



UN JOURNAL EN LIGNE SUR LE DROIT ET LA POLITIQUE DES INVESTISSEMENTS DANS LA PERSPECTIVE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

NUMÉRO 2. VOLUME 12. JUIN 2021



**Les négociations en ligne : les enseignements tirés d'une enquête menée auprès des négociateurs de l'initiative de déclaration conjointe et de la CNUDCI**

Taylor St John et Zoe Williams



**Entretien avec Nicolás Perrone à propos de l'ouvrage *Les traités d'investissement et l'imagination juridique : les investisseurs étrangers jouent selon leurs propres règles***

Nicolás M Perrone



**Les clauses de stabilisation et leurs conséquences sur les droits humains et l'égalité des sexes**

Sangwani Patrick Ng'ambi



**La réforme du Traité sur la charte de l'énergie : en quoi le retrait est-il une option ?**

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Lukas Schaugg et Amandine Van den Berghe





# Sommaire

<b>ARTICLE 1</b> Les négociations en ligne : les enseignements tirés d'une enquête menée auprès des négociateurs de l'initiative de déclaration conjointe et de la CNUDCI.....	4
<b>ARTICLE 2</b> Entretien avec Nicolás Perrone à propos de l'ouvrage <i>Les traités d'investissement et l'imagination juridique : les investisseurs étrangers jouent selon leurs propres règles</i> .....	9
<b>ARTICLE 3</b> Les clauses de stabilisation et leurs conséquences sur les droits humains et l'égalité des sexes.....	15
<b>ARTICLE 4</b> La réforme du Traité sur la charte de l'énergie : en quoi le retrait est-il une option ? .....	19
<b>NOUVELLES EN BREF</b> .....	24
Des progrès dans les discussions structurées sur la facilitation de l'investissement.....	24
Le GTIII de la CNUDCI se retrouve pour discuter du Plan de travail et de ressources ; les observateurs de la société civile font part de préoccupations .....	24
Les perspectives relatives à l'Accord global sur les investissements Chine-UE sont incertaines, alors que le Parlement européen vote la suspension des efforts de ratification .....	25
Le point sur les différends européens dans le secteur de l'énergie .....	26
Le Canada publie son modèle 2021 d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers.....	26
<b>SENTENCES ET DÉCISIONS</b> .....	28
Le tribunal tranche en faveur des demandeurs dans un autre différend portant sur le secteur solaire espagnol ; l'arbitre à l'opinion divergente argue que le tribunal a toutefois surestimé le « droit de régler » de l'Espagne.....	28
<b>RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS</b> .....	32

## INVESTMENT TREATY NEWS

Institut international du développement durable  
Maison internationale de l'environnement 2  
9, Chemin de Balexert, 6e étage  
1219, Châtelaine, Genève, Suisse

Tel +41 22 917-8748  
Fax +41 22 917-8054  
Email [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)  
Twitter [iisd\\_news](https://twitter.com/iisd_news)

Directrice Principale du Groupe - Droit et Politique Économique  
Nathalie Bernasconi

Traduction Française  
Isabelle Guinebault

Directrice de publication  
Zoe Phillips Williams

Traduction Espagnole  
María Candela Conforti

Editrice, Version Française  
Suzy Nikièma

Attachée de presse et de communication  
Sofia Baliño

Editrice, Version Espagnole  
Marina Ruete

Nouvelles en Bref  
Cesar Henrique Arrais

Design (PDF)  
PortoDG



## LISTE D'ACRONYMES

<b>ACEUM</b>	Accord Canada–États-Unis–Mexique
<b>AECG</b>	Accord économique et commercial global
<b>AII</b>	Accord international d'investissement
<b>ALE</b>	Accord de libre-échange
<b>ALENA</b>	Accord de libre-échange nord-américain
<b>ANASE</b>	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
<b>CAE</b>	Communauté d'Afrique de l'Est
<b>CCI</b>	Chambre de commerce internationale
<b>CCS</b>	Chambre de commerce de Stockholm
<b>CE</b>	Commission européenne
<b>CEDEAO</b>	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
<b>CIRDI</b>	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
<b>CJUE</b>	Cour de justice de l'Union européenne
<b>CNUCED</b>	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
<b>CNUDCI</b>	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
<b>COMESA</b>	Marché commun de l'Afrique orientale et australe
<b>Convention CIRDI</b>	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États
<b>CPA</b>	Cour permanente d'arbitrage
<b>CVDT</b>	Convention de Vienne sur le droit des traités
<b>GATT</b>	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
<b>IDE</b>	Investissement direct étranger
<b>IISD</b>	Institut international du développement durable
<b>ITN</b>	Investment Treaty News
<b>NPF</b>	Nation la plus favorisée
<b>OCDE</b>	Organisation de coopération et de développement économiques
<b>ODD</b>	Objectifs de développement durable
<b>OIT</b>	Organisation internationale du travail
<b>OMC</b>	Organisation mondiale du commerce
<b>PPP</b>	Partenariat public-privé
<b>PTPGP</b>	Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste
<b>RCEP</b>	Partenariat économique régional global
<b>RDIE</b>	Règlement des différends investisseur-État
<b>RSE</b>	Responsabilité sociale des entreprises
<b>SADC</b>	Communauté de développement d'Afrique australe
<b>SJI</b>	Système juridictionnel des investissements
<b>TBI</b>	Traité bilatéral d'investissement
<b>TCE</b>	Traité sur la Charte de l'énergie
<b>TFUE</b>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<b>TJE</b>	Traitement juste et équitable
<b>TMI</b>	Tribunal multilatéral d'investissement
<b>UE</b>	Union européenne



## ARTICLE 1

# Les négociations en ligne : les enseignements tirés d'une enquête menée auprès des négociateurs de l'initiative de déclaration conjointe et de la CNUDCI

Taylor St John et Zoe Williams



Après la déclaration de la pandémie en début d'année 2020, les grandes négociations mondiales sont passées en ligne. Si les négociations et discussions virtuelles constituaient une nécessité immédiate au regard des circonstances, il se peut qu'elles perdurent après la pandémie, compte tenu de l'urgence climatique et de la tendance à long-terme en faveur de la tenue de plus de réunions en ligne, et de notre plus grande dépendance à l'égard des technologies numériques.

Les négociations en ligne représentent de nouveaux défis pour les représentants gouvernementaux, mais aussi de nouvelles opportunités. Pour mieux comprendre les conséquences de ce passage en ligne, nous avons sondés les négociateurs impliqués dans deux processus en cours : « les discussions structurées » de l'initiative de déclaration conjointe sur la facilitation de l'investissement menées par un groupe de pays membres de l'OMC, et les travaux du GTIII de la CNUDCI sur la réforme du RDIE. Nous avons demandé aux représentants gouvernementaux quels étaient les difficultés liées aux négociations et discussions en présentiel et en ligne qu'ils rencontraient ; comment ils se préparaient à ces deux types de réunions ; qui prenait part aux négociations en présentiel et en ligne et s'il y avait une différence ; les changements dans la communication et dans la conduite des négociations avec le passage en ligne ; leurs opinions générales sur les avantages et les inconvénients des négociations

virtuelles ; et quels étaient les arrangements préférés par les délégués pour l'avenir. Cet article est tiré d'un article plus long présentant les résultats de l'enquête d'opinion, qui a également servi de base à un webinaire organisé par IISD.

En résumé, nous pouvons conclure que si le « contour » lui-même des négociations n'a pas drastiquement changé avec le passage en ligne, l'ensemble est devenu moins intense : les délégués perdent la possibilité de connaître leurs collègues, de discuter informellement, et de lire les réactions dans la salle. Si ces éléments intangibles peuvent sembler superficiels, ils sont en réalité essentiels à la recherche de compromis et de coopération qui sous-tendent les négociations multilatérales fructueuses. Par ailleurs, si l'on souhaite que les négociations en ligne soient inclusives et accessibles, il faudra répondre aux difficultés rencontrées par certaines délégations en termes de fuseaux horaires et de fiabilité de l'Internet.

## L'enquête

Nous avons envoyé cette enquête d'opinion aux répondants potentiels (les négociateurs participant aux processus de la CNUDCI et de l'initiative de la déclaration conjointe) qui pouvaient choisir de répondre à l'enquête en anglais, en espagnol ou en français. L'enquête a été envoyée à 171 négociateurs de pays en développement et à 16 négociateurs de pays de l'OCDE impliqués dans le processus à la CNUDCI. Nous avons reçu 45 réponses de ce groupe, soit un taux de retour de 26 %. Nous avons également envoyé l'enquête à 53 représentants de pays en développement impliqués dans le processus de l'initiative de la déclaration conjointe et avons reçu 18 réponses (soit un taux de réponse de 34 %). Nous avons reçu des réponses de délégués représentant 40 pays et trois organisations régionales, représentant tout un éventail de ministères et d'agences, notamment de l'économie et des finances, du commerce et de l'industrie, de l'investissement et de la promotion de l'investissement, des affaires étrangères, des bureaux du procureur et des équipes de défense



des différends liés à l'investissement, ainsi que de délégations permanentes auprès de l'OMC.

## Les obstacles à la participation

Nous avons d'abord demandé aux répondants s'ils connaissaient des obstacles à l'heure de participer aux négociations et réunions en présentiel, et si oui, quels étaient ces obstacles. Les options les plus fréquemment choisies étaient « fonds suffisants pour le voyage et le logement » (30 %), suivi de « obtention de l'approbation du ministère pour la voyage et la participation » et « être informé des réunions suffisamment à l'avance » (14 % chacun).

Les négociations et réunions en ligne semblent répondre à deux de ces préoccupations, mais le passage en ligne crée également de nouvelles difficultés. Les obstacles les plus souvent invoqués à la participation en ligne étaient les fuseaux horaires et « les priorités concurrentes au travail ». Bon nombre de délégués étaient tenus de réaliser leurs tâches quotidiennes tout en participant aux réunions puisqu'ils n'avaient pas voyagé pour se rendre aux réunions. Les difficultés techniques étaient également relativement fréquemment invoquées.

## Préparation et participation

Nous avons demandé aux répondants comment ils se préparaient pour les réunions et le temps approximatif imparti pour la préparation des réunions en présentiel par rapport aux réunions en ligne. Si les répondants indiquaient que la manière dont ils se préparaient pour l'une et l'autre ne différaient pas massivement, le temps imparti à la préparation des réunions en ligne étaient moindre – de beaucoup pour certains délégués.

Nous avons également demandé aux répondants si la même personne participait aux réunions en ligne ou en présentiel. Remarquons ici que 39 % des sondés ont indiqué que leur pays étaient plus susceptibles de prendre part à une négociation ou réunion en ligne plutôt qu'en présentiel, principalement en raison des coûts. La moitié des répondants a également indiqué que leur délégation était susceptible d'inclure des représentants de divers ministères. S'agissant d'autres aspects, tels que le sexe ou le niveau d'expérience, ils ont indiqué que leurs délégations en ligne ne devraient pas être différentes des délégations en présentiel.

## La communication avec les autres délégations

Au cours des négociations en présentiel, une part importante de la communication est réalisée en marge des débats officiels, puisque les négociateurs ont la possibilité de discuter de manière informelle pendant les pauses-café ou le déjeuner. Dans ces moments, ils partagent des informations précieuses et identifient quels sont leurs alliés potentiels. Ces discussions informelles existent-elles dans un espace virtuel ? Les délégués ont-ils trouvé des moyens de communiquer de manière informelle avec d'autres délégations pendant les réunions en ligne, et dans quelle mesure ?

La plupart des répondants ont indiqué que les discussions informelles avec les autres délégués et la rencontre de nouveaux représentants étaient des priorités élevées lors des réunions en présentiel. Nous avons demandé aux répondants de penser au moment où ils identifiaient les pays aux vues similaires et décidaient de coopérer. Près de la moitié d'entre eux ont affirmé qu'ils identifiaient les pays aux vues similaires et décidaient de coopérer avec eux au cours d'une pause-café ou d'une autre discussion informelle. D'après l'un des répondants, « les discussions au cours des pauses sont essentielles au processus de négociation », et sont « nécessaires pour coordonner les positions mais également pour « lire la salle », anticiper les problèmes, anticiper les changements de position, lire les réactions au moyen du langage corporel, ajuster les interventions au fur et à mesure ».

En vue d'obtenir un complément d'information, nous avons demandé si cette coopération aurait pu avoir lieu en ligne. La plupart des répondants impliqués dans le processus de la CNUDCI ont répondu que non, par exemple parce qu'il serait difficile d'identifier les délégués avec lesquels coopérer et de savoir comment les contacter. Selon les mots d'un répondant, « Non ! Les réunions virtuelles peuvent également être source de distraction puisque vous avez la possibilité de travailler sur d'autres tâches et vous êtes moins immergé dans la discussion/conversation. Par ailleurs, vous perdez l'opportunité de voir les gens, de faire un suivi direct avec d'autres pays sur certains points ou préoccupations, en particulier si les informations de contact ne sont pas facilement accessibles ».

Un autre répondant a également indiqué que le passage en ligne avait permis de mieux formaliser les



communications, puisque les délégations ont plus tendance à se fonder sur les positions écrites. Cela a pour effet de limiter les discussions des diverses possibilités, puisque « Lorsque vous mettez quelque chose par écrit, cela devient un précédent, et les États s'efforcent donc de ne mettre par écrit que leur position officielle. L'atteinte d'un consensus exige un espace sûr, permettant aux parties d'exprimer librement leurs nouvelles positions ou vues, en toute confiance ».

Si la plupart des répondants ont indiqué utiliser les courriels et les messages textes pour communiquer à la fois au cours des réunions en présentiel et en ligne, bon nombre d'entre eux ont remarqué qu'ils contactaient moins fréquemment les autres délégations depuis le passage en ligne.

En général, il semble que la communication pendant les discussions en ligne souffre de l'absence de ces éléments intangibles qui soutiennent des négociations effectives.

## La conduite des négociations

La passage en ligne a également modifié la conduite des négociations et des réunions. L'une des principales conclusions de l'enquête est que de nombreux répondants ont le sentiment de ne pas être en mesure de se concentrer pleinement, car ils sont tenus de réaliser d'autres tâches quotidiennes en parallèle. Comme l'a remarqué l'un des répondants, « dans les négociations virtuelles, l'attention des participants est partagée entre la réunion et ses activités, et le travail quotidien ». Près de la moitié des répondants ont en effet indiqué être moins concentré pendant les négociations virtuelles que lorsqu'ils sont physiquement présents.

Si la réalisation d'autres tâches en parallèle des négociations représente un défi, la présence de représentants gouvernementaux qui ne participeraient pas normalement aux négociations peut être à la fois positive et négative pour les délégués. D'un côté, la présence de représentants de haut-niveau peut avoir un effet paralysant sur les négociateurs, les incitant davantage à « prendre position » à l'intention des auditoires nationaux. D'un autre côté, les négociations virtuelles sont plus accessibles pour les représentants moins expérimentés, et peuvent représenter une opportunité d'apprendre. Cela semble être le cas au moins pour quelques délégations : environ la moitié de tous les répondants ont indiqué que cela ne changeait pas la personne choisie pour prendre la parole, tandis que l'autre moitié a répondu que les représentants moins expérimentés, les représentants basés dans la

capitale et/ou les femmes étaient plus susceptibles d'être choisis pour prendre la parole lorsque les négociations sont menées en ligne.

## Réflexions générales

Nous avons ensuite demandé aux répondants de faire part de leurs réflexions générales sur les différences liées au passage en ligne. Leurs réponses peuvent être regroupées en trois thèmes.

Le premier est que les négociations virtuelles limitent les opportunités d'avoir des discussions informelles. Plusieurs répondants en ont fait part, et l'un a indiqué « La différence la plus marquée est que les discussions informelles, qui sont très importantes, ont lieu de manière spontanée lors des négociations en présentiel, tandis que dans les négociations virtuelles, elles doivent être encouragées ». Un autre a observé que « il est plus simple de lancer la conversation » dans les réunions en présentiel.

**"La différence la plus marquée est que les discussions informelles, qui sont très importantes, ont lieu de manière spontanée lors des négociations en présentiel, tandis que dans les négociations virtuelles, elles doivent être encouragées."**

Les répondants ont également noté qu'il y avait moins d'opportunités, voire aucune, de connaître les autres négociateurs et de développer des relations avec eux. Les discussions semblent donc plus formelles ou « plus sérieuses », moins personnelles, et représenter « plus de travail ». L'un des répondants l'a dit clairement : « on ne peut pas développer de nouvelles relations dans les négociations virtuelles ».

Finalement, les répondants ont souligné qu'il y avait moins de temps pour les négociations. Par exemple, les sessions du GTIII de la CNUDCI ont été raccourcies de six à quatre heures par jour avec le passage en ligne, et les moments du déjeuner ou du dîner que les négociateurs pouvaient utiliser pour discuter les uns avec les autres ont également disparus.



## Les avantages et les inconvénients des négociations virtuelles

Nous avons également demandé aux répondants d'identifier les avantages et les inconvénients du passage en ligne. Le plus souvent, les répondants ont mentionné les moindres coûts comme étant un aspect positif, et corollairement, la possibilité d'étendre la participation. En effet, de nombreux répondants ont mentionné ces deux éléments conjointement, l'un d'entre eux l'exprimant de manière plutôt succincte : « Moins de dépenses, plus de délégués ».

D'un autre côté, l'absence de discussions informelles et la difficulté de développer des relations étaient considérées comme des inconvénients majeurs. Bon nombre des répondants ont expliqué en quoi ce type de contact fait partie intégrante de négociations réussies, soulignant l'importance d'apprendre à connaître les autres représentants pour développer la confiance, le partage d'informations et l'atteinte de compromis. Comme l'a expliqué l'un des répondants, « Les interactions sociales avec les autres délégués sont importantes. Ce n'est pas la même chose d'interagir avec eux tous les jours pendant les réunions en présentiel, et d'interagir à travers les plateformes en ligne. On n'a pas la touche personnelle des participants ». D'après les répondants, cela entraîne également une persuasion moindre « car il n'y a pas assez de moments pour convaincre les autres ou pour être convaincu », et moins de possibilités d'apprendre.

Par ailleurs, nombreux sont les délégués qui pensent qu'ils retirent moins d'informations d'une négociation virtuelle. Comme l'a indiqué l'un des répondants, « on comprend moins » et « le temps est très limité ». Cela s'explique en partie par l'absence de conversations informelles et l'incapacité de lire la salle, mais quelques répondants ont également remarqué que « les réunions virtuelles ont tendance à mettre les membres moins actifs sur la touche ».

Finalement, l'effet de la différence d'heure est également ressenti de manière inégale par les délégations, ce qui pourrait contribuer à un ensemble plus restreint d'intervenants dans les négociations virtuelles. Une poignée de répondants a indiqué que « la différence d'heure est le plus grand obstacle » ou « le principal inconvénient ».

## La voie à suivre

Pour conclure l'enquête, nous avons demandé aux répondants de réfléchir aux aspects des négociations virtuelles qui fonctionnent bien, et à la manière dont ils aimeraient que les négociations soient menées à l'avenir. Dans l'ensemble, les répondants pensaient que des étapes préliminaires ou précoces ainsi que des étapes plus techniques des négociations pouvaient être menées efficacement en ligne, tandis qu'il était préférable de réaliser l'élaboration des détails et l'atteinte de compromis des étapes postérieures en présentiel.

Finalement, s'agissant des négociations à plus long termes, nous avons demandé « Une fois que les réunions en personne seront à nouveau possibles, préféreriez-vous des négociations entièrement en personne, des négociations hybrides ou une poursuite des négociations virtuelles ? Pourquoi ? ». Les répondants prenant part aux discussions à la CNUDCI étaient partagés entre les négociations en présentiel et les négociations hybrides. Et tous les répondants prenant part aux discussions structurées de l'initiative de déclaration conjointe, sauf un, préféraient un type de négociation hybride (c'est-à-dire que certaines étapes seraient menées en ligne, et d'autres en présentiel). Aucun répondant n'a indiqué préférer la poursuite des négociations purement en ligne.

## Conclusions

Compte tenu de ce que l'enquête nous a appris, nous concluons l'article approfondi par une série de recommandations à l'intention des gouvernements, des délégués et des secrétariats quant à la manière de rendre les négociations virtuelles ou hybrides plus effectives. Elles incluent des suggestions concrètes, comme par exemple de veiller à ce que les délégués soient équipés d'écouteurs, de minimiser les distractions ou les priorités concurrentes de travail. Elles incluent également des suggestions plus expérimentales d'étapes qui pourraient permettre les contacts informels dans un environnement virtuel.

Nous mettons également en avant quelques considérations et mises en garde. Les négociations hybrides pourraient introduire un nouveau type d'inégalité en créant un système à deux niveaux, dans lequel certains gouvernements sont représentés dans la salle, tandis que d'autres ne participent



que virtuellement et sont mis à l'écart. Puisque les participants de certains pays sont susceptibles d'être vaccinés plus tôt ou d'être assujettis à des restrictions au voyage différentes, cela pourrait exacerber les inégalités existantes et saper l'inclusivité des négociations.

En outre, toutes les personnes impliquées dans les négociations devraient avoir conscience que les négociations hybrides ou virtuelles peuvent entraîner une dynamique différente. D'un côté, une plus grande participation et suivi des représentants expérimentés ou d'autres ministères pourraient entraver la discrétion des négociateurs, limitant leur capacité à atteindre des compromis. D'un autre côté, une participation plus large au sein des gouvernements pourrait élargir l'intérêt dans les négociations au sein du gouvernement et favoriser le soutien en faveur de ces négociations.

Au bout du compte, les négociations en ligne ou hybrides réduisent les coûts, financiers et environnementaux, des négociations internationales et les rendent plus accessibles. Il s'agit de bénéfices importants. Pourtant, dans le même temps, des éléments cruciaux de négociations fructueuses, tels que la possibilité de lire les expressions ou d'avoir des échanges informels, disparaissent avec le passage en ligne. Aussi, si l'on peut s'attendre à une hausse des négociations virtuelles, en termes de fréquence et d'importance, il est également important que les gouvernements réservent leur place aux futures réunions en présentiel.

## Auteurs

**Taylor St John** est professeure en relations internationales à l'Université de St Andrews. Elle prend part aux travaux du GTII de la CNUDCI en tant qu'observateur, représentant iCourts, de l'Université de Copenhague.

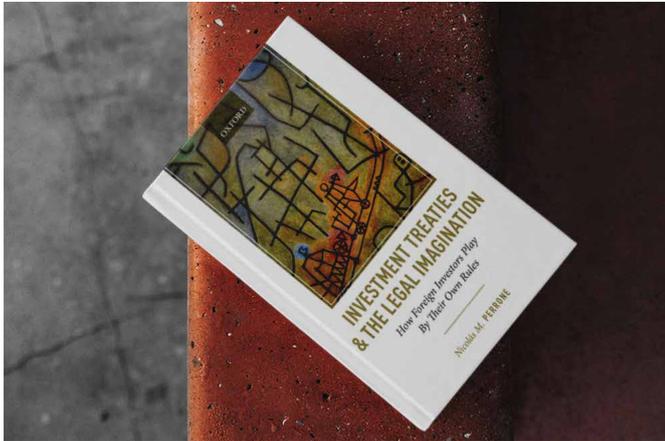
**Zoe Williams** est l'éditrice en chef de *Investment Treaty News*.



## ARTICLE 2

## Entretien avec Nicolás Perrone à propos de l'ouvrage *Les traités d'investissement et l'imagination juridique : les investisseurs étrangers jouent selon leurs propres règles*

Nicolás M Perrone



*Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play By Their Own Rules* (les traités d'investissement et l'imagination juridique : les investisseurs étrangers jouent selon leurs propres règles), l'ouvrage nouvellement paru de Nicolás Perrone sur le régime international des investissements, a été publié par Oxford University Press en avril 2021 (disponible uniquement en anglais). Celui-ci nous pousse à réfléchir à la manière dont les origines du régime, c'est-à-dire les personnes qui l'ont imaginé et les circonstances dans lesquelles ils l'ont fait, façonnent la manière dont il fonctionne aujourd'hui. Plus important, il met en lumière l'étroitesse de cette vision fondatrice, qui pousse aujourd'hui les praticiens à ignorer les aspects principalement sociaux et politiques des relations investisseurs-État. Zoe Williams, l'éditrice d'ITN, s'est entretenue avec le professeur Perrone au sujet des idées centrales de cet ouvrage, et voici leur conversation, légèrement modifiée.

### Qu'est-ce qui vous a poussé à écrire ce livre ? Quelles sont les lacunes dans nos connaissances du droit des investissements et du RDIE que vous cherchiez à combler ?

Le livre cherche à rassembler certaines des intuitions que j'entretiens depuis plus de dix ans.

D'abord, le débat autour du droit des traités d'investissement va au-delà des tensions entre les

droits de l'investisseur étranger et le droit de l'État de réglementer. Le fait de limiter la discussion à ces questions présuppose que ces droits se définissent par eux-mêmes ou sont faciles à interpréter. Toutefois, en réalité, les droits de propriété et contractuels sont des éléments centraux de l'organisation sociale, et leur interprétation est chargée d'enjeux. La question n'est pas seulement de savoir comment équilibrer ces droits ; il faut aussi savoir ce que l'on cherche à équilibrer. Par ailleurs, les relations de l'investissement étranger ne concernent pas uniquement les investisseurs et les États ; il y a aussi les États d'origine, les élites nationales et les communautés locales. Dans une large mesure, les investisseurs et les États (ou les élites nationales) travaillent souvent de concert pour faire avancer un projet. Donc le postulat selon lequel il y a toujours des tensions entre les États et les investisseurs étrangers est erroné.

Ensuite, la pratique du RDIE n'est pas le fruit du hasard, mais plutôt le résultat quelque peu attendu d'un projet d'acteurs multinationaux impliqués dans le secteur des ressources naturelles, notamment les investisseurs et leurs avocats. J'ai toujours eu des doutes quant à l'argument selon lequel le développement de la pratique du RDIE était imprévisible. En réalité, il existe une tendance interprétative remarquablement similaire qui remonte aux premières discussions sur les AII. C'est ce que j'appelle l'imagination juridique : la relation entre ces discussions juridiques et le projet de façonnement du monde de ces personnes. Abs, Shawcross<sup>1</sup>, Royal Dutch Shell, la CCI, l'Association américaine du barreau (ABA) et d'autres ont défini le canon de l'imagination, et nous continuons d'opérer selon ce canon.

<sup>1</sup> Hermann Abs, directeur of Deutsche Bank, et Hartley Shawcross, conseil général de Royal Dutch Shell, ont coécrit le « Projet de convention Abs-Shawcross sur les investissements à l'étranger » en 1959, qui présentait les normes de la protection des investissements que nous retrouvons aujourd'hui dans des milliers d'AII.



Le livre rassemble ces deux intuitions, faisant fond sur l'histoire, une analyse sociojuridique et la théorie juridique (le droit transnational, le droit de propriété), tout en essayant d'être fidèle à la pratique du RDIE et en représentant le domaine aussi honnêtement que possible.

**Vous avancez que la situation actuelle du régime international des investissements repose sur « un méta-langage du droit international des investissements toujours influent à l'heure actuelle ». Quels sont les éléments fondamentaux de ce méta-langage ? En quoi est-ce important de comprendre le droit international des investissements de ce point de vue ?**

C'est très important. Par imagination juridique, je veux dire que les entrepreneurs de la norme ont développé un vocabulaire spécifique, un méta-langage pour parler des relations de l'investissement étranger, et nous y sommes pris au piège. Évidemment ce vocabulaire n'est pas complètement nouveau ; les entrepreneurs de la norme ont fait fond sur les discussions de la fin du 19<sup>ème</sup> et début du 20<sup>ème</sup> siècles, les pratiques de l'empire légaliste des États-Unis et de ses investisseurs, et les principaux arbitrages internationaux de l'entre-deux-guerres.

Ce vocabulaire présente les relations de l'investissement étranger comme des transactions, plaçant les investisseurs et les États au même niveau, et normalisant la prémisse que les États accordent des mesures incitatives aux investisseurs, l'idée de risque politique et l'arbitrage comme voie de règlement des différends, et le fait que les AII peuvent attirer l'IDE. Mais les entrepreneurs de la norme n'ont jamais présenté de preuves empiriques en soutien de ces arguments, et certains des exemples d'actes gouvernementaux arbitraires qu'ils mettent en avant étaient en réalité des affaires où d'odieux investisseurs avaient payé des pots-de-vin et s'étaient immiscés dans les politiques nationales.

Rien de cela ne suggère que les États ne se conduisent jamais de manière arbitraire, mais l'essentiel des relations de l'investissement étranger montre que les investisseurs retirent des avantages et bénéficient d'un meilleur traitement que les investisseurs nationaux. Abs, Shawcross, et la CCI avaient pour objectif de convaincre les États d'offrir des mesures

incitatives, de s'appuyer sur leurs ressources naturelles pour développer leurs économies, et d'oublier l'industrialisation. Les dons réglementaires (les mesures incitatives largement définies) sont tout aussi pertinents pour le droit des traités d'investissement que les saisies réglementaires, mais nous avons choisi de n'aborder que ces dernières.

Selon ce métalangage, la manière dont les États veillent à ce que l'investissement étranger bénéficie au pays d'accueil, la manière dont nous veillons à une distribution équitable des bénéfices, des coûts et des risques, ou la manière dont nous gérons les capacités asymétriques de négociation sont obscurcies, ou ne sont plus pertinentes. Il cache également les conséquences de ne pas avoir l'épuisement des voies de recours internes, l'importance des prescriptions de résultats. En outre, ce métalangage rend la communauté locale invisible, et représente le site de l'investissement comme une sorte de terra nullius où vous ne trouvez qu'un investisseur étranger et un État capable d'accorder des licences.

**Votre histoire commence avec un groupe « d'entrepreneurs de la norme » dans les années 1950 et 1960. Quel était leur objectif ? Ont-ils obtenu ce qu'ils cherchaient ?**

Ces entrepreneurs de la norme étaient un groupe de financiers, d'avocats et de dirigeants d'entreprises européens et étasuniens, qui ont tiré la sonnette d'alarme après les nationalisations en Iran, en Indonésie et en Égypte. Shawcross prétendait que les États ne pouvaient pas exproprier s'ils s'étaient engagés à ne pas le faire au titre de contrats de concession, et que les États pouvaient renoncer à leur droit régalien par le biais de ces contrats. Sur ce point, les entrepreneurs de la norme ont perdu.

Mais ils étaient également préoccupés par le fait que les pays du Sud mondial pouvaient invoquer la doctrine de la réparation partielle, développée par d'influents avocats internationaux pendant l'entre-deux-guerres. L'on nous dit que les pays d'Amérique latine ont rejeté la formule de la réparation prompte, adéquate et effective, et que les États-Unis et l'Europe insistaient pour l'inclure. La réalité c'est que les pays européens ont nationalisé des secteurs entiers après la Deuxième Guerre Mondiale. C'était un exemple dangereux pour les investisseurs qui craignaient que les pays du Sud mondial ne s'en inspirent, comme cela s'est produit, par exemple, avec la nationalisation du cuivre chilien. Sur ce point, les entrepreneurs de la norme ont eu gain



de cause, et l'indemnisation dans la pratique du RDIE est généralement beaucoup plus élevée que dans les tribunaux nationaux.

Ils étaient également inquiets de la trop grande intervention des États dans l'économie. Ils ont donc défendu leurs notions juridiques d'expropriation indirecte et de protection des engagements (y compris la protection des attentes légitimes) pour discipliner ce type d'intervention. Cette manière de parler du droit des investissements est incroyablement proche de la pratique actuelle du RDIE.

**Vous écrivez « La propriété peut être enracinée dans des organisations sociales, politiques et économiques qui ne coïncident pas nécessairement avec les États... Les notions de privé et public expriment les tensions entre les droits des investisseurs étrangers et le droit des États de réglementer, mais ne parviennent pas à distinguer les tensions à cet autre niveau ». Pouvez-vous expliquer l'importance du niveau « local » dans votre analyse, et, comme vous le mentionnez, la manière dont le régime conçoit la « bonne » et la « mauvaise » propriété ?**

C'est là un point essentiel, et je pense que la littérature n'a pas prêté assez attention à l'enracinement. La tension privé-public n'est que l'une des dimensions de la situation dans les droits de propriété ou au titre d'un contrat. La tension mondial-local est une autre dimension pertinente. Comme pour la tension privé-public, il n'existe pas de définition ou de distinction claire, mais plutôt des arrangements qui ne sont jamais définitifs ou complètement pacifiques. Par le passé, j'ai fait l'erreur de parler des droits des investisseurs étrangers comme des droits sur les matières premières, comme s'ils n'étaient pas enracinés dans les relations sociales, mais ce n'est pas vrai. Les droits des investisseurs étrangers mettent en lumière les relations sociales transnationales au sein de l'entreprise, entre les entreprises, les élites capitalistes transnationales ou le marché mondial. Il y a donc un processus d'arrangement et de négociation entre les niveaux mondial, national et local. Les droits des investisseurs étrangers comportent toujours une dimension mondiale et locale, ainsi qu'une dimension privée et publique.

**"La tendance interprétative que nous trouvons est que le « mondial » est bon, et le « local » est mauvais. Le mondial représente le progrès, mérite d'être protégé et illustre quelque chose de raisonnable, tandis que le local est arriéré, arbitraire et ne devrait pas être protégé, ou devrait recevoir moins de protection."**

La dimension « mondial-local » est pertinente car elle nous permet de voir que, d'un point de vue formel, les droits peuvent être nationaux, tels qu'une licence environnementale, mais ils peuvent être enracinés dans le plan d'affaires de l'investisseur étranger. Ce genre de situation est pris en compte par le RDIE. Essentiellement, et je généralise ici, la tendance interprétative que nous trouvons est que le « mondial » est bon, et le « local » est mauvais. Le mondial représente le progrès, mérite d'être protégé et illustre quelque chose de raisonnable, tandis que le local est arriéré, arbitraire et ne devrait pas être protégé, ou devrait recevoir moins de protection. Dans le même temps, ce n'est jamais uniquement l'un ou l'autre ; la question à l'adresse des spécialistes du droit, également pertinente du point de vue de l'économie politique, est de définir cet équilibre et ses implications normatives.



**Nous avons publié plusieurs articles sur les communautés locales et le RDIE<sup>2</sup>, et ce que vous appelez « les communautés locales invisibles » dans le droit de l'investissement est une question qui attire davantage d'attention. Vous écrivez que cette invisibilité « repose sur le postulat que les États représentent les intérêts locaux lorsqu'ils traitent avec les investisseurs étrangers ». Pourquoi pensez-vous que ce postulat est erroné ?**

L'argument de l'invisibilité repose non seulement sur le fait que les communautés locales n'ont pas qualité juridique dans le RDIE ou de droits au titre des AII. Il s'appuie également sur le fait que, ni le droit des traités d'investissement, ni la majeure partie de la littérature sur l'économie politique n'abordent leur rôle. Bien sûr, il existe des références aux communautés locales dans des travaux antérieurs. Je pense cependant que la situation a commencé à changer avec [Lorenzo Cotulla](#) et mes travaux, tous deux reposant sur une propriété heuristique, qui montre que les communautés locales ne sont pas entendues alors qu'elles sont au cœur des faits des affaires de RDIE.

Je pense que nous ne pouvons pas supposer que les États représentent les intérêts locaux. Le droit des traités d'investissement représente les relations entre les investisseurs étrangers et les États comme s'ils avaient toujours des difficultés à obtenir la meilleure répartition possible des bénéfices, des coûts et des risques. Toutefois, les affaires que j'analyse dans le livre montrent que ces relations sont parfois fondées sur une grande coopération. Ces gouvernements avaient fait avancer le projet et les intérêts des investisseurs jusqu'à ce que la situation n'entraîne des troubles sociaux ou une violence généralisée.

La littérature sur le développement montre que les coalitions qui favorisent les projets extractifs consistent généralement en des élites nationales de l'extraction, qui sont parfois des membres du gouvernement, et des investisseurs étrangers. Dans ce contexte, le fait d'assumer que les États sont du côté de la communauté et non pas de l'investisseur pourrait s'avérer empiriquement et normativement erroné. Les élites de l'extraction ont une vision différente pour leurs pays, c'est-à-dire pour le territoire et la population, que les communautés locales et les élites du développement.

**Qui sont les « entrepreneurs de la norme » pertinents à l'heure actuelle ? Comment façonnent-ils les discussions en cours sur la réforme du régime ?**

Dans la conclusion de l'ouvrage, je fais référence à un chapitre de [David Schneiderman](#) dans lequel il parle des entrepreneurs de la norme contemporains. Les intérêts en faveur du RDIE et des AII sont toujours présents ; l'extractivisme est important dans le Sud mondial. Dans le même temps, il est évident que l'ensemble de la communauté commerciale mondiale ne se soucie pas tellement de ce régime. Le RDIE convient parfaitement à ces investisseurs qui investissent dans des ressources immobilières, telles que les ressources naturelles ou les infrastructures.

Les ardents défenseurs des AII et du RDIE façonnent le régime de manière similaire aujourd'hui, reproduisant un canon de l'imagination où les investisseurs et les États sont les principaux acteurs, où le principal problème est le risque politique, où le droit international des investissements se réduit essentiellement aux droits des investisseurs étrangers et au RDIE. La principale différence entre les entrepreneurs de la norme précédents et ceux d'aujourd'hui est que bon nombre de ces derniers sont aussi des arbitres et interprètent le droit.

Il se peut que ces individus acceptent des modifications marginales qui semblent progressistes. Par exemple, dans les années 1970, John Blair (de Shell et de la CCI) défendait l'idée des obligations ou responsabilités volontaires. Aujourd'hui, il se peut que ceux qui défendent le RDIE acceptent que les communautés locales participent aux procédures ou même qu'elles présentent un recours contre les investisseurs. Encore une fois, cette position n'est pas contraire au canon de l'imagination, et en fait, elle avait même été envisagée dans les années 1960, comme je l'indique dans le livre.

<sup>2</sup> Cotulla, L. (2021, mars 23) La refonte du droit de l'investissement à partir de la base : l'extractivisme, les droits humains et les traités d'investissement. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/fr/2021/03/23/rethinking-investment-law-from-the-ground-up-extractivism-human-rights-and-investment-treaties-lorenzo-cotulla> ; et Sands, A. (2020, déc. 29). Le régime des traités d'investissement promeut-il une bonne gouvernance ? L'exemple de l'industrie minière à Santurbán, en Colombie. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/fr/2020/12/19/does-the-investment-treaty-regime-promote-good-governance-the-case-of-mining-in-santurban-colombia-anna-sands/>



**Vous écrivez « Toutefois, une fois que l'on élargi la perspective pour se concentrer également sur les relations sociales créées entre les personnes par la propriété ou sur la manière dont les contrats affectent les tierces parties et une société donnée, l'autonomie et les attentes d'autres propriétaires et non-propriétaires ne peuvent plus être dissimulées ».**

**C'est une manière percutante d'exprimer à quel point notre compréhension traditionnelle des droits des investisseurs (et des obligations des États) est limitée, et toute réforme de notre approche de l'investissement étranger doit en tenir compte. Il se pourrait toutefois que cela ne relève pas de la portée du droit international de l'investissement (ou peut-être même du droit international). Je pense que la tendance de nombreux acteurs impliqués dans le processus de réforme (et d'autres travaux connexes sur les droits humains et les entreprises) consiste à ajouter des droits et obligations fondés sur le droit international pour les communautés et les entreprises, respectivement, afin de tenter de « ré-enraciner » le droit international. En 2018, IISD a organisé une [réunion d'expert pour évaluer la question précisément](#).**

### **Êtes-vous d'accord avec cette caractérisation et pensez-vous que l'approche est correcte ? Si non, que manque-t-il, et quelle alternative pouvons-nous envisager ?**

Je pense que c'est tout à fait exact. Quand vous examinez ce point de plus près, vous avez l'intuition qu'il y a un problème. Si le problème vient du fait que les États ont cédé trop de souveraineté, est-ce que la solution consiste à leur demander d'en céder encore plus en internationalisant les obligations des investisseurs étrangers ? Les investisseurs étrangers devraient respecter le droit national, et les obligations devraient être définies et appliquées au niveau national.

S'agissant de la théorie juridique, le problème est que nous avons perturbé l'équilibre des droits et des obligations sur la base de suppositions souvent erronées, comme par exemple que les investisseurs étrangers auront tendance à être malmenés par les États. Les droits, les obligations et les privilèges sont tous liés les uns aux autres et constituent un système juridique. Si vous n'élevez que les droits des investisseurs étrangers et obtenez une tendance

interprétative comme dans le RDIE (et aussi les États qui promeuvent en général les intérêts des investisseurs étrangers), les communautés locales n'ont guère d'autres options que de se tourner vers l'international ou le transnational. Elles doivent se mettre au niveau des investisseurs étrangers. En plus d'apparaître dans le livre, j'ai également approfondi ce point dans un chapitre récent intitulé [International Investment Law as Transnational Law](#) (Le droit international des investissements en tant que droit transnational).

Mais cette stratégie est risquée. Les défenseurs du RDIE considèrent qu'il s'agit d'une opportunité de consolider le régime juridique, comme Blair qui considérait qu'il s'agissait d'une opportunité de l'étendre dans les années 1970. Il était un ardent défenseur de la responsabilité sociale des entreprises. Si vous avez des obligations vagues ou volontaires pour les investisseurs étrangers, vous accroissez la légitimité du régime et renforcez les droits des investisseurs étrangers (car les obligations correspondantes sont plus faibles). Ces obligations seraient moins spécifiques qu'au titre du droit national, et les communautés locales n'auraient jamais la même représentation juridique que les investisseurs ou les États dans un contexte international. Les audiences auraient lieu loin des communautés, et les juges seraient probablement plus enracinés dans le « mondial » que dans le « local ».

Je pense à deux alternatives en particulier, qui remontent aux imaginations concurrentes des années 1970. La première consiste à réinstaurer l'obligation d'épuiser les voies de recours internes. Le travail des tribunaux de RDIE serait totalement différent s'ils disposaient d'une décision finale du judiciaire de l'État d'accueil. Les investisseurs étrangers feraient entre autres appliquer leurs droits dans la juridiction locale au regard de leurs obligations envers l'État et d'autres acteurs. Il se peut que la décision finale soit arbitraire, mais ils pourraient alors se tourner vers le RDIE. Dans ce scénario, la principale norme de protection serait le déni de justice. Il se peut bien sûr qu'il y ait des voies de recours directes en cas d'expropriation directe non indemnisée, mais en dehors de ça, rien de plus. Cette manière de gérer la situation tient compte des conclusions du [Groupe de personnes éminentes des Nations Unies et la Charte des droits et devoirs économiques des États](#). Les défenseurs du RDIE ont caractérisé cette dernière comme une attaque directe contre l'entrepreneuriat privé. Pourtant, si vous lisez les opinions des rédacteurs de la charte, vous réalisez que la critique était de nature politique, et non pas technique.



L'autre alternative consiste à créer une organisation internationale où les États pourraient discuter des solutions aux problèmes généraux liés à l'investissement, tels que la Covid-19, et les coordonner, et aborder des questions ou différends spécifiques. Cette institution pourrait être dotée d'un mécanisme de règlement des différends (là encore, ouvert aux investisseurs après l'épuisement des voies de recours internes). L'avantage d'une telle organisation (comme une OMC de l'investissement) est que les États pourraient lancer des recours au nom des investisseurs étrangers, dans un contexte plus transparent. Les canaux diplomatiques sont obscurs et il est difficile de savoir ce qu'il se passe réellement. Donc, plutôt que de prétendre que nous allons *dépolitiser* les différends d'investissement comme Broches et Shihata l'ont fait, ce qui est impossible puisque l'investissement étranger est une question hautement politique, nous pourrions améliorer le niveau des discussions, les rendre plus transparentes, et convier davantage de parties prenantes à la table des négociations. Je peux imaginer les États discuter des droits et obligations des investisseurs étrangers dans un contexte comme celui-ci sans générer les problèmes que le RDIE créé, mais je ne pense pas que ce serait la panacée non plus.

#### Auteur

**Nicolás M Perrone** est un professeur associé de recherche en droit international à l'Université Andrés Bello, au Chili. Il est l'auteur de *Investment Treaties and the Legal Imagination: How foreign investors play by their own rules (les traités d'investissement et l'imagination juridique : les investisseurs étrangers jouent selon leurs propres règles* – Oxford University Press, 2021).



## ARTICLE 3

# Les clauses de stabilisation et leurs conséquences sur les droits humains et l'égalité des sexes<sup>1</sup>

Sangwani Patrick Ng'ambi



Les projets d'IDE, notamment dans le secteur extractif, sont souvent régis par des contrats de concession entre les États et les investisseurs. Ces contrats peuvent inclure des clauses de stabilisation, au titre desquelles les États conviennent de s'abstenir d'utiliser leurs prérogatives législatives ou administratives d'une manière qui pourrait affecter négativement l'investisseur. La jurisprudence investisseur-État suggère que ces clauses sont généralement respectées et affirmées.

Une application rigide de ces clauses peut dissuader l'État d'accueil d'élaborer ou de mettre en œuvre de nouvelles législations sur les droits humains si le respect de celles-ci accroît les dépenses opérationnelles de l'investisseur. Ces préoccupations peuvent être particulièrement vives s'agissant des projets extractifs, qui peuvent avoir de profonds effets négatifs sur les communautés environnantes.

Cet article illustre les manières dont les clauses de stabilisation incluses dans les contrats de concession portant sur des projets extractifs peuvent saper les efforts de promotion de l'égalité entre les sexes des États au moyen de la législation nationale. Il examine également deux ensembles de principes publiés au cours de la

dernière décennie par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH) et l'OCDE qui proposent un cadre pour les États qui cherchent à éviter ce types de situations en intégrant les préoccupations relatives aux droits humains et à la durabilité dans leurs contrats avec les investisseurs étrangers.

## Les clauses de stabilisation

Les clauses de stabilisation sont des dispositions contractuelles contenues dans les accords de concession. Par leur biais, les États s'engagent à ne pas utiliser leurs pouvoirs administratifs ou législatifs d'une manière qui affecte négativement l'investisseur. La forme de clauses de stabilisation la plus stricte est la clause de gel, qui empêche toute modification de la loi relative à l'investissement tant que la concession est en place. Aussi, aucune disposition de l'accord de concession ne peut être abrogée par l'usage des pouvoirs étatiques sans le consentement exprès de l'investisseur. D'autres types de clauses de stabilisation incluent les clauses d'équilibre économique qui cherchent à maintenir l'équilibre économique entre les parties au moment de la conclusion d'un contrat. Les droits découlant des clauses de stabilisation sont fréquemment affirmés par les tribunaux dans l'arbitrage investisseur-État, les incitant souvent à conclure en faveur d'une violation et à imposer à l'État une obligation d'indemniser l'investisseur<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cet article s'appuie sur Ng'ambi, S.P., & Chisanga, K-M.G. (2020). *International investment law and gender equality: Stabilization clauses and foreign investment*. Routledge.

<sup>2</sup> Voir, par exemple, les affaires *Texaco c. Libye* (1978) 17 ILM 1 ; *Aminoil c. Koweït* (1981) 21 ILM 976 ; *Société des mines de Loulo S.A. (Somilo) c. Mali*, Affaire CIRDI n° ARB/13/16.



## Les conséquences pour l'équité et l'égalité entre les sexes

Les clauses de stabilisation isolent l'investisseur de tout risque non commercial lié aux concessions à long-terme. Toutefois, le fait qu'elles soient appliquées de manière si stricte par les tribunaux arbitraux pourrait empêcher le développement de nouvelles réglementations.

Elles ont en effet d'éventuelles conséquences profondes sur le développement de lois relatives à l'équité et l'égalité entre les sexes. Cela s'explique par le fait que l'État peut être reconnu coupable s'il adopte de nouvelles lois relatives à l'équité et l'égalité entre les sexes dont le respect impose des coûts opérationnels supplémentaires aux investisseurs étrangers. Si ces clauses sont appliquées de manière rigide, l'État d'accueil serait tenu d'indemniser l'investisseur pour ces coûts supplémentaires. Cette perspective pourrait décourager les États d'accueil de développer de telles lois sur l'équité et l'égalité entre les sexes.

Concrètement, quels types de lois pourraient entrer en conflit avec une clause de stabilisation incluse dans un contrat de concession ? Un exemple illustratif est la loi zambienne sur l'équité et l'égalité entre les sexes de 2015<sup>3</sup>, qui introduit diverses obligations qui pourraient accroître les coûts opérationnels des entreprises minières.

Dans les années 1990, le gouvernement zambien a privatisé ses mines, et afin d'encourager l'investissement par les étrangers dans le secteur minier, il a signé des accords de développement, principalement en 2004. Ces accords de développement contenaient des clauses de stabilisation. Si la portée et le champ d'application de ces clauses dépendront toujours de leur libellé exact, il se pourrait toutefois que les changements connexes dans la loi zambienne affectant négativement les droits des entreprises minières soient reconnus comme une violation de la clause de stabilisation et engagent la responsabilité du gouvernement zambien.

La loi sur l'équité et l'égalité entre les sexes crée diverses obligations pour les investisseurs. Par exemple, la section 18(1) de la loi exige des entités

privées qu'elles développent des plans, codes de pratique, mécanismes réglementaires et autres mesures appropriées en la matière pour la promotion effective de l'équité et l'égalité entre les sexes dans leur zone d'opération ». En outre, les entités privées doivent également appliquer ces mesures et veiller à leur exécution, et faire rapport régulier au ministère du Genre, à la commission et à tout autre organe pertinent de surveillance. Par ailleurs, la section 19 impose aux entités privées et publiques les obligations suivantes :

- Changer les conditions et les circonstances qui empêchent la réalisation de l'équité et l'égalité durable et significative entre les sexes.
- Inclure la question du genre dans toutes les « stratégies, politiques, programmes et budgets » afin d'apporter le même pouvoir et bénéfices aux deux sexes.
- Veiller à prendre en compte les besoins et intérêts des deux sexes.
- Établir les mesures appropriées et spéciales conçues pour reconnaître et soutenir les rôles multiples des femmes.

La section 27(1) interdit également la discrimination à l'égard des femmes dans la sphère économique et sociale. Aussi, il convient de garantir le plein développement et la promotion des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes. Cela est encore soutenu par la section 31 de la loi, qui affirme que les femmes doivent avoir accès aux opportunités d'emploi « sur un pied d'égalité avec les hommes ». Cela inclut, entre autres, « une rémunération, des bénéfices et un traitement égaux en lien avec un emploi de valeur égale, ainsi que l'égalité de traitement dans l'évaluation de la qualité du travail ». Le non-respect de ces dispositions peut entraîner une amende ou une peine d'emprisonnement, ou les deux.

La loi portant création du code du travail de 2019 crée également de nouvelles obligations. Par exemple, la section 41 de cette loi accorde 14 semaines de congé maternité aux employées ; avant cela, les femmes n'avaient droit qu'à 90 jours de congé maternité. Par ailleurs, une employée victime d'une fausse-couche ou d'une mortinaissance au cours du dernier trimestre de grossesse a maintenant droit à 6 semaines de congé entièrement payées immédiatement après l'évènement.

Bien que progressistes et très tardives, ces nouvelles obligations accroîtront certainement les coûts opérationnels des investisseurs. Par exemple,

<sup>3</sup> Loi sur l'équité et l'égalité entre les sexes de 2015, <https://zambialii.org/zm/legislation/act/2015/22/gender-equity-and-equality-bill-2015.pdf>



l'obligation d'établir des mesures spéciales et appropriées visant à reconnaître et à soutenir les rôles multiples des femmes est très largement formulées. D'autres obligations mises en avant dans le présent article pourraient également exiger le recrutement par les organisations d'un point focal ou d'un spécialiste du genre pour veiller au respect des obligations. L'allongement du congé maternité pourrait également accroître les coûts opérationnels des investisseurs.

S'il est difficile d'évaluer leurs effets sur les décisions politiques du gouvernement, les clauses de stabilisation pourraient être contraires aux ambitions du gouvernement de la République de Zambie en terme d'équité et d'égalité entre les sexes, créant une incertitude juridique et menaçant la cohérence politique.

## Les principes directeurs pour des contrats « durables » et « responsables »

Au cours de la dernière décennie, deux ensembles de principes pour les contrats d'investissement ont été développés dans le but d'aider les gouvernements des États d'accueil à élaborer des contrats permettant la promulgation de bonne foi de normes réglementaires et visant à garantir que les projets d'investissement contribuent au développement durable et respectent les droits humains. Compte tenu de ces objectifs, ces deux ensembles de principes adoptent une approche prudente des clauses de stabilisation.

Les principes du HCDH pour des contrats responsables<sup>4</sup> ont été développés par John Ruggie, le représentant spécial du Secrétaire général, au moyen d'un processus de consultation multipartite dans le cadre d'efforts plus larges visant au développement de principes directeurs sur les entreprises et les droits humains. L'introduction des principes reconnaît que les contrats d'investissement sont un instrument important par lequel « les États et les entreprises pouvaient se servir pour peser sur l'impact des opérations commerciales sur les droits de l'homme »<sup>5</sup>. Le principe 4 met l'accent sur les clauses de stabilisation : s'ils reconnaissent les besoins des investisseurs en matière

de stabilité financière, les principes soulignent que les clauses de stabilisation ont le potentiel de restreindre la marge d'action de l'État dans les domaines des droits humains, et que les pays en développement ont, jusqu'alors, négocié des contrats avec des clauses de stabilisation beaucoup plus larges.

Aussi, les principes recommandent que, en cas d'inclusion dans les contrats, les clauses de stabilisation soient « rédigées soigneusement de sorte que toute protection des investisseurs contre les modifications ultérieures de la législation ne porte pas atteinte aux efforts déployés de bonne foi par l'État pour appliquer des lois, des réglementations ou des politiques de manière non discriminatoire afin d'honorer ses engagements dans le domaine des droits de l'homme », et, en outre, qu'elles n'imposent pas des pénalités économiques aux États qui adoptent des modifications politiques appliquées sur une base non discriminatoire<sup>6</sup>.

De même, les principes directeurs de l'OCDE pour des contrats extractifs durables<sup>7</sup> reconnaissent que les projets d'investissement ont le potentiel de contribuer au développement durable s'ils sont régis par des contrats « durables » conformes à la stratégie de développement à long-terme de l'État d'accueil, et « [optimisent] la valeur totale tirée du développement des ressources pour l'ensemble des parties prenantes, notamment les retombées économiques, sociales et environnementales »<sup>8</sup>.

S'agissant des clauses de stabilisation, ces principes notent qu'elles ne sont pas forcément nécessaires pour attirer l'investissement des « investisseurs aux capacités techniques et financières suffisantes »<sup>9</sup>. Toutefois, si un État considère qu'elles sont en effet nécessaires, l'OCDE recommande que les clauses de stabilisation soient conçues de manière à minimiser leur impact sur la fiscalité générale en limitant leur application à certaines dispositions fiscales spécifiques et pour une durée précisée<sup>10</sup>.

Plus généralement, l'OCDE recommande que les contrats soient « conformes à la législation

<sup>4</sup> HCDH (2015). *Principes pour des contrats responsables : intégrer la gestion des risques pour les droits de l'homme dans les négociations contractuelles entre États et investisseurs – Conseils à l'intention des négociateurs* (A/HRC/17/31/Add.3). [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles\\_ResponsableContracts\\_HR\\_PUB\\_15\\_1\\_FR.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsableContracts_HR_PUB_15_1_FR.pdf)

<sup>5</sup> *Ibid* page 3.

<sup>6</sup> *Ibid* page 16.

<sup>7</sup> OCDE (2019). *Principes directeurs pour des contrats extractifs durables*. <https://www.oecd.org/fr/dev/Principes-directeurs-pour-des-contrats-extractifs-durables.pdf>

<sup>8</sup> *Ibid* page 3.

<sup>9</sup> *Ibid* at 16.

<sup>10</sup> *Ibid*.



en vigueur, ainsi qu'aux traités internationaux et régionaux applicables, et prévoient la possibilité, pour les gouvernements des pays hôtes, d'introduire des modifications de bonne foi, non arbitraires et non discriminatoires dans la législation et la réglementation en vigueur, couvrant des domaines réglementaires non fiscaux et visant des objectifs légitimes d'intérêt général »<sup>11</sup>.

Si les États sont en mesure d'intégrer ces principes dans leur approche des contrats avec les investisseurs des industries extractives, ils ne devraient rien avoir à craindre de l'arbitrage au titre d'un contrat suite à l'introduction de réglementations non discriminatoires visant à protéger les droits humains ou à garantir le développement durable, y compris des lois relatives à l'égalité entre les sexes.

## Conclusion

Dans les nations riches en ressources minières, qui s'appuient sur l'investissement étranger dans les industries extractives, les projets d'IDE sont souvent régis par des accords de concession qui peuvent être en place pendant 30 ans, ou même plus. Les investisseurs insistent souvent pour inclure des clauses de stabilisation qui peuvent contrer les actions du gouvernement visant la promotion des droits humains et du développement durable si ces actions ont des effets négatifs pour l'investisseur.

De telles clauses sont conçues pour susciter la confiance des investisseurs puisqu'elles protègent l'investissement des modifications réglementaires ultérieures qui pourraient affecter les profits, donnant éventuellement lieu à l'indemnisation des coûts non récupérables mais également des profits futurs perdus. Cela pourrait avoir un effet dissuasif sur les États qui souhaitent élaborer et mettre en œuvre de nouvelles lois sur les droits humains ou l'égalité entre les sexes, si le respect de ces dernières suppose une hausse des coûts opérationnels de l'investisseur.

Compte tenu de ces préoccupations, ces dernières années les organisations internationales ont développé des principes visant à aider les États à élaborer des contrats d'investissement qui préservent la marge d'action politique nationale nécessaire à la réalisation

d'objectifs tels que l'égalité entre les sexes. Cependant, il faut non seulement que les États les proposent, mais aussi que les investisseurs les acceptent. Les États doivent donc disposer d'un pouvoir de négociation suffisant à l'heure de proposer ces conditions.

## Auteur

**Sangwani Patrick Ng'ambi** est professeur de droit à la faculté de droit de l'Université de Zambie.

<sup>11</sup> *Ibid* page 3.



## ARTICLE 4

# La réforme du Traité sur la charte de l'énergie : en quoi le retrait est-il une option ?

Nathalie Bernasconi-Osterwalder,  
Lukas Schaugg et Amandine Van den Berghe



## Introduction<sup>1</sup>

Le Traité sur la charte de l'énergie (TCE) essuie des critiques compte tenu de ses dispositions obsolètes sur l'investissement et de la menace qu'il fait planer sur la transition énergétique. Les recours RDIE lancés au titre du TCE par les investisseurs dans les combustibles fossiles prouvent que cette menace est imminente et bien réelle. Par ailleurs, il y a fort à parier que ces recours seront de plus en plus nombreux, alors que les gouvernements adoptent des mesures climatiques plus ambitieuses. Tout récemment, en 2021, les entreprises allemandes RWE et Uniper<sup>2</sup> ont toutes deux lancé une procédure d'arbitrage contre les Pays-Bas, contestant la décision du gouvernement néerlandais d'éliminer progressivement les combustibles fossiles d'ici à 2030. Au total, ces deux investisseurs réclament plus de 3,5 milliards EUR en dommages et intérêts<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> À bien des égards, cette analyse s'inspire d'une étude menée par Nicolas Angelet, mandatée par ClientEarth.

<sup>2</sup> Uniper est une filiale de l'entreprise étatique finlandaise Fortum. Si les responsables gouvernementaux finlandais ont indiqué suivre la question de près et être conscients des implications politiques, ils rappellent fréquemment l'obligation fiduciaire de Fortum au titre de la loi finlandaise sur les entreprises de minimiser les pertes des actifs délaissés : voir Darby, M. (2020, 22 mai) "Not appropriate: Uniper seeks compensation for Dutch coal phase-out", Euractiv, <https://www.euractiv.com/section/energy/news/not-appropriate-uniper-seeks-compensation-for-dutch-coal-phase-out/>.

<sup>3</sup> Voir Bohmer, L. (2021, 3 février) "The Netherlands is facing its first ICSID arbitration, as German energy giant RWE makes good on earlier threats", IAREporter, <https://www.iareporter.com/articles/the-netherlands-is-facing-its-first-icsid-arbitration-as-german-energy-giant-rwe-makes-good-on-earlier-threats/>; Bohmer, L., (2021, 27 avril) "Uniper lodges treaty-based claim against The Netherlands", IAREporter, <https://www.iareporter.com/articles/uniper-lodges-treaty-based-claim-against-the-netherlands/>.

Entre-temps, la compatibilité du TCE et du droit européen est incertaine suite à des décisions récentes de la CJUE<sup>4</sup>, et la Belgique a demandé à la Cour de clarifier si le projet de TCE modernisé était compatible avec les traités européens. Cette demande est toujours en cours d'examen<sup>5</sup>.

En parallèle, depuis 2019 l'UE et ses États membres prennent part au processus multilatéral plus large de « modernisation » du TCE. Reconnaissant le besoin urgent de réforme, l'UE voulait à l'origine aligner le traité sur l'approche européenne du droit international des investissements et sur les objectifs climatiques européens. Toutefois, il est de plus en plus évident qu'il sera difficile d'atteindre ces objectifs, puisque tout amendement au texte du traité exige l'accord unanime de ses 54 États membres. À ce jour, bon nombre d'États parties non membres de l'UE hésitent à adopter tout changement significatif, et aucun compromis n'a vu le jour<sup>6</sup>.

Compte tenu de cette situation, nous examinons quelles pourraient être les conséquences d'un retrait pour l'UE et ses États membres, ainsi que ses effets sur la transition énergétique en général.

## La proposition de l'UE et les tentatives d'amendement du TCE

Bien que plus ambitieuses que celles d'autres membres du TCE<sup>7</sup>, les propositions de l'UE ont été critiquées comme compromettant le programme climatique

<sup>4</sup> Voir Union Européenne (2020, 29 mai) « Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne », [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:22020A0529(01)).

<sup>5</sup> Dans une autre procédure relative au TCE en cours auprès de la CJUE, l'avocat général Szpunar a par ailleurs indiqué une éventuelle réponse à la demande de la Belgique en déterminant que le RDIE au titre du TCE actuel était incompatible au sein de l'Union européenne. Voir Conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire C-741/19, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=238441&text=&dir=&doclang=FR&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=4088486>.

<sup>6</sup> Voir article 36 du TCE.



puisqu'elles continuent de permettre aux entreprises de combustibles fossiles de contester les mesures climatiques au moyen du RDIE<sup>8</sup>. En effet, seule la dernière proposition en date distingue différents types d'activité économique, excluant les projets dans les combustibles fossiles de la portée des dispositions relatives à l'investissement du TCE<sup>9</sup>.

Spécifiquement, l'UE suggérerait de distinguer entre les investissements actuels et futurs dans les combustibles fossiles. Selon elle, les dispositions relatives à la protection de l'investissement, y compris l'accès au RDIE, devraient continuer de s'appliquer aux investissements *existants* dans les combustibles fossiles pendant une période de 10 ans après l'entrée en vigueur de l'amendement<sup>10</sup>. Cela permettrait aux investisseurs dans les combustibles fossiles de lancer des recours RDIE pendant toute la durée de cette période. L'UE suggère d'exclure les investissements *futurs* dans les combustibles fossiles de la portée de l'application des dispositions du TCE sur la protection des investissements dès l'entrée en vigueur de l'amendement, avec une exception majeure : les investissements dans les projets gaziers réalisés avant la fin de 2030 seront couverts à condition d'être en-dessous d'un seuil spécifique de carbone<sup>11</sup>. Cette date limite est repoussée à 2040 pour les investissements portant sur la conversion des centrales pour la combustion du gaz naturel. Les organisations de la société civile ont critiqué ce manque d'ambition<sup>12</sup>, indiquant que le seuil carbone proposé pour les investissements gaziers était significativement plus élevé que ce que l'UE définit en interne comme un niveau « durable » d'utilisation du gaz naturel<sup>13</sup>.

En plus du manque d'ambition de la proposition, l'absence de progrès au cours des quatre premiers cycles de discussions sur la modernisation montre que le succès n'est pas garanti ; le ministre luxembourgeois de l'Énergie, Claude Turmes, a indiqué que les États progressistes continuaient de faire face à la résistance du Japon, de la Norvège, du Royaume-Uni et de la Suisse<sup>14</sup>. Certains gouvernements et parlementaires ont appelé l'UE à explorer d'autres alternatives à un amendement unanime<sup>15</sup>, et la Commission de l'UE elle-même n'écarter plus la possibilité d'un retrait concerté de tous les États membres<sup>16</sup>. Il est donc tout à fait opportun d'examiner les règles juridiques relatives au retrait du TCE, les conséquences pratiques du retrait d'un groupe de parties contractantes du TCE, et l'efficacité d'un tel retrait du point de vue climatique.

**"En plus du manque d'ambition de la proposition, l'absence de progrès au cours des quatre premiers cycles de discussions sur la modernisation montre que le succès n'est pas garanti ; le ministre luxembourgeois de l'Énergie, Claude Turmes, a indiqué que les États progressistes continuaient de faire face à la résistance du Japon, de la Norvège, du Royaume-Uni et de la Suisse."**

<sup>7</sup> Voir le Secrétariat de la Charte de l'énergie (2019, 6 octobre) "Decision of the Energy Charter Secretariat", pages 2 à 57, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201908.pdf>.

<sup>8</sup> Voir par exemple Climate Action Network Europe (2021, février) "Analysis of the EU proposal to change the definition of Economic Activity in the Energy Sector as part of the modernisation of the Energy Charter Treaty", [http://caneurope.org/content/uploads/2021/02/Analysis-of-the-COM-proposal-for-ECT-modernisation-on-the-Definition-of-Economic-Activity-in-the-Energy-Sector\\_February-2021.pdf](http://caneurope.org/content/uploads/2021/02/Analysis-of-the-COM-proposal-for-ECT-modernisation-on-the-Definition-of-Economic-Activity-in-the-Energy-Sector_February-2021.pdf).

<sup>9</sup> Voir Commission de l'UE (2021, 25 janvier) "EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty", [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc\\_159436.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc_159436.pdf).

<sup>10</sup> Voir *ibid.* page 2.

<sup>11</sup> Voir *ibid.* ; le seuil carbone proposé est de 380g CO<sub>2</sub>/kWh.

<sup>12</sup> Voir *supra* note 7.

<sup>13</sup> Voir *ibid.*

<sup>14</sup> Voir l'intervention du ministre Claude Turmes à l'événement "Should EU Member States fix the Energy Charter Treaty or withdraw from it?" co-organisé par ClientEarth, EEB, FoE Europe, et CAN Europe le 30 mars 2021, à 40:13, <https://www.youtube.com/watch?v=I9sPPBfXA0Y>

<sup>15</sup> Le gouvernement français a indiqué être prêt à se retirer si les efforts en faveur d'une réforme rapide et significative échouent : voir Simon, F. (2021, 3 février) "France puts EU withdrawal from Energy Charter Treaty on the table", <https://www.euractiv.com/section/energy/news/france-puts-eu-withdrawal-from-energy-charter-treaty-on-the-table/> ; Bernd Lange, député européen et président de la Commission du commerce international (INTA) au Parlement européen, a récemment appelé à un retrait coordonné de l'UE du TCE : voir Lange, B. (2021, 28 avril) "Die EU muss raus aus der Energiecharta", <https://bernd-lange.de/meldungen/gastbeitrag-fr-die-eu-muss-raus-aus-der-energiecharta/> ; 139 parlementaires européens et nationaux prient la Commission de l'UE de se retirer du TCE dans un courrier daté du 8 septembre 2020, <https://www.ernesturtasun.eu/ecologia/statement-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>.

<sup>16</sup> Voir la réponse donnée par le vice-président exécutif Dombrovskis au nom de la CE : Parlement européen (2020, 2 décembre) [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-005555-ASW\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-005555-ASW_FR.html).



## L'option du retrait et la clause de survie

### a. Le retrait

Le retrait, également parfois appelé *dénonciation*, est « La procédure [...] entamée unilatéralement par un État qui souhaite mettre fin aux engagements juridiques qu'il a pris en vertu d'un traité »<sup>17</sup>. En d'autres termes, le retrait met un terme à la participation des parties se retirant mais sans mettre fin au traité lui-même, les dispositions du traité restant en vigueur entre les parties qui ne se sont pas retirées.

L'article 54 de la CVDT stipule qu'un État peut se retirer d'un traité conformément aux conditions spécifiques pour le retrait imposées par le traité. Dans le TCE, ces règles figurent à l'article 47, qui indique qu'une partie contractante peut se retirer du TCE à tout moment en adressant une notification écrite au dépositaire. Le retrait prend effet une année après la date de réception de la notification par le dépositaire. Conformément à cette règle, le retrait peut intervenir de manière unilatérale ou être coordonné, par exemple en cas de retrait de tous les États membres de l'UE.

### b. La clause de survie

La procédure de retrait du TCE ajoute une étape, et déclenche la clause de survie contenue à l'article 47(3), qui indique :

*Les dispositions du présent traité continuent à s'appliquer pendant une période de 20 ans aux investissements réalisés dans la zone d'une partie contractante par des investisseurs d'autres parties contractantes ou dans la zone d'autres parties contractantes par des investisseurs de cette partie contractante, à compter du moment où le retrait de la partie contractante du présent traité prend effet [italique ajoutée].*

D'après cette disposition, si un ou plusieurs États contractants se retirent, les dispositions sur la protection des investissements du traité continuent de s'appliquer à tous les investissements précédemment protégés pendant 20 ans après l'entrée en vigueur du retrait. Par rapport à la pratique des États dans d'autres accords internationaux d'investissement, cette période de 20 ans est relativement longue<sup>17</sup>. 85 % des AII contenant une clause de survie font référence à

une période inférieure à 20 ans ; la plupart prévoient 10 ans, ou moins<sup>18</sup>. Point important, la clause de survie du TCE n'accorde la protection qu'aux seuls investissements réalisés avant le retrait, permettant aux investisseurs de continuer d'utiliser le RDIE au titre du TCE pour contester les politiques climatiques des membres et exiger une indemnisation. Dans la pratique, les investisseurs ont utilisé la clause de survie du TCE en ce sens : depuis son retrait unilatéral du traité en 2016, l'Italie a fait face à au moins sept recours d'arbitrage au titre de la clause de survie ; au total, ces demandes d'indemnisation surpassent les 400 millions USD<sup>19</sup>.

Cette clause de survie de 20 ans pourrait mettre en péril les actions urgentes nécessaires pour réaliser les engagements au titre de l'Accord de Paris. Dans le même temps, si les parties au TCE passent des années à débattre d'un texte modernisé, le résultat serait le même. Si un tel texte devait suivre la proposition la plus récente de l'UE, et compte tenu de l'absence de progrès dans les négociations, les investissements existants dans les combustibles fossiles continueront d'être protégés pendant une période bien supérieure à 10 ans. Aucune de ces options ne sera suffisante pour atteindre les objectifs climatiques en faveur desquels les parties au TCE se sont engagées.

Pour éviter une telle issue, les États contractants devraient d'abord convenir de « neutraliser », c'est-à-dire d'éteindre les effets juridiques de la clause de survie du TCE<sup>20</sup>. S'il pourrait s'avérer difficile d'atteindre une décision unanime de neutraliser, cela pourrait se faire au sein d'un groupe de parties contractantes du TCE. Dans la section suivante, nous analysons le fondement juridique et les conséquences pratiques d'une telle neutralisation.

<sup>17</sup> Voir Nations Unies (2003), « Clauses finales des traités multilatéraux », Manuel, page 98 : <https://treaties.un.org/doc/source/publications/fc/french.pdf>.

<sup>18</sup> Données extraites de la base de données de la CNUCED sur les AII, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

<sup>19</sup> Voir *ibid.*

<sup>20</sup> Si les parties au TCE le souhaitent, cette neutralisation peut se faire au biais d'un amendement unanime. Compte tenu des lents progrès et de l'absence de compromis dans les discussions sur la modernisation, une telle solution unanime semble toutefois difficile à réaliser.



### c. La neutralisation de la clause de survie

La neutralisation des clauses de survie contenues dans les accords internationaux d'investissement n'est pas chose nouvelle. Toutefois, jusqu'à présent, les États n'ont neutralisé que des clauses de survie dans des traités bilatéraux plutôt que multilatéraux, au moyen d'un accord entre les deux parties d'amender le traité, puis de le résilier. Dans certains cas, les parties ont même décidé de raccourcir la période de protection supplémentaire<sup>21</sup>. Dans d'autres cas, ils ont tout bonnement éteint la clause de survie elle-même<sup>22</sup>. À ce jour, aucun recours n'a été lancé sur la base d'une clause de survie neutralisée, donc aucun tribunal arbitral n'a été saisi de la question de la compétence dans de telles circonstances<sup>23</sup>. Cela ne permet pas de conclure si les tribunaux arbitraux affirmeront ou infirmeront leur compétence du fait de la neutralisation. Toutefois, la pratique évolutive des États indique que la neutralisation fonctionne, puisqu'elle reflète la volonté des parties contractantes et décroît la probabilité de succès des recours des investisseurs dans l'arbitrage, accroissant ainsi le risque associé au lancement d'une procédure arbitrale coûteuse.

La neutralisation d'une clause de survie contenue dans un traité bilatéral au moyen d'un amendement diffère de la neutralisation de la clause de survie contenue dans un traité *multilatéral* au sein d'un groupe restreint des parties contractantes. Dans le cas d'un retrait du TCE, ce dernier scénario est le plus pertinent. Du point de vue du droit public international, une telle neutralisation partielle se fonde sur les règles du droit international relatives à la *modification* des dispositions d'un traité. D'après ces dernières, pour éteindre les effets de la clause de survie, les États peuvent négocier une modification ou un accord *inter se*. Contrairement à l'*amendement*, pour lequel le TCE exige l'unanimité, une modification équivaut aux « modifications apportées à certaines dispositions d'un traité par plusieurs parties à ce traité et applicables uniquement dans leurs relations mutuelles, les dispositions originelles restant applicables entre les autres parties »<sup>24</sup>.

### d. La neutralisation au moyen de la modification

Le TCE ne mentionne pas expressément la modification, qui est donc régie par la règle par défaut de l'article 41 de la CVDT. Cette règle prévoit que « Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement ». La modification est assujettie à deux conditions visant à sauvegarder l'intégrité fondamentale du régime du traité original.

#### i. Première condition – la sauvegarde des droits des tierces parties

D'après l'article 41(b)(i) de la CVDT, la modification ne doit « [porter] atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations ». Il existe un consensus académique selon lequel la première condition dépend de la nature juridique des droits et obligations créés par un traité, spécifiquement, de si ces droits et obligations sont *réciproques, interdépendants* ou *intégraux*<sup>25</sup>. Un traité multilatéral est par nature réciproque s'il « [prévoit] un échange mutuel de prestations ainsi que des droits et obligations pour chaque partie à l'égard de chacune des autres parties prises individuellement »<sup>26</sup>. Il faut les distinguer des engagements interdépendants ou intégraux au titre de traités qui créent des obligations *erga omnes*.

Comme le démontrent les *Travaux préparatoires*<sup>27</sup> qui ont menés à sa conclusion, le TCE a été adopté comme un « accord global » consistant en un paquet de relations bilatérales réciproques<sup>28</sup>. Plutôt que de créer des obligations contraignantes *erga omnes partes*, les obligations du traité sont bilatérales. En pratique, si les actions de l'État d'accueil A violent les droits au titre du TCE d'un investisseur de l'État d'origine B ayant investi dans la zone de l'État d'accueil A, seul cet

<sup>21</sup> Voir par exemple l'incorporation de l'ALE Argentine-Chili dans l'Accord du MERCOSUR en 2017 ; la résiliation du TBI Australie-Maroc ; la résiliation du TBI Australie-Viet Nam ; et la résiliation du TBI Australie-Pérou.

<sup>22</sup> Voir par exemple la résiliation du TBI Argentine – Indonésie en 2016 ; la résiliation du TBI Australie – Indonésie en 2020 ; la résiliation du TBI Australie – Hong Kong en 2020 ; le TBI Uruguay – Australie de 2019 qui a mis fin à l'accord précédent et supplanté sa clause de survie.

<sup>23</sup> Voir Tropper, J. (2020), "The treaty to end all investment treaties", *Völkerrechtsblog*, <https://voelkerrechtsblog.org/de/the-treaty-to-end-all-investment-treaties/>.

<sup>24</sup> Voir Nations Unies. (n.d.). *Glossaire des termes relatifs aux formalités se rapportant aux traités*. [https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1\\_fr.xml#amendment](https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1_fr.xml#amendment)

<sup>25</sup> Voir Odendahl, K. (2012). « Article 41 ». Dans O. Dörr & K. Schmalenbach (Eds.), *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Berlin Springer. §18 ; voir Fitzmaurice, G. G. (1958). *Troisième rapport, Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II. pp. 43–44, paras. 88–89 ; voir Wood, M.M. et al. (2009). *La Commission du droit international 1999–2009*, vol. 5, page 742.

<sup>26</sup> Fitzmaurice, G.G. (1958). Troisième rapport sur le droit des traités. Doc. NU. A/CN.4/115, ACIDI, Vol. II, 20, 27, art. 18, para. 2

<sup>27</sup> En français dans le texte, n.d.l.t.

<sup>28</sup> Il semble en effet que cela ait été un facteur décisif pour permettre aux signataires de trouver le consensus nécessaire. Voir Doré, J. (1996). *Negotiating the Energy Charter Treaty*. Dans T. Wälde (Ed.). *The Energy Charter Treaty: An east-west gateway for investment and trade*. Kluwer, p. 151.



investisseur ou l'État d'origine B ont qualité pour lancer un recours<sup>29</sup>. Par conséquent, les droits et obligations contenus dans le TCE sont de nature réciproque. Une modification *inter se* visant à éteindre la clause de survie n'affecterait donc pas les droits des autres parties, contrairement à la première condition de l'article 41 (b) (i) de la CVDT. Une neutralisation *inter se* satisfait donc à la première condition.

## ii. Deuxième condition – la sauvegarde de l'objet et du but du traité

En outre, la modification ne doit pas « [porter] sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble » (article 41 (b) (ii) de la CVDT). Cette condition est largement perçue comme étant essentiellement similaire à la première, voire une répétition de celle-ci<sup>30</sup>. En veillant à ce que les accords ultérieurs n'affectent pas les droits des tierces parties, ces deux conditions reposent sur le même raisonnement. Les travaux préparatoires<sup>27</sup> de la Commission du droit international (CDI) relatifs à la CVDT suggèrent que lorsqu'un accord *inter se* n'altère que les relations bilatérales, il devrait être permis. En l'espèce, il ne serait pas « incompatible avec l'exécution effective de l'objet et du but du traité ». Les règles comparables du droit public international indiquent qu'une dérogation d'obligations interdépendantes plutôt que bilatérales ne satisfait pas, à elle seule, à la seconde condition. Cela pourrait être le cas lorsqu'un accord *inter se* ultérieur « modifie radicalement la situation de chacune des parties »<sup>31</sup>.

Comme indiqué plus haut, le TCE consiste en un paquet de relations bilatérales. La modification de certaines de ces relations au sein d'un groupe de parties contractantes n'aurait pas d'effets adverses sur les droits des tierces

parties au TCE, c.-à-d. ceux des États ne prenant pas part à la modification et de leurs investisseurs. Par exemple, si tous les États membres de l'UE décidaient de se retirer du TCE et de neutraliser la clause de survie entre eux, rien n'empêcherait un investisseur d'une partie au TCE non membre de l'UE de lancer un recours contre les États qui se sont retirés. Une neutralisation *inter se* respecterait donc également la deuxième condition au titre de l'article 41(b)(ii) CVDT.

## Conclusion

Il existe un fondement juridique pour le retrait du TCE au moyen d'une neutralisation *inter se* de la clause de survie. Contrairement à la continuité de la protection des investissements existants dans les combustibles fossile et de certains investissements futurs au titre de la proposition d'amendement de l'UE, un tel retrait mettrait un arrêt immédiat à la protection des combustibles fossiles au titre du traité et au RDIE entre tous les pays se retirant. À court terme, cela réduirait significativement le risque de RDIE, compte tenu que 60 % des affaires fondées sur le TCE sont intra-européennes. Cela permettrait également à l'UE et ses États membres de respecter les objectifs climatiques de l'UE et le droit européen. Si d'autres États contractants se joignaient à ce retrait, le risque de RDIE contre les actions climatiques ambitieuses serait encore plus faible et pourrait ouvrir la voie au lancement de nouvelles négociations, sans contraintes, d'un traité réellement moderne sur l'énergie qui soutiendrait l'abandon accéléré des combustibles fossiles ainsi que la transition vers l'énergie renouvelable<sup>32</sup>.

## Auteur

**Nathalie Bernasconi-Osterwalder** est la directrice exécutive de IISD Europe et directrice de l'unité droit et politique économiques d'IISD. **Lukas Schaugg** est chercheur en droit économique international à IISD et chercheur doctoral en droit des investissements à la faculté de droit de Osgoode Hall, Toronto, Canada. **Amandine Van den Berghe** travaille comme juriste et avocate dans les domaines du commerce et de l'environnement chez ClientEarth depuis 2018.

<sup>29</sup> Cela est également soutenu dans l'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Barcelona Traction*, où la Cour a déterminé que les obligations liées à la protection diplomatique des investissements étrangers n'étaient pas contraignantes erga omnes partes. Voir CIJ (1970). *Barcelona Traction, Light and Power Company*, Arrêt, Rapports C.I.J., §33 ff.

<sup>30</sup> Voir Pauwelyn, J. (2003). *Conflicts of norms in public international law: How WTO law relates to other rules of international law*, at 436 ; Vidigal, G. (2013, novembre). From bilateral to multilateral law-making: Legislation, practice, evolution and the future of *Inter Se* agreements in the WTO. *European Journal of International Law*, 24(4), pp. 1027–1053, ici : 1042 ; Sadat-Akhavii, S.-A. (2003). *Methods of resolving conflicts between treaties*. Graduate Institute of International Studies (Series), Vol. 3. Brill Academic Publishers.

<sup>31</sup> Article 60 (2)(c) CVDT ; voir également l'article 42(b)(ii) du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États (2001).

<sup>32</sup> Voir The Creative Disrupters. (2018). *Treaty on sustainable investment for climate change mitigation and adaptation*, préparé dans le cadre d'une soumission au prix Stockholm Treaty Lab Prize. <https://stockholmtreatylab.org/wp-content/uploads/2018/07/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf>



## NOUVELLES EN BREF

### Des progrès dans les discussions structurées sur la facilitation de l'investissement

Les membres de l'OMC qui prennent part aux « discussions structurées » sur la facilitation de l'investissement se sont réunis à plusieurs reprises au cours du premier trimestre 2021. Ces réunions ont abouti à la diffusion du « texte de Pâques », un jalon important dans les discussions, qui regroupe plusieurs projets et textes précédents en un seul document. Ce texte constituera la principale base pour la rédaction de tout éventuel accord sur la facilitation de l'investissement.

Lors de la réunion de janvier, les délégués ont abordé les questions de l'admission et du séjour temporaire des hommes et femmes d'affaires dans le pays d'accueil de l'investissement ; des propositions de dispositions relatives au respect des lois nationales et des obligations internationales ; les normes en matière de santé publique, de travail, d'environnement et de sécurité ; et la responsabilité sociale et environnementale.

Les réunions de début mars ont poursuivi les travaux préparatoires pour le « texte de Pâques » final. Lors de ces réunions, les participants ont discuté de la possibilité d'un pare-feu qui isolerait l'accord sur la facilitation de l'investissement des AII. Un résumé de ces débats indique que la plupart des délégués ont reconnu qu'il était souhaitable d'éviter les situations où un futur accord sur la facilitation de l'investissement serait invoqué dans le contexte d'un arbitrage des investissements. À cette fin, certains membres ont proposé d'inclure une clause de non-importation. Les délégués ont également discuté de la manière de clarifier le concept de traitement au titre des dispositions NPF. Finalement, les membres ont unanimement convenu que les différends découlant de l'accord seraient réglés au titre du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC.

D'autres sujets ont été abordés pendant les discussions, notamment un « mécanisme de signalement des obstacles à l'activité économique », les questions liées à la conduite responsable des entreprises, la corruption, des propositions relatives aux exceptions générales, aux exceptions concernant la sécurité et aux exceptions financières.

Finalement, les délégations se sont rencontrées en avril pour commencer à travailler sur le texte de Pâques et pour convenir d'un calendrier de réunions en mai, juin et juillet, en amont de la Douzième conférence ministérielle de l'OMC (CM12) prévue en novembre-décembre 2021.

### Le GTIII de la CNUDCI se retrouve pour discuter du Plan de travail et de ressources ; les observateurs de la société civile font part de préoccupations

Le GTIII de la CNUDCI a repris les débats de sa 40<sup>ème</sup> session, permettant aux délégués de participer en ligne ou en présentiel, les 4 et 5 mai 2021. À l'ordre du jour figurait l'examen du projet de plan de travail et de ressources.

Publié en avril, le plan de travail présente un calendrier détaillé de réunions ainsi que les domaines de réforme à aborder. Ceux-ci incluent désormais les mécanismes alternatifs de règlement des différends et de prévention des différends ; la sélection et la nomination des arbitres ; le code de conduite des arbitres, et les réformes des règles de procédures du RDIE ; un centre consultatif multilatéral ; un mécanisme d'appel ; le tribunal multilatéral permanent des investissements ; et un instrument multilatéral pour la mise en œuvre des réformes.

Des projets de notes relatives à l'établissement d'un centre consultatif, au financement par les tiers, et au code de conduite à l'intention des arbitres ont été rendus publics.

Le commentaire sur le plan de travail indique que des ajustements et changements pourront être réalisés au fur et à mesure que les travaux avancent. Le



commentaire indique également que certaines des options identifiées dans ce plan ont été définies de manière volontairement large, pour couvrir « un certain nombre de questions transversales » soulevées lors des discussions jusqu'à ce jour.

Au total, le plan de travail propose 56 jours de réunions au cours des quatre prochaines années, avec la fin des sessions prévue pour 2025. Toutefois, certaines des propositions de réforme pourraient faire l'objet d'une « approbation de principe » avant cette date.

Les plans de travail et de ressources préoccupent tous deux les organisations de la société civile impliquées dans le processus de réforme du RDIE.

Un article récent du blog d'IISD note la réalité des tensions entre les délégations aux vues similaires et les délégations favorables au statu quo, et leur potentiel d'exacerbation. Il semblerait en effet qu'il y ait moins de consensus quant à la nécessité de réformer qu'initialement présumé, et « quelques délégations, avocats privés et groupements d'entreprises ont indiqué que le système actuel de l'arbitrage investisseur-État fonctionne assez bien pour eux, et qu'ils s'opposent à toute réforme significative, même si le GTIII était précédemment convenu qu'une réforme était souhaitable ».

De même, dans un article de blog récent, le CCSI avertissait que les options de réforme ayant pour effet d'amoinrir significativement le rôle du RDIE dans le régime de protection des investissements étaient écartées au profit de solutions plus techniques.

La prochaine session du GTIII de la CNUDCI est prévue du 15 au 19 novembre 2021.

## Les perspectives relatives à l'Accord global sur les investissements Chine-UE sont incertaines, alors que le Parlement européen vote la suspension des efforts de ratification

Le 20 mai 2021, le Parlement européen a voté pour la suspension des efforts de ratification de l'Accord global sur les investissements (AGI) « de principe » avec la Chine.

L'accord doit être approuvé par le Parlement européen et le Conseil de l'UE, qui regroupe les 27 chefs d'État, avant de devenir contraignant.

Annoucé en décembre 2020 après sept années de négociations, la CE a interrompu la ratification de l'accord après que Pékin ait sanctionné cinq responsables européens. Ces sanctions ont été imposées en réaction aux sanctions imposées contre des représentants chinois par plusieurs pays occidentaux, suite au traitement par la Chine des Ouïghours au Xinjiang.

D'après EuroNews, plus tôt dans le mois, la CE a émis la déclaration officielle suivante : « Dans ce contexte, les rétorsions chinoises visant des membres du Parlement européen, et une commission parlementaire entière, sont inacceptables et regrettables. Les perspectives de ratification [de l'accord d'investissement] dépendront de l'évolution de la situation ».

La Chancelière allemande, Angela Merkel, a indiqué que l'AGI était un « engagement important » malgré « toutes les difficultés qui se présenteront au cours du processus de ratification ». Durant sa participation à une conférence virtuelle de son groupe parlementaire de la CDU, Merkel a également indiqué que « nous ne pourrions pas faire face au changement climatique ou régler les questions à l'OMC ou d'autres problèmes mondiaux sans la Chine, ou contre elle ».



## Le point sur les différends européens dans le secteur de l'énergie

Comme nous l'avons indiqué, l'entreprise allemande Uniper avait notifié les Pays-Bas d'un différend relatif aux investissements l'année dernière, suite à l'annonce de la décision du pays d'abandonner les centrales au charbon d'ici à 2030. Tout comme RWE, une autre entreprise allemande d'énergie, Uniper donna suite à sa menace plus tôt dans l'année ; les deux entreprises avaient entamé les recours déposés auprès du CIRDI au titre du TCE ce printemps.

Par la suite, les Pays-Bas auraient demandé aux cours allemandes d'examiner le fondement juridique de ces recours, au motif que le mécanisme de règlement des différends du TCE est contraire au droit européen, suite à l'arrêt de la CJUE sur *Achmea*.

*Note de l'éditeur* : un article plus long sur la remise en question par la Belgique de la légalité du TCE au titre du droit européen est disponible [ici](#). Par ailleurs, dans ce numéro, nous expliquons en quoi le retrait du TCE est une possibilité qu'il vaut la peine d'envisager.

### L'Allemagne parvient à un accord de règlement avec Vattenfall dans un différend de longue date relatif à l'abandon du nucléaire

Mettant un terme à un différend d'une dizaine d'années, le gouvernement allemand a accepté d'indemniser quatre entreprises énergétiques suite à la décision d'abandonner l'énergie nucléaire d'ici à 2022, après la catastrophe de la centrale nucléaire japonaise de Fukushima en 2011. Annoncé le 5 mars 2021, l'accord inclut un versement total de 2,8 milliards EUR à l'entreprise suédoise Vattenfall, ainsi qu'à plusieurs entreprises nationales, et met un terme à tous les différends juridiques avec elles.

Suite à l'abandon du nucléaire, Vattenfall avait lancé auprès du CIRDI un arbitrage international en 2021 au titre du TCE, réclamant 4,7 milliards EUR au titre des pertes subies du fait de l'abandon de l'énergie nucléaire.

En 2016, la Cour constitutionnelle allemande avait déterminé que l'abandon était légal, tout en décidant que les entreprises affectées devaient être indemnisées. Vattenfall obtient gain de cause auprès d'une cour fédérale en novembre 2020, arguant que le gouvernement allemand n'avait pas mis en œuvre la décision de 2016. La procédure d'examen des recours de Vattenfall contre l'Allemagne a été suspendue le 11 mars 2021.

Vattenfall, qui opérait deux centrales nucléaires à Brunsbüttel et Krümmel dans le nord de l'Allemagne, recevra 1,43 milliards EUR, avant impôts.

## Le Canada publie son modèle 2021 d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers

Le 13 mai 2021, le Canada a annoncé avoir finalisé son modèle 2021 d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE), qui remplacera la mouture de 2014. D'après l'Affaire mondiale Canada, l'accord est le fruit de « vastes consultations publiques entamées en 2018 auprès d'un large éventail d'intervenants, notamment de la société civile et des syndicats, d'experts juridiques, de représentants d'entreprises canadiennes de toutes tailles, de représentants des provinces et des territoires, et de partenaires autochtones ».

Plusieurs modifications ont été apportées au texte, notamment le resserrement des définitions d'éléments clés et des dispositions de fond, ainsi que des modifications de la procédure d'arbitrage. Plusieurs de ces modifications s'inspirent des récentes pratiques bilatérales et régionales en matière de traités d'investissement, et étaient déjà reflétées dans certains accords récents conclus par le Canada tels que l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne.

Par exemple, la définition de l'investissement dans le nouvel accord précise qu'un investissement doit supposer « l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits, ou l'acceptation du risque ». Le nouvel accord exige également que « l'entreprise d'une partie » mène « des activités commerciales substantielles sur le territoire de cette Partie ».

Le nouveau modèle maintient toutefois une définition de l'investissement basée sur les actifs, avec une liste exhaustive d'exclusions.

Les dispositions sur le traitement national et NPF sont conservées dans le nouvel APIE, et couvrent, comme auparavant, les phases d'établissement, d'acquisition et d'expansion de l'investissement (communément appelées « droits préétablissement »). Toutefois, le nouveau modèle précise pour chacune de ces deux dispositions que les « circonstances similaires » dépendent de « l'ensemble des circonstances, y compris de la question de savoir si le traitement en question établit une distinction entre les investisseurs ou entre les investissements sur la base d'objectifs légitimes de politique publique ». De manière spécifique, la



définition de la NPF exclut de sa portée, aussi bien « les procédures de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États prévues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et d'autres accords commerciaux » que « [les] obligations de fond » contenues dans de tels accord.

Une autre modification concerne la clause sur la **norme minimale de traitement**, qui n'inclut plus de référence au TJE, et fournit une liste exhaustive de mesures pouvant violer cette norme. Une autre précision notable indique que l'expropriation indirecte n'inclut pas les mesures adoptées « de bonne foi pour protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, [qui] ne constitue[nt] pas une expropriation indirecte, même si elle[s] [ont] un effet équivalent à une expropriation directe ». Les critères d'évaluation de l'indemnisation en cas d'expropriation directe ou indirecte demeurent néanmoins inchangés et reposent sur la juste valeur marchande de l'investissement.

L'APIE de 2021 inclut de nouveaux articles, notamment un article sur le **droit de réglementer** pour « réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de l'environnement et la lutte contre le changement climatique; la protection sociale ou des consommateurs; ou la promotion et la protection de la santé, de la sécurité, des droits des peuples autochtones, de l'égalité des sexes et de la diversité culturelle ».

L'APIE de 2021 ajoute également un article sur la **conduite responsable des entreprises**, qui fait référence, en des termes exhortatifs, aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU. L'obligation des investisseurs à respecter les lois et règlement du pays d'accueil est également réaffirmée. On notera, en ce qui concerne les mesures fiscales, que toute « mesure prise par une Partie pour assurer l'observation de son régime fiscal ou empêcher l'évitement fiscal ou l'évasion fiscale » est exclue de la portée de l'Accord, sous réserve de ne pas établir « une discrimination arbitraire ».

Dès le préambule, et tout au long de l'accord, plusieurs références sont faites au droit des peuples autochtones, à la promotion de l'égalité des sexes et aux PME. Ainsi, le nouvel accord inclut une nouvelle **clause sur les exceptions générales** qui précise qu'aucun élément de l'accord n'empêche le Canada d'adopter ou de maintenir des mesures visant à réaliser les droits

découlant de traités relatifs aux peuples autochtones.

On notera également l'inclusion d'une nouvelle section sur la facilitation et la promotion des investissements, qui requiert par exemple d'une Partie « de [faire] en sorte que les procédures d'autorisation qu'elle adopte ou maintient ne compliquent pas ni ne retardent de façon indue l'établissement, l'acquisition, l'expansion[...] d'un investissement sur le territoire d'une Partie ».

L'accord conserve l'accès à l'arbitrage auprès du CIRDI, du MS-CIRDI et de la CNUDCI. Toutefois, l'APIE de 2021 présente quelques modifications de la procédure d'arbitrage, notamment l'obligation pour les parties de mener des consultations avant de présenter une demande d'arbitrage ; les parties sont également encouragées à « envisager une plus grande diversité parmi les arbitres, y compris par la nomination de femmes » ; l'adoption du **règlement de la CNUDCI sur la transparence** ; un article sur le **financement par des tiers**, qui exige la divulgation de tout accord de financement ; et un **code de conduite des arbitres**, incorporé dans l'accord.



## SENTENCES ET DÉCISIONS

### Le tribunal tranche en faveur des demandeurs dans un autre différend portant sur le secteur solaire espagnol ; l'arbitre à l'opinion divergente argue que le tribunal a toutefois surestimé le « droit de régler » de l'Espagne

**Lukas Schaugg**

Dans une autre affaire contre l'Espagne portant sur les énergies renouvelables, un tribunal CIRDI a accordé plus de 28 millions EUR à deux filiales de l'entreprise allemande RWE (conjointement, RWE). Le tribunal a rejeté l'objection à la compétence présentée par l'Espagne et fondée sur la nature intra-UE du différend et a conclu que le pays avait violé la norme TJE au titre de l'article 10(1) du TCE. La décision a été rendue le 18 décembre 2020.

#### Le contexte et les recours

Entre 1997 et 2007, l'Espagne a adopté une série de mesures législatives (mesures initiales), y compris le décret royal (DR) 661/2007, dans le but d'encourager le développement du secteur des énergies renouvelables au moyen d'un régime financier spécial (le régime spécial). Au titre de ces mesures, les producteurs d'énergie renouvelable recevaient une prime ou, alternativement, un tarif de rachat garanti (TRG) à un taux supérieur au marché pour l'électricité produite, à condition de s'enregistrer au préalable. Entre 2001 et 2011, RWE acquit des parts dans quatre centrales hydroélectriques et 16 parcs éoliens en Espagne auxquels le régime spécial s'appliquait.

Suite à la crise financière de 2008, le déficit tarifaire du secteur électrique espagnol était devenu intenable. Pour y répondre, l'Espagne promulgua une série de mesures législatives urgentes (les mesures contestées) entre 2012 et 2014. Elle imposa une taxe de 7 % sur tous les revenus obtenus par les producteurs, y compris ceux du secteur des énergies renouvelables (par la loi 15/2012). Elle remplaça également les TRG et primes du régime spécial par une garantie d'un retour raisonnable, fixé à 7,398 % avant impôts.

En réponse aux mesures contestées, RWE déposa une demande d'arbitrage auprès du CIRDI en décembre 2014, arguant qu'en promulguant les mesures contestées, l'Espagne avait violé l'article 10(1) du TCE. RWE plaidait notamment pour la violation des attentes légitimes, ainsi que le manquement à offrir la stabilité réglementaire, le TJE, le caractère raisonnable et la transparence.

#### Le tribunal rejette l'objection de l'Espagne fondée sur la nature intra-UE du différend mais retient l'objection à la compétence sur les mesures fiscales

Dans sa première objection à la compétence, l'Espagne affirmait que le tribunal n'avait pas compétence *ratione personae*, puisque les investisseurs n'étaient pas protégés par le TCE. Selon l'Espagne, contrairement aux exigences de l'article 26 du TCE, les demandeurs n'étaient pas de la *zone* d'un autre État contractant, puisque l'Allemagne et l'Espagne étaient déjà des États membres de l'UE lorsqu'elles ont ratifié le TCE.

Le tribunal avait réglé les questions de la compétence, de la responsabilité et certaines questions relatives au montant dans sa décision datée du 30 décembre 2019. En rejetant la première objection de l'Espagne, le tribunal affirma que la définition de « zone » se fondait sur les États individuels plutôt que sur l'UE dans son ensemble. Aucun élément de l'article 26 du TCE ne suggère que l'Espagne limitait son consentement à l'arbitrage aux seuls investisseurs de pays non européens. Si l'UE ou les États membres de l'UE avaient voulu nier l'accès à l'arbitrage des différends intra-UE, ils auraient pu inclure une clause de déconnexion dans le TCE (*quod non*).

En outre, le tribunal rejeta la primauté alléguée du droit de l'UE sur le TCE au titre de la CVDT soulignant le principe de *pacta sunt servanda*. Le droit de l'UE n'était pas une *lex posterior* au titre de l'article 30 de la CVDT, puisque l'article 16 du TCE établissait une règle de non-dérogation, qui s'appliquait, puisqu'elle était plus favorable à RWE. En outre, la conclusion des traités de l'UE n'équivalait pas à la résiliation ou suspension



impliquée du TCE entre les États membres de l'UE au titre de l'article 59 de la CVDT.

Le tribunal se rangea également du côté des demandeurs en décidant que la décision sur *Achmea* était distincte. Contrairement à la présente affaire, *Achmea* concernait un TBI auquel l'UE n'était pas partie. Dans tous les cas, aucune décision du droit européen n'était nécessaire pour résoudre le différend.

L'Espagne contestait également la compétence du tribunal sur les mesures fiscales compte tenu de l'exemption incluse à l'article 21 du TCE. Elle affirmait que, conformément à cette disposition, la taxe sur la valeur de la production d'énergie électrique, et la taxe sur l'utilisation des eaux continentales pour la production d'énergie électrique mises en œuvre en 2012 étaient exemptées de la portée du TCE. Le tribunal en convint et infirma sa compétence sur ces mesures spécifiques.

**Le tribunal affirme que l'Espagne n'a pas créé d'attentes légitimes mais a malgré tout violé le TJE en agissant de manière disproportionnée**

Le tribunal conclut que l'Espagne ne s'était pas spécifiquement engagée à maintenir le système initial de rémunération qui aurait été suffisant pour créer des attentes légitimes. La norme TJE du TCE devaient être interprétée de manière restreinte. Pour démontrer les attentes légitimes, la charge de la preuve revenait à RWE, qui devait démontrer que l'Espagne (1) avait pris un engagement spécifique (2) sur lequel RWE s'était *de fait* appuyé, et que (3) cet appui était raisonnable.

Le tribunal n'était pas d'accord avec l'allégation de RWE selon laquelle les mesures initiales contenaient un engagement spécifique que le régime spécial resterait en place. Une représentation sous la forme d'une loi nationale est une norme d'application générale et ne peut être omise par une promesse spécifique ou un engagement contractuel. Il en va de même pour l'enregistrement administratif des investissements. Le tribunal ne trouva pas non plus de preuves que RWE s'était en effet appuyée sur une telle représentation, puisque RWE avait conscience de la possibilité des changements réglementaires à l'heure de réaliser les investissements.

Toutefois, l'Espagne a malgré tout violé la norme TJE en agissant de manière disproportionnée. Le test approprié pour évaluer la proportionnalité consistait à déterminer si les changements réglementaires étaient (1) appropriés et (2) nécessaires pour réaliser l'intention législative, et (3) s'ils avaient placé un fardeau financier excessif sur les investisseurs. En effectuant le test, le tribunal accorda une marge raisonnable d'appréciation à l'État. S'agissant de la première condition, le tribunal considéra que les mesures contestées étaient appropriées, et avaient en effet permis de résoudre le déficit tarifaire. En concluant que le deuxième critère était satisfait, le tribunal rejeta également l'argument de RWE selon lequel l'Espagne disposait d'autres moyens moins restrictifs.

Le tribunal considéra cependant que les demandeurs devaient supporter un poids financier excessif s'agissant de certaines centrales, où le taux de retour interne était bien en-deçà de ce que l'Espagne considérait comme raisonnable.

**L'argument selon lequel des conditions réglementaires stables n'ont pas été accordées est rejeté**

Selon RWE, l'abrogation progressive des mesures initiales par l'Espagne équivalait à un manquement à maintenir des conditions réglementaires stables au titre de l'article 10(1) du TCE. Les demandeurs arguaient également que les mesures contestées étaient de nature rétroactives. À l'inverse, l'Espagne affirmait qu'elle (1) avait maintenu les éléments essentiels de modèles précédents de rémunération, (2) avait le droit d'adopter des mesures macroéconomiques raisonnables et proportionnées fondées sur une politique publique, et que (3) les mesures contestées n'étaient pas rétroactives (para. 605-609).

Selon le tribunal, le test pertinent pour évaluer la violation de l'engagement de stabilité consistait à déterminer « s'il y a eu une forme de changement total ou déraisonnable, ou de subversion, du régime juridique » (para. 610). Pour établir un tel changement, la question clé consiste à savoir si la mesure avait un « effet rétroactif injustifiable » (para. 613).

Compte tenu que la nouvelle législation maintenait essentiellement les éléments clés du régime initial, le



tribunal conclut que les mesures contestées n'équivalaient pas à une violation de la stabilité en général. Toutefois, sur un point spécifique, il donna raison aux demandeurs en concluant que la demande de facto de l'Espagne du remboursement de sommes spécifiques déjà payées par 10 centrales violait la norme TJE.

#### Les recours fondés sur le caractère raisonnable, la transparence et la clause parapluie sont rejetés

En accord avec les approches adoptées par les tribunaux dans *AES c. Hongrie* et *EDF c. Roumanie* pour tester le caractère raisonnable, le tribunal devait examiner s'il existait « une corrélation appropriée entre l'objectif de politique publique de l'État et la mesure adoptée pour l'atteindre » (para. 644). Le seuil du caractère déraisonnable étant élevé, le tribunal conclut que les mesures contestées seraient déraisonnables uniquement si elles étaient également disproportionnées. Il rejeta en outre l'allégation de RWE selon lequel la conduite de l'Espagne violait l'exigence de transparence contenue à l'article 10(1) du TCE. S'il acceptait que cet article créait en effet une exigence de transparence indépendante des attentes légitimes ou de la stabilité, le tribunal nota également que le seuil pour un recours fondé sur la transparence devait équivaloir à une violation de la norme TJE. Puisque l'Espagne avait publié les projets de textes législatifs, mené des consultations publiques et apporté des changements à-propos aux mesures contestées, le tribunal ne conclut pas à une violation du TJE compte tenu d'un manque de transparence.

Finalement, le tribunal contredit l'allégation des demandeurs selon laquelle la clause parapluie de l'article 10(1) du TCE ne faisait pas de distinction entre les obligations contractuelles et les mesures réglementaires. Se rangeant du côté de l'Espagne, le tribunal conclut qu'un lien consensuel direct était requis pour invoquer la clause parapluie et que ni les mesures contestées, ni l'enregistrement des centrales individuelles ne représentaient un tel lien (para. 679).

#### Pas de restitution ; attribution de dommages et de coûts

Le tribunal rejeta la demande de dédommagement de RWE affirmant que cela imposerait un fardeau disproportionné sur l'Espagne et concluant que la réparation intégrale pouvait être réalisée grâce à l'indemnisation.

Par ailleurs, le tribunal a géré les questions restantes sur le montant dans sa décision du 18 décembre 2020. S'agissant des repaiements obtenus par l'Espagne des dix centrales, le tribunal conclut que les demandeurs avaient le droit de recouvrer les sommes qui avaient réellement été payées. Il accepta le montant de 14,82 millions calculé conjointement par les experts de RWE et de l'Espagne.

S'agissant des dommages pour la violation de l'article 10(1) du TCE, les demandeurs arguèrent que la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie était la plus appropriée pour évaluer les pertes des investissements de RWE par rapport à la juste valeur de marché. Le défendeur affirmait quant à lui que cette méthode donnerait lieu à une surévaluation et indiqua que le tribunal devait appliquer une méthode fondée sur le coûts des actifs, « examinant s'ils sont recouverts et si un retour raisonnable est obtenu » (para. 720).

RWE alléguait que le bouclier fiscal disponible pour ses investissements (déductions fiscales liées aux pertes d'exploitation nettes, affaiblissements et dépréciation des données) devait être pris en compte à l'heure de calculer les dommages. Le tribunal en convint, affirmant qu'il devait s'évertuer de « reproduire la situation fiscale réelle des centrales ».

Le tribunal affirma que la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie conditionnelle devait être appliquée. Aussi, les dommages devaient être calculés sur la base d'un critère « sauf si » accompagné d'un plafond pour veiller à ce qu'aucune somme ne soit recouvrée au-delà de la référence du retour raisonnable de 7,398 %. Il accepta le taux d'escompte de 7,61 % suggéré par les experts de RWE.

Aussi, le tribunal accorda un montant d'environ 28 millions EUR plus intérêts composés pour les pertes causées par la violation par l'Espagne de l'article 10(1). En outre, le tribunal ordonna à l'Espagne de payer l'intégralité des coûts de l'arbitrage et une partie des frais juridiques de RWE.

#### L'opinion distincte de Judd Kessler

Dans une opinion distincte, l'arbitre Kessler était d'avis que l'Espagne avait en effet violé les attentes légitimes de RWE et que l'indemnisation aurait dû être plus substantielle. Selon lui, l'Espagne avait pris



un engagement spécifique de maintenir le régime initial en accordant des incitations financières aux investisseurs étrangers à des conditions spécifiques telles que les taux de rémunération et les années de validité. Selon lui, le tribunal s'était trompé en mettant l'accent sur le droit de l'Espagne de régler indiquant que la situation donnant lieu au différend « n'avait rien à voir avec une limite des pouvoirs réglementaires du défendeur » (para. 61).

*Remarques* : le tribunal était composé de Samuel Wordsworth QC (nommé par le secrétaire-général du CIRDI, de nationalité britannique), de Judd Kessler (nommé par les demandeurs, des États-Unis), et d'Anna Joubin-Bret (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision datée du 18 décembre 2020 et l'opinion distincte datée du 1er décembre 2020 sont disponibles sur [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4065/DS16032\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4065/DS16032_En.pdf). La décision sur la compétence, la responsabilité et certaines questions du montant datée du 30 décembre 2019 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11004.pdf>.

**Lukas Schaugg** est chercheur en droit économique international à IISD, et effectue sa recherche de doctorat en droit de l'investissement auprès de la Faculté de droit de Osgoode Hall, Toronto, Canada. Il détient une licence en droit international de King's College de Londres.



## RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

### RESSOURCES

#### **International Obligations Governing the Activities of Export Credit Agencies in Connection With the Continued Financing of Fossil Fuel-Related Projects and Activities (Obligations internationales régissant les activités des agences de crédit à l'exportation en lien avec le financement continu des projets et activités portant sur les combustibles fossiles)**

Cette opinion juridique, demandée par Oil Change International, présente les responsabilités des agences de crédit à l'exportation et des gouvernements vis-à-vis du financement des projets portant sur les combustibles fossiles. Disponible [ici](#).

#### **The Function of Equity in International Law (La fonction de l'équité dans le droit international)**

De Catherine Titi, Oxford University Press (2021)

L'ouvrage s'appuie sur l'arbitrage des investissements pour formuler un argument sur le rôle de l'équité dans le droit international. Disponible [ici](#).

#### **UNCTAD's SDG Investment Trends Monitor (Suivi des tendances de l'investissement dans les ODD de la CNUCED - avril 2021)**

Disponible [ici](#).

#### **We Need to Rethink Investment Treaties to Ensure a Rapid and Just Energy Transition (Nous devons repenser les traités d'investissement pour garantir une transition énergétique rapide et juste)**

De Kyla Tienhaara, IIED

Disponible [ici](#).

#### **Do Investor-State Dispute Settlement Cases Influence Domestic Environmental Regulation? The Role of Respondent State Bureaucratic Capacity (Les affaires de règlement des différends investisseur-État influencent-elles la réglementation environnementale nationale ? Le rôle de la capacité bureaucratique de l'État défendeur)**

De Tarald Laudal Berge et Axel Berger, Journal of International Dispute Settlement (mars 2021)

Disponible [ici](#).



© 2021 The International Institute for Sustainable Development  
Publié par l'Institut international du développement durable.

### **Institut International du Développement Durable (IISD)**

IISD est l'un des principaux centres mondiaux de recherche et d'innovation. L'Institut offre des solutions pratiques aux défis et aux possibilités croissantes que représentent l'intégration des priorités environnementales et sociales au développement économique. Nous rendons compte des négociations internationales et nous partageons les connaissances acquises par le biais de projets de collaboration, ce qui permet des recherches plus rigoureuses, des réseaux internationaux plus solides et une plus grande implication des chercheurs, des citoyens, des entreprises et des décideurs politiques.

IISD est enregistré en tant qu'organisme de bienfaisance au Canada et a le statut 501 (c) (3) aux États-Unis. IISD reçoit son principal soutien opérationnel de la part du gouvernement du Canada, fourni par le Centre international de recherche pour le développement international (CRDI) et de la province du Manitoba. L'Institut reçoit un financement pour les projets de la part de nombreux gouvernements à l'intérieur et à l'extérieur du Canada, des agences des Nations Unies, de fondations, du secteur privé et de particuliers.

### **Investment Treaty News (ITN)**

Les opinions exprimées dans cette publication ne reflètent pas nécessairement celles de IISD ou de ses donateurs, et ne sauraient leur être attribuées.

ITN reçoit volontiers des soumissions de travaux originaux non publiés.

Les demandes doivent être adressées à Zoe Phillips Williams à [zoe.williams@iisd.net](mailto:zoe.williams@iisd.net)

**Pour souscrire à ITN, veuillez vous rendre à la page: [www.iisd.org/itn/subscribe](http://www.iisd.org/itn/subscribe)**



**Investment Treaty News**



**IISD**

International Institute for  
Sustainable Development