



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

NUMÉRO 1. VOLUME 9. AVRIL 2018



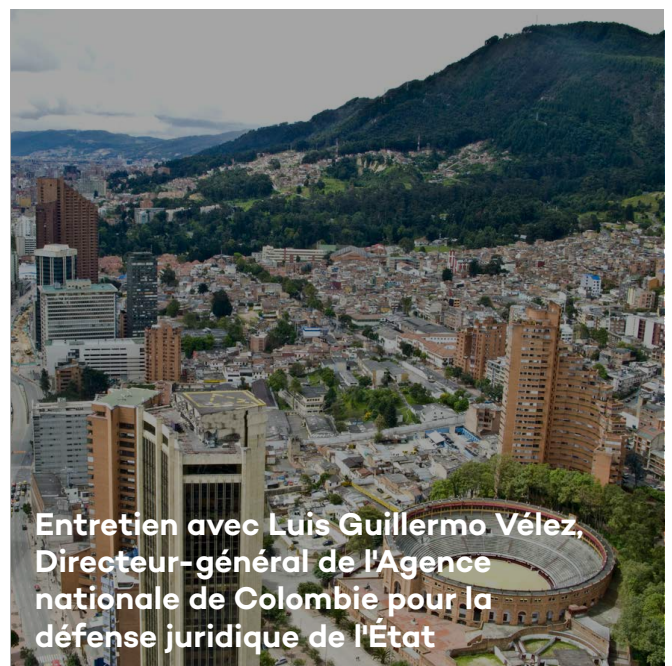
**Achmea : le début de la fin du RDIE en et avec l'Europe ?**

Laurens Ankersmit



**Le retrait du consentement à l'arbitrage investisseur-État et l'extinction des traités d'investissement**

Lise Johnson, Jesse Coleman et Brooke Güven



**Entretien avec Luis Guillermo Vélez, Directeur-général de l'Agence nationale de Colombie pour la défense juridique de l'État**





# Sommaire

<b>ARTICLE 1</b> <i>Achmea</i> : le début de la fin du RDIE en et avec l'Europe ? .....	3
<b>ARTICLE 2</b> Le retrait du consentement à l'arbitrage investisseur-État l'extinction des traités d'investissement.....	7
<b>ARTICLE 3</b> Entretien avec Luis Guillermo Vélez, Directeur-général de l'Agence nationale de Colombie pour la défense juridique de l'État .....	12
<b>NOUVELLES EN BREF</b> .....	14
Le Groupe de travail III de la CNUDCI se réunit à New York pour poursuivre ses discussions sur la réforme du RDIE .....	14
L'Accord prévoyant la création de la Zone de libre-échange continentale africaine (AfCFTA) a été signé au Rwanda .....	14
Le Conseil de l'Europe adopte des directives en matière de négociations : la Commission européenne est chargée de négocier une convention instituant un tribunal multilatéral des investissements.....	14
L'Accord global et progressif de Partenariat transpacifique (CPTPP) a été signé.....	14
Le RCEP se réunira pour discuter de l'investissement en juillet ; l'accord devrait être conclu en 2018 .....	15
<b>SENTENCES ET DÉCISIONS</b> .....	16
Un tribunal du CIRDI détermine que la Lettonie a violé la clause TJE du TBI Lettonie-Lituanie .....	16
Un tribunal du CIRDI rejette sa compétence : le Timor oriental n'a jamais consenti à l'arbitrage auprès du CIRDI .....	18
Un tribunal du CIRDI rejette une affaire en expropriation contre le Venezuela pour des motifs de compétence.....	19
Les recours relatifs à l'énergie solaire présentés par des investisseurs allemands contre la Tchéquie sont rejetés.....	21
Le Venezuela est reconnu coupable de l'expropriation illicite d'usines d'engrais .....	23
<b>RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS</b> .....	26

## INVESTMENT TREATY NEWS

International Institute for the Sustainable Development  
International Environment House 2  
9, Chemin de Ballexert, 5th Floor  
1219, Chatelaine, Geneva, Switzerland

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

Directrice du Groupe - Droit et Politique Économique  
Nathalie Bernasconi

Traduction Française  
Isabelle Guinebault

Rédacteur en Chef  
Martin Dietrich Brauch

Traduction Espagnole  
María Candela Conforti

Rédactrice, Version Française  
Suzy Nikiéma

Design (PDF)  
PortoDG

Rédactrice, Version Espagnole  
Marina Ruete

## ARTICLE 1

# Achmea : le début de la fin du RDIE en et avec l'Europe ?

Laurens Ankersmit



## 1. Introduction

Dans l'affaire C-284/16 *Achmea*, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a conclu qu'une clause relative à l'arbitrage contenue dans un Accord international d'investissement (AII) conclu entre deux États membres de l'Union européenne était incompatible avec le droit européen<sup>1</sup>. Cet arrêt primordial aura probablement d'importantes conséquences pour les clauses relatives à l'arbitrage en matière d'investissement contenues dans les traités et chapitres d'investissement actuels et à venir conclus par les États membres européens ou l'Union elle-même. Dans le présent article, j'aborde la décision du point de vue de la constitution de l'Union européenne, et analyse par la suite les éventuelles conséquences.

Pour comprendre la décision dans l'affaire *Achmea*, il est essentiel de comprendre la structure judiciaire unique de l'Union et la manière dont elle pourrait être affectée par le RDIE. Au titre des traités européens, les tribunaux des États membres et la CJUE collaborent et dialoguent pour régler les différends impliquant d'une manière ou d'une autre le droit de l'Union européenne. Par le biais de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), les tribunaux des États membres peuvent demander à la CJUE des précisions sur la manière d'appliquer le droit européen, et ils sont

ensuite tenus d'appliquer les réponses apportées par le CJUE. Cette dernière attache une grande importance à ce dialogue (elle qualifie le mécanisme de « clé de voute » du système juridictionnel de l'Union européenne, les juridictions des États membres « veillent à son respect »<sup>2</sup>) et ne permettrait, sous aucun prétexte, que la capacité des juridictions des États membres à utiliser la procédure de renvoi préjudiciel soit affectée.

La procédure de renvoi préjudiciel est fondamentale car elle permet de garantir l'application effective et uniforme du droit européen dans toute l'Union ainsi que le maintien des caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'Union européenne : le droit européen émane d'une source indépendante de droit – les Traités de l'Union européenne – qui agit de manière complètement indépendante du droit international et du droit national (il est « autonome ») et « prévaut » sur ces sources<sup>3</sup>. Afin de veiller à l'efficacité totale du droit européen, il est donc essentiel pour la CJUE que les juridictions des États membres conservent leur faculté de renvoi préjudiciel. Puisque les tribunaux RDIE soustraient en général les différends de la compétence des juridictions des États membres de l'Union européenne, et donc de l'ordre juridique de l'Union, la décision de l'affaire *Achmea* n'était pas vraiment une surprise pour les connaisseurs du droit de l'Union européenne<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Avis 2/13 Adhésion à la CEDH EU:C:2014:2454, para. 176, tiré de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=FR>; Avis 1/09 Jurisdiction du brevet européen et communautaire [2011] ecr i-1137, para. 66, tiré de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62009CV0001>.

<sup>3</sup> Affaire 284/16 République slovaque c. *Achmea*, *supra* note 1, para. 32-38.

<sup>4</sup> Voir la liste des billets postés : Schepel, H. (2018, mars 23). From conflicts-rules to field preemption: *Achmea* and the relationship between EU law and international investment law and arbitration. *European Law Blog*. Tiré de <http://europeanlawblog.eu/2018/03/23/from-conflicts-rules-to-field-preemption-achmea-and-the-relationship-between-eu-law-and-international-investment-law-and-arbitration>; Niemelä, P. (2018, mars 18). *Achmea* – A perspective from international (investment) law. *European Law Blog*. Tiré de <http://europeanlawblog.eu/2018/03/15/achmea-a-perspective-from-international-investment-law/>; Thym, V.D. (2018, mars 9). The CJEU ruling in *Achmea*: Death sentence for autonomous investment protection tribunals. *EU Law Analysis*. Tiré de <http://eulawanalysis.blogspot.be/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html>; Hindelang, S. (2018, mars 9). The limited immediate effects of CJEU's *Achmea* Judgement. *Verfassungsblog*. Tiré de <https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeu-achmea-judgement/>; Szilágyi, S.G. (2018, mars 7). The CJEU Strikes Again in *Achmea*. Is this the end of investor-State arbitration under intra-EU BITs? *International Economic Law and Policy Blog*. Tiré de <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2018/03/guest-post-the-cjeu-strikes-again-in-achmea-is-this-the-end-of-investor-state-arbitration-under-intr.html>; Requejo, M. (2018, mars 8). A European law reading of *Achmea*. *Conflict of Laws.net*. Tiré de <http://conflictoflaws.net/2018/a-european-law-reading-of-achmea/>.

<sup>1</sup> Affaire 284/16 République slovaque c. *Achmea* EU:C:2018:158, tiré de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284>.



## 2. L'affaire *Achmea*

L'affaire *Achmea* portait surtout sur un renvoi préjudiciel de la Cour fédérale de justice d'Allemagne pour déterminer si le droit européen empêchait l'application d'une clause d'arbitrage contenue dans un AII conclu entre États membres de l'Union européenne. La Slovaquie avait contesté, auprès des tribunaux allemands, la compétence d'un tribunal d'investissement constitué au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Pays-Bas-Slovaquie. Un investisseur néerlandais (*Achmea*) avait saisi ce tribunal arbitral au sujet du renversement partiel de la décision de 2004 du gouvernement slovaque de privatiser le marché de l'assurance santé. En 2007, la Slovaquie avait interdit la distribution des bénéfices générés par les activités des assurances santé privées. Le tribunal d'investissement considéra qu'il s'agissait d'une violation du TBI et accorda des dommages de 22,1 millions € à *Achmea*.

Mais le différend entre *Achmea* et la Slovaquie touche également au droit de l'Union européenne puisque les entreprises établies dans l'Union peuvent s'appuyer sur les libertés fondamentales du marché interne de l'UE, notamment la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement. Ces droits sont garantis par les tribunaux des États membres de l'Union. En outre, en tant que « gardienne des traités de l'Union européenne », la Commission européenne peut lancer des procédures d'infraction contre les États membres de l'Union qui violeraient ces libertés. La Commission avait toutefois mis fin à cette procédure contre la Slovaquie suite à une décision de la Cour constitutionnelle slovaque et à l'amendement légal apporté par la suite autorisant de nouveau la distribution de bénéfices. Aussi, *Achmea* aurait pu poursuivre la Slovaquie devant les cours slovaques au titre de sa responsabilité non-contractuelle pour violation du droit européen. L'entreprise choisit plutôt de soumettre le différend à un tribunal d'investissement au titre du TBI, probablement dans l'espoir d'obtenir une décision plus favorable. Ce qui n'est pas surprenant quand on sait que le régime du droit des investissements a tendance à accorder moins de respect aux intérêts des États que l'ordre juridique de l'Union européenne<sup>5</sup>.

La décision de la CJUE est aussi claire que constitutionnelle, et aborde trois éléments clé de la clause d'arbitrage du TBI qui la rendent incompatible avec le système judiciaire de l'Union européenne et le

concept d'autonomie du droit européen.

Après avoir rappelé les caractéristiques essentielles de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne (para. 32-38), la Cour établit que les différends sur lesquels un tribunal arbitral pourrait être amené à se prononcer « sont susceptibles d'être relatifs à l'interprétation ou à l'application du droit de l'Union » (para. 39). Pour la CJUE, le simple fait qu'un tribunal pourrait « tenir compte notamment du droit en vigueur de la partie contractante concernée ainsi que de tout accord pertinent entre les parties contractantes » suffisait à tirer cette conclusion (para. 40-42).

Après avoir souligné un point important, à savoir que les tribunaux arbitraux pourraient être amenés à interpréter le droit de l'Union, la CJUE s'est attelée à déterminer si ces tribunaux faisaient partie du système judiciaire de l'Union. Si tel était le cas, ces tribunaux seraient assujettis à l'article 267 TFUE, et donc la pleine efficacité du droit de l'Union pourrait être maintenue, puisque ces tribunaux pourraient, entre autres, procéder à des renvois préjudiciels. Sur ce point spécifique, l'avocat général Wathelet a argué que les tribunaux d'investissement établis au titre d'un AII conclu entre États membres de l'Union pourraient être considérés comme étant une juridiction « commune à deux États membres [de l'Union] », comparable à la Cour de justice du Benelux<sup>6</sup>. En d'autres termes, il arguait que les tribunaux d'investissement ne sont pas une alternative internationale indépendante aux juridictions nationales, mais en font partie. La CJUE conclut toutefois simplement que « le tribunal arbitral ne constitue pas un élément du système juridictionnel établi aux Pays-Bas et en Slovaquie ». Elle indiqua que « [c]'est d'ailleurs précisément le caractère dérogatoire de la juridiction de ce tribunal, par rapport à celle des juridictions de ces deux États membres [de l'Union européenne], qui constitue l'une des principales raisons d'être » de la clause d'arbitrage en question (para. 45).

Puisque le tribunal d'investissement pourrait être amené à interpréter ou appliquer le droit européen, sans toutefois faire partie du système judiciaire de l'Union, le troisième et dernier point d'examen de la CJUE consistait à déterminer si les décisions rendues par le tribunal étaient soumises au contrôle d'un tribunal d'un État membre de l'Union. Pour la CJUE, cela est nécessaire pour garantir « que les questions de droit de l'Union que ce tribunal pourrait être amené à traiter

<sup>5</sup> Voir Niemelä, *supra* note 4.

<sup>6</sup> Affaire 284/16 *Achmea*, *supra* note 1, para. 84-131.



puissent, éventuellement, être soumises à la Cour dans le cadre d'un renvoi préjudiciel » (para. 50). En d'autres termes, il est essentiel pour la CJUE que le système judiciaire de l'Union contrôle pleinement l'interprétation et l'application potentielles du droit de l'Union.

Ici, la Cour tire deux conclusions importantes. D'abord, elle souligne que le tribunal arbitral est libre de choisir son siège et par conséquent le droit applicable au contrôle de la validité des décisions. Ensuite, elle note qu'au titre du droit national allemand, le contrôle judiciaire de la décision arbitrale est très limité. Selon la CJUE, si cela est acceptable dans le contexte de l'arbitrage commercial, l'arbitrage en matière d'investissements est fondamentalement distinct. Il « résulte d'un traité, par lequel des États membres [de l'Union] consentent à soustraire à la compétence de leurs propres juridictions et, partant, au système de voies de recours juridictionnel que [le droit européen] leur impose d'établir dans les domaines couverts par le droit de l'Union, des litiges pouvant porter sur l'application ou l'interprétation de ce droit » (para. 55).

Ces trois caractéristiques clé de l'arbitrage en matière d'investissement (possibilité d'interpréter le droit européen, ne pas faire partie du système judiciaire de l'Union, et moyens de contrôle de la validité des décisions limités) a mené la CJUE à conclure que les États membres de l'Union « ont instauré un mécanisme de résolution de litiges opposant un investisseur à un État membre [de l'Union] susceptible d'exclure que ces litiges, alors même qu'ils pourraient concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, soient tranchés d'une manière garantissant la pleine efficacité de ce droit » (para. 56). La CJUE ajoute que la clause d'arbitrage « est de nature à remettre en cause, outre le principe de confiance mutuelle entre les États membres [de l'Union], la préservation du caractère propre du droit institué par les traités, assurée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, et n'est dès lors pas compatible avec le principe de coopération loyale » (para. 58).

### 3. Commentaire et analyse

La décision de l'affaire *Achmea* appelle à un certain nombre de commentaires quant à l'approche par la CJUE des tribunaux d'investissement et quant aux conséquences de la décision pour ce qui est du règlement des différends investisseur-État (RDIE) en Europe.

Tout d'abord, non seulement la décision confirme le fort attachement de la CJUE au maintien des pouvoirs des juridictions nationales, mais elle illustre également

comment la CJUE voit les tribunaux d'investissement. Elle ne les considère pas comme faisant partie du système judiciaire de l'Union, ni comme un complément international du système judiciaire de l'Union. Elle les considère plutôt comme des rivaux et des menaces au système judiciaire de l'Union. Cette décision distingue également le RDIE des mécanismes entre États au titre du droit international. Pour la CJUE, les États membres de l'UE excluent, par le biais des clauses d'arbitrage, les différends de la juridiction de leurs propres tribunaux et par conséquent du système de recours judiciaires que le droit européen leur exige d'établir dans les domaines couverts par le droit européen.

La CJUE ne s'inquiète pas tant du conflit existant entre le droit européen et le droit international des investissements. Elle s'inquiète plutôt du fait qu'un différend impliquant *potentiellement* des questions de droit européen soit exclu de la compétence des cours européennes. Pour la CJUE, cela pose un problème car les États membres de l'Union sont tenus, au titre de l'article 19 TUE, de garantir que leurs propres tribunaux soient en mesure d'offrir des voies de recours dans les domaines couverts par le droit européen. Il s'agit là d'une doctrine aux conséquences potentielles d'une portée considérable fondée sur le fait d'empêcher tout différend pouvant être réglé par le système judiciaire de l'Union de tomber dans les mains des tribunaux d'investissement, plutôt que sur le fait d'éviter un conflit réel et direct entre le droit européen et le droit des investissements<sup>7</sup>.

Quelle est la portée des conséquences de la décision de l'affaire *Achmea* pour l'arbitrage en matière d'investissements ? Bien évidemment, les TBI intra-européens comportant des clauses d'arbitrage sont affectés (il existe actuellement environ 200 de ces TBI). Si la CJUE ne peut invalider le TBI Pays-Bas-Slovaquie, le droit européen exige des tribunaux nationaux qu'ils mettent de côté et empêchent l'application des clauses du droit national et international qui sont incompatibles<sup>8</sup>. Cela signifie que, dans la pratique, l'exécution des décisions découlant de tels tribunaux dans les juridictions des États membres de l'Union est devenue légalement impossible. En outre, de telles décisions peuvent être contestées auprès des tribunaux européens. Cela s'applique également aux décisions rendues par les tribunaux du Centre international pour

<sup>7</sup> Schepel (2018), *supra* note 4.

<sup>8</sup> Affaire 106/77 Simmenthal II EU:C:1978:49, para. 17, tiré de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61977CJ0106> ; Affaire 121/85 Conagate Limited c. HM Customs & Excise, EU:C:1986:114, para 26, tiré de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61985CJ0121>.



le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), puisque le droit européen prévaut sur toute obligation entre États membres de l'Union au titre du droit international incompatible<sup>9</sup>. En outre, la Commission pourrait relancer ses procédures d'infraction contre les États membres de l'Union qui ne mettraient pas fin à leur TBI intra-européens<sup>10</sup>. Au titre des traités de l'Union européenne, la Commission peut lancer, auprès des cours de l'Union européenne, une action contre les États membres qui violeraient les lois de l'Union. Cela peut aller jusqu'à l'imposition de sanctions financières aux États membres. Finalement, des entités individuelles, telles que des organisations non-gouvernementales, pourraient commencer à contester la validité de ces TBI intra-européens auprès des tribunaux des États membres de l'Union.

La question de l'avenir des TBI extra-européens, c'est-à-dire ceux conclus entre un État membre de l'Union et un État tiers, est plus complexe. La force du raisonnement de la CJUE démontre clairement que les clauses d'arbitrage contenues dans de tels accords ne sont pas à l'abri d'une contestation<sup>5</sup>. En effet, les tribunaux constitués au titre de ces traités pourraient très bien soustraire certains différends impliquant des questions touchant au droit et voies de recours européens des tribunaux des États membres de l'Union. Par conséquent, les États membres européens pourraient être sommés de mettre fin à ces accords, et l'on peut douter de la force exécutoire des décisions en découlant auprès des tribunaux des États membres. Il faudra malgré tout attendre une décision définitive ultérieure de la CJUE sur la question. Dans tous les cas, les États membres pourraient continuer d'être en mesure de respecter leurs obligations au titre des TBI conclus avant leur adhésion à l'Union par le biais de l'article 351 TFUE. Cet article autorise les États membres de l'Union à honorer leurs engagements internationaux envers des pays tiers contractés avant leur adhésion à l'Union européenne. Cependant, le libellé de cet article suggère qu'il s'agit seulement des obligations des États membres de l'Union vis-à-vis d'autres États, et non pas vis-à-vis d'individus<sup>11</sup>. Il impose en outre aux États membres de prendre toutes les mesures nécessaires en vue d'éliminer

les incompatibilités, notamment la dénonciation d'accords internationaux<sup>12</sup>. De même, les obligations au titre de la Convention du CIRDI et l'exécution des décisions du CIRDI pourraient soulever des questions juridiques similaires.

Pour terminer, la décision de l'affaire *Achmea* jette un voile noir sur les AII contenant une forme de RDIE et négociés par l'Union européenne elle-même. La Commission a pris des précautions dans les accords récemment négociés, tels que l'Accord économique et commercial global (AECG) avec le Canada<sup>13</sup>. Nous verrons, dans l'Avis à venir 1/17 sur l'AECG de la CJUE, si ces précautions sont suffisantes<sup>14</sup>. Dans son avis 2/15, la CJUE affirmait déjà qu'un mécanisme RDIE comparable à celui de l'AECG dans l'Accord de libre-échange (ALE) UE-Singapour excluait certains différends de la juridiction des États membres de l'Union<sup>15</sup>. Et ces différends pourraient tout à fait, en tous cas dans l'abstrait, relever des domaines couverts par le droit européen.

#### Auteur

**Laurens Ankersmit** est juriste chez ClientEarth, organisation à but non-lucratif pour le droit de l'environnement basée à Londres, Bruxelles et Varsovie.

<sup>9</sup> L'article 351 TFUE ne peut être invoqué dans un contexte intra-européen. Voir l'affaire C-301/08 Bogiatzi c. Deutscher Luftpool et Autres [2009] ECR I-10185, para. 16-20, tiré de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62008CC0301>.

<sup>10</sup> Elle avait déjà lancé de telles procédures, qui ont été temporairement suspendues dans l'attente de la décision dans l'affaire *Achmea*. Voir [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-3125\\_fr.htm?locale=FR](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3125_fr.htm?locale=FR) au point 6.

<sup>11</sup> Affaire 812/79 Attorney General c. Burgoa [1980] ECR 2787, tiré de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61979CJ0812>.

<sup>12</sup> Voir par exemple Affaire C-249/06 Commission c. Suède EU:C:2009:119, tiré de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0249>.

<sup>13</sup> L'article 8.31 de l'AECG contient diverses dispositions visant à garantir que les tribunaux d'investissement constitués au titre de l'AECG n'interpréteront pas le droit européen. Pour une évaluation détaillée de ces sauvegardes, voir Ankersmit, L. (2016). The compatibility of investment arbitration in EU trade agreements with the EU judicial system. *Journal for European Environmental and Planning Law*, 13(1), 46-63.

<sup>14</sup> Cet Avis a été demandé par la Belgique après une crise relative à la signature de l'AECG en octobre 2016. Pour plus de détails, voir Ankersmit, L. (2016, décembre). Belgium requests an opinion on Investment Court System in CETA. *elmi Review*, 2, 54-58. Tiré de [https://www.researchgate.net/publication/321703966\\_Belgium\\_Requests\\_an\\_Opinion\\_on\\_Investment\\_Court\\_System\\_in\\_CETA](https://www.researchgate.net/publication/321703966_Belgium_Requests_an_Opinion_on_Investment_Court_System_in_CETA).

<sup>15</sup> Avis 2/15 ALE UE-Singapour U:C:2017:376, para. 292. Tiré de [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62015CV0002\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62015CV0002(01)).



## ARTICLE 2

# Le retrait du consentement à l'arbitrage investisseur-État et l'extinction des traités d'investissement

Lise Johnson, Jesse Coleman et Brooke Güven



## 1. Le RDIE et la situation actuelle

Il est de plus en plus difficile de justifier le règlement des différends investisseur-État (RDIE). Même les gouvernements qui étaient parmi ses plus fervents soutiens – tels que les États membres de l'Union européenne et les États-Unis – changent maintenant de cap. Les gouvernements et autres parties-prenantes ont pointé du doigt toute une série de problèmes dans le RDIE, notamment :

- L'absence d'uniformité et de cohérence dans l'interprétation du droit,
- Sa nature asymétrique, les implications du régime d'incitations des avocats et des arbitres, et les effets subséquents sur le développement du droit,
- L'absence de (mécanisme garantissant l') indépendance et l'impartialité des arbitres et des institutions arbitrales,
- La capacité limitée de parties concernées et affectées par les différends à participer activement aux arbitrages,
- Les moyens limités permettant de contester les décisions fondées sur des erreurs de faits ou de droit, ou pour leur incohérence avec la politique publique,
- Les moyens limités d'évaluation publique et de contrôle des accords de règlement amiable.

En outre, lorsqu'il est couplé aux normes de fond qu'il protège, l'efficacité du RDIE en tant qu'outil politique est de plus en plus contestée puisqu'il n'existe aucune preuve empirique de résultats positifs. Un article important, récemment publié par l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE), remarquait que les données peu concluantes ne permettaient pas de déterminer que les Accords internationaux d'investissement (AII) donnent lieu à une augmentation de l'Investissement étranger direct (IED), et encore moins que l'IED influencé par les AII a des retombées positives pour les pays d'accueil et d'origine. Ces données ne permettent pas non plus d'affirmer que les AII contribuent à la dépolitisation des différends ou à l'amélioration des institutions nationales<sup>1</sup>.

Les États et autres parties-prenantes sont également de plus en plus conscients de la nécessité de concevoir des politiques adaptées visant à encourager certains types d'investissements qui permettront de maximiser leur capacité à réaliser les Objectifs du développement durable (ODD), ce qui peut également impliquer de décourager les investissements peu respectueux de l'environnement, des structures sociales, des individus ou de l'économie de l'État hôte.

Les AII et le RDIE sont de solides outils de protection de l'investissement, mais ils ne traitent pas l'investissement étranger, et encore moins l'IED, avec autant de subtilité ou à cette fin. Ils protègent tous les investisseurs et investissements couverts, quels que soient les motivations des investisseurs, sans savoir si cette protection est pertinente pour ce qui est de la décision d'investir ou si les investissements contribuent (ou non) à la réalisation des ODD. Aussi, en tant qu'outils de gouvernance, le RDIE et les AII d'ancienne génération sont à la fois inefficaces, puisqu'ils offrent des

<sup>1</sup> Pohl, J. (2018). *Societal benefits and costs of International Investment Agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence*. Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2018/01. Paris : Publication OCDE, Paris. Tiré de <http://dx.doi.org/10.1787/e5f85c3d-en> ; Johnson et al. (2018). *Costs and benefits of investment treaties: Practical considerations for states*. Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) ; Bonnitcha, J. (2017). *Assessing the impacts of investment treaties: Overview of the evidence*. Institute international pour le développement durable (IISD). Tiré de <http://www.iisd.org/library/assessing-impacts-investment-treaties-overview-evidence>.



avantages superflus et coûteux, et malavisés, puisqu'ils ont le potentiel de saper les politiques visant à garantir un investissement étranger durable. En bref, ils sont complètement inadaptés aux réalités modernes.

## 2. Les obstacles à une réforme opportune et significative

La prise de conscience et le mécontentement croissants à l'égard des normes de fond des AII et du RDIE ont suscité la nécessité d'établir une nouvelle voie à suivre dans l'élaboration de politiques internationales d'investissement. Des processus de réforme sont maintenant en cours aux échelons national, bilatéral et multilatéral, et certaines initiatives, comme celle de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) sont prometteuses. L'on ne sait cependant toujours pas si ces efforts régleront efficacement les problèmes à l'origine de ce mécontentement, et, s'ils y parviennent, combien de temps cela prendra.

**"En tant qu'outils de gouvernance, le RDIE et les AII d'ancienne génération sont à la fois inefficaces, puisqu'ils offrent des avantages superflus et coûteux, et malavisés, puisqu'ils ont le potentiel de saper les politiques visant à garantir un investissement étranger durable. En bref, ils sont complètement inadaptés aux réalités modernes."**

La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a catalogué différentes manières de régler les problèmes découlant des AII d'ancienne génération, notamment par le biais d'interprétations de traités, d'amendements, de remplacement, de consolidation ou d'extinction<sup>2</sup>. Chacune de ces options présente des avantages et des inconvénients, notamment pour ce qui est de la facilité

de mise en œuvre et de l'efficacité<sup>3</sup>. L'un des principaux obstacles à la réforme est la nature et le nombre d'accords. Ils se comptent par milliers, et il n'est pas rare qu'un pays individuel soit Partie à de très nombreux accords bilatéraux. Le fait d'amender ou d'interpréter un traité au cas-par-cas est chronophage et il est souvent très difficile de tomber d'accord avec les parties à un traité.

L'une des voies possibles consiste à adopter un nouvel instrument plurilatéral ou multilatéral dans le but de réformer plusieurs traités à la fois. C'est d'ailleurs l'idée à l'origine de la Convention de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondée sur des traités, élaborée au sein de la CNUDCI. Bien que la Convention de Maurice reflète une stratégie prometteuse, elle fait également la lumière sur les difficultés. Au 1<sup>er</sup> mars 2018, soit huit ans après le lancement de la réforme sur la transparence par la CNUDCI, la Convention comptait trois parties<sup>4</sup>. Ce délai, couplé au fait que la réforme n'ait porté que sur la question relativement limitée de la transparence, laisse à penser qu'il faudra des années, voire des décennies, pour apporter des changements profonds et plus larges aux AII et au RDIE.

Certains États préfèrent passer par la création d'un tribunal bilatéral ou multilatéral des investissements (éventuellement par le biais de la procédure CNUDCI). L'on ne sait toutefois toujours pas si un instrument multilatéral fera l'objet d'un accord dans le cadre de la CNUDCI ou ailleurs, et, le cas échéant, s'il réglerait efficacement les problèmes identifiés ou s'il entraînerait des conséquences imprévues du fait de l'institutionnalisation accrue de normes de fond problématiques. En outre, il faudra peut-être attendre des décennies avant que ce tribunal ne soit établi et puisse recevoir des plaintes.

S'il est encourageant de voir certains pays s'engager sérieusement sur le chemin de la réforme, les processus de réforme en cours et toute mesure politique en découlant restent incertains et pourraient prendre du temps. D'ici là, les États continueront d'assumer les risques injustifiés liés au système défectueux du RDIE.

<sup>2</sup> Voir la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2017, juin). Phase 2 of IIA reform: Modernizing the existing stock of old-generation treaties. *IIA Issues Note*, 2. Tiré de [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d3_en.pdf).

<sup>3</sup> Voir les documents "rapporteurs report back" (rapports des rapporteurs) portant sur les sessions en petit groupe tenues lors de la Conférence annuelle de haut-niveau de la CNUCED sur les AII : Phase 2 de la réforme des AII (octobre 9-11 2017), disponibles sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Pages/2017-edition-of-unctad-s-high-level-annual-iaa-conference-phase-2-of-iaa-reform>.

<sup>4</sup> Voir la collection des Traités des Nations Unies, [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg\\_no=XXII-3&chapter=22&lang=fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XXII-3&chapter=22&lang=fr) (au 1<sup>er</sup> mars 2018). La Convention de Maurice est entrée en vigueur en octobre 2017.





Compte tenu de ces problèmes, nous suggérons aux gouvernements désireux de réformer le système deux actions à court-terme permettant de régler les préoccupations bien connues et relatives au système actuel du RDIE, en parallèle des travaux à plus long-terme qu'il mènent au sein de la CNUDCI ou ailleurs, sur de nouveaux modèles et approches. Ces deux alternatives pragmatiques à court termes sont : (1) le retrait du consentement au RDIE et (2) l'extinction des traités d'investissement<sup>5</sup>. Nous présentons ci-après les avantages et inconvénients de chacune, mettant l'accent sur la faisabilité juridique et pratique.

### 3. Le retrait du consentement à l'arbitrage investisseur-État

Le retrait du consentement à l'arbitrage investisseur-État pourrait s'avérer être une mesure controversée, mais elle contribuerait à répondre aux préoccupations des États quant aux traités existants, tout en leur permettant de se concentrer sur le développement d'une nouvelle approche. Elle restreindrait les interprétations problématiques des normes de fond obsolètes contenues dans les AII d'ancienne génération faites par les tribunaux RDIE. En même temps, elle permettrait de refléter l'engagement d'un État envers un cadre international, car ceux-ci resteraient liés par leurs obligations au titre des traités existants. Ces obligations ne seraient cependant soumises qu'au seul règlement des différends entre États, et seraient donc moins susceptibles de donner lieu à des interprétations imprévues, contradictoires et imprévisibles des dispositions controversées. Cette mesure permettrait aussi aux États de clarifier que leur décision de suivre cette voie ne reflète pas une opposition à l'investissement étranger ou au droit international, mais au RDIE seulement, et qu'elle a été prise pour répondre de manière responsable et rapide à ce problème maintenant bien reconnu.

Les États peuvent retirer leur consentement à ce type d'arbitrage de manière unilatérale, bilatérale, plurilatérale ou multilatérale. Un instrument élaboré conjointement, que les États pourraient signer à titre individuel, pourrait permettre de réduire les messages et réactions négatifs. L'efficacité de cette option n'est pas garantie, puisque les investisseurs contesteraient probablement la légalité

du retrait du consentement, et les arbitres pourraient éventuellement trancher en leur faveur. Quand bien même, le retrait du consentement pourrait créer un équilibre bienvenu entre changement et stabilité, en continuant d'offrir les protections des traités et le règlement des différends, tout en s'attaquant au RDIE alors que les efforts de réforme se poursuivent.

### 4. L'extinction des traités d'investissement

La deuxième possibilité pour les États consiste à mettre fin à leurs AII. Si l'extinction des traités d'investissement a peut-être prêté à controverse, elle n'est, en général, pas exceptionnelle. Une étude de 2005 constatait par exemple<sup>6</sup>

1 546 occurrences de résiliation et de retrait sur les 5 416 accords multilatéraux enregistrés auprès des Nations Unies entre 1945 et 2004. [...] Compte tenu de ces résultats, l'étude concluait que « les dénonciations et retraits sont un élément régulier de la pratique moderne des traités, des mesures peu fréquentes mais qui ne sont guère les actes isolés ou aberrants que la sagesse populaire suggère ».

Cette option cherche à éliminer les obligations des traités d'investissement considérés comme obsolètes. Pour les États qui considèrent que les coûts de leurs traités surpassent leurs bénéfices (non-démontrés), l'extinction des AII existants est une question de bon sens politique. Elle apporterait également aux États une plus grande certitude quant à leur risque de faire face à des recours ou actions en responsabilité, et permettrait de créer de nouvelles bases sur lesquelles les États d'accueil et d'origine pourraient développer des politiques tenant compte de pratiques permettant d'attirer et de régir les investissements conformément aux ODD, et les mettre en œuvre.

Un État peut, comme certains l'ont déjà fait, indiquer à titre unilatéral son intention de mettre fin à tout ou partie de ses traités. Il peut arriver à cette fin par le biais d'accords bilatéraux, plurilatéraux ou multilatéraux. Une approche multilatérale basée sur une adoption volontaire pourrait réduire la pression sur les gouvernements mettant fin à leurs traités, leur permettant de communiquer plus clairement que leurs mesures ne visent pas les investisseurs étrangers mais le RDIE et les AII d'ancienne

<sup>5</sup> Porterfield, M. C. (2014, août 14). Aron Broches et le retrait des offres unilatérales de consentement à l'arbitrage investisseur-État. *Investment Treaty News*, 5(3). Tiré de [http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd\\_itn\\_august\\_2014\\_fr.pdf](http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd_itn_august_2014_fr.pdf) (cet article aborde les bases juridiques du retrait du consentement ainsi que ses implications) ; Howse, R. (2017, mars 9). A short cut to pulling out of investor-state arbitration under treaties: Just say no. *International Economic Law and Policy Blog*. Tiré de <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/03/a-short-cut-to-pulling-out-of-investor-state-arbitration-under-treaties-just-say-no.html>

<sup>6</sup> Helfer, L. R. (2013). Terminating treaties. Dans Hollis, D. (Ed.) *The Oxford guide to treaties* (pp. 634-640). Oxford University Press (citant L. R. Helfer. (2005). *Exiting treaties*. *Virginia Law Review*, 91(1579), 1602-05 ; renvois internes supprimés).



génération, et qu'elles sont prises en conformité et dans le respect continu du droit international.

**"Nous suggérons aux gouvernements désireux de réformer le système deux actions à court-terme permettant de régler les préoccupations bien connues et relatives au système actuel du RDIE, en parallèle des travaux à plus long-terme qu'il mènent au sein de la CNUDCI ou ailleurs, sur de nouveaux modèles et approches. Ces deux alternatives pragmatiques à court termes sont : (1) le retrait du consentement au RDIE et (2) l'extinction des traités d'investissement."**

Lorsque l'extinction prend effet, les obligations des États au titre des traités d'investissement s'éteignent, même si les États conservent certaines obligations au titre du droit international coutumier et d'autres instruments juridiques. Notons que l'efficacité de cette option peut être entravée par les clauses de survie. À moins qu'elles ne soient amendées ou biffées du traité au moment de l'extinction ou avant celle-ci, ces dispositions peuvent faire en sorte qu'un traité reste en vigueur – assujettissant les États au RDIE – pendant 10, 15, 20 ans ou plus après la date de l'extinction.

## **5. Les difficultés communes au retrait unilatéral du consentement et à l'extinction unilatéral**

Qu'il s'agisse de retirer le consentement ou de mettre fin à un traité, dans les deux cas, l'une des difficultés portera sur la réaction des autres parties au traité. L'une des parties contractantes pourrait prétendre que le retrait du consentement au RDIE viole les obligations de l'État en question au titre du traité, ou pourrait s'opposer aux propositions visant à mettre fin au traité de manière anticipée, ou à raccourcir ou mettre fin à la clause de survie du traité. Toutefois, puisque de nombreux États ont publiquement reconnu les problèmes fondamentaux et systémiques du RDIE, il serait hypocrite de continuer d'exiger d'une partie contractante qu'elle s'expose à des recours dans le cadre d'un mécanisme largement reconnu comme étant défectueux. Pour démontrer

leur bonne foi vis-à-vis des efforts de réforme, les États pourraient renoncer à objecter au retrait du consentement par leurs homologues, donner leur accord à l'extinction des AII ou convenir d'autoriser le retrait du consentement en plus d'une extinction unilatérale.

Afin de faciliter le retrait du consentement ou l'extinction, l'on pourrait élaborer un instrument à adoption volontaire sur lequel les États signataires indiqueraient qu'ils prennent l'une ou l'autre de ces mesures, ou les deux, tout en présentant les raisons de ces mesures. Dans cet instrument, un État pourrait<sup>7</sup> :

- Dans le cas d'un retrait de consentement, spécifier les traités concernés.
- Dans le cas d'une extinction, spécifier les traités auxquels il souhaite mettre fin en fonction de leurs conditions respectives, et les traités auxquels il souhaite mettre fin avec effet immédiat.
- Dans les deux cas, indiquer son intention de ne pas contester les efforts similaires de retrait du consentement ou d'extinction d'autres parties contractantes, et s'agissant de l'extinction, son intention de renoncer au délai de préavis ou à d'autres conditions.
- Énoncer certaines assurances, notamment les engagements à : (1) continuer de respecter les dispositions de fond du traité, telles qu'envisagées par les parties au traité, en cas de retrait du consentement, et (2) continuer d'offrir aux investisseurs et investissements étrangers le traitement prescrit par le droit international coutumier et d'autres instruments juridiques pertinents, dans le cas d'une extinction.

En ce sens, un État pourrait clarifier que le retrait du consentement ou l'extinction ne va pas à l'encontre de la coopération ou du droit international, mais est une étape nécessaire pour rendre cette coopération plus moderne et productive.

Ainsi, bien que le retrait et l'extinction pourraient tous deux être réalisés de manière unilatérale, une action coordonnée permettrait d'en renforcer l'efficacité, et d'en clarifier les implications juridiques et politiques. Pour ce faire, il serait important d'identifier un forum pour l'élaboration d'un instrument conjoint que les États pourraient signer pour réaliser l'un de ces objectifs, ou les deux. Un groupe de travail pourrait

<sup>7</sup> Voir Helfer, L. R. (2013), *supra* note 6.



par exemple se réunir sur la question, dans le cadre des réunions de la CNUDCI, de la CNUCED ou d'un autre organe des Nations Unies.

## 6. Conclusion

Une réforme du RDIE est en cours dans plusieurs enceintes alors que les pays font face à un stock de milliers de traités d'investissement obsolètes, et tentent d'adapter leurs politiques d'investissement aux objectifs du développement durable. Cependant, il est possible que les processus en cours ne produisent pas de résultat significatif avant plusieurs décennies. À plus court terme, il est donc essentiel pour les États d'examiner les possibilités qui s'offrent à eux, telles que le retrait du consentement au RDIE et la résiliation, afin de gérer les risques et de répondre aux problèmes générés par les traités existants de manière responsable.

"Afin de faciliter le retrait du consentement ou l'extinction, l'on pourrait élaborer un instrument à adoption volontaire sur lequel les États signataires indiqueraient qu'ils prennent l'une ou l'autre de ces mesures, ou les deux, tout en présentant les raisons de ces mesures."

De telles mesures démontreraient un effort diligent de gouverner de manière effective et équitable, et d'avancer vers un régime économique international dans lequel les traités et leurs mécanismes de règlement des différends atteignent les résultats souhaités, donnent lieu à des décisions légitimes et ne sapent pas la coopération internationale et le développement durable.

### Auteurs

**Lise Johnson** est responsable de l'unité Droit et politique des investissements au Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI). **Jesse Coleman** et **Brooke Güven** sont chercheurs en droit au CCSI. Cet article est extrait d'un article plus long, disponible sur <http://ccsi.columbia.edu/2018/04/24/clearing-the-path-withdrawal-of-consent-and-termination-as-next-steps-for-reforming-international-investment-law/>.



## ARTICLE 3

## Entretien avec Luis Guillermo Vélez, Directeur-général de l'Agence nationale de Colombie pour la défense juridique de l'État



*L'Institut international pour le développement durable (IISD), L'Autorité kényane pour l'investissement (KenInvest) et le Centre Sud ont tenu le 11<sup>ème</sup> Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement à Nairobi, au Kenya, du 7 au 9 février 2018. L'événement a rassemblé 141 participants, notamment les représentants de 65 gouvernements de pays en développement et de 11 organisations régionales et internationales. Les discussions ont mis l'accent sur les tendances et les défis dans la conception des traités d'investissement ainsi que dans la réforme du règlement des différends investisseur-État (RDIE) du point de vue du développement durable.*

*Au cours de cet événement, IISD s'est entretenu avec les représentants de pays en développement au sujet de leur expérience des négociations d'investissement et des différends en la matière, de leurs attentes des processus de réforme et de leurs opinions sur l'intérêt du Forum. ITN publie ici l'entretien avec **Luis Guillermo Vélez Cabrera**, le Directeur-général de l'Agence nationale de Colombie pour la défense juridique de l'État (ANDŷE). L'agence coordonne, entre autres, la défense de la Colombie dans les différends internationaux en matière d'investissement et appuie le ministère colombien du Commerce, de l'Industrie et du Tourisme (MinCIT) dans les négociations de traités d'investissement.*

**IISD : Votre pays a-t-il connu des conséquences négatives suite à des traités ou accords d'investissement ? Avez-vous été poursuivi ? Avez-vous connu un gel réglementaire ?**

En fait, dans une certaine mesure, les trois. Nous

sommes actuellement impliqués dans au moins sept arbitrages découlant principalement de Traités bilatéraux d'investissement (TBI), dont certains ont été signés il y a de très nombreuses années.

La Colombie respecte et se félicite de l'arrivée d'investissements étrangers. Pour notre pays, l'investissement est très important. Mais il est également très important pour le gouvernement de jouer son rôle, celui de réglementer et de gouverner. Lorsque le gouvernement respecte l'état de droit, il semble vraiment injuste de voir un litige survenir alors que le gouvernement ne fait que s'acquitter de son mandat. Un régime d'investissement qui permet cela doit être modifié.

**"Lorsque le gouvernement respecte l'état de droit, il semble vraiment injuste de voir un litige survenir alors que le gouvernement ne fait que s'acquitter de son mandat. Un régime d'investissement qui permet cela doit être modifié."**

La Colombie n'a jamais contrevenu à ses réglementations internes, au droit international ou à ses obligations internationales, ni même agi contre un investisseur, de quelque manière que ce soit. Et pourtant l'on nous adresse ce que nous considérons comme des recours injustes, que nous allons régler, mais qui, à bien des égards, ne devraient pas avoir lieu.

**IISD : Quel(s) changement(s) aimeriez-vous voir dans la manière dont les traités et accords d'investissement sont négociés et dont les différends sont réglés ?**

Ce problème devrait être abordé de deux points de vue : le fond et la procédure.

Il faut attacher une plus grande importance au libellé des obligations de fond des États dans les TBI. Les États



devraient être prudents et conscients de ce sur quoi ils s'engagent. Les pays n'ont pas toujours conscience des détails et des conséquences de ce qu'ils ont signé. Le Forum de Nairobi est très utile car il permet d'identifier la manière d'élaborer de meilleurs TBI, si un pays décide qu'il souhaite poursuivre cette voie.

L'autre problème est le règlement des différends. Le fond et la procédure sont liés bien sûr, et devraient être examinés en parallèle, mais ils sont différents. Le RDIE sont les armes des TBI. Et ce sont précisément ces armes qui rendent les TBI dangereux et nuisibles. Il y a beaucoup à faire sur le RDIE, qui connaît actuellement une crise grave. La Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) a entrepris des travaux à l'échelle multilatérale en vue d'en réformer certains aspects. Tout comme le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Ces efforts de réforme en cours démontrent qu'à n'en pas douter, une réforme urgente de certains aspects est nécessaire.

Par exemple, le système n'a pas de règles claires concernant les conflits d'intérêts. La question des « doubles casquettes », c'est-à-dire lorsque des juristes de cabinet internationaux agissent comme conseil auprès des demandeurs, auprès des défendeurs mais également en tant qu'arbitres, ne peut plus être tolérée tel quel. Il y a également le problème des arbitres qui tranchent des différends en ne se fondant pas sur les traités ou sur le droit public international. Nous avons des preuves que certains arbitres, qui viennent principalement du monde de l'arbitrage commercial, ne sont pas toujours familiers du droit public international. Ils entreprennent souvent leur mission sans tenir compte des réalités spécifiques d'un pays, de ses objectifs et de son mandat, et considèrent les différends en matière d'investissement comme n'importe quel litige commercial entre deux entreprises, ce qui n'est pas du tout le cas. Enfin, le RDIE est également la source d'incongruité dans les décisions rendues par les tribunaux arbitraux, et l'absence de prévisibilité du système qui en découle. Voilà au moins trois volets du RDIE qui doivent être examinés en urgence.

### **IISD : Le Forum annuel vous a-t-il aidé à vous préparer à ces conséquences négatives, et à les éviter ?**

Le Forum est vraiment très important. Il permet aux négociateurs d'échanger sur leurs expériences et leurs idées, d'apprendre des erreurs des uns et des succès des autres. Il trace une voie claire pour les relations futures

avec les investisseurs, mais également pour la révision de politiques que certains pays ont par le passé appliqué et qui ont donné lieu à de terribles situations.

### **"Ce Forum permet des discussions très franches entre les participants, qui viennent de contextes similaires, et qui ont des intérêts semblables et communs."**

De nombreux autres forums connaissent une plus grande participation d'investisseurs et de pays exportateurs de capital, dont les intérêts ne sont pas les mêmes que ceux d'un pays en développement. Ce Forum permet des discussions très franches entre les participants, qui viennent de contextes similaires, et qui ont des intérêts semblables et communs.

### **IISD : Comment IISD peut-il contribuer aux réformes nécessaires dont vous avez parlé ?**

Maintenant que la réforme est réclamée et sérieusement engagée, IISD peut jouer un rôle fondamental en tant que source d'idées et d'informations, mais également comme point de convergence pour de nombreuses nations qui connaissent les mêmes situations et problèmes, et qui ont besoin de conseils.



## NOUVELLES EN BREF

### **Le Groupe de travail III de la CNUDCI se réunit à New York pour poursuivre ses discussions sur la réforme du RDIE**

La 35<sup>ème</sup> session du Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) se tiendra du 23 au 27 avril 2018 à New York, et poursuivra les discussions sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Plus de détails sont accessibles sur la page internet du groupe de travail. Le Groupe de travail se réunira une nouvelle fois plus tard dans l'année 2018, à Vienne.

### **L'Accord prévoyant la création de la Zone de libre-échange continentale africaine (AfCFTA) a été signé au Rwanda**

Le 21 mars 2018, 44 des 55 États membres de l'Union africaine réunis à Kigali, au Rwanda, ont signé l'AfCFTA dans le but de créer un marché unique sur le continent. Une fois l'accord ratifié par tous les signataires, le bloc commercial créé représentera 1,2 milliards d'individus, et plus de 2 billions USD en PIB combinés.

Les pays sont convenus de réduire les droits de douanes sur 90 pour cent des marchandises, et de libéraliser le secteur des services. La libre circulation des personnes et une monnaie unique pourraient faire partie de l'évolution future. La signature de l'accord marque la fin de la première phase des négociations ; dans la phase 2, les pays mettront l'accent sur les dispositions relatives à l'investissement dans l'AfCFTA.

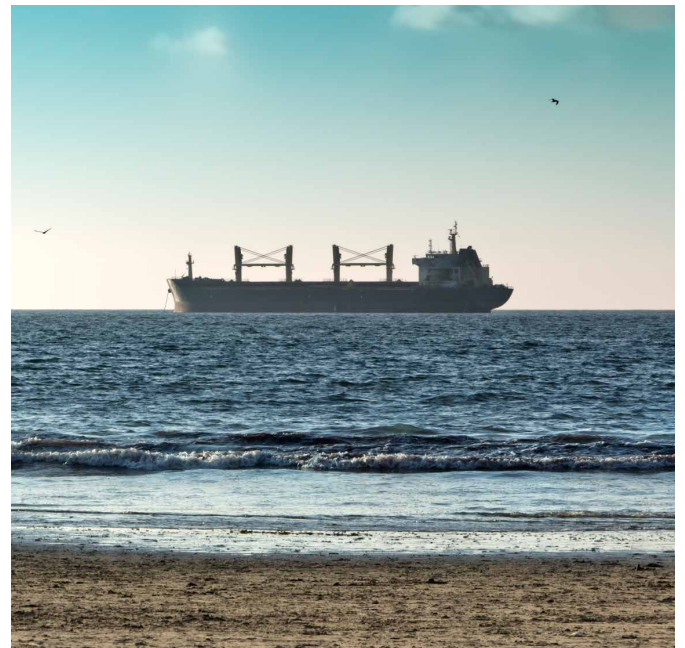
Parmi les pays n'ayant pas signé l'accord, l'Afrique du Sud et le Nigeria ont indiqué leur besoin de mener des consultations plus larges avec les acteurs nationaux.

### **Le Conseil de l'Europe adopte des directives en matière de négociations : la Commission européenne est chargée de négocier une convention instituant un tribunal multilatéral des investissements**

Le 20 mars 2018, le Conseil de l'Union européenne a adopté des directives de négociation autorisant la

Commission européenne à négocier une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements. Sur la base de ce mandat, la Commission entend lancer des négociations dans le cadre de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI).

Le tribunal multilatéral des investissements (TMI) envisagé par l'Union européenne prendrait la forme d'une instance internationale permanente chargée de régler les différends relevant à la fois de traités d'investissement futurs et existants. Elle inclurait un mécanisme d'appel ainsi que des dispositions relatives à la transparence, et à l'impartialité et l'indépendance des juges. Le tribunal remplacerait à terme les systèmes juridictionnels bilatéraux pour les investissements prévus dans les accords de l'Union européenne.



### **L'Accord global et progressif de Partenariat transpacifique (CPTPP) a été signé**

Le CPTPP a été signé le 8 mars 2018 à Santiago, au Chili. 11 pays de la région Pacifique prennent part à l'accord de libre-échange : l'Australie, Brunei Darussalam, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam. La version anglaise contrôlée juridiquement



de l'accord a été publiée le 21 février 2018 par la Nouvelle Zélande, dépositaire du traité. Le Mexique a quant à lui publié la [version espagnole](#).

Lors de la cérémonie de signature, [des lettres annexes ont également été signées](#), dans le but d'exclure le RDIE obligatoire entre la Nouvelle Zélande et cinq autres pays : l'Australie, Brunei Darussalam, la Malaisie, le Pérou et le Vietnam.

En outre, le Canada, le Chili et la Nouvelle Zélande ont signé deux déclarations conjointes : l'une portant sur la [Promotion d'un commerce progressif et inclusif](#), représentant les engagements des pays en faveur des objectifs de développement durable et du changement climatique, et l'autre sur le [RDIE](#), réaffirmant le droit des parties de réglementer et leur intention de promouvoir la transparence dans les procédures de règlement des différends.

Donald Trump, le président des États-Unis avait déclaré le 13 avril 2017 qu'il envisagerait de joindre le CPTPP s'il était « nettement meilleur » que l'accord négocié par son prédécesseur Barack Obama. En janvier 2017, Trump avait retiré les États-Unis de l'« horrible » TPP-12. Il a récemment demandé à ses conseillers au commerce d'étudier la possibilité de joindre le CPTPP.

Le ministre japonais du Commerce, Taro Aso, a déclaré qu'il se féliciterait de cette possibilité, tout en devant vérifier la situation avec attention. Il a ajouté que Trump « est une personne qui peut changer de manière imprévisible, donc il pourrait dire le contraire demain ». Le ministre néozélandais du Commerce, David Parker, s'est dit ouvert à la possibilité tout en soulignant qu'il n'était pas encore certain que « cela soit vrai ».

## **Le RCEP se réunira pour discuter de l'investissement en juillet ; l'accord devrait être conclu en 2018**

Le 3 mars 2018, les ministres des 16 pays prenant part au Partenariat économique régional global (RCEP) se sont réunis dans le cadre de la [4<sup>ème</sup> Réunion ministérielle intersessionnelle du RCEP](#) à Singapour. Prenant note des progrès accomplis depuis le [21<sup>ème</sup> cycle de négociations](#) tenu du 2 au 9 février 2018 à Yogyakarta en Indonésie, ils ont réaffirmé leur intention de conclure l'accord en 2018.

L'investissement fait partie des questions qui seront abordées lors de la [5<sup>ème</sup> Réunion ministérielle intersessionnelle](#), prévue pour le 1er juillet 2018, à Tokyo au Japon.



## SENTENCES ET DÉCISIONS

### Un tribunal du CIRDI détermine que la Lettonie a violé la clause TJE du TBI Lettonie-Lituanie

*UAB E Enerģija c. la République de Lettonie, Affaire CIRDI n° ARB/12/33*

**Gladwin Issac**

Dans le cadre d'une procédure lancée par UAB E Enerģija (UAB), une entreprise d'énergie basée en Lituanie, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a déterminé que la conduite de la Lettonie violait la norme du Traitement juste et équitable (TJE) du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Lettonie-Lituanie. Le tribunal conclut notamment que la conduite de la Lettonie à l'égard de l'entreprise semblait « fondée sur les préjugés ou le favoritisme plutôt que sur la raison ou les faits », et était donc arbitraire aux fins du TBI (para. 887).

#### Le contexte et les faits

UAB a conclu un contrat de location de 30 ans avec AS Rēzeknes Siltumtīkli (l'autorité de régulation), une entreprise détenue à 100 pour cents par Rēzekne Municipality (la municipalité), dans le but d'exploiter un système de chauffage centralisé pour la ville de Rēzeknes, en Lettonie. Afin d'investir dans le projet, UAB a établi une entité distincte, Latgales Enerģija (LE).

En septembre 2007, l'autorité de régulation poursuivit LE auprès de la Cour régionale de Latgales pour obtenir le paiement de certaines sommes et obtint la saisie des fonds. Moins d'un mois plus tard, la municipalité décréta une crise énergétique, et attribua à Rēzeknes Enerģija (RE), l'approvisionnement en énergie thermique de la ville. Après les élections locales, les nouveaux élus s'opposèrent à la privatisation du service et résilièrent le bail en 2008, saisissant l'intégralité des actifs et investissements de l'entreprise sans indemnisation.

Après quatre années de négociations infructueuses, UAB lança un arbitrage arguant que la Lettonie avait violé ses obligations au titre du TBI, notamment les normes TJE et de sécurité et protection intégrales, au titre de l'article 3(1) du TBI.

#### Les objections préliminaires de la Lettonie à la compétence

La Lettonie a présenté plusieurs objections à la compétence du tribunal. En premier lieu, elle arguait que

des documents internes à UAB autorisant la demande d'arbitrage ne respectaient pas les conditions préalables, à savoir le recours à la médiation avant le lancement de l'arbitrage et l'obtention de l'approbation de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) en tant qu'actionnaire. Ensuite, le pays affirmait qu'il n'existait pas de différend aux fins de l'article 25 de la Convention du CIRDI. La Lettonie argua que l'important délai dans la présentation par UAB de sa demande d'arbitrage, 42 mois après la période autorisée par le TBI, démontrait la mauvaise foi de l'entreprise, et avait par ailleurs laissé le pays à penser que les recours n'iraient pas au-delà de la phase de négociation.

Le tribunal rejeta ces objections, indiquant que le contenu des documents internes à UAB ne permettait pas de démontrer que l'approbation par la BERD était une condition préalable à l'arbitrage. En outre, il conclut que le traitement de l'investissement d'UAB par la Lettonie permettait d'affirmer qu'il y avait « un différend juridique découlant d'un investissement » aux fins de l'article 25(1) de la Convention du CIRDI.

#### La demande de la Lettonie de mettre fin ou de suspendre la procédure

S'appuyant sur l'affaire *Impregilo c. l'Argentine*, la Lettonie avançait que l'arbitrage devait être suspendu ou abandonné dans l'attente de la décision finale de la procédure judiciaire en cours auprès des tribunaux lettons. Le tribunal rejeta cette demande puisque les parties à la procédure auprès des tribunaux lettons (l'autorité de régulation et LE) et les parties à l'arbitrage (UAB et la Lettonie) n'étaient pas les mêmes. En outre, bien que la procédure devant les tribunaux nationaux portait sur une demande de suspension au titre du bail, elle n'impliquait pas les normes de protection prévue par le TBI. Le tribunal considéra que le chevauchement des recours au titre du contrat et des recours au titre du traité ne suffisait pas à justifier une suspension de la procédure. Aussi, il ne trouva aucune raison suffisante pour sursoir ou annuler la procédure d'arbitrage.

#### Violation de la norme TJE au titre de l'article 3(1) du TBI

UAB argua que le retard de la municipalité dans l'adoption du plan de développement de l'approvisionnement en chauffage équivalait à une violation de la norme TJE. Elle affirmait que l'absence





d'un tel plan entraîna le rejet par l'autorité de régulation des demandes de LE portant sur une nouveau taux en 2006 et 2007. En outre, UAB affirma que la conduite de la municipalité relevait de la mauvaise foi et que la crise énergétique avait été utilisée comme prétexte pour forcer LE à renoncer à tout ou partie du système de chauffage.

Le tribunal rejeta cet argument, indiquant que si l'on ne pouvait douter du devoir de la municipalité d'agir en temps de crise énergétique, il fallait déterminer si cette dernière avait été décrétée de bonne foi et si la municipalité avait respecté l'article 3(1) du TBI. Lors de son examen de la question, le tribunal prit note de la réunion du Comité sur l'énergie du 9 octobre 2007, au cours de laquelle LE a été sommé de fournir du chauffage dans les 24 heures, même si la municipalité savait que les comptes bancaires de l'entreprise avaient été saisis par l'autorité de régulation dans le cadre de la procédure. Le tribunal souligna que la municipalité avait, une semaine à peine avant de déclarer la crise énergétique, constitué et doté RE de 4 millions LVL (environ 7 millions USD), et l'avait désigné comme « la personne en charge » de fournir les services de chauffage à Rēzekne. Aussi, le tribunal conclut que la conduite de la municipalité violait l'article 3(1) du TBI.

#### La révocation des permis n'équivaut pas à une expropriation

S'agissant de l'expropriation, UAB avança que la municipalité avait agi de mauvaise foi en conspirant avec l'autorité de régulation et RE pour susciter la crise énergétique. UAB affirma que l'autorité de régulation et la municipalité avaient sanctionné LE pendant plus d'un an, en révoquant les permis d'UAB, en saisissant ses actifs et finalement en annulant le bail à long-terme. Pourtant, selon le tribunal, l'autorité de régulation avait le droit de révoquer des permis pour le non-paiement du gaz naturel fourni à LE. Il maintint que la décision de l'autorité de régulation de révoquer les permis n'équivalait pas à une violation de l'article 4(1) du TBI sur l'expropriation.

#### Les « permis nécessaires » doivent être octroyés conformément aux seules lois et réglementations nationales

UAB invoqua la clause du traitement de la Nation la plus favorisée (NPF) contenue dans l'article 3(2) du TBI pour affirmer que la Lettonie avait violé ses obligations au titre des articles 2(2) et 3(1) du TBI Lettonie-Roumanie. Au titre de ces obligations, lorsqu'un État hôte a autorisé un investissement sur son territoire réalisé en conformité avec ses lois nationales, il doit « octroyer les permis nécessaires liés à cet investissement » (para. 1104). UAB affirma que la municipalité avait manqué à

son obligation de fournir le plan de développement de l'approvisionnement en chauffage, et donc que l'autorité de régulation n'avait pas autorisé LE à appliquer les nouveaux tarifs pour le chauffage.

Le tribunal décida de ne pas examiner comment des règles procédurales avantageuses pouvaient être importés grâce à la clause NPF. Malgré tout, il indiqua qu'il n'était pas certain que l'on puisse s'appuyer sur l'obligation de l'État hôte d'octroyer un traitement NPF « conformément à ses lois et accords internationaux » pour importer des normes contenues dans d'autres traités, puisque l'obligation de l'État hôte pourrait se limiter au traitement de facto au titre du droit national. En outre, le tribunal ne fut pas convaincu que le concept de « permis nécessaires liés à cet investissement » inclue le plan de développement et d'approvisionnement en chauffage de la ville de Rēzekne. Il ne savait pas non plus avec certitude si les décisions de l'autorité de régulation approuvant les nouveaux tarifs proposés par LE relevaient de la catégorie de permis envisagés par les dispositions invoquées par UAB. Dans tous les cas, le tribunal conclut que tout permis nécessaire devait être octroyé par l'État hôte uniquement « si cela est conforme à son droit national » (para. 1109).

#### Les dommages et les coûts

Le tribunal accorda à UAB 1 585 000 d'euros, plus les intérêts pré- et post-décision, composés annuellement, pour les pertes découlant des violations par la Lettonie de l'article 3(1) du TBI. La majorité du tribunal ordonna à la Lettonie de payer la moitié des dépenses juridiques d'UAB. En désaccord, l'arbitre Reinisch considérait que puisque les recours n'étaient pas futiles et avaient été présentés de bonne foi, chacune des parties aurait dû payer ses propres frais juridiques.

*Remarques :* le tribunal était composé de Paolo Michele Patocchi (Président nommé par le président du conseil administratif du CIRDI, de nationalité suisse), de Samuel Wordsworth (nommé par UAB, de nationalité britannique) et d'August Reinisch (nommé par le président du conseil administratif du CIRDI, de nationalité autrichienne). La décision du 22 décembre 2017 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9481.pdf> et l'opinion divergente d'August Reinisch est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9482.pdf>.

**Gladwin Issac** est étudiant en dernière année de premier cycle de droit et travail social à l'Université nationale de droit de Gujarat, en Inde.



## Un tribunal du CIRDI rejette sa compétence : le Timor oriental n'a jamais consenti à l'arbitrage auprès du CIRDI

*Lighthouse Corporation Pty Ltd et Lighthouse Corporation Ltd, IBC c. la République démocratique du Timor oriental, Affaire CIRDI n° ARB/15/2*

**Trishna Menon**

Un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rejeté sa compétence sur une affaire lancée par Lighthouse Corporation Pty Ltd et Lighthouse Corporation Ltd, IBC (Lighthouse) contre la République démocratique du Timor oriental. La décision finale a été rendue le 22 décembre 2017.

### Le contexte et les recours

Le différend découle d'un Accord d'approvisionnement en combustibles (AAC) comprenant trois accords interconnectés conclus en octobre et novembre 2010. Les accords présentent les Conditions générales type de Lighthouse s'appliquant à la vente de marchandises (les Conditions type) et les Conditions générales de livraison de l'énergie de Lighthouse (les Conditions générales), dont la pertinence et les effets sont contestées par les parties.

Le Timor oriental présenta trois objections à la compétence : (1) le pays n'avait pas consenti à l'arbitrage auprès du CIRDI, (2) il n'y a pas eu d'« investissement » aux fins de la Convention du CIRDI ou de la Loi sur l'investissement étranger (LIE) du Timor oriental et (3) les demandeurs n'étaient pas un « investisseur étranger » et ne détenaient pas d'Accord spécial d'investissement (ASI) aux fins de la LIE. Le tribunal chercha donc à déterminer si le Timor oriental avait consenti à la compétence du CIRDI pour l'arbitrage du différend par le biais de l'AAC, des Conditions type et de la LIE.

### Le consentement dans l'AAC

Lighthouse affirmait que les Conditions types étaient incluses par référence dans les trois accords formant l'AAC. Elle s'appuyait également sur la version dite de décembre des Conditions générales qui prévoyait que si les parties ne parvenaient à régler un différend à l'amiable, elles convenaient de le soumettre au CIRDI. Le Timor oriental s'appuyait, quant à lui, sur les versions dites de septembre et d'octobre des Conditions générales qui stipulent que les différends seront réglés dans le cadre des procédures nationales, sans mentionner le CIRDI.

Le tribunal remarqua que les références aux Conditions

type étaient vagues et n'exprimaient pas une intention d'inclure le document dans l'AAC. Par exemple, l'une des références donnait également des informations sur les besoins en production d'énergie du Timor oriental, dont l'inclusion dans les conditions contractuelles n'avait certainement pas été envisagée. L'un des trois accords mentionnait un document qui à son tour faisait référence aux Conditions types ; les demandeurs arguaient que cette « double inclusion » permettait d'inclure les Conditions types dans l'AAC – mais le tribunal n'était pas d'accord. Il ne fut pas non plus convaincu que les Conditions type avaient été fournies au Timor oriental avant la signature du premier accord formant l'AAC.

En analysant les Conditions générales, le tribunal conclut également qu'il n'y avait d'intention commune de soumettre les différends à la compétence du CIRDI. Il conclut au contraire que l'intention des parties était de résoudre les différends par le biais des tribunaux nationaux. Le tribunal examina la conduite de Lighthouse à partir du 25 octobre 2011, date à laquelle Lighthouse avait affirmé que les Conditions type avaient été incluses dans l'AAC. Ce jour-là, l'avocat de Lighthouse avait envoyé au Timor oriental un document intitulé « Consentement à l'arbitrage au titre de la Convention internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États », exigeant du pays qu'il l'exécute. L'avocat de Lighthouse ne mentionnait pas qu'une clause relative à l'arbitrage auprès du CIRDI était soi-disant déjà présente dans les arrangements contractuels des parties. Sur cette base, il était clair pour le tribunal que Lighthouse ne considérait toujours pas que le Timor oriental avait consenti à l'arbitrage auprès du CIRDI.

### Le consentement à l'arbitrage par le biais de la LIE

Au titre de la LIE timoraise, un « investissement étranger » est « un investissement réalisé par un investisseur étranger et représentant tout investissement direct réalisé avec des ressources financières, ou assujéti à une évaluation pécuniaire, provenant de l'étranger aux risques et aux dépens d'un investisseur étranger » (para. 311). Un « investisseur étranger » est défini comme « tout individu ou personne collective étrangère, ou ressortissant timorais non-résident, et détenant un certificat d'investisseur étranger » (para. 312).

Selon le pays, Lighthouse ne pouvait s'appuyer sur l'offre d'arbitrage auprès du CIRDI contenue dans l'article 23 de la LIE car l'entreprise ne détenait pas de certificat d'investisseur étranger – comme Lighthouse elle-même le reconnaissait – et ne pouvait donc être considérée



comme un « investisseur étranger ». Par ailleurs, selon le Timor oriental, l'AAC ne constituait pas un « accord spécial d'investissement », puisque l'article 18(2) de la LIE exige que les ASI « [soient] autorisés par résolution du Conseil des ministres, spécifiant clairement les conditions spéciales justifiant l'accord, ainsi que le système spécial s'appliquant à l'accord » (para. 316).

Le tribunal remarqua que Lighthouse ne pouvait présenter de résolution du Conseil des ministres affirmant que l'AAC était un ASI, et tomba donc d'accord avec le Timor oriental.

### L'investissement dans le champ d'application de l'article 25(1) de la Convention du CIRDI

La troisième objection du Timor oriental à la compétence portait sur le fait que le différend ne découlait pas directement d'un investissement, comme l'exige l'article 25 de la Convention du CIRDI. Le pays argua qu'au titre de la Convention du CIRDI, le sens de « l'investissement » est objectif et exclut les transactions commerciales ordinaires. Selon le Timor oriental, la transaction en question n'était pas un investissement mais plutôt un échange de biens et de services contre paiement. Pour des raisons d'économie de procédure, le tribunal décida de ne pas se prononcer sur la question, puisqu'il avait déjà établi que le Timor oriental n'avait pas consenti à l'arbitrage auprès du CIRDI et que la réponse à cette question ne modifierait en rien la décision du tribunal.

### La décision et les coûts

Le tribunal conclut qu'il n'avait pas compétence sur le différend, rejetant par là toute demande de réparation, et ordonna à Lighthouse de payer l'intégralité des coûts de l'arbitrage, de verser 273 434 USD au Timor oriental, ainsi que 1,3 millions USD pour couvrir les frais et dépenses juridiques du pays.

*Remarques* : le tribunal était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (présidente, nommée conjointement par les co-arbitres, de nationalité suisse), de Stephen Jagusch (nommé par les demandeurs, de nationalité néozélandaise) et de Campbell McLachlan (nommé par le défendeur, de nationalité néozélandaise). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/cases/6377>.

**Trishna Menon** est étudiante en dernière année de premier cycle de droit à l'Université nationale de droit de Gujarat, en Inde.

## Un tribunal du CIRDI rejette une affaire en expropriation contre le Venezuela pour des motifs de compétence

*Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. et Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c. la République bolivarienne du Venezuela, Affaire CIRDI n° ARB/12/21*

**Bettina Müller**

Le 13 novembre 2017, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a décliné sa compétence sur une affaire lancée en 2012 par deux entreprises verrières vénézuéliennes détenues aux États-Unis, Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. (Favianca) et Owens-Illinois de Venezuela, C.A. (OIdV), expropriées en 2010 par l'ancien président vénézuélien Hugo Chávez Frías, et réclamant 1,4 milliards USD.

### Le contexte et les recours

Le 26 octobre 2010, alléguant des dommages environnementaux et des années d'exploitation des travailleurs vénézuéliens, l'ancien président vénézuélien Hugo Chávez Frías expropria les deux plus grandes entreprises de production et de vente de récipients en verre du Venezuela, Favianca et OIdV, toutes deux détenues par la multinationale Owens-Illinois, basée aux États-Unis. Aux termes du décret présidentiel, l'expropriation était nécessaire pour « renforcer la capacité industrielle du secteur public dans la fabrication de récipients en verre pour le peuple vénézuélien » (para. 139). En 2011, Favianca et OIdV furent intégrées à l'entreprise d'État Venezolana del Vidrio, C.A. (Venvidrio).

En 2012, après avoir échoué à convenir du montant que le Venezuela devait verser à titre d'indemnisation pour les deux usines, deux affaires parallèles furent lancées contre le pays. L'une en mars par OI European Group B.V. (OIEG) (affaire CIRDI n° ARB/11/25) et la seconde en juillet par Favianca et OIdV (affaire CIRDI n° ARB/12/21). Dans les deux cas, les demandeurs mettaient en avant une expropriation illicite et d'autres violations du traité d'investissement. Puisque l'actionnaire majoritaire des deux usines était l'entreprise néerlandaise OIEG, les demandeurs invoquaient le traité bilatéral d'investissement (TBI) Venezuela – Pays-Bas.

La première affaire trouva conclusion en 2015 lorsque le tribunal conclut unanimement en faveur de l'investisseur et ordonna au Venezuela de payer 372,4 millions USD plus intérêts, sur les 929,5 millions réclamés à l'origine par OIEG. Un [résumé de cette décision](#) a été publié par ITN en mai 2015. La procédure en annulation lancée



par la suite par le Venezuela est toujours en cours. Dans la deuxième affaire, résumée ici, le tribunal du CIRDI a rejeté les recours de Favianca et d'OIdV pour des motifs de compétence.

Avant d'entrer dans les détails de la décision du tribunal, il est important de noter que le Venezuela a formellement dénoncé la Convention du CIRDI le 24 janvier 2012. Selon l'article 71 de la Convention du CIRDI, la dénonciation prend effet six mois après la réception de la dénonciation officielle. Favianca et OIdV ont déposé leur recours le 20 juillet 2012, et arguaient qu'il relevait encore de la compétence du CIRDI, interprétation contestée par le Venezuela. Celui-ci avait également unilatéralement mis un terme au TBI avec les Pays-Bas en 2008, mais la clause de survie du traité prévoit que celui-ci continue de s'appliquer pendant 15 ans aux investissements réalisés avant la date de dénonciation.

### La compétence du CIRDI dépend du consentement parfait

Compte tenu de la décision du Venezuela de quitter le CIRDI, le point clé de l'affaire consistait à déterminer si le Centre avait encore compétence sur l'affaire. Le tribunal jugea pertinent d'interpréter l'article 9 du TBI en question, qui mentionne le CIRDI pour le règlement des différends investisseur-État découlant du traité, ainsi que les articles 71 et 72 de la Convention du CIRDI. L'article 71 offre la possibilité de dénoncer la Convention, et l'article 72 affirme que la dénonciation « ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit État [...] qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire ».

S'agissant de l'article 9 du TBI, Favianca et OIdV considéraient que la dénonciation de la Convention par le Venezuela n'était pas pertinente puisque le pays donnait son consentement « inconditionnel » à la compétence du CIRDI dans l'article 9(1) et (4), qui, du fait de la clause de survie du TBI, s'appliquerait jusqu'en 2023 à tous les investissements réalisés avant la date de résiliation du TBI.

Les arbitres rejetèrent cet argument, considérant que l'arbitrage auprès du CIRDI n'était disponible que si les conditions d'accès à l'arbitrage auprès du CIRDI contenues à la fois dans le traité d'investissement et dans la Convention du CIRDI étaient satisfaites (para. 261). Le tribunal conclut que « ce n'est que lorsque le consentement à l'arbitrage auprès de la compétence du Centre est parfait, de manière à générer des droits et

obligations au titre de la Convention du CIRDI, que ces droits et obligations subsistent après la réception de la dénonciation d'un État contractant conformément à l'article 71 » (para. 282). Il précisa que la dénonciation de la Convention du CIRDI n'affectait pas les procédures déjà en cours ou les accords d'arbitrage auprès du CIRDI existants.

Par ailleurs, le tribunal considéra qu'à l'analyse des articles 71 et 72 de la Convention du CIRDI, il fallait concilier deux objectifs distincts : « Le premier consiste à faciliter la sortie en bon ordre d'un État contractant de la Convention du CIRDI en cas de dénonciation. Le second vise à protéger les attentes légitimes de ceux qui se sont appuyés sur le consentement de l'État contractant à l'arbitrage auprès du CIRDI » (para. 289). En l'espèce, il se rangea du côté du Venezuela. Expliquant sa décision, le tribunal affirma que l'article 72 ne pouvait être étendu aux accords d'arbitrage potentiels en plus des accords existants. Dans le cas contraire, un État ayant dénoncé la Convention pourrait se retrouver en position de défendeur dans un cycle imprévisible et sans fin d'arbitrages futurs auprès du CIRDI tant que son consentement unilatéral reste contraignant au titre des traités d'investissement. Cela annulerait les effets de l'article 71.

Le tribunal conclut donc qu'il n'aurait pu avoir compétence sur l'affaire que si le Venezuela avait convenu, avec les investisseurs, d'un accord pour soumettre les différends à l'arbitrage auprès du CIRDI avant de présenter sa requête en dénonciation. Puisque ce n'était pas le cas, et que le Venezuela avait dénoncé la Convention du CIRDI avant que Favianca et OIdV ne lancent leur affaire, le consentement n'était pas parfait, et le tribunal n'avait donc pas compétence sur l'affaire.

### Les coûts

Le tribunal ordonna à chacune des parties de payer ses propres frais et dépenses juridiques, et détermina que Favianca et OIdV devaient payer l'intégralité des coûts de l'arbitrage, s'élevant à 915 000 USD.

### La procédure en annulation en cours

Le 9 mars 2018, Favianca et OIdV ont lancé une procédure en annulation, contestant la décision du tribunal aux motifs qu'il « a outrepassé ses pouvoirs... et interprété et appliqué le TBI et la Convention du CIRDI de manière erronée » (para. 37 de la demande en annulation). Par ailleurs, selon les demandeurs, la décision de l'affaire *Favianca* « encouragera les pays voyous à violer leurs obligations au titre des traités, en sachant qu'ils peuvent empêcher les investisseurs de



leurs demander des comptes... simplement en dénonçant la Convention du CIRDI » (para. 88).

*Remarques* : le tribunal était composé de Hi-Taek Shin (arbitre président, nommé par le Conseil administratif du CIRDI après examens des observations des parties), de L. Yves Fortier (nommé par les demandeurs, de nationalité canadienne) et de Zachary Douglas (nommé par le défendeur, de nationalité australienne). La décision est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9383.pdf>. La demande en annulation est disponible sur <https://pacer-documents.s3.amazonaws.com/36/180659/04516475124.pdf>.

**Bettina Müller** est membre de l'unité Commerce et investissement du Transnational Institute.

## Les recours relatifs à l'énergie solaire présentés par des investisseurs allemands contre la Tchéquie sont rejetés

*Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen et JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG c. la République Tchéquie, Affaire CPA n° 2014-03*

### Mintewab Abebe

Dans un différend portant sur le secteur de l'énergie solaire de la République Tchéquie, la majorité d'un tribunal arbitral sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) a rejeté tous les recours présentés au titre du traité bilatéral d'investissement (TBI) Allemagne-Tchécoslovaquie dans une décision datée du 11 octobre 2017.

### Le contexte et les recours

Les recours ont été présentés par trois membres de la famille Wirtgen (Wirtgen) et leur entreprise JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG (JSW Solar). En 2009 et 2010, les demandeurs avaient investis dans trois centrales photovoltaïques solaires en Tchéquie. Afin d'encourager la production d'électricité provenant de sources renouvelables d'énergie, la Tchéquie mit en place un mécanisme d'appui en deux parties offrant les mesures incitatives d'un tarif de rachat garanti, à l'origine pour 15 ans, puis pour 20 ans, ainsi que des mesures fiscales, notamment des exemptions fiscales à long-terme et des périodes de dépréciation raccourcies. Selon Wirtgen et JSW Solar, leur décision d'investir se fondait sur les garanties et mesures incitatives explicites du mécanisme d'appui.

En 2009 et 2010, la Tchéquie a amendé le mécanisme d'appui, pour tenir compte de la chute des coûts des

panneaux solaires, qui s'est traduite en super profits pour les producteurs d'énergie solaire et en l'explosion du marché du solaire. Selon le pays, ces bénéficiaires excédaient le taux de retour originellement pris en compte par le mécanisme d'appui. Les amendements incluaient une taxe de 26 pour cent sur l'énergie solaire, le retrait des exemptions fiscales et le rallongement de la période de dépréciation.

Les membres du parlement tchèque ont demandé le retrait de la taxe sur l'énergie solaire auprès de la Cour constitutionnelle tchèque, qui conclut qu'en dépit de ces mesures, une centrale respectant les paramètres techniques pourrait obtenir le remboursement simple des dépenses en capital. Les demandeurs lancèrent alors l'arbitrage, arguant que le cadre juridique pertinent contenait un engagement de stabilité et que les amendements apportés violaient leurs attentes légitimes, garanties au titre des clauses du Traitement juste et équitable (TJE), de sécurité et protection intégrales et parapluie du TBI.

### Deux objections juridictionnelles contre JSW Solar sont rejetées par le tribunal

La République tchèque s'opposa à la compétence du tribunal, arguant que le demandeur JSW Solar n'était pas un investisseur au sens du TBI, ni une « personne morale », et n'avait donc pas de personnalité juridique au sens de la loi allemande. Les demandeurs rétorquèrent que l'expression « personne morale » devait être interprétée de manière autonome, sans référence à la législation nationale.

Le tribunal conclut que l'expression « personne morale » avait un sens autonome car les parties au TBI n'avaient pas fait référence à la législation nationale au moment de la définir. En outre, le tribunal considéra qu'une entité pouvant investir, conclure des contrats, acquérir des propriétés, poursuivre et être poursuivie en justice en son nom propre satisfaisait les critères de la personne morale même si elle n'avait pas de personnalité juridique au titre de la législation nationale.

La Commission européenne souleva une autre série d'objections. Elle présenta un dossier d'amicus curiae arguant que « la conclusion du Traité d'accession de la République tchèque à l'Union européenne impliquait la résiliation du TBI au titre de l'Article 59 de la [Convention de Vienne sur le droit des traités] » (para. 241). Le tribunal rejeta cet argument. Il détermina que les TBI intra-Union européenne demeuraient valables, notamment du fait que le Traité de Lisbonne et le TBI n'avaient pas le même objet. Par exemple, le droit



européen n'inclut pas de mécanisme pour le règlement des différends investisseur-État (RDIE) et ne contient pas de garantie TJE. Le tribunal considéra également que la Commission européenne n'avait pas réussi à démontrer que la compétence de l'Union européenne sur l'investissement étranger direct couvrait le même objet que le TBI (para. 265).

### La majorité affirme qu'aucun engagement spécifique n'a été donné aux demandeurs, et donc qu'il n'y a pas violation du TJE

Wirtgen et JSW Solar affirmaient qu'en abrogeant les incitations fiscales et en imposant une taxe sur l'énergie solaire, la Tchéquie violait deux éléments de l'article 2(1) du TBI, qui exige des États qu'ils protègent les attentes légitimes des investisseurs, et qu'ils ne leurs nuisent pas de manière délibérée.

Selon les demandeurs, la taxe sur l'énergie solaire réduisait de facto le tarif de rachat garanti du montant de la taxe, et en violation de leurs attentes légitimes. Ils affirmaient également que la Tchéquie s'était engagée à ne pas modifier les mesures fiscales pendant toute la durée de vie des centrales. La Tchéquie rétorqua qu'aucun engagement spécifique n'avait été pris et que le tarif de rachat garanti restait inchangé malgré la taxe sur l'énergie solaire.

La majorité considéra que les obligations TJE sont violées lorsque les attentes objectivement raisonnables d'un investisseur au moment de réaliser l'investissement sont violées. Il remarqua toutefois que, en l'absence d'un engagement de stabilité, les investisseurs « ne peuvent s'attendre à ce que les lois de l'État hôte ne changent pas » (para. 408). Pour déterminer si l'investisseur avait une attente légitime de stabilité, il faut examiner la forme, le fond et la clarté de la promesse supposée.

Après avoir évalué le contexte et les circonstances pertinents, la majorité du tribunal conclut qu'il n'existait pas de garantie en soi et dans l'abstrait d'un niveau de prix absolu du tarif de rachat garanti, fixé indépendamment des garanties d'un remboursement des dépenses en capital et d'un retour annuel sur investissement. Au contraire, la Tchéquie offrait un niveau de revenu par le biais d'un mécanisme de rachat garanti pour les producteurs d'énergie solaire qui respectaient des critères techniques et économiques. Elle conclut également que même après l'introduction des mesures, les demandeurs avaient continué de recevoir un niveau de revenu garantissant le remboursement des dépenses en capital et un retour sur investissement pendant 15 (puis 20) ans. Puisque les garanties offertes

par la Tchéquie étaient toujours respectées, la majorité conclut qu'il ne pouvait y avoir de violation des attentes légitimes. Elle examina également d'autres documents sur lesquels les demandeurs se seraient fondés, et conclut que contrairement aux allégations des demandeurs, aucun ne garantissait de revenus fixes.

S'agissant de l'abrogation des exemptions fiscales et du rallongement de la période de dépréciation, la majorité conclut que la Tchéquie n'avait pas offert de garanties que l'exemption s'appliquerait pendant toute la durée de vie des centrales, ni promis que les panneaux solaires seraient dépréciés sur une période de temps spécifique. En outre, la majorité considéra que la Tchéquie n'avait pas offert de garanties que les mesures incitatives ne seraient pas modifiées.

La majorité rejeta les allégations selon lesquelles la République tchèque avait délibérément nui en attirant des investisseurs sur la base de garanties qu'elle a révoqué une fois les investissements réalisés. Elle ne trouva aucun élément attestant que le mécanisme d'appui avait été conçu pour encourager l'investissement « étranger ». En outre, elle conclut que les mesures n'étaient pas abusives ou injustifiées, mais prises en vue de réaliser des objectifs légitimes de protection de la population tchèque contre des coûts de l'électricité déraisonnablement élevés. Le tribunal détermina également que les mesures avaient été conçues pour limiter les effets aux seuls investisseurs ayant bénéficié de l'explosion du marché du solaire.

### Pas de violation de la norme de protection et sécurité intégrales ou de la clause parapluie

La majorité détermina que puisque la Tchéquie n'avait pas offert les garanties avancées par les demandeurs, elle n'avait pas violé son obligation d'offrir une sécurité juridique. De la même manière, le recours des demandeurs portant sur la clause parapluie ne pouvait aboutir car ils ne pouvaient pas démontrer que la Tchéquie avait une obligation de garantir un tarif de rachat fixe ou de maintenir les mesures incitatives fiscales.

### La décision et les coûts

Ayant rejeté tous les recours, la majorité ordonna à chacune des parties de payer ses propres frais juridiques et la moitié des coûts de l'arbitrage.

### L'opinion divergente de l'arbitre Gary Born

Gary Born, l'arbitre nommé par les demandeurs, n'était pas du tout d'accord avec la décision de la majorité. Selon lui, la Tchéquie avait légalement garanti, de manière claire et sans équivoque, un tarif de rachat fixe



pour toute la durée de l'investissement et les demandeurs avaient fondé leur investissement sur cette garantie. Il affirmait que l'interprétation de la majorité équivalait à réécrire les lois tchèques très claires, ainsi qu'à saper l'état de droit et la capacité de la Tchéquie à apporter des garanties législatives significatives.

*Remarques* : le tribunal était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (arbitre-présidente nommée par les parties sur la base d'une proposition des co-arbitres, de nationalité suisse), de Gary Born (nommé par le demandeur, de nationalité étasunienne) et de Peter Tomka (nommé par le défendeur, de nationalité slovaque). La sentence est publiée en anglais sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9498.pdf> et l'opinion divergente est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9499.pdf>.

**Mintewab Abebe** est une juriste éthiopienne et est titulaire d'un Master de droit (LL.M.) de la Faculté de droit de l'Université de New York.

## Le Venezuela est reconnu coupable de l'expropriation illicite d'usines d'engrais

*Koch Minerals Sàrl et Koch Nitrogen International Sàrl c. la République bolivarienne du Venezuela, Affaire CIRDI n° ARB/11/19*

### Claudia Arietti

Un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a reconnu le Venezuela coupable d'expropriation illicite dans une affaire portant sur des usines d'engrais, et a accordé plus de 324 millions USD en dommages, plus intérêts.

### Le contexte et les recours

En 1997, l'entreprise suisse Koch Minerals Sàrl (KOMSA), l'entreprise d'État vénézuélienne Petroquímica de Venezuela S.A. (Pequiven) et deux autres entreprises conclurent une série d'accords pour le développement, la construction et l'exploitation de deux usines d'ammoniac et deux usines de production d'urée à José, au Venezuela.

Le 8 avril 1998, un accord conjoint d'investissement prévoyant la création d'une série d'entreprises vénézuéliennes (FertiNitro) pour la mise en œuvre du projet fut exécuté. Le même jour, un Accord d'écoulement (AE) de 20 ans fut conclu. Au titre de l'AE, KOMSA et Pequiven convinrent d'acquérir une quantité garantie d'ammoniac et d'urée produits

par FertiNitro à un prix réduit fixe pour leur propre consommation ou pour la revente sur les marchés locaux et d'exportation. KOMSA assigna par la suite ses droits et obligations au titre de l'AE à Koch Oil Marketing S.A., qui les assigna à son tour à Koch Nitrogen International Sàrl (KNI). KOMSA et KNI sont des entreprises associées au sein du groupe d'entreprises Koch.

Dès 2005, le Venezuela imposa à FertiNitro une série de nouvelles taxes et d'augmentations fiscales. En 2007, le président vénézuélien Hugo Chávez émit un décret au titre duquel les producteurs, fournisseurs et exportateurs d'engrais azoté étaient tenus d'approvisionner en urée et ammoniac en priorité le marché national, à un prix maximal fixé par règlement.

Le 10 octobre 2010, le président Chávez annonça l'expropriation de FertiNitro à la télévision, et un décret d'expropriation fut publié le lendemain. Un jour plus tard, le ministre vénézuélien pour l'Énergie et le Pétrole visita les usines et annonça que le Venezuela en avait déjà pris le contrôle.

KOMSA et KIN lancèrent un arbitrage contre le Venezuela en juin 2011 au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Venezuela-Suisse et de la Convention du CIRDI. Elles arguaient que le Venezuela avait violé les articles 4 (Traitement juste et équitable [TJE], traitement national, Protection et sécurité intégrales [PSI], traitement discriminatoire), 6 (expropriation) et 11 (clause parapluie) du TBI.

Le 28 février 2012, faisant explicitement référence au décret d'expropriation, le Venezuela décida de ne plus autoriser la vente d'urée et d'ammoniac à KNI, et FertiNitro annula unilatéralement l'AE.

### Le tribunal affirme sa compétence sur les recours de KNI

Le Venezuela contesta la compétence du tribunal sur les recours de KNI portant sur l'AE, arguant que les intérêts de KNI dans l'AE ne constituaient pas un investissement au titre du TBI et de la Convention du CIRDI. Pour déterminer ce point, le tribunal procéda donc à un double test, au titre des deux instruments.

Le tribunal conclut que le TBI définit un investissement comme incluant tout type d'actif, et précise qu'au titre du TBI, les parts et participations dans une entreprise, ainsi que l'exécution d'un contrat sont décrites comme des actifs.

En analysant la définition de l'investissement dans la



Convention du CIRDI, le tribunal fit référence à l'affaire *CSOB c. la Slovaquie* pour attester qu'un investissement ne pouvait être découpé en rondelles pour affirmer qu'une partie, prise isolément, ne pouvait être considérée comme un investissement. En outre, le tribunal affirma que l'AE ne devait pas être considéré comme une transaction distincte, sans lien avec le projet ; il devait au contraire être considéré comme faisant intégralement partie de l'essence de l'investissement global. Aussi, le tribunal conclut que la totalité de la transaction faisait partie d'un unique investissement global au sens de l'article 25(1) de la Convention du CIRDI.

Sur cette base, le tribunal conclut que les intérêts de KNI dans l'AE constituaient un investissement à la fois au titre du TBI et de la Convention du CIRDI.

#### Le Venezuela a procédé à une expropriation abusive des investissements de KOMSA et de KNI

KOMSA et KNI arguaient que le décret d'expropriation et les déclarations du ministre constituaient une expropriation indirecte illicite. Le Venezuela alléguait, quant à lui, que le décret d'expropriation ordonnait l'acquisition obligatoire des actifs de FertiNitro conformément aux lois locales vénézuéliennes et en conformité avec l'article 6 du TBI (relatif à l'expropriation), et que l'annulation de l'AE était une décision commerciale, qui ne pouvait être qualifiée d'expropriation au titre du TBI.

Afin d'analyser le recours en expropriation, le tribunal fit référence au test composé de quatre éléments tel que prévu à l'article 6 du TBI. Selon ce test, l'expropriation est interdite sauf si les conditions suivantes sont satisfaites : (i) la mesure doit être prise dans l'intérêt public, (ii) sur une base non-discriminatoire, (iii) dans le respect des procédures légales et (iv) assortie d'une indemnisation effective et adéquate.

Selon le tribunal, KOMSA et KNI ne démontraient pas que (i) les mesures n'avaient pas été prises dans l'intérêt public, et (ii) qu'elles étaient discriminatoires. Le tribunal ne fut pas convaincu par les demandeurs selon lesquels le Venezuela était tenu de les informer à l'avance du décret d'expropriation, et conclut que (iii) l'expropriation avait été réalisée dans le respect des procédures légales.

S'agissant de (iv) l'indemnisation, le tribunal remarqua que KOMSA n'avait reçu aucune indemnisation du Venezuela, même plus de sept ans après l'adoption du décret d'expropriation. Aussi, le tribunal considéra que le Venezuela avait procédé à l'expropriation illicite des intérêts de KOMSA dans FertiNitro le 11 octobre 2010.

Il considéra que l'expropriation était *indirecte* car le transfert formel de propriété des actifs de FertiNitro au titre de la loi locale n'est intervenu qu'en juillet 2011, mais qu'elle avait eu les effets d'une expropriation directe le 11 octobre 2010.

Le tribunal mena une analyse distincte des intérêts de KNI en tant que successeur de KOMSA dans le cadre de l'AE. La majorité du tribunal considéra que l'investissement de KOMSA et l'AE faisait partie d'un tout, que l'investissement de KOMSA n'aurait pas eu lieu sans l'AE et que l'investissement de KNI ne pouvait être découpé et isolé. Aussi, la majorité du tribunal détermina que le Venezuela avait également procédé à l'expropriation indirecte et abusive des intérêts de KNI dans l'AE le 11 octobre 2010, en violation de l'article 6 du TBI.

#### Les autres recours sont rejetés

KOMSA avait également introduit des recours pour les pertes découlant des nouvelles taxes et augmentations fiscales, du non-paiement ou du paiement tardif de certains crédits d'impôts, des effets des mesures adoptées en 2007 portant sur l'approvisionnement prioritaire des marchés nationaux et de l'ingérence dans les affaires de FertiNitro. Cependant, le tribunal rejeta tous les recours ne portant pas sur l'expropriation, considérant qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves que KOMSA, en tant qu'actionnaire minoritaire de FertiNitro (25 pour cents), avait connu des pertes monétaires suffisamment quantifiables et découlant des allégations précédentes, et que les éventuelles pertes de FertiNitro avaient été transmises à KOMSA.

#### L'indemnisation et les intérêts

Le tribunal ordonna au Venezuela de verser 140,25 millions USD à KOMSA au titre des dommages. À la majorité, il ordonna également au pays de verser 184,8 millions USD à KNI. Ces deux montants furent calculés au 11 octobre 2010. En outre, le tribunal ordonna au Venezuela de payer des intérêts pré-décision (du 11 octobre 2010 jusqu'à la date de publication de la décision) ainsi que des intérêts post-décision (de la date de publication de la décision jusqu'à la date de paiement), calculés dans les deux cas au taux LIBOR dollar américain à 6 mois plus 2 points, composés 6 fois par an.

#### L'opinion divergente

L'arbitre Zachary Douglas n'était pas d'accord avec la conclusion du tribunal selon laquelle le Venezuela avait exproprié les intérêts de KNI dans l'AE. Selon lui, le





décret d'expropriation ne pouvait produire des effets que dans le système juridique vénézuélien et ne pouvait priver KNI de ses droits de propriété immatériels au titre de la loi new-yorkaise, la loi applicable à l'AE. Il affirma que les droits de KNI au titre de l'AE restaient valables et contraignants, même après la publication du décret d'expropriation, et que KNI pouvait les faire exécuter en invoquant la clause d'arbitrage de l'AE.

*Remarques* : le tribunal était composé de V.V. Veeder (président, nommé par les parties, de nationalité britannique), de Marc Lalonde (nommé par les demandeurs, de nationalité canadienne) et de Zachary Douglas (nommé par le défendeur, de nationalité australienne, en remplacement de Florentino Feliciano, de nationalité philippine). La décision du 19 octobre 2017 est disponible en anglais sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9397.pdf>.

**Claudia Arietti** est une juriste du Paraguay et est titulaire d'une maîtrise en droit (LL.M.) de la Faculté de droit de l'Université de New York.



## RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

### RESSOURCES

#### **Légalisation, diplomatie et développement : les traités d'investissement permettent-ils de dépolitiser les différends relatifs aux investissements ?**

Par Geoffrey Gertz, Srividya Jandhyala et Lauge N. Skovgaard Poulsen, publié par Elsevier dans *World Development*, volume 107, juillet 2018, p. 238–252

Les architectes du régime des traités d'investissement, ainsi que bon nombre de ses auteurs actuels, suggèrent que les traités permettent aussi aux pays en développement de dépolitiser les différends investisseur-État, protégeant ainsi les différends commerciaux de considérations politiques et diplomatiques plus larges avec les pays développés. Cet article examine cet argument largement mis en avant et accepté au regard de résultats empiriques, s'appuyant sur un ensemble de données relatives aux actions diplomatiques des États-Unis dans 219 différends relatifs aux investissements impliquant 73 pays, ainsi que sur les études de cas de câbles diplomatiques du Département d'État étasunien. Les auteurs concluent à l'absence de preuves en faveur de l'hypothèse de la dépolitisation. Leurs conclusions apportent des corrections déterminantes à la compréhension du régime des traités d'investissement et de ses effets sur les pays en développement. Disponible sur <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305750X18300688>

#### **Problèmes contemporains et émergents dans le droit relatif aux dommages et à leur évaluation dans l'arbitrage international relatif aux investissements**

Par Christina L. Beharry (Ed.), publié par Brill | Nijhoff, avril 2018

Compte tenu des enjeux financiers de l'arbitrage international, l'indemnisation est une préoccupation majeure des investisseurs étrangers comme des États. Les montants de plus en plus importants accordés et la complexité croissante des recours exigent une nouvelle analyse des concepts du droit et de l'évaluation

des dommages. Cet ouvrage examine les problèmes qui affectent une nouvelle génération de sentences arbitrales ainsi que l'interconnexion de la question des dommages avec d'autres domaines du droit international des investissements. Des praticiens, des experts et des chercheurs offrent une meilleure compréhension des principes juridiques et de l'évaluation, qui sont souvent la source d'intenses débats dans les affaires relatives aux investissements internationaux. Disponible sur <https://brill.com/view/title/35978>

#### **Le traitement juste et équitable : sa relation avec la norme minimale et son statut coutumier**

Par Patrick Dumberry, publié par Brill | Nijhoff, mars 2018

La norme du Traitement juste et équitable (TJE) est devenue l'une des dispositions les plus controversées des Traités bilatéraux d'investissement (TBI). Cet ouvrage examine l'interaction entre la norme minimale de traitement (NMT) et la norme TJE, et cherche à comprendre pourquoi les États ont commencé à faire référence à la première dans leurs TBI. Il cherche également à déterminer si le TJE devrait être considéré comme une disposition autonome au titre des TBI. Rejetant la proposition controversée selon laquelle la norme TJE devrait maintenant être considéré comme une règle du droit international coutumier, l'auteur montre que la pratique des États visant à inclure des dispositions TJE dans leurs TBI n'est pas suffisamment uniforme ou cohérente, et que l'opinio juris nécessaire des États est également absente. Disponible sur <https://brill.com/abstract/title/37944>

#### **Les actes judiciaires et l'arbitrage au titre des traités d'investissement**

Par Berk Demirkol, publié par Cambridge University Press, février 2018

Les actes judiciaires des États font de plus en plus l'objet de recours relatifs aux investissements internationaux. Cet ouvrage met l'accent sur les spécificités distinctives de ces recours. L'auteur aborde les questions liées au fond, à la compétence, à la recevabilité ainsi qu'aux voies de recours



dans les affaires où la responsabilité de l'État découle d'une action judiciaire illicite. Disponible sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/judicial-acts-and-investment-treaty-arbitration>

## La société civile dans l'arbitrage au titre des traités d'investissement : statut et perspectives

Par Farouk El-Hosseny, publié par Brill | Nijhoff, janvier 2018

Cet ouvrage présente un aperçu de l'évolution de la participation de la société civile en tant qu'amicus curiae auprès des tribunaux d'investissement, évolution qui s'inscrit dans un mouvement plus large en faveur de la transparence dans l'arbitrage au titre des traités d'investissement. En examinant les rôles offerts à la société civile dans la procédure dans d'autres juridictions, l'auteur se demande s'il serait possible d'étendre le rôle d'amicus. El-Hosseny démontre au final que la question de la participation de la société civile dans l'arbitrage au titre des traités d'investissement transcende la sphère de la seule procédure : elle concerne tout autant l'ouverture des tribunaux arbitraux vis-à-vis des intérêts publics, de la protection environnementale et des droits humains. Disponible sur <https://brill.com/abstract/title/35089>

## Les bénéfices et coûts sociétaux des Accords internationaux d'investissement : examen critique de certains aspects et des preuves empiriques disponibles

Par Joachim Pohl, publié par l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OECD), janvier 2018

Ce document examine les bénéfices et coûts sociétaux présumés des Accords internationaux d'investissement (AII). Il présente un large éventail de problèmes soulevés par divers acteurs à l'heure d'évaluer les bénéfices et coûts sociétaux des AII. Le document analyse et organise les données disponibles provenant de ces sources pour identifier et classer les très nombreux problèmes ; il résume les preuves et conclusions empiriques disponibles dans ces sources et portant sur divers aspects individuels, puis évalue les forces et les faiblesses de ces approches. Le document met notamment l'accent sur les éléments des AII relatifs à la protection des investisseurs. Cet inventaire permet de conclure que, pour bon nombre

des allégations d'effets positifs ou négatifs des AII, très peu de preuves tangibles ont émergé jusqu'à présent. Disponible sur [https://www.oecd-ilibrary.org/fr/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements\\_e5f85c3d-en](https://www.oecd-ilibrary.org/fr/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en)

## L'arbitrage de la conduite des investisseurs internationaux

Par Jose Daniel Amado, Jackson Shaw Kern et Martin Doe Rodriguez, publié par Cambridge University Press, janvier 2018

L'arbitrage international, qui est né dans des conditions modestes et a évolué vers une place établie dans le droit international, s'est éloigné de la vision de réciprocité de ses fondateurs. Cet ouvrage est un guide complet pour ceux qui souhaitent réformer le droit international des investissements de l'intérieur, et souhaitent retourner à un accès mutuel, qui est l'essence même de l'arbitrage. La boîte à outils détaillée fournie permet de renforcer l'accès des États hôtes et de leurs citoyens aux mécanismes de règlement formel des différends relatifs à l'investissement étranger. Il conclut en proposant des modèles de textes permettant d'atteindre une plus grande réciprocité et un meilleur accès à la justice pour le règlement des différends découlant d'investissements internationaux. Disponible sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/arbitrating-conduct-international-investors>

## Le droit des investissements dans les pays de l'ANASE : examen comparatif

Par Jonathan Bonnitcha, publié par l'Institut international pour le développement durable (IISD), janvier 2018

Ce rapport compare le droit des investissements des 10 États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE), mettant l'accent sur les questions essentielles touchant au fonctionnement du droit des investissements dans chaque pays. Si tous les pays de l'ANASE ne disposent pas d'un droit spécifique pour les investissements, d'autres en ont de multiples, chacun présentant des fonctions différentes. Ces législations diverses ne représentent qu'une petite partie du régime légal et réglementaire des investissements. Il est impossible d'évaluer le droit des investissements d'un pays sans tenir compte de la manière dont il s'inscrit dans le cadre légal et réglementaire plus large des investissements. Disponible sur <https://www.iisd.org/library/investment-laws-asean-countries-comparative-review>



## Les contrats relatifs aux infrastructures durables : garantir les bénéfices économiques, sociaux et environnementaux connexes des projets d'investissement dans les infrastructures

Par Martin Dietrich Brauch, publié par l'Institut international pour le développement durable (IISD), décembre 2017

Afin de réaliser les Objectifs de développement durable (ODD) et les objectifs de l'Accord de Paris sur le changement climatique, les infrastructures devant être modernisées et construites doivent être durables, c'est-à-dire spécifiquement conçues pour atténuer les risques économiques, sociaux et environnementaux, ainsi que pour générer des bénéfices économiques, sociaux et environnementaux connexes. Les Partenariats public-privé (PPP) sont l'une des voies que les gouvernements peuvent suivre afin de structurer leurs projets d'infrastructures. Renforçant l'expérience d'IISD en matière de marchés publics et de financement et d'investissement dans les infrastructures, ce rapport définit les infrastructures durables, présente leurs caractéristiques et bénéfices connexes souhaités, et explique pourquoi les gouvernements se doivent d'intégrer le concept de durabilité dans leurs contrats d'infrastructures, et comment y parvenir. Disponible sur <https://www.iisd.org/library/contracts-sustainable-infrastructure-ensuring-economic-social-and-environmental-co-benefits>

## Le RDIE en chiffres : impacts de l'arbitrage des investissements contre les pays d'Amérique latine et des Caraïbes

Par Cecilia Olivet, Bettina Müller et Luciana Ghiotto, publié par le Transnational Institute (TNI), décembre 2017

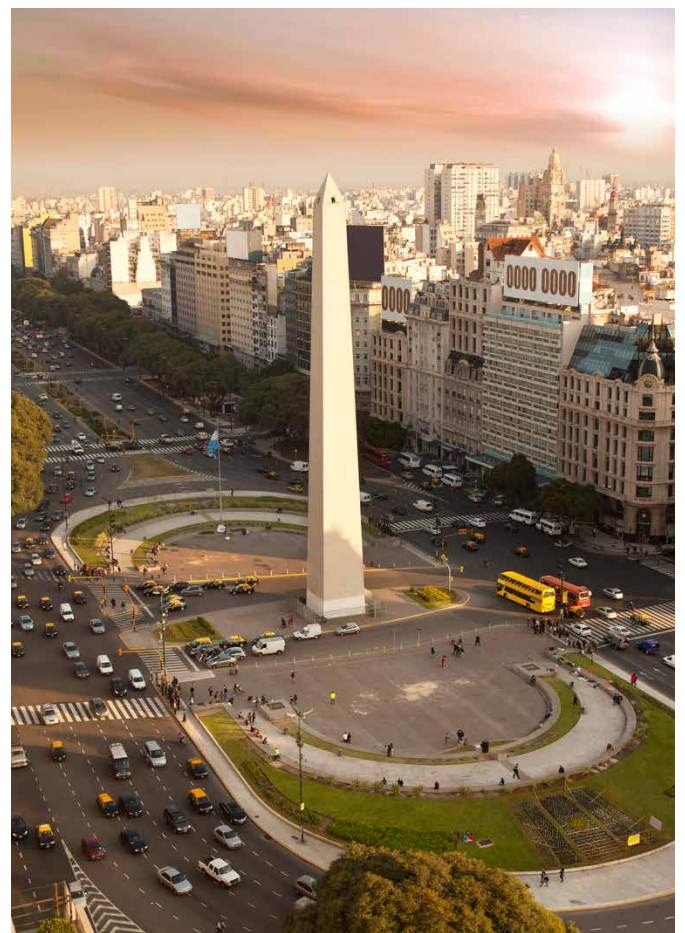
Les pays d'Amérique latine et des Caraïbes (ALC) sont parmi les plus affectés au monde par le système d'arbitrage des investissements, et représentent 28,6 pour cents de tous les différends investisseur-État connus à l'échelle mondiale. L'Argentine, la Bolivie, l'Équateur, le Mexique, le Pérou et le Venezuela en particulier représentent à eux seuls 77,3 pour cents des recours présentés contre les pays ALC. Les investisseurs ont gagné 70 pour cents des différends lancés contre des pays ALC. De ce fait, ces pays ont déjà dû verser 20,6 milliards USD à des entreprises étrangères, soit l'équivalent du budget pour quatre années pleines de la Bolivie en matière de santé et

d'éducation. Disponible sur <https://www.tni.org/en/publication/isds-in-numbers>

## Les traités internationaux d'investissement et l'arbitrage connexe en Asie

Par Julien Chaisse et Luke Nottage (Eds.), publié par Brill | Nijhoff, décembre 2017

Cet ouvrage cherche à déterminer si la région asiatique est parvenue, ou pourrait parvenir, à jouer un rôle significatif dans la réglementation du droit international des investissements et du règlement des différends, et la manière d'y parvenir. Les éditeurs présentent les tendances et les réglementations de l'investissement étranger direct (IED), des traités d'investissement et de l'arbitrage en Asie. Les auteurs présentent également les études par pays des 10 États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) ainsi qu'un aperçu des traités de l'ANASE. Deux chapitres initiaux présentent les résultats économétriques d'études menées sur les impacts des traités sur les flux d'IED, et deux chapitres finaux proposent d'autres perspectives d'avenir et normatives. Disponible sur <https://brill.com/view/title/36129>





## ÉVÈNEMENTS 2018

### 2 mai

#### **FORUM : LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INVESTISSEUR-ÉTAT (RDIE) ET LE DÉVELOPPEMENT DE LA MÉDIATION INVESTISSEUR-ÉTAT**

organisé par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et d'autres, à ADGM Authorities Building, Abu Dhabi, Émirats arabes unis, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ISDS%20and%20the%20Development%20of%20IS%20Mediation%20-%20Invitation%20and%20Programme%20-%20202%20May%202018.pdf>

### 3-4 mai

#### **1<sup>ère</sup> CONFÉRENCE CONJOINTE ITA-ALARB SUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL : L'ARBITRAGE DES DIFFÉRENDS LIÉS**

**AUX RESSOURCES NATURELLES**, organisée par l'Institut pour l'arbitrage transnational (ITA) et l'Association latinoaméricaine d'arbitrage (ALARB), à l'hôtel Ritz-Carlton, Santiago, Chili, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/1st%20ITA-ALARB%20Joint%20Conference%20Brochure%20english.pdf>

### 7-10 mai

#### **FORMATION DE MÉDIATEUR**

**INVESTISSEUR-ÉTAT**, organisée par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), au Centre de conférence de la Banque mondiale, Paris, France, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Events.aspx?CID=172>

### 11 mai

#### **TRENTIÈME CONFÉRENCE PUBLIQUE DE L'ITF : L'EXÉCUTION DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS**

organisée par l'Investment Treaty Forum (ITF), à la British Academy, Londres, Royaume-Uni, <https://www.biicl.org/event/1299>

#### **CONFÉRENCE : PRINCIPAUX PROBLÈMES DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL :**

**PLAIDOYER, CALCUL DES DOMMAGES, RÈGLEMENT ET CYBERSÉCURITÉ**, organisée par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), l'Arbitration Institute de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS), le Secrétariat de la Charte de l'énergie (SCE) et la Cour permanente d'arbitrage (CPA), au Centre de conférence de la Banque mondiale, Paris, France, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ECTConferenceProgramMay2018.pdf>

### 10-11 mai

#### **CONFÉRENCE 2018 SUR L'ARBITRAGE DES**

#### **INVESTISSEMENTS ET LES TRANSACTIONS TRANS-PACIFIQUES**

organisée par l'Association américaine du barreau (ABA) Section du droit international, à Maxwell Chambers, Singapour, <https://shop.americanbar.org/PersonifyImages/ProductFiles/296454598/Preliminary%20Brochure%20Singapore.pdf>

#### **CONFÉRENCE : LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ET LA PRÉVENTION DES MALADIES NON-TRANSMISSIBLES**

organisée par l'Unité de droit et MNT, Faculté de droit et de justice sociale, Université de Liverpool, au Campus de Londres de l'Université de Liverpool, Londres, Royaume-Uni, <https://www.liverpool.ac.uk/law-and-social-justice/events/international-investment-law-and-ncd-prevention>

### 26 mai

**9<sup>ème</sup> FORUM SUR L'ARBITRAGE DES INVESTISSEMENTS : L'ÉVALUATION DES DOMMAGES DANS UN MONDE ÉCONOMIQUE ET POLITIQUE EN MUTATION : LES ENSEIGNEMENTS TIRÉS DE L'AMÉRIQUE LATINE SONT-ILS PERTINENTS POUR L'ARBITRAGE DES INVESTISSEMENTS EN EUROPE ?**, organisé par la Chambre du commerce international (CCI) Autriche, à l'Université de Vienne, Vienne, Autriche, [https://www.icc-austria.org/fxdata/iccws/download/seminar/Ninth-Investment-Arbitration-Forum-invitation-brochure--\(1\).pdf](https://www.icc-austria.org/fxdata/iccws/download/seminar/Ninth-Investment-Arbitration-Forum-invitation-brochure--(1).pdf)

### 1<sup>er</sup> juin

**CONFÉRENCE : L'AVENIR DE L'ARBITRAGE DES INVESTISSEMENTS EN EUROPE**, organisée par l'Association pour l'arbitrage international (AIA), à la salle de conférence du Press Club Brussels Europe, Bruxelles, Belgique, <http://arbitration-adr.org/documents/?i=470>

### 4-15 juin

#### **FORMATION EXÉCUTIVE SUR LES INDUSTRIES EXTRACTIVES ET LE**

**DÉVELOPPEMENT DURABLE**, organisée par le Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), à l'Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2018/06/04/executive-training-program-on-extractive-industries-and-sustainable-development-3>

### 19-29 juin

#### **FORMATION EXÉCUTIVE SUR LES INVESTISSEMENTS DURABLES DANS**

**L'AGRICULTURE**, organisée par le Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), à l'Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2018/06/19/executive-training-program-on-sustainable-investments-in-agriculture-3>



© 2018 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 Martin Dietrich Brauch à [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)

**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