CNUCED**, Genève, Suisse, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=437>

13-16 Octobre

**FORUM MONDIAL SUR L'INVESTISSEMENT 2014 : INVESTIR DANS LE DÉVELOPPEMENT DURABLE**, CNUCED, Genève, Suisse



© 2013 Institut international du développement durable (IIDD)

Publié par l'Institut international du développement durable

Les documents de l'IIDD, y compris les images, ne peuvent être publiés de nouveau sans l'autorisation écrite expresse de l'Institut. Pour obtenir l'autorisation, veuillez contacter [info@iisd.ca](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)