



| | | |
|--------|--------|--------|
| 15,460 | 16,059 | 12,533 |
| 14,481 | 15,299 | 15,460 |
| 16,302 | 16,988 | 18,981 |
| 15,081 | 15,701 | 20,132 |
| 16,837 | 16,604 | 22,871 |
| 16,26 | 16 | |
| 19,92 | 19 | |
| 24,03 | 23 | |
| 25,73 | 25 | |
| 26,809 | 26,716 | 15,586 |
| 27,571 | 27,587 | 16,109 |
| 29,775 | 29,575 | 17,508 |
| 31,249 | 32,733 | 20,571 |
| 31,065 | 31,626 | 21,526 |

T A X

L'élargissement de la Charte de l'Énergie à l'Afrique et à l'Asie : défaire la réforme du droit international de l'investissement ?

Nathalie Bernasconi-Osterwalder



10



13



15



Un autre conflit de normes : quel est le lien entre le projet BEPS, la fiscalité internationale et les traités d'investissement ?

Julien Chaisse et Flavia Marisi

Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) du Brésil et les faits nouveaux

José Henrique Vieira Martins

La protection intra-Union européenne de l'investissement : une situation bien difficile

Andrej Arpas

Le récent TBI Argentine-Qatar et les défis des négociations de traités d'investissement

Facundo Pérez-Aznar

La boîte à outils durable pour les négociateurs commerciaux : exploiter les accords commerciaux et d'investissement pour atteindre les objectifs environnementaux

Aaron Cosby

Également dans cette édition : Vers un TPP-11 ; L'Équateur dénonce 16 TBI, publie le rapport de la CAITISA ; Cour de justice de l'UE : l'ALE UE-Singapour sera un accord mixte ; L'Inde s'oppose à la facilitation des investissements à l'OMC ; *Eli Lilly c. Canada* ; *Anglia et Busta c. République Tchèque* ; *Ansung c. Chine* ; *Ampal-American c. Égypte* ; *Supervisión y Control c. Costa Rica* ; *Pey Casado y Foundation Allende c. Chili*

contents

- 3 Articles**
L'élargissement de la Charte de l'Énergie à l'Afrique et à l'Asie : défaire la réforme du droit international de l'investissement ?
Nathalie Bernasconi-Osterwalder
- 7** Un autre conflit de normes : quel est le lien entre le projet BEPS, la fiscalité internationale et les traités d'investissement ?
Julien Chaisse et Flavia Marisi
- 10** Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) du Brésil et les faits nouveaux
José Henrique Vieira Martins
- 13** La protection intra-Union européenne de l'investissement : une situation bien difficile
Andrej Arpas
- 15** Le récent TBI Argentine-Qatar et les défis des négociations de traités d'investissement
Facundo Pérez-Aznar
- 17 Chronique invitée**
La boîte à outils durable pour les négociateurs commerciaux : exploiter les accords commerciaux et d'investissement pour atteindre les objectifs environnementaux
Aaron Cosby
- 18 Nouvelles en bref**
Vers un TPP-11 , les États-Unis se concentrent sur les négociations bilatérales et l'ALENA ; L'Équateur dénonce ses 16 TBI restants et publie le rapport d'audit de la CAITISA ; La Cour de justice de l'UE décide que l'ALE entre l'UE et le Singapour doit être ratifié par les États membres de l'UE ; Le Tribunal de l'UE annule la décision de la Commission refusant l'enregistrement de « Stop TTIP » ; L'Inde s'oppose au point sur « la facilitation du commerce et des investissements » à l'ordre du jour du Conseil général de l'OMC
- 19 Sentences et décisions**
Une décision très attendue dans une affaire au titre de l'ALENA rejette un recours contre le Canada fondé sur le droit des brevets
Matthew Levine
- 20** Un tribunal de la CCS rejette les recours présentés par une entreprise britannique et ses actionnaires contre la République tchèque
Inaê Siqueira de Oliveira
- 21** Un tribunal du CIRDI rejette la seconde affaire connue contre la Chine dans une procédure accélérée
Joe Zhang
- 22** Un tribunal du CIRDI estime que l'Égypte manque à plusieurs dispositions du TBI entre les États-Unis et l'Égypte
Claudia Maria Arietti Lopez
- 24** Les recours d'un investisseur espagnol contre le Costa Rica sont déclarés irrecevables
Maria Florencia Sarmiento
- 25** Un tribunal de nouvel examen met un terme à un litige de 20 ans au CIRDI
Amr Arafa Hasaan
- 27 Ressources et événements**

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

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

Directrice du Groupe – Droit et Politique Économique
Nathalie Bernasconi

Gestionnaire Principale de la Communication
Mira Oberman

Rédacteur en Chef
Martin Dietrich Brauch

Rédactrice, Version Française
Suzy Nikiéma

Traduction Française
Isabelle Guinebault

Rédactrice, Version Espagnole
Marina Ruete

Traduction Espagnole
María Candela Conforti

Architecte d'Information en Chef (web)
Matt Rock

Design (PDF)
PortoDG | [f](#) [t](#) /portodg

L'élargissement de la Charte de l'Énergie à l'Afrique et à l'Asie : défaire la réforme du droit international de l'investissement ?

Nathalie Bernasconi-Osterwalder

article 1



Le Kenya est le dernier pays à avoir rejoint la Charte internationale de l'Énergie, en devenant le 83^{ème} signataire le 20 mars 2017. Ce développement tout récent démontre le succès de la stratégie de communication lancée par le Secrétariat de la Charte de l'Énergie en 2012. Celui-ci recrute activement dans toute l'Afrique, et a récemment établi deux nouvelles ambassades de liaison de la Charte de l'Énergie en Iran et au Pakistan.

Mais à quoi s'engagent les États lorsqu'ils signent la Charte dans l'espoir de mobiliser l'investissement requis pour générer l'énergie nécessaire à la satisfaction de la demande nationale ? Que sont le traité sur la Charte de l'Énergie, la Charte internationale de l'Énergie et le Secrétariat de la Charte de l'Énergie, comment interagissent-ils et quelle est leur importance pour les États signataires, notamment les pays en développement ? Cet article décortique un ensemble de déclarations, d'accords et de procédures quelques peu déroutants, ainsi que leurs implications.

1. Le contexte

Le traité sur la Charte de l'Énergie de 1994 (le TCE 1994)¹ est un instrument visant à promouvoir la coopération internationale dans le domaine de l'énergie. Chose importante, il inclut le premier chapitre sur l'investissement sectoriel conclut après la fin de la Guerre froide : il a été signé en décembre 1994 et est entré en vigueur en avril 1998. Le processus menant à l'adoption du TCE 1994 a débuté par une déclaration politique, la Charte européenne de l'Énergie, adoptée à La Haye en décembre 1991, et conçue pour intégrer les anciens pays d'Europe de l'Est et d'Asie centrale n'ayant pas une économie de marché à un cadre de coopération avec l'Europe occidentale en matière d'énergie. Le processus de la Charte de l'Énergie lancé en 1991 est géré par le Secrétariat de la Charte de l'Énergie, créé par le TCE 1994. En mai 2015, la Conférence dite ministérielle (La Haye II) a adopté la Charte internationale de l'Énergie de 2015 (la CIE 2015)², sorte de mise à jour de la Charte européenne de l'Énergie. En juillet 2016, la Conférence de la Charte de l'Énergie (l'organe directeur créé au titre du

TCE 1994) a approuvé l'utilisation de l'expression « Charte internationale de l'Énergie » comme titre informel de travail faisant à la fois référence à la Conférence de la Charte de l'Énergie elle-même et à ses organes subsidiaires, mais aussi au Secrétariat de la Charte de l'Énergie³.

En date du mois d'avril 2017, 52 États en plus de l'Union européenne et d'Euratom ont signé ou adhéré au TCE 1994, portant le nombre total de signataires à 54⁴. L'on trouve maintenant des membres en dehors de l'Europe, comme par exemple l'Australie, le Japon et la Mongolie. Parallèlement, ses membres n'incluent pas certaines économies majeures telles que le Canada et les États-Unis. L'Italie s'est, quant à elle, récemment retiré du TCE 1994⁵. Et la Russie, qui a signé mais n'a pas ratifié le traité, a informé le dépositaire en 2009 qu'elle n'avait pas l'intention de devenir partie contractante au traité⁶, mettant ainsi fin à son application provisoire. Cette décision de la Russie est intervenue après que le pays ait été poursuivi par des investisseurs au titre des dispositions relatives au règlement des différends du TCE 1994 dans le cadre de son application provisoire (TCE 1994, art. 45).

Le TCE 1994 contient des dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État (RDIE) qui permettent aux investisseurs étrangers de lancer un arbitrage international dans le but de contester des mesures gouvernementales affectant le secteur de l'énergie en alléguant une violation des dispositions du traité relatives à l'investissement. En date du mois d'avril 2017, le site internet du Secrétariat de la Charte de l'Énergie répertoriait 101 affaires connues d'arbitrage investisseur-État au titre du TCE 1994⁷. Ces affaires couvrent un large éventail de secteurs, tels que les mines, les hydrocarbures, l'électricité, les énergies fossiles ou les énergies nucléaire et renouvelables, et représentent environ 13 pour cent de toutes les affaires connues d'arbitrage investisseur-État lancées à ce jour au titre d'un traité⁸. La décision la plus importante au titre d'un traité d'investissement a été rendue au titre du TCE 1994 par un tribunal arbitral qui a condamné la Russie à payer plus de 50 milliards €. Bien que la décision ait été annulée par une cour néerlandaise en avril 2016, les investisseurs tentent toujours d'obtenir l'annulation de la décision de la cour et ont lancé des procédures d'exécution de la décision arbitrale contre la Russie dans le monde entier⁹.

2. Le TCE 1994 : un traité de protection de l'investissement pour le secteur de l'énergie basé sur un modèle de TBI des années 1960

L'objectif affiché du TCE 1994 est d'établir « un cadre juridique destiné à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie » (article 2). Bien que ce cadre couvre la coopération multilatérale en matière de transit, de commerce et d'efficacité énergétique, il met d'abord l'accent sur la protection de l'investissement et sur le règlement des différends. Les dispositions du TCE 1994 sur l'investissement sont les seules règles juridiquement importantes ; elles ressemblent beaucoup à celles

contenues dans les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) traditionnels qui ont fait l'objet de vives critiques ces dernières années. À l'instar des TBI classiques, les dispositions du TCE 1994 sur l'investissement se limitent aux droits de l'investisseur et à la protection de l'investissement. Elles couvrent par exemple l'expropriation directe et indirecte, le traitement juste et équitable (TJE) sans réserve, les engagements en matière de non-discrimination et une clause parapluie d'une grande portée, pour n'en citer que quelques-unes. Même si les auteurs du TCE 1994 ont réussi à insérer toutes ces obligations en un seul et même paragraphe (voir l'encadré 1), les conséquences et les risques juridiques restent importants pour les États hôtes. En outre, comme nous l'avons dit plus tôt, le TCE 1994 inclut le RDIE (article 26). Comme le fait remarquer le Secrétariat de la Charte de l'Énergie sur son site internet, la priorité absolue du TCE 1994 est d'offrir « une protection ayant force obligatoire aux investisseurs étrangers dans le secteur de l'énergie contre les principaux risques non-commerciaux, tels que le traitement discriminatoire, l'expropriation directe ou indirecte, ou la violation de contrats d'investissement individuels »¹⁰.

Encadré 1 : exemple d'une disposition du TCE relative à la protection de l'investissement

Article 10

Promotion, protection et traitement des investissements

(1) Chaque partie contractante encourage et crée, conformément aux dispositions du présent traité, des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes. Ces conditions comprennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes. Ces investissements bénéficient également d'une protection et d'une sécurité les plus constantes possible, et aucune partie contractante n'entrave, en aucune manière, par des mesures déraisonnables ou discriminatoires, leur gestion, maintien, utilisation, jouissance ou disposition. En aucun cas, ces investissements ne peuvent être traités d'une manière moins favorable que celle requise par le droit international, y compris les obligations conventionnelles. *Chaque partie contractante respecte les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre partie contractante.*

[...]

(3) Aux fins du présent article, on entend par « traitement » le traitement qui est accordé par une partie contractante et *qui n'est pas moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de toute autre partie contractante ou de tout État tiers*, le traitement à retenir étant celui qui est le plus favorable.

[...]

Source : traité sur la Charte de l'Énergie (italique ajoutée).

3. La CIE 2015 : une première étape dans l'accession au TCE 1994

Le 21 mai 2015, les membres du TCE 1994 et plus d'une dizaine d'autres États et d'organisations internationales ont signé la Charte internationale de l'Énergie (la CIE 2015)¹¹. Celle-ci est ouverte à l'accession de tous les pays et organisations régionales d'intégration économique, et le Secrétariat de la Charte de l'Énergie consent d'importants efforts pour son expansion géographique.

Le TCE 1994 et la CIE 2015 sont des instruments internationaux fondamentalement différents. Alors que le TCE 1994 inclut un chapitre sur la promotion et la protection des investissements contenant des dispositions similaires à celles que l'on trouve dans un traité d'investissement, et qui permettent aux États et aux investisseurs d'un État partie de présenter un recours contre l'État partie hôte de l'investissement, la CIE 2015 est une déclaration politique non-contraignante visant à renforcer la coopération des signataires en matière d'énergie.

Il ne faut toutefois pas sous-estimer les implications de la CIE 2015. Chose importante, la déclaration est « considérée comme une première étape dans l'accession au traité juridiquement contraignant sur la Charte de l'Énergie »¹². En effet, les membres actuels du TCE 1994, dont bon nombre cherche à entrer sur les marchés de l'énergie des pays d'Afrique et d'Asie, espèrent que « la signature de la Charte internationale de l'Énergie encouragera les pays qui n'en sont pas membres à envisager d'accéder au traité sur la Charte de l'Énergie »¹¹. Ces espoirs sont également soutenus par le Groupe consultatif sectoriel créé en 2004 par la Conférence sur la Charte de l'Énergie. Jouant le rôle de comité consultatif auprès de la Conférence sur la Charte de l'Énergie, ce Groupe s'attèle à garantir l'accès aux marchés de l'énergie et aux ressources énergétiques et à en réduire les risques grâce à de fortes dispositions relatives à la protection de l'investissement et au RDIE.

4. Les risques liés à l'accession au TCE 1994

L'accession au TCE 1994 (par opposition à la signature de la CIE 2015) poserait des problèmes aux pays qui révisent et réforment actuellement leur approche des traités d'investissement. Les pays souhaitant adhérer au TCE 1994 n'auraient pas la possibilité de négocier le contenu du traité à l'heure d'y accéder. Cela signifie qu'il ne serait pas possible de corriger les défauts largement reconnus que contiennent les anciens traités d'investissement (y compris le TCE 1994), tels que les normes juridiques largement définies et l'absence de transparence et d'indépendance dans le règlement des différends. Bon nombre de pays développés et en développement des Amériques, d'Afrique et d'Asie, ainsi que l'Union européenne, n'utilisent plus, pour ce qui est de la protection des investissements, les libellés traditionnels tels que celui inclus dans le TCE 1994.

Les pays africains ont été particulièrement actifs dans la révision de leurs modèles de traités d'investissement, et négocient actuellement des accords d'investissement régionaux et bilatéraux progressifs. Les modèles développés par la Communauté d'Afrique de l'Est (CAE) et par la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC), ainsi qu'au niveau panafricain, incluent tous des définitions plus précises des normes de protection de l'investissement, fixent des responsabilités pour les investisseurs et intègrent des innovations dans le règlement des différends visant à garantir la transparence et l'indépendance. Certains marquent leur préférence pour le règlement des différends entre États plutôt que par le RDIE, et le cas échéant, conditionnent l'accès au RDIE à l'obligation préalable d'éteindre les voies de recours internes.

« Bon nombre de pays développés et en développement des Amériques, d'Afrique et d'Asie, ainsi que l'Union européenne, n'utilisent plus, pour ce qui est de la protection des investissements, les libellés traditionnels tels que celui inclus dans le TCE 1994. »

Aussi, l'accession au TCE 1994 signifierait la réintroduction des règles développées à une époque où les affaires de RDIE et le risque inhérent aux arbitrages en matière d'investissement étaient quasiment inexistantes et certainement inconnus. Cela serait contraire à tous les programmes en matière de développement et d'innovation menés à bien dans le continent et au-delà ces dernières années.

5. Étendre la Charte internationale de l'Énergie à l'Afrique et à l'Asie pour obtenir l'accès aux marchés et la protection de l'investissement par le RDIE

En 2012, les membres du TCE ont adopté un programme pour la consolidation, le développement et l'élargissement (la politique CONEXO). Depuis, le Secrétariat de la Charte de l'Énergie encourage particulièrement les pays d'Afrique et d'Asie à joindre le TCE 1994, en organisant une série d'événements et d'activités promotionnelles. Ces activités ont conduit plusieurs pays à signer la CIE 2015. À la date du mois d'avril 2017, la Charte internationale de l'Énergie compte 83 signataires, le Kenya étant le dernier en date¹³. D'autres pays l'ont récemment signée, notamment la Bosnie-Herzégovine (2016), le Burkina Faso (2017), la République de Corée (2016), le Nigéria (2017), le Rwanda (2016), le Sénégal (2016) et le Swaziland (2016). Si seule

une poignée d'entre eux s'est dite également intéressée par l'accession au TCE 1994, la signature de la CIE 2015 pourrait être, comme nous l'avons souligné précédemment, la première étape dans l'accession au TCE 1994.

Encadré 2 : Calendrier du processus de la Charte de l'Énergie

Décembre 1991 : la Charte de l'Énergie (également appelée la Charte européenne de l'Énergie) :

« jette les bases politiques du processus de la Charte de l'Énergie. La Charte est l'expression concise des principes qui devraient sous-tendre la coopération internationale en matière d'énergie, dans l'objectif commun de garantir l'approvisionnement en énergie et un développement économique durable... Tous les signataires de la Charte sont observateurs à la Conférence sur la Charte de l'Énergie, et la signature est une première étape nécessaire dans l'accession au traité sur la Charte de l'Énergie de 1994 ».

Décembre 1994 : le traité sur la Charte de l'Énergie :

établit la Conférence sur la Charte de l'Énergie à laquelle chacune des parties contractantes a un représentant. Il établit également un secrétariat.

Décembre 1994 : Protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes (PEEREA)

Avril 1998 : l'amendement des dispositions relatives au commerce du traité sur la Charte de l'Énergie :

met les dispositions relatives au commerce en conformité avec les règles de l'OMC.

Août 2012 : la politique de la Charte de l'Énergie sur la consolidation, le développement et l'élargissement (la Politique CONEXO 2012) :

« vise la consolidation des pays n'ayant pas encore ratifié le traité sur la Charte de l'Énergie et les relations avec plus de 30 pays observateurs impliqués dans le processus de la Charte de l'Énergie et se trouvant à différentes étapes de l'accession au traité ».

Mai 2015 : la Charte internationale de l'Énergie :

« est une déclaration d'intention politique, dont le but est de soutenir la coopération entre les signataires sur le plan de l'énergie, et qui ne comporte aucune obligation juridiquement contraignante ni aucun engagement financier ».

Sources : Version consolidée du traité sur la Charte de l'Énergie et documents connexes, p. 10, disponible sur <http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty> ; le processus de la Charte de l'Énergie, disponible sur <http://www.energycharter.org/process/overview>.

Il est commun pour les pays de désigner leurs ministères de l'Énergie comme l'autorité compétente pour déterminer si le pays doit accéder à la Charte de l'Énergie. Comme ces ministères ne sont généralement pas impliqués dans la négociation des traités d'investissement, les implications juridiques du TCE 1994 pourraient ne pas être toujours bien comprises. Cela ne remet pas en question le rôle clé que doivent jouer les ministères de l'Énergie dans le processus de décision, puisque le TCE 1994 et la CIE 2015 couvrent tous deux une série de questions concernant le secteur de l'énergie, telles que le transit, le commerce et l'efficacité énergétique. Ces points restent toutefois largement non-contraignants, tandis que les dispositions relatives à la protection de l'investissement sont juridiquement contraignantes et exécutoires au titre du RDIE. Il est donc hautement recommandé aux pays d'impliquer également les organes familiers des négociations de traités d'investissement à l'heure d'examiner la possibilité d'accéder au TCE 1994 ou de signer la CIE 2015.

6. Conclusion

Le Secrétariat de la Charte de l'Énergie est en « mode expansion », et souhaite obtenir l'accès aux ressources énergétiques d'Afrique et d'Asie pour ces membres actuels – principalement des pays développés – et développer un système de protection de l'investissement de grande portée (et obsolète) au bénéfice des investissements réalisés dans des pays riches en ressources.

“ L'accession au TCE 1994 serait contraire à tous les programmes en matière de développement et d'innovation menés à bien dans le continent africain et au-delà ces dernières années. ”

Les objectifs de la Charte internationale de l'Énergie sont rappelés dans la CIE 2015 : « soutenir la politique de la Charte concernant sa consolidation, son développement et son élargissement *dans le but de faciliter l'expansion de la portée géographique du traité sur la Charte de l'Énergie* et de son processus » et « soutenir le rôle actif d'observateur à la Conférence sur la Charte de l'Énergie, *dans le but d[e] ... l'accès rapide de pays observateurs au traité de la Charte de l'Énergie* » (italique ajoutée)¹⁴.

Les États qui ont signé la CIE 2015 devraient être prudents car ils sont sur la voie toute tracée de l'accession au cadre de protection de l'investissement du TCE 1994, qui comporte des risques importants.

Les États qui ne l'ont pas encore signée devraient quant à eux évaluer les risques et les avantages connexes, en tenant compte du risque d'être poussé à accéder au TCE 1994.

Compte tenu de leur importance, ces décisions d'accéder au TCE 1994 ou de signer la CIE 2015 exigent une évaluation par un groupe interministériel incluant non seulement les agences en charge de l'énergie, mais également celles en charge du commerce et de l'investissement.

Auteur

Nathalie Bernasconi-Osterwalder est juriste internationale et directrice du groupe pour le droit et la politique économiques à l'Institut international du développement durable (IISD).

Notes

1 Traité sur la Charte de l'Énergie (Annexe 1 à l'Acte final de la Conférence sur la Charte européenne de l'Énergie), 17 décembre 1994. Tiré de <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf>.

2 Charte internationale de l'Énergie, 20 mai 2015. Tiré de http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/IEC_FR.pdf.

3 Charte internationale de l'Énergie. (2016, 4 juillet). *International Energy Charter as new informal working name*. Tiré de http://www.energycharter.org/media/news/article/international-energy-charter-as-new-informal-working-name-mezhdunarodnaja-ehnerge/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=b5b20830300401b070a201f3c0da507d.

4 Charte internationale de l'Énergie. (2017). *Constituency of the Energy Charter Conference*. Tiré de <http://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers>.

5 Charte internationale de l'Énergie. (2017). *Members & Observers: Countries: Italy*. Tiré de <http://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy>.

6 Charte internationale de l'Énergie. (2017). *Members & Observers: Countries: Russian Federation*. Tiré de <http://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/russian-federation>.

7 Charte internationale de l'Énergie. (2017). *List of all dispute settlement cases*. Tiré de <http://www.energycharter.org/?id=345>.

8 Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2017). *Investment dispute settlement navigator*. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

9 Pour connaître le contexte et le raisonnement juridique de la décision d'un montant de 50 milliards USD, voir Brauch, M. D. (2014, septembre). *Yukos v. Russia: Issues and legal reasoning behind US\$50 billion awards*. *Investment Treaty News*. Tiré de <http://www.iisd.org/itn/2014/09/04/yukos-v-russia-issues-and-legal-reasoning-behind-us50-billion-awards> ; voir également *Investment Treaty News*. (2016, 15 mai). *Les sentences de 50 milliards USD contre la Russie dans les affaires Yukos sont invalidées par un tribunal néerlandais*. Tiré de <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2016/05/iisd-itn-mai-2016-francais.pdf> ; et Walters, M. (2017, 6 février). *\$50bn Russian oil lawsuit set for next stage*. *The Law Society Gazette*. Tiré de <https://www.lawgazette.co.uk/law/50bn-russian-oil-lawsuit-set-for-next-stage-/5059713.article>.

10 Charte internationale de l'Énergie. (2017). *Frequently Asked Question about the Energy Charter Process: What does the Energy Charter do?* Tiré de <http://www.energycharter.org/process/frequently-asked-questions>.

11 Charte internationale de l'Énergie. (2017). *The International Energy Charter*. Tiré de <http://www.energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview>.

12 Secrétariat de la Charte de l'Énergie. (2015, 20 mai). *72 countries plus the EU, Euratom and ECOWAS adopt the International Energy Charter*. Tiré de http://www.energycharter.org/media/news/article/72-countries-plus-the-eu-euratom-and-ecowas-adopt-the-international-energy-charter/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=6c41bf6940672cf5b390ced07fc5b0e5.

13 Charte internationale de l'Énergie. (2017, 21 mars). *Kenya becomes a new signatory of the International Energy Charter*. Tiré de http://www.energycharter.org/media/news/article/kenya-becomes-a-new-signatory-of-the-international-energy-charter/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=a158b0d9bbdaf85d774fb101966327f7.

14 Secrétariat de la Charte de l'Énergie. (2016, février). *The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty with related documents*. Tiré de http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-Positive_Annex_W.pdf.

Un autre conflit de normes : quel est le lien entre le projet BEPS, la fiscalité internationale et les traités d'investissement ?

Julien Chaisse et Flavia Marisi

article 2



| | | | | |
|-----|--------|--------|--------|-------|
| 599 | 15,460 | 16,059 | 12,531 | 4,008 |
| 818 | 14,481 | 15,299 | 15,460 | 1,835 |
| 686 | 16,302 | 16,988 | 18,982 | 1,631 |
| 620 | 15,081 | 15,701 | 20,132 | 1,859 |
| 233 | 16,837 | 16,604 | 22,895 | 1,451 |
| 138 | 16,26 | 16 | | 3,433 |
| -7 | 19,92 | 19 | | 3,580 |
| 582 | 24,03 | 23 | | 3,264 |
| 332 | 25,73 | 25 | | 3,438 |
| -93 | 26,809 | 26,716 | 15,586 | 3,254 |
| 16 | 27,571 | 27,587 | 16,109 | 3,793 |
| 00 | 29,475 | 29,575 | 17,508 | 2,769 |
| 16 | 33,249 | 32,733 | 20,571 | 2,400 |
| 61 | 31,065 | 31,626 | 21,546 | 1,996 |

1. L'émergence du droit fiscal international

Le nombre toujours croissant d'échanges internationaux et de transactions d'investissement rend nécessaire et inévitable la réforme de la fiscalité internationale, tant en droit qu'en pratique¹. La politique fiscale n'est majoritairement plus gérée par les États individuels, et le nombre de questions fiscales régies par des accords internationaux a augmenté de manière spectaculaire.

L'échange d'informations et la coopération des États en matière fiscale ne sont pas nouveaux : dès les années 1920, les pays ont jugé nécessaire de se consulter sur des questions urgentes de fiscalité internationale, notamment au sujet de la double imposition. Ces consultations furent menées au sein de divers forums, d'abord sous l'égide de la Chambre de commerce international (CCI) puis de la Société des Nations.

Le droit fiscal international est maintenant régi par les conventions fiscales internationales – des accords conclus entre États comportant plusieurs objectifs et « jouant un rôle clé dans le contexte de la coopération internationale sur les questions fiscales »². Ils réduisent ou éliminent la double imposition internationale portant sur des revenus transfrontaliers, évitent une imposition excessive, et donc l'évasion fiscale, et encouragent donc l'investissement international et la croissance économique mondiale. En outre, ils renforcent l'échange d'informations et la coopération entre les administrations fiscales, notamment dans la lutte contre le problème fondamental de l'évasion fiscale internationale².

2. La réforme du droit fiscal international et le projet BEPS de l'OCDE

Bon nombre d'individus et d'entreprises fortunés désireux de payer le moins d'impôts possible prennent part à des sociétés écrans, certaines étant utilisées à des fins illégales, telles que l'évasion fiscale et des sanctions internationales³. Les mesures prises par certaines entreprises afin de transférer leurs bénéfices vers des pays aux impôts faibles ou inexistantes, ou de dissimuler une partie de leurs bénéfices sont ce que l'on appelle l'érosion de l'assiette fiscale et les transferts de bénéfices (BEPS). Cette pratique a de fortes conséquences sur les recettes gouvernementales, dont on estime la perte entre 100 et

240 milliards USD chaque année.

Lancé en 2013 par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), puis approuvé par le G20⁴, le projet BEPS présente 15 actions visant à garantir que les bénéficiaires soient imposés là où les activités les ayant générés sont réalisées, et où la valeur est créée. D'après l'OCDE, les pratiques de BEPS « portent atteinte aux gouvernements car elles réduisent leurs recettes fiscales et augmentent les coûts de contrôle du respect des lois, [et] elles portent atteintes aux populations, lorsque certaines EMN [entreprises multinationales] payent peu ou pas d'impôts et que les contribuables individuels doivent payer une plus grande part du fardeau fiscal »⁵.

« Les mesures prises par certaines entreprises afin de transférer leurs bénéfices vers des pays aux impôts faibles ou inexistantes, ou de dissimuler une partie de leurs bénéfices sont ce que l'on appelle l'érosion de l'assiette fiscale et les transferts de bénéfices (BEPS). »

Le projet BEPS mené par l'OCDE a produit ou mis à jour des règles spécifiques visant à éliminer, d'une part, les arrangements permettant d'éviter l'impôt en exploitant les différences entre les régimes fiscaux nationaux, et à éliminer ou modifier, d'autre part, les régimes préférentiels pouvant porter préjudice à la juste répartition du fardeau fiscal.

3. Les prix de transfert et le transfert des bénéfices

Les questions de calcul des bénéfices et de juridiction fiscale sont étroitement liées. Après avoir déterminé si une partie des bénéfices d'une entreprise est générée dans un pays donné, il est important de fixer les normes relatives à l'identification de la part des bénéfices qui sera imposée dans cette juridiction.

L'une des questions relevant des pratiques de BEPS est la question des prix de transfert, c'est-à-dire lorsque l'on fixe les prix des biens et services échangés entre des entités juridiques contrôlées ou affiliées appartenant au même groupe. Un exemple de prix de transfert serait le coût des biens payés par la société mère à sa filiale lorsque celle-ci vend des biens à la première. Le principe d'indépendance régissant les prix de transfert exige que des entités affiliées allouent leurs bénéfices comme elles le feraient si elles étaient des parties indépendantes dans la même situation, ou dans une situation similaire.

Afin d'offrir des conseils sur les aspects politiques et administratifs de l'application de l'analyse des prix de transfert aux EMN, les Nations Unies et Deloitte ont publié des manuels sur les prix de transfert dans différents pays. Selon le manuel des Nations Unies, lorsque le prix appliqué ne respecte pas le principe international d'indépendance, il pourrait être jugé « incorrect » et

accompagné d'éventuelles préoccupations au sujet de l'évasion fiscale. En pratique, il n'est pas forcément aisé de définir un prix de transfert approprié, notamment si l'on tient compte des difficultés liées à l'attribution d'une valeur à des actifs et services intangibles. Les prix de transfert sont utiles au calcul des bénéfices de deux entités réalisant des échanges internationaux ; ils ont donc des effets sur l'assiette fiscale des deux pays impliqués dans les transactions transfrontières.

Bon nombre de EMN adoptent des pratiques visant à réduire le montant de l'impôt qu'elles doivent payer, notamment le transfert de bénéfices si le principe d'indépendance n'est pas appliqué. Les bénéfices sont transférés d'une entité basée dans un pays à la lourde fiscalité vers une entité connexe basée dans un pays à la fiscalité plus douce, en sous-estimant ou en surestimant une transaction intra-groupe. Et puisque les transactions intra-groupes représentent 60 pour cent des échanges mondiaux⁶, les montants concernés sont colossaux. Un prix est par exemple sous-estimé lorsqu'un bien produit par la société mère, basée dans un pays à la forte fiscalité, est supposément vendu à une filiale, basée dans un pays à faible fiscalité, puis commercialisé par cette dernière. À l'inverse, la surestimation d'un prix consiste à ce qu'un bien produit par une filiale basée dans un pays à faible fiscalité, est vendu à la société mère, basée dans un pays à la forte fiscalité, puis commercialisé par cette dernière.

La complexité des régimes fiscaux nationaux en matière de prix de transfert a inspiré une étude qui recense presque toutes les normes nationales en matière d'imposition⁷. Même la Commission européenne a entrepris, depuis 2001, une analyse soignée des questions pertinentes en matière de prix de transfert intra-Union européenne⁸.

4. Les pratiques de BEPS et le droit international de l'investissement

L'augmentation significative des flux mondiaux l'investissement étranger direct (IED) entre 1998 et 2000, entre 2005 et 2007, et en 2015⁸ s'est accompagnée de la signature d'un nombre croissant de Conventions de double imposition (CDI). Les CDI et les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) ont des objectifs complémentaires : si les TBI visent à protéger et à encourager l'IED, les CDI abordent les questions du lieu d'imposition des bénéfices générés par les investissements transfrontaliers et de la répartition des recettes fiscales générées par les EMN.

Lorsque les questions fiscales sont incluses dans la portée d'un TBI permettant l'arbitrage investisseur-État, les investisseurs étrangers peuvent recourir à l'arbitrage en matière d'investissement pour contester les changements apportés par les États hôtes à leurs législations nationales et pouvant porter atteinte à leurs investissements. C'est là que le projet BEPS entre en jeu : avec ses 15 actions visant à prévenir l'évasion fiscale, et son objectif de garantir que les activités économiques soient imposées là où leur valeur est générée, il inspire déjà les réformes nationales des systèmes fiscaux, et continuera probablement de le faire. Aussi, puisque ces réformes pourraient impliquer

une modification des règles nationales régissant l'investissement, l'on pourrait assister à un conflit entre la mise en œuvre des pratiques du projet BEPS et l'application des TBI couvrant la fiscalité.

Les nouvelles mesures fiscales nationales mettant volontairement en œuvre les pratiques du projet BEPS pourraient imposer de nouvelles obligations aux investisseurs et être potentiellement contraires aux droits et obligations respectifs prévus par les TBI et autres accords internationaux d'investissement. Plus spécifiquement, les modifications apportées aux règles fiscales et pouvant affecter les bénéfices ou les actifs des investisseurs étrangers pourraient donner lieu à des recours pour violation des dispositions du traité d'investissement telles que le libre transfert du capital, le traitement juste et équitable (TJE), le traitement national, le traitement de la Nation la plus favorisée (NPF) et l'expropriation. Dans ces cas, les conflits surviennent entre les domaines de la fiscalité et de l'investissement.

Plusieurs affaires d'arbitrage en matière d'investissement alléguent une expropriation indirecte suite aux mesures fiscales prises par l'État. Certains chercheurs affirment que cela est devenu plus fréquent du fait de la croissance du nombre de mesures réglementaires prises par les États en matière fiscale¹⁰. Mentionnons notamment les affaires *Trading c. la Moldavie*, *EnCana c. l'Équateur* et *Occidental c. l'Équateur* : toutes portaient sur des modifications des mesures fiscales considérées comme expropriatoires.

“ Lorsque les questions fiscales sont incluses dans la portée d'un TBI permettant l'arbitrage investisseur-État, les investisseurs étrangers peuvent recourir à l'arbitrage en matière d'investissement pour contester les changements apportés par les États hôtes à leurs législations nationales et pouvant porter atteinte à leurs investissements. ”

Dans le but d'éviter les différends investisseur-État portant sur des mesures fiscales, certains des TBI et modèles de TBI les plus récents – comme par exemple le modèle de TBI de l'Inde – prévoient des exceptions à la portée du traité. La clause dérogatoire mise en avant par l'article 2.6(iv) du modèle de TBI indien pourrait être un point contentieux dans les discussions Inde-Union européenne en vue d'un Accord étendu sur le commerce et les investissements (AECI)¹¹. Les négociations entre la Chine et l'Union européenne en vue d'un accord d'investissement cristallisent les mêmes questions, ce qui atteste du problème croissant posé par l'inclusion de mesures fiscales dans les accords d'investissement.

Les systèmes fiscaux peuvent affecter l'investissement transfrontalier d'au moins quatre manières. D'abord, lorsque les mêmes bénéfices sont imposés à la fois dans

le pays de résidence et dans le pays hôte, une entreprise paye deux fois des impôts. Cette double imposition – couplée à d’autres facteurs, tels que la présence de matières premières et leur accessibilité, d’une main d’œuvre bon marché, d’infrastructures robustes et bien développées, et d’une législation fiscale favorable – peut affecter le choix des EMN dans la destination de leurs investissements. À court terme, le projet BEPS pourrait encourager les réformes fiscales nationales dans le monde, et l’on assisterait donc à l’augmentation des risques de conflits entre les réformes nationales et les dispositions du droit commercial international ou des accords d’investissements, tels que les CDI ou les TBI. En fait, bien que les mesures du projet BEPS ne soient pas contraignantes, plus de 30 pays les avaient déjà mises en œuvre dans leurs législations respectives avant même leur approbation formelle par le G20 en octobre 2015¹².

Ensuite, l’application de règles relatives aux prix de transfert dans les échanges transnationaux entre entités affiliées permet d’éviter les incohérences permanentes entre le coût des biens déclaré par l’entreprise exportatrice et la valeur des biens déclarée par l’entreprise importatrice, à l’heure d’appliquer les droits de douanes, la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et les impôts directs. Cela pourrait éventuellement entraîner, pour les EMN, une augmentation des coûts de la mise en conformité¹³.

Troisièmement, il y a un risque de créer un climat d’incertitude fiscale. Certains facteurs, tels que le nombre croissant d’entreprises ayant des activités transfrontières, l’évolution technologique rapide, l’attention croissante des EMN à la planification fiscale et l’absence de politique mondiale en faveur d’un droit fiscal international, exacerbent cette incertitude. La mise en œuvre complète du projet BEPS exigerait la refonte complète du cadre fiscal international. Cependant, il est peu probable qu’un accord sur cette réforme surgisse, puisque les positions de l’Afrique du Sud, du Brésil, de la Chine et de la Russie, en ligne avec celle des pays de l’OCDE, diffèrent largement des positions d’autres pays en développement. En fait, le projet BEPS original de 2013 offrait aux pays où les entreprises sont établies (généralement des pays développés) davantage de possibilités d’imposer de lourds impôts, et aux pays où les entreprises opèrent (principalement des pays en développement) moins de droits fiscaux. Aussi, lorsque les EMN prenaient part à des transactions intra-groupes, les pays en développement avaient moins de marge de manœuvre fiscale, et la plupart des impôts étaient perçus par les pays développés. Bien que le projet BEPS ait été légèrement revu en 2015, les divergences de vue originales suggèrent qu’il est peu probable qu’une réforme complète du cadre fiscal international ait lieu.

L’absence de vue concertée pourrait être exacerbée par l’accès croissant des autorités fiscales aux informations relatives aux opérations transfrontières des EMN. Si certaines autorités fiscales nationales pourraient utiliser ces informations pour concevoir une approche mondiale des prix de transfert¹³, d’autres autorités fiscales devront gérer de plus grands volumes d’information qu’auparavant sans être nécessairement

capables de coopérer en la matière. Aussi, elles pourraient même avoir tendance à adopter une politique plus stricte (qu’elles considèrent comme étant dans leur unique intérêt). Finalement, les « taxes de sortie » que certains États imposent sur les revenus des particuliers ou des entreprises auront certainement des effets négatifs à la fois sur les mouvements de capital, mais aussi sur le mouvement de la main d’œuvre¹³.

5. Conclusion

Le projet BEPS de réforme récemment mené à bien par l’OCDE est extrêmement important, pas seulement pour les autorités fiscales, mais également pour empêcher un nombre limité d’entités économiques de devenir les seuls bénéficiaires des gains découlant des échanges et de l’investissement transfrontières, et pour garantir que ces bénéfices soient plus largement redistribués. À cet égard, il est important de revisiter le droit et la politique internationaux de l’investissement pour veiller à ce qu’ils ne freinent pas la bonne mise en œuvre du projet BEPS et des réformes fiscales nationales.

Auteurs

Julien Chaisse est professeur à la Faculté de droit de l’Université chinoise de Hong Kong, et membre du Conseil du Forum économique mondial (WEF) sur l’**Avenir du commerce et de l’investissement internationaux**. Flavia Marisi est assistante de recherche à la Faculté de droit de l’Université chinoise de Hong Kong, et doctorante auprès de l’Université de Gand, en Belgique.

Notes

- 1 Chaisse, J. (2016). Investor-state arbitration in international tax dispute resolution. A cut above dedicated tax dispute resolution? *Virginia Tax Review*, 41(2), 149–222.
- 2 Trepelkov, A., Tonino, H., & Halka, D. (Eds.). (2013). *United Nations handbook on selected issues in administration of double tax treaties for developing countries*. New York : Nations Unies, p. 3. Tiré de http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Handbook_DTT_Admin.pdf.
- 3 Certaines des affaires les plus récentes sont les *Panama papers*, *HSBC* et les *LuxLeaks*. Voir le Consortium international des journalistes d’investigation (CIJI). (2016, avril 3). *Giant leak of offshore financial records exposes global array of crime and corruption*. Tiré de <https://panamapapers.icij.org/20160403-panama-papers-global-overview.html> ; The Guardian. (2016, 3 novembre). *French prosecutor calls for HSBC to stand trial for alleged tax fraud*. Tiré de <https://www.theguardian.com/business/2016/nov/03/hsbc-bank-french-prosecutor-calls-stand-trial-alleged-tax-swiss-subsidiary> ; Bowers, S. (2014, 5 novembre). *Luxembourg tax files: How tiny state rubber-stamped tax avoidance on an industrial scale*. *The Guardian*. Tiré de <https://www.theguardian.com/business/2014/nov/05/sp-luxembourg-tax-files-tax-avoidance-industrial-scale>.
- 4 Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). (2015, 9 octobre). *OECD/G20 base erosion and profit shifting project forwarded to G20 heads of state in November*. Tiré de <https://www.oecd.org/g20/topics/taxation/g20-finance-ministers-endorse-reforms-to-the-international-tax-system-for-curbing-avoidance-by-multinational-enterprises.htm>.
- 5 OCDE. (2015, octobre). *Taxing multinational enterprises: base erosion and profit shifting (BEPS). OECD Policy Brief BEPS Update No. 3*. Tiré de <http://www.oecd.org/ctp/policy-brief-beps-2015.pdf>.
- 6 Chambre de commerce international (CCI). (2012). *ICC Commission on Taxation Handbook*, p. 19. Tiré de <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2012/10/ICC-Commission-on-Taxation-Handbook.pdf>.
- 7 EY. (2016). *Worldwide transfer pricing reference guide 2015–16*. Tiré de [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Worldwide-transfer-pricing-reference-guide-2015-16/\\$FILE/EY_Worldwide_Transfer_Pricing_Reference_Guide_2015-16.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Worldwide-transfer-pricing-reference-guide-2015-16/$FILE/EY_Worldwide_Transfer_Pricing_Reference_Guide_2015-16.pdf).
- 8 Commission des Communautés européennes. (2001, octobre 23). *Rapport des services de la Commission : la fiscalité des entreprises dans le marché intérieur*. Tiré de http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/company_tax_study_fr.pdf.
- 9 Organisation mondiale du commerce (OMC). (2013). *Rapport sur le commerce mondial 2013*. Tiré de https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/world_trade_report13_f.pdf.
- 10 Wälde, T., & Kolo, A. (2008). Coverage of taxation under modern investment treaties. Dans P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (Eds.), *The Oxford handbook of international investment law* (chapitre 9), p. 305.
- 11 Dhasmana, I. (2017, 10 avril). *India-EU ties stumble over keeping tax out of bilateral investment treaty*, *Business Standard*. Tiré de http://wap.business-standard.com/article/economy-policy/india-eu-ties-stumble-over-keeping-tax-out-of-bilateral-investment-treaty-117041000416_1.html.
- 12 EY. (2015, août). *Country implementation of BEPS actions 8-10 and 13*. Tiré de [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-country-implementation-of-beps-actions-8-10-and-13-august-2015/\\$FILE/ey-country-implementation-of-beps-actions-8-10-and-13.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-country-implementation-of-beps-actions-8-10-and-13-august-2015/$FILE/ey-country-implementation-of-beps-actions-8-10-and-13.pdf).
- 13 Chaisse, J. (2016, janvier). *International investment law and taxation: From coexistence to cooperation*. E15Initiative. Genève : Centre international pour le commerce et le développement durable (ICTSD) et le Forum économique mondial, p. 5. Tiré de <http://e15initiative.org/publications/international-investment-law-taxation-coexistence-cooperation>.

article 3

Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) du Brésil et les faits nouveaux

José Henrique Vieira Martins



1. Introduction

Aucun des 2 369 Traités bilatéraux d'investissement (TBI) en vigueur n'inclut le Brésil¹. Bien que le pays ait signé 14 TBI traditionnels entre 1994 et 1999², ceux-ci n'ont jamais été approuvés par le Congrès national du Brésil, qui considérait que le régime de l'arbitrage investisseur-État limite le droit des États à réglementer et accorde des bénéfices extraordinaires aux investisseurs étrangers, imposant donc une discrimination à l'égard des investisseurs nationaux. C'est pour ces mêmes raisons que le Brésil n'a pas signé la Convention de 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la Convention du CIRDI). Malgré cela, le pays a continué de recevoir d'importants flux d'investissement étranger direct (IED), consolidant sa position comme l'un des principaux pays récipiendaires d'IED³ et renforçant le fait que l'existence de TBI en vigueur n'est pas un facteur décisif pour attirer l'investissement.

L'internationalisation croissante des entreprises brésiliennes⁴, le désir des pays partenaires de négocier des accords d'investissement, les différents problèmes perçus dans les TBI traditionnels et le nombre croissant d'affaires d'arbitrage investisseur-État ont relancé le débat sur les accords d'investissement au Brésil. Celui-ci a été l'occasion de développer un modèle innovant ne mettant pas uniquement l'accent sur la protection des investisseurs et des investissements, mais visant également à promouvoir et faciliter un investissement productif de qualité supérieure. Le gouvernement brésilien a donc adopté une nouvelle approche : l'Accord de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI)⁵. Cet article aborde les problèmes liés aux traités d'investissement traditionnels, les principales caractéristiques des ACFI et les faits nouveaux dans les négociations.

2. Les problèmes du modèle traditionnel d'accord d'investissement

Le modèle traditionnel d'accord d'investissement, qui contient des clauses prévoyant une protection forte pour les investisseurs étrangers et leur permettant de lancer un arbitrage international à l'encontre d'un État hôte sans devoir au préalable recourir au système judiciaire local, a eu des conséquences adverses pour les pays hôtes. Ces dispositions sont critiquées, entre

autres, car jugées beaucoup trop contraignantes pour les pays importateurs de capital, notamment s'agissant des besoins spécifiques des pays en développement. Bon nombre de dispositions ont été interprétées d'une manière qui limite ou entrave le droit des États à réglementer, restreignant ainsi la mise en œuvre de politiques publiques légitimes.

Par exemple, les clauses d'expropriation indirecte ont permis aux investisseurs étrangers de contester devant des tribunaux arbitraux des politiques publiques légitimes visant à protéger l'environnement ou la santé humaine. C'est ainsi le cas dans les affaires lancées par Philip Morris contre l'Uruguay et l'Australie⁶, dans lesquelles l'entreprise de tabac contestait les réglementations en matière d'emballage imposées par ces pays afin de réduire l'attrait des paquets de cigarettes et ainsi de limiter la consommation de ces produits.

Bon nombre des 767 affaires d'arbitrage investisseur-État connues à ce jour⁷ ont eu des répercussions politiques majeures pour les pays concernés. Les tribunaux d'investissement ont octroyé d'importantes indemnités et sont souvent perçus comme favorisant les intérêts commerciaux privés au détriment des considérations sociales et publiques de l'État hôte.

En mettant l'accent sur le règlement des différends, et avec leur structure favorisant la remise en cause de réglementations nationales qui affectent de près ou de loin l'investissement, les TBI ont créé une dynamique contradictoire qui ne contribue pas au développement d'un bon environnement commercial ou de relations investisseur-État à long terme. Bien qu'ils soient intitulés « Accords de *promotion* et de protection de l'investissement », ces textes traditionnels ne s'intéressent pas réellement à la promotion⁸, mais presque exclusivement à la protection, et leur efficacité à promouvoir l'investissement n'a toujours pas été confirmée, après toutes ces années, par les données disponibles⁹.

Les pays en développement comme les pays développés commencent à envisager de réformer le régime international des accords d'investissement et de promouvoir des changements dans leurs modèles de traité d'investissement, en incluant notamment des dispositions visant à clarifier et délimiter les obligations de l'État envers l'investisseur et d'autres limitant la possibilité de lancer un arbitrage. Malgré cela, bon nombre des concepts utilisés à cette fin restent trop sujets à une large interprétation de la part des arbitres et ne règlent donc pas le problème.

Les pays adoptent des stratégies variées. La Bolivie et l'Équateur ont dénoncé une grande partie de leurs TBI. L'Inde renégocie actuellement ses TBI, ou s'en retire. L'Australie n'inclut plus l'arbitrage investisseur-État dans ses accords. L'Afrique du Sud s'en remet à la médiation nationale pour le règlement des différends investisseur-État. Les États-Unis ont introduit quelques changements dans leur modèle de TBI. Au sein de l'Union européenne, l'opposition du Parlement européen et de la société civile au mécanisme classique d'arbitrage investisseur-État ont conduit la Commission européenne à proposer de créer

un système réformé composé d'un tribunal de première instance permanent et d'un mécanisme d'appel.

3. Le modèle d'Accord de coopération et de facilitation de l'investissement

En réponse aux critiques contre le régime actuel, le Brésil s'est éloigné de cette approche contradictoire et a adopté une approche coopérative, en privilégiant les éléments présentant des bénéfices mutuels pour les investisseurs et l'État. Il s'est attelé à éviter les écueils des accords traditionnels et a cherché un modèle ne pas seulement protégeant l'investissement, mais le promouvant également.

C'est avec cela à l'esprit qu'une équipe menée par les ministères des Finances (MF), des Relations extérieures (MRE) et de l'Industrie et du Commerce international (MICI), en consultations avec d'autres institutions et des groupes du secteur privé, a développé le modèle d'ACFI. L'élaboration de ce modèle a également tenu compte des débats et études menés par des organisations internationales et autres forums économiques tels que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), l'Institut international du développement durable (IISD) et le G20, en plus de précieuses références sur la question et de l'exemple de certains pays.

Les ACFI ont une perspective à long terme et considèrent que les États doivent coopérer et maintenir un dialogue continu et organisé avec les investisseurs afin de promouvoir des investissements durables. Il s'agit d'un nouveau type d'accord, mettant l'accent sur la stimulation et l'appui des investissements mutuels (adoptant le concept de facilitation de l'investissement), et visant à favoriser les flux d'investissement mutuels et à proposer de nouvelles activités durables d'intégration entre États. Ce modèle est donc conforme aux programmes de développement du G20 et d'autres forums internationaux, notamment compte tenu des discussions plus récentes sur la facilitation de l'investissement – qui ont largement tiré parti de l'exemple du modèle d'accord brésilien – car il favorise l'amélioration des conditions d'investissement afin d'accroître les opportunités commerciales et de stimuler l'investissement du secteur privé.

Le modèle d'ACFI est composé de quatre parties principales, abordées dans le détail ci-après.

a. La portée de l'Accord et les définitions

La définition de l'investissement joue un rôle essentiel, puisque les ACFI ne couvrent que l'IED, considéré comme le type d'investissement pouvant jouer un rôle plus décisif dans le développement des pays. Les investissements de portefeuille sont clairement exclus de la portée des ACFI, car ils concernent surtout l'investissement à court terme et spéculatif.

b. Les mesures réglementaires et l'atténuation des risques

Les clauses sur le traitement national et la Nation la plus favorisée (NPF) prévoient que les investisseurs étrangers ne seront pas traités de manière moins favorable que les investisseurs nationaux ou que les investisseurs de pays tiers. Quelques rares exceptions existantes sont maintenues, telles que l'interdiction d'investir dans les

zones frontalières. Le modèle ne limite pas l'adoption de nouvelles mesures de politique publique, si elles ne sont pas discriminatoires. L'on trouve également des articles sur la transparence et sur les libres transferts liés à l'investissement, ainsi qu'un article sur l'expropriation qui établit que l'expropriation directe est interdite, sauf si elle est réalisée dans l'intérêt public, de manière non-discriminatoire, dans le respect des procédures et contre paiement d'une indemnisation effective. Cet article ne couvre pas l'expropriation indirecte.

Ce modèle présente une innovation importante par rapport à d'autres accords d'investissement car il introduit des dispositions sur la responsabilité sociale des entreprises fondées sur les Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales¹⁰, des dispositions sur la corruption et, dans les négociations les plus récentes, des exceptions spécifiques pour la protection de la vie humaine, animale et végétale. Cela est conforme au souhait du Brésil que l'investissement soit plus responsable et contribue au développement durable.

c. La gouvernance institutionnelle et la prévention et le règlement des différends

Au titre des ACFI, chacun des États partenaires doit créer un mécanisme central (ombudsman ou point focal) chargé de recevoir les requêtes et les revendications des investisseurs. L'ombudsman analyse les revendications et les questions posées et, en coordination avec les entités gouvernementales compétentes et dans le cadre d'une procédure accélérée, apporte à l'investisseur une réponse ou une solution. L'objectif est de mettre à la disposition des investisseurs étrangers un moyen efficace de surmonter les obstacles ou les difficultés rencontrées à l'heure d'investir ou au cours de l'investissement, mais aussi de favoriser un bon environnement commercial. L'ombudsman du Brésil a été établi sous l'égide de la Chambre du commerce extérieur (CAMEX), un organe interministériel chargé de formuler, d'adopter et de coordonner les politiques commerciales et d'investissement.

Les ACFI innoveront également par l'établissement d'un comité conjoint pour la coopération entre États et la prévention des différends. Ce dernier volet est composé d'un mécanisme dans le cadre duquel les représentants de l'investisseur et du gouvernement impliqués peuvent échanger leurs points de vue sur la question soulevée par l'investisseur et cherchent une solution collective.

Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, les États impliqués peuvent lancer un arbitrage international en dernier recours. Les ACFI ne prévoient pas l'arbitrage investisseur-État. L'objectif de l'arbitrage entre États est de déterminer si l'État hôte a violé l'une des disciplines de l'accord et, dans ce cas, de recommander à l'État d'ajuster ou d'éliminer la mesure contraire.

d. Le Programme pour renforcer la coopération et la facilitation de l'investissement

Le volet coordination des fonctions du Comité conjoint se traduit notamment par le développement du Programme pour renforcer la coopération et la facilitation, qui inclut des sujets variés tels que la facilitation des visas commerciaux ou l'échange de renseignements législatifs et logistiques. Ces thèmes

évoluent en fonction des intérêts communs des États partenaires. Aussi, ce programme se veut comme un document évolutif, pouvant être adapté à chaque cas, et incluant des sujets d'intérêts mutuels.

4. Les faits nouveaux

En 2013, la CAMEX a émis un mandat pour la négociation d'accords avec les pays africains, sur la base des principes du modèle d'ACFI récemment adopté. Ce mandat a été étendu en 2015, juste après la conclusion des premiers accords avec l'Angola, le Malawi et le Mozambique, afin d'inclure tous les pays intéressés par la négociation d'un accord au titre du modèle d'ACFI du Brésil.

Le Brésil a également signé des ACFI avec le Chili, la Colombie, le Mexique et le Pérou, et a parachevé les négociations avec l'Inde et la Jordanie. Par ailleurs, les négociations fondées sur une proposition brésilienne de 2015 viennent de se conclure au sein du Sous-groupe de travail sur l'investissement du MERCOSUR (SGT 12), avec la signature du Protocole de coopération et de facilitation de l'investissement au Traité de Asunción le 7 avril 2017.

Au moment où nous écrivons ces lignes, les ACFI conclus avec le Mexique et le Pérou viennent d'être approuvés par le Sénat brésilien, devenant ainsi les premiers accords d'investissements à obtenir l'approbation du Congrès au Brésil. Les autres ACFI signés par le Brésil sont encore en cours d'approbation. L'ombudsman en charge de l'investissement direct et un Comité national de l'investissement ont été établis en septembre 2016 au sein de la CAMEX, avec l'adoption de réglementations pour ces deux cadres institutionnels¹¹.

Même si le nom et la structure de ces accords peuvent légèrement varier, leurs principales caractéristiques sont les mêmes et s'appuient sur le modèle d'ACFI. Les variations indiquent les ajustements aux besoins spécifiques de chacun des partenaires et la possibilité continue d'améliorer le modèle sans en perdre l'essence.

Les cadres de la coopération et de la facilitation de l'investissement des ACFI (notamment l'ombudsman, les Comités conjoints et les souples Programmes pour le renforcement de la coopération et de la facilitation de l'investissement) ont attiré l'attention d'organisations internationales majeures. La quasi-totalité des lignes d'action incluses dans le Menu d'action globale de la CNUCED pour la facilitation des investissements¹² sont présentes dans le modèle brésilien. En outre, le projet mené par l'IISD de Principes Sud-Sud sur l'investissement international au service du développement durable¹³ – en cours de rédaction avec les États – et le document du Secrétariat de l'OCDE sur la facilitation de l'investissement sont conformes à de nombreuses idées incluses dans le modèle brésilien. Le modèle d'ACFI a également été mentionné dans les débats du G20 sur la nécessité de favoriser les investissements, débats qui ont gagné en importance lors du Sommet de Séoul (2010), ainsi qu'avec la création du Groupe de travail sur le commerce et l'investissement (TIWG) et l'approbation des Principes directeurs du G20 pour l'élaboration de politiques d'investissement à l'échelle mondiale¹⁴.

5. Conclusion

Les problèmes perçus dans le modèle traditionnel d'accord ont conduit le Brésil à décider de se tenir à l'écart de la simple création de conditions extraordinaires pour les investisseurs étrangers dans le cadre d'une approche contradictoire. Au final, ils ont mené le Brésil à mettre au point le modèle d'ACFI afin de redéfinir, de manière plus équilibrée, les résultats attendus d'un accord d'investissement. Le modèle d'ACFI encourage une approche coopérative, en mettant l'accent sur la facilitation de l'investissement et la prévention des différends pour un environnement commercial plus productif.

Si l'on ne peut encore mesurer l'efficacité du modèle d'ACFI et savoir s'il permettra de générer plus d'investissement et moins de différends, le nouveau cadre institutionnel – établi du fait de l'ACFI – a déjà amélioré et permis d'organiser le processus de prise de décision en matière d'investissement, et offert au Brésil un nouveau mécanisme de diagnostic et d'analyse de la situation réglementaire nationale. L'approbation des accords avec le Mexique et le Pérou, ainsi que les répercussions positives du modèle parmi les agents et partenaires économiques majeurs, et au sein des cercles académiques et de la coopération internationale, montrent que le modèle semble être sur la bonne voie.

Auteur

José Henrique Vieira Martins est Coordinateur général de la politique commerciale et d'investissement auprès du ministère des Finances du Brésil et Coordinateur national pour le Brésil auprès du Sous-groupe de travail sur l'investissement du MERCOSUR (SGT 12).

Notes

- 1 Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2017). *International investment agreements navigator*. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.
- 2 *Id.* Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iainnerMenu>.
- 3 CNUCED. (2016). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2016 : Nationalité des investisseurs : enjeux et politiques*, p. 5. Tiré de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf (rapport complet en anglais) ou http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2016_Overview_fr.pdf (synthèse en français).
- 4 À fin 2014, le stock d'IED brésilien à l'étranger équivalait à la moitié du stock d'IED au Brésil. (2014). *Brazilian capital abroad*. Tiré de <http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Ingl/CBE-2014Results.pdf>.
- 5 Voir Bernasconi-Osterwalder, N., & Brauch, M. D. (2015, septembre). *Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*. Tiré de <http://www.iisd.org/library/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas>; et Morosini, F., & Sanchez Badin, M. R. (2015, août). L'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) : un nouveau modèle pour les accords internationaux d'investissement ? *Investment Treaty News*, 6(3), 3–5. Tiré de <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-aout-2015-francais.pdf>.
- 6 Philip Morris Asia Limited c. Le Commonwealth d'Australie, Affaire CNUDCI, CPA n° 2012-12. Tiré de <http://www.italaw.com/cases/851>; Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) et Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. La République orientale d'Uruguay, Affaire CIRDI n° ARB/10/7. Tiré de <http://www.italaw.com/cases/460>.
- 7 CNUCED. (2017). *Investment dispute settlement navigator*. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.
- 8 Seuls 19 pour cent des 500 TBI analysés par la CNUCED incluait des dispositions relatives à la promotion de l'investissement. CNUCED. (2008). *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*. Tiré de http://unctad.org/fr/docs/iteit20077_fr.pdf.
- 9 Salacuse, J. W., & Sullivan, N. P. (2005). Do BITs really work? An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. *Harvard International Law Journal*, 46(1), 67–130.
- 10 Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). (2011). *Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales*. Tiré de <http://www.oecd.org/fr/daf/in/mne/2011102-fr.pdf>.
- 11 République fédérative du Brésil. (2016). *Décret n° 8863/2016*. Tiré de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8863.htm.
- 12 CNUCED. (2016, 31 mai). *Menu d'action globale de la CNUCED pour la facilitation des investissements*. Tiré de http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_GlobalActionMenuForInvestmentFacilitation.2016.French.pdf.
- 13 Institut international pour le développement durable (IISD). (2016). *High-level roundtable discussion on the development of South-South principles on international investment for sustainable development, Nairobi, Kenya, July 18, 2016: Meeting report*. Tiré de <https://www.iisd.org/sites/default/files/material/South-South-Principles-on-International-Investment-Nairobi-July-2016.pdf>.
- 14 G20. (2016). *Trade ministers meeting statement, 9–10 July 2016, Shanghai*, Annex III. Tiré de https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/dgra_09jul16_e.pdf.

article 4

La protection intra-Union européenne de l'investissement : une situation bien difficile

Andrej Arpas



Les eaux troubles des TBI européens

Il existe encore actuellement des dizaines de Traités bilatéraux d'investissement (TBI) intra-Union européenne (UE) en vigueur entre les États membres de l'UE. Considérés par le passé comme une assurance nécessaire pour les investisseurs – principalement d'Europe de l'ouest – garantissant que leurs investissements seraient protégés des caprices des régimes post-communistes, les TBI intra-UE ont perdu leur raison d'être. Bon nombre de pays auparavant situés à l'est du Rideau de fer ont, avec les années, adhéré à l'Union européenne et adopté ses lois et réglementations.

Pourtant, malgré une décision récente sur l'incompatibilité des TBI intra-UE avec le droit européen, seuls l'Irlande et l'Italie (qui ont mis fin à leur TBI intra-UE en 2012 et 2013 respectivement) s'appuient uniquement sur les règles du marché unique européen – telles que la liberté d'établissement, le libre mouvement des capitaux, la non-discrimination pour des raisons de nationalité – pour la protection des investisseurs et investissements transfrontières intra-UE¹. Pour compliquer les choses, bien que la Commission européenne ait demandé aux États membres de mettre fin à leur TBI intra-UE, les contours précis de la protection de l'investisseur au sein de l'Union restent incertains alors même qu'ils sont en cours d'élaboration.

Entre temps, l'environnement d'investissement de l'Union se trouve lui-même en terre inconnue comme le prouve la récente prise de bec entre la Slovaquie et la Pologne au sujet des exportations d'eau : l'affaire *Muszynianka c. la République slovaque*. Le présent article explicite certaines des subtilités de l'affaire, notamment les contextes factuel et légal, et sa place dans le contexte de la protection intra-UE des investissements.

Le contexte de l'affaire Muszynianka

La coopérative Muszynianka est un fournisseur polonais d'eau minéral disposant d'une usine d'embouteillage à Muszyna, une ville à la frontière avec la Slovaquie. Désireuse d'étendre ses activités, l'entreprise alla plus au sud en 2012 au-delà de la frontière Slovaquie-Pologne de l'autre côté de la rivière-frontière Poprad, et créa une entité juridique dans la capitale slovaque régionale du même nom. L'entreprise construisit un aqueduc de 2 km le long de la rivière et était prête à commencer à pomper

l'eau. L'investissement représentait environ 100 millions CZK (soit 3,7 millions €).

En janvier 2015, elle déposa une demande de permis d'exploitation de la source d'eau auprès du ministère slovaque de la Santé. Ce dernier informa l'entreprise le 26 janvier 2015 que sa demande avait été rejetée sur la base de l'article 4(2) de la constitution slovaque, une disposition entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2014 par le biais d'un amendement constitutionnel¹. L'amendement interdit l'exportation d'eau potable, géothermale et minérale par aqueduc ou voie routière².

Avec un chiffre d'affaire annuel d'environ 1 milliard €, Muszynianka a déposé une plainte auprès de la Commission européenne, plainte qui s'est retrouvée à la une des médias polonais et a reçu le soutien de la Première ministre polonaise sortante de l'époque, Ewa Kopacz, et du cabinet de l'actuelle, Beata Szydło³.

Peler l'oignon des arbitrages en matière d'investissement

Les informations dont nous disposons restent limitées, mais il semble que puisque d'autres mesures visant à régler le différend n'ont pas fonctionné, l'investisseur polonais a présenté une demande d'arbitrage contre la Slovaquie pour un montant de 75 millions € au titre du TBI Pologne-Slovaquie⁴. Entre autres dispositions éventuellement invoquées par Muszynianka, l'on trouve l'article 3(2) du TBI⁵ :

Chacune des parties doit garantir sur son territoire un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre partie. Ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé aux investisseurs de chacune des parties sur son territoire ou aux investisseurs de pays tiers si ce traitement est plus favorable.

La première phrase de l'article 3(2) propose l'obligation classique de traitement juste et équitable (TJE). La deuxième explique ensuite que le TJE implique le traitement national et le traitement de la Nation la plus favorisée (NPF). Cette relation précise entre le TJE d'une part, et les traitements national et NPF d'autre part, est un peu vague dans le texte. Cependant l'investisseur pourrait arguer que les deux ensembles d'obligations s'appliquent.

La procédure d'arbitrage avança lentement puisque la Slovaquie contesta immédiatement la nomination d'un arbitre bulgare, Stanimir Alexandrov⁶. Nommé par l'investisseur polonais, M. Alexandrov décida de se retirer avant que la question ne soit réglée, justifiant sa décision par la « manière hostile dont la contestation a[vait] été traitée par la République slovaque »⁷.

Cette contestation s'expliquait par un autre arbitrage controversé au titre du TBI Pays-Bas-Slovaquie de 1991 : l'affaire *HICEE c. la Slovaquie*. La contestation de M. Alexandrov dans l'affaire Muszynianka trouvait sa source dans le comportement de l'arbitre en tant qu'avocat des demandeurs et témoin dans l'affaire *HICEE* (en tant que témoin, il a présenté un témoignage écrit lorsque HICEE B.V., une entreprise néerlandaise, a cherché à disqualifier un arbitre). Le Premier ministre slovaque Robert Fico avait interdit la distribution de profits impliquant une filiale locale d'HICEE, une

assurance santé⁸. HICEE prétendait que ce faisant, la Slovaquie violait ses obligations TJE, en matière d'expropriation et de libre transfert au titre du TBI. L'entreprise réclama plus d'un milliard €, mais n'obtint pas gain de cause⁹.

Continuons de peler l'oignon proverbial : Achmea, un autre investisseur néerlandais dans les soins de santé en Slovaquie, lança un arbitrage au titre du Règlement de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI), également sur la base de la disposition TJE du TBI Pays-Bas-Slovaquie. La Slovaquie contesta l'applicabilité du TBI, compte tenu de la nature intra-UE du différend. Elle présenta également une objection à la compétence de la cour locale de Frankfurt en Allemagne où était basé l'arbitrage. L'article 344 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit que les différends portant sur l'interprétation ou l'application des traités européens doivent être réglés au titre des méthodes de règlement des différends prévues par les traités eux-mêmes. Pour la Slovaquie, cela excluait la compétence des cours nationales telles que les cours fédérales d'Allemagne. La cour de Frankfurt se prononça contre la Slovaquie dans une décision provisoire de 2010, puis de nouveau dans sa décision finale en décembre 2012. La Slovaquie fit appel de la décision auprès d'une cour d'instance supérieure, qui affirma que les objections de la Slovaquie étaient contestables, car elle considérait que l'article 344 du TFUE ne parle pas de différends privés investisseur-État, et qu'à ce titre, les tribunaux arbitraux ne constituaient pas une violation du TFUE. La Slovaquie se tourna ensuite vers la cour la plus élevée d'Allemagne dans le système ordinaire, la Cour fédérale de justice (BGH).

Nous en arrivons au cœur de notre oignon métaphorique. Pour tenter de veiller à une application uniforme et cohérente du droit européen, la BGH renvoya des questions préliminaires à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), conformément à l'article 267 du TFUE. La question la plus importante portant sans doute sur l'utilisation des tribunaux arbitraux au titre des TBI intra-UE au regard de l'article 344 du TFUE, qui semble au contraire renvoyer tous les différends à la CJUE¹⁰. La BGH demanda également si l'article 18 du TFUE (sur la non-discrimination) est violé par l'octroi de droits spéciaux à certains citoyens européens et pas à d'autres dans le cadre des TBI intra-UE. Les réponses à ces questions de haute importance seront certainement décisives pour de nombreux arbitrages européens en plus de celui-ci. Remarquant que les conclusions de l'affaire se trouvent actuellement dans un flou interprétatif, la BGH a décidé de surseoir la procédure en attendant le jugement de la CJUE¹¹.

Revenons à la plainte de Muszynianka auprès de la Commission européenne

D'après les informations publiques, l'affaire semble suivre son cours, et s'attarde sur les règles régissant le marché interne¹¹. Cependant, s'agissant des TBI intra-UE, la Commission européenne les a récemment déclarés invalides car contraires au droit européen¹².

La protection de l'investisseur est-elle en miettes ?

Le 29 septembre 2016, la Commission a déterminé que les garanties « supplémentaires » intra-UE en matière d'investissement étaient excessives et incompatibles avec le droit européen, et que l'Autriche, les Pays-Bas, la Roumanie, la Slovaquie et la Suède devaient mettre fin à

leurs TBI intra-UE respectifs¹². La Commission souligna que la plupart de ces traités avaient été conclus dans les années 1990 entre les États membres européens existants à l'époque et des pays qui ont rejoint l'Union européenne plus tard, en 2004 et 2007. La plupart d'entre eux étaient des anciens États communistes où l'état de droit et la propriété privée étaient des concepts balbutiants, timidement redécouverts. Aussi, la Commission considéra qu'il aurait été prudent d'élaborer d'autres mesures afin de protéger l'investissement étranger. Elle argua cependant que des années de transformation rigoureuse et l'adaptation obligatoire aux exigences de la législation européenne avant leur entrée dans l'Union rendaient ce type de protection obsolète, et d'un point de vue légal, nulle et non avenue. En effet, d'après le ministère slovaque des Finances, la Slovaquie avait, même avant la décision, considéré les TBI intra-UE, vingt d'entre eux pour la seule Slovaquie, comme « inapplicables, au minimum »¹³ compte tenu de leur chevauchement avec le droit européen.

Conclusion

Où tout cela mène-t-il la protection de l'investissement dans le marché unique européen ? Dans des eaux troubles, pour reprendre le sujet de l'affaire Muszynianka. En théorie, le marché commun européen fonctionne sur la base de principes censés prévenir toute angoisse inutile chez les investisseurs étrangers. Mais la réalité est un peu plus compliquée. En tous cas, pour ce qui est de l'investisseur polonais, l'enchevêtrement des intérêts et autorité nationaux et supranationaux pour bien lui rappeler que le *lex specialis* coûte parfois particulièrement cher.

Auteur

Andrej Arpas est analyste spécialisé dans la politique commerciale. Diplômé de la faculté de droit de l'Université de Manchester, il a rejoint un groupe de réflexion basé à Washington après avoir brièvement travaillé auprès du ministère slovaque du Travail.

Notes

- 1 Commission européenne. (2015, 18 juin). *Procédures d'infraction du mois de juin : principales décisions*. Tiré de http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5162_fr.htm.
- 2 Gouvernement slovaque. (2014, 8 juin). *Robert Fico: Water is a strategic commodity; we want to constitutionally proscribe its exports*. Tiré de <http://www.vlada.gov.sk/robert-fico-voda-je-strategicka-surovina-jej-vyvoz-zo-slovenska-chcem-e-zakazat-v-ustave> (en slovaque).
- 3 Palata, L. (2015, 14 novembre). *Poles want to go to court with the Slovaks over water*. *MF Dnes*. Tiré de <http://www.pressreader.com> (en tchèque).
- 4 Yong, L. (2016, 19 octobre). *Water investor's claim against Slovakia sees challenge to Bulgarian arbitrator*. *Global Arbitration Review*. Tiré de <http://globalarbitrationreview.com/article/1069573/water-investor%E2%80%99s-claim-against-slovakia-sees-challenge-to-bulgarian-arbitrator>.
- 5 Accord bilatéral d'investissement entre la Pologne et la Slovaquie, 18 août 1994. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3022> (en slovaque ; traduction en anglais de l'auteur ; traduction en français de la traductrice).
- 6 Peterson, L. E. (2016, 18 octobre). *Investor makes good on threat to file BIT arbitration over cross-border water export project – and sees its arbitrator nominee swiftly challenged*. *IA Reporter*. Tiré de <https://www.iareporter.com/articles/investor-makes-good-on-threat-to-file-bit-arbitration-over-cross-border-water-export-project-and-sees-its-arbitrator-nominee-swiftly-challenged>.
- 7 Peterson, L. E. (2016, 16 décembre). *Arbitrator Stanimir Alexandrov steps aside in face of challenge in intra-EU BIT case*. *IA Reporter*. Tiré de <http://www.iareporter.com/articles/arbitrator-stanimir-alexandrov-steps-aside-in-face-of-challenge-in-intra-eu-bit-case> ; Kocharński Zięba & Partners (KZP). *Marek Jeżewski PhD, Partner: Head of Arbitration*. Tiré de <https://www.kochanski.pl/en/marek-jezewski-phd-2>.
- 8 Crockett, A. (2014, 20 juin). *No jurisdiction over BIT claims if investor fails to state a prima facie case*. *Lexology*. Tiré de <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9dacc5b0-ccdd-4977-9e00-65047de8c139> ; HICEE B.V. c. la République slovaque, Décision partielle, 23 mai 2011. Tiré de <http://www.italaw.com/cases/documents/537>.
- 9 Ministère des Finances de la République slovaque. (2011, 24 octobre). *Slovakia wins first case with health insurers' shareholders*. Tiré de <http://www.finance.gov.sk/Default.aspx?CatID=84&NewsID=457> (en slovaque).
- 10 Global Investment Protection. (2016, 24 mai). *Intra-EU BITs before the Court of Justice of the EU*. Tiré de <http://www.globalinvestmentprotection.com/index.php/intra-eu-bits-before-the-court-of-justice-of-the-eu>.
- 11 Oravová, L. (2016, 23 février). *The government will not back down*. *TA3*. Tiré de [http://www.storin.sk/storin.nsf/\\$All/AF200EDA6B01997CC1257F63003773AE?OpenDocument](http://www.storin.sk/storin.nsf/$All/AF200EDA6B01997CC1257F63003773AE?OpenDocument) (en slovaque).
- 12 Commission européenne. (2016, 29 septembre). *Procédures d'infraction du mois de septembre : principales décisions*. Tiré de http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3125_fr.htm.
- 13 Ministère des Finances de la République slovaque. (2016, 15 juillet). *Bilateral investment treaties*. Tiré de <http://www.finance.gov.sk/Default.aspx?CatID=4597> (en slovaque).

article 5

Le récent TBI Argentine-Qatar et les défis des négociations de traités d'investissement

Facundo Pérez-Aznar



Après une absence de 15 ans, l'Argentine est de retour sur la scène des négociations de traités bilatéraux d'investissement (TBI), grâce à la signature d'un TBI avec le Qatar le 6 novembre 2016, et aux négociations en cours d'un TBI avec le Japon¹. J'analyse, dans le présent article, la portée du traité Argentine-Qatar ainsi que les caractéristiques des négociations entreprises par l'Argentine².

1. L'histoire des TBI argentins et des différends

Entre 1990 et 2001, l'Argentine a signé 58 TBI, dont 55 sont entrés en vigueur. En général, leur contenu varie peu, et ils contiennent les éléments des TBI traditionnels. La fin du programme argentin de TBI en 2001 coïncida avec le pic de la pire crise économique de l'histoire du pays, et avec la prolifération des affaires d'arbitrages en matière d'investissement contre l'Argentine³.

L'Argentine ressent les effets des TBI depuis les années 1990. Déjà en 1995, des investisseurs étrangers avaient obtenu l'accès, grâce à plusieurs TBI, au secteur argentin des médias, au titre du traitement national⁴. Les préoccupations au sujet des TBI se sont également manifestées très tôt. Après l'enregistrement des trois premières affaires auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en 1998, le Chef du Cabinet a exprimé, devant le Congrès national, ses inquiétudes et indiqué que le ministère des Affaires étrangères avait été chargé de faire usage des voies diplomatiques pour limiter la portée des TBI⁵. En 2003, le pouvoir exécutif informa le Congrès qu'il existait plus de 50 recours au titre des TBI. La moitié d'entre eux ont été arbitrés au titre du CIRDI ou de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), mais l'autre moitié ne s'est jamais matérialisée dans des procédures d'arbitrage, ce qui suggère l'existence d'accords de règlement⁶. L'on connaît mieux les événements postérieurs à 2003 : ce sont au total 59 affaires qui ont été lancées contre le pays, la plupart portant sur des mesures prises par le gouvernement pour affronter la crise économique.

2. Entre les dispositions traditionnelles et les dispositions innovantes

Dans sa structure et son libellé, le TBI Argentine-Qatar ressemble au TBI Moldavie-Qatar de 2012⁷. En fait, 15

des 20 dispositions du traité avec l'Argentine ont le même libellé, ou un libellé similaire à celles contenues dans le traité avec la Moldavie. Bon nombre de ces dispositions ne diffèrent pas beaucoup de celles des TBI traditionnels, notamment les dispositions sur l'expropriation, l'indemnisation des pertes, les transferts, la subrogation, le refus d'accorder des avantages, l'entrée et le séjour du personnel et le règlement des différends entre États. Quant aux autres dispositions, même si elles suivent généralement celles du traité avec la Moldavie, elles présentent des différences significatives.

Le préambule fait référence au « développement durable », une nouveauté dans les traités argentins. La définition de « l'investisseur » suit celle du traité avec la Moldavie, sauf qu'elle exige en plus des personnes morales qu'elles soient enregistrées ou organisées, et que leur principal lieu d'activité commerciale se trouve dans le territoire de l'État d'origine (art. 1, para. 1(b)). Il prévoit également qu'une entreprise ne sera pas considérée comme un « investisseur » au titre du traité « si elle est contrôlée par des ressortissants d'un État tiers ou de l'État hôte » ou si elle ne mène pas des « activités commerciales conséquentes dans le territoire » de l'État d'origine (art. 1, para. 1(d)). D'autre part, la disposition prévoit que les personnes morales incluent les agences officielles ainsi que les fonds souverains et les fiducies, des entités qui n'étaient généralement pas incluses dans les précédents TBI argentins. La définition de « l'investissement » utilise également la définition large fondée sur les actifs contenue dans le traité avec la Moldavie, mais exige de l'investissement qu'il « implique l'engagement de ressources dans le territoire » de l'État hôte (art. 1, para. 2).

Le traité suit celui avec la Moldavie dans le sens où « il ne s'appliquera pas aux différends survenus avant l'entrée en vigueur » de l'accord, et impose une limite supplémentaire en prévoyant de ne pas s'appliquer aux différends « directement liés à des événements ou actions intervenus avant [l'entrée en vigueur], même si leurs effets se font sentir après l'entrée en vigueur de l'Accord » (art. 2, paras. 1 et 2). La disposition sur la promotion et la protection des investissements met le droit international coutumier en lien à la fois avec la norme du traitement juste et équitable (TJE) et avec la norme de la protection et la sécurité intégrales (art. 3, paras. 4 et 5).

La disposition sur le règlement des différends investisseur-État (RDIE) suit également l'approche traditionnelle du traité avec la Moldavie. Le RDIE couvre « tous les différends juridiques au titre des dispositions du présent traité, découlant directement d'un investissement » (art. 14, para. 1). La période prévue pour la tentative de règlement à l'amiable est plus courte de trois mois que les périodes de négociations des précédents TBI argentins. Si un différend ne peut être réglé à l'amiable, il peut être présenté soit a) à une cour compétente du pays hôte, b) aux mécanismes prévus par la Convention du CIRDI ou c) à « un tribunal ad hoc géré par la Cour permanente d'arbitrage » (CPA) (art. 14,

para. 2). Malgré les diverses critiques de l'Argentine à l'encontre du CIRDI formulées dans différents arbitrages, le traité conserve parmi les voies possibles l'arbitrage au titre du CIRDI. La référence à la CPA est toutefois une nouveauté pour les TBI argentins, et suggère que l'Argentine commence à considérer la CPA comme une alternative au CIRDI.

Il est possible que plusieurs dispositions aient été incluses à la demande de l'Argentine puisqu'elles ne figurent pas dans le traité avec la Moldavie, telles que l'article sur le droit de réglementer (art. 10), le respect des lois de l'État hôte (art. 11), la responsabilité sociale des entreprises (RSE) (art. 12), les mesures de sécurité (art. 13) et la contestation des arbitres (art. 16). Les dispositions relatives au droit de réglementer et aux mesures de sécurité reflètent des points essentiels de la plupart des différends impliquant l'Argentine, et représentent donc une amélioration par rapport aux anciens TBI argentins.

L'article relatif au respect des lois de l'État hôte figure parmi les principales innovations du TBI. Il prévoit que « [l]es parties contractantes reconnaissent que les investisseurs et leurs investissements doivent respecter les lois de la partie contractante hôte s'agissant de la gestion et du fonctionnement d'un investissement » (art. 11). Par ailleurs, la disposition sur le RDIE ne précise pas que seul « l'investisseur concerné » peut soumettre un différend aux diverses voies mentionnées dans la disposition (alors que cette exigence apparaît dans le traité avec la Moldavie) ; elle stipule au contraire que « le différend peut être soumis », sans préciser que l'investisseur doit nécessairement être le demandeur. L'interaction de ces deux dispositions suggère que l'État hôte pourrait lancer un arbitrage contre les investisseurs étrangers qui ne respectent pas leurs lois.

Les améliorations dans les autres dispositions sont plus limitées, par exemple dans la disposition relative aux arbitres, à la RSE, et les dispositions de type « plus favorable »⁸. Il s'agit d'une variation d'une clause du même type incluse dans le traité avec la Moldavie. La clause relative au traitement de la Nation la plus favorisée (NPF) ne peut être utilisée pour invoquer des dispositions relatives au RDIE incluses dans des traités signés avant l'entrée en vigueur du TBI. Mais elle aurait tout de même pu préciser qu'elle ne pouvait être utilisée pour invoquer des dispositions relatives au RDIE incluses dans *n'importe quel* autre traité, puisqu'il s'agit là de la position que l'Argentine adopte systématiquement devant les tribunaux arbitraux.

3. Les perspectives d'avenir

Le portefeuille argentin de 52 TBI comportant le RDIE en vigueur, son historique de 59 affaires d'arbitrage en tant qu'État défendeur, associés à l'importance cruciale actuelle des investissements étrangers pour l'Argentine ont certainement des conséquences sur les négociations de nouveaux TBI, et creuse l'écart entre la situation de l'Argentine et celles d'autres pays en développement. Les négociations récentes avec le Japon et le Qatar ont également été marquées par le fait que les homologues de l'Argentine ont conditionné leurs nouveaux investissements dans le pays à la conclusion de TBI⁹.

Reste maintenant à voir comment le Congrès national réagira face au nouveau TBI. À l'heure où j'écris ces lignes, ce dernier n'a pas encore été envoyé au Congrès pour approbation, condition nécessaire à son entrée en vigueur. Nombreux sont les membres du Congrès qui se sont dits préoccupés par l'arbitrage au titre du CIRDI lors des discussions sur la loi relative au partenariats public-privé (PPP) en novembre 2016¹⁰.

Il serait utile, comme l'ont fait plusieurs pays en développement et développés, de mener en Argentine un débat public avec les différentes parties-prenantes sur la politique nationale relative à la promotion et la protection des investissements étrangers. Il pourrait également s'avérer utile de disposer d'un modèle de TBI codifiant la position de longue date de l'Argentine en matière de différends. À ce propos, il est intéressant de noter que l'Argentine disposait de son propre modèle de TBI au début des années 1990, et qu'en 2010 elle travaillait sur un nouveau modèle¹¹. Afin de mettre en place des mécanismes plus évolués et efficaces pour la promotion et la protection des investissements étrangers, en plus d'avoir des négociateurs hautement qualifiés et expérimentés, il est également nécessaire de compter avec la volonté politique des deux parties aux négociations.

Auteur

Facundo Pérez-Aznar est titulaire d'un doctorat en droit international du Graduate Institute of International and Development Studies de Genève. Il est professeur associé de droit économique international dans le cadre du Master en relations internationales de l'Université de Buenos Aires, et chercheur senior au Graduate Institute.

Notes

1 Pérez-Aznar, F. (2016, 14 novembre). Argentina is back in the BIT negotiation arena. *Investment Claims*. Tiré de <http://oxia.ouplaw.com/page/argentina-bit>.

2 Le texte du traité est disponible en anglais, en arabe et en espagnol sur <http://investment-policyhub.unctad.org/IIA/country/8/treaty/3706>.

3 Pérez-Aznar, F. (2016) Bilateral investment treaty overview — Argentina. *Investment Claims*. Tiré de <http://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law/iic/ov-ar.document.1/law-iic-ov-ar?rskey=VMqRw&result=1&prd=IC>.

4 Voir République d'Argentine. (1995, 4 avril). Comité Federal de Radiodifusión, Resolución 350/1995, 27 mars 1995. *Boletín Oficial*, No. 28117, p. 41. Tiré de <https://www.boletinoficial.gob.ar/#/DetalleNorma/7149988/19950404>.

5 Informe del Jefe de Gabinete de Ministros ante el Honorable Congreso de la Nación, Ing. Jorge Rodríguez, Informe No. 29, 30 septembre 1998, p. 87. Tiré de <http://tmp.jgm.gov.ar> en février 2016.

6 La liste, communiquée en 2003, des recours au titre des TBI qui n'ont pas atteint la phase de l'arbitrage incluait des recours au titre de TBI entre l'Argentine et les États-Unis (impliquant les entreprises suivantes : Chubb/Federal Insurance Company, Cobra Instalaciones, Edeersa, Federal Express Corporation, First Energy, Weather, et Union Company of California & Unocal Corporation), l'Espagne (impliquant Abengoa SA et Teyma Abengoa SA, Acesa Infraestructuras SA, et Carsa/Prisa), l'Italie (impliquant Telecom Italia, Torno SPA, et Societa Italiana per il Gas S.P.A.), le Royaume-Uni (impliquant United Utilities International Limited et British A. Tobacco), la Suisse (impliquant ASA Investment), les Pays-Bas (impliquant Boskalis/Ballast), la Russie (impliquant Grigorificio Victor AVSA), le Chili (impliquant Gasatagama), l'Allemagne (impliquant Hierros S.A.), le Canada (impliquant Petrolera Rio Alto), la Suède (impliquant Skanska), la Belgique/le Luxembourg (impliquant Tractebel) et au titre des TBI Argentine-Espagne et Argentine-Allemagne (un recours portant sur la centrale nucléaire Atucha II). Informe del Jefe de Gabinete de Ministros Dr. Alberto Fernández a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, Informe No. 57, 25 juin 2003. Tiré de <http://tmp.jgm.gov.ar> en février 2016.

7 Accord entre le Gouvernement de la République de Moldavie et le Gouvernement de l'État du Qatar pour la promotion et la protection réciproques des investissements, 10 décembre 2012. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2012>.

8 Peterson, L. E. (2016, 13 décembre). Analysis: A look inside Argentina's first new bilateral investment treaty in 15 years. *IAReporter*. Tiré de <https://www.iareporter.com/articles/analysis-a-look-inside-argentina's-first-new-bilateral-investment-treaty-in-15-years>.

9 Kanenguiser, M. (2016, 1 juillet). Japón quiere invertir hasta US\$ 9000 millones en la Argentina en los próximos tres años. *La Nación*. Tiré de <http://www.lanacion.com.ar/1914450-japon-quiere-invertir-hasta-us-9000-millones-en-la-argentina-en-los-proximos-tres-anos> ; La Política Online. (2016, 26 juillet). *Macri con el Emir de Qatar*. Tiré de <http://www.lapoliticaonline.com/nota/99246-macri-con-el-emir-de-qatar>.

10 Sued, G. (2016, 2 novembre). El oficialismo hizo concesiones y destrabó el proyecto de aporte privado a la obra pública. *La Nación*. Tiré de <http://www.lanacion.com.ar/1952537-el-oficialismo-hizo-concesiones-y-destrabo-el-proyecto-de-aporte-privado-a-la-obra-publica>.

11 Informe del Jefe de Gabinete de Ministros a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Dr. Anibal Fernandez, Informe No. 78, septembre 2010, p. 518. Tiré de <http://tmp.jgm.gov.ar> en février 2016.

La boîte à outils durable pour les négociateurs commerciaux : exploiter les accords commerciaux et d'investissement pour atteindre les objectifs environnementaux

Aaron Cosby



Les accords commerciaux et d'investissement régionaux et bilatéraux ont un énorme potentiel de contribuer à la transition vers une économie verte et à la réalisation du Programme de développement durable à l'horizon 2030. Les négociateurs sont conscients que ces accords ont le potentiel de contribuer à la réalisation des objectifs environnementaux nationaux et internationaux. Ces dernières années, plusieurs accords notables ont repoussé les frontières dans des domaines très divers tels que les subventions à la pêche¹, les échanges de biens environnementaux², et la conservation d'espèces menacées³. Ces accords innovants ont non seulement influencé les accords régionaux suivants, mais guident également les avancées au niveau multilatéral, comme lorsque **les travaux de la Coopération économique d'Asie-Pacifique (APEC) sur les biens environnementaux** ont suscité l'ouverture de négociations au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur un accord relatif aux biens environnementaux⁴.

Mais ils ont également le potentiel d'entraîner des effets négatifs significatifs, notamment lorsque l'on s'intéresse, en plus des dispositions purement environnementales, aux éléments qui affectent l'environnement : les règles commerciales intérieures qui restreignent la capacité des États à réglementer dans des domaines tels que l'investissement, les droits de propriété intellectuelle, les services, les marchés publics et les subventions. Le commerce et l'investissement – et les accords qui les régissent – ont un énorme potentiel de changement économique. Mais ils peuvent également perpétuer et intensifier l'investissement dans des activités économiques polluantes et intensives en ressources, et décourager l'adoption de réglementations bénéfiques. À notre sens, les règles commerciales et d'investissement doivent aller plus loin que les efforts positifs relatifs à la libéralisation des biens environnementaux par exemple, et donner également aux gouvernements nationaux la flexibilité juridique dont ils ont besoin pour protéger l'environnement de manière adéquate. Afin d'aider les décideurs politiques à élaborer des accords commerciaux et d'investissement qui soutiennent les objectifs de développement durable, l'Institut international du développement durable (IISD) et le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) ont créé **la Boîte à outil durable pour les négociateurs commerciaux** (<http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators>). Lancée en mars 2017 lors de **la réunion ministérielle du Partenariat pour l'action en faveur d'une économie verte (PAGE)**⁵, la boîte à outil montre que certaines dispositions des accords sont plus utiles à ces objectifs généraux, citant plus de 200 exemples textuels tirés d'environ 90 accords existants.

Les États y trouveront différentes réponses appropriées au lien entre les politiques environnementales d'une part, et les politiques commerciales et d'investissement d'autre part. Cette boîte à

outils veille à ce que les négociateurs d'accords commerciaux et d'investissement aient connaissance des possibilités qui s'offrent à eux pour l'élaboration de dispositions environnementales.

Conçue comme un guide de référence facilement accessible, la boîte à outil peut aider les négociateurs déjà familiers de ces thèmes à rapidement trouver une réponse à des questions spécifiques. Elle offre un bref aperçu de chacun des thèmes, puis aborde les options et présente des exemples trouvés dans des traités existants ou des modèles de traités. Elle couvre par exemple les tendances émergentes relatives aux responsabilités et obligations des investisseurs, et propose des exemples de clauses portant sur le respect par l'investisseur des lois et réglementations de l'État hôte en matière d'environnement, de travail, de fiscalité et de lutte contre la corruption. Si les traités commerciaux et d'investissement ne devraient pas être conçus pour saper le rôle des lois internes applicables aux investisseurs, ils peuvent contribuer à combler les lacunes ou à renforcer le respect. Cela peut par exemple se faire en limitant l'accès à l'arbitrage à certains cas de non-respect, ou en autorisant les demandes reconventionnelles (voir par exemple l'**article 11** du modèle de TBI de l'Inde).⁶

La boîte à outils offre également un large aperçu des points clé. Elle aborde en premier lieu les questions qui se poseront aux auteurs : quel type d'architecture, quels types d'engagements ? Elle examine ensuite les dispositions de nature purement environnementale, telles que le traitement des normes environnementales, au regard des accords environnementaux multilatéraux. Elle aborde ensuite les aspects du texte du traité qui ne sont pas directement liés à l'environnement mais qui peuvent avoir des effets significatifs sur celui-ci et sur sa réglementation : l'investissement, les marchés publics, les services et les droits de propriété intellectuelle. En conclusion, elle examine le processus de conception, de négociation et de mise en œuvre des accords commerciaux et d'investissement régionaux (ACIR). Cette boîte à outil sera mise à jour régulièrement avec les nouveaux traités offrant des approches intéressantes des questions abordées.

Les flux commerciaux et d'investissement ne sont pas une fin en soi, mais plutôt un moyen de parvenir à une fin : l'amélioration du bien-être de l'humanité. Toute définition vraisemblable du bien-être humain doit aller au-delà de la richesse personnelle immédiate et inclure, entre autres, la conservation des services environnementaux qui sous-tendent notre économie et notre développement futur. Donc, pour que les lois et réglementations relatives aux échanges et à l'investissement libèrent tout leur potentiel d'amélioration du bien-être humain, elles doivent être en ligne avec les priorités allant au-delà de la seule augmentation des flux de biens, de services et de capitaux.

Auteur

Aaron Cosby est un économiste du développement et associé principal de l'IISD, doté de plus de 25 ans d'expérience dans les domaines du commerce, de l'investissement et du développement durable.

Notes

¹ Partenariat trans-Pacifique [PTP], art. 20.16(5). Tiré de <http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2016/06/TPP-Final-Text-Environment.pdf#page=15>.

² Accord de libre échange Nouvelle-Zélande-Taiwan, chapitre 17, art. 3.2(a). Tiré de <http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2017/04/NZ-Taiwan-FTA.pdf#page=185>.

³ PTP, art. 20.17. Tiré de <http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2016/06/TPP-Final-Text-Environment.pdf#page=18>.

⁴ Coopération économique d'Asie-Pacifique (APEC). (2012). *20th APEC economic leaders' declaration, Vladivostok, Russia, Annex C, APEC list of environmental goods*. Tiré de http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2016/09/2012_AELM_Declaration_AnnexC.pdf.

⁵ <http://www.un-page.org/events/page-ministerial-conference-2017>.

⁶ Modèle de TBI de l'Inde, art. 11. Tiré de http://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2016/06/ModelBIT_Annex.pdf#page=11.

nouvelles en bref

Vers un TPP-11 ; les États-Unis se concentrent sur les négociations bilatérales et l'ALENA

Les ministres du Commerce de 11 pays signataires de l'accord de Partenariat transpacifique (TPP) se sont rencontrés en marge d'une réunion l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique (APEC), le 21 mai 2017 à Hanoï, Vietnam. À l'ordre du jour : **le futur de l'accord.**

Bien que le **TPP ait été signé** par 12 nations du bassin du Pacifique en février 2016, **les États-Unis se sont retirés du partenariat** en janvier 2017. Depuis, le Japon et la Nouvelle-Zélande mènent la campagne pour que le TPP entre en vigueur entre les 11 signataires restants, qui représentent 13,5 pour cent de l'économie mondiale (Australie, Brunei Darussalam, Canada, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour et Vietnam).

Les ministres sont convenus de lancer un processus d'examen des options pour une entrée en vigueur rapide du TPP-11. L'exercice devrait être conclu avant la réunion des dirigeants économiques de l'APEC prévue les 10 et 11 novembre 2017, à Da Nang, Vietnam.

Robert Lighthizer, représentant américain au commerce depuis le 15 mai 2017, a défendu le retrait des États-Unis. « Le président a décidé, et je suis entièrement d'accord avec lui, que les négociations bilatérales sont préférables aux négociations multilatérales pour les États-Unis », a-t-il déclaré à Hanoï.

Lighthizer a également informé le Congrès américain, le 18 mai 2017, de l'intention du président Trump de renégocier l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), ouvrant une période de consultation du Congrès de 90 jours.

L'objectif de la renégociation, généralement formulé, est de moderniser l'ALENA par l'inclusion de dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle, aux pratiques réglementaires, aux services, au travail et à l'environnement, entre autres domaines. Les négociations avec le Canada et le Mexique devraient démarrer en août; le Bureau du représentant américain au commerce espère qu'elles seront conclues avant la fin de l'année 2017.

L'Équateur dénonce ses 16 TBI restants et publie le rapport d'audit de la CAITISA

Le président équatorien Rafael Correa a officialisé, le 16 mai 2017, le retrait de l'Équateur des traités bilatéraux d'investissement (TBI) conclus avec 16 pays : Allemagne, Argentine, Bolivie, Canada, Chili, Chine, Espagne, États-Unis, France, Italie, Pays-Bas, Pérou, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Venezuela.

L'Équateur avait déjà dénoncé neuf TBI en 2008 (avec Cuba, El Salvador, le Honduras, le Nicaragua, le Paraguay, la République dominicaine, la Roumanie et l'Uruguay) et un en 2010 (avec la Finlande). Ces nouvelles dénonciations complètent le processus de retrait de l'Équateur de l'ensemble de ses TBI. Tandis que les traités avec la République dominicaine, le Guatemala et l'Uruguay ne sont plus en vigueur, tous les autres restent soumis à des clauses de survie allant de 5 à 20 ans.

Les récentes dénonciations suivent la recommandation de la CAITISA, une commission d'audit composée d'agents de l'État, d'universitaires, de juristes et de groupes de la société civile qui ont examiné les TBI de l'Équateur entre 2013 et 2015. Le rapport de la CAITISA, de 668 pages (dont des versions préliminaires ont été **dévoilées en janvier 2016**) a été **officiellement publié** et présenté au président Correa le 8 mai 2017.

Selon la **présidente de la CAITISA Cecilia Olivet**, « le processus d'audit a révélé que ces traités, en plus de n'avoir ni attiré des investissements supplémentaires ni fait avancer le plan de développement du pays, avaient également dévié des

millions de dollars de fonds publics en frais de défense à cause de poursuites judiciaires coûteuses ». « Nous espérons que les gouvernements tireront les enseignements de l'exemple de l'Équateur et se pencheront sur leurs accords d'investissement pour établir s'ils sont réellement bénéfiques à leurs citoyens », a-t-elle ajouté.

Plusieurs autres pays en développement – dont l'Afrique du Sud, la Bolivie, **l'Inde** et l'Indonésie – ont mis fin à leurs TBI ou indiqué leur intention soit de les renégocier, soit de les dénoncer. Ces démarches s'inscrivent dans le cadre d'un effort croissant de réforme et de rééquilibrage du régime international d'investissement.

La Cour de justice de l'UE décide que l'ALE entre l'UE et le Singapour doit être ratifié par les États membres de l'UE

La Cour de justice de l'UE a publié son **avis 2/15** sur l'Accord de libre-échange (ALE) entre l'Union européenne et le Singapour, le 16 mai 2017.

Elle a jugé que le traité relève de la compétence exclusive de l'Union, à l'exception de certains engagements qui relèvent d'une compétence partagée entre l'Union et ses États membres. Il s'agit, entre autres, des engagements relatifs à la protection des investissements – dans la mesure où ils concernent des investissements de portefeuille – et au règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).

Conformément à la décision de la Cour de justice, l'ALE avec Singapour devra être **conclu en tant qu'accord mixte**, exigeant la ratification par le Parlement européen et par les parlements nationaux et régionaux des États membres de l'UE.

Le Tribunal de l'UE annule la décision de la Commission refusant l'enregistrement de « Stop TTIP »

En septembre 2014, la Commission européenne a refusé d'enregistrer « Stop TTIP », une pétition signée par plus de trois millions de citoyens de l'Union demandant à la Commission de cesser les négociations de commerce et d'investissement avec les États-Unis, et de ne pas conclure l'accord économique et commercial global (CETA) avec le Canada. La Commission avait motivé son refus en faisant valoir que l'initiative proposée se situait en dehors du cadre de ses attributions.

Cependant, dans une décision du 10 mai 2017, le Tribunal de l'Union européenne a annulé la décision de la Commission.

Le tribunal a soutenu dans sa décision que « Stop TTIP » ne constituait pas une immixtion inadmissible dans le déroulement de la procédure législative, mais le déclenchement légitime d'un débat démocratique, et que le rejet de l'enregistrement par la Commission était sans fondement juridique. **L'arrêt a été salué** par plusieurs groupes comme une victoire pour la démocratie européenne.

L'Inde s'oppose au point sur « la facilitation du commerce et des investissements » à l'ordre du jour du Conseil général de l'OMC

Une réunion du Conseil général de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a été suspendue, le 10 mai 2017, l'Inde s'étant opposée à l'adoption de l'ordre du jour proposé, lequel contenait un point sur « la facilitation du commerce et des investissements ». L'Inde estime que ce sujet n'est pas du ressort de l'OMC.

Les tentatives de démarrage de discussions sur la facilitation des investissements à l'OMC sont menées par le Brésil, la Chine, la Russie et le groupe MIKTA (Mexique, Indonésie, République de Corée, Turquie et Australie), avec l'appui de plusieurs pays développés. La plupart des pays en développement restent opposés à ces tentatives, soutenant que les règles de l'OMC concernant la facilitation des investissements réduiraient leur espace politique.

sentences et décisions

Une décision très attendue dans une affaire au titre de l'ALENA rejette un recours contre le Canada fondé sur le droit des brevets

Eli Lilly and Company c. le Gouvernement du Canada, Affaire CNUDCI et CIRDI n° UNCT/14/2

Matthew Levine

Un tribunal arbitral constitué au titre du chapitre sur l'investissement de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) a atteint la phase d'attribution.

Le tribunal a rejeté le recours selon lequel l'annulation judiciaire de brevets constitue une violation de l'article 1110 (sur l'expropriation) ou de l'article 1105 (sur la norme minimale de traitement) de l'ALENA, et a accordé au Canada un montant d'environ 4,5 millions CAD à titre de frais juridiques. Le demandeur a également été condamné à payer les coûts de l'arbitrage d'environ 750 000 USD.

L'arbitrage a été mené au titre du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), et c'est le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) qui a fourni les services administratifs.

Le contexte et les recours

Le demandeur, Eli Lilly and Company (Eli Lilly), est une entreprise pharmaceutique internationale enregistrée aux États-Unis. Au Canada, les activités commerciales d'Eli Lilly incluent la vente de produits pharmaceutiques exclusifs. C'est le cas du Stratterra, utilisé pour le traitement des troubles de l'attention et l'hyperactivité, ainsi que d'un autre médicament psychotrope appelé Zyprexa.

Pour pouvoir breveter un produit pharmaceutique, l'invention sous-jacente doit être originale, non-évidente et utile. Pour évaluer le critère de l'utilité, central au différend, les tribunaux canadiens utilisent de plus en plus la doctrine de la « promesse du brevet ». À ce titre, si une demande de brevet stipule une promesse explicite d'utilité, le brevet sera annulé si ce critère n'est pas satisfait. À l'heure actuelle, l'on assiste à une augmentation significative du nombre de brevets invalidés par les tribunaux canadiens au motif que l'utilité promise n'est pas démontrée.

Les tribunaux canadiens ont annulé le brevet d'Eli Lilly pour le Stratterra en 2010, et pour le Zyprexa en 2011. Dans les deux cas, la décision se fondait sur l'incapacité à démontrer adéquatement l'utilité « promise », au titre de la doctrine de la promesse du droit canadien. Après que la cour canadienne de première instance ait rejeté l'appel du demandeur, la Cour suprême du Canada (CSC) a rejeté les demandes d'autorisation d'appels d'Eli Lilly datées de 2011 et de 2013 pour le Stratterra et le Zyprexa respectivement.

Le tribunal a été constitué en juillet 2013. Les principaux recours d'Eli Lilly arguaient que le Canada avait violé ses obligations en matière d'expropriation et de la norme minimale de traitement au titre de l'ALENA. L'entreprise réclamait tout de même une indemnisation de 500 millions CAD.

Le tribunal rejette l'objection à la compétence

Avant toute chose, le tribunal examina l'objection du Canada selon laquelle la plainte portait sur des événements judiciaires survenus au-delà du délai de prescription de trois années imposé par l'ALENA.

Le tribunal remarqua cependant que le délai de prescription des articles 1116(2) et 1117(2) de l'ALENA ne débute que lorsque l'investisseur acquiert pour la première fois

connaissance de la violation alléguée. Pour le tribunal, en l'espèce les violations alléguées étaient le rejet par la CSC des autorisations d'interjeter appel en 2011 et 2013. Il détermina donc qu'à ce titre, le délai de prescription n'avait pas expiré.

Le tribunal considère les événements judiciaires comme preuves d'un « changement radical »

Le principal argument d'Eli Lilly était que la doctrine de la promesse constitue un « changement radical » dans le droit canadien des brevets. Le tribunal remarqua qu'il était difficile de convenir qu'il y avait un changement radical « alors que les décisions judiciaires canadiennes ont été rendues sur une période de plus de six ans, et couvrant une variété d'affaires, de la première instance aux appels » (para. 309). Il observa en outre la nécessité de respecter le rôle du judiciaire dans les juridictions de *common law*.

Le tribunal examina tout de même les allégations d'Eli Lilly selon lesquelles la doctrine de la promesse d'utilité impose trois éléments, s'éloignant radicalement du test classique de l'utilité. Le premier élément est la « norme de la promesse » au titre duquel les examinateurs et juges des brevets cherchent à identifier une promesse dans la demande de brevet. Le deuxième élément porte sur la charge de la preuve qui retombe sur les titulaires de brevets, et au titre duquel les preuves d'utilité comme l'efficacité scientifique et l'utilisation commerciale ne sont pas admissibles si elles ont été générées après la date de dépôt de la demande de brevet. Troisièmement, les évidences obtenues avant le dépôt de la demande ne peuvent être utilisées pour étayer une prédiction valable sauf si elles sont mentionnées dans la demande de brevet elle-même.

S'agissant du premier élément, le tribunal détermina que la norme de la promesse existait déjà dans la jurisprudence canadienne antérieure. Si le tribunal convint que l'approche relative aux preuves obtenues après le dépôt de la demande dans la jurisprudence de la CSC est plutôt « inattendue », il détermina au final que la capacité de la CSC à renverser les décisions de cours inférieures est l'un des aspects des systèmes judiciaires de *common law*. S'agissant du troisième élément, portant sur les preuves obtenues avant le dépôt de la demande, le tribunal fut convaincu par les éléments présentés par le Canada, notamment des alertes clients émises par le conseiller externe de l'investisseur dans l'arbitrage selon lesquelles il s'agissait d'une évolution progressive du droit canadien. Par conséquent, les faits entourant chacun des trois éléments d'indiquaient pas de modification radicale de l'exigence d'utilité dans le droit canadien.

Le tribunal examine d'autres éléments selon lesquels la doctrine de la promesse d'utilité constitue un changement radical

Malgré les décisions précédentes, le tribunal était conscient du fait qu'Eli Lilly avait affirmé que les trois éléments constituaient une doctrine unique et cohérente, et donc qu'ils devaient être examinés conjointement. Il examina donc d'autres preuves.

Eli Lilly avait présenté deux versions du Recueil des pratiques du bureau des brevets (RPBB). Le RPBB incluait le test de la promesse d'utilité composé de trois éléments dans sa version de 2009, mais pas dans sa version de 1990. Le tribunal remarqua cependant que le RPBB n'était pas un document de référence et ne pouvait donc être considéré comme une représentation exacte du droit canadien des brevets.

Le tribunal n'a pas non plus été impressionné par les autres arguments d'Eli Lilly, notamment un examen comparé du droit des brevets dans les trois États parties à l'ALENA, et une attente légitime selon laquelle une fois émis, un brevet ne peut être annulé.

S'agissant de l'argument selon lequel la doctrine de la promesse d'utilité est arbitraire et discriminatoire, le tribunal détermina qu'il était sans fondement. Même si le tribunal acceptait la position d'Eli Lilly sur les normes juridiques applicables, les allégations spécifiques ne seraient pas fructueuses.

Les coûts

Le tribunal remarqua que l'article 40(1) du règlement de la CNUDCI adopte par défaut le principe selon lequel c'est la partie qui succombe qui doit payer les coûts de l'arbitrage, et considéra qu'en l'espèce il n'y avait aucune raison de procéder autrement. Il condamna donc Eli Lilly à payer les coûts de l'arbitrage s'élevant à environ 750 000 USD.

S'agissant des coûts de représentation et d'assistance juridiques, l'article 40(2) du règlement de la CNUDCI accorde au tribunal une grande discrétion pour déterminer une répartition raisonnable. Alors que les frais juridiques d'Eli Lilly s'élevaient à 9 millions USD, ceux du Canada étaient de 5,9 millions CAD. Considérant que le Canada avait gagné sur le fond mais pas sur la question de la compétence, le tribunal conclut – dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire – qu'il était approprié qu'Eli Lilly rembourse au Canada 75 pour cents de ses frais juridiques.

Remarques : le tribunal était composé d'Albert Jan van den Berg (président nommé par le Secrétaire-général du CIRDI conformément à l'article 1128 de l'ALENA, de nationalité néerlandaise), de Gary Born (nommé par le demandeur, de nationalité étasunienne) et de Daniel Bethlehem (nommé par le défendeur, de nationalité britannique). La décision finale du 8 mars 2017 est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf>.

Un tribunal de la CCS rejette les recours présentés par une entreprise britannique et ses actionnaires contre la République tchèque

Anglia Auto Accessories Ltd. c. la République tchèque (Affaire CCS n° V 2014/181) et Ivan Peter Busta et James Peter Busta c. la République tchèque (Affaire CCS n° V 2015/014)

Inaê Siqueira de Oliveira

Un tribunal sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) a rejeté tous les recours contre la République tchèque présentés par l'entreprise britannique Anglia Auto Accessories et deux de ses actionnaires, Ivan et James Busta. La procédure a débuté en 2014 au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) conclu entre le Royaume-Uni et la République tchèque.

La CCS décida en 2014 de scinder l'affaire en deux procédures distinctes : l'une portant sur les recours présentés par l'entreprise, et l'autre sur ceux présentés par les actionnaires. C'est le même tribunal arbitral qui examina les deux affaires, et de nombreuses questions controversées sont apparues dans les deux cas.

Questions générales préliminaires : l'applicabilité des TBI intra-Union européenne et la compétence sur les recours relatifs à la violation du TJE et de la protection et la sécurité intégrales

Dans les deux affaires, le tribunal a dû trancher ces questions : le TBI s'est-il annulé à l'entrée de la République

tchèque dans l'Union européenne ? Et, le tribunal a-t-il compétence sur l'éventuelle violation de l'article 2(2) du TBI – relatif au traitement juste et équitable (TJE) et à la protection et la sécurité intégrales – compte tenu de la formulation restrictive de la disposition du TBI relative au règlement des différends ?

En désaccord avec la République tchèque, et remarquant que l'objection « avait été tout juste présentée lors de l'audience finale » (décision de l'affaire *Anglia*, para. 113), le tribunal considéra que le TBI et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) n'étaient pas incompatibles puisque ces traités ne portent pas sur le même sujet. Il remarqua également que ni la République tchèque ni le Royaume-Uni n'avaient cherché à mettre fin au TBI.

Le tribunal rejeta également l'argument de la République tchèque selon lequel le TBI et le TFUE étaient partiellement incompatibles, déterminant que la disposition relative au règlement des différends investisseur-État du TBI était compatible avec l'article 267 du TFUE et avec la compétence de la Cour européenne de justice (CJEU) pour l'interprétation et l'application du TFUE.

Au titre de la disposition relative au règlement des différends investisseur-État du TBI, seuls les différends relevant de certains articles du TBI peuvent être réglés dans le cadre d'un arbitrage. L'article 2(2) n'en fait pas partie ; aussi, la République tchèque avançait que le tribunal n'avait pas compétence pour examiner les recours relatifs à la violation de l'article 2(2).

Les demandeurs invoquèrent la disposition de la Nation la plus favorisée (NPF) pour obtenir une disposition relative au règlement des différends plus favorable contenue dans un autre traité, mais le tribunal, s'appuyant surtout sur le libellé très clair du TBI, se rangea du côté de la République tchèque et détermina qu'il n'avait compétence que sur la violation supposée de l'article 5 (relatif à l'expropriation).

Les questions de compétences dans l'affaire Anglia : une décision commerciale représente-t-elle un investissement ?

Le recours d'Anglia découlait de sa tentative d'obtenir l'exécution d'une décision arbitrale de 1997 à l'encontre d'un de ses anciens partenaires commerciaux en République tchèque. Son principal argument était que de par son inaction, le système judiciaire tchèque l'avait injustement exproprié de la valeur de la décision arbitrale. Avant toute chose, les parties n'étaient pas d'accord sur le fait que la décision rendue en faveur d'Anglia représentait un investissement ou non.

Le tribunal ignore le test de l'affaire *Salini* car il le considéra inapplicable à un arbitrage mené au titre du règlement d'arbitrage de la CCS, puisque l'affaire *Salini* avait été menée au titre de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la Convention du CIRDI) ; il s'attela donc à interpréter la définition de l'investissement incluse dans le TBI. Il détermina que, selon le sens de l'article 1(a) du TBI, la décision était considérée comme « un droit à obtenir de l'argent ou des résultats au titre d'un contrat doté d'une valeur financière » (décision de l'affaire *Anglia*, para. 153).

La question de la recevabilité dans l'affaire portée par les actionnaires : les actionnaires peuvent-ils présenter des recours portant sur la perte ou un préjudice aux actifs de l'entreprise ?

Le recours des actionnaires pour expropriation portait sur la perte de marchandises détenues par Sprint CR,

une entreprise basée en République tchèque de laquelle ils étaient les uniques actionnaires. Ils réclamaient l'indemnisation de la valeur de certains actifs de Sprint CR prétendument expropriés.

La République tchèque avançait que les actionnaires n'avaient pas qualité pour présenter des recours portant sur la perte des actifs ou un préjudice. Selon elle, seules les pertes subies suite à la réduction de la valeur des parts permettraient aux actionnaires de présenter un recours.

Le tribunal considéra que le recours des actionnaires portait sur une expropriation indirecte et détermina qu'à ce titre, il était couvert par le TBI.

Puisqu'Anglia avait présenté un recours en dommages-intérêts auprès des tribunaux tchèques, la République tchèque souleva une objection de litispendance. Le tribunal la rejeta, considérant que les affaires étaient en cours dans des systèmes juridiques distincts, et que chacune présentait des demandeurs distincts et des causes d'action distinctes.

Le tribunal rejette le recours d'Anglia pour expropriation indirecte fondé sur l'incapacité des tribunaux tchèques à exécuter la décision arbitrale

Anglia entra sur le marché tchèque en 1990 par le biais d'une co-entreprise avec Kyjovan, une coopérative locale de fabrication. Après quelques différends commerciaux, Anglia obtint en 1997 une décision dans un arbitrage commercial contre Kyjovan et en demanda l'exécution au tribunaux tchèques dans quatre procédures lancées entre 1998 et 1999.

Tout en reconnaissant qu'Anglia connaissait des difficultés du fait des longues procédures d'exécution, le tribunal rejeta le recours selon lequel ces procédures équivalaient à une expropriation. Appliquant le test de l'affaire *Plama c. la Bulgarie*, il considéra que, puisqu'Anglia avait réussi à récupérer 77 pour cent du montant principal au titre de la décision de 1997, elle n'avait pas été privée de la valeur de son investissement en tout ou partie de façon permanente. En outre, il conclut que « l'on ne p[ouvait] affirmer que les retards dans les procédures étaient imputables à l'inaction de la justice tchèque » (décision de l'affaire *Anglia*, para. 298).

Le tribunal rejette le recours des actionnaires pour expropriation indirecte fondé sur le comportement de la police

Sprint CR détenait des marchandises stockées dans un entrepôt. Entre autres hostilités, Kyjovan commença à retirer ces marchandises de l'entrepôt. Bien que notifiée, la police tchèque n'est pas intervenue pour empêcher cela car elle supposait que Kyjovan agissait en toute légalité ; par la suite, la police localisa les marchandises et les restitua à Sprint CR.

Selon les actionnaires, seul un tiers des marchandises prises dans l'entrepôt avait été restitué. De son côté, la République tchèque « ni[ait] la disparition de certaines marchandises, et considér[a] que toutes les marchandises avaient finalement été restituées à Sprint CR » (décision de l'affaire *Ivan & James Busta*, para. 390). Le différend portait principalement sur le fait que la police tchèque n'avait pas dressé un inventaire détaillé des marchandises récupérées et restituées à Sprint CR.

Compte tenu des faits et des circonstances de l'affaire, le tribunal reconnu qu'il était probable qu'il y ait des incohérences entre les marchandises prélevées et celles restituées, mais considéra qu'il n'avait pas été établi que le comportement de la police, ce jour et plus tard, équivalait à un acte d'expropriation » (décision de l'affaire *Ivan & James Busta*, para. 437).

La répartition des coûts

Le tribunal considéra qu'il n'était pas approprié d'appliquer l'approche selon laquelle « les frais suivent l'issue de l'instance ». Notant que chacune des parties avait en partie eu gain de cause et en partie échoué, le tribunal décida que chacune d'elles réglerait ses propres frais juridiques, ainsi que la moitié des coûts de l'arbitrage.

Remarques : le tribunal était composé de Yas Banifatemi (président nommé par la CCS, de nationalité française), d'August Reinisch (nommé par le demandeur, de nationalité autrichienne) et de Philippe Sands (nommé par le défendeur, de nationalité franco-britannique). Les décisions du 10 mars 2017 sont disponibles en anglais sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8556.pdf> (*Anglia*) et sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8558.pdf> (*Ivan & James Busta*).

Un tribunal du CIRDI rejette la seconde affaire connue contre la Chine dans une procédure accélérée

Ansung Housing Co., Ltd. c. la République populaire de Chine, Affaire CIRDI n° ARB/14/25
Joe Zhang

Dans une décision du 9 mars 2017, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rejeté une affaire contre la Chine pour défaut de compétence *ratione temporis*. Il a ordonné au demandeur coréen de rembourser à la Chine les coûts de procédure qu'elle a engagés ainsi que 75 pour cent de ses frais et dépenses juridiques.

Il s'agissait de la deuxième affaire au titre du CIRDI connue contre la Chine. En 2011, un investisseur malaisien avait lancé une procédure contre la Chine, mais le différend a été réglé avant que le tribunal ne soit constitué. Pour de plus amples détails sur le premier affaire, voir <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/11/15>.

Les faits

Le différend est né d'un projet de construction d'un terrain de golf porté par le développeur coréen en Chine. Dès la constitution du tribunal arbitral, la Chine a déposé une objection fondée sur l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui permet au tribunal de rejeter une demande manifestement dénuée de fondement juridique. Compte tenu de la nature accélérée de la procédure, le tribunal « suppos[ait] que les faits avancés par le demandeur étaient véridiques » (para. 32).

Fin 2006, le demandeur enregistré en Corée, Ansung Housing Co. Ltd. (Ansung), a conclu un accord d'investissement avec un gouvernement local de la province chinoise de Jiangsu, en vue de développer un terrain de golf de 27 trous. L'accord approuvait le développement de la première phase du projet (18 trous), et créait une réserve de terres supplémentaires pour la deuxième phase (9 trous). Ansung reçu également les droits fonciers couvrant environ 80 pour cent des terres nécessaires à la réalisation de la première phase.

La construction débuta en mars 2007, mais entre juin 2007 et novembre 2010, Ansung connu plusieurs difficultés causées par le gouvernement, laissant le projet en suspens. Le gouvernement local lui imposa en effet des prescriptions supplémentaires en lien avec les droits fonciers compte tenu d'une modification de la loi, exigea un prix supérieur au montant convenu à l'origine, lui octroya des droits fonciers ne couvrant qu'un tiers des terres demandées, et ne lui

octroya pas les terres supplémentaires réservées au titre de l'accord de 2006.

Après avoir manqué à son obligation de rembourser l'emprunt portant sur le projet à demi-achevé, Ansong vendit ses parts dans le terrain de golf dans le cadre de transactions réalisées entre novembre et décembre 2011. Le 7 octobre 2014, il déposa une demande d'arbitrage auprès du CIRDI au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Chine-Corée. La décision ne mentionne pas les recours spécifiques.

Le délai de prescription de trois ans : quand débute-t-il ? Quand prend-il fin ?

L'une des principales dispositions abordées par les parties étaient l'article 9(7) du TBI Chine-Corée, qui prévoit : « [U]n investisseur ne pourra déposer un recours au titre du paragraphe 3 du présent article si plus de trois années se sont écoulées depuis la date à laquelle l'investisseur a eu la première fois, ou aurait dû avoir la première fois, connaissance que l'investisseur a subi des pertes ou des dommages ».

La Chine argua que l'arbitrage avait été lancé plus de trois années après qu'Ansong ait eu connaissance la première fois qu'il avait subi des pertes ou des dommages, et donc que le recours était prescrit au titre de l'article 9(7). Pour sa part, Ansong affirmait que le recours avait été déposé bien avant l'expiration du délai de prescription de trois ans.

S'agissant de la date de début du délai de prescription, le tribunal se rangea du côté de la Chine, qui s'appuya sur plusieurs décisions rendues par des tribunaux au titre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) à l'heure d'interpréter une formulation similaire de l'ALENA. Le tribunal détermina que compte tenu du sens très clair des termes utilisés dans l'article 9(7), « [l]e délai de prescription débute lorsque l'investisseur a pour la première fois connaissance du fait qu'il a subi des pertes ou des dommages, et non pas à la date à laquelle il a eu connaissance du montant de ces pertes ou dommages » (para. 110). En l'espèce et compte tenu des faits présentés par Ansong, le tribunal conclut qu'Ansong avait eu pour la première fois connaissance ou aurait dû avoir pour la première fois connaissance – lançant donc le compte à rebours du délai de prescription – avant octobre 2011.

S'agissant de la date de fin, Ansong arguait que celle-ci devait être la date à laquelle il avait adressé sa notification écrite d'arbitrage au défendeur (le 19 mai 2014). De son côté, la Chine avançait qu'elle devait être la date à laquelle l'affaire avait été enregistrée auprès du CIRDI (le 4 novembre 2014). Convaincu par aucun de ces arguments, le tribunal déclara qu'il n'était « pas difficile » de conclure que le libellé du TBI faisait référence à « la date à laquelle un investisseur dépose sa demande d'arbitrage auprès du CIRDI » (para. 115) – c'est-à-dire le 7 octobre 2014. Le tribunal fit référence, dans le cadre de cette conclusion, à la Décision sur la compétence de l'affaire **Vannessa Ventures c. le Venezuela** qui affirme que « le document pertinent pour l'interruption du délai de prescription est donc la Demande d'arbitrage » (para. 116).

Après avoir identifié la date de début et la date de fin du délai de prescription, le tribunal conclut que le recours avait en effet été déposé après l'expiration de ce délai et était donc « prescrit et, à ce titre, manifestement dénué de fondement juridique » (para. 122).

Ansong échoue dans sa tentative d'invoquer la clause NPF pour obtenir un délai de prescription plus souple

Ansong a tenté de contourner le délai de prescription en invoquant la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) du TBI. Il affirmait que le délai de prescription faisait partie des droits fondamentaux couverts par la clause NPF, et réclamait la protection d'autres traités chinois ne contenant pas un tel délai de prescription. Parallèlement, Ansong affirmait que le traitement NPF devait également être interprété comme couvrant les droits de procédure notamment l'accès à l'arbitrage investisseur-État. Le tribunal n'était pas d'accord, et jugea le délai de prescription en question comme une condition au consentement de la Chine à l'arbitrage, qui n'était pas couvert par la clause NPF à la « simple lecture » de celle-ci (para. 138).

Le tribunal nota en outre que le paragraphe 5 de la clause NPF prévoit : « Le traitement accordé aux investisseurs de l'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre partie contractante, s'agissant de l'accès aux cours de justice et aux tribunaux et autorités administratifs pour exiger et défendre leurs droits, ne sera pas moins favorable que celui accordé aux investisseurs de cette dernière partie contractante ou aux investisseurs d'un pays tiers ».

Contrairement à la référence expresse aux voies de recours locales, le tribunal remarqua l'absence notable de toute mention du règlement international des différends dans la clause NPF. Il conclut donc que les États parties avaient la claire intention de ne pas étendre le traitement NPF à la présente situation, et décida donc rapidement de rejeter le recours, comme le demandait la Chine.

Remarques : le tribunal était composé de Lucy Reed (présidente nommée par le Président du Conseil administratif du CIRDI, de nationalité étasunienne), de Michael Pryles (nommé par le demandeur, de nationalité australienne) et d'Albert Jan van den Berg (nommé par le défendeur, de nationalité néerlandaise). La décision est disponible en anglais sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8538.pdf>.

Un tribunal du CIRDI estime que l'Égypte manque à plusieurs dispositions du TBI entre les États-Unis et l'Égypte

Ampal-American Israel Corp. et autres c. République arabe d'Égypte, affaire CIRDI n° ARB/12/11

Claudia Maria Arietti Lopez

Après qu'il se soit reconnu compétent dans une autre décision, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rendu une décision sur le fond, estimant que l'Égypte a manqué à plusieurs dispositions du traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et l'Égypte (TBI). Une autre décision sur le quantum et les coûts n'a pas encore été rendue.

Le contexte factuel et les recours

Les demandeurs sont un groupe de sociétés enregistrées aux États-Unis et étant actionnaires de l'East Mediterranean Gas Company S.A.E. (EMG), une société opérant en zone franche et enregistrée en Égypte. Le principal objectif d'EMG était d'acheter du gaz naturel à la source et de l'exporter vers Israël à l'aide d'un pipeline. En 2000, EMG et l'Egyptian General Petroleum Company (EGPC), qui est une entreprise publique, ont signé un contrat préliminaire de vente de gaz naturel. L'EGPC et EMG ont également convenu, en 2005, d'un Contrat d'Achat et de Vente de Gaz à la Source (GSPA) et d'un Contrat tripartite avec l'Egyptian Natural Gas Holding Company (EGAS), qui est également une entreprise publique. En 2006, l'Égypte a autorisé EMG

à poursuivre son exploitation en vertu d'un régime privé de zone franche et, l'année suivante, a prolongé le statut fiscal d'exonération d'EMG jusqu'à 2025.

Les demandeurs ont soutenu que l'Égypte avait pris les mesures énoncées ci-après et ayant détruit leur investissement. Ainsi et en premier lieu, l'Égypte aurait révoqué, en 2008, le statut fiscal d'exonération d'EMG par la promulgation d'une nouvelle loi; en second lieu, l'Égypte l'aurait contrainte à signer un amendement au GSPA en interrompant la livraison de gaz destinée à EMG; en troisième lieu, et même après la signature de l'amendement, l'Égypte aurait manqué aux obligations qui lui incombaient aux termes du GSPA; en quatrième lieu, l'Égypte n'aurait pas protégé le pipeline par rapport aux treize attaques perpétrées pendant le Printemps arabe et n'aurait donc pas livré de gaz à EMG pendant plusieurs mois; en cinquième lieu, l'Égypte aurait fabriqué de toutes pièces les motifs fondant la résiliation du GSPA pour mettre en œuvre une politique gouvernementale visant à donner un terme à toutes les exportations destinées à Israël. Du fait de ces mesures, les demandeurs ont estimé que l'Égypte avait manqué à d'importantes dispositions du TBI, qui incluent la clause sur le traitement juste et équitable (TJE), la clause parapluie, la clause de protection et de sécurité intégrales ainsi que la clause d'expropriation.

1. L'attribution

Le tribunal a commencé par examiner la question de l'attribution. Tout d'abord, le tribunal a indiqué que la question de l'attribution n'a été examinée que pour évaluer les recours avancés par les demandeurs à l'encontre de l'Égypte afin de dénoncer la violation du TBI, en se fondant sur les actions ou omissions d'EGPC/EGAS.

Les demandeurs ont estimé que le comportement d'EGPC/EGAS pourrait être attribué à l'Égypte en vertu des articles 4, 5, 6, 8 et 11 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État (articles de la CDI). L'Égypte, quant à elle, a estimé que les articles de la CDI n'offraient aucun fondement à cette attribution.

Le tribunal a accordé gain de cause aux demandeurs et a conclu que l'EGPC et l'EGAS sont des organes de l'État au sens de l'article 4 des articles de la CDI. Le tribunal a basé sa décision sur des preuves relevant du droit égyptien, qui stipule que l'EGPC est une autorité publique et contrôlée par le ministère du Pétrole. Des preuves similaires ont été trouvées au sujet d'EGAS, qui est une entreprise exclusivement détenue par EGPC et présidée par le ministre du Pétrole. Le tribunal a également estimé que les agissements d'EGPC/EGAS pourraient être attribués à l'Égypte en vertu de l'article 8 des articles de la CDI car ces dernières sont toujours intervenues d'une manière encadrée et contrôlée par l'Égypte. En dernier lieu, le tribunal a estimé que l'État égyptien a, en vertu de l'article 11 des articles de la CDI, repris à son compte les agissements d'EGPC/EGAS car il a ratifié la résiliation du GSPA.

2. Expropriation opérée par la révocation de la licence d'exonération fiscale

Le tribunal s'est tout d'abord penché sur le point de savoir si, en vertu du TBI, la licence d'exonération fiscale constituait un investissement. Il a conclu, en s'appuyant sur la formulation du TBI, que la licence était un investissement. Le tribunal a ensuite affirmé que la révocation constituait une appropriation directe des investissements réalisés par les demandeurs et que l'implantation d'EMG dans le système de la zone franche était un élément fondamental

de la structure économique de l'investissement. Il a ainsi conclu que la révocation de l'exonération fiscale équivalait à une expropriation. Le tribunal a déclaré que l'expropriation respectait certaines des conditions de l'expropriation posées par le TBI, comme celles sur l'objet public et le traitement non discriminatoire. Cependant, elle n'a pas respecté celles sur l'indemnisation rapide et adéquate.

Les demandeurs ont également soutenu qu'EMG aurait conservé son statut de société en zone franche après 2025 et ont demandé une indemnisation pour la période courant après cette année-là. L'Égypte a jugé ce recours spéculatif. Le tribunal a donné raison à l'Égypte et a rejeté ce recours.

3. Rejet du recours sur la signature du premier amendement

Le tribunal a estimé que les demandeurs n'ont pas prouvé qu'ils ont été contraints à signer le premier amendement. Au contraire, il a estimé qu'il était dans l'intérêt des demandeurs de négocier et signer un amendement au GSPA.

4. Défauts de livraison pendant la période courant du premier avenant au GSPA au début du Printemps arabe

Le tribunal a affirmé que, selon lui, l'Égypte n'a pas manqué à ses engagements pendant cette période et a rejeté le recours par lequel les demandeurs auraient subi un préjudice.

5. Défauts de livraison pendant la période courant du début du Printemps arabe à la résiliation du GSPA

Les demandeurs ont soutenu qu'en omettant de prendre des mesures nécessaires à la prévention des attaques perpétrées, l'Égypte a manqué à la clause de protection et de sécurité intégrales stipulée par le TBI. L'Égypte a, quant à elle, soutenu que ces attaques constituaient un cas de force majeure prévu par le GSPA.

En précisant que sa compétence lui est attribuée par le TBI, le tribunal a indiqué qu'il devait appliquer la norme prévue par le TBI et non pas une norme contractuelle (force majeure). En se basant sur des décisions antérieures, le tribunal a estimé que le devoir attribué à l'État d'accueil par la norme internationale ne s'accompagnait pas d'une responsabilité stricte, mais d'une obligation de moyens en vertu de laquelle il devait protéger l'investissement réalisé par l'investisseur.

Le tribunal a également noté qu'une autre juridiction – qui était saisie d'un arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) sur des questions contractuelles à l'égard desquelles EMG, EGPC, EGAS et Israel Electric Corporation (IEC) étaient parties – avait prononcé une sentence définitive. Le tribunal a estimé qu'il était fondé à se référer aux conclusions de la juridiction compétente en matière contractuelle et à se baser sur ces dernières, à la condition que la sentence ait autorité de la chose jugée à l'égard des parties. Dans la mesure où les demandeurs n'étaient pas parties à l'arbitrage de la CCI, le tribunal s'est appuyé sur les décisions rendues dans les affaires *RSM c. Grenada et Apotex Holdings c. États-Unis* pour conclure que les demandeurs avaient des liens d'intérêts avec EMG et que l'Égypte en avait avec EGPC et EGAS. En conséquence, le tribunal a estimé que les conclusions présentées par le tribunal de la CCI, qui avaient une pertinence par rapport aux prétentions avancées devant ce tribunal, avaient l'effet de la *res judicata* entre les parties à cette procédure.

Sur le fondement des constatations de fait réalisées par l'arbitrage de la CCI et de son propre examen des preuves soumises sur les mêmes éléments factuels, le tribunal a conclu que l'Égypte n'avait pas pris de mesures matérielles pour placer l'investissement des demandeurs à l'abri des

dommages causés par les attaques contre le pipeline. Ce point est notamment révélé par un rapport technique de juillet 2011 (5^{ème} attaque) concernant EGPC/EGAS. En conséquence, le fait pour l'Égypte de ne pas avoir pris de mesure pour placer l'investissement des demandeurs à l'abri de la 5^{ème} attaque a constitué un manquement à l'obligation de moyens que l'Égypte devait exercer pour assurer la protection et la sécurité intégrales de l'investissement des demandeurs.

6. Résiliation du GSPA

Le tribunal a d'abord analysé la résiliation du GSPA et indiqué que sa violation n'était examinée que pour déterminer si le TBI avait été violé. Afin de trancher cette question, le tribunal a tenu compte de la décision du tribunal de la CCI, qui a estimé que la résiliation du GSPA par EGAS était illicite, et a également tenu compte de son propre examen des preuves présentées. Le tribunal a conclu que la résiliation du GSPA par EGPC/EGAS était fautive.

Le tribunal est ensuite passé à l'étude du point de savoir si la résiliation fautive du GSPA a constitué une expropriation illicite en vertu du TBI. À cet égard, le tribunal a d'abord déterminé si les droits conférés aux demandeurs par le GSPA constituaient un investissement protégé par le TBI. En s'appuyant sur la formulation du TBI, le tribunal a déclaré que les intérêts de propriété dont les demandeurs sont titulaires conformément au GSPA représentaient un investissement protégé par le TBI. Le tribunal a ensuite procédé à l'étude des conditions posées par le TBI sur l'expropriation (l'objet public, la procédure équitable, l'absence de discriminations ainsi que l'indemnisation rapide et adéquate) et a estimé qu'aucune des conditions n'avait été respectée. Par conséquent, le tribunal a déclaré qu'en procédant à la résiliation illicite du contrat, l'Égypte a illicitement exproprié les intérêts de propriété dont les demandeurs sont titulaires dans le GSPA.

Remarques : Le tribunal était composé de L. Yves Fortier (président, de nationalité canadienne), Francisco Orrego Vicuña (désigné par les demandeurs, de nationalité chilienne) et Campbell McLachlan (désigné par le défendeur, de nationalité néo-zélandaise). La sentence datée du 21 février 2016 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8487.pdf>. La décision sur la compétence datée de 21 février 2016 est disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7310.pdf>.

Les recours d'un investisseur espagnol contre le Costa Rica sont déclarés irrecevables

Supervisión y Control S.A. c. la République du Costa Rica, Affaire CIRDI n° ARB/12/4

Maria Florencia Sarmiento

Un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) s'est majoritairement déclaré compétent pour trancher les recours lancés par un investisseur espagnol contre le Costa Rica. Il a toutefois déclaré que les recours étaient irrecevables, soit du fait de la disposition relative à la sélection du for, soit parce que l'investisseur n'avait pas respecté le délai d'attente spécifié dans le Traité bilatéral d'investissement (TBI) Costa Rica-Espagne. Le tribunal a ordonné à chacune des parties de payer ses propres frais d'arbitrage et la moitié des coûts de la procédure.

Les faits et les recours

Supervisión y Control (SyC), enregistrée en Espagne, et Transal, basée au Costa Rica, ont formé le consortium

Riteve afin de participer à un appel d'offre pour une concession de fourniture de services d'inspection technique des véhicules (VTI) au Costa Rica. Riteve a remporté l'appel d'offre et conclu, en mai 2001, un accord de concession avec le Costa Rica.

Entre 2001 et 2011, le ministère costaricain des Travaux publics et du Transport a décidé, à plusieurs reprises, de ne pas effectuer l'augmentation annuelle des tarifs des services VTI, comme l'aurait exigé l'accord de concession. SyC a présenté une demande d'arbitrage auprès du CIRDI le 21 décembre 2011, arguant que, ce faisant, le Costa Rica violait la norme du traitement juste et équitable (TJE), l'article relatif à l'expropriation, la clause parapluie et d'autres dispositions du TBI Costa Rica-Espagne, et réclamait une indemnisation de 261,6 millions €.

Le tribunal affirme sa compétence sur les recours au titre de la clause parapluie largement formulée

Le tribunal remarqua que la violation d'un contrat entre un État et un investisseur étranger ne constitue pas en soi une violation du droit international ou d'un traité international, mais que l'article III.2 du TBI est une clause parapluie qui oblige chacun des États à respecter les obligations contractées vis-à-vis de l'investissement des investisseurs de l'autre État.

Le Costa Rica arguait que le tribunal n'avait pas compétence sur les recours au titre de la clause parapluie puisqu'il n'y avait pas de relation contractuelle entre SyC et le Costa Rica au titre de l'accord de concession. Le tribunal considéra toutefois que la formulation de l'article III.2 – qui prévoit que l'État doit respecter ses obligations « vis-à-vis de l'investissement des investisseurs de l'autre partie contractante » – était suffisamment large pour couvrir les obligations du Costa Rica vis-à-vis de Riteve, une entreprise contrôlée par SyC, allant au-delà de la relation contractuelle directe. Aussi, le tribunal affirma sa compétence sur les recours.

Admissibilité : le tribunal examine la clause de sélection du for à l'article XI.3

L'article XI.3 du TBI prévoit que si l'investisseur présente le différend aux tribunaux nationaux, il peut lancer un arbitrage à condition que le tribunal national n'ait pas rendu sa décision ; pour lancer un arbitrage, l'investisseur doit adopter les mesures nécessaires pour mettre un terme définitif aux procédures en cours. Le tribunal arbitral considéra que cette disposition constituait une clause de sélection du for équivalant à une clause dérogatoire.

D'après le tribunal, la sélection du for est une prescription de la recevabilité ; il fallait donc déterminer si SyC avait présenté le différend au tribunal national compétent, et si c'était le cas, si l'entreprise avait mis fin à la procédure une fois l'arbitrage entamé.

D'abord, le tribunal a analysé la procédure lancée par Riteve auprès du Tribunal des contentieux administratif (TCA), que le Costa Rica considérait comme une violation de la disposition relative au choix du for. Pour déterminer si la procédure auprès du TCA était liée au différend soumis à l'arbitrage, le tribunal appliqua le test du « fondement essentiel de la demande ». À ce titre, le tribunal devait analyser si l'affaire au TCA et l'arbitrage avaient le même fondement essentiel de la demande et si tous deux avaient les mêmes objectifs. Dans un deuxième temps, le tribunal devait analyser si l'affaire au TCA lancée par Riteve était attribuable à SyC.

Le tribunal considéra que l'affaire au TCA et l'arbitrage avaient les mêmes objectifs : l'indemnisation des pertes

découlant de la conduite ou des omissions du Costa Rica, de la violation alléguée du droit national dans le cadre de la procédure locale, et de la violation alléguée du traité dans le cadre de la procédure d'arbitrage. Dans un deuxième temps, considérant que Riteve était une société agissant sur intérêts et instructions de SyC, son actionnaire majoritaire, le tribunal conclut qu'il fallait considérer que l'affaire au TCA lancée par Riteve avait en réalité été lancée par SyC.

Le tribunal nota toutefois que Riteve n'avait pas mis fin à la procédure au TCA une fois l'arbitrage lancé par SyC, en violation de l'article XI.3. Il conclut donc que les recours examinés dans l'affaire au TCA – ceux fondés sur la conduite ou l'omission du Costa Rica en lien avec les tarifs des services VTI – étaient irrecevables dans le cadre de l'arbitrage. Il conclut également que les recours soulevés par SyC, qui ne font pas référence à l'ajustement des tarifs, étaient en principe recevables s'ils satisfaisaient les autres critères de recevabilité.

Admissibilité : prescriptions de consultation et de délai d'attente au titre de l'article XI.1

L'article XI.1 du traité exige de l'investisseur qu'il notifie l'État défendeur de tout différend, en incluant notamment des informations détaillées. Une procédure judiciaire ou arbitrale formelle ne peut être lancée que si un accord à l'amiable n'est pas atteint dans les six mois suivant la notification du différend. Le tribunal rappela que la notification adéquate est l'un des éléments du consentement de l'État à l'arbitrage et que l'absence de notification rend le recours irrecevable compte tenu de l'absence de négociation préalable.

Le tribunal observa que les seuls recours correctement notifiés par SyC étaient ceux portant sur l'ajustement des tarifs des services VTI et sur les dommages découlant de la conduite du Costa Rica, que le tribunal avait déjà jugés irrecevables. Il conclut que les nouveaux recours présentés par SyC étaient également irrecevables, puisque SyC n'avait pas respecté la prescription de l'article XI.1 de notifier le défendeur au moins six mois avant le début de l'arbitrage. Aussi, le tribunal conclut que tous les recours étaient irrecevables.

Remarques : le tribunal du CIRDI était composé de Claus von Wobeser (président nommé par le président du Conseil administrative du CIRDI, de nationalité mexicaine), de Joseph P. Klock (nommé par le demandeur, de nationalité étasunienne) et d'Eduardo Silva Romero (nommé par le défendeur, de nationalités colombienne et française). La décision est disponible en anglais sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8230.pdf>.

Un tribunal de nouvel examen met un terme à un litige de 20 ans au CIRDI

Victor Pey Casado et la Fondation Presidente Allende c. la République du Chili, affaire CIRDI n° ARB/98/2
Amr Arafa Hasaan

Le 13 septembre 2016, un tribunal a prononcé une sentence définitive tranchant l'affaire engagée par Victor Pey Casado et la Fondation Presidente Allende contre le Chili en vertu d'un traité bilatéral d'investissement entre le Chili et l'Espagne (TBI). Il a estimé, en vertu des règles d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), que les allégations faites par les demandeurs étaient dépourvues de fondement ou n'étaient pas couvertes par la sphère des compétences du tribunal de nouvel examen. Le tribunal a décidé que les

frais d'arbitrage devaient être répartis dans des proportions attribuant les trois quarts aux demandeurs et un quart au Chili et a ordonné aux demandeurs de rembourser 159 509,43 USD au Chili.

Antécédents

Pey Casado, un Chilien naturalisé et né en Espagne, a acheté en 1972 une participation dans *El Clarín*, un journal chilien de gauche. Pendant le coup d'État de 1973 ayant ciblé le président Salvador Allende, ce journal a été réquisitionné. *El Clarín* a été formellement nationalisé deux ans plus tard par le dictateur Augusto Pinochet. En janvier 1990, peu après le rétablissement de la démocratie au Chili, Pey Casado a donné 90 pour cent des parts dont il était titulaire dans l'entité propriétaire d'*El Clarín* à l'autre demandeur, à savoir la Fondation Presidente Allende, qui est située en Espagne.

Pey Casado a engagé, en octobre 1995, un recours devant les tribunaux du Chili afin d'obtenir une restitution en raison de la confiscation d'une presse d'imprimerie Goss, qui était dans les locaux d'*El Clarín* lorsque ce bien a été saisi. Le Chili a lancé en juillet 1998 un programme d'indemnisation visant à réparer les victimes de confiscations de biens pendant la dictature, mais en juin 1999 les demandeurs ont renoncé au droit leur permettant de demander une réparation en vertu de ce programme. La Décision 43 qui a été prise en avril 2000 par le ministère des actifs nationaux a permis de réparer quatre personnes physiques de l'expropriation d'*El Clarín*, mais la liste des bénéficiaires n'incluait pas les demandeurs.

Les demandeurs ont formé une demande d'arbitrage devant le CIRDI en novembre 1997. Le 8 mai 2009, le tribunal a prononcé sa sentence sur le fond du litige. Il a rejeté les recours portant sur l'expropriation, mais a accordé aux demandeurs plus de 10 millions USD pour les dédommager de la violation du principe de traitement juste et équitable (TJE), car il a estimé que le retard de sept ans au terme duquel les tribunaux chiliens ont rendu une décision sur le fond de l'affaire de la presse Goss constituait un déni de justice et que le fait d'avoir exclu Pey Casado et la Fondation Presidente Allende de la réparation autorisée par la Décision 43 constituait une discrimination. Des procédures de révision et d'annulation ont été conduites par la suite. Le 18 décembre 2012, le comité ad hoc a décidé d'annuler une partie de la première sentence portant sur le mode de calcul des dédommagements.

Les demandeurs ont à nouveau soumis le litige au CIRDI en vertu de l'article 52(6) de la Convention du CIRDI le 18 juin 2013.

Irrecevabilité du recours sur l'expropriation car il n'est pas couvert par la compétence ratione temporis du tribunal

Les demandeurs ont tenté de faire une interprétation extensive de la notion de TJE afin d'être réparés en exécution de leur recours sur l'expropriation, qui avait déjà été rejeté par le tribunal initial en raison d'une objection *ratione temporis*. Le tribunal initial avait déjà estimé que les protections de fond stipulées par le TBI de 1991 ne couvraient pas de manière rétroactive l'expropriation des actifs des demandeurs opérée par le Chili entre 1973 et 1975. En examinant l'effet *res judicata* de ces conclusions et en donnant raison au Chili, le tribunal de nouvel examen a estimé qu'il n'avait pas la compétence lui permettant de procéder au réexamen des allégations sur l'expropriation.

Le tribunal refuse d'accorder une réparation car les demandeurs n'ont pas prouvé leur préjudice

Selon le tribunal de nouvel examen, « l'ensemble des atteintes identifiées par le Tribunal Initial, en ce compris le déni de justice, [ont constitué] ensemble, dans leur globalité, un manquement au traitement juste et équitable et, par conséquent, une violation du TBI » donnant aux Demandeurs le droit à une « compensation » (para. 209). Cependant, il a été noté que le tribunal initial n'a pas identifié la nature et l'étendue du préjudice causé par la violation. Il s'est également souvenu que la première sentence a été annulée en raison de la méthode retenue pour estimer cette compensation.

Le tribunal n'a pas accueilli les affirmations des demandeurs selon lesquelles la « compensation » figurant dans la sentence du tribunal initial se référerait nécessairement à une réparation pécuniaire. En effet, il a interprété cette sentence « comme établissant le droit à une réparation qui résulte nécessairement de la constatation de la violation d'une obligation internationale, mais sans déterminer d'avance la forme ou la nature que cette réparation doit prendre » (para. 201). En conséquence, le tribunal a estimé que sa compétence était limitée à la détermination du type de réparation et, au cas où il estimerait qu'une réparation pécuniaire serait adéquate, au montant des dommages-intérêts.

L'analyse du tribunal a été guidée par l'article 31 des articles de 2001 sur la Responsabilité des États pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international (CDI), qui énonce l'obligation incombant à l'État responsable « de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite ». Le tribunal a indiqué « que la mise en œuvre de la règle principale énoncée par la CDI dépend d'un préjudice, et que ce préjudice dépend lui-même d'un lien de causalité » (para. 204).

Dans la mesure où les demandeurs s'étaient focalisés sur la quantification du dommage, « sans démontrer au préalable la nature précise du préjudice, le lien de causalité et le dommage lui-même » (para. 232), le tribunal a estimé qu'ils n'avaient pas honoré la charge de preuve qu'il les obligeait à démontrer que le préjudice avait pour cause les violations du traité reconnues par la première sentence.

Le tribunal a ensuite procédé à l'étude « avec le plus grand soin » des possibilités dont il dispose (para. 244). D'après son raisonnement, il ne pouvait pas accorder une réparation en raison de l'expropriation, car le recours avait été rejetée par le tribunal initial et le comité d'annulation. Il n'a pas non plus été en mesure de créer une théorie sur les dommages-intérêts indépendamment des conclusions des parties (cette approche, qui avait été retenue par le tribunal initial, a été écartée par la suite par le comité d'annulation) ou d'accorder des dommages-intérêts pour préjudice moral « à titre de consolation » ou encore rendre une décision *ex aequo et bono*.

Par conséquent, le tribunal a rejeté tous les recours pécuniaires car « sa reconnaissance formelle des droits des Demanderesses et du déni de justice dont elles ont été victimes constitue en soi une forme de satisfaction au regard du droit international au titre de la violation par la Défenderesse de l'article 4 du TBI » (para. 256.2).

Le tribunal de nouvel examen rejette le nouveau recours sur l'enrichissement sans cause

Les demandeurs ont estimé qu'en possédant et utilisant les biens confisqués, le Chili s'est injustement enrichi au titre

du droit chilien et du droit international au détriment des demandeurs. Le Chili a, quant à lui, affirmé que ce recours autonome sur l'enrichissement sans cause n'avait pas de lien avec le TBI et pourrait entraîner l'octroi d'une réparation sans que la violation du traité ne soit préalablement établie.

Le tribunal a indiqué que la reconnaissance d'une responsabilité avait été établie par la première sentence et la décision sur l'annulation. Dans la mesure où les demandeurs n'ont pas invoqué de recours sur un enrichissement sans cause devant le premier tribunal, le tribunal de renvoi a estimé que ce recours n'entrait pas dans le champ de sa compétence.

Le tribunal rejette comme sans fondement le recours visant à obtenir un dédommagement moral

Les demandeurs ont soutenu que l'ajout de Pey Casado sur une liste de personnes recherchées après son expulsion constituait une menace pour sa sécurité personnelle. Ils ont également soutenu que le dédommagement ayant été refusé au titre de la confiscation de ses actifs et le comportement adopté par le Chili pendant l'arbitrage initial et par la suite avait été à l'origine d'un profond désarroi. Le tribunal a rejeté ces recours en précisant que les demandeurs n'avaient pas honoré la charge de la preuve les obligeant à prouver qu'ils avaient subi des dommages à caractère moral.

Remarques : Le tribunal de nouvel examen du CIRDI se composait de Frank Berman (président désigné par le siège du Conseil administratif du CIRDI, de nationalité britannique), Philippe Sands (nommé par les demandeurs, de nationalité britannique) et Alexis Mourre (nommé par le défendeur, de nationalité française). La sentence datée du 13 septembre 2016 est disponible en anglais sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7630.pdf>, en français sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7605.pdf> et en espagnol sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7607.pdf>. La sentence du tribunal initial, la décision d'annulation et les autres documents importants de l'affaire sont disponibles sur <http://www.italaw.com/cases/829>.

Auteurs

Matthew Levine est avocat au Canada et contributeur du programme Investissement étranger et développement durable de l'IISD.

Inaê Siqueira de Oliveira est étudiante en droit à l'Université fédérale de Rio Grande do Sul au Brésil.

Joe Zhang est conseiller en droit international et travaille pour le programme Investissement étranger et développement durable à l'IISD.

Claudia Maria Arietti Lopez est une juriste paraguayenne et titulaire d'un LL.M. en Affaires internationales, réglementation et arbitrage de la faculté de droit de l'université de New York.

Maria Florencia Sarmiento est assistante d'enseignement et de recherche à l'Université catholique d'Argentine.

Amr Arafa Hasaan est un ancien étudiant du Graduate Institute à Genève et de l'Université de Genève, et Conseiller auprès de l'autorité égyptienne des poursuites.

ressources et événements

Ressources

Le règlement des différends entre investisseurs et États : état des lieux en 2016

De la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), publié par la CNUCED, mai 2017

L'IIA Issues Note examine les éléments nouveaux, en 2016, en matière de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans les traités. La publication donne un aperçu des litiges, des résultats globaux de ces litiges et des analyses des décisions. Les investisseurs ont présenté 62 différends, portant le total à 767 arbitrages connus. Les nouveaux différends ont été présentés contre 41 pays, principalement par des investisseurs de pays développés. Les tribunaux ont rendu 57 décisions de fond, dont 41 sont publiques. La Note conclut que le libellé des dispositions spécifiques est un facteur crucial de l'issue des litiges, soulignant l'importance d'une rédaction équilibrée et soignée des traités. Elle fait observer que ce principe s'applique aux traités futurs et préconise la modernisation des anciens traités. Disponible en anglais sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/172>.

L'arbitrage d'investissement international : Principes de fond

De Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, publié par Oxford University Press, mai 2017

Les principes juridiques qui se sont formés en matière d'arbitrage des investissements font l'objet d'un débat intense et restent en état de flux. Alors que les tribunaux déclarent régulièrement qu'ils appliquent les principes du droit international public, un grand nombre des principes appliqués n'ont vu le jour que récemment et les tribunaux sont souvent davantage guidés par les approches adoptées par d'autres tribunaux que par des doctrines de droit international public préexistantes. Cet ouvrage propose un examen critique des principes de fond du droit international appliqués par les tribunaux d'investissement. Il décrit l'état actuel du droit créé, appliqué et analysé par les tribunaux. Cette deuxième édition mise à jour tient compte des sentences arbitrales rendues depuis 2007. Disponible en anglais sur <https://global.oup.com/academic/product/international-investment-arbitration-9780199676798>.

Le droit international d'investissement et l'architecture financière mondiale

De Christian J. Tams, Stephan W. Schill et Rainer Hofmann (dir.), publié par Edward Elgar Publishing, février 2017

Les crises mondiales du début du 21^e siècle ont mis l'architecture financière internationale à rude épreuve. Pour assurer la stabilité, les gouvernements ont réglementé les marchés financiers et les marchés des capitaux. Cela a impliqué le droit international d'investissement, dont les investisseurs se sont servis comme d'un bouclier contre la restructuration de la dette et les renflouements internes ou externes. Cet ouvrage demande où se situe la limite entre la réglementation légitime et l'ingérence excessive dans les droits des investisseurs, et qui la fixe. Il examine les principales difficultés auxquelles se heurtent les décideurs, analyse la pratique de l'arbitrage et des traités, et évalue les solutions possibles pour un système équilibré de protection de l'investissement dans le secteur financier. Disponible en anglais sur <http://www.e-elgar.com/shop/international-investment-law-and-the-global-financial-architecture>.

L'utilisation de l'économie dans les différends internationaux en matière de commerce et d'investissement

De Theresa Carpenter, Marion Jansen & Joost Pauwelyn (éds.), publié par Cambridge University Press, avril 2017

Ce volume examine les idées en droit commercial, arbitrage d'investissement, droit de la concurrence et arbitrage commercial, concernant l'utilisation de l'économie dans les différends. Il fait un tour d'horizon complet des connaissances et des pratiques actuelles en matière d'utilisation de l'économie en droit économique international. Disponible en anglais sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/international-trade-law/use-economics-international-trade-and-investment-disputes>.

Le droit interne dans l'arbitrage d'investissement international

De Jarrod Hepburn, publié par Oxford University Press, avril 2017

En puisant dans la jurisprudence, dans les principes de droit international et l'analyse comparative, cet ouvrage demande quand

et comment les tribunaux devraient faire intervenir le droit interne. La première partie examine trois domaines du droit de l'investissement – le traitement juste et équitable, l'expropriation et les recours juridiques – dans lesquels le rôle du droit interne a été sous-apprécié, et affirme que les tribunaux sont justifiés lorsqu'ils appuient sur le droit interne leurs décisions dans ces domaines. La deuxième partie examine comment les tribunaux se sont prononcés sur les questions de droit interne à ce jour, et propose un cadre normatif pour établir la teneur du droit interne. L'ouvrage soutient qu'une plus grande prise en compte du droit interne pourrait réduire les critiques à l'encontre de l'arbitrage d'investissement. Disponible en anglais sur <https://global.oup.com/academic/product/domestic-law-in-international-investment-arbitration-9780198785736>.

Événements 2017

12-14 juin

FORMATION DES MÉDIATEURS EN MATIÈRE DE DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS, Centre for Effective Dispute Resolution, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), International Mediation Institute (IMI) et Charte internationale de l'énergie (CIE), au CIRDI, Washington, D.C., États-Unis, <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/News.aspx?CID=216>

19 juin

UN TRAITÉ MULTILATÉRAL SUR L'INVESTISSEMENT EST-IL NÉCESSAIRE? World Trade Institute, Berne, Suisse, <https://www.wti.org/outreach/events/589/investment-conference-is-a-multilateral-investment-treaty-needed>

22 juin

SÉRIE DE DÉJEUNERS UNIGE-IISD SUR LES DIFFÉRENDS D'INVESTISSEMENT, Université de Genève (UNIGE) et Institut international du développement durable (IISD), à l'UNIGE, Genève, Suisse, <http://www.iisd.org/project/unige-iisd-lunch-series-investment-disputes>

29-30 juin

FORUM MONDIAL SUR LA CONDUITE RESPONSABLE DES ENTREPRISES, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Paris, France, <http://mneguidelines.oecd.org/global-forum>

30 juin

SUJETS D'ACTUALITÉ EN MATIÈRE D'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT, session 3, « Ne ultra petita », Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), Centre national de la recherche scientifique (CNRS) et Université de Bourgogne, à Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Paris, France, <https://www.transnational-dispute-management.com/news/20170630.pdf>

12-21 juillet

FORMATION DES CADRES : L'INVESTISSEMENT DURABLE DANS L'AGRICULTURE, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2017/07/12/executive-training-program-on-sustainable-investments-in-agriculture-3>

24 juillet-11 août

COURS RÉGIONAL SUR LES GRANDES QUESTIONS À L'ORDRE DU JOUR ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL, 37^e COURS (ÉCONOMIES D'AMÉRIQUE LATINE ET DES CARAÏBES), CNUCED et ministère colombien des Affaires étrangères, à l'Université EAFIT, Medellín, Colombie, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=1443>

31 juillet-10 août

FORMATION DES CADRES : LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ET L'ARBITRAGE POUR LES AGENTS DE L'ÉTAT, CCSI, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2017/07/31/executive-training-on-investment-arbitration-for-government-officials-3>

6-8 novembre

11^e FORUM ANNUEL DES NÉGOCIATEURS D'INVESTISSEMENT DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT, Kenya Investment Authority (KenInvest), IISD et South Centre, Nairobi, Kenya, <http://www.iisd.org/event/11th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>



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

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

L'IISD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Le financement de ses dépenses de fonctionnement de base provient du gouvernement du Canada, par l'entremise du Centre de recherche pour le développement international (CRDI), ainsi que du ministère des Affaires étrangères du Danemark et du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projets lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

ITN Quarterly reçoit volontiers les soumissions de travaux originaux non publiés. Les demandes doivent être adressées à Martin Dietrich Brauch à itn@iisd.org

Pour souscrire à ITN Quarterly, veuillez vous rendre à la page : <http://www.iisd.org/itn/subscribe>

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

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