



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

Traités d'investissement et corruption par l'investisseur: Une défense émergente pour les États d'accueil ?

par Jason Yackee



Faire face à la complexité croissante des traités d'investissement: Cadre et conseils politiques
par Joost Pauwelyn

Vers une nouvelle génération de politiques d'investissement: Le cadre de la CNUCED pour une politique d'investissement au service du développement durable
par Elisabeth Tuerk et Faraz Rojid

Le modèle de TBI de la SADC: Vers une nouvelle génération de traités d'investissement
par Howard Mann

Dernières nouvelles des négociations de la CNUDCI sur la transparence: Pas à pas vers un consensus
par Lise Johnson

Egalement dans cette édition: Daimler Financial Services AG c. la République d'Argentine; Quasar de Valores c. la Fédération de Russie; Swisslion DOO Skopje c. l'ancienne République yougoslave de Macédoine; Iberdrola Energia S.A. c. la République du Guatemala.



10

tables des matières

- 3 **Articles**
Traité d'investissement et corruption par l'investisseur: Une défense émergente pour les États d'accueil ?
par Jason Yackee
- 5 Faire face à la complexité croissante des traités d'investissement: Cadre et conseils politiques
par Joost Pauwelyn
- 7 Vers une nouvelle génération de politiques d'investissement: Le cadre de la CNUCED pour une politique d'investissement au service du développement durable
par Elisabeth Tuerk et Faraz Rojid
- 10 Le modèle de TBI de la SADC: Vers une nouvelle génération de traités d'investissement
par Howard Mann
- 12 Dernières nouvelles des négociations de la CNUDCI sur la transparence: Pas à pas vers un consensus
par Lise Johnson
- 13 **Nouvelles en bref:** L'Afrique du Sud commence à se retirer des TBI signés avec les membres de l'UE; L'Afrique du Sud a pesé les risques et les bénéfices des TBI; La Chine et le Canada achèvent les négociations sur le TBI; Le secrétariat du CIRDI publie un document d'information sur la procédure d'annulation; Des experts émettent une communication d'amicus curiae qui vient soutenir BG Group PLC
- 15 **Sentences et décisions:** Daimler Financial Services AG c. la République d'Argentine; Quasar de Valores c. la Fédération de Russie; Swisslion DOO Skopje c. l'ancienne République yougoslave de Macédoine; Iberdrola Energia S.A. c. la République du Guatemala.
- 19 **Ressources et Évènements**

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

Tel +41 22 917-8748
Fax +41 22 917-8054
Email itn@iisd.org

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

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

Rédacteur en chef
Damon Vis-Dunbar

Rédacteur, Version française
Henrique Suzy Nikiéma

Traduction française
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version espagnole
Fernando Cabrera

Traduction Espagnole
Maria Candeli Conforti

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

Traités d'investissement et corruption par l'investisseur: Une défense émergente pour les États d'accueil?

par Jason Yackee

article 1

Les traités bilatéraux d'investissement sont connus pour être asymétriques. Ils offrent des droits aux investisseurs, mais ne leur imposent aucune obligation, tandis que les États y sont soumis, sans jouir de droits. Cependant, les affaires récentes suggèrent que les tribunaux s'exprimant sur des affaires reposant sur des TBI sont sur le point de reconnaître une défense permettant d'exclure la responsabilité des États, défense qui en pratique, impose à l'investisseur l'obligation d'éviter d'utiliser la corruption publique au moment de réaliser un investissement couvert par un traité. Toutefois, malgré ces tendances allusives de la jurisprudence, les contours spécifiques de cette défense basée sur la corruption restent incertains, et dans un article récent, je propose un modèle de traité d'investissement pour les États souhaitant s'y référer¹.

Les résultats de la célèbre affaire *Siemens, A.G.* illustrent les bénéfices potentiels de la défense basée sur la corruption pour les pays d'accueil². La multinationale allemande avait gagné 200 millions USD grâce à une sentence du CIRDI contre l'Argentine, du fait de l'expropriation illicite d'un contrat que Siemens avait conclu avec le pays, expropriation qui violait le TBI Argentine-Allemagne. L'Argentine avait formulé une demande d'annulation qui n'avait que peu de chances de réussir. Alors que cette demande était en attente d'examen, il s'est avéré que les représentants de Siemens avaient systématiquement encouragé le soudoiment d'agents publics dans le monde entier et à très grande échelle, notamment en Argentine. Siemens s'est alors rapidement retrouvé empêtré dans une fâcheuse série d'enquêtes pour corruption, et a finalement reconnu sa culpabilité dans des accords de règlement avec les autorités anticorruption des États-Unis et d'Allemagne. Suite à ces révélations, l'Argentine a demandé au CIRDI de « réviser » sa sentence, une procédure exceptionnelle. Cette demande de révision a incité Siemens à trouver un arrangement, mais à un prix très élevé. L'entreprise a en effet abandonné la sentence en sa faveur en échange de la promesse argentine de mettre un terme à la procédure de révision et d'annulation. L'existence (ou non) de la corruption de Siemens n'a jamais été confirmée par les autorités.

Que se serait-il passé si l'Argentine avait mentionné (et démontré) la corruption au cours de la première procédure ? Nous pouvons avoir une idée de ce qu'il se serait passé en étudiant la jurisprudence arbitrale qui traite de la pertinence de la corruption publique pour les différends portant sur des contrats privés. Dans le contexte privé, la corruption se produit le plus souvent lorsque le tribunal doit appliquer un contrat conclu entre un investisseur étranger et un intermédiaire local engagé afin de faciliter les offres ou participations de l'investisseur aux appels d'offres publics, soi-disant comme consultant.

La décision déterminante est une sentence ad hoc de 1963 rendue par le Juge Lagergren, éminent avocat et juge suédois. Le demandeur, un argentin politiquement bien connecté, exigeait d'un investisseur étranger dans le secteur de l'électricité le paiement d'un pourcentage important de la valeur de tous les contrats publics octroyés à l'investisseur au titre d'un contrat de commission. Les parties avaient librement admis que l'objet du contrat visait à soudoyer les fonctionnaires argentins.

Aucune des deux parties n'a remis en cause la compétence de Lagergren pour se prononcer sur le fond du différend. Pourtant Lagergren a décidé, de sa propre initiative, d'examiner s'il avait compétence, au motif que le contrat était « condamné par la décence et la morale publiques ». Il détermina que le droit national applicable condamnait les obligations allant à l'encontre « des bonnes mœurs » et affirma qu'on ne pouvait « contester le fait qu'il existe un principe général du droit reconnu par les nations civilisées et qui affirme que les contrats qui violent en grande



mesure les bonnes mœurs ou la politique publique internationale étaient invalides ou, au minimum, non-applicables et ne pouvaient donc être autorisés par les tribunaux ou les arbitres ». En outre, « [u]ne telle corruption est un fléau international, contraire à la morale et à une politique publique internationale commune à la communauté des nations ». Du point de vue de « la bonne gouvernance ou de l'éthique commerciale », il était « impossible » pour le Juge Lagergren de « fermer les yeux... sur l'(es) effet(s) destructeur(s) » d'une telle corruption sur « les progrès industriels ». Cela signifiait qu'il devait se dessaisir de l'affaire. Comme il l'a expliqué, « [L]es parties qui s'allient avec une entreprise » impliquant « de graves violations de la morale et de la politique publique internationale... doivent être conscientes qu'elles ont renoncé à tous leurs droits à demander l'assistance du système judiciaire... pour le règlement de leurs différends ».

La décision du Juge Lagergren a suscité quelques critiques au fil des années, principalement portant sur sa soi-disant mauvaise application du principe de séparation des clauses d'arbitrage. Les observateurs suggèrent qu'il s'est trompé en rejetant l'affaire pour des raisons de compétence, car la séparation signifie qu'un défaut dans le contrat au cœur de l'affaire n'est pas suffisant pour invalider la clause d'arbitrage qu'il contient. Mise à part cette controverse doctrinaire, nombre de sentences privées reflètent à présent la position de base de Lagergren, c'est-à-dire que les tribunaux ne devraient pas s'impliquer dans le règlement de différends concernant la performance d'obligations impliquant des contrats ayant fait l'objet de corruption publique³.

Cette jurisprudence arbitrale est récemment entrée dans les sentences du CIRDI portant sur des contrats. Dans l'affaire *World Duty Free Co. Ltd. v. la République du Kenya*⁴, le demandeur se plaignait de la soi-disant expropriation illicite de son investissement de la part du Kenya. Il n'y avait pas de TBI pertinent, et le contrat d'investissement faisait référence aux législations kényane et britannique. Au cours de la procédure, l'investisseur a décrit dans le détail la manière dont il avait obtenu le contrat, en soudoyant le président kényan de l'époque. Le Kenya a profité de la phase de l'admissibilité afin d'avancer que l'affaire devait être rejetée. Le tribunal a cité la décision de Lagergren ainsi que d'autres sources pour affirmer que le soudoiment violait manifestement « la politique publique internationale » ainsi que les législations kényane et britannique. L'investisseur n'était donc pas légalement autorisé à poursuivre ses demandes juridiques... au motif qu'on ne peut fonder un recours sur une cause immorale ou illégale (*ex turpi non oritur action*) » car l'ensemble des demandes « reposaient ou se basaient sur » un accord de concession corrompu.

L'affaire *World Duty Free* illustre bien à quel point l'idéal anti-corruption est devenu une partie intégrante du régime normatif de la pratique juridique internationale. Alors que Lagergren a clairement affirmé une politique publique internationale contre l'application de contrats obtenus grâce à la corruption, et ce des années auparavant, les arguments pour qu'une telle politique publique voie *réellement* le jour étaient, à l'époque, extrêmement minces. Aujourd'hui, grâce à un long historique de jurisprudence arbitrale postérieure, à l'intégration dans les traités des principes anti-corruption (par ex. la convention anti-corruption de l'OCDE) et à la diffusion dans le monde entier de lois nationales – sur le modèle des lois américaines – criminalisant les pratiques étrangères de corruption, il n'est pas controversé du tout d'affirmer que la politique publique internationale condamne maintenant la corruption, au point d'autoriser un État d'accueil – le Kenya – à échapper à ses responsabilités pour expropriation d'un contrat, non pas *sur la base* de la corruption elle-même, mais parce que le contrat a été obtenu *grâce* à la corruption.

Ce que cette politique publique internationale implique pour les demandes des investisseurs basées sur des TBI est en revanche moins clair. Après tout, dans une demande basée sur un TBI, l'investisseur cherche à réaliser ses droits au titre d'un *traité* international, qui ne résulte certainement pas de la corruption. D'une certaine manière, l'action corrompue au cœur de l'affaire *Siemens* est juridiquement éloignée des droits que Siemens essayait de faire appliquer. Quasiment aucun TBI ne mentionne spécifiquement la corruption, donc il s'agit de savoir comment importer les principes anti-corruption dans le régime des TBI. Une manière évidente de le faire est à travers la notion de politique publique internationale déjà mentionnée, que les arbitres statuant sur des affaires portant sur un TBI seraient tenus de soutenir en vertu de la nature internationale des affaires qu'ils traitent, et de l'institution arbitrale pour laquelle ils opèrent. Une autre manière est à travers la tendance consistant à intégrer dans un TBI une obligation pour l'investisseur d'agir « de bonne foi » envers le pays d'accueil, tel que spécifié dans la récente décision de l'affaire *Plama Consortium Ltd. v. la République de Bulgarie*⁵. Ou peut-être encore plus prometteur, les principes anti-corruption peuvent être importés au moyen des dispositions contenues dans certains TBI qui limitent la protection offerte par le traité aux investissements réalisés « en conformité » avec la législation nationale⁶. Étant donné que presque tous les systèmes juridiques nationaux jugent la corruption publique comme illégale, tout investissement acquis de manière corrompue serait forcément considéré comme n'ayant pas été réalisé « en conformité » avec la législation nationale. Pourtant, d'importantes questions en suspens demeurent concernant l'application appropriée des dispositions « de conformité », comme savoir si l'illégalité d'un investissement devrait être traitée comme une question « d'admissibilité » ou de « compétence ». Peut-être plus important encore, nombre de TBI n'incluent *pas* de dispositions « de conformité », et dans ces cas, les conséquences de l'illégalité nationale (tout comme les conséquences de la violation de la politique publique internationale) sur l'accès de l'investisseur à la protection du TBI sont encore plus incertaines.

Ceux qui souhaitent voir le régime des TBI sanctionner sévèrement le comportement corrompu des investisseurs sont particulièrement préoccupés par la possibilité pour ces tribunaux de traiter la corruption de l'investisseur non pas comme une question préliminaire ou de compétence (ou comme une question relevant de la portée du consentement de l'État à l'arbitrage), mais plutôt comme une question devant être étudiée lors de l'étape du fonds⁷. Dans une telle approche, la responsabilité de l'investisseur pour avoir corrompu un agent étatique officiel serait comparée à l'implication de l'État lui-même dans le mécanisme, permettant éventuellement à l'investisseur une certaine compensation malgré l'origine corrompue de son investissement.

J'ai avancé ailleurs que les États devraient inclure dans leurs TBI un article permettant de clarifier la plupart de ces questions. J'ai notamment suggéré l'approche exigeant des tribunaux

qu'ils traitent les allégations de corruption comme une question préliminaire ; si la corruption est avérée, l'investisseur perdrait alors accès aux procédures de règlement des différends des TBI, ce qui supprimerait la possibilité d'étude à l'étape du fonds. Dans un sens, cette approche permet aux agents étatiques de s'en tirer tout en acceptant les pots-de-vin, elle a d'ailleurs été critiquée pour être injuste et irraisonnable⁸.

Mais l'alternative – permettant aux tribunaux de peser et comparer la faute de l'État et de l'investisseur dans une transaction corrompue – place les tribunaux dans une position dangereuse. Le soutien aux régimes politiques nationaux, notamment après une transition politique, peut dépendre en partie de leurs efforts à « faire le ménage », c'est-à-dire à dénoncer et mettre fin aux méfaits du régime précédent. Ces efforts devraient être soutenus dans la mesure où ils peuvent aider à lancer un cercle vertueux visant à auto-renforcer les normes anti-corruption du système politique. Le fait qu'un tribunal du CIRDI maintienne que l'implication du régime précédent dans la corruption signifie qu'une concession obtenue par la corruption peut encore bénéficier de la protection du TBI, risque d'interférer avec ces efforts visant à atteindre un équilibre politique caractérisé par une corruption moins présente. Cela pourrait également exacerber l'insatisfaction publique envers le système juridique international des investissements en attisant davantage les idées fausses selon lesquelles le système est biaisé et défavorable aux décisions politiques bien intentionnées des gouvernements de pays en développement. À l'inverse, une approche anti-corruption, qui présente des analogies évidentes avec la législation nationale sur les contrats, permet aux tribunaux d'indiquer clairement le soutien du système des TBI aux efforts anti-corruption du pays.

En conclusion, même en l'absence d'un langage anti-corruption spécifique aux TBI, l'implication d'un investisseur dans la corruption publique en lien avec son investissement sera probablement de plus en plus importante juridiquement pour la capacité de l'investisseur à avoir un accès complet à la protection du TBI. Mais même si une défense sur la base de la corruption est viable pour ce qui peut être vu comme le « droit commun international », ses détails restent contestés et incertains. Les pays désireux de garantir leur accès sûr et efficace à la défense sur la base de la corruption feraient bien d'envisager l'amendement de leurs traités d'investissement afin d'y inclure leur propre version.

Auteur

Jason Yackee est Professeur assistant à la Faculté de droit de l'Université du Wisconsin.

Notes

1 Jason Webb Yackee, *Essay: Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States?* 52 Va. J. Int'l L. 723 (2012).

2 *Siemens A.G. v. la République d'Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/02/08, décision (6 février 2007).

3 Pour un aperçu, voir ABDULHAY SAYED, *CORRUPTION IN INTERNATIONAL TRADE AND COMMERCIAL ARBITRATION* (2004).

4 Affaire CIRDI n° ARB/00/7, sentence (4 octobre 2006), disponible sur <http://italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>.

5 Affaire CIRDI n° ARB/03/24, décision (27 août 2008), disponible sur <http://italaw.com/documents/PlamaBulgariaAward.pdf>.

6 Pour un aperçu des dispositions « en conformité », voir le récent aperçu intéressant de Stephan Schill, *Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration*, 11 LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 281 (2012).

7 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. la République des Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/03/25, décision (16 août 2007) (Cremades, opinion dissidente) (présentant un argument pour comparer la responsabilité de l'investisseur et celle de l'État dans l'illégalité).

8 Voir le débat entre moi-même et les Professeurs Bjorklund et Wong sur le blog *Opinio Juris* (31 mai 2012).

Faire face à la complexité croissante des traités d'investissement: Cadre et conseils politiques

par Joost Pauwelyn

article 2



Les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) étaient des textes standards : sortis d'un tiroir avant les visites officielles et signés en grande pompe mais sans que la formulation précise n'ait reçu beaucoup d'attention. Aujourd'hui, la diversité et les ramifications des traités d'investissement sont stupéfiantes. D'une part, l'explosion des arbitrages réalisés a rendu tout un chacun conscient de l'importance de ces traités. Les notes de pieds de pages concernant une modification, une précision ou fournissant des détails, ainsi que les protocoles explicatifs sont légion. Souvent, ils intègrent ou répondent à des sentences arbitrales précédentes, créant ainsi un lien utile entre contentieux et négociation.

Un autre facteur contribuant au phénomène est l'interconnexion croissante entre les traités d'investissement et les traités commerciaux. Et le fait que chaque pays ait souvent des douzaines de chaque ne simplifie pas les choses. Par exemple, la Suisse est partie au Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI), l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et au Traité sur la Charte de l'énergie (TCE), a conclu 26 accords de libre-échange – sans compter l'Association européenne de libre-échange (AELE) et les accords bilatéraux avec l'UE – et est partie à 124 TBI. Certains ALE sont conclus par la seule Suisse, la plupart au nom de l'AELE.

Certains ALE incluent un chapitre sur l'investissement, d'autres non. Certains ALE offrent un chapitre supplémentaire sur les services, similaire à l'AGCS – distinguant l'accès aux marchés et la non-discrimination pour l'IDE dans les services (pas l'industrie) – et d'autres pas, ou libéralisent « l'établissement » pour les services ainsi que pour les biens. À leur tour, certains TBI libéralisent et protègent l'investissement (sans faire de distinction entre les biens et les services), tandis que d'autres ne parlent pas d'accès et ne protègent que les investissements non récupérables. Certains traités offrent des dérogations spécifiques à des produits ou à des secteurs, octroyant certaines mesures ou exceptions générales, et d'autres ne le font pas ou le font différemment. Certains traités (ou certains de leurs chapitres) ne mentionnent que le règlement des différends entre États, tandis que d'autres incluent une offre permanente d'arbitrage contre des investisseurs privés. Un troisième type de traités offre ce dernier de manière permanente mais l'assujettit au consentement de l'État défendeur au cas par cas.

La disposition de la Nation la plus favorisée (NPF) pourrait rationaliser une part de cette diversité mais sa couverture et son ampleur restent âprement contestées : la clause NPF d'un TBI s'étend-elle aux bénéfices accordés aux autres pays dans le cadre de l'OMC ou d'un ALE ? Inversement, la disposition NPF de l'AGCS ou d'un ALE intègre-t-elle directement les avantages substantiels, ou pas, concédés à un autre pays partie à un TBI ?

Ces questions inhabituelles sur la diversité et le chevauchement ne doivent pas être exagérées. Il reste d'importants points de convergence et ce chevauchement n'est que superficiel, et n'a pas joué, jusqu'à présent, un rôle majeur dans le règlement des différends. Cela dit, il est plus aisé d'éviter ou de régler les chevauchements ou les conflits grâce à une formulation et une négociation soignées des traités. Les contentieux à rallonge, coûteux et imprévisibles ne sont pas la meilleure option.

Le tableau 1 ci-dessous présente ces chevauchements de manière pratique, posant essentiellement deux questions :

- (1) De quelle entreprise ou activité économique s'agit-il : des *biens* ou des *services* (ou les deux) ?
- (2) Quel est le problème ou la restriction gouvernementale au cœur du litige : un pays complique-t-il l'*échange* des biens ou des services ; ou un pays restreint-il l'*accès* ou ne protège pas les *investissements* étrangers (ou les deux) ?

Tableau 1 : Guide pratique pour déterminer l'(es) accord(s) applicable(s)

		RESTRICTION GOUVERNEMENTALE			
		COMMERCE		INVESTISSEMENT	
		Le pays restreint l' ACCÈS des biens ou des services (importations ou exportations)		Le pays restreint l' ACCÈS des investissements ou des investisseurs	Le pays ne PROTEGE pas les investissements ou les investisseurs
ENTREPRISE	ACTIVITÉ	Pas d'investissement local	Avec investissement local		
		BIENS industrie, agriculture	- GATT - ALE - AMP	- MIC - GATT - ALE - AMP	- (Certains) ALE - (Quelques rares) TBI
	SERVICES financiers, tourisme, ingénierie, télécommunications, etc.	- AGCS - (La plupart des) ALE - AMP	- AGCS - (La plupart des) ALE - AMP	- Mode 3 de l'AGCS & 4 - (La plupart des) ALE - (Quelques rares) TBI	- TBI - (Quelques rares) ALE - ADPIC

- GATT Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (et peut-être d'autres accords sur le commerce des biens en annexe 1A de l'accord sur l'OMC)
- ALE Accords de libre-échange
- AMP Accord sur les marchés publics (accord plurilatéral contraignant pour un sous-ensemble de membres de l'OMC)
- MIC Accord (de l'OMC) sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce
- AGCS Accord général sur le commerce des services
- TBI Traités bilatéraux d'investissement
- ADPIC Accord (de l'OMC) des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

Pour un entrepreneur ou un économiste, ces distinctions – biens v. services ; commerce v. investissement ; accès v. protection – n'ont peut-être que peu de sens ou sont difficiles à saisir. Mais juridiquement, elles sont cruciales car elles font références à des niveaux de protection et d'obligations distincts.



Avec les ressources et la créativité adéquates, les investisseurs et les commerçants peuvent choisir leur forum ou faire référence à d'autres traités en vue d'obtenir les meilleurs accès et protection ainsi que les meilleures compensations.



Pour les entreprises, le résultat est que la protection internationale des commerçants et des investisseurs est disséminée dans une diversité d'accords. Ceux capables d'exploiter cette diversité peuvent en tirer profit. D'autres s'y perdront. Avec les ressources et la créativité adéquates, les investisseurs et les commerçants peuvent choisir leur forum ou faire référence à d'autres traités en vue d'obtenir les meilleurs accès et protection ainsi que les meilleures compensations. L'État réglementant a lui les mains liées et doit négocier des flexibilités dans un ensemble croissant de traités. Dans quel intérêt ? Ici encore, les pays disposant de ressources devraient pouvoir y faire face et même le tourner à leur avantage. Ils peuvent utiliser cette complexité pour minimiser leurs engagements dans les négociations ; dans les contentieux, ils peuvent faire usage des objections juridictionnelles ou de plusieurs dérogations, clauses de conflits ou exceptions, de traités se chevauchant pour éviter ou limiter leur responsabilité ou minimiser les risques ou d'autres compensations. À l'inverse, les pays de moindres ressources peuvent être dupés ou faire des erreurs d'organisation qui pourraient s'avérer coûteuses.

Les chevauchements et la complexité sont de plus en plus présents, et pas prêts de disparaître. Pour les gouvernements, le défi consiste à savoir comment y faire face. Ci-dessous se trouvent quelques conseils politiques concernant principalement la phase de négociation et pouvant contribuer à réduire ces chevauchements :

- Il vaut mieux intégrer les engagements dans un traité unique, plutôt que de conclure un TBI et un ALE avec un seul et même pays.
- Les traités régionaux ou plurilatéraux permettent, à l'inverse des accords bilatéraux et dans une certaine mesure, d'éviter le chevauchement.

- Il faut négocier des dérogations spécifiques ou des dispositions prioritaires afin de clarifier la portée de chaque accord, et déterminer quel accord prévaut en cas de conflit (ceci se fait souvent pour le chevauchement OMC-ALE ; moins dans le cas du chevauchement TBI-ALE/OMC). Ces clauses de chevauchement doivent également s'appliquer aux chevauchements des dispositions relatives au règlement des différends.
- Il faut être conscient des distinctions formalistes enracinées dans l'esprit des négociateurs (par ex. services v. biens ; commerce v. investissement ; accès ou établissement v. protection). Clarifier les lignes de division, éviter les distinctions trop nettes qui n'ont pas tellement de logique économique et s'assurer que ces distinctions ne couvrent pas involontairement (ou pas) des industries ou des problèmes d'intérêt.
- Il faut être conscient qu'un consentement large à l'arbitrage (par ex. « Tous les différends concernant l'investissement ») ou des clauses parapluie étendues (par ex. « Tout engagement contracté au titre de l'investissement ») pourrait s'appliquer à des demandes formulées au titre d'autres accords (tels que l'AGCS ou des ALE).
- La clause NPF peut également avoir des conséquences imprévues : la clause NPF d'un TBI pourrait non seulement s'appliquer aux bénéfices accordés par d'autres TBI mais également par d'autres traités d'investissement tels que l'AGCS, l'ADPIC ou les ALE. De la même manière, à l'heure de conclure un TBI, les bénéfices contenus dans celui-ci pourraient devoir être étendus à d'autres pays conformément aux clauses NPF des TBI, de l'OMC ou des ALE. Une formulation prudente de la clause NPF est la meilleure solution. Les dérogations ou exceptions peuvent alors être utilisées (on les trouve dans l'accord sur l'OMC mais pas autant dans les ALE et encore moins dans les TBI).
- Lorsque les niveaux d'engagement et de flexibilité varient, la violation d'un traité peut éventuellement se justifier au titre d'un autre traité (par exemple, la violation d'un TBI est justifiée par référence à un ALE ou à l'accord sur l'OMC).
- Dans tous les cas, il faut être conscient que ce dont vous convenez dans un traité peut s'appliquer à un autre, quoiqu'à travers le processus plus souple d'interprétation d'un traité en faisant référence à un autre, ou par le processus de mutualisation du développement de jurisprudence au titre d'autres traités.

Auteur

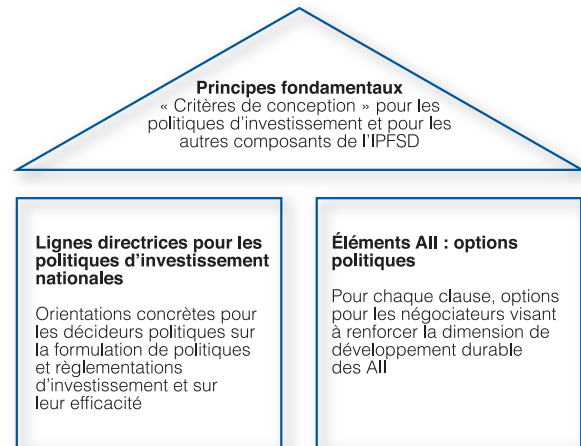
Joost Pauwelyn est professeur de droit international, à l'Institut de hautes études internationales et du développement à Genève, et conseiller sénior auprès du cabinet juridique King & Spalding. Cette année académique, il est également professeur invité à la Faculté de droit de Stanford (semestre d'automne) et à la Faculté de droit d'Harvard (semestre de printemps) aux États-Unis.

Vers une nouvelle génération de politiques d'investissement: Le cadre de la CNUCED pour une politique d'investissement au service du développement durable par Elisabeth Tuerk and Faraz Rojid

article 3



Figure 1. Structure et composants de l'IPFSD



La naissance du cadre

Le 12 juin 2012, la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) a lancé son cadre pour une politique d'investissement au service du développement durable (IPFSD ou le cadre).

L'IPFSD voit le jour au moment où le régime international d'investissement se trouve dans une période de « transition »¹, et où de plus en plus de gouvernements révisent leurs législations en matière d'investissement, tant à l'échelon national qu'international. Cette évolution concernant les politiques internationales d'investissement s'explique par une montée des débats universitaires et politiques discutant – et parfois questionnant – la contribution au développement durable des plus de 3 000 Accords internationaux d'investissement (AII)². L'IPFSD constitue la réponse de la CNUCED à ces débats et préoccupations.

“ L'IPFSD voit le jour au moment où le régime international d'investissement se trouve dans une période de transition ”

Quel est ce cadre ?

Le cadre, qui constitue également le principal thème du Rapport sur l'investissement dans le monde 2012 (RIM), consiste en un guide complet pour la conception de politiques d'investissement nationales et internationales. Ses onze principes fondamentaux expliquent le contexte, puis sont repris dans les lignes directrices pour les politiques nationales de l'investissement et les options politiques pour les AII (voir figure 1).

Le cadre offre aux décideurs politiques des orientations concrètes quant à la manière de placer la croissance inclusive et le développement durable au cœur des efforts pour attirer et tirer parti de l'investissement étranger. Ce faisant, le cadre vise à créer des synergies entre les politiques d'investissement et les objectifs plus larges de développement économique ; à promouvoir l'intégration des politiques d'investissement dans les stratégies de développement ; à encourager les investissements responsables en incorporant les principes de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) ; et à garantir l'efficacité de la conception et de la mise en œuvre des politiques d'investissement.

L'IPFSD reflète l'idée que les politiques d'investissement sont conçues en vue d'attirer les capitaux étrangers, en y ajoutant un programme politique de développement plus large et complexe intégrant le développement durable et la croissance inclusive dans les législations nationales et les négociations internationales relatives à l'investissement.

L'arrivée opportune du cadre

L'IPFSD est rendu public au moment où l'élaboration des politiques d'investissement est en pleine mutation. Au niveau national, l'élaboration de politiques passe d'une phase de libéralisation à une phase de réglementation³. Au niveau international, l'on entend des préoccupations croissantes concernant la possibilité pour les AII d'interférer avec les stratégies de développement durable des pays et donc les empêcher de mettre en œuvre des politiques visant à atténuer l'impact environnemental et social des investissements. Les critiques avancent que ceci est la conséquence du mécanisme de règlement des différends investisseurs-État (RDIE) que l'on trouve dans les AII, et qui permet aux investisseurs de traîner les États d'accueil en justice ; mécanisme qui est parfois utilisé dans des domaines impliquant des mesures de politiques publiques essentielles. Les

processus de RDIE lancées par Philip Morris contre l'Australie et l'Uruguay concernant leurs mesures de contrôle du tabac ou par Vattenfall contre l'Allemagne au sujet de son plan de retrait de l'énergie nucléaire en sont de parfaites illustrations⁴.

En réponse, certains pays, tels que la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela se sont retirés du Centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI)⁵; l'Australie a quant à elle émit une déclaration relative à sa politique commerciale annonçant qu'elle n'inclurait plus de clause de RDIE dans ses futurs AII ; d'autres ont répondu en élaborant de nouveaux AII incluant des mécanismes leur permettant de se réserver le droit à réglementer l'investissement à des fins publiques (par ex. pour la protection de l'environnement, de la santé et la sécurité publiques), ou visant à réduire le risque de poursuites par des investisseurs étrangers. De la même manière, les éléments de développement durable gagnent du terrain dans les politiques d'investissement internationales⁶.

Alors que la communauté du développement cherche un nouveau paradigme et des manières d'intégrer le développement durable et la croissance inclusive dans les législations nationales et les négociations internationales relatives à l'investissement, l'IPFSD apparaît comme le meilleur outil à consulter et à utiliser.

Les options politiques du cadre pour les AII

Concernant l'élaboration de politiques d'investissement internationales, l'IPFSD identifie trois principaux défis auxquels il apporte des réponses (voir figure 2).-

Figure 2. Défis liés aux politiques d'investissement internationales

Renforcer la dimension de développement des AII	<ul style="list-style-type: none"> • Préserver l'espace politique pour les besoins de développement durable • Rendre les dispositions relatives à la promotion de l'investissement plus concrètes et cohérentes avec les objectifs de développement durable
Équilibrer les droits et les obligations des États et des investisseurs	<ul style="list-style-type: none"> • Mentionner la responsabilité des investisseurs dans les AII • Tirer les leçons des principes de la responsabilité sociale des entreprises et en tirer parti
Gérer la complexité systémique du régime des AII	<ul style="list-style-type: none"> • Gérer les lacunes, chevauchements et incohérences dans la couverture et le contenu des AII, et résoudre les problèmes institutionnels et ceux liés au règlement des différends • Garantir leur interaction efficace et leur cohérence avec d'autres politiques publiques (par ex. sur le changement climatique, le travail) et systèmes (par ex. commercial, financier)

Il propose ensuite trois tableaux détaillés, présentant plus de 115 options politiques explicites parmi lesquelles les gouvernements peuvent choisir celles répondant au mieux à leur niveau de développement et objectifs politiques. Ces trois tableaux incluent entre autres : des propositions d'ajustement des clauses des AII existants afin de les rendre plus favorables au développement durable, grâce à des formulations permettant de préserver l'espace politique et de

limiter la responsabilité des États ; l'ajout de nouvelles dispositions aux AII visant, par exemple, à équilibrer les droits et les responsabilités des investisseurs et à promouvoir des investissements responsables ; et l'introduction de clauses sur le Traitement spécial et différencié (TSD) pour les parties les moins développées, afin d'ajuster le niveau d'obligation au niveau de développement du pays.

Parmi les plus de 115 options, l'IPFSD identifie également les options qui sont particulièrement en faveur du développement durable. Notamment :

- une clause élaborée avec soin sur la portée et la définition excluant les investissements de portefeuille, à court terme et spéculatifs de la couverture du traité ;
- une clause sur le Traitement juste et équitable (TJE) formulée à la manière d'une liste exhaustive des obligations des États (par ex. ne pas (i) refuser de rendre justice à travers une procédure juridique ou administrative, (ii) traiter les investisseurs de façon manifestement arbitraire, (iii) violer la régularité d'une procédure de manière flagrante) ;
- la clarification (dans la mesure du possible) de la distinction entre activité réglementaire légitime et actions réglementaires ouvrant droit à une compensation (expropriations indirectes) ;
- la limitation de la clause sur la protection et la sécurité intégrales (PSI) afin de spécifier que la sécurité et la protection « physiques » seront proportionnelles au niveau de développement du pays ;
- la limitation de la portée de la clause relative au transfert de fonds en fournissant une liste exhaustive des paiements/transferts couverts, en incluant des exceptions mises en œuvre en cas de sérieux problèmes de balance des paiements, et en stipulant que le droit de transfert des investisseurs est conditionné au respect de ses obligations fiscales notamment envers l'État d'accueil ;
- l'inclusion d'exceptions élaborées avec soin visant à protéger les droits humains, la santé, les normes fondamentales du travail et environnementales, ainsi qu'un système de contrôle et d'équilibre garantissant l'espace politique nécessaire tout en évitant les abus ; et
- l'option d'une clause « anti-RDIE », ou d'une clause visant à faire du RDIE le dernier recours (par ex. après épuisement des recours locaux et l'utilisation de mécanismes de règlement des différends alternatifs par les investisseurs).

Le cadre propose également l'établissement d'un arrangement institutionnel chargé de garantir

l'adaptabilité des AII aux contextes de développement changeant et aux principales évolutions non anticipées (par exemple, en utilisant des comités ad hoc afin d'évaluer l'efficacité de l'accord et d'améliorer sa mise en œuvre au moyen d'amendements ou d'interprétations).

Grâce à ces divers éléments, le cadre fonctionne de façon claire, et met un accent particulier sur la relation entre l'investissement étranger et le développement durable, favorisant une approche équilibrée de la poursuite d'objectifs de croissance purement économiques grâce à la libéralisation et la promotion de l'investissement d'une part, et la nécessité de protéger les populations et l'environnement d'autre part.

Le fonctionnement du cadre

Le cadre a été bien accueilli par les partenaires d'investissement et de développement, notamment aux niveaux les plus élevés d'élaboration des politiques, par les chercheurs ainsi que par les experts en investissements et les organisations de la société civile. Par exemple, la Conférence sur les AII et la Table ronde ministérielle (TRM) lors du Forum biennal mondial sur l'investissement 2012 (WIF)⁷ de la CNUCED ont toutes deux discuté d'une version très avancée du cadre. Les ministres ont par exemple appuyé une nouvelle génération de politiques d'investissement et appelé au développement d'un ensemble de principes fondamentaux pour les politiques d'investissement nationales et internationales. Les experts sur les AII ont convenu que ces accords devraient satisfaire des objectifs plus grands tels que le développement durable, les droits humains et d'autres préoccupations publiques d'importance.

Depuis lors, l'IPFSD, dans le cadre du Rapport sur l'investissement dans le monde 2012, a été lancé dans plus de 44 pays et notamment lors d'un événement conjoint CNUCED-IIIDD destinés aux communautés de l'investissement et du développement⁸.

Pour une grande part des parties prenantes, l'intérêt de l'IPFSD réside surtout dans son fonctionnement. Par exemple, le cadre n'est pas un modèle de traité, mais plutôt une plateforme offrant une large gamme d'options. Les décideurs politiques peuvent choisir celles qu'ils estiment être les plus adaptées aux besoins en développement spécifiques de leur pays. Ensuite, nombre des options politiques suggérées s'appuient sur les pratiques de pays innovants ; par exemple, quinze des 47 AII signés en 2011 incluent déjà des éléments similaires aux caractéristiques favorables au développement durable telles que proposées dans l'IPFSD⁹.

Troisièmement, l'IPFSD est un « document vivant », conçu pour être encore enrichi au moyen d'un dialogue inclusif et l'élaboration dynamique de politiques d'investissement. À cette fin, la CNUCED a créé une plateforme de discussion offrant aux investisseurs et

à la communauté internationale du développement (par ex. les décideurs politiques, les investisseurs, les associations d'entreprises, les syndicats, les organisations de la société civile et d'autres groupes d'intérêts pertinents) l'opportunité de consulter, discuter et partager leurs expériences et opinions. Cette plateforme constitue le cœur du nouveau Centre de la politique d'investissement¹⁰, qui donne au cadre sa nature « vivante » grâce au forum de discussion en ligne.

À l'avenir, le document sera également utilisé comme base des activités d'assistance technique de la CNUCED en matière d'AII. De premières expériences ont déjà été menées cet été quand la CNUCED a contribué à une formation organisée par l'IIIDD et la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC) pour la préparation du TBI modèle de la SADC¹¹.

Grâce à tout cela, la CNUCED espère que ce cadre sera utilisé par les décideurs politiques comme référence pour la formulation de politiques nationales d'investissement et pour la négociation ou la révision des AII. Aussi, le cadre peut servir de point de convergence pour la coopération internationale sur les questions d'investissement afin de favoriser le développement durable et la croissance inclusive.

Auteur

Elisabeth Tuerk est responsable et Faraz Rojid, consultant juridique, à la section sur les Accords internationaux d'investissement (AII) de la Division de l'investissement et des entreprises (DIE) de la CNUCED.

Notes

1 Jose E. Alvarez, Karl P. Sauvart, Kamil Girard Ahmed, et Gabriela P. Vizcaino, *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, publié pour Oxford Scholarship Online en mai 2011 ; Print ISBN-13: 9780199793624. Voir également le chapitre III du RIM 2012, 2011 et 2010 (<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>, <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf> et http://unctad.org/en/Docs/wir2010_en.pdf respectivement).

2 Voir le chapitre III du RIM 2012, RIM 2011 et RIM 2010 (n2).

3 Voir chapitre III du RIM 2012 (n2).

4 Voir *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note No. 1, avril 2012, http://www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf, et le chapitre III du RIM 2012 (n2).

5 Voir Ripinsky, S, *Le Venezuela se retire du CIRDI : les implications*, ITN 13 avril 2012. Vu en ligne sur <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/>

6 Voir le chapitre III du Rapport sur l'investissement dans le monde 2012 (n2), page 87.

7 Le Forum mondial sur l'investissement 2012 s'est tenu dans le cadre de la XIII^{ème} conférence de la CNUCED, organisée à Doha au Qatar en avril 2012. Vous trouverez plus d'informations sur <http://unctad-worldinvestmentforum.org/>

8 Visitez la plateforme sur les politiques d'investissement (<http://unctad.org/ipfsd>) afin de visionner la vidéo du débat.

9 Voir le chapitre III du RIM 2012, page 90.

10 Voir la page <http://ipfsd.unctad.org>

11 Voir le calendrier des événements sur <http://unctad.org/ipfsd> pour la liste des activités techniques à venir.

Le modèle de TBI de la SADC: Vers une nouvelle génération de traités d'investissement

par Howard Mann

article 4



Le modèle et commentaire du Traité bilatéral d'investissement de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC) a été achevé en juin 2012 par les États membres de la Communauté¹. Son parachèvement met fin à un processus de consultation et de rédaction de 18 mois, mené entre les différents représentants gouvernementaux ; il vise à servir de guide aux États membres lors des futures négociations des traités d'investissement.

À travers ce processus, les États membres de la SADC ont mis fin au défi consistant à rédiger un nouveau modèle de traité bilatéral d'investissement que les gouvernements de la région peuvent utiliser et adapter selon leurs besoins. En rendant le document public, ils ont également décidé de faire de ce modèle un outil à la disposition d'autres gouvernements africains et non africains, à l'heure où commence à éclore ce que la CNUCED appelle une « nouvelle génération » de politiques d'investissement².

Le modèle s'intègre parfaitement dans cette nouvelle génération. Alors que d'autres documents contemporains offrent des conseils sous forme d'analyse et de recommandations générales, le modèle de la SADC offre des orientations sous forme de formulations textuelles spécifiques ainsi qu'un commentaire explicitant les choix faits.

Ce court article discute l'orientation du modèle, le processus de rédaction, les principales caractéristiques et présente quelques brèves conclusions.

Orientation

Le préambule reflète la finalité du modèle : lier l'IDE au développement durable à travers la totalité du texte du modèle. Ceci est repris dans l'article 1^{er} des Objectifs : *Cet accord vise principalement à encourager et accroître les investissements... en faveur du développement durable de chacune des Parties, et notamment de l'État d'accueil de l'investissement.*

Cet objet est maintenu tout au long du texte et a été utilisé comme référence à l'heure d'examiner d'autres projets de dispositions du texte. Il ne s'agissait donc pas simplement de mentionner les mots « développement durable », mais également de trouver, tout au long du processus, ce que cela signifiait en termes pratiques pour la rédaction de différents articles. Le résultat est un projet de texte concret pour un traité d'investissement, incorporant la philosophie du développement durable, du début à la fin du texte.

Le processus de rédaction

Le processus de rédaction a commencé par une réunion des États membres en avril 2011, qui a recommandé le développement d'un modèle de TBI. Deux réunions du comité de rédaction ont été tenues en 2011 et 2012, auxquelles neuf États membres au total ont participé³. Les projets de texte ont été régulièrement diffusés à tous les États membres pour qu'ils les étudient et les commentent.

Le processus a donc été inclusif et transparent, facilité – quoique pas mené – par le Secrétariat de la SADC. Ceci est d'autant plus évident qu'à certains moments, les opinions divergentes des États membres sont reflétées dans le texte final, grâce à l'inclusion de plusieurs options, toutes commentées. En d'autres termes, lorsqu'il y avait consensus, une seule option claire est proposée. Lorsque les divergentes persistaient, elles ont été reflétées dans le texte final. Les projets d'articles recommandés ainsi que le commentaire ont tous été soumis à un examen attentif lors des réunions du comité de rédaction.

Dans le même temps, le processus a reconnu qu'il ne s'agissait pas d'un document juridiquement contraignant pour les États membres, mais plutôt d'un outil et guide pouvant être utilisé et adapté selon les besoins. Cela a permis le développement d'une approche globale, et chaque État membre (ou d'autres gouvernements d'ailleurs) peut, lors d'une négociation, s'en inspirer tout ou partie, selon ses besoins individuels. Cette approche signifie également que chaque État membre n'a pas eu à soutenir chacun des projets d'articles pour l'achèvement du texte.

Principales caractéristiques

Le modèle est divisé en six parties :

1. Dispositions communes
2. Droits des investisseurs post-établissement
3. Droits et obligations des investisseurs et des États Parties
4. Dispositions générales
5. Règlement des différends
6. Dispositions finales

Dans chacune de ces parties, les questions clés sont pleinement développées. Par exemple, les questions liées à l'établissement des investissements sont traitées dans la première partie, qui se révèle contre l'inclusion de dispositions relatives à la libéralisation des investissements. Ceci est lié au rejet des dispositions interdisant aux États d'accueil d'utiliser des prescriptions de résultats. En lieu et place de telles dispositions, le texte stipule clairement que toute prescription de résultats imposée à un investissement ou souscrite par l'investisseur étranger ne doit pas être considérée comme une violation de l'accord tant que l'exigence a été mise en place avant l'autorisation d'investir et avant que l'investisseur ne l'utilise. Les exigences imposées après sont traitées par d'autres dispositions du modèle.

La deuxième partie détaille la liste des standards de protections des investisseurs. Une attention particulière est portée à la question du traitement juste et équitable (art. 5), qui fait toujours l'objet de controverses croissantes parmi les pays en développement. Ici, il est recommandé d'éviter une telle disposition. Une version plus limitée de la clause du traitement juste et équitable (TJE) est proposée à titre d'option alternative.

En outre, le modèle établi cependant une version totalement différente, basée sur la reconnaissance des approches du droit administratif vis-à-vis du traitement administratif juste et de l'application régulière de la loi, plutôt que la formulation du traitement juste et équitable dans le droit international. Ceci vise à entamer la construction d'une alternative aux dispositions TJE, toujours controversées et incertaines ; alternative clairement basée sur des normes connues et plus précises.

Pour voir comment l'approche du développement durable est reflétée dans les différentes parties du texte, l'on peut examiner le droit des investisseurs à engager du personnel étranger. Ce droit est clairement stipulé, mais il est également sujet à une exigence d'équilibre avec des programmes nationaux de formation des employés locaux, dans la mesure du possible. Cela reflète les objectifs de développement associés à l'IDE, au développement des compétences et au transfert, ainsi qu'à l'emploi de meilleure valeur ajoutée.

Les obligations des investisseurs dans la troisième partie incluent la lutte contre la corruption, le respect de la législation nationale, l'évaluation et la gestion environnementale, les droits humains, les questions de développement économique et social, la gouvernance d'entreprise, etc. La question de l'application de ces obligations est abordée de trois manières :

1. Les obligations peuvent être incluses dans la législation nationale si ce n'est pas déjà le cas, et donc appliquées à travers les tribunaux nationaux.
2. Selon les obligations en question, une violation peut invalider la compétence d'un tribunal investisseur-État déjà établi (par exemple une violation de l'obligation de lutte contre la corruption) ou permettre à un État de faire une demande reconventionnelle pour violations liées à la conduite de l'investisseur.
3. Le modèle invite l'investisseur à accepter la possibilité d'engager sa responsabilité civile dans son État d'origine pour ses décisions et actes ayant un impact sur la conduite de l'investissement et pouvant affecter l'État d'accueil. Il ne s'agit pas d'une norme sur la responsabilité, mais simplement d'une exigence de renoncer à utiliser des doctrines telles que le *forum non conveniens*, afin de permettre à une telle affaire d'être entendue quant à son bien-fondé dans le pays d'origine.

La partie 3 traite également du droit de l'État à régler et de son droit à poursuivre des objectifs de développement, compensant ainsi les droits des investisseurs par les droits des États généralement reconnus dans le droit international.

La troisième partie reprend également le développement de l'Initiative pour la transparence des industries extractives (ITIE) en appelant à la transparence des contrats et des flux de recettes entre le gouvernement et l'investisseur. Il s'agit d'un élément considéré comme ayant une importance croissante pour éviter la corruption et pour promouvoir une conduite et des relations durables.

La cinquième partie, sur le règlement des différends, reflète également les inquiétudes croissantes des pays en développement concernant l'explosion des arbitrages investisseur-État. Elle recommande donc de ne pas inclure l'arbitrage investisseur-État dans les traités à venir, et le relie à une

disposition NPF limitée qui, s'il est inclus, permet de garantir que les tribunaux ne pourront pas importer de droits investisseur-État grâce à la disposition NPF.

Le texte reconnaît toutefois que certains États pourraient quand même choisir d'inclure l'arbitrage investisseur-État pour diverses raisons. Il établit donc un processus méticuleux qui limite le droit à l'arbitrage investisseur-État aux allégations de violations du traité, et pas aux violations des permis ou autorisations, à l'image du modèle de TBI 2012 des États-Unis. Il recommande également expressément de ne pas inclure de clause parapluie et se positionne contre le transfert, à travers cette disposition, de questions relevant de la législation nationale aux questions relevant du droit international. La cinquième partie recommande finalement l'inclusion d'une disposition exigeant des tribunaux d'arbitrage liés à un traité de reconnaître et de donner la suprématie aux mécanismes de règlement des différends identifiés dans les contrats d'investissement pour toutes les questions liées aux allégations de violation desdits contrats, même si elles sont requalifiées en violation du traité. La règle relative à l'épuisement des recours locaux est également incluse, dans la mesure où un tribunal est capable d'évaluer si la demande relative à une mesure spécifique peut être traitée par un tribunal national.

Finalement, le modèle appelle à la pleine transparence du processus investisseur-État éventuellement inclus.

En résumé, le modèle rejette les traités de 8 pages de l'ancienne garde, populaires dans les années 1990 et début 2000. Il met en place une approche complète reflétant la relation entre investissement et développement durable, et alloue des droits et des obligations conformes à cette relation.

Le modèle rejette également la tendance à vouloir reproduire ce qui a été fait précédemment. Par exemple, le règlement des différends investisseur-État, la libéralisation des investissements, la promotion du développement économique et social, la responsabilité des investisseurs, le TJE, la clause NPF, sont tous traités sous un nouveau jour ou déconseillés. Ce modèle démontre donc une nouvelle approche, pas seulement sous formes de principes mais grâce à une formulation et des recommandations concrètes et clairement établies.

Conclusions

The template is not without its limitations. For example, not every issue is fully 'resolved'. Indeed, seeking to do so was beyond the mandate of the drafting committee. And it is not drafted as nor intended to be a legally binding document on Member States. Still, it is a tool that provides a coherent option to SADC Member States in any future negotiations, and by extension to other governments who wish to access the template and assess its value as a guide in their own contexts.

Auteur

Howard Mann est conseiller sénior en droit international auprès de l'IIDD. Il a été consultant auprès du Secrétariat de la SADC et ses États membres pour ce projet.

Notes

¹ Le modèle est disponible ici : <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>

² Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement, *Cadre pour une politique d'investissement au service du développement durable*, juin 2012

³ L'Angola, le Botswana, le Malawi, Maurice, le Mozambique, la Namibie, les Seychelles, l'Afrique du Sud et le Zimbabwe.

Dernières nouvelles des négociations de la CNUDCI sur la transparence : Pas à pas vers un consensus

par Lise Johnson

article 5

Un groupe de travail de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) s'est réuni à Vienne du 1er au 5 octobre afin de poursuivre leur travail sur l'amélioration de la transparence dans les arbitrages investisseurs-États au titre d'un traité. Il s'agissait de la cinquième réunion d'une semaine du groupe de travail sur ce sujet, et d'autres suivront. Même si certaines questions ont trouvé réponse, plusieurs autres demeurent controversées, et seront de nouveau abordées lors de la prochaine réunion du groupe de travail en février 2013.

Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI figure parmi les règles les moins transparentes appliquées aux arbitrages investisseurs-États au titre d'un traité. À l'inverse du règlement développé par le Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI) de la Banque mondiale par exemple, qui exige la divulgation de l'existence d'un arbitrage investisseur-État, autorise chacune des Parties au différend à divulguer les sentences de manière unilatérale, et exige même la publication de certains aspects des décisions, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI autorise la confidentialité totale des procédures, de leurs débuts jusqu'à leurs conclusions. Rien n'exige la publication de l'existence des différends ; et avant qu'une sentence ne soit éventuellement divulguée, toutes les Parties au différend, c.-à-d. les États et les investisseurs, doivent y consentir.

Reconnaissant que ce manque de transparence était un problème auquel il fallait remédier, la CNUDCI a décidé en 2008 de prêter attention à cette question, et a demandé à son Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation, le Groupe de travail II, de développer une norme juridique garantissant la transparence dans les arbitrages investisseurs-États au titre d'un traité.

Le Groupe de travail II a commencé à s'atteler à cette tâche en octobre 2010, et a maintenant adopté divers éléments d'un nouveau règlement d'arbitrage sur lesquels il y avait "consensus" – une mesure du niveau d'accord entre les délégations située entre la simple majorité et l'unanimité. Les éléments du règlement ayant fait l'objet d'un consensus incluent des dispositions exigeant la divulgation de l'existence de l'arbitrage et l'identification des Parties au différend ; la publication des principaux documents soumis au tribunal au cours de l'arbitrage, notamment les dossiers et mémoires préparés par les Parties au différend, les déclarations des témoins, les rapports d'experts et les transcriptions des audiences, si elles sont prêtes ; ainsi que les ordres, décisions et sentences rendus par le tribunal. Le consensus concerne également certains aspects du projet de règlement stipulant les exigences et les procédures pour les entités n'étant pas Partie au différend, c.-à-d. les éventuels *amicus curiae* et les États n'étant pas partie au différend mais Partie au traité, lorsqu'elles souhaitent soumettre des dossiers et communications au tribunal.

Divers domaines n'ont cependant toujours pas fait l'objet d'un consensus. Par exemple, le Groupe de travail n'a pas encore déterminé si, lorsque les États n'étant pas Partie au différend mais Partie au traité souhaitent présenter une communication relative à l'interprétation du traité, le tribunal doit accepter cette communication ou peut user de sa discrétion pour déterminer comment traiter la communication. En outre, même s'il y a eu un soutien massif en faveur d'une règle exigeant des audiences publiques, plusieurs délégations ont maintenu que cette règle devait rester inchangée, et chacune des Parties au différend peut exiger des audiences à huis clos si elle le désire. Compte tenu de la position de ces délégations, il n'y a pas eu de déclaration formelle de « consensus » sur la question des audiences publiques.

D'autres questions actuellement discutées sont particulièrement importantes pour évaluer le succès ou l'échec de ce règlement à

garantir la transparence dans les arbitrages investisseurs-États. D'abord, bien qu'il y ait apparemment un soutien unanime du Groupe de travail sur le fait que le projet de règlement exigeant la transparence doit également inclure certaines exceptions pour les informations confidentielles ou protégées, le Groupe de travail n'a pas encore convenu de la réponse à apporter à nombre de ces questions relatives à la portée exacte de ce qui devrait être protégé de la divulgation ou non.

L'une des propositions faites lors de cette dernière session d'octobre 2012 sur la question des exceptions a été particulièrement controversée. Une délégation a en effet suggéré d'élargir les exceptions bien au-delà de ce qui était d'abord envisagé par le Groupe de travail en insérant une nouvelle exception déterminée unilatéralement au titre de laquelle une Partie au différend pourrait retenir les informations « qu'elle considère comme pouvant entraver l'application de la loi, ou seraient contraires à l'intérêt public, ou à ses intérêts essentiels de sécurité ». Bien que certains pays aient soutenu cette proposition, un plus grand nombre s'y est farouchement opposé, arguant qu'une telle insertion pourrait diluer le règlement sur la transparence et serait contraire au mandat donné au Groupe de travail visant à garantir la transparence dans l'arbitrage investisseur-État. Le Groupe de travail reviendra sur cette question en février prochain.

Une deuxième question essentielle toujours en discussion concerne la portée de l'application du règlement. Les délégations sont partagées sur le fait de permettre ou non au nouveau règlement sur la transparence de s'appliquer aux différends lancés au titre des milliers de traités d'investissement existants, et au titre desquels devraient survenir la grande majorité des différends en matière d'investissement dans les années à venir. Nombre de délégations propose une approche très claire qui permettrait de façonner le nouveau règlement sur la transparence de manière à exclure les traités existants de sa portée, à moins et jusqu'à ce que les États Parties au traité en question adoptent des mesures affirmatives supplémentaires, comme par exemple la conclusion d'un éventuel nouveau traité permettant expressément (ou exigeant) l'application du règlement sur la transparence.

Cependant, d'autres délégations ont souligné que si et quand les nouveaux amendements au règlement d'arbitrage de la CNUDCI seront adoptés, ils pourront s'appliquer aux traités existants au titre de l'interprétation normale des règles du traité. Selon ces délégations, cette approche très claire exclurait l'application du nouveau règlement sur la transparence aux traités existants même si le droit international le permettrait, et cela serait alors incohérent avec le mandat du Groupe de travail. Les pays ayant adopté cette position et demandant l'application potentielle aux traités existants incluent l'Argentine, l'Australie, le Canada, le Mexique, la Norvège, l'Afrique du Sud et les États-Unis. Les pays s'y opposant et étant en faveur de l'approche très claire n'ont pas rendu leur position publique en dehors du Groupe de travail.

Dans l'ensemble, même si le Groupe de travail II a indéniablement fait des progrès dans son mandat, les questions en suspens devant trouver réponse sont essentielles pour les effets ultimes et l'efficacité du nouveau règlement sur la transparence, et concernent des domaines révélant d'importantes divisions entre les délégations.

Auteur

Lise Johnson est chercheuse principale sur la politique et le droit des investissements au Vale Columbia Center pour l'investissement international durable.

De plus amples informations sur la transparence dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sont disponibles ici : http://www.iisd.org/investment/dispute/arbitration_rules.aspx

Nouvelles en bref

L'Afrique du Sud commence à se retirer des TBI signés avec les membres de l'UE

L'Afrique du Sud a mis fin à son traité bilatéral d'investissement avec la Belgique et le Luxembourg, et envisage de mettre un terme progressif à d'autres traités signés avec les pays européens.

Dans une lettre datée du 7 septembre et adressée à l'ambassadeur belge à Pretoria, le Ministre sud-africain des relations internationales a dénoncé le traité, conformément aux clauses de résiliation du traité (la plupart des clauses de résiliation contenues dans les TBI permettent à chacune des parties de dénoncer le traité par écrit après un nombre d'années précis).

La clause d'extinction du traité garantit que les investissements existants continuent d'être couverts par le traité pendant dix années supplémentaires.

ITN pense qu'au moins six nouvelles lettres seront adressées à des pays européens. En tout, l'Afrique du Sud a signé 13 traités avec les États membres européens.

L'Afrique du Sud a pesé les risques et les bénéfices des TBI

Au cours des dernières années, l'Afrique du Sud a examiné d'un œil critique sa pratique en matière de traités d'investissement. Cet examen a été lancé suite à une demande de 2007 formulée par plusieurs citoyens italiens et une entreprise du Luxembourg au titre du TBI Belgique-Luxembourg. Les demandeurs arguaient que la loi de 2004 sur le développement des ressources minières et pétrolières (MPRDA) – adoptée dans le cadre de l'effort sud-africain visant à accroître la participation de ses citoyens, longtemps désavantagés, dans l'industrie minière – représentait une expropriation de leurs droits d'extraction.

Si l'affaire a été réglée en 2010, elle a incité le gouvernement sud-africain à reconsidérer sa politique relative aux traités d'investissement. Un rapport émis par le Département du commerce et de l'industrie (DCI) était particulièrement critique à l'égard des traités d'investissement du pays.

« Les accords internationaux d'investissement existants se basent sur un modèle vieux de 50 ans, qui met encore l'accent sur les intérêts des investisseurs originaires des pays développés. Des questions hautement importantes pour les pays en développement ne sont pas traitées lors du processus de négociation des TBI », stipule le DCI dans le rapport¹.

Plus récemment, le Ministre du commerce sud-africain, Rob Davies, a affirmé que le Conseil des ministres sud-africain soutenait largement les conclusions du DCI.

« Le Conseil des ministres a compris que la relation entre TBI et IDE était au mieux ambiguë, et que les TBI représentaient un risque et limitaient la capacité du gouvernement à poursuivre son programme de transformation de la Constitution », a affirmé Davies à Genève, lors d'une réunion de la CNUCED le 24 septembre 2012.

Davies a annoncé que le Conseil des ministres a ordonné « l'examen en vue de leur résiliation » des traités sud-africains de première génération, convenus peu de temps après la transition démocratique de 1994.

La Chine et le Canada achèvent les négociations sur le TBI

La Chine et le Canada ont conclu les négociations du traité bilatéral d'investissement (appelé au Canada Accord de promotion et de protection des investissements étrangers) au terme de 18 ans et 22 cycles de négociations.

Publié fin septembre, le traité doit encore être ratifié par les deux parties. Il s'agit du traité d'investissement chinois le plus complet à l'heure actuelle, bien qu'il présente quelques écarts notables de la pratique récente et normale du Canada.

La disposition plutôt forte du Canada en matière de transparence dans le règlement des différends a été édulcorée. Si les récents traités d'investissement du Canada exigent la publication d'une série de documents liés à la procédure d'arbitrage – ainsi que des textes confidentiels légitimement rédigés – l'accord Canada-Chine n'exige que la publication de la sentence finale. D'autres documents, tels que l'avis de différend et les plaidoyers, seront rendus publics à la discrétion de l'État Partie au différend. L'État Partie au différend devra également donner son consentement aux audiences publiques.

Une entité n'étant pas partie au différend (*amicus curiae*) pourrait se voir autoriser à présenter des communications écrites à la discrétion du tribunal, si elle « à un intérêt important dans l'arbitrage ».

Les traités récents du Canada offrent également le traitement national pour l'établissement des investissements, c'est-à-dire qu'ils donnent à l'investisseur étranger les mêmes droits à établir un investissement qu'aux investisseurs nationaux. Le traité signé avec la Chine n'inclut cependant que le traitement de la Nation la plus favorisée pour l'établissement.

Plus particulièrement, le traité ne restreint pas davantage les exigences de performance, comme cela était le cas dans d'autres accords précédents du Canada. Il se contente de réaffirmer les obligations des parties au titre de l'Accord de l'OMC *sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*.

Les dispositions relatives aux flux de capitaux permettent aux États Parties de restreindre les transferts en cas de graves difficultés de la balance des paiements, tant que cela respecte certaines conditions. Ces mesures doivent par exemple être limitées dans le temps, et appliquées de manière équitable et sans discrimination.

L'investissement direct étranger entre la Chine et le Canada reste modeste, bien qu'il ait crû de manière continue au cours des dernières années. À la fin 2011, le stock d'investissements directs canadiens vers la

Chine était estimé à près de 4,5 milliards CAD, tandis que le stock d'IDE chinois vers le Canada représentait 10,9 milliards CAD.

Le traité est disponible sur : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-text-chine.aspx?lang=fra&view=d>

Le secrétariat du CIRDI publie un document d'information sur la procédure d'annulation

Le triLe secrétariat du CIRDI a publié un document d'information relatif aux procédures d'annulation en réponse à une lettre du Bureau philippin du solliciteur général. La lettre exprimait des préoccupations quant à une décision d'un comité ad hoc du CIRDI d'annuler une sentence rendue en 2007 en faveur des Philippines (Fraport AG v. les Philippines).

Décrivant la décision d'annulation comme étant « sérieusement biaisée » et adoptée suite à un abus d'autorité du comité ad hoc au titre de la Convention du CIRDI, le solliciteur général pressait le Conseil administratif du CIRDI à émettre des directives relatives à l'annulation, que les comités ad hoc pourraient utiliser afin de garantir des procédures d'annulation justes et efficaces.

Le document du CIRDI vise à aider les États Parties à la Convention du CIRDI à décider ou non d'examiner la question soulevée par les Philippines.

Le solliciteur général cite des statistiques affirmant que 11 des 41 demandes d'annulation ont entraîné une annulation, et que huit d'entre elles ont eu lieu au cours des dix dernières années.

En plus d'offrir un examen substantiel du mécanisme d'annulation et des décisions d'annulation précédentes, le document d'information souligne la nécessité de mettre ces chiffres en perspective. Le document explique qu'au cours de ses 47 années d'existence, le CIRDI a :

[e]nregistré 344 affaires et rendu 150 décisions. Parmi celles-ci, 6 ont été intégralement annulées et 6 autres l'ont été partiellement. En d'autres termes, seuls 4 % des décisions du CIRDI ont entraîné une annulation complète, et 4 % ont entraîné une annulation partielle.

La décision de 2007 rejetait la demande de Fraport concernant son investissement dans le projet du terminal 3 de l'aéroport international Ninoy Aquino après que le tribunal ait conclu que Fraport avait réalisé son investissement de manière illégale, et ne pouvait donc bénéficier de la protection du TBI Allemagne-Philippines.

Par la suite, la décision a été annulée par un comité ad hoc au motif qu'il y avait eu une sérieuse entorse au règlement de base.

Des experts émettent une communication d'amicus curiae qui vient soutenir BG Group PLC

Des experts de l'arbitrage originaires des États-Unis ont soumis une communication en tant qu'amicus curiae qui soutient une demande de révision présentée par BG Group PLC (BG) à la Cour suprême américaine.

Les arbitres critiquent une décision de janvier 2012 émise par une Cour d'appel du District de Columbia. Cette décision infirmait une sentence de la CNUDCI après que la Cour d'appel ait déterminé que BG n'avait pas cherché réparation dans les tribunaux locaux argentins, pré-condition à l'arbitrage international au titre du TBI Argentine-Royaume-Uni.

Les experts amicus curiae craignent que la décision de la cour d'appel ait un effet défavorable sur l'attrait des États-Unis comme siège des arbitrages internationaux. Une communication de l'Association américaine d'arbitrage caractérise la décision « d'exemple tragique et sans précédent... d'intrusion judiciaire ».

Une autre communication, préparée par George Bermann et une équipe du cabinet juridique Hughes Hubbard & Reed considère comme erronée ce que la Cour d'appel a appelé « limitation temporaire » (c.-à-d. exiger d'un investisseur qu'il cherche d'abord réparation, pendant 18 mois, auprès des tribunaux nationaux comme pré-condition à l'arbitrage) avant que le règlement de la CNUDCI ne soit utilisé. Le règlement de la CNUDCI donne aux arbitres l'autorité de se prononcer sur des objections à leur propre compétence, contre les amicus curiae.

La communication Bergmann-Hughes Hubbard affirme que la décision de la cour d'appel « démontre pourquoi les points de la substance et du bien-fondé sont mieux traités par des arbitres », et presse la Cour suprême de saisir cette opportunité « pour clarifier l'imprécision de la législation des États-Unis » au sujet des différences entre les questions de fond et l'arbitrabilité.

La décision infirmée de la CNUDCI obligeait l'Argentine à payer à BG plus de 185 millions USD en dommages et intérêts après que le tribunal ait déterminé que l'Argentine avait violé la norme de traitement juste et équitable. De plus amples informations concernant la décision de la Cour d'appel se trouvent ici : <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/awards-and-decisions-7/>

Notes

¹ "South African trade department critical of approach taken to BIT-making", Damon Vis-Dunbar, Investment Treaty News, 15 juillet 2009, <http://www.iisd.org/itn/2009/07/15/south-african-trade-department-critical-of-approach-taken-to-bit-making/>

Sentences et décisions

La majorité d'un tribunal rejette sa compétence dans une demande contre l'Argentine au sujet de l'exigence de recours national

Daimler Financial Services AG c. la République d'Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/05/1

Damon Vis-Dunbar

Une demande formulée contre l'Argentine par le constructeur automobile allemand Daimler A.G. a été jugée sans fondement car le demandeur n'avait pas d'abord présentée la demande à un tribunal argentin.

La décision partagée rappelle une nouvelle fois les clivages entre les arbitres concernant la portée de la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) et sa relation avec le règlement des différends.

La demande de Daimler Financial Services (DFS) s'ajoute aux nombreuses autres trouvant naissance dans les politiques adoptées par l'Argentine pendant sa crise financière de 2001-2002. Entre autres choses, l'Argentine a autorisé le règlement en pesos d'obligations libellées en dollars US, changement politique qui a affecté DCS Argentina, la filiale argentine de DFS, qui offrait des prêts en dollars US.

Exigence de recours national pendant 18 mois

Comme d'autres TBI de l'Argentine, et ceux des pays d'Amérique Latine, le traité Argentine-Allemagne stipule que les différends doivent être soumis aux tribunaux nationaux de l'État d'accueil ; si dans les dix-huit mois suivants le différend n'a pas été réglé, il peut alors être soumis à un arbitrage international.

Dans sa décision du 22 août 2012, la majorité a conclu que le traité est strict et exige des parties au différend qu'elles satisfassent à l'exigence de recours national. Citant le tribunal au vues similaires de l'affaire *Wintershall*, « selon la terminologie des traités, le verbe 'devoir' signifie que les dispositions sont juridiquement contraignantes ».

La majorité n'a pas non plus reconnu – comme d'autres tribunaux avant elle – que cette prescription était une question de procédure, que le tribunal peut accepter ou rejeter à sa discrétion, contrairement à une prescription à la base de la compétence du tribunal.

La majorité a également examiné si la clause NPF permettait au demandeur d'utiliser les clauses de règlement des différends d'autres TBI argentins, tels que celui signé avec le Chili, qui n'inclut pas d'exigence de recours national. Sur ce point le tribunal a considéré que le demandeur devrait d'abord satisfaire à l'exigence de recours national avant que le tribunal ait compétence pour l'examen de la disposition NPF.

Il a toutefois noté une exception : sa compétence pourrait être avérée s'il était prouvé que l'Allemagne et l'Argentine désiraient que les dispositions NPF s'appliquent aux dispositions relatives au règlement des différends contenues dans le TBI.

Consentement préalable

La majorité a cherché des « preuves affirmatives » du consentement de l'État. Comme l'explique le tribunal : « On ne peut admettre de présumer du consentement de l'État sous prétexte que celui-ci n'a pas préalablement désavoué la compétence du tribunal. L'absence de consentement est la règle par défaut ; le consentement est l'exception. Il est donc nécessaire d'avoir des preuves affirmatives du consentement afin de le démontrer ».

L'intention des États Parties

Étant donné que les dispositions NPF du TBI ne stipulent pas si elles s'étendent aux dispositions de règlement des différends, la majorité a examiné la portée et le sens du terme "traitement" au moment de la négociation du TBI en 1991. Elle a conclu que le traitement faisait généralement référence au traitement direct reçu par un investisseur dans le pays d'accueil, « et non pas à la conduite d'un arbitrage international trouvant son origine dans ce traitement ».

Autre élément important pour le tribunal, est le fait que la disposition NPF fasse référence au traitement accordé par le pays d'accueil « sur son territoire ». Alors que, affirme la majorité, l'arbitrage international «

a presque toujours lieu en dehors du territoire de l'État d'accueil et, par définition, il suit son cours indépendamment de tout contrôle des États ».

En outre, la majorité n'était pas sûre que la prescription de chercher réparation auprès des tribunaux nationaux soit nécessairement moins favorable que l'arbitrage. En utilisant la procédure comme exemple – l'affaire a en effet débuté en 2004 – le tribunal a noté que « la durée moyenne à la résolution des différends dans des arbitrages internationaux pouvait égaler voire excéder celle des procédures gérées par des tribunaux nationaux ».

De la même manière, la majorité a remarqué que le TBI Argentine-Chili, le TBI dit « de référence », à travers sa clause de bifurcation, exige des parties qu'elles choisissent entre procédure nationale et arbitrage international. À l'inverse, le TBI Argentine-Allemagne permet aux demandeurs de demander un arbitrage international si les tribunaux nationaux n'arrivent pas à régler le différend.

Pour cette raison, et d'autres encore, deux membres des trois membres du tribunal, Pierre-Marie Dupuy (président) et Domingo Bello Janeiro (désigné par le défendeur) n'ont pas trouvé de preuves permettant de conclure que l'Argentine et l'Allemagne souhaitaient que la clause NPF incluent les dispositions du TBI relatives au règlement des différends.

L'opinion divergente du juge Brower

Charles N. Brower, désigné par le demandeur, considère que les conclusions de la majorité concernant la relation de la clause NPF à la prescription de 18 mois de recours national comportent de nombreuses erreurs. L'analyse de la majorité « n'est pas seulement pas convaincante, elle est profondément fautive », affirme le juge Brower dans son opinion divergente. « Il est regrettable que le type et la nature des arguments mis en avant dans la sentence ne me permettent pas d'être d'accord avec mes collègues du tribunal ».

Brower a rejeté l'approche de la majorité consistant à chercher des « preuves positives », qu'il considère comme trop restrictive et sans fondement dans le TBI en question ou la Convention du CIRDI. « La sentence ne cite aucune source de droit public international soutenant le principe selon lequel une 'preuve affirmative' est nécessaire pour interpréter le règlement d'un différend ou d'autres clauses d'un traité d'investissement », écrit Brower.

Le désaccord des arbitres s'est également manifesté dans l'interprétation de la jurisprudence relative aux dispositions NPF et au règlement des différends. La majorité a décrit un point controversé, arguant qu'« au moins neuf tribunaux avaient conclu qu'une clause NPF spécifique d'un TBI (concernait le règlement des différends), tandis que dix autres avaient atteint la conclusion opposée ».

Brower a toutefois rétorqué que « cette conclusion mélange des affaires concernant des applications si diverses de la clause NPF que le fait de présenter ce point controversé dans la sentence est dépourvu de sens ». Brower se centre en revanche sur les tribunaux qui ont étudié la question dans des affaires impliquant les TBI argentins, et conclut que sur 11 affaires connues, 9 tribunaux ont conclu que la clause NPF concernait le règlement des différends. Le point est donc loin d'être « radicalement controversé » stipule Brower.

Domingo Bello Janeiro explique son changement d'avis

En se rangeant du côté de Dupuy, le président du tribunal, Janeiro s'est éloigné de sa position précédente dans la décision de 2004 sur la compétence dans l'affaire *Siemens A.G. v. Argentine*. Dans cette décision, le tribunal – qui incluait également le juge Brower – avait conclu à l'unanimité que la disposition NPF du TBI Argentine-Allemagne s'étendait au règlement des différends.

Dans une opinion distincte, Janeiro explique donc son changement d'avis, notant dès le début que les arbitres ont la liberté de changer d'avis. Janeiro affirme que trois facteurs ont particulièrement influencé sa décision.

D'abord, la jurisprudence était plus variée, et incluait des affaires naissantes, et critiquant la position adoptée par le tribunal de l'affaire *Siemens*. Janeiro remarque que le tribunal *Wintershall*, qui a unanimement décidé de rejeter sa compétence dans une affaire au titre du TBI Argentine-Allemagne, a été particulièrement convaincant.

Ensuite, quelques États, dont l'Argentine, ont depuis cherché à clarifier le fait qu'ils ne désiraient pas que la clause NPF inclue le règlement des différends.

Finalement, des analyses plus complexes ont vu le jour depuis l'affaire *Siemens*. Le « tribunal de l'affaire *Siemens* n'a pas analysé différents points qui ne sont pas abondamment ni soigneusement examinés par cette sentence.. », affirme Janeiro.

Autres points de compétence

Si les questions NPF et du règlement des différends préoccupaient le tribunal, celui-ci a également dû examiner quatre autres objections à sa compétence, toutes rejetées après examen.

Premièrement, l'Argentine affirmait que le différend était de nature contractuelle, et devait être réglé conformément à la clause de sélection du forum des contrats en question. Le tribunal a toutefois conclu que la demande de DFS ne concernait pas des contrats passés avec ses clients, mais la supposée violation par l'Argentine du TBI Argentine-Allemagne.

Deuxièmement, l'Argentine prétendait qu'en tant qu'actionnaire de DCS Argentine, le demandeur n'était pas autorisé à présenter une demande « indirecte » contre l'Argentine. Le tribunal a toutefois noté que la couverture des investissements par le TBI incluait « les actions ou parts détenues dans une entreprise ou toute autre forme de participation dans une entreprise ».

Troisièmement, l'Argentine arguait que la régulation de sa monnaie suite à une urgence nationale « est une question relevant de sa souveraineté exclusive au titre du droit international ». En réponse, le tribunal a reconnu « le droit de l'Argentine à réguler son économie comme bon lui semble », mais a remarqué que la souveraineté générale n'était pas en cause dans le différend. Il s'agissait plutôt de savoir si cette régulation allait à l'encontre des engagements pris au titre du TBI Argentine-Allemagne.

Finalement, l'Argentine avançait que DFS n'était pas le demandeur approprié, puisqu'elle avait vendu ses parts dans DCS Argentina à sa maison-mère, DaimlerChrysler AG. Sur ce point, le tribunal a déterminé que ni le droit international ni la législation allemande (qui régit l'accord relatif au prix des actions) n'interdisait à DFS de formuler sa demande. S'appuyant sur la législation allemande, le tribunal a conclu que le droit à présenter une demande n'était pas automatiquement transféré avec les actions, mais devait être explicitement mentionné dans l'accord. Le tribunal a également décidé que les demandes du CIRDI n'avaient pas besoin de « propriété continue », et que ce qui était important était plutôt que le demandeur avait été affecté au moment où le gouvernement d'accueil aurait violé le TBI.

Les coûts

Le tribunal a ordonné aux Parties de se partager les coûts de l'arbitrage, et de payer leurs propres frais juridiques, remarquant que chacune des Parties avait présenté des arguments juridiques forts tout au long de la procédure.

La décision est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf>

L'opinion divergente de Charles N. Brower est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1083.pdf>

L'opinion distincte de Domingo Bello Janeiro est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1084.pdf>

Un tribunal qualifie les actions de la Russie envers Yukos d'expropriation *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Velores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A., ALOS 34 S.L. c. la Fédération de Russie, CCS Larisa Babiy*

Un tribunal de la CCS a ajouté une nouvelle pièce à la saga Yukos, se prononçant dans les demandes des actionnaires minoritaires de l'entreprise, présentées au titre du TBI Espagne-URSS. Les demandeurs prétendaient que la Russie avait dépossédé Yukos

de ses actifs et les avait expropriés à travers différents abus du pouvoir exécutif et judiciaire. La Russie considérait, elle, ses actions envers Yukos comme reflétant l'application légitime de sa législation fiscale.

Dans sa décision du 20 juillet 2012, le tribunal a d'abord observé que son mandat se limitait à établir si la Russie avait commis une expropriation et si une compensation adéquate avait été payée aux investisseurs. En fait, le TBI ne demande aucune détermination du caractère légal ou illégal de l'expropriation.

Le tribunal a pris note des décisions rendues suite à la liquidation de Yukos, à savoir les sentences des affaires *RosInvest* et *Yukos v. Russie* rendues par la Cour européenne des droits de l'homme. Le panel a souligné qu'il n'était pas lié par ces décisions. Il a toutefois précisé qu'il prêterait « une attention respectueuse » aux analyses et conclusions des deux procédures, considérant que les deux Parties du présent différend avaient formulé des communications concernant leur pertinence pour l'affaire.

Le financement d'un tiers ne constitue pas un abus de pouvoir

La Russie affirmait que les demandeurs avaient commis un détournement de procédures après avoir révélé que les coûts de la procédure étaient entièrement supportés par Group Menatep, l'actionnaire majoritaire de Yukos et Partie à un autre arbitrage contre la Russie. Le pays prétendait que les demandeurs n'étaient pas une Partie réellement intéressée par la procédure, et n'étaient « rien de plus que des complices consentants dans l'arbitrage d'une vie du Group Menatep ».

Le tribunal a jugé cette objection peu convaincante. Il a considéré que les demandeurs avaient acheté les parts dans Yukos et avaient donc le droit d'agir au titre du TBI. Il a conclu qu'ils n'avaient envers Menatep « rien de plus qu'une dette morale de gratitude » et pas d'obligation légale de partager les fruits du différend.

La perception par la Russie d'impôts sur la part de Yukos faisait partie d'un mécanisme d'expropriation

En 2003, le Ministère des impôts a lancé une série d'audits de la stratégie fiscale de Yukos. Un premier audit régulier n'a révélé aucune irrégularité. Toutefois, sept mois plus tard, un nouvel audit extraordinaire a mis au jour d'importants arriérés d'impôts. Les avantages fiscaux de Yukos ont ensuite été révoqués et des impôts supplémentaires, incluant les recettes de ses entreprises apparentées, lui ont été imposés. Yukos s'est également vu refuser le remboursement de la TVA auquel ont droit les autres sociétés de commerce.

Les demandeurs prétendaient que les demandes fiscales russes n'avaient pas de fondement juridique. Toutefois, la Russie a rétorqué que la stratégie d'optimisation fiscale de Yukos, basée sur l'utilisation d'affiliés intermédiaires établis dans des juridictions à faible fiscalité, était illégale. Le pays a affirmé que l'entreprise avait violé son obligation de bonne foi, se livrant à des transactions fausses et atteignant des bénéfices fiscaux disproportionnés par rapport aux investissements réalisés dans les paradis fiscaux nationaux.

Le tribunal n'a pas été convaincu par les arguments russes. Il a reconnu que l'existence de régions à faible fiscalité en Russie supposait divers problèmes politiques, mais stipule que les corrections menant à un régime légal devaient être apportées par des amendements législatifs, et non pas « déterminées de manière administrative au coup par coup ».

Le tribunal n'était pas non plus enclin à examiner l'engagement de Yukos dans de fausses transactions, ne considérant pas ces opérations « secrètes » ou « cachées ». L'approche utilisée par les autorités fiscales pour attribuer les actions des entreprises apparentées à Yukos a été rejetée et qualifiée de « plutôt cavalière », « tentative d'utiliser le texte juridique général le plus proche pour sauver les apparences ».

La Russie a intentionnellement empêché Yukos de s'acquitter de sa dette

Les demandeurs soutenaient que la Russie avait tout fait pour

empêcher Yukos de s'acquitter de ses arriérés d'impôts supposés. Ils arguaient que la Russie n'avait examiné aucune proposition alternative de paiement et avait plutôt choisi de saisir Yuganskneftegaz (YNG), le principal actif de Yukos. Pour les demandeurs, la Russie souhaitait en réalité, non pas percevoir les impôts de Yukos, mais obtenir le contrôle d'YNG.

La Russie affirmait que la saisie n'affectait pas la capacité de Yukos à remplir ses obligations fiscales. Les actifs gelés n'incluaient pas les filiales de l'entreprise et n'affectaient pas sa principale activité. Yukos ne voulait tout simplement pas payer.

Le tribunal a observé qu'une saisie, en elle-même, n'est pas un acte intentionnellement illicite. Il a toutefois considéré que le moment de sa survenue ainsi que son ampleur prévenait substantiellement Yukos de payer ses dettes. En outre, l'absence de réponse aux multiples offres de règlement présentées par l'entreprise jetait d'importants doutes sur la bonne foi du pays.

La prétendue délinquance fiscale de Yukos était un prétexte pour transférer ses actifs à RosInvest

Suite au gel de ses actifs, Yukos n'a pas réglé les échéances d'un emprunt émis par un consortium étranger ; aussi, le consortium a émis une demande de banqueroute aux tribunaux russes. Une fois la demande acceptée, Rosneft, une entreprise étatique, a acheté l'emprunt et remplacé le consortium dans la procédure de banqueroute. Les propositions de restructuration de Yukos ont été rejetées et l'entreprise liquidée.

Les demandeurs maintenaient que la Russie avait manipulé les enchères de la liquidation. Le prix avait été fixé en-dessous du prix établi par l'expert nommé par le tribunal. L'enchère a été annoncée publiquement avec un préavis inhabituellement court. Finalement, le seul enchérisseur et gagnant de l'enchère était BFG, une entreprise inconnue, qui, quelques jours plus tard, et avant la date limite de règlement de l'acquisition, a été achetée par Rosneft.

La Russie a objecté en stipulant que l'enchère avait été conforme à la loi russe et à la pratique internationale, mais le tribunal a conclu qu'elle faisait elle aussi partie du mécanisme de confiscation.

Le tribunal a finalement déterminé que l'objectif de la Russie était bel et bien d'exproprier Yukos et a considéré que les demandeurs avaient droit à une compensation adéquate.

La Russie doit « payer pour ce qu'elle a pris »

À l'heure d'évaluer le montant de la compensation, les arbitres ont exprimé des doutes quant à la date choisie par les demandeurs pour déterminer le dernier cours significatif de l'action de Yukos. Cependant, puisque la Russie n'a présenté aucune alternative, le tribunal a suivi l'approche des demandeurs et a ordonné à la Fédération de « simplement payer ce qu'elle avait pris », ce qui représente 2 million USD plus les intérêts à titre de dommages et intérêts pour les demandeurs. En novembre 2007, la valeur totale de Yukos était de 62,1 milliards USD.

Dans le même temps, la Russie continue de se défendre dans trois affaires distinctes présentées par les actionnaires majoritaires de Yukos, et toutes entendues par le même tribunal.

Le tribunal était composé de Jan Paulsson (président), de Toby Landau (désigné par la Russie) et de Charles Brower (désigné par les demandeurs).

La Macédoine a été reconnue responsable des dommages résultant de la violation de la norme TJE *Swisslion DOO Skopje c. l'ancienne République yougoslave de Macédoine, Affaire CIRDI n° ARB/07/5*
Patricia Ngochua

Un tribunal du CIRDI a ordonné à la République de Macédoine de payer 350 000 euros à l'investisseur suisse Swisslion DOO Skopje à titre de dommages et intérêts après avoir conclu que les actions du gouvernement représentaient une violation « composite » du traitement juste et équitable (TJE) au titre du TBI Suisse-Macédoine.

Dans sa décision du 6 juillet 2012, le tribunal a rejeté une série d'autres demandes, notamment des demandes concernant l'expropriation et le déni de justice. Le demandeur cherchait à obtenir plus de 21 millions d'euros en dommages et intérêts.

Le différend est né d'un accord de 2006 relatif à la vente d'actions, accord passé entre Swisslion et la Macédoine, qui a donné à l'investisseur suisse une participation majoritaire dans Agroplod AD Resen, une entreprise de produits alimentaires.

Le Ministère macédonien de l'économie a conclu que Swisslion avait violé l'accord, en partie parce qu'elle n'avait pas injecté suffisamment de fonds de roulement dans Agroplod. Aussi, le Ministère a entamé une procédure juridique en 2008 afin de résilier l'accord.

Le tribunal de première instance de Skopje s'est finalement rangé du côté du Ministère, résiliant l'accord de vente d'actions et ordonnant le transfert des parts des Swisslion dans Agroplod au Ministère, sans compensation pour l'entreprise suisse.

Une « action composite » violant la norme TJE

À l'heure d'examiner si le gouvernement de Macédoine avait violé son obligation d'offrir à Swisslion un traitement juste et équitable, le tribunal s'est abstenu de discuter en détails son approche pour l'interprétation de la norme. Le tribunal a en effet jugé que « cela n'était pas nécessaire d'entamer une longue discussion sur la norme de traitement juste et équitable », stipulant que « la norme garantit principalement que l'investisseur étranger n'est pas traité de manière injuste, conformément aux circonstances environnantes, et c'est un moyen de garantir la justice aux investisseurs étrangers ».

S'appuyant sur cette approche, il a conclu que la Macédoine avait violé la norme TJE, faisant référence à des actions et omissions du Ministère et d'autres organes étatiques préalables à la décision du tribunal. Celui-ci a observé qu'il y avait une « série de mesures qui, collectivement, représentaient une action composite violant la norme TJE ».

Notamment, le tribunal a désapprouvé l'absence de réponse rapide de la Macédoine aux requêtes de Swisslion visant à confirmer que ses investissements étaient conformes à l'accord de vente d'actions ; il a également critiqué certaines actions obstructionnistes prises par la Commission des opérations de bourses de Macédoine, ainsi que la publication par le Ministère de l'intérieur d'une enquête criminelle contre Swisslion sans notification ultérieure de la décision du procureur d'abandonner l'enquête.

Le tribunal a souligné que si le Ministère et le tribunal de première instance avaient le droit de déterminer le non-respect contractuel de Swisslion, l'État a « l'obligation de traiter justement l'investisseur en travaillant avec lui, notamment en l'avisant des préoccupations au sujet de son investissement si celui-ci ne respecte pas les obligations contractuelles de l'investisseur ».

Pas d'expropriation judiciaire

Le tribunal a rejeté la demande de Swisslion selon laquelle le tribunal de première instance de Skopje avait illégalement exproprié ses parts dans Agroplod sans compensation, soulignant que l'un des prédicats de l'expropriation judiciaire est « une activité illégale du tribunal lui-même ». Au sens du tribunal arbitral, les actions du tribunal de première instance de Skopje ne violaient pas le TBI Suisse-Macédoine et n'étaient donc pas illégales.

Pour ce qui est de savoir si la décision du tribunal de ne pas ordonner au Ministère de payer une compensation à Swisslion pour la confiscation de ses parts dans Agroplod représentait une expropriation, le tribunal remarqua que Swisslion n'était pas en mesure de démontrer un droit clair à récupérer le prix d'achat des parts car l'entreprise n'a réclamé, à aucun moment, une compensation au cours de la procédure.

Pas de violation de la clause parapluie et pas d'analyse de « l'empêchement suite à des mesures irraisonnables »

Lors de l'établissement des faits, le tribunal a noté que des ambiguïtés dans le plan d'affaires de Swisslion pour Agroplod et dans l'accord de vente d'actions « pouvaient donner lieu à des interprétations de bonne foi mais divergentes » par les Parties au contrat. Aussi, le tribunal a rejeté la demande de Swisslion concernant la violation par la Macédoine de la clause parapluie du TBI Suisse-Macédoine. Cette clause exige que chacune des Parties au contrat « garantisse constamment le respect des engagements qu'elle a souscrit concernant les investissements des investisseurs de l'autre partie au contrat ».

Se basant sur l'obligation de « non-empêchement » incluse dans le TBI Suisse-Macédoine, le tribunal a également rejeté la demande de Swisslion selon laquelle la Macédoine avait empêché ses investissements par « des mesures irraisonnables » après avoir conclu qu'elles étaient mieux traitées dans le contexte de la violation de la norme TJE.

Le tribunal était composé de S.E. le Juge Gilbert Guillaume (président), de Daniel M. Price (désigné par le demandeur) et de J. Christopher Thomas, Q.C. (désigné par le défendeur).

La décision est disponible sur : <http://italaw.com/cases/documents/1517>

Un tribunal défère une affaire aux tribunaux guatémaltèques car il considère que les demandes d'un investisseur concernant les tarifs de l'électricité ne relève pas du droit international Iberdrola Energia S.A. c. la République du Guatemala, Affaire CIRDI n° ARB/09/5 Fernando Cabrera

Un tribunal du CIRDI a rejeté la demande sur le fond d'un investisseur espagnol contre le Guatemala concernant la fixation des tarifs de l'électricité.

Dans une décision rendue le 17 août 2012, le tribunal décrivait les demandes de l'investisseur comme représentant une simple insatisfaction des décisions rendues par les tribunaux locaux et ne représentant pas une violation du droit international.

Contexte

En 1998, l'entreprise espagnole d'énergie Iberdrola, était à la tête d'un consortium qui a remporté un marché public pour l'achat d'une participation majoritaire dans l'entreprise nationale d'électricité guatémaltèque récemment privatisée EEGSA, pour 520 millions USD. Au titre de l'accord et de la législation guatémaltèque pertinente, les tarifs de l'électricité devaient être fixés tous les cinq ans sur la base d'une estimation de ce qu'une entreprise bien gérée aurait besoin pour avoir un retour raisonnable sur investissement.

Le différend est survenu au cours du processus de fixation des tarifs pour la période 2008-2013. Conformément à la loi du pays, EEGSA a engagé un consultant d'une liste d'entrepreneurs pré-qualifiés par la Commission nationale de l'électricité du Guatemala (CNEE) afin de déterminer les nouveaux tarifs. En avril 2008, un rapport sur les tarifs a été soumis à la CNEE, mais celle-ci l'a rejeté, le jugeant déficient, et demandait sa révision.

Après plusieurs allers-retours, les deux Parties n'ont pas été capables de se mettre d'accord et la CNEE a donc mandaté un comité d'expert pour qu'il détermine si le rapport amendé était conforme à la loi. Le comité composé de trois experts a finalement conclu que le rapport d'EEGSA n'était pas conforme à la loi, et a ordonné une nouvelle révision du rapport.

Toutefois, la CNEE a rapidement dissout le comité, arguant qu'au titre de la législation nationale, son rôle était simplement de déterminer si le rapport sur les tarifs était conforme à la loi. Le rapport sur les tarifs d'EEGSA ayant été rejeté, la CNEE a adopté l'étude des prix menée par son propre consultant pour fixer les tarifs.

Iberdrola a remis en cause à la fois la dissolution du comité et l'adoption des tarifs par le consultant de la CNEE à travers des procédures administrative et judiciaire au Guatemala. Les tribunaux guatémaltèques ont finalement déterminé que le comité d'expert

n'avait compétence que pour déterminer si le rapport du consultant d'EEGSA était conforme à la loi, et que la CNEE avait le droit de dissoudre ce comité et d'adopter le rapport de son propre consultant.

Les demandes

Après n'avoir pas obtenu gain de cause dans les tribunaux locaux, Iberdrola a fait enregistrer son différend auprès du CIRDI le 17 avril 2009. La principale demande de l'entreprise était que les actions du Guatemala représentaient une expropriation de son investissement, violant le traité bilatéral d'investissement Guatemala-Espagne. L'entreprise avançait également des violations des obligations du Guatemala au titre du TBI, d'offrir un traitement juste et équitable, la protection et la sécurité intégrales, et de ne pas interférer avec son investissement par le biais de mesures arbitraires. Dans son contre-mémoire, l'entreprise ajoutait également le déni de justice.

Le Guatemala s'est opposé à la compétence du tribunal, affirmant que le différend était de nature contractuelle et impliquait le droit guatémaltèque, et ne représentait pas une violation du traité.

La compétence

Le tribunal a accepté les objections du Guatemala concernant la compétence pour la plupart des points, concluant que l'entreprise faisait simplement appel de décisions rendues par les tribunaux locaux et ne lui étant pas favorables.

« En plus de présenter les actions de la CNEE comme des violations du traité, le demandeur n'a pas présenté de différend au titre du traité et du droit international, mais plutôt un débat technique, financier et juridique concernant les dispositions de la loi de l'État défendeur », a affirmé le tribunal.

Il a ajouté que « un tribunal constitué au titre du traité ne peut déterminer s'il a compétence pour juger, conformément au droit international, l'interprétation qu'un État fait de ses réglementations internes simplement parce que l'investisseur n'est pas d'accord avec celles-ci ou les considère arbitraires ou en violation du traité ».

Demande relative au déni de justice

Le tribunal a conservé sa compétence pour examiner la demande relative au déni de justice, et il a affirmé : « Pour ce qui est de la demande relative au déni de justice, la question est différente. Même si seules des questions relevant du droit national sont soulevées, une demande internationale peut être formulée si la justice a été niée dans ce domaine national ».

Se basant sur des affaires précédentes, le tribunal a conclu qu'il existait trois situations qui pouvaient mener à un déni de justice : (i) un refus injustifié par un tribunal d'entendre une affaire relevant de sa compétence ou une autre action étatique ayant pour effet d'empêcher l'accès à la justice, (ii) un délai irraisonnable de la justice administrative, et (iii) des décisions ou actions d'organes étatiques clairement arbitraires, injustes, caractéristiques ou tardives.

Dans le cas d'Iberdrola, le tribunal a déterminé que les décisions de la CNEE et la confirmation postérieures de celles-ci par le système judiciaire guatémaltèque n'entraient dans aucune de ces catégories, et qu'il n'y avait donc pas eu de déni de justice.

Les coûts

Étant donné que le demandeur avait perdu sur tous les points, le tribunal considéra qu'Iberdrola devait payer l'intégralité de ses propres frais ainsi que ceux du Guatemala.

La décision est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1081.pdf>

Ressources et événements

Ressources

International Arbitration Case Law (Jurisprudence en matière d'arbitrage international)

Ce site Internet est une initiative universitaire privée, à but non lucratif, en partenariat avec l'École d'arbitrage international, du Centre d'étude sur le droit commercial, qui dépend de l'Université Queen Mary de Londres. Il vise à résumer, éditer et coordonner la publication des décisions rendues par les tribunaux arbitraux, les tribunaux internationaux et nationaux dans les affaires d'arbitrage international et les affaires juridiques y relatives. Au début, ce projet se concentrera principalement sur l'arbitrage international en matière d'investissement. Ce projet universitaire cherche aussi à éliminer les obstacles linguistiques afin de faciliter l'accès au contenu des décisions rendues dans différentes langues par les tribunaux nationaux et internationaux. www.internationalarbitrationcaselaw.com

Comment mettre fin à un TBI sans y laisser sa peau : défis juridiques et politiques liés à la dénonciation ou à la renégociation des traités bilatéraux d'investissement

Federico Lavopa, Lucas E. Barreiros, María Victoria Bruno, Society of International Economic Law (SIEL), 3e conférence biennale mondiale, 9 juillet 2012

Les réactions négatives contre les interprétations coûteuses des principaux domaines du droit international des investissements par les tribunaux arbitraux ont entraîné une foule de stratégies, principalement mises en œuvre par les pays en développement, et visant à s'éloigner du système. Cela passe par la dénonciation de la Convention du CIRDI et le retrait du consentement à l'exercice de compétence par d'autres organes arbitraux, et par la dénonciation de Traités bilatéraux d'investissement auxquels les pays sont Parties. Ces initiatives visent à réduire la vulnérabilité juridique de ces pays vis-à-vis des demandes internationales présentées aux tribunaux arbitraux, soit en privant les investisseurs internationaux d'un forum auprès duquel ils peuvent faire valoir leurs demandes, soit en éliminant complètement leurs droits au titre des traités. Cet article se concentre sur ces stratégies et avance qu'aucune d'entre elles ne produit les effets désirés, en tout cas à court terme. Il remarque que les TBI incluent des mécanismes d'auto-défense, notamment la clause de la Nation la plus favorisée (NPF), la reconduction tacite et les « clauses de survie », qui reportent, ou rendent la réalisation de ces stratégies de sortie impossible. Dans ce contexte, l'article suggère que les pays en développement feraient peut-être mieux de mettre en œuvre une stratégie de renégociation de leurs TBI. Disponible sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2102683

La gouvernance mondiale des flux de capitaux : nouvelles opportunités, défis persistants

Kevin Gallagher, Institut de recherche sur l'économie politique, Université de Massachusetts Amherst, mai 2012

La mobilité internationale des capitaux a longtemps été associée aux crises bancaire et financière. Les statuts du Fonds monétaire international incluent des règles multilatérales régissant les flux mondiaux de capitaux. Pour certains pays, notamment les pays en développement, les statuts du FMI restent un cadre fondamental duquel ils tirent leur autorité pour réglementer les flux transfrontaliers de capitaux. Pour d'autres, ces règles ont été partiellement supplantées par de récents accords commerciaux et d'intégration économique. Aussi, ce qui était considéré comme un régime de « décentralisation coopérative » est devenu une mosaïque de structures de gouvernance incohérentes et chevauchantes, qui représente des défis significatifs pour les nations tentant de réglementer les flux mondiaux de capitaux au nom de la croissance et de la stabilité. Cet article retrace l'histoire de la gouvernance des flux mondiaux de capitaux et présente un cadre permettant de comprendre les trois étapes distinctes de la gouvernance moderne des capitaux mondiaux. Ce cadre souligne la manière dont le pouvoir, les intérêts, les idées et les institutions interagissent et façonnent chacune de ces étapes dans différentes combinaisons qui entraînent une variété de résultats. Dans cette perspective, de nombreux défis demeurent pour atteindre une gouvernance efficace des flux mondiaux de capitaux. Disponible sur : <http://www.peri.umass.edu/236/hash/5177c19e45bd73aaf9ae065db58a72cb/publication/512/>

Terres arables et eau : la Chine investit à l'étranger

Carin Smaller, Wei Qiu, Yalan Liu, Institut international du développement durable, 2012

La Chine investit massivement dans l'agriculture à l'étranger et figure maintenant au troisième rang mondial des investisseurs étrangers dans

l'agriculture, derrière les États-Unis et le Canada. Si la Chine dispose d'une importante agriculture nationale, il y a certaines marchandises que le pays ne produit pas en quantités suffisantes, et qui sont nécessaires pour les secteurs de l'agro-industrie, de l'industrie et de l'énergie. Cet article étudie comment la Chine garantit son approvisionnement en ces produits à travers le commerce et l'investissement. Ce qui est important c'est que sa politique passe d'une stratégie basée sur la dépendance au commerce mondial à une stratégie basée sur l'investissement direct à l'étranger, notamment grâce à l'acquisition d'importantes étendues de terres arables et des ressources en eau associées. Les auteurs ont trouvé des rapports sur 86 projets agricoles chinois représentant 9 millions d'hectares de terres dans les pays en développement. Ils ont pu par ailleurs confirmer l'existence de 55 projets représentant 4,9 millions d'hectares. Disponible sur : <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=1687>

Événements 2012

20 Octobre – 7 Novembre

COURS RÉGIONAL SUR LES PRINCIPAUX POINTS DU PROGRAMME ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL POUR L'ASIE OCCIDENTALE, CNUCED, SULTANAT D'OMAN, [HTTP://UNCTAD.ORG/EN/PAGES/MEETINGDETAILS.ASPX?MEETINGID=77](http://UNCTAD.ORG/EN/PAGES/MEETINGDETAILS.ASPX?MEETINGID=77)

Octobre 29-31

SIXIÈME FORUM ANNUEL DES NÉGOCIATEURS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT, IIDD, PORT D'ESPAGNE, [HTTP://WWW.IISD.ORG/INVESTMENT/DCI/](http://WWW.IISD.ORG/INVESTMENT/DCI/)

Novembre 2-4

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

Novembre 14-15

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

Novembre 19-23

ATELIER SUR LES POLITIQUES INTERNATIONALES D'INVESTISSEMENT, LES STRATÉGIES DE PROMOTION DE L'INVESTISSEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT DURABLE POUR LES PAYS AFRICAINS MEMBRES DE LA BID, CNUCED, Casablanca, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=157>

26 Novembre – 7 Décembre

ATELIER DE FORMATION : ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT ET ARBITRAGE INVESTISSEUR-ÉTAT, Institut du droit international Washington, <http://www.ili.org/training/ili-brochure/upcoming-programs-and-events/282-2012-international-investment-agreements-and-investor-state-arbitration.html>

Décembre 3-9

ATELIER DE FORMATION À L'INTENTION DES PAYS D'AMÉRIQUE LATINE SUR LA NOUVELLE GÉNÉRATION DES POLITIQUES D'INVESTISSEMENT : GÉRER LES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT, CNUCED, Quito, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=163>

Décembre 10-11

Conférence 2012 sur l'arbitrage internationale à Maurice, Conseil de l'investissement de Maurice, Port Louis, <http://www.miac.mu/>



© 2012 Institut international du développement durable (IIDD)

Publié par l'Institut international du développement durable

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

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

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

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

Pour souscrire à ITN Quarterly, veuillez vous rendre à la page : https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english

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

Tel: +41 22 917-8748
Fax: +41 22 917-8054
Email: dvis-dunbar@iisd.org