



L'économie verte a-t-elle besoin du règlement des différends investisseur-État ?

Kyla Tienhaara



Loi sur la conciliation et l'arbitrage: Ère de changement dans la protection des investissements en Bolivie

Pablo Menacho Diederich

Garantir le développement durable : le financement du développement et le régime international des investissements

Peter Chowla

Lancement des négociations d'un traité contraignant relatif aux entreprises et aux droits humains

Joe Zhang

Également dans cette édition : Alfred de Zayas, l'expert indépendant des Nations Unies, recommande d'abolir le régime actuel du RDIE ; La Commission européenne propose un système de tribunal d'investissement ; Accord sur le Partenariat transpacifique ; TTIP : le RDIE en attente et controversé autour d'une proposition de l'UE sur le chapitre du développement durable ; *Perenco c. Équateur* ; *Ping An c. Belgique* ; *Suez, AGBAR, Vivendi et AWG c. Argentine* ; *Energorynok c. Moldavie*

tables des matières

- 3 Articles**
L'économie verte a-t-elle besoin du règlement des différends investisseur-État ?
Kyla Tienhaara
- 6** Loi de conciliation et d'arbitrage : Époque de changement dans la protection des investissements en Bolivie
Pablo Menacho Diederich
- 8** Garantir le développement durable : le financement du développement et le régime international des investissements
Peter Chowla
- 10** Lancement des négociations d'un traité contraignant relatif aux entreprises et aux droits humains
Joe Zhang
- 12 Nouvelles en bref**
Alfred de Zayas, l'expert indépendant des Nations Unies, recommande d'abolir le régime actuel du RDIE ; La Commission européenne propose un système de tribunal d'investissement ; Accord sur le Partenariat transpacifique ; le texte final reste secret ; Les négociations UE-États-Unis : le RDIE en attente et controverse autour d'une proposition de l'UE sur le chapitre du développement durable qui a fuité ; l'opacité entourant les négociations du TTIP reste préoccupante
- 13 Sentences et décisions**
Un tribunal du CIRDI rend une décision provisoire sur la demande reconventionnelle de l'Équateur dans le cadre d'un différend de longue haleine
Matthew Levine
- 14** La première affaire CIRDI présentée par des investisseurs de la Chine continentale est rejetée pour une question de compétence
Joe Zhang
- 15** Un tribunal adopte largement les conclusions d'un expert indépendant sur les pertes pour adjuger 405 millions USD aux précédents propriétaires d'une entreprise argentine de services publics
Marquita Davis
- 17** Energorynok n'avait pas la propriété ou le contrôle des activités économiques relatives à l'énergie ; le recours contre la Moldavie au titre du TCE est rejeté
Martin Dietrich Brauch
- 19 Ressources et évènements**

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

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

Directrice du Groupe – Droit et Politique Économique
Nathalie Bernasconi

Directeur de la Communication
Damon Vis-Dunbar

Rédacteur en Chef
Martin Dietrich Brauch

Rédactrice, Version Française
Suzy Nikiéma

Traduction Française
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version Espagnole
Javier Echaide

Traduction Espagnole
María Candela Conforti

Design
PortoDG | www.portodg.com.br

L'économie verte a-t-elle besoin du règlement des différends investisseur-État ?

Kyla Tienhaara

article 1



Les écologistes sont généralement les plus virulentes critiques du Règlement des différends investisseur-État (RDIE). Pour ceux qui connaissent la litanie des affaires de RDIE impliquant des mesures environnementales – de l'interdiction des pesticides aux efforts visant à préserver les espèces menacées d'extinction – il est facile de comprendre pourquoi les organisations non-gouvernementales et les chercheurs environnementaux s'opposent à ce mécanisme. Toutefois, depuis quelques années, nous assistons à l'émergence d'un nouveau type d'affaires de RDIE « environnementales », puisque les entreprises travaillant dans les énergies renouvelables sont devenues un acteur majeur de l'arbitrage relatif aux investissements.

L'augmentation des affaires portant sur les énergies renouvelables s'accompagne d'un volume croissant de commentaires (universitaires et autres) suggérant que les écologistes devraient adopter le RDIE car celui-ci « devrait contribuer à mobiliser les investissements gigantesques requis pour faire passer le secteur de l'énergie à des formes plus propres de production d'électricité et pour satisfaire les besoins des pays en situation de pauvreté énergétique »¹. D'autres argumentent que « l'environnement a d'autant plus besoin de protection de l'investissement »².

Ces affirmations se fondent sur trois hypothèses clé : (i) le risque politique est un obstacle majeur aux investissements dans les énergies renouvelables ; (ii) le RDIE est une contre-mesure efficace pour faire face au risque politique ; (iii) consentir au RDIE aidera les États à attirer l'investissement étranger direct (IED) dans le secteur des énergies renouvelables.

1. Le risque politique est-il un obstacle majeur aux investissements dans les énergies renouvelables ?

À première vue, cette hypothèse semble raisonnable. Le risque financier arrive en tête de liste des préoccupations des responsables du secteur des énergies renouvelables, mais le risque politique ou réglementaire – c'est-à-dire le risque de changement de politique publique sur les énergies renouvelables – n'est pas loin derrière³.

Cela s'explique principalement par le fait que les investisseurs dans le secteur des énergies renouvelables dépendent actuellement en grande partie de mécanismes tels que les tarifs de rachat qui

garantissent aux producteurs d'énergies renouvelables un prix fixe pendant une période de temps donnée. Les tarifs de rachat visent à réduire les risques financiers, et ils renforcent en effet le sentiment de sécurité, mais ils n'écartent pas les risques politiques. En fait, Talus argue que s'ils s'appuient sur des subventions, les investisseurs dans les énergies renouvelables sont particulièrement vulnérables au changement politique⁴. Les changements de gouvernement ou une augmentation inattendue des coûts peuvent saper l'adhésion à ces mécanismes. De plus, comme l'affirme Stokes, à la différence d'autres subventions gouvernementales (par exemple sur les énergies fossiles), les tarifs de rachat ont une visibilité bien plus grande et sont donc des cibles de choix lorsque la situation fiscale d'un pays se détériore⁵. C'est ce que l'on a vu dans plusieurs pays européens après la crise financière mondiale. Le climat d'investissement du secteur des énergies renouvelables est également instable dans d'autres pays, comme en Australie.

Toutefois, ces risques politiques spécifiques entravent moins les énergies renouvelables pour la simple raison que la politique cède de plus en plus sa place à l'économie. Mendonca et al. remarquaient en 2010 que les coûts de l'énergie renouvelable seraient un jour inférieurs à ceux de l'électricité conventionnelle et qu'une fois ce « point de bascule » atteint, « les tarifs de rachat [auraient] atteint leurs objectifs, et ne [seraient] quasiment plus nécessaires, voire plus du tout »⁶. En 2015, le point de bascule a été atteint par plusieurs technologies d'énergies renouvelables. Différents rapports récents indiquent que dans certaines régions du monde, les éoliennes terrestres peuvent maintenant fournir une électricité à un prix compétitif par rapport à l'électricité produite grâce aux énergies fossiles, et ce sans soutien financier⁷. Et l'énergie photovoltaïque, généralement considérée comme la forme la plus onéreuse d'énergie renouvelable, rattrape rapidement l'énergie éolienne. Ces données suggèrent que, même si les mécanismes incitatifs tels que les tarifs de rachat ont joué un rôle important, ils sont de moins en moins nécessaires pour défendre l'investissement dans les énergies renouvelables. Lorsque le soutien gouvernemental n'est plus nécessaire dans un secteur, l'argument en faveur du RDIE comme protection contre les modifications des politiques de subventionnement disparaîtra.

L'on pourrait bien sûr avancer que les entreprises d'énergies renouvelables connaissent d'autres types de risques politiques que ceux liés aux modifications des mécanismes de subvention. Par exemple, l'opposition locale au développement dans certains pays (souvent appelée le syndrome « pas chez moi ») est un obstacle significatif aux investisseurs dans l'éolien. Nous verrons plus avant si le RDIE s'avère efficace pour gérer les risques liés à l'opposition locale.

2. Le RDIE est-il une contre-mesure efficace contre les risques politiques ?

Cette hypothèse se fonde sur le fait que le RDIE est un moyen de dissuasion pour les États et une assurance politique pour les investisseurs. Si un État change « les règles du jeu » après qu'un investissement ait été réalisé, l'investisseur peut demander une indemnisation

financière dans le cadre du RDIE. La seule menace d'une telle action peut dans certains cas suffire à dissuader un État de réaliser des modifications. L'effet de dissuasion est certainement plus important du point de vue de l'économie verte, puisque les assurances peuvent être obtenues par d'autres moyens (par exemple, l'assurance contre les risques politiques). En outre, l'assurance ne bénéficie à l'économie verte que si l'argent alloué dans le cadre du RDIE est réinvesti dans d'autres projets d'énergie renouvelable, mais cela n'est pas garanti. Finalement, alors que l'effet de dissuasion bénéficie à tous les investisseurs dans les énergies renouvelables, le RDIE ne joue le rôle d'assurance que pour un groupe restreint d'investisseurs, notamment les grands investisseurs étrangers qui ont les ressources pour lancer des poursuites et peuvent le faire au titre d'un traité (ou la capacité de restructurer leur investissement pour le faire). En revanche, les tribunaux nationaux sont généralement accessibles à tous. Comme l'ont montré Aisbett et al., le fait d'accorder une indemnisation à un seul ensemble d'investisseurs équivaut à une « subvention implicite » et peut générer « une entrée excessive »⁸.

Prenons l'exemple de l'Espagne. En 2008, le gouvernement espagnol a entamé une série de changements dans sa politique de tarif de rachat préjudiciable pour les investisseurs⁹. Ces changements répondaient en partie à la crise financière mondiale¹⁰. Il y a également eu une réduction très importante des coûts des matériaux des modules solaires (environ 60 % de moins entre 2008 et 2011). Cette chute des coûts a donné lieu à une explosion des investissements qui ont soumis les tarifs de rachat et d'autres mécanismes d'appui de nombreux pays à rude épreuve¹¹. Le choc aurait pu être encaissé si les tarifs de rachat espagnols avaient été mieux conçus, mais ils étaient à la fois trop généreux et trop rigides¹². Aussi, le système « surcompensait le photovoltaïque solaire et empêchait la diminution du soutien suite à la baisse rapide des coûts technologiques »¹².

Lorsque l'Espagne a tenté de supprimer ses tarifs de rachat, les investisseurs étrangers se sont retournés contre elle dans le cadre d'arbitrages au titre du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE). À la fin octobre 2015, l'on comptait 25 affaires connues de RDIE en cours contre l'Espagne au titre du TCE portant sur « les réformes juridiques affectant le secteur des énergies renouvelables »¹³. Les petits investisseurs nationaux et les citoyens privés affectés par les changements dans les tarifs de rachat espagnols ne peuvent recourir à l'arbitrage international. Les seules entreprises nationales capables d'avoir recours à l'arbitrage sont les grandes multinationales telles que Abengoa et Isolux, qui passent pour ce faire par leurs filiales étrangères. À noter que certaines des entreprises impliquées dans les affaires de RDIE n'ont commencé à investir en Espagne qu'après 2009 et ont continué d'étendre leurs portes-feuilles en 2010 et 2011 lorsque le pays était en crise et que les tarifs de rachat avaient déjà été modifiés ; certaines d'entre elles ont même continué d'investir après avoir lancé une affaire de RDIE¹⁴. Cela laisse à penser que, dans ce groupe restreint d'investisseurs qui a accès au RDIE, certains considèrent celui-ci non seulement comme une assurance, mais également comme une

manière de s'enrichir davantage.

L'on ne sait pas encore si l'exemple de l'Espagne dissuadera d'autres pays de modifier leurs mécanismes de soutien aux énergies renouvelables. Au moins un auteur a émis l'idée que le RDIE pourrait avoir un effet « paralysant » bénéfique pour l'environnement (contrairement au gel des réglementations environnementales dont il est généralement question lorsque l'on parle de gel réglementaire)¹⁵. Les défenseurs du RDIE suggèrent en général qu'aucun élément ne soutient cet argument (de persuasion) et qu'il est « impossible » d'identifier de tels éléments¹⁶. D'autres chercheurs (y compris l'auteur de cet article) considèrent qu'il vaut la peine de continuer d'explorer ce phénomène¹⁷, mais en dehors du cadre du présent article.

L'on peut toutefois se demander si l'effet « paralysant » sur les changements des mécanismes de soutien des énergies renouvelables auraient toujours des effets positifs du point de vue de l'économie verte. Si un mécanisme bien conçu était amendé ou supprimé pour des raisons idéologiques (par exemple si un gouvernement sceptique à l'égard du changement climatique prenait le pouvoir comme cela a été le cas en 2013 en Australie), ce gel serait certainement bénéfique. Mais si au contraire les modifications apportées à un mécanisme ne visent qu'à corriger les erreurs et à réduire les gains excessifs, il est difficile de justifier le gel du point de vue de l'économie verte (qui s'intéresse au succès d'un secteur dans son ensemble, et pas seulement à celui des entreprises elles-mêmes).

En théorie, l'effet « paralysant » pourrait également réduire la probabilité que les gouvernements ne modifient les conditions d'investissement en vue de calmer les opposants locaux aux énergies renouvelables. Toutefois, cela est assez peu probable en pratique. Les gouvernements seront plus enclins à répondre à l'opposition locale lors de la planification, plutôt qu'une fois l'investissement réalisé, et la plupart des traités d'investissement ne couvrent pas la phase pré-établissement. Toutefois, même si cette phase est couverte, les investisseurs doivent surmonter d'importants obstacles pour présenter un recours. Cela est flagrant dans l'affaire au titre du chapitre 11 de l'ALENA, portée par l'entreprise des États-Unis Windstream contre le Canada en 2012. Cette dernière conteste l'imposition d'un moratoire provincial sur les projets éoliens en mer, qui selon elle, a été mis en place afin de faire taire les opposants locaux à l'énergie éolienne, en pleine année électorale. Même si l'affaire n'est pas encore tranchée, elle montre bien que l'arbitrage n'est pas une stratégie toujours gagnante face à l'opposition locale. Il peut s'avérer très difficile de sous-tendre des allégations d'opportunisme politique, même si les documents gouvernementaux sont publics grâce aux lois sur la liberté d'information.

Dans tous les cas, du point de vue de l'économie verte, il existe des manières bien plus appropriées de faire face à l'opposition locale que la voie juridique. La recherche suggère que les arrangements financiers, notamment le partage des profits avec les communautés, ou la participation directe de celles-ci dans les projets de fermes d'éoliennes, pourront juguler ou tout le moins limiter l'opposition dans la plupart des cas¹⁸.

3. Le RDIE réduit-il les risques politiques et promeut-il l'investissement dans les énergies renouvelables ?

La dernière hypothèse des défenseurs du RDIE se fonde sur l'articulation logique des deux premières hypothèses : si le risque politique constitue un obstacle majeur à l'investissement, et si l'inclusion du RDIE dans un traité réduit ce risque, alors les flux d'investissement devraient logiquement s'accroître dans les États qui signent des traités d'investissement incluant le RDIE. Toutefois, l'on ne trouve aucune preuve de cela dans la pratique. Bon nombre d'études économétriques cherchent à savoir s'il y a un lien causal entre l'existence d'un traité d'investissement et des flux d'IED accrus. Leurs résultats sont mitigés. Bon nombre d'études précédentes qui démontraient des effets positifs ont été depuis critiquées pour leur méthodologie¹⁹. Certaines études récentes ont réglés certains de ces problèmes de méthodologie, mais pas tous, et concluent que les traités ont peu d'effets, voire aucun²⁰.

La plupart des études quantitatives utilisent des données d'investissement largement consolidées, il est donc difficile d'évaluer leur pertinence pour certains secteurs spécifiques tels que les énergies renouvelables. Si d'autres recherches en la matière sont nécessaires, les éléments existants ne laissent pas à penser que les énergies renouvelables font exception. Par exemple, un rapport de ClimateScope de 2014 cartographiant les « limites » de l'investissement dans les énergies propres concluait que le Brésil (pays qui n'a jamais ratifié de traité bilatéral d'investissement) était le deuxième pays en développement de destination de l'investissement dans les énergies renouvelables (sur 55 pays examinés)²¹.

Conclusions

Rien ne prouve actuellement que le RDIE puisse faire une contribution positive à l'économie verte. Les principaux enseignements à tirer de l'exemple de l'Espagne sont que les tarifs de rachat doivent être conçus avec grand soin afin de permettre une certaine souplesse lorsque les conditions du marché changent. Des tarifs de rachat bien conçus vont dans l'intérêt des gouvernements et des entreprises ; dans le cas contraire, l'on assiste à une situation en dents de scie préjudiciable pour tout le monde (sauf le secteur de l'arbitrage). De la même manière, l'évaluation de l'affaire *Windstream* ne permet pas de conclure que le RDIE est un outil essentiel pour contrer l'opposition locale aux fermes d'éoliennes. Notons également que le Canada et l'Espagne ont tous deux de solides systèmes judiciaires nationaux capables de gérer les plaintes des investisseurs à des coûts bien inférieurs pour les dépenses publiques.

La plupart de ceux qui plaident en faveur du rôle important que peut jouer le RDIE dans l'économie verte se fonde sur l'hypothèse selon laquelle les traités d'investissement promouvoir l'IED dans les secteurs verts tels que les énergies renouvelables. Malheureusement, ils n'offrent aucun élément empirique en ce sens. Il a également été suggéré que le RDIE pouvait apporter des effets de gel bénéfiques. Toutefois, même si l'on pouvait démontrer avec certitude que le RDIE avait gelé la modification ou la suppression des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables, cela ne serait positif que si ces mécanismes avaient été bien conçus à l'origine et modifiés ou abolis pour des raisons idéologiques : environnementalement

parlant, rien ne justifie de permettre aux entreprises « vertes » d'engranger des profits excessifs. Mais même dans ces circonstances limitées, tout argument en faveur du RDIE perd rapidement de son poids au fur et à mesure que les subventions aux énergies renouvelables deviennent inutiles. Ceux qui suggèrent que l'environnement a besoin d'une « meilleure protection de l'investissement » recommandent une solution à très long-terme (et à l'efficacité contestable) à un problème principalement de court-terme.

Auteurs

Kyla Tienhaara est chercheur au Regulatory Institutions Network de l'Université nationale australienne. Cet article est extrait d'un chapitre de : Kate Miles (Ed.), *Research Handbook on Environment and Investment Law* (Manuel de recherche sur l'environnement et le droit des investissements), Edward Elgar (à paraître).

Notes

- 1 Bankes, N., 2012 : *Decarbonising the economy and international investment law*, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 30(2), 497–510, p. 510. Voir également Bankes, N., Boute, A., Charnovitz, S., Hsu, S., McCalla, S., Rivers, N., & Whitsitt, E., 2013 : *Trade and investment law and carbon management technologies*, *Natural Resources Journal*, 53, 285–324 ; et Sussman, E., 2011 : *The Energy Charter Treaty's investor protection provisions: Potential to foster solutions to global warming and promote sustainable development*. Dans M. Cordonier-Segger, M. Gehring, et A. Newcome, A. (Eds.), *Sustainable development in world investment law* (pp. 513–532). Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International.
- 2 Chambre de commerce de Stockholm, 2014, 10 novembre : *The environment needs more investment protection – not less*. ISDS Blog. Tiré de <http://isdsblog.com/2014/11/10/the-environment-needs-more-investment-protection-not-less>
- 3 The Economist Intelligence Unit, 2011, octobre : *Managing the risk in renewable energy*. Tiré de http://www.economistinsights.com/sites/default/files/downloads/EIU-SwissRe_ManaagingRiskRenewableEnergy_Web_2.pdf
- 4 Talus, K., 2015 : *Introduction – Renewable energy disputes in the Europe and beyond: An overview of current cases*. *Revue Oil, Gas and Energy Law Intelligence*, 13(3).
- 5 Stokes, L. C., 2013 : *The politics of renewable energy policies: The case of feed-in tariffs in Ontario, Canada*, *Energy Policy*, 56, 490–500, p. 491. Tiré de http://www.mit.edu/~lstokes/docs/Stokes_2013_Politicsofrenewableenergy.pdf
- 6 Mendonca, M., Jacobs, D., & B. Sovacool., 2010 : *Powering the green economy: The feed-in tariff handbook*. Earthscan, p. xxiii.
- 7 Agence internationale pour les énergies renouvelables (IRENA), 2015, janvier : *Renewable power generation costs in 2014*. Tiré de http://www.irena.org/DocumentDownloads/Publications/IRENA_RE_Power_Costs_2014_report.pdf. Voir également Lazard, 18 septembre 2014 : *Lazard's levelized cost of energy analysis – Version 8.0*. Tiré de https://www.lazard.com/media/1777/levelized_cost_of_energy_-_version_8.0.pdf, et Bloomberg New Energy Finance, 2015, octobre 5 : *Wind and solar boost cost-competitiveness versus fossil fuels*. Tiré de <http://about.bnef.com/press-releases/wind-solar-boost-cost-competitiveness-versus-fossil-fuels/>
- 8 Aisbett, E., Karp, L., & McAusland, C., 2010, septembre : *Police powers, regulatory takings and the efficient compensation of domestic and foreign investors*. *Economic Record*, 86(274), 367–383, p. 381.
- 9 Tirado, J., 2015 : *Renewable energy claims under the Energy Charter Treaty: An overview*. *Oil, Gas and Energy Law Intelligence*, 13(3) ; Talus, 2015, *supra* note 4.
- 10 Couture, T., 2011, février : *Booms, busts, and retroactive cuts: Spain's RE odyssey*. Résumé analytique, 3(1). Tiré de http://www.e3analytics.eu/wp-content/uploads/2012/05/Analytical_Brief_Vol3_Issue1.pdf
- 11 The Economist Intelligence Unit, 2011, *supra* note 3, p. 11.
- 12 Del Rio, P., & Mir-Artigues, P., 2014, février : *A cautionary tale: Spain's solar PV investment bubble*. Global Subsidies Initiative & Institut international pour le développement durable, p. 2. Tiré de https://www.iisd.org/gsi/sites/default/files/rens_ct_spain.pdf
- 13 Secrétariat de la Charte de l'énergie, 2015 : *Différends investisseur-État*. Tiré de <http://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/investment-dispute-settlement-cases> (page consultée le 29 octobre 2015).
- 14 Olivet, C., & Eberhardt, P., 2014 : *Profiting from crisis: How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries (Profiter de la crise : comment les entreprises et les juristes saignent les pays européens en crise)*. Transnational Institute et Corporate Europe Observatory. Tiré de http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-from-crisis_0.pdf
- 15 Kent, A., 2015 : *Renewable energy disputes before international economic tribunals: A case for institutional 'greening'?* *Oil, Gas and Energy Law Intelligence*, 13(3).
- 16 European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA), 2015 : *A response to the criticism against ISDS (Réponse aux critiques à l'encontre du RDIE)*, p. 29. Tiré de http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the_criticism_of_ISDS_final_draft.pdf
- 17 Schneiderman, D., Tienhaara, K., & Van Harten, G., 2015 *Reply to EFILA (Réponse à l'EFILA)*. Tiré de <https://gusvanharten.wordpress.com/2015/07/06/reply-to-efila/>
- 18 Walker, C., Baxter, J., & Ouellette, D., 2014 : *Beyond rhetoric to understanding determinants of wind turbine support and conflict in two Ontario, Canada communities*. *Environment and Planning A*, 46, 730–745, p. 730. Tiré de <http://epn.sagepub.com/content/46/3/730.full.pdf+html>
- 19 Aisbett, E., 2009 : *Bilateral investment treaties and foreign direct investment: Correlation versus causation*. Dans K. P. Sauvart, & L. Sachs (Eds.), *The effect of treaties on foreign direct investment* (395–437). New York: Oxford University Press.
- 20 Pour un aperçu complet de ces études voir Bonnitca, J., 2014 : *Substantive protection under investment treaties: A legal and economic analysis*. Cambridge University Press.
- 21 Bloomberg New Energy Finance, 2014 : *ClimateScope 2014: Mapping the global frontiers for clean energy investment*. Tiré de <http://2014.global-climatescope.org/en/download/reports/climatescope-2014-report-en.pdf> ; Ernst and Young, juin 2015 : *Baromètre des énergies renouvelables*, 44. Tiré de [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/RECAI_44/\\$FILE/RECAI%2044_June%202015.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/RECAI_44/$FILE/RECAI%2044_June%202015.pdf)

Loi sur la conciliation et l'arbitrage: Ère de changement dans la protection des investissements en Bolivie

article 2

Pablo Menacho Diederich



1. Période néolibérale : échafaudage juridique de la protection des investissements étrangers

Au début des années 1990, le gouvernement bolivien a entamé une *période néolibérale*. Celle-ci fut marquée par (i) la construction d'un échafaudage constitutionnel et juridique visant à « surprotéger » les investissements étrangers, avec le développement d'un cadre réglementaire et de contrôle propre, et (ii) un processus de purge patrimoniale de l'État, par la privatisation des ressources naturelles et des entreprises stratégiques de l'État, qui sont passées aux mains d'entreprises transnationales.

C'est dans ce contexte que la Bolivie a signé son premier traité bilatéral d'investissement (TBI) avec l'Allemagne le 23 mars 1987, puis avec d'autres pays jusqu'en 2004. Le gouvernement a ainsi conclu un total de 22 TBI¹, dont 21 ont été ratifiés. En 1990, le gouvernement a promulgué la loi relative aux investissements², et l'année suivante, la Bolivie a adhéré à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères³ (qui est toujours en vigueur). Puis en 1994, le pays a ratifié la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la Convention du CIRDI)⁴.

2. Le « processus de changement » : la nationalisation des ressources naturelles, la nouvelle Constitution et son article 320

Le 22 janvier 2006, le Président Evo Morales a entamé son premier mandat constitutionnel, et en parallèle, le « processus de changement » de la Bolivie. L'administration Morales a mis en place une série de transformations dans le domaine des investissements, nationaux et étrangers. Les principaux éléments de cette transformation étaient : (i) le processus de nationalisation des hydrocarbures⁵ ; et (ii) l'Assemblée constituante, qui a donné naissance à l'actuelle Constitution politique de l'État (CPE).

S'agissant du processus de nationalisation, il faut souligner que près de dix ans plus tard, la Bolivie a réglé à l'amiable une dizaine de différends, et ne compte qu'une seule sentence arbitrale à son encontre, qui a été exécutée dans un délai de quatre mois. La Bolivie est ainsi devenue le pays qui a réalisé le plus grand nombre de nationalisations au cours des dernières années tout en ayant généré le moins de différends en la matière⁶.

S'agissant du processus d'élaboration de la Constitution, la grande représentativité des secteurs sociaux a permis d'adopter une nouvelle vision pour le pays, notamment quant au rôle de l'État dans l'économie, et donc dans les politiques

sectorielles relatives aux ressources naturelles et dans le traitement des investissements étrangers. Dans ce contexte, l'inclusion de l'article 320 dans la CPE jette de nouvelles bases pour le traitement des investissements étrangers et pour leur lien avec les investissements nationaux.

L'article 320 prévoit que :

I. L'investissement bolivien sera prioritaire par rapport à l'investissement étranger.

II. Tout investissement étranger sera soumis à la compétence, aux lois et aux autorités de la Bolivie, et nul ne pourra invoquer de situation exceptionnelle ou avoir recours aux relations diplomatiques en vue d'obtenir un traitement plus favorable.

III. Les relations économiques avec des États ou des entreprises étrangères se réaliseront dans des conditions d'indépendance, de respect mutuel et d'équité. Les États ou les entreprises étrangères ne pourront obtenir de conditions plus favorables que celles prévues pour les boliviens.

IV. L'État est indépendant dans toutes les décisions de politique économique interne, et n'acceptera aucune contrainte ou condition sur celle-ci de la part d'États, de banques ou d'institutions financières boliviennes ou étrangères, d'entités multilatérales ou d'entreprises transnationales.

V. Les politiques publiques encourageront la consommation nationale de produits fabriqués en Bolivie.

Cet article a fait l'objet de débats compte tenu de son libellé réputé « atypique » dans le contexte actuel dans lequel persiste la croyance selon laquelle l'investissement étranger, *en soi*, stimule la croissance économique des États et favorise le développement des pays qui le reçoivent.

L'expérience bolivienne démontre que l'attrait de l'investissement étranger pour lui-même ne génère pas le développement attendu par les pays, et représente au contraire un mécanisme de financement et de transfert des ressources du Sud vers le Nord. Au contraire, dans le cas de la Bolivie, c'est le rôle de l'État comme promoteur d'une économie plurielle inclusive (composée de l'État, du secteur privé, des coopératives et des formes de production communautaires) ainsi que la croissance de la demande intérieure, dans le cadre d'une politique visant à encourager l'investissement étranger et l'investissement public, qui ont permis l'envol de la croissance économique⁷, saluée dans différentes organisations et enceintes internationales⁸.

L'article 320 de la CPE reprend un principe important des pays latino-américains, oublié compte tenu de l'hégémonie des TBI : le traitement accordé aux capitaux étrangers ne peut pas représenter une discrimination à l'égard des investisseurs nationaux⁹. En Bolivie, l'égalité entre les investissements nationaux et étrangers est reflétée dans le fait que les deux sont soumis à la compétence, aux lois et aux autorités du pays, et qu'il n'est pas possible d'invoquer des circonstances exceptionnelles. L'article 320 représente également les bases du cadre juridique actuel du traitement des investissements, notamment les Lois actuelles de promotion des investissements (LPI)¹⁰ et de conciliation et d'arbitrage (LCA)¹¹.

3. La loi sur la conciliation et l'arbitrage

C'est le Procureur général de l'État et le Ministère de la Justice boliviens qui ont été chargés d'élaborer la loi n° 708 du 25 juin 2015, appelée loi LCA. La LCA est le fruit d'un large consensus entre les institutions de l'État, les entreprises

publiques et le secteur privé ; elle a été élaborée (i) au titre de la préservation de l'*intérêt public* et de l'*autonomie de la volonté des parties*, (ii) en vue d'apporter une sécurité juridique (prévisibilité) tant à l'État qu'à l'investisseur (iii) dans un cadre d'égalité et d'équité entre eux.

La LCA contient plusieurs concepts innovants qui n'étaient pas présents dans l'ancienne Loi sur l'arbitrage et de conciliation n° 1770, comme par exemple :

- En matière de *conciliation* : la procédure de la conciliation est développée, et octroie la pleine valeur juridique au procès-verbal de conciliation ;
- En matière d'*arbitrage* : les questions exclues de l'arbitrage ont été étendues¹², une description des étapes de la procédure arbitrale a été rajoutée¹³, l'on distingue le siège du lieu de l'arbitrage¹⁴, les prescriptions formelles pour la présentation d'une demande d'arbitrage ont été fixées¹⁵, la fonction d'arbitre d'urgence a été créée¹⁶, l'on a inclut la possibilité de récuser les experts¹⁷, et un régime spécial d'arbitrage des différends relatifs aux investissements étrangers auxquels l'État serait partie a été créé¹⁸, entre autres.

4. Un régime spécial : le différend relatif aux investissements auquel l'État est partie

Au titre de la LCA, tous les différends relatifs aux investissements et impliquant l'État bolivien sont régis par un régime spécial, qu'il s'agisse d'un cas de conciliation ou d'arbitrage. Pour être soumis à ce régime spécial, ces différends doivent remplir au moins trois conditions : (i) le différend doit découler d'une relation contractuelle ou extracontractuelle et ne pas relever d'une catégorie exclue de l'application de la LCA ; (ii) l'État doit être partie au différend ; et (iii) le différend doit porter sur un investissement, aux termes de la définition de la LPI.

Au titre de la LCA, la conciliation et l'arbitrage relatifs aux investissements ont les caractéristiques suivantes :

- La conciliation et l'arbitrage devront être de nature nationale et avoir pour siège un lieu du territoire bolivien ;
- Les audiences, la présentation des preuves et d'autres étapes de la procédure pourront avoir lieu en dehors de la Bolivie ; et
- La conciliation et l'arbitrage ne limitent ni ne restreignent les attributions et les compétences de contrôle et de suivi des entités réglementaires correspondantes et des autorités compétentes.

Dans le cas spécifique des arbitrages relatifs aux investissements étrangers, ils auront les caractéristiques suivantes :

- Le tribunal arbitral sera composé de trois arbitres ;
- L'arbitrage sera de droit, et le tribunal arbitral appliquera la Constitution politique de l'État ainsi que les lois et réglementations de l'État plurinational de Bolivie pour se prononcer sur le fond du différend ;
- Le tribunal arbitral devra au préalable et dans une déclaration distincte, se prononcer sur l'exception d'incompétence ;
- L'autorité chargée de la nomination et le règlement d'arbitrage applicable seront choisis par les parties d'un commun accord.

5. Vers un nouveau modèle bolivien de traités d'investissement

Une fois que le processus de production normatif sera finalisé

et que le cadre constitutionnel et juridique de protection des investissements étrangers sera établi, le Ministère des Relations extérieures devra élaborer un nouveau modèle de traité de protection et de promotion des investissements. Pour que l'État bolivien le considère positif, ce nouveau modèle devra être élaboré dans les limites fixées par le nouveau cadre constitutionnel et juridique et s'éloigner des traités traditionnels de protection des investissements qui accordent aux investisseurs étrangers tout un éventail de droits¹⁹, sans aucune obligation.

Si des pays comme la Bolivie, entre autres, sont à l'origine des changements dans la manière de protéger les investissements étrangers, ce sont également ces pays qui ont lancé les débats qui, il y a peu, semblaient prendre des voies détournées qui avaient à l'époque été reçues par la menace du retrait des investissements. Pourtant, les faux pas à répétition du système de protection internationale des investissements, qui est toujours incapable de répondre de manière adéquate au besoin de sécurité et de certitude juridiques pourtant si nécessaires pour la préservation des intérêts privés comme de l'*intérêt public*, exigent des États une plus grande attention, notamment de la part de ceux sur qui retomberont les conséquences de leurs propres mesures déraisonnées.

Auteurs

Pablo Menacho Diederich est avocat, au bénéfice d'un Master en relations internationales et diplomatie. Il a été Directeur général aux affaires juridiques du ministère des Relations extérieures de Bolivie, Ministre de Défense juridique de l'État et Conseiller de l'Ambassade de Bolivie aux États-Unis. Il est actuellement Procureur adjoint de Défense et de Représentation juridique de l'État. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du Bureau du Procureur général de l'État, du Ministère des Relations extérieures ou de toute autre institution ou entité bolivienne.

Notes

- 1 État plurinational de Bolivie, Ministère des Relations extérieures. (2013). *Rapport: Dénonciation et renégociation des traités internationaux pour les mettre en conformité avec la Constitution politique de l'État.*
- 2 État plurinational de Bolivie. (1990). *Loi n° 1182, du 17 septembre 1990.* Tiré de http://medios.economiayfinanzas.gob.bo/MH/documentos/LEY_1182_LEY_DE_INVERSIONES.pdf
- 3 Ratifiée au moyen de la loi suivante : État plurinational de Bolivie. (1994). *Loi n° 1588, du 12 août 1994.* Tiré de <http://www.gacetoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/22122>
- 4 Dans l'exercice de sa souveraineté, la Bolivie a dénoncé la Convention par le biais d'une note reçue par le Banque mondiale en date du 2 mai 2007. Au titre de l'article 71, la Bolivie a cessé d'être l'un des États parties à la Convention le 3 novembre 2007.
- 5 État plurinational de Bolivie. (2006). *Décret suprême n° 28701, du 1er mai 2006.* Tiré de http://medios.economiayfinanzas.gob.bo/VPC/documentos/decretos/DS_N%C2%BA_28701_NACIONALIZACION_HIDROCARBUROS.pdf
- 6 Procureur général de l'État. (2014). *Rapport institutionnel – Gestion 2014*, p. 35. Tiré de <http://www.procuraduria.gob.bo/images/docs/informepge2015.pdf>
- 7 Voir l'État plurinational de Bolivie, Ministère de l'Économie et des Finances. (2014, 21 août). *Rapport sur l'économie bolivienne en 2013.* Tiré de http://www.economiayfinanzas.gob.bo/index.php?option=com_content&view=content&id=3299&id_item=646&seccion=269&categoria=1523
- 8 Quispe, A. (2015, 4 février). Comité de reestructuración de la deuda es presidido por Bolivia (Le Comité de restructuration de la dette est présidé par la Bolivie). *La Razón.* Tiré de http://www.la-razon.com/economia/Eleccion-comite-reestructuracion-deuda-presidido-Bolivia_0_2211378864.html
- 9 Ce principe est intégré aux règles de la Communauté andine (CAN), dans la Décision 24 (Régime commun relatif au traitement des capitaux étrangers et aux marques, aux brevets, aux licences et aux redevances) et dans la Décision 220 (Substitution des Décisions 24 et connexes sur le régime commun relatif au traitement des capitaux étrangers et aux marques, aux brevets, aux licences et aux redevances). Disponibles sur <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>
- 10 État plurinational de Bolivie. (2014). *Loi n° 516, du 4 avril 2014.* Tiré de <http://www.planificacion.gob.bo/marco-legal>. Voir Brauch, M. D. (2014, août). *Investment Treaty News Quarterly*, 5(3), p. 9–12. Tiré de http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd_itn_august_2014_fr.pdf
- 11 État plurinational de Bolivie. (2015). *Loi n° 708, du 25 juin 2015.* Tiré de <http://www.procuraduria.gob.bo/images/docs/LeyArbitraje.pdf>
- 12 *Id.*, article 4.
- 13 *Id.*, article 48.
- 14 *Id.*, articles 54 et 55.
- 15 *Id.*, article 86.
- 16 *Id.*, article 67.
- 17 *Id.*, article 96(IV).
- 18 *Id.*, Titre V.
- 19 Par exemple le traitement national, la nation la plus favorisée, le traitement juste et équitable, la non-discrimination, le libre transfert, l'interdiction des prescriptions de résultats, le règlement des différends, entre autres.

Garantir le développement durable : le financement du développement et le régime international des investissements

Peter Chowla

article 3



La discussion portant sur la gouvernance de l'investissement international a depuis quelques années changé de nature. Alors que certains spécialistes examinaient les effets potentiellement négatifs des Accords internationaux d'investissement (AII), les enceintes officielles des précédentes décennies s'attachaient souvent à protéger au mieux et à faciliter l'investissement étranger direct (IED). À présent, et notamment du fait des négociations en cours des méga accords commerciaux et d'investissement régionaux, la question fait partie du débat politique plus général.

Les chefs d'États membres des Nations Unies se sont réunis fin septembre dernier pour formellement adopter le **Programme de développement durable d'ici à 2030**¹, qui inclut un ensemble de 17 objectifs de développement durable (ODD). Ces objectifs, qui portent sur les dimensions économique, environnementale et sociale du développement durable, prévoient une nouvelle vision pour le monde.

Afin de réaliser cette vision, les systèmes financiers internationaux devront jouer leur rôle. Les négociations internationales conclues en juillet 2015 lors de la Troisième conférence internationale sur le financement du développement (Conférence FDD) à Addis-Abeba en Éthiopie, précisent que les gouvernements cherchent de nouvelles voies de financement, notamment dans le cadre du régime international de l'investissement.

Politique d'investissement et développement durable

Les pays en développement ont besoin d'investissement pour atteindre de meilleures conditions de vies et pour adopter des pratiques durables. Toutefois, la cohérence politique demeure importante.

L'épargne et l'investissement mondiaux sont importants ; les marchés financiers mondiaux traitent des milliards de dollars chaque année². Pourtant, certains domaines de priorité publique tels que les services de base universels et les infrastructures connaissent un sous-investissement. Si les grandes économies parviennent souvent à mobiliser des ressources au niveau national, les petites économies plus pauvres ne peuvent le faire et dépendent donc du financement transfrontière. Malgré la réforme du climat d'investissement, la plupart des pays reçoivent de trop faibles investissements étrangers. Le développement durable exigera également des changements réglementaires et politiques profonds en vue de façonner des économies sensibles aux questions sociales et environnementales.

Le régime actuel de l'investissement international a fait l'objet d'un examen car il s'est avéré incapable de produire des résultats toujours cohérents en matière de développement durable. Il sera difficile d'orienter les investissements dans les priorités mises en avant par les ODD. Certains décideurs politiques considèrent que les AII et la promotion de

l'investissement ont un rôle à jouer, notamment pour aider les pays les moins avancés à obtenir davantage d'investissement. Les AII peuvent influencer le choix de destination de l'investissement³, même si peu d'éléments démontrent un large effet⁴. Pourtant, ils peuvent aussi limiter la capacité des pays à identifier des secteurs prioritaires en faisant une sélection proactive des investissements. Et il est reproché aux AII d'induire un gel réglementaire et de limiter la marge de manœuvre politique nécessaire dans différents domaines. Le règlement des différends investisseur-État est particulièrement préoccupant, puisqu'il a à la fois des effets réglementaires et fiscaux.

Mais les Nations Unies ne sont pas les seules à se préoccuper d'un investissement dans des infrastructures durables et résilientes. En 2015, le G20, sous la présidence de la Turquie, a mis la priorité sur l'investissement, notamment sur le fait d'attirer des investisseurs institutionnels (tels que les fonds de pensions) dans les projets d'infrastructures transfrontières. Les projets d'infrastructure sensibles, coûteux et risqués pourraient faire l'objet de changements réglementaires, de demandes de renégociation de contrats ou de décisions politiques quant à la participation du secteur privé⁵. Le développement de structures financières complexes en vue d'attirer l'investissement international dans de tels projets pourrait accroître encore la pression sur le régime de l'investissement international, alors que les changements réglementaires et politiques pourraient être contestés par des investisseurs étrangers au titre des dispositions des AII.

Il faudra intensifier le travail afin de réconcilier les objectifs importants de la promotion et la protection de l'investissement et ceux du développement durable. Pourtant, si la volonté politique est là, il est possible de renforcer la cohérence entre les souhaits des investisseurs et les besoins publics.

Des engagements innovants

La première Conférence FDD, organisée à Monterrey au Mexique en 2002, était le premier sommet de haut-niveau soutenu par les Nations Unies et abordant les principales questions financières relatives au développement mondial ; elle a été organisée avec la participation du Fonds monétaire international (FMI), de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), de la Banque mondiale et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). La référence aux investissements transfrontières contenue dans le document final de la conférence, intitulé le Consensus de Monterrey, est typique de l'époque : « Les flux internationaux de capitaux privés, en particulier les investissements étrangers directs, [...] sont un appoint indispensable aux efforts de développement nationaux et internationaux »⁶. Il appelle à la réalisation d'efforts particuliers « dans des domaines prioritaires tels que les cadres législatifs et réglementaires de nature à promouvoir et protéger les investissements » et remarque que « d'autres mécanismes tels que les partenariats entre les secteurs public et privé et la signature d'accords d'investissement peuvent se révéler tout aussi importants »⁷.

La deuxième Conférence FDD, tenue à Doha au Qatar en 2008, mentionnait également l'importance de la promotion de l'investissement : « Les traités bilatéraux d'investissement peuvent favoriser les flux d'investissements privés en améliorant la stabilité et la prévisibilité des régimes légaux pour les investisseurs »⁸. Alors que la **Déclaration de Doha** encourageait les pays à veiller à ce que ces accords « tiennent compte de la coopération régionale et multilatérale »¹², l'on faisait l'impassé sur les conflits potentiels avec les objectifs du développement.

Toutefois, en 2015, les gouvernements ont pris conscience de la nécessité de garantir la cohérence des AII et des objectifs politiques. Pendant le processus préparatoire de la troisième Conférence FDD, les coprésidents des négociations (les Ambassadeurs du Guyana et de Norvège) ont communiqué un document identifiant certains obstacles⁹ :

« [L']on assiste à une prolifération des accords commerciaux et d'investissement bilatéraux, régionaux et interrégionaux. Les préoccupations relatives aux effets sociaux (notamment sur l'égalité des sexes), à la stabilité financière et au respect de l'environnement n'ont pas été pleinement prises en compte dans certains de ces accords, ce qui soulève des questions quant à leur compatibilité avec les objectifs de développement durables. Alors que les pratiques commerciales et d'investissement sont de plus en plus intégrées, l'environnement politique demeure largement fragmenté ».

En quelques mois, les coprésidents ont publié leur premier avant-projet du Programme d'action d'Addis-Abeba (le Programme d'action), le document final de la conférence, servant de base aux négociations des États membres. Il contenait des propositions majeures :¹⁰

« Nous négocierons et exécuterons des accords commerciaux et d'investissement a manière transparente afin de veiller à ce que les traités commerciaux et d'investissement ne limitent pas les politiques nationales visant à réduire les inégalités, à protéger l'environnement ou à garantir le bon fonctionnement de l'impôt. Nous renforcerons les garanties contenues dans les traités d'investissement, notamment par un examen attentif des dispositions relatives au règlement des différends entre un investisseur et un État (RDIE), pour veiller au respect du droit à réglementer dans les domaines essentiels du développement durable, notamment la santé, l'environnement, l'emploi, les infrastructures (y compris électriques et de transport), la sécurité publique, les réglementations macro-prudentielles et la stabilité financière ».

Le projet de libellé s'est avéré plus ambitieux que n'en n'ont convenu bon nombre de pays. Au bout du compte, le **Programme** affirme¹¹ :

« La volonté de protéger et d'encourager l'investissement ne doit pas compromettre notre capacité de poursuivre des objectifs de politique publique. Nous nous efforcerons de rédiger des accords relatifs au commerce et à l'investissement comportant des garanties appropriées de façon à ne pas empêcher l'adoption de politiques et de lois allant dans le sens de l'intérêt général. Nous appliquerons ces accords en toute transparence ».

Un paragraphe spécifique sur les All intervient dans la partie introductive qui stipule : « Nous respecterons la marge de manœuvre et l'autorité de chaque pays en ce qui concerne l'application des politiques d'élimination de la pauvreté et de développement durable, sans perdre de vue les règlements et les engagements internationaux pertinents »¹².

Le libellé sur les All représente un engagement intergouvernemental tout à fait nouveau : tous les pays du monde, ont reconnu au plus haut-niveau et par consensus, la nécessité de faire en sorte que les All ne limitent pas les autres politiques publiques. La présence à cette conférence de 24 chefs d'États ou de leurs représentants, de plus de 100 ministres, et de représentants de haut-niveau de 174 pays appuie d'autant plus ces résultats.

Mettre en œuvre les engagements

L'élaboration de « garanties appropriées » est un élément essentiel de la mise en œuvre idéale du Programme d'action. Tout nouvel All devrait désormais comporter des garanties du droit à réglementer dans l'intérêt public. Dans ce sens, la CNUCED s'est dotée d'un programme de travail sur la réforme des All : son mandat a été adopté dans le cadre du Programme d'action. Sa mise à jour du **Cadre directeur pour l'investissement au service du développement durable** donne des conseils aux législateurs quant aux possibilités existantes¹³, et le **Rapport 2015 sur l'investissement dans le monde** prévoit une feuille de route fondée sur des actions de réforme, et présente des alternatives pour les législateurs nationaux, régionaux et multilatéraux¹⁴.

En outre, il est nécessaire de reformer les All existants. En

juin 2015, au moins 50 pays ou régions avaient révisés ou révisaient leurs modèles d'accords et leurs stratégies¹⁵. Bien que laborieuse, la révision des traités passés n'est pas impossible avec une bonne dose de volonté politique. Ces révisions devraient s'axer sur les réformes vitales, par exemple celle des clauses relatives au droit de réglementer et du règlement des différends, et sur le renforcement des fonctions de promotion et de facilitation de l'investissement.

La nature intergouvernementale des engagements d'Addis-Abeba sont un signe positif pour les réformes à venir. Par le passé, les politiques d'investissement, les réglementations commerciales et les négociations de traités étaient gérées de manière séparée. Il est pourtant évident qu'une coordination transministérielle est nécessaire, ainsi qu'une cohérence mondiale entre les objectifs sociaux, environnementaux et économiques. L'investissement est une priorité évidente des ministères des Finances, et est abordée par les chefs d'États et de gouvernement dans le cadre du G20 et de la FDD. Les All ne doivent plus rester la seule prérogative des seuls ministres du Commerce.

Le suivi est une partie intégrante du Programme d'action, et les Nations Unies organiseront désormais chaque année un Forum d'une semaine sur le financement du développement pour discuter de la mise en œuvre du Programme. La prochaine réunion aura lieu à New York en avril 2016. Il s'agira d'une occasion importante de discuter, entre États, de la réforme des All.

Auteur

Peter Chowla est économiste au Bureau du financement pour le développement des Nations Unies. L'auteur remercie Elisabeth Tuerk et Shari Spiegel pour leurs observations et leurs suggestions. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles des Nations Unies.

Notes

- 1 Nations Unies. (2015, 2 août). *Programme de développement durable à l'horizon 2030*. Tiré de http://www.un.org/pga/wp-content/uploads/sites/3/2015/08/120815_outcome-document-of-Summit-for-adoption-of-the-post-2015-development-agenda.pdf
- 2 Assemblée générale des Nations Unies, *Rapport du Comité intergouvernemental d'experts sur le financement du développement durable*. Doc. N.U. A/69/315, 15 août 2015. Tiré de http://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=A/69/315
- 3 Voir par exemple Urata, S. (2015, mai). *Impacts of FTAs and BITs on the locational choice of foreign direct investment: The case of Japanese firms (Effets des ALE et des TBI sur le choix de destination de l'investissement étranger direct : l'exemple des entreprises japonaises)*. Série de documents de discussion 15-E-066 du Research Institute of Economy, Trade and Industry (RIETI). Tiré de <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/15e066.pdf>
- 4 Bellak, C. (2015, 13 août). *Economic impact of investment agreements (Effets économiques des accords d'investissement)*. Série de documents de travail du Département d'économie, 200. Vienne : WU Vienna University of Economics and Business. Tiré de <http://epub.wu.ac.at/id/eprint/4625>
- 5 La note résumant une table ronde de haut-niveau de mai 2015 sur les investisseurs institutionnels organisée par le G20 et l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) décrit les préoccupations des investisseurs institutionnels existants portant sur les risques et la protection de l'investissement à l'heure d'investir dans les infrastructures des marchés émergents et des pays en développement. Voir OCDE, septembre 2015 : *Résumé de la table ronde de haut niveau du G20/OCDE/Ministère des Finances de Singapour sur les investisseurs institutionnels et l'investissement à long terme*. Tiré de <http://www.oecd.org/g20/meetings/antalya/G20-OECD-LTI-High-level-Roundtable-Singapore-May-2015-Discussion-Summary-G20-version.pdf>
- 6 Nations Unies. (2003). *Consensus de Monterrey de la Conférence internationale sur le financement du développement*, para. 20. Tiré de <http://www.ipu.org/splz-f/ffd08/monterrey.pdf>.
- 7 *Id.*, para. 21.
- 8 Nations Unies. (2008). *Déclaration de Doha sur le financement du développement : document final de la Conférence internationale de suivi sur le financement du développement, chargée d'examiner la mise en œuvre du Consensus de Monterrey*, para. 25. Tiré de <http://www.ipu.org/splz-f/finance09/doha.pdf>.
- 9 Nations Unies. (2015, 21 janvier). *Processus préparatoire de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement : éléments*, p. 7. Tiré de http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/01/FFD_Elements-paper_drafting-session.pdf.
- 10 Nations Unies. (2015, 16 mars). *Avant-projet du document final de la troisième Conférence sur le financement du développement : l'accord d'Addis-Abeba*, para. 81. Tiré de <http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/03/1ds-zero-draft-outcome.pdf>
- 11 Nations Unies. (2015). *Programme d'action d'Addis-Abeba de la troisième Conférence sur le financement du développement (le Programme d'action d'Addis-Abeba)*, para. 91. Tiré de http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/69/L.82&Lang=F
- 12 *Id.*, para. 9.
- 13 Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2015). *Cadre directeur pour l'investissement au service du développement durable*. Tiré de http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/INVESTMENT%20POLICY%20FRAMEWORK%202015%20WEB_VERSION.pdf.
- 14 CNUCED. (2015, juin). *Rapport 2015 sur l'investissement dans le monde*, p. 108. Tiré de http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf
- 15 *Id.*, page 108.

Lancement des négociations d'un traité contraignant relatif aux entreprises et aux droits humains

Joe Zhang

article 4



UN Photo by Jean-Marc Ferré

La séance inaugurale du Groupe de travail à composition non limitée pour l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises (STNAE) et les droits de l'homme (le Groupe de travail) marque le début d'un processus de négociation d'un traité contraignant relatif aux entreprises et aux droits humains.

La réunion a eu lieu quatre ans après que le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies ait adopté les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (les Principes directeurs), largement vantés comme norme internationale portant sur le lien entre les droits humains et les activités des entreprises. Les Principes directeurs prévoient un cadre reposant sur trois piliers : l'obligation de l'État de protéger les droits de l'homme, la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme et l'accès des victimes de violations où des entreprises sont en cause à des voies de recours. Pourtant, au cours des années, des préoccupations se sont élevées à l'égard du troisième pilier des Principes directeurs, notamment en lien avec les recours disponibles limités compte tenu de la nature volontaire de l'initiative. Dans ce contexte, l'Équateur et l'Afrique du Sud ont conjointement soumis une proposition au Conseil des droits de l'homme en vue d'élaborer un instrument contraignant pour répondre à ce problème, ce qui a conduit à l'adoption de la Résolution A/HRC/RES/26/9 (la Résolution)¹. Celle-ci établit le Groupe de travail et prévoit le programme de travail de ses deux premières séances, à savoir « la tenue de débats constructifs sur le contenu, la portée, la nature et la forme du futur instrument international en question ». Ces débats débuteront en même temps que les négociations sur le fond, lors de la troisième séance de travail.

Les progrès réalisés par le Groupe de travail lors de sa première séance sont prometteurs, notamment si l'on tient compte du fait que la Résolution elle-même n'a été adoptée qu'à une courte majorité du Conseil des droits de l'homme, principalement grâce au soutien des pays en développement². Bien que certains États aient refusé de participer au processus et que certains aient quitté la réunion en plein milieu, les États participants, les organisations internationales, les institutions nationales des droits de l'homme et un large éventail d'organisations de la société civile ont mené des débats constructifs et identifié plusieurs éléments essentiels du cadre de l'éventuel instrument.

Pourquoi négocier un traité contraignant ?

Les participants reconnaissent que la contribution des Principes directeurs dans le domaine des entreprises et des droits humains est indéniable. Mais dans le même

temps, leur mise en œuvre est fondamentalement limitée de par leur nature non-contraignante. Certains participants avançaient que lorsqu'un État s'engage à mettre en œuvre les recommandations qu'ils contiennent, ces engagements pourraient être reflétés dans un instrument juridique contraignant applicable aux niveaux national et international. Mais la plupart des participants s'accordaient à dire que pour combler les lacunes juridiques entre les recommandations des Principes directeurs et les prescriptions des droits nationaux et internationaux, il est à la fois nécessaire et logique, en prolongement des Principes directeurs, d'adopter une approche multilatérale et de développer un instrument international complémentaire contraignant. Certains participants ont par exemple suggéré, pour débiter, que l'instrument contraignant crée une responsabilité internationale pour les actions ou les omissions des États entraînant des violations causées par des entreprises.

Quel est le lien entre « les entreprises et les droits humains » et « la responsabilité sociale des entreprises » ?

Les participants ont remarqué que les concepts de « entreprises et droits de l'homme » (EDH) et de « responsabilité sociale des entreprises » (RSE) sont souvent confondus puisque les deux ont trait aux activités des entreprises. Pourtant, aux yeux de certains participants, ils sont fondamentalement différents : si la RSE est volontaire et de nature désintéressée, les droits humains ont eux force obligatoire et ne permettent pas de sélection. En outre, la RSE n'est, dans la plupart des cas, mise en œuvre que par le biais d'accords avec des parties externes – communautés locales, consommateurs, partenaires commerciaux, etc. En revanche, les obligations en matière de droits de l'homme ont une portée bien plus importante et s'appliquent aux entreprises dont le comportement affecte non seulement les individus extérieurs à l'entreprise mais aussi les relations intra-entreprises. De plus, le respect du droit international des droits de l'homme exige un suivi et une vérification – ce qui n'existe pas dans la plupart des entreprises, même dans celles indiquant mettre en œuvre la RSE. Bon nombre de participants ont opposé ce concept à celui des EDH, ce qui appuie la nécessité d'élaborer un traité contraignant : bien que les Principes directeurs ont fourni un bon point de départ pour le respect des droits de l'homme par les entreprises dans le cadre de leurs opérations, un instrument international juridiquement contraignant contribuerait à créer une égalité de traitement dans l'accès aux voies de recours des victimes de violations causées par des entreprises.

Quelles entreprises devraient être concernées ?

Le mandat du Groupe de travail circonscrit la portée de l'instrument futur aux sociétés transnationales et autres entreprises de nature internationale, et exclut expressément « les entreprises locales enregistrées aux termes de la législation interne pertinente »³. Selon certains, cela reflète le compromis consenti par les membres du Conseil des droits de l'homme pour l'adoption de la Résolution. Mais d'autres suggéraient que ce mandat n'était peut-être pas aussi restrictif qu'il n'y paraissait. D'abord, au niveau opérationnel, bon nombre d'activités commerciales sont à présent menées par différentes entreprises locales enregistrées aux termes de différentes législations nationales. Le fait d'exclure ces opérateurs enregistrés au niveau local de la portée de l'instrument proposé reviendrait clairement à annuler l'objectif d'un tel instrument ; il serait donc logique de conclure que ces entreprises locales seront également couvertes par l'instrument contraignant. En outre, la réalité actuelle des chaînes d'approvisionnement mondiales et la structure complexe des entreprises et des arrangements contractuels

fait que bon nombre d'entreprises ont des liens, de près ou de loin, avec l'international.

Afin de définir ces STNAE, c'est-à-dire les entreprises couvertes par l'instrument envisagé, certains ont suggéré que le Groupe de travail adopte quelques unes des approches adoptées dans le contexte du droit international de l'investissement. D'autres estimaient qu'un facteur important à prendre en compte était la capacité de l'entité considérée à influencer sur les prises de décisions sociopolitiques relatives à d'autres parties-prenantes. D'autres encore proposaient de tenir compte des impacts des opérations et activités de l'entité plutôt que de sa forme. Quoi qu'il en soit, les participants ont reconnu qu'il était difficile de définir les STNAE et qu'il faudrait y revenir dans le cadre des négociations.

Quels droits devraient être couverts ?

Les Nations Unies et ses membres ont toujours mis en avant la nature corrélative, interdépendante et indivisible des droits humains⁴. Et pourtant, certains se sont demandé pendant les débats si certains droits pouvaient être considérés comme plus importants que d'autres, ce qui pourrait justifier d'inclure dans l'instrument proposé certains droits et pas d'autres. Par exemple, la portée de l'instrument devrait-elle se limiter à certaines violations flagrantes et systématiques ou au contraire être étendue à toutes les violations des droits de l'homme ? Les participants ont semblé plus en faveur de la seconde approche plus inclusive. Une autre question plus importante, comme l'ont noté certains participants, consiste à définir les sanctions appropriées imposées à une entité en violation de certains droits humains spécifiques. Les participants se sont notamment demandé si l'instrument pouvait imposer des sanctions disciplinaires, administratives, civiles ou pénales pour ces violations ; quelles devraient être les règles pour les entités reconnues complices ou en collusion ; et si des particuliers pouvaient également être tenus responsables des violations commises par les entreprises. Ils se sont également demandé si un instrument juridiquement contraignant pouvait établir la suprématie du droit international des droits de l'homme sur d'autres domaines du droit international.

L'obligation de l'État de protéger : quelle est sa portée ?

Le premier pilier des Principes directeurs est l'obligation de l'État de protéger les droits humains. Les participants ont discuté pour savoir quelle était et quelle devrait être la portée de cette obligation.

Que devraient faire les États pour veiller à ce que les entreprises domiciliées sur leur territoire ne violent pas les droits humains à l'étranger ou n'y contribuent pas ? L'obligation de protéger les droits humains inclut-elle une obligation de diligence raisonnable proactive incombant à l'État ? Cette obligation exige-t-elle d'offrir un accès aux mécanismes judiciaires et non-judiciaires aux victimes dans le territoire de l'État où les entreprises sont domiciliées ? Toutes ces questions, soulevées lors de la première séance de travail devront être examinées plus en détail dans le cadre des négociations.

Les STNAE devraient-elles être tenues directement responsables au titre de l'instrument envisagé ?

Les participants ont reconnu que les entreprises doivent respecter les droits humains et devraient être tenues responsables des violations découlant de leurs actions ou omissions. Pourtant, il n'est pas encore clair si ces obligations devraient être appliquées par le biais des législations nationales, auquel cas l'instrument envisagé n'imposerait qu'à ses parties l'obligation de promulguer la législation nationale correspondante, ou si l'instrument contraignant devrait établir un système de responsabilité internationale pour les STNAE. Certains se sont dits préoccupés par la légitimité de l'imposition d'une responsabilité internationale aux entités

privées par le biais d'un instrument juridique international public, mais cet argument a ensuite été rejeté au vu des précédents, tels que la Convention du travail maritime, qui a clairement créé une responsabilité pour les propriétaires privés de navires au titre du droit international. Plusieurs participants ont également proposé la création d'un organe international permanent chargé de recevoir des plaintes portant sur des violations des droits de l'homme commises par des entreprises, et de les résoudre.

Quels sont les mécanismes nécessaires pour un accès effectif à des voies de recours significatives ?

Les participants se sont accordés à dire que l'accès effectif à des voies de recours significatives pour les victimes est un élément fondamental de l'instrument proposé. En fait, il s'agit à la fois du point de départ et de l'objectif ultime des négociations d'un tel instrument, et ce afin de compléter le troisième pilier des Principes directeurs. Mais la réalisation de cet objectif ne sera pas une mince affaire. Des études financées par les Nations Unies montrent que, dans de nombreuses situations, l'existence d'un système de recours judiciaires « fragmentaire, peu fiable, souvent inefficace et fragile » est le premier obstacle à la protection des droits humains⁵. Les participants ont reconnu le rôle essentiel de la coopération internationale qui, en plus des réformes juridiques nationales nécessaires, permettrait de surmonter ces difficultés. Certains ont suggéré que l'instrument à venir établisse un cadre institutionnel visant à faciliter les réformes juridiques nationales et à encourager cette coopération internationale entre les parties, notamment dans les domaines de l'exécution des sentences et du renforcement des compétences.

La route est encore longue mais promet d'être gratifiante

Comme certains participants l'ont noté dans leurs observations finales, ce processus intergouvernemental est complexe, délicat et difficile. Il faudra du temps pour que les parties réduisent les écarts et trouvent des dénominateurs communs, mais les résultats seront gratifiants et justifient ces efforts. Pour atteindre des résultats positifs, les participants reconnaissent que les efforts des seuls diplomates ne seront pas suffisants. La contribution des autres parties-prenantes, telles que les communautés, le secteur privé et les organisations de la société civile, est essentielle. Au terme de la première séance, le Groupe de travail s'est engagé à tenir des consultations informelles avec différentes parties-prenantes avant sa deuxième séance prévue pour 2016.

Auteurs

Joe Zhang est conseiller juridique au sein du Groupe droit et politique économique de l'IISD. L'auteur remercie Nathalie Bernasconi et Kinda Mohamadieh pour leurs observations et leurs suggestions.

Notes

1 Résolution 26/9 du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, Doc. N.U. A/HRC/RES/26/9 (14 juillet 2014). Tiré de http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=23680

2 La Résolution 26/9 du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a été adoptée par 20 voix contre 14, et 13 abstentions. Les résultats du vote sont les suivants :

Pour : Afrique du Sud, Algérie, Bénin, Burkina Faso, Chine, Congo, Côte d'Ivoire, Cuba, Éthiopie, Fédération de Russie, Inde, Indonésie, Kazakhstan, Kenya, Maroc, Namibie, Pakistan, Philippines, Venezuela (République bolivarienne du), Viet Nam.

Contre : Allemagne, Autriche, Estonie, États-Unis d'Amérique, France, Irlande, Italie, Japon, Monténégro, République de Corée, République tchèque, ancienne République yougoslave de Macédoine, Roumanie, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord.

Abstention : Arabie Saoudite, Argentine, Botswana, Brésil, Chili, Costa Rica, Émirats arabes unis, Gabon, Koweït, Maldives, Mexique, Pérou, Sierra Leone.

3 *Id.*, note 1.

4 Résolution 66/151 de l'Assemblée générale, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales : des droits universels, indissociables, interdépendants et intimement liés qui se renforcent mutuellement*, Doc. N.U. n°A/RES/66/151 (13 mars 2012). Tiré de <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/RES/66/151>

5 Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Rapport intérimaire sur les possibilités juridiques et les mesures pratiques susceptibles d'améliorer l'accès à des voies de recours pour les victimes de violations des droits de l'homme liées aux entreprises*, Doc. N.U. n° A/HRC/29/39, para. 3. Tiré de http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=24900

nouvelles en bref

Alfred de Zayas, l'expert indépendant des Nations Unies, recommande d'abolir le régime actuel du RDIE

Dans un rapport publié le 5 août 2015, l'Expert indépendant des Nations Unies pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable, Alfred-Maurice de Zayas, recommandait aux États d'abolir le système existant de règlement des différends investisseur-État (RDIE). Le texte complet de son rapport est contenu dans le **Document A/70/285**.

L'expert suggère de remplacer le régime de RDIE par un tribunal international des investissements, par le règlement entre États devant la Cour internationale de Justice, ou par une procédure devant les tribunaux nationaux dans le respect des normes de procédure régulière au titre du droit international des droits de l'homme. Les accords d'investissements existants devraient donc être modifiés en conséquence ou annulés.

Zayas recommande également de mener des évaluations d'impact sur les droits humains, la santé et l'environnement avant et après la conclusion d'accords d'investissement. En outre, il appelle les États à supprimer les crimes économiques, la spéculation bancaire ainsi que la corruption, et d'adopter une convention juridiquement contraignante sur la responsabilité sociale des entreprises.

La Commission européenne propose un système de tribunal d'investissement

Le 16 septembre 2015, la Commission européenne a **publié** sa **proposition** sur la protection des investissements, le règlement des différends et le système juridictionnel des investissements. Si elle concerne principalement les négociations d'un Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis, la proposition remplacerait le mécanisme de règlement des différends investisseur-État (RDIE) dans toutes les négociations actuelles et à venir de l'UE.

Le système serait composé d'un tribunal de première instance et d'une cour d'appel. Le texte contient d'autres éléments tels que la sauvegarde du droit des États à réglementer, des procédures transparentes, et des exigences de qualifications élevées pour les juges. Le système interdirait également la course aux tribunaux (forum shopping), les procédures parallèles et les recours triviaux. La Commission espère renforcer la confiance dans le système de règlement des différends en tenant compte dans sa proposition des observations formulées dans le cadre de la **consultation publique sur le RDIE**.

Après discussion avec le Conseil de l'Europe et le Parlement européen, la Commission présentera un projet de texte aux États-Unis. Elle s'est également engagée à travailler avec d'autres pays pour la création d'un tribunal international des investissements permanent visant à remplacer les mécanismes de RDIE dans les accords commerciaux et d'investissement, en Europe et au-delà.

Accord sur le Partenariat transpacifique

Le 5 octobre 2015, les ministres du Commerce ont atteint un accord sur le Partenariat transpacifique (PTP). L'accord commercial et d'investissement concerne 12 pays, et représente 40 % de l'économie mondiale : l'Australie, Brunei, le Canada, le Chili, les États-Unis, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam. Publié le 5 novembre, le texte est disponible sur <http://www.tpp.mfat.govt.nz/text>. Les listes des réductions tarifaires ont déjà été envoyées

pour des centaines de produits. Le cycle final des négociations s'est ouvert à Atlanta aux États-Unis le 30 septembre dernier et a mis l'accent sur des questions plus politiques. Les partenaires aux négociations ont finalement atteint un accord sur les questions relatives à certains secteurs, tels que les fabricants de médicaments biologiques, les producteurs laitiers et les constructeurs automobiles. Des normes minimales ont également été adoptées sur des questions d'environnement, de travail et de propriété intellectuelle, entre autres.

Comme l'annonçait ITN en mai, l'Australie avait indiqué dans l'un de ces textes que le mécanisme de règlement investisseur-État (RDIE) du PTP ne pourrait être utilisé par les investisseurs australiens ou contre l'Australie, sauf dans « certaines conditions ». Le texte semble avoir permis au ministre du Commerce et de l'Investissement d'Australie, **Andrew Robb** d'affirmer en toute confiance que « l'Australie pourra s'assurer que ses mesures de contrôle du tabac ne pourront jamais être contestées ».

Les négociations UE-États-Unis : le RDIE en attente et controverse autour d'une proposition de l'UE sur le chapitre du développement durable qui a fuité ; l'opacité entourant les négociations du TTIP reste préoccupante

Du 9 au 23 octobre 2015, les représentants de l'UE et des États-Unis ont mené le 11^{ème} cycle de négociations du TTIP à Miami, aux États-Unis. L'accord en cours de négociation depuis 2013 vise à libéraliser le commerce et l'investissement entre les deux parties, qui représentent 850 millions de personnes et plus de la moitié de l'économie mondiale.

Les négociateurs ont dit que des progrès notables avaient été réalisés à Miami, notamment pour concilier les positions respectives sur les tarifs douaniers et la coopération réglementaire. Les normes de protection des investissements n'ont pas encore été abordées. Les négociateurs des États-Unis insistent pour que l'accord inclue le mécanisme de RDIE, qui fait toujours l'objet de controverse dans le débat public, surtout en Europe. La proposition européenne relative à la création d'un tribunal d'investissement n'a pas encore été soumise aux négociateurs.

Le projet de texte de l'UE pour le chapitre sur le commerce et le développement durable a été publié le 23 octobre par **The Guardian**. Le quotidien critique le texte car il contient « des engagements libellés de manière vague et non contraignante » malgré **les promesses faites plus tôt par l'Union européenne** de « fixer un niveau élevé de protection de l'environnement et des droits des travailleurs ».

Par ailleurs, le secret entourant les négociations continue de préoccuper. La publication de tous les textes clé des négociations, y compris celles du TTIP, est l'un des piliers de la nouvelle stratégie de la Commission européenne, « **Le commerce pour tous : une politique de commerce et d'investissement plus responsable** » publiée en octobre 2015. Les politiciens européens attendent de la réciprocité de la part de leurs homologues étasuniens. Dans **un entretien du 28 septembre** dernier, le Secrétaire d'État français au Commerce extérieur, Matthias Fekl, menaçait de retirer la France des négociations du TTIP si les négociateurs des États-Unis ne faisaient pas preuve de plus de transparence.

Les deux parties intensifient le rythme des négociations. Les représentants des États-Unis insistent pour conclure l'accord avant la fin du mandat du Président Barack Obama en janvier 2017, tandis que les représentants européens pensent que cela devrait prendre plus de temps. Le prochain cycle de négociations est prévu pour février 2016.

sentences et décisions

Un tribunal du CIRDI rend une décision provisoire sur la demande reconventionnelle de l'Équateur dans le cadre d'un différend de longue haleine *Perenco Ecuador Limited c. la République d'Équateur, Affaire CIRDI n° ARB/08/6* **Matthew Levine**

Perenco Ecuador Limited (Perenco), une entreprise pétrolière et gazière française, et la République de l'Équateur s'affrontent dans un arbitrage depuis 2008 au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) France-Équateur et de certains contrats de concession. Un tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rendu une *décision provisoire sur la demande reconventionnelle relative à l'environnement* (décision provisoire).

La décision provisoire invite notamment les parties à régler les questions au cœur du différend. Le tribunal du CIRDI y critique les experts des deux parties et suggère aux parties de recourir à un expert nommé par le tribunal. Le tribunal a refusé de se prononcer immédiatement sur les points soulevés dans la demande reconventionnelle, indiquant sa volonté de le faire plus tard, dans le cadre de la décision finale.

Le contexte

Perenco a été constitué au titre du droit bahaméen. Une participation majoritaire est indirectement détenue par les successeurs de feu Hubert Perrodo, un Français. Perenco et Burlington Resources, une entreprise pétrolière et gazière basée au Texas rachetée par la suite par le géant international ConocoPhillips, ont investi dans l'exploitation de deux blocs d'hydrocarbures par le biais de contrats de participation de droit équatorien.

Après un changement de gouvernement en Équateur, Perenco a été soumis à des taxes exceptionnelles progressives de 50 et 99 pour cent. Suite à l'imposition de la deuxième tranche, l'entreprise pétrolière nationale d'Équateur, Petroecuador, a pris le contrôle des deux blocs. En avril 2008, Perenco a déposé une demande d'arbitrage auprès du CIRDI contre l'Équateur et contre Petroecuador. Le contre-mémoire de l'Équateur, daté de décembre 2011, alléguait que les activités de Perenco avaient provoqué d'importants dommages environnementaux (demande reconventionnelle relative à l'environnement) et équivalaient au défaut de maintenance adéquate de l'infrastructure des blocs dans de bonnes conditions de fonctionnement (demande reconventionnelle relative à l'infrastructure).

Dans une décision de septembre 2014 sur les questions en suspens relatives à la compétence et à la responsabilité, le tribunal confirmait sa décision précédente sur la compétence au titre du TBI et des contrats de participation. Il déterminait également que l'Équateur devait indemniser Perenco au titre de ces instruments juridiques.

La décision de 2014 précisait que les parties s'étaient convenues d'un délai pour le dépôt des mémoires, distinct de l'audience pour les demandes reconventionnelles de l'Équateur. L'Équateur alléguait

que Perenco avait laissé derrière elle une catastrophe environnementale et demandait une compensation d'environ 2,5 milliards USD pour les opérations requises de réhabilitation environnementale. Perenco arguait que sa responsabilité en la matière n'excédait pas 10 millions USD. Le tribunal a maintenant rendu une décision provisoire.

Les experts des parties n'avaient pas les mêmes objectifs

Après examen des pièces, le tribunal nota avec satisfaction que Perenco reconnaissait sa responsabilité pour au moins une partie de la pollution. Néanmoins il remarqua également que chacun des témoins experts des parties « essayaient d'obtenir le meilleur résultat pour la partie dont ils recevaient les instructions et franchissaient la frontière entre l'analyse professionnelle objective et la représentation des parties ». Ils n'avaient « dans les faits pas le même objectif ce qui rendait le travail de ce tribunal fort compliqué » (para. 581).

Dans ce contexte, le tribunal détermina que la seule solution équitable s'agissant des problèmes de pollution consistait à demander à un autre expert d'examiner les échantillons existants ; si les problèmes étaient jugés suffisamment graves pour exiger une réhabilitation au vu des circonstances pertinentes, Perenco, son prédécesseur Petroamazonas, ou les deux pourraient être tenus responsables *prima facie* des coûts de réhabilitation. Ce n'est que lorsque que cette procédure et d'autres seraient finalisées que les parties seraient en mesure de trouver un règlement négocié ou que le tribunal pourrait rendre une décision finale sur les dommages dus par Perenco à l'Équateur.

La responsabilité pour faute est applicable pendant la période initiale d'investissement

Après avoir examiné les mémoires écrits et oraux des parties, ainsi que les pièces présentées par les experts, le tribunal arriva à une série de conclusions quant à la demande reconventionnelle et à la situation du différend.

S'agissant de la pollution supérieure aux normes et survenue entre le 4 septembre 2002 (lorsque Perenco a acquis les droits des blocs) et le 19 octobre 2008 (lorsque la Constitution actuelle de l'Équateur a été promulguée), le tribunal détermina qu'un régime fondé sur la faute devait être appliqué. Cependant, la responsabilité pour la pollution excessive survenue après le 20 octobre 2008 devait être évaluée sur la base de la responsabilité absolue, conformément aux dispositions de la Constitution de 2008 relatives aux dégâts environnementaux.

Le tribunal définit la relation entre les réglementations environnementales et les « valeurs générales »

Le tribunal a examiné la relation entre la Constitution de 2008 et les réglementations environnementales nationales, première des deux questions majeures dont la résolution permettra de réduire les besoins d'analyse postérieurs. Il détermina que la Constitution de 2008 était le cadre juridique suprême de l'État dans lequel s'inscrivaient les autres réglementations spécifiques aux hydrocarbures.

L'Équateur avait affirmé que son régime réglementaire relatif aux hydrocarbures devait céder la place aux « valeurs générales » prévues par la Constitution, telle que l'entière réparation de la pollution. Après un examen attentif des arguments et des preuves, le tribunal détermina qu'il ne pouvait accepter cet argument. Si rien n'empêchait l'Équateur de promulguer des réglementations soumettant les opérateurs pétroliers à des normes environnementales plus strictes, la seule Constitution de 2008 ne remplaçait pas de telles réglementations.

Pour le principe, le tribunal chercha également à déterminer si les dispositions de la Constitution de 2008 relative à la responsabilité absolue pouvaient s'appliquer aux activités menées par Perenco avant 2008. Jugeant que la Constitution de 2008 ne pouvait en elle-même établir de normes techniques, le tribunal détermina qu'il devait étudier les réglementations spécifiques promulguées par le gouvernement avant et après 2008.

Le tribunal réserve sa décision sur la demande reconventionnelle relative à l'infrastructure

Finalement, le tribunal nota qu'il était opportun et constructif de rendre d'abord sa décision sur la demande reconventionnelle relative à l'environnement afin qu'un nouvel expert puisse être choisi, nommé et mandaté, et enfin qu'il puisse commencer à travailler. Le tribunal souligna en outre qu'il pourrait certainement tirer parti des pièces présentées plus tard portant sur les opérations de Perenco. Il choisit donc d'examiner la demande reconventionnelle relative à l'infrastructure plus tard au moment de déterminer le montant des dommages et intérêts.

Remarques : Le tribunal était composé du Juge Peter Tomka (président, nommé par le président du conseil administratif du CIRDI, de nationalité slovaque), de Neil Kaplan (nommé par le demandeur, de nationalité britannique) et de Christopher Thomas (nommé par le défendeur, de nationalité canadienne). La *décision provisoire sur la demande reconventionnelle relative à l'environnement* du 11 août 2015 est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6315.pdf>

La première affaire CIRDI présentée par des investisseurs de la Chine continentale est rejetée pour une question de compétence

Ping An Life Insurance Company of China, Limited et Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited c. le Royaume de Belgique, Affaire CIRDI n° ARB/12/29 Joe Zhang

Dans une décision datée du 30 avril 2015, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rejeté ce qui est considéré comme la première affaire présentée au CIRDI par des investisseurs de la Chine continentale.

Le contexte

En 2007, les demandeurs – deux géants chinois de l'assurance – sont conjointement devenus le premier

actionnaire du groupe Fortis, un groupe bancaire et d'assurances international, régi par les autorités belges, néerlandaises et luxembourgeoises. Après la crise financière de 2008, Fortis a connu d'importantes difficultés en termes de liquidités. Afin de sauver Fortis, le gouvernement belge a pris une série de mesures qui a entraîné la nationalisation de la filiale belge du groupe. Cette restructuration a entraîné une dilution des intérêts des actionnaires (notamment des demandeurs) de Fortis. Comme les mesures n'ont pas suffi à sauver Fortis, la Belgique a vendu, début 2009, la filiale belge à BNP Paribas, ce qui aurait entraîné la perte pour les demandeurs de la majeure partie de leur investissement dans le groupe Fortis.

Deux TBI

L'affaire se fondait sur deux traités bilatéraux d'investissement (TBI) : le TBI de 1986 signé entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise (UEBL) et la Chine, et le TBI de 2009 UEBL-Chine qui remplace le précédent. Ces deux traités contiennent des obligations matérielles de protection et de traitement équitable, et précisent les conditions de l'expropriation et de la nationalisation. Toutefois, les dispositions relatives au règlement des différends contenues dans le TBI de 1986 étaient bien plus restrictives que celles du TBI de 2009. En l'occurrence le TBI de 1986 octroie la compétence exclusive sur « tous les différends » à l'échelon national ; l'arbitrage international ne peut être invoqué qu'en vue de déterminer le montant de l'indemnisation en cas d'expropriation. En comparaison, le TBI de 2009 contient une clause de règlement des différends bien plus large, qui prévoit que l'investisseur peut choisir de soumettre tout différend juridique l'opposant à un État à l'arbitrage international du CIRDI.

“ Le tribunal a reconnu que certains différends, y compris celui-ci, « peuvent se retrouver dans un 'trou noir' ou dans un 'vide arbitral' entre les deux TBI ». ”

En octobre 2009, deux mois avant l'entrée en vigueur du TBI de 2009, les demandeurs ont envoyé leur notification de demande d'arbitrage aux autorités belges faisant référence au TBI de 1986. En 2012, les demandeurs ont contacté le gouvernement belge pour confirmer que le courrier daté d'octobre 2009 constituait une notification de demande d'arbitrage au titre du TBI de 2009, et ont ensuite présenté une requête formelle d'arbitrage auprès du CIRDI sur la base de la clause d'arbitrage du TBI de 2009. En revanche, le fond du recours se basait intégralement sur les obligations matérielles du TBI de 1986 et sur les principes généraux du droit international.

Les débats

La Belgique a présenté un total de cinq objections à

la compétence. Après s'être prononcé en faveur de la Belgique sur la première objection, *ratione temporis*, le tribunal n'a pas examiné les quatre objections restantes.

La Belgique arguait que le différend était survenu avant l'entrée en vigueur du TBI de 2009, qui ne couvrait que les violations de ce traité ou d'autres traités existants, et qui n'incluait pas les obligations découlant du TBI de 1986 ni les principes généraux du droit international sur lesquels les demandeurs avaient fondé leur recours.

Après examen des décisions et sentences précédentes rendues par les tribunaux internationaux quant au principe de non-rétroactivité dans le droit international, le tribunal a remarqué que ce principe n'était pas pertinent en l'espèce puisque « l'application temporelle des dispositions relatives à la compétence [était] une question distincte de celle de la rétroactivité des dispositions matérielles » (para. 186) ; et que « l'application d'un nouveau mécanisme de règlement des différends aux actes éventuellement illicites au moment où ils ont été commis ne [constituait] pas en soi une application rétroactive du droit » (para. 218).

Le tribunal s'est ensuite attaché à interpréter la clause d'arbitrage du TBI de 2009, notamment pour déterminer si celle-ci couvrait les différends notifiés avant l'entrée en vigueur du TBI mais qui ne faisaient toutefois pas l'objet d'une procédure judiciaire ou arbitrale formelle avant l'entrée en vigueur du TBI. S'appuyant sur les six indicateurs suivants, le tribunal a finalement déterminé que les parties au traité n'avaient pas l'intention que le TBI de 2009 s'applique à ces différends.

Le tribunal a examiné en premier lieu le « sens ordinaire » des dispositions relatives à l'arbitrage du TBI de 2009 et détermina qu'elles faisaient référence aux différends à venir plutôt qu'aux différends déjà soulevés, puisque le libellé du TBI de 2009 précise : « [I]orsqu'un différend *survient* [...] l'une ou l'autre des parties au différend *notifie* [...] » et non pas « *est survenu* » ou « *aura notifié* » (para. 224).

Ensuite, le tribunal détermina qu'aucun élément du préambule du TBI de 2009 ne pouvait étayer la position des demandeurs, et se refusa d'y remédier en procédant à une interprétation créative.

Troisièmement, le tribunal remarqua que le TBI de 2009 couvrait expressément les investissements réalisés avant son entrée en vigueur mais pas les différends survenus avant cette date.

Quatrièmement, bien que le TBI de 2009 précisait clairement qu'il ne couvrait pas les différends faisant déjà l'objet d'une procédure judiciaire ou arbitrale avant son entrée en vigueur, le tribunal rejeta l'argument des demandeurs selon lequel l'on pouvait en déduire que les différends survenus antérieurement déjà notifiés mais ne faisant pas l'objet d'une procédure judiciaire ou arbitrale seraient couverts.

Cinquièmement, le fait que le TBI de 2009 substituait et remplaçait celui de 1986 ne permettait pas de déduire que les différends « notifié mais pas entamés » survivraient au titre du TBI de 2009.

Finalement, le tribunal étudia les effets éventuels découlant du fait d'autoriser le recours, et se dit préoccupé par le fait que les demandeurs recevraient alors accès à un mécanisme de règlement des différends beaucoup plus large par la seule entrée en vigueur en 2009 du TBI, sans le consentement express des parties contractantes.

Les décisions finales

Reconnaissant que malheureusement certains différends, y compris celui-ci, « peuvent se retrouver dans un 'trou noir' ou dans un 'vide arbitral' entre les deux TBI » (para. 207), le tribunal a toutefois déterminé qu'aucun des éléments du TBI de 2009 ne justifiait d'étendre sa couverture au règlement de ces différends. Il n'a toutefois pas écarté la possibilité pour les demandeurs de chercher d'autres voies de recours, notamment en lançant une nouvelle demande (investisseur-État ou entre États) au titre du TBI de 1986 par le biais de sa clause de survie, ou de lancer une procédure devant les tribunaux belges.

Le tribunal ordonna aux parties de partager les frais du tribunal et du CIRDI, et de payer chacune ses propres frais de représentation.

Remarques : Le tribunal était composé de Lord (Lawrence) Collins de Mapesburty (président nommé sur accord des coarbitres, de nationalité britannique), de David A.R. Williams (nommé par les demandeurs, de nationalité néozélandaise), et de Philippe Sands (nommé par le défendeur, de nationalité franco-britannique). La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4285.pdf>.

Un tribunal adopte largement les conclusions d'un expert indépendant sur les pertes pour adjuger 405 millions USD aux précédents propriétaires d'une entreprise argentine de services publics

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. la République d'Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/17 ; et AWG Group Ltd. c. la République d'Argentine, CNUDCI Marquita Davis

Dans une décision conjointe du CIRDI et de la CNUDCI datée du 9 avril 2015, un tribunal a adjugé à l'unanimité aux demandeurs Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (AGBAR), Vivendi Universal S.A. (Vivendi), et AWG Group Ltd (AWG) un total de 405 millions USD pour la violation par l'Argentine de son obligation de traitement juste et équitable pendant la crise financière de 2001.

Le contexte et les recours

Les demandeurs détenaient et géraient l'entreprise argentine Aguas Argentinas S.A. (AASA), qui bénéficiait d'un contrat de concession de 30 ans avec le gouvernement argentin pour la fourniture de services publics d'eau et d'assainissement. Dans sa décision de 2010 sur la responsabilité, le tribunal avait jugé que les mesures d'urgence prises par l'Argentine pendant sa crise financière de 2001 avaient entraîné la faillite d'AASA ; il avait à l'époque

reporté l'évaluation complexe des pertes encourues par les demandeurs.

Les demandeurs prétendaient au départ avoir subi des pertes à hauteur d'un milliard USD, et souhaitaient des dommages en lien avec le paiement d'un emprunt contracté auprès d'organismes de prêts multilatéraux, la perte de participations dans AASA, des frais de gestion non payés et des dividendes impayés. L'Argentine arguait quant à elle que les pertes des demandeurs étaient nulles puisqu'AASA allait être en faillite pour d'autres raisons sans lien avec les mesures argentines.

La double indemnisation est rejetée par le tribunal

L'Argentine arguait également qu'il existait un risque de double indemnisation, puisqu'AASA réclamait 2 487 600 000 ARS (environ 260 millions USD) devant les tribunaux argentins. Le tribunal détermina qu'aucune double indemnisation n'avait eu lieu puisque le tribunal argentin n'avait accordé aucune indemnisation à AASA à la date de la décision.

La norme d'indemnisation dans le droit international : l'indemnisation totale

Sur la base des trois Traités bilatéraux d'investissement (TBI) applicables en l'espèce (les TBI France-Argentine, Espagne-Argentine et Royaume-Uni-Argentine), le tribunal détermina que la norme juridique devant être utilisée pour définir l'indemnisation pour la violation par l'Argentine des traités se trouvait dans les principes du droit international. Et comme les parties n'étaient pas d'accord quant aux principes du droit international devant s'appliquer, le tribunal décida de puiser dans le droit international coutumier.

Le tribunal soutint que le non respect par l'Argentine du TJE au titre des traités applicables constituait des faits internationalement illicites. L'Argentine était donc tenue d'indemniser les demandeurs pour les pertes subies du fait de ce non respect de ses obligations internationales et de « mettre les demandeurs dans la situation dans laquelle, selon toute probabilité, ils se seraient trouvés si l'Argentine n'avait pas commis ces faits illicites » (para. 27). Le tribunal examina l'affaire *Chorzów Factory* afin de déterminer que l'indemnisation intégrale (*restitution in integrum*) était la norme du droit international coutumier appropriée.

Les dommages sont évalués par un expert financier indépendant

Après avoir reçu les contributions des deux parties, le tribunal a nommé un expert financier indépendant, M. Akash Deep, pour évaluer les dommages. Chacune des parties a pu présenter au tribunal des observations sur le rapport préliminaire de M. Deep. Lors d'une audience postérieure, les parties ont pu interroger M. Deep et présenter des experts financiers témoignant en leurs noms.

Afin de déterminer la valeur de l'investissement, le tribunal a demandé à M. Deep de d'abord déterminer

sa valeur *sans* les mesures prises par l'Argentine, puis de calculer sa valeur *avec* les mesures prises par l'Argentine, et finalement de soustraire la seconde valeur de la première et d'actualiser la différence avec un taux d'intérêts approprié afin de mettre les demandeurs dans la position dans laquelle ils auraient été si l'Argentine n'avait pas violé son obligation TJE. M. Deep créa un modèle économique du fonctionnement d'AASA prenant en compte plusieurs facteurs, notamment les conditions économiques, les conditions de travail, les coûts de fonctionnement et l'évolution technologique, qui auraient eu des effets sur la rentabilité de la concession d'AASA.

Le tribunal reconnu que l'évaluation des pertes subies par les demandeurs serait imprécise, mais affirma que le droit international n'exige pas que les dommages soient calculés de manière absolument certaine. Ce calcul doit simplement mettre les demandeurs dans la position qu'ils auraient eu « *selon toute probabilité* » (para. 30) si l'Argentine n'avait pas enfreint ses obligations.

La période d'évaluation : de la date de la violation jusqu'à la date d'expiration du contrat de concession

L'Argentine argua que la période d'évaluation devait courir de 2002 (lorsque la violation a eu lieu) jusqu'en 2006 (lorsque la concession a été rompue). Toutefois, le tribunal se rangea du côté des demandeurs et de M. Deep et conclut que la période d'évaluation devait courir jusqu'en 2023, date d'expiration de la concession au titre du contrat ; sinon cela entraînerait une « sous-évaluation majeure » des pertes subies par les demandeurs.

L'indemnisation des montants versés pour payer les garanties d'emprunts

Les quatre demandeurs se virent octroyer une indemnisation de 360 987 923 USD pour les montants payés aux organismes de prêts multilatéraux en vue de rembourser les garanties d'emprunt, y compris les intérêts composés. Le tribunal conclut que l'intérêt composé était plus effectif que l'intérêt simple pour remettre les demandeurs dans la position qu'ils « *auraient actuellement* si la violation n'avait pas eu lieu » (para. 65). Il fit également référence aux tribunaux internationaux qui ont appliqué l'intérêt composé pour le calcul des dommages et aux pratiques financières et commerciales normales qui appliquent l'intérêt composé à l'heure de calculer les pertes.

Le tribunal a également rejeté l'argument de l'Argentine selon lequel les demandeurs auraient du faire face au risque lié à leur choix de financer AASA avec des prêts libellés en dollars plutôt qu'en pesos. Le tribunal conclut plutôt que le fait qu'un investissement présente un risque ne signifie pas qu'il n'est pas protégé par un traité pertinent ou par le droit international coutumier applicable. Le tribunal a également accordé aux demandeurs 10,4 millions USD pour les amendes encourues par AASA et impayées.

Indemnisation pour frais de gestion

Le demandeur Suez a reçu 26 084 421 USD pour

frais de gestion impayés au titre du contrat de gestion avec AASA pour les années 2018 à 2023 ; M. Deep détermina que pendant cette période, le demandeur aurait eu une trésorerie suffisante pour payer les frais de gestion si l'Argentine avait accordé à AASA un traitement juste et équitable. L'Argentine s'opposait à l'octroi de frais de gestion car elle considérait qu'ils découlaient d'un accord commercial, qui ne représente pas un investissement couvert par les TBI pertinents ; aussi, selon l'Argentine, les recours au titre du contrat ne relevaient pas de la compétence du tribunal. Le tribunal détermina que le contrat de gestion n'était pas un accord commercial ordinaire puisque le contrat de concession exigeait qu'« au moins l'un des investisseurs majeurs soit opérateur de la concession » (para. 75).

Le tribunal refusa toutefois d'accorder à Suez les frais de gestion gagnés mais impayés pour les années avant 2001, lorsque l'Argentine a promulgué les mesures d'urgence. Selon le tribunal, le gouvernement argentin n'était pas responsable du non-paiement de ces frais de gestion, et un régulateur raisonnable faisant face à des circonstances difficiles pendant une crise financière n'aurait pas fait ce paiement.

Indemnisation pour les participations perdues dans AASA

Les demandeurs reçurent 17 466 706 USD pour les participations perdues dans AASA selon les calculs de M. Deep, qui a fait une moyenne des résultats produits par deux méthodes de calcul : la méthode de la valeur actualisée ajustée et la méthode des flux de trésorerie disponibles. Le tribunal n'a pas accordé aux demandeurs le montant des dividendes impayés parce qu'il considérait qu'ils étaient inclus dans la valeur des participations des actionnaires d'AASA.

Les coûts

Les coûts des affaires traitées par la CNUDCI et le CIRDI ont été définis séparément.

Au titre du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les coûts sont normalement à la charge de la partie qui succombe, mais le tribunal a toute discrétion pour tenir compte de facteurs spécifiques à l'heure de répartir les coûts. Puisque cette affaire impliquait « bon nombre de nouvelles questions complexes de fait et de droit » (para. 113), les demandeurs n'avaient eu gain de cause que sur l'un des recours (TJE), et ils avaient obtenu bien moins que prévu, le tribunal décida donc qu'il était approprié de s'éloigner du principe général consistant à condamner aux dépens la partie succombante. Il ordonna à AWG et à l'Argentine de payer chacune leurs propres frais juridiques et de se partager les coûts de l'arbitrage.

Au titre du CIRDI, les demandeurs Suez, Vivendi, et AGBAR, et le défendeur – l'Argentine – ont également été chargés de payer leurs propres frais et de partager les coûts de l'arbitrage, pour les raisons citées précédemment.

Les demandeurs se sont engagés à ne pas chercher à obtenir une double indemnisation pour les pertes

perdues et indemnisées par cet arbitrage.

Remarque : Le tribunal était composé de Jeswald W. Salacuse (Président nommé par le CIRDI, des États-Unis), de Gabrielle Kaufmann-Kohler (nommée par les demandeurs, de Suisse), et de Pedro Nikken (nommé par le défendeur, du Venezuela). La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf>. La Décision de 2010 sur la responsabilité est disponible sur <http://www.italaw.com/documents/SuezVivendiAWGDecisiononLiability.pdf>

Energorynok n'avait pas la propriété ou le contrôle des activités économiques relatives à l'énergie ; le recours contre la Moldavie au titre du TCE est rejeté *La société d'État Energorynok (Ukraine) c. la République de Moldavie, Arbitrage V CCS (2012/175)* **Martin Dietrich Brauch**

Une décision du 29 janvier 2015 rendue par un tribunal de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm a été rendue publique récemment. Ce tribunal y rejetait les recours de l'entreprise d'État ukrainienne Energorynok contre la Moldavie au titre du Traité sur la Charte de l'énergie pour défaut de compétence.

Le contexte et les recours

En février 1995, les ministères à l'Énergie de l'Ukraine et de la Moldavie conclurent un Accord sur l'exploitation parallèle des systèmes d'énergie de l'Ukraine et de la Moldavie (AEP), en en confiant la performance à deux entreprises d'État : Ukrenerg pour l'Ukraine et Moldtranselectro pour la Moldavie.

En octobre 1998, un excédant d'électricité de 50 000 000 kWh a été enregistré de l'Ukraine vers la Moldavie, obligeant cette dernière, au titre de l'AEP, à indemniser l'Ukraine à hauteur de 1 662 297,81 USD. Le crédit de l'Ukraine découlant de cet excédant a été transféré d'Ukrenerg au demandeur, l'entreprise d'État ukrainienne Energorynok, créée en mai 2000.

Après avoir essayé sans succès pendant cinq ans d'obtenir le paiement de la part de Moldtranselectro, Energorynok a lancé des poursuites contre le ministère de l'Énergie moldave en 2002. Ces poursuites se sont soldées sur une décision rendue le 25 décembre 2002 par le tribunal économique de Kiev ordonnant au ministère de l'Énergie moldave de payer 1 745 412,71 USD plus les frais juridiques à Energorynok.

N'arrivant pas non plus à obtenir l'exécution de la décision de 2002, Energorynok a lancé un arbitrage contre la Moldavie au titre du TCE en décembre 2012. L'entreprise arguait notamment que l'indemnisation découlant de la décision de 2002 était un investissement au titre du TCE et que, en n'exécutant pas cette décision, la Moldavie avait exproprié l'investissement d'Energorynok et violé la norme de traitement juste et équitable au titre du TCE. Elle réclamait le paiement du montant fixé dans la décision de 2002, plus les intérêts, ainsi que des frais d'arbitrage et de représentation.

La Moldavie conteste la compétence du tribunal ; Energorynok insiste sur le fait qu'elle dispose d'un investissement au titre du TCE

Selon le tribunal, la Moldavie s'opposait à la compétence du tribunal arguant que la décision du tribunal de Kiev de 2002 avait été « obtenue de manière illégale et frauduleuse » et qu'elle ne méritait donc pas d'être protégée au titre du TCE, et que, même si ce n'était pas le cas, Energorynok ne répondait pas aux critères autorisant la formulation d'un recours au titre du TCE (para. 77).

Le tribunal considéra que l'analyse de l'argument selon lequel la décision de 2002 avait été obtenue de manière illégale et frauduleuse relevait de l'examen au fond. Laissant cette question de côté, il s'attacha à évaluer sa compétence, en examinant si Energorynok disposait d'un « investissement » au titre du TCE.

Se fondant sur la définition de l'investissement au titre de l'article 1(6) du TCE, Energorynok arguait que son investissement était une créance liquide ou un droit à l'indemnisation de l'excédant, et que cette demande ou ce droit était un actif relatif à l'énergie doté d'une valeur économique. Le demandeur s'appuya sur l'affaire *Petrobart c. la République Kirghize*, qui conclut qu'un contrat, la décision d'un tribunal et une créance liquide en lien avec la vente d'un condensat de gaz étaient des « investissements » au titre du TCE.

“ Pour que la créance liquide soit reconnue comme un « investissement » au titre de l'article 1(6)(c) de l'AEP, l'investisseur doit également détenir, contrôler ou avoir un intérêt financier dans « l'investissement » (l'activité économique relative à l'énergie) sur lequel porte la créance. ”

Le tribunal examine les affaires Petrobart et Electrabel afin de préciser la définition circulaire de « l'investissement »

Pour déterminer si Energorynok disposait d'un investissement, le tribunal examina principalement les affaires *Petrobart* et *Electrabel c. la Hongrie*, une autre affaire au titre du TCE. Les deux tribunaux remarquaient que le libellé de l'article 1(6)(c) du TCE était peu clair et ambigu. En faisant référence aux « créances liquides ou aux droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement », la disposition définit l'investissement en ayant recours à une référence à l'investissement, définition circulaire qui pose des problèmes de logique.

Le tribunal de l'affaire *Petrobart* concluait que, puisque le condensat de gaz vendu était un matériau énergétique qualifié d'« investissement », le droit du demandeur à être payé pour le condensat de gaz était également couvert par la définition de l'« investissement ». Le tribunal de l'affaire *Electrabel* indiquait lui que l'interprétation de l'article 1(6)(c) du TCE dépendait de l'évaluation globale de l'investissement.

Energorynok ne parvient pas à démontrer qu'elle détient ou contrôle les activités économiques relatives à l'énergie

Appliquant ces interprétations à cette affaire, le tribunal nota qu'à la différence de l'affaire *Electrabel*, le demandeur « n'était pas actionnaire d'une entité directement ou indirectement impliquée dans les activités économiques sous-jacentes ». Il indiqua en outre que contrairement à l'affaire *Petrobart*, Energorynok n'avait pas le « plein contrôle sur ses propres ventes et livraisons » et n'était pas « pleinement partie au contrat de vente et de livraison » (para. 86).

Le tribunal abonda dans le sens d'Energorynok indiquant que « l'article 1(6) du TCE exige de l'investisseur qu'il détienne ou contrôle l'actif » (para. 89). Pourtant, le tribunal interpréta que, pour que la créance liquide soit reconnue comme un « investissement » au titre de l'article 1(6)(c), l'investisseur devait également détenir, contrôler ou avoir un intérêt financier dans « l'investissement » sur lequel porte la créance, c'est-à-dire les activités économiques relatives à l'énergie au sujet desquelles le recours est formulé.

Indiquant qu'Energorynok n'était pas partie à l'AEP, et donc qu'elle n'avait aucun droit, obligation ou rôle au titre de l'AEP, le tribunal détermina que même s'il détenait ou contrôlait une créance liquide, le demandeur n'avait pas la propriété, le contrôle ou d'intérêts dans l'« investissement » sur lequel portait la créance liquide – l'approvisionnement d'électricité en Moldavie. Aussi, le tribunal jugea que la créance liquide d'Energorynok ne constituait pas un « investissement » au titre du TCE, et rejeta l'affaire pour défaut de compétence.

Les parties furent condamnées à se partager les coûts de l'arbitrage et à payer chacune leurs propres frais de représentation juridique.

Remarque : Le tribunal CCS était composé de Nancy B. Turck (Présidente nommée par l'Institut d'arbitrage de la CCS), de Joseph Tirado (nommé par le demandeur), et de Rolf Knieper (nommé par le défendeur). La décision est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6299.pdf>

Auteurs

Martin Dietrich Brauch est conseiller en droit international et travaille au Brésil pour le programme Investissement étranger et développement durable à l'IISD.

Marquita Davis est « Geneva International Fellow » de la Faculté de droit de l'Université de Michigan et contributrice du programme Investissement étranger et développement durable de l'IISD.

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

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

ressources et évènements

Ressources

Le droit des traités d'investissement

Par Jeswald Salacuse, publié par Oxford University Press, juillet 2015

Cet ouvrage examine le droit des traités d'investissement internationaux, notamment le lien entre ses origines, sa structure, son contenu et ses effets, ainsi que les conséquences de ces traités sur les investisseurs et les investissements internationaux, et sur les gouvernements qui y sont parties. Depuis la publication de la première édition en 2010, ce domaine du droit s'est beaucoup développé mais a également fait l'objet de nombreuses controverses. L'année 2011 a connu le plus grand nombre de nouvelles affaires d'arbitrage au titre d'un traité d'investissement ; en juillet 2014, l'affaire *Yukos v. Russie* représentait une sentence record de plus de 50 milliards USD. La controverse touche principalement le règlement des différends investisseur-État, dans le cadre duquel au moins 98 États ont jusqu'à présent été défendeur. Salacuse relate ces développements, étudie la croissance notable du nombre de traités, les tendances qui ont suivies, et leurs effets sur le contenu et l'évolution du droit. Cette nouvelle édition inclut un chapitre supplémentaire sur les conséquences des violations des traités et sur le calcul des dommages et intérêts dans les différends investisseur-État. Elle présente également tous les traités et accords de libre-échange négociés depuis la première édition, et analyse les tendances dans la négociation des traités. Disponible sur <https://global.oup.com/academic/product/the-law-of-investment-treaties-9780198703976>.

Le financement de l'agriculture : comment stimuler les opportunités dans les pays en développement

Par Marina Ruete, publié par l'Institut international pour le développement durable, septembre 2015

Cette note politique examine les besoins financiers du secteur agricole dans les pays en développement, et les instruments disponibles pour répondre à ces besoins. Elle étudie les défis liés au financement des investissements agricoles, le rôle des différents acteurs, et les possibilités qu'ont les gouvernements pour renforcer l'environnement juridique et politique du système financier en vue de soutenir le développement agricole. La note avance que le financement réussi de l'agriculture exige une combinaison de lois adéquates, un secteur financier spécialisé et des petites et grandes exploitations et entreprises rentables dans le secteur. Le gouvernement peut quant à lui jouer un rôle proactif et promouvoir ou sensibiliser les parties prenantes aux lois et réglementations et aux instruments financiers. En outre, les réglementations et les programmes visant à attirer les sources de financement doivent être réalistes quant aux caractéristiques du secteur, et à la viabilité et au taux de retour. Finalement, les réglementations financières doivent aller au-delà du simple développement économique, et s'intéresser aussi à la sécurité alimentaire, la réduction de la pauvreté et l'intégration des groupes marginalisés, entre autres. Disponible sur <https://www.iisd.org/publications/financing-agriculture-how-boost-opportunities-developing-countries>.

La proportionnalité et la déférence dans l'arbitrage investisseur-État : trouver l'équilibre entre la protection de l'investissement et l'autonomie réglementaire

Par Caroline Henckels, publié par Cambridge University Press, octobre 2015

Cette étude examine la manière dont les tribunaux d'investissement ont équilibré les intérêts des pays hôtes et ceux des investisseurs étrangers à l'heure d'évaluer la responsabilité de l'État dans les différends portant sur l'exercice du pouvoir public. Elle propose une nouvelle méthodologie, combinant l'analyse de la proportionnalité à une approche institutionnelle de la norme d'examen, afin de mener vers des décisions plus cohérentes et une plus grande certitude juridique, dans le but de préserver l'autonomie réglementaire des États. Disponible sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/public-international-law/proportionality-and-deference-investor-state-arbitration-balancing-investment-protection-and-regulatory-autonomy>.

L'almanach du droit et des politiques internationales en matière d'investissement 2013-2014

Par Andrea K. Bjorklund, publié par Oxford University Press, septembre 2015

Cette publication annuelle offre un aperçu des tendances récentes et des principaux problèmes du droit et des politiques internationales en matière d'investissement. Elle couvre divers sujets tels que la proportionnalité, les normes d'examen dans l'arbitrage en matière d'investissement, les attentes légitimes, la protection de l'investisseur et la liberté réglementaire, l'interaction jurisprudentielle entre les tribunaux du CIRDI et la Cour internationale de Justice, l'incohérence des sentences et le rôle de l'interprétation de l'État, et la défense des États. Disponible sur <http://ukcatalogue.oup.com/product/9780190265779.do>.

L'ALENA et le développement durable : histoire, expérience et perspective de réforme

Par Hoi Kong & Kinvin Wroth (éditeurs), Publié par Cambridge University Press, août 2015

Cet ouvrage évalue la situation actuelle de la protection environnementale au titre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACE), présentant à grands traits la portée et la procédure des deux accords, leurs effets sur des questions environnementales spécifiques et les voies de réforme. Disponible sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/environmental-law/nafta-and-sustainable-development-history-experience-and-prospects-reform>.

La transparence dans l'arbitrage international des investissements : guide d'utilisation du Règlement sur la transparence de la CNUDCI dans l'arbitrage investisseur-État au titre d'un traité

Par Dimitrij Euler, Markus Gehring, & Maxi Scherer (éditeurs), Publié par Cambridge University Press, août 2015

Ce commentaire approfondi analyse chacun des paragraphes du Règlement sur la transparence de la CNUDCI et en explique le débat sous-jacent pour donner une vision plus large de la question. Disponible sur <http://www.cambridge.org/academic/subjects/law/arbitration-dispute-resolution-and-mediation/transparency-international-investment-arbitration-guide-uncitral-rules-transparency-treaty-based-investor-state-arbitration>.

Événements en 2015

10-11 novembre

DIXIÈME REUNION ANNUELLE DE L'UNIVERSITE DE COLUMBIA SUR L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL, Columbia Center on Sustainable Investment (CCI) et Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2015/11/10/10th-annual-columbia-international-investment-conference-investment-treaty-reform-reshaping-economic-governance-in-the-era-of-sustainable-development>

16-18 novembre

NEUVIÈME FORUM ANNUEL POUR LES NEGOCIATEURS D'INVESTISSEMENTS DES PAYS EN DEVELOPPEMENT, IISD, Gouvernement du Brésil et Centre Sud, Rio de Janeiro, Brésil, <https://www.iisd.org/investment/dci>

16-18 novembre

QUATRIÈME FORUM ANNUEL DES NATIONS UNIES SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME, Bureau du Haut-commissariat aux droits de l'homme, Palais des Nations, Genève, Suisse, <http://www.ohchr.org/fr/Issues/Business/Forum/Pages/2015ForumBHR.aspx>

23-26 novembre

DIX-SEPTIÈME CONFÉRENCE ET EXPOSITION AFRICAINE SUR LE COMMERCE ET LE FINANCEMENT DU PÉTROLE, DU GAZ ET DES MINES : LES INDUSTRIES EXTRACTIVES ET LA CRÉATION DURABLE D'EMPLOIS, la CNUCED et le Gouvernement du Soudan, Khartoum, Soudan, <http://cubicglobe.com/ogtafrica/en>

26 novembre

LE CIRDI A 50 ANS : L'ÉVOLUTION DES TRAITÉS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT ET DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI) et Université Xi'an Jiaotong, Chine, <http://event.31huiyi.com/113990510>

4-5 décembre

LE PARTENARIAT TRANSATLANTIQUE POUR LE COMMERCE ET L'INVESTISSEMENT (TTIP) : LA PERSPECTIVE DE L'UE SUR LA GOUVERNANCE ÉCONOMIQUE MONDIALE, Europa Institute et la Faculté de Gouvernance et d'Affaires internationales de l'Université de Leyde, Pays-Bas, <http://law.leiden.edu/organisation/publiclaw/europainstitute/ttip/ttip-2015.html>

11 décembre

TRENTE-DEUXIÈME COLLOQUE CONJOINT SUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL : LA MODERNISATION DE L'ARBITRAGE – NOUVELLES APPROCHES FACE AUX DÉFIS PERSISTANTS, CIRDI, Centre international de règlement des différends de l'Association américaine d'arbitrage (AAA), Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), Washington DC, États-Unis, <https://webapps.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Documents/32nd%20JointColloquium2015-Agenda.pdf>

14-15 décembre

FORUM 2015 SUR LA CROISSANCE VERTE ET LE DÉVELOPPEMENT DURABLE – FAVORISER LA PROCHAINE RÉVOLUTION INDUSTRIELLE : INNOVATION DES SYSTÈMES POUR UNE CROISSANCE VERTE, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Paris, France, <http://www.oecd.org/greengrowth/ggsd-2015.htm>



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 :
https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english

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