



Des clauses de flexibilité intelligentes dans les Accords internationaux d'investissement

par Anne van Aaken



La course aux produits de base: Les investissements chinois dans les terres arables par Carin Smaller, Qiu Wei et Liu Yalan

Les traités d'investissement et la quête d'accès au marché en Chine par Axel Berger

Le projet de chapitre sur l'investissement de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE : l'UE et le Canada font-ils marche arrière ? par Nathalie Bernasconi-Osterwalder

L'évolution d'une pratique canadienne: Commentaire sur le modèle d'accord de protection des investissements du Canada par Catharine Titi

Egalement dans cette édition: The Rompetrol Group N.V. c. la Roumanie; Ambiente Ufficio S.p.A. et autres c. la République d'Argentine; Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. la République d'Argentine; Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et autres c. Ukraine; Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. la République de Turquie

tables des matières

- 3 **Articles**
Des clauses de flexibilité intelligentes dans les Accords internationaux d'investissement
par Anne van Aaken
- 6 La course aux produits de base : les investissements chinois dans les terres arables
par Carin Smaller, Qiu Wei et Liu Yalan
- 8 Les traités d'investissement et la quête d'accès au marché en Chine
par Axel Berger
- 10 Le projet de chapitre sur l'investissement de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE : l'UE et le Canada font-ils marche arrière ?
par Nathalie Bernasconi-Osterwalder
- 14 L'évolution d'une pratique canadienne : commentaire sur le modèle d'accord de protection des investissements du Canada
par Catharine Titi
- 15 **Nouvelles en bref** : La Commission européenne cherche à obtenir la permission d'entamer les négociations pour un traité d'investissement avec la Chine; La Grèce fait face à des plaintes relatives à la restructuration de sa dette souveraine; Des investisseurs déposent un avis d'arbitrage contre la République Tchèque en réponse aux modifications des mesures incitatives relatives aux énergies renouvelables; La CNUCED nomme un nouveau directeur-général
- 16 **Sentences et décisions** : The Rompetrol Group N.V. c. la Roumanie; Ambiente Ufficio S.p.A. et autres c. la République d'Argentine; Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. la République d'Argentine; Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et autres c. Ukraine; Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. la République de Turquie
- 23 **Ressources et événements**

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

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

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

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

Rédacteur en chef
Damon Vis-Dunbar

Rédacteur, Version française
Suzy H. Nikiéma

Traduction française
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version espagnole
Fernando Cabrera

Traduction Espagnole
Maria Candelí Conforti

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

article 1

Des clauses de flexibilité intelligentes dans les Accords internationaux d'investissement

par Anne van Aaken



L'un des principaux défis auquel font face les concepteurs de traités d'investissement et les juges qui arbitrent les affaires en relevant consiste à faire la différence entre les États opportunistes devant être sanctionnés au titre du droit international et ceux adoptant de bonne foi des mesures de politique publique qui ne doivent pas être sanctionnés. Cet article suggère que, pour faciliter cette distinction, les Accords internationaux d'investissement (AII) devraient être à la fois « plus intelligents » et « plus flexibles ». Il s'appuie sur la théorie du contrat économique pour ce qui est du cadre de base des AII, et sur la théorie de l'économie politique pour leurs ajustements.

La théorie du contrat économique

Il est impossible d'élaborer des contrats (ou traités) complets puisqu'il est impossible de prévoir et de prédire dans le détail les résultats des contrats dans toutes les situations futures possibles¹. La théorie du contrat considère trois types d'incertitudes :

1. Incertitude à propos de l'avenir (imprévisibilité)
2. Incertitude à propos du comportement des autres parties-prenantes (asymétrie des informations)
3. Incertitude à propos du sens et de la portée des dispositions du contrat (c.-à-d. ambiguïté de la formulation et indétermination juridique).

C'est l'asymétrie des informations entre les parties qui pose le plus grand problème : chacune des parties a l'exclusivité des informations la concernant, ce qui peut éventuellement conduire à l'opportunisme. La théorie du contrat analyse les problèmes générés : sélection néfaste, risque moral, et vérification. Ces problèmes ont également cours dans le droit de l'investissement. La théorie du contrat met également en avant les possibilités pour résoudre ces problèmes en faisant la distinction entre un comportement devant être permis au titre du contrat, et un comportement devant donner lieu à une sanction pour que le contrat soit efficient ex post².

Cette distinction sert de cadre pour l'élaboration efficace des clauses de flexibilité dans les AII.

S'ils avaient été connus ex ante, les événements imprévus auraient changé le contenu initial du contrat. Les regrets surviennent quand des circonstances imprévues ne sont pas envisagées dans le contrat (incomplet), rendant les résultats obligatoires (indûment), tandis que le « contrat (idéal) complet envisageant toutes les possibilités » aurait pu permettre d'excuser la production de résultats. Le fait de rendre les résultats ou la compensation obligatoire pour une mesure réglementaire adoptée de bonne foi et sans but discriminatoire, comme par exemple dans *CMS c. Argentine*³ serait inefficace ex post. C'est pour cette raison que les contrats essaient généralement de faire la distinction entre un comportement opportuniste pris de mauvaise foi et les événements imprévus gérés de bonne foi, et de prescrire différentes conséquences juridiques selon le cas⁴. Les événements que l'on regrette sont différents de l'opportunisme car ils sont favorables aux deux parties, tandis que l'opportunisme ne profite qu'à une seule des parties. Les premiers devraient donc être autorisés dans les contrats, à l'inverse de l'opportunisme. Ce n'est pourtant pas le cas dans le droit de l'investissement : des réglementations ou actions prises de bonne foi en cas de crise ont parfois incité les tribunaux à accorder le paiement de dommages et intérêts.

La théorie de l'économie politique

L'économie politique peut contribuer à distinguer un comportement opportuniste. Elle a été appliquée avec succès à la formulation des politiques commerciales⁵, mais pas encore au droit de l'investissement. Il existe toutefois des similitudes : comme le remarquent Gene M. Grossman et Elhanan Helpman, « (L)'industrie nationale a autant de raison de plaider pour la mise en place d'obstacles à l'investissement qu'au commerce »⁶. Aussi, une réglementation est opportuniste, si elle est le résultat de la maximisation du soutien politique, plutôt que du bien-être⁷. Cette approche nous permet de chercher un comportement opportuniste type, tel que le protectionnisme et les mesures discriminatoires visant à maximiser soit le soutien à l'industrie nationale en question⁸, ou ses propres finances (c.-à-d. la corruption) via l'expropriation.

Les clauses de flexibilité intelligentes

Les clauses de flexibilité intelligentes peuvent être décrites comme des clauses tenant compte des événements imprévus, afin de différencier les mesures adoptées par les États d'accueil dans l'intérêt public, et pour lesquelles une indemnisation n'est pas requise, des mesures opportunistes, pour lesquelles il faut indemniser. L'un des aspects de la flexibilité intelligente concerne la portée textuelle de la clause (c.-à-d. l'aspect substantif). Les clauses de flexibilité doivent être systématiques et aller des clauses de sécurité essentielle aux exceptions à certaines fins réglementaires. Un deuxième aspect de la flexibilité

repose sur la faible possibilité d'examen de ces clauses ; en d'autres termes, l'espace laissé aux tribunaux pour examiner les actions gouvernementales. Encore une fois, elles devraient être systématiques et aller des clauses déterminées unilatéralement à celles exigeant un examen limité des tribunaux. En outre, des mécanismes internationaux peuvent être envisagés pour distinguer l'opportunisme d'un comportement adopté de bonne foi (c.-à-d. l'aspect institutionnel).

Concernant l'aspect substantif, les clauses peuvent être élaborées de telle manière que certaines mesures non discriminatoires prises de bonne foi soient explicitement exclues de la possibilité de violation, tout comme les mesures gouvernementales visant à favoriser le développement durable. Elles peuvent également donner des informations au tribunal sur la portée d'examen autorisée, lui donnant ainsi plus ou moins de liberté.

L'aspect substantif

Les concepts de « bonne foi » et de « non-discrimination » sont essentiels à la substance des clauses de flexibilité intelligentes. Actuellement, il y a un contentieux sur le fait de savoir si une mesure prise de bonne foi par un État pourrait violer un AII, notamment lorsque le traitement juste et équitable et l'expropriation indirecte sont en question. Alors que la mauvaise foi est considérée comme une violation par tous les tribunaux, on ne sait pas si la bonne foi épargne à un État d'accueil d'être considéré comme en violation d'un traité. Concernant la flexibilité, une mesure adoptée de bonne foi devrait plus rapidement être considérée comme légitime par les tribunaux. Dans ces cas, il faut isoler les circonstances spécifiques dans lesquelles des dommages et intérêts seraient garantis, telles que l'expropriation directe de bonne foi pour laquelle une indemnisation a été payée, ou l'expropriation indirecte pour laquelle un sacrifice spécial a été requis par le demandeur. Une mesure de bonne foi tend à résulter de circonstances factuelles et juridiques en évolution (par exemple la ratification d'un traité international relatif aux droits humains ou une politique environnementale renforcée) plutôt que du comportement opportuniste d'un gouvernement. Les modèles de TBI des États-Unis et du Canada stipulent tous deux explicitement que certaines mesures prises à des fins de bonne foi, comme par exemple en faveur du bien-être public, et n'étant pas discriminatoires, ne peuvent faire l'objet d'une indemnisation⁹. Aussi, non seulement les clauses de flexibilité intelligentes décrivent les mesures permises, mais elles excluent également les mesures non-discriminatoires. En outre, elles laissent aux tribunaux le choix d'accorder des dommages et intérêts dans de rares cas dans lesquels une mesure prise de bonne foi équivaldrait à une violation du traité.

Les discussions sur les mesures non-discriminatoires suivent des principes plus établis. Du point de vue économique, la non-discrimination est LA norme clé puisqu'elle garantit l'égalité entre tous les investisseurs (nationaux et étrangers). Les mesures discriminatoires sont donc considérées comme violant un AII dans presque tous les cas¹⁰, puisqu'il est raisonnable de soupçonner qu'une telle mesure politique a été adoptée

à des fins protectionnistes. Si l'investissement concerne, comme le commerce, les occasions concurrentielles, le comportement discriminatoire d'un État devrait être examiné de près, tandis qu'une action non-discriminatoire ne devrait pas entraîner la violation d'un AII, sauf dans de rares cas. En d'autres termes, une conduite discriminatoire dans des situations post-établissement est un fort indicateur d'un comportement opportuniste. Toutefois, l'intention joue le rôle d'excuse puisque même une conduite discriminatoire peut être acceptée si son intention est bienveillante. Cela pourrait par exemple être le cas en temps de crise financière quand le pays dispose d'un budget limité pour soutenir les banques : là, un soutien ou des garanties du gouvernement discriminatoire car en faveur des banques nationales pourrait être excusé. En outre, les mesures prises de bonne foi par un gouvernement dans des situations d'urgence et visant à résoudre la crise ne devraient pas être sujettes à indemnisation si elles sont appliquées à des investisseurs nationaux. Un bon indice est une législation nationale de crise qui impose également l'austérité à l'économie et à la population du pays.

“ Les clauses de flexibilité intelligentes peuvent être décrites comme des clauses tenant compte des événements imprévus. ”

L'examen

Concernant la portée de l'examen, les clauses déterminées unilatéralement offrent aux États plus de flexibilité, tout en empêchant les tribunaux de faire la distinction en mesures opportunistes et mesures adoptées de bonne foi à des fins de développement. Elles pourraient donc facilement mener à des abus de la part de politiciens intéressés. Elles créent également un vide juridique pour les investisseurs, et pourraient empêcher tout examen juridique puisque tout examen de la conduite de l'État est exclu. Un examen approfondi semble toutefois inadéquat compte tenu que souvent, notamment en situations d'urgence ou de sécurité nationale, une marge d'appréciation devrait être offerte au gouvernement. De plus, le tribunal peut manquer de l'expertise nécessaire pour évaluer correctement la réponse du gouvernement à la crise. Afin d'écarter un comportement opportuniste, le seul examen de la bonne foi suffit. C'est ce que font les tribunaux administratifs nationaux lorsqu'ils se penchent sur la marge de manœuvre d'une administration : ils contrôlent les limites de sa bonne foi. En d'autres termes, la légalité d'un comportement gouvernemental est vérifiée, mais si celui-ci reste dans les limites de la bonne foi, le caractère opportuniste n'est pas recherché. Si, par exemple, un gouvernement adopte une mesure de zonage, les

tribunaux vérifieront la légalité de la procédure et si le gouvernement a tenu compte de certains intérêts prescrits par la loi, mais n'examineront pas l'efficacité économique de la décision.

“ Les modèles de TBI des États-Unis et du Canada stipulent tous deux explicitement que certaines mesures prises à des fins de bonne foi, comme par exemple en faveur du bien-être public, et n'étant pas discriminatoires, ne peuvent faire l'objet d'une indemnisation⁹ ”

Les mécanismes institutionnels

Pour finir, les mécanismes institutionnels peuvent aider à faire la distinction entre comportement opportuniste et comportement souhaitable en déléguant certaines questions à des groupes d'experts. Par exemple, le modèle de TBI des États-Unis de 2012 contient une innovation institutionnelle relative aux procédures pour adopter des mesures prudentielles pour le marché financier. Des procédures similaires pourraient être appliquées à d'autres mesures et domaines. Ici, les États retirent aux tribunaux la compétence pour résoudre certaines questions – comme par exemple les mesures d'urgences adoptées lors d'une crise financière – et la donne à des experts spécialisés, en principe des agences non-politiques des États parties. Ceci peut éventuellement atténuer le comportement opportuniste des gouvernements. Quand les agences des deux parties conviennent que la mesure adoptée par un État d'accueil est une mesure prudentielle, un tribunal aura certainement beaucoup de mal à trouver un comportement opportuniste. À l'heure d'envisager d'introduire de telles procédures dans les AII, les États devraient décider s'ils veulent : 1) permettre qu'elles ne s'appliquent qu'au-delà d'un certain montant de dommages et intérêts exigés (analyse coût-bénéfice) ; 2) limiter les tribunaux à l'opinion des agences des États parties ; et 3) inclure la consultation d'experts comme principe général.

Conclusion

Les clauses de flexibilité intelligentes telles que celles incluses dans les modèles de TBI des États-Unis et du Canada pourraient contribuer à résoudre un problème fondamental de l'élaboration et de l'application du droit de l'investissement : la possibilité de faire la distinction entre un comportement opportuniste (et donc sujet à indemnisation) et un comportement de bonne foi

(pas sujet à indemnisation) de l'État d'accueil. La théorie économique permet de mettre en lumière le problème structurel sous-jacent et peut aider à la fois les négociateurs de traités et les tribunaux. La meilleure solution consiste à inclure des clauses de flexibilité intelligentes dans les AII, mais cela prendra du temps. D'ici là, les tribunaux peuvent s'appuyer sur la théorie du contrat économique pour faire la distinction entre un comportement opportuniste et les réactions permises face à des événements imprévus.

Auteur

Anne van Aaken est Professeur de droit et d'économie, de théorie de droit, de droit public international et de droit européen à l'Université de Saint-Gall. Cet article est extrait d'un document plus long intitulé *Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development: A Functional View* (21 mars 2013). U. de Saint-Gall, Law & Economics Working Paper No. 2013-18. Disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2236772> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2236772>.

Notes

1 Robert E. Scott et Paul B. Stephan, *The Limits of Leviathan. Contract Theory and the Enforcement of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press (2006), p. 76. Jean Tirole, *Incomplete Contracts: Where do We Stand?*, 67 *Econometrica* 741 (1994), définit à la page 743 un contrat incomplet comme un contrat « n'épuisant pas toutes les possibilités contractuelles envisagées dans un contrat complet ».

2 La théorie du contrat fait la distinction entre les informations observables et les informations vérifiables. Les premières peuvent être observées par les deux parties mais l'information n'est pas nécessairement vérifiable car la partie qui observe n'est pas en mesure de suffisamment établir les faits pour convaincre une tierce partie neutre à un coût raisonnable. Pour davantage de détails, voir Scott et Stephan, supra note 2, p. 71-72.

3 CMS Gas Transmission Company c. Argentine, 12 mai 2005 – Affaire CIRDI n°Arb/01/8.

4 Vi les dommages et intérêts accordés sont plus élevés que les dommages et intérêts attendus, on décourage une « violation efficace » des dispositions, et cela peut entraîner un comportement inefficace de l'État d'accueil. Pour une discussion des contrats couverts par les TBI, voir Fabrizio Marrella et Irmgard Marboe, *Efficient Breach* and *Economic Analysis of International Investment Law*, 4 *Transnational Dispute Settlement*, Online Journal 6 (2007).

5 Gene M. Grossman et Elhanan Helpman, *Protection for Sale*, 84 *American Economic Review* 833 (1994) ; Gene M. Grossman et Elhanan Helpman, *Trade Wars and Trade Talks*, 103 *Journal of Political Economy* 675 (1995).

6 Gene M. Grossman et Elhanan Helpman, *Foreign Investment with Endogenous Protection*, dans Robert C. Feenstra, Gene M. Grossman et Douglas A. Irwin (eds), *The Political Economy of Trade Policy: Papers in Honor of Jagdish Bhagwati*. Cambridge, Mass.: MIT Press (1996), p. 199, p. 216. Voir aussi Anne van Aaken et Tobias Lehmann, *Sustainable Development and International Investment Law: An Harmonious View from Economics*, dans Roberto Echanti et Pierre Sauvé (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 317.

7 Le modèle Grossman/Helpman suppose que les gouvernements agissent toujours en vue de maximiser le soutien politique/la probabilité d'être réélus : il suppose que la signature d'un traité économique international équivaut à maximiser le soutien politique. Aussi, il est essentiel de savoir si la signature du traité aura toujours un soutien politique fort ex ante si l'inclusion de certaines mesures (par ex. le protectionnisme d'une industrie spécifique) avait été abordée au cours des négociations du traité. Sinon, il s'agit d'un comportement opportuniste ex post.

8 CNUCED, Rapport sur le développement dans le monde 2012, p. 101 décrit le problème comme suit : « Malgré le fait que les enceintes de la politique internationale au plus haut niveau (par ex. le G-20) face souvent référence au « protectionnisme des investissements », il n'existe pas de définition universelle de ce terme. Différentes écoles de pensées ont des approches différentes. En général, les mesures protectionnistes en faveur de l'investissement incluent : (1) les mesures discriminatoires à l'égard des investisseurs étrangers, de manière explicite ou de facto (par ex. leurs accorder un traitement différent de celui des investisseurs nationaux), conçues pour les empêcher ou les décourager d'investir ou de rester dans le pays. Et (2) les mesures exigeant des entreprises nationales qu'elles rapatrient leurs actifs ou opérations dans le pays d'origine ou les décourageant de réaliser de nouveaux investissements à l'étranger. Dans ce contexte, le terme « mesure » fait référence aux mesures nationales de réglementation, mais incluent également l'application de procédures administratives ou, encore moins tangible, de pression politique.

9 Voir par ex. l'article 20 (2) (a) du modèle de TBI des États-Unis sur les services financiers : « Aucune disposition de ce Traité ne s'applique aux mesures non discriminatoires d'application générale prises par une entité publique aux fins de politiques relatives à la monnaie, au crédit ou au taux de change ». L'annexe 2, 4 (b) est plus connu : « Sauf en de rares circonstances, les mesures réglementaires non discriminatoires prises par une Partie qui sont conçues et appliquées en vue d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la protection de la santé et de la sécurité publiques et de l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes. ». Le Canada inclut ces points dans l'annexe B 13 (1) de son modèle de TBI de 2004 : « Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure ou le train de mesures est si rigoureux au regard de son objet qu'on ne peut raisonnablement penser qu'il a été adopté et appliqué de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie contractante qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public ».

10 La discrimination à l'égard d'investisseurs de pays tiers (NPF) pourrait être acceptée pour certaines raisons : par exemple dans les secteurs sensibles (comme le secteur financier), où un traitement spécifique n'est offert qu'aux investisseurs ayant le même niveau de supervision. La même logique que dans l'annexe de l'AGCS sur les services financiers s'applique.

La course aux produits de base: Les investissements chinois dans les terres arables

par Carin Smaller, Qiu Wei et Liu Yalan

article 2



Les terres arables et l'eau sont des ressources de plus en plus recherchées par un nombre croissant d'investisseurs étrangers. Le secteur privé cherche à tirer profit du prix croissant des produits agricoles et de la demande mondiale, mais aussi à spéculer sur le prix grandissant des terres. Les gouvernements investissent à l'étranger afin de garantir leurs besoins en nourriture et en énergie dans le contexte de prix volatiles sur le marché mondial, de ressources naturelles rares ou en voie d'épuisement sur leur territoire national et de la course mondiale à l'eau.

La Banque mondiale rapporte qu'en 2009, les investisseurs auraient acquis 45 millions d'hectares de terres, dont 32 millions rien qu'en Afrique. En 2012, le projet Land Matrix a révisé ces chiffres et estime à présent qu'au cours des dix dernières années, les investisseurs ont acquis 83,2 millions d'hectares de terre, la majeure partie en Afrique. Ce phénomène est maintenant appelé « l'accaparement mondial des terres ».

La Chine est souvent citée comme étant l'un des principaux « accapareurs », même si elle rejette cela avec véhémence. Hong Lei, le porte-parole du Ministère chinois des affaires étrangères, a déclaré à l'agence d'informations de la province de Xinhua en décembre 2011 : « Plutôt que d'accaparer des terres en Afrique, la Chine apporte autant d'assistance technique que possible afin de contribuer au développement de l'agriculture du continent, à renforcer sa capacité à utiliser ses ressources naturelles et à faire face aux questions du changement climatique et de la sécurité alimentaire... il y a en effet un néocolonialisme en Afrique, mais certainement pas du fait de la Chine ».

Nous avons donc entrepris de vérifier l'exactitude des rapports concernant l'investissement chinois¹. Nos résultats montrent une réalité plus complexe des ambitions chinoises à l'étranger, ce qui n'est pas surprenant. Il est important de noter que le pays dispose d'une forte base agricole nationale ainsi que d'une bonne politique de sécurité alimentaire, ce qui le rend largement autonome. Toutefois, certaines denrées agricoles ne sont pas produites en quantité suffisante en Chine. La Chine dépend donc pour ces produits des traders en matières premières. Afin de réduire cette dépendance, le pays investit à l'étranger, notamment en acquérant des terres arables et de l'eau, en achetant directement auprès des producteurs ou par le biais de co-entreprises.

Concernant les investissements dans les terres et l'eau, nous avons trouvé des rapports des médias au sujet de 86 importants projets chinois représentant 9 millions d'hectares de terres arables dans les pays en développement. Nous ne sommes pas en mesure de confirmer l'existence de 55 projets représentant 4,9 millions d'hectares. La plupart des projets n'ont pas encore commencé à produire, mais au minimum, les contrats et autres protocoles d'accord ont été signés. Cet article résume les principales conclusions du rapport *Les terres arables et l'eau : la Chine investit à l'étranger*.

La dépendance au commerce de la Chine

La Chine a besoin d'immenses quantités de denrées agricoles afin d'approvisionner ses industries, ce qui ne peut être réalisé grâce à la seule production nationale. En 2010, le pays représentait neuf pour cent des importations agricoles mondiales ; elle importe principalement du soja, du coton, de l'huile de palme, des produits laitiers, des cuirs et peaux et de la laine².

Afin de garantir l'approvisionnement de ces produits, le pays dépend des entreprises agroalimentaires transnationales des États-Unis et d'Europe, telles que Archer Daniel Midlands, Bunge, Louis Dreyfuss et Cargill, qui dominent le commerce de soja et d'autres produits agricoles.

La Chine est préoccupée par le coût d'achat par l'intermédiaire des traders et par la grande volatilité des prix des produits agricoles. Dans un entretien au *China Daily*, le président de Chongqing Grain Group, une entreprise agricole chinoise publique, a affirmé que « la plupart des entreprises chinoises importent du soja par le biais des quatre plus grands négociants en céréales... Toutefois, si les importateurs pouvaient acheter directement auprès des producteurs, cela leur permettrait d'économiser de 18 à 24 pour cent de leur profits ». Aussi, la Chine a commencé à investir directement à l'étranger. L'acquisition de terres arables n'est qu'un volet de cette stratégie, bien plus large, qui inclut des co-entreprises avec les gouvernements ou les entreprises locales, et la passation de contrat avec des agriculteurs locaux.

Le passage à l'investissement à l'étranger

L'année 2001 marque un tournant majeur : le pays a formellement adopté sa stratégie de mondialisation, première mesure du gouvernement pour inciter les investisseurs à se tourner vers l'extérieur. La Chine s'est ainsi révélée à bien des égards, et a montré son désir de voir ses entreprises locales devenir d'importants acteurs mondiaux.

Depuis le lancement de cette stratégie, l'investissement à l'étranger a augmenté très rapidement. En 2001, les flux annuels d'investissement étranger direct totalisaient 6 milliards USD, contre 68 milliards USD en 2010 (plaçant le pays à la cinquième place mondiale en termes de flux sortant annuel d'investissement direct à l'étranger, même si cela ne représente que cinq pour cent des flux sortants mondiaux).

En 2007, le stock d'investissement étranger direct (IED) chinois dans l'agriculture totalisait environ 1,2 milliards USD, soit la troisième source la plus importante, après les États-Unis et le Canada³. En 2010, le Ministère chinois du

commerce a annoncé que ce stock avait augmenté de 2,6 milliards USD.

Les marchés asiatique et latino-américain

L'Asie est une cible de choix pour les investissements dans les terres. Nous y avons détecté 29 projets représentant 2,5 millions d'hectares de terre. Mais les résistances locales ont parfois contraint la Chine de trouver des modèles d'affaires plus acceptables socialement et politiquement. Elle a donc également investi dans l'agriculture contractuelle et les co-entreprises, ainsi que la coopération et l'aide au développement, notamment avec les pays du bassin du Mékong, afin d'y améliorer la productivité agricole. En Asie centrale, trois projets confirmés représentent un peu plus d'un million d'hectares.

En Amérique latine, nous avons trouvé cinq projets représentant 770 000 hectares. Compte tenu des législations strictes en matière de propriété de la terre par des étrangers, les investisseurs chinois achètent directement auprès des producteurs, principalement du soja. Au Brésil, dans l'État de Goiás, par exemple, un groupe de quatre entreprises chinoises privées et publiques négocie un accord d'un montant de 7 milliards USD pour produire six millions de tonnes de soja par an et les exporter en Chine.

En outre, les investisseurs chinois devraient investir 2 milliards USD dans un centre de concassage et de stockage du soja, et 100 millions USD dans la modernisation des infrastructures portuaires de Sao Francisco do Sul⁴.

Le marché africain

En Afrique, nous avons trouvé 18 projets représentant 380 000 hectares de terre, dont certains font partie du programme de coopération chinois. Les projets d'aide remontent aux années 1950 mais sont devenus de plus en plus axés sur les profits. Aujourd'hui, un facteur important des projets chinois d'aide est de contribuer à établir de nouveaux marchés pour les entreprises chinoises – ce qui n'est pas différent de la stratégie utilisée par nombre de pays industrialisés. Par exemple, l'entreprise publique chinoise China–Africa Cotton Development Limited a conclu une co-entreprise au Malawi afin de produire, de traiter puis d'exporter du coton en Chine. Ce projet combine l'aide et des opportunités commerciales, et comprend la construction d'une usine de transformation et l'achat du coton aux paysans locaux.

Trop grand pour réussir

Les projets d'investissement concernant des dizaines de milliers d'hectares de terres arables sont particulièrement préoccupants car l'on voit de plus en plus qu'ils présentent des effets négatifs majeurs pour les communautés locales ainsi qu'un fort taux d'échec. En 2011, un rapport de la Banque mondiale stipulait que les investisseurs choisissaient en général des pays disposant d'une faible gouvernance foncière, ce qui donnait lieu à des transferts effectués au mépris des droits fonciers. Le rapport faisait état d'une culture du secret selon laquelle les communautés, voire même les représentants du gouvernement, ne sont pas consultés ou informés des accords fonciers jusqu'après leur signature. La Banque mondiale indique également que les projets d'investissement ne parviennent pas à générer d'emplois. L'on trouve de plus en plus de rapports concernant d'importants projets fonciers ayant échoué. Et la Banque

mondiale a récemment mené une enquête portant sur 179 projets d'investissement dans l'agriculture qui concluait que 50 pour cent d'entre eux échouaient en termes financiers car leur concept était « voué à l'échec »⁵. Depuis lors, d'autres organisations intergouvernementales, universitaires, et ONG ont mené des recherches et atteint des conclusions similaires. Si celles-ci ne pointent pas nécessairement la Chine du doigt, tout gouvernement ou investisseur acquérant des terres à l'étranger devrait le faire de manière responsable, en s'assurant du respect de la législation nationale ainsi que des traités et normes internationaux. Différents outils peuvent être utilisés pour concevoir des projets d'investissement responsables et durables, mais aussi pour évaluer leur performance.

Conclusion

La Chine cherche activement d'autres opportunités d'investissement à l'étranger, et représente maintenant le troisième stock mondial d'investissement étranger dans l'agriculture. Le secteur agricole est devenu la priorité des investissements chinois à l'étranger, et cela devrait encore largement augmenter.

Le passage à l'investissement à l'étranger vise en partie à réduire la dépendance du pays aux marchés mondiaux de denrées de base. La Chine met donc en place une stratégie complexe d'investissement qui inclut l'acquisition de terres arables et de ressources en eau, l'achat direct auprès des producteurs, et l'investissement dans des co-entreprises.

Comme pour les initiatives impliquant le transfert de terres ou de ressources en eau aux investisseurs étrangers, les projets chinois dans les pays en développement génèrent également des préoccupations. Toutefois, l'investissement dans l'agriculture est nécessaire, notamment dans les pays les plus pauvres, et la Chine peut jouer un rôle positif. Il est impératif que l'investissement à l'étranger soit réalisé dans un cadre économique, juridique et public fort, et que les politiques d'investissement du pays d'accueil s'assurent que les projets contribuent à l'amélioration des conditions de vie, au renforcement de la sécurité alimentaire, à la création d'emplois et à une gestion durable des ressources naturelles.

Auteur

Carin Smaller est conseillère pour les questions agricoles et d'investissement auprès de l'Institut international du développement durable (IISD), Genève ; Qiu Wei est un économiste chinois spécialisé dans le commerce international et l'investissement, et ancien stagiaire de l'IISD pour les questions de commerce et du changement climatique ; Liu Yalan est une avocate chinoise spécialisée dans les arbitrages internationaux en matière d'investissement et consultante pour le programme d'investissement de l'IISD.

Notes

¹ Smaller C., Wei Qiu et Yalan Liu (2012), *Farmland and Water: China Invests Abroad*. Institut international pour le développement durable, sur http://www.iisd.org/pdf/2012/farmland_water_china_invests.pdf

² Commission du commerce international des États-Unis (mars 2011), *China's agricultural trade: Competitive conditions and effects on U.S. exports*. Sur www.usitc.gov/publications/332/pub4219.pdf

³ CNUCED (2009), *Rapport sur l'investissement dans le monde 2009 : sociétés transnationales, production agricole et développement*. Sur http://unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf

⁴ Soybean and Corn Advisor (5 avril 2011), *Chinese invest in direct purchase of soy from Brazilian farmers*. Sur http://www.soybeansandcorn.com/news/Apr5_11-Chinese-Invest-in-Direct-Purchase-of-Soy-From-Brazilian-Farmers

⁵ Tyler G. et Dixie T. (2012), *Responsible Agricultural Investment: The Way Forward*. Banque mondiale. Sur https://www.responsibleagroinvestment.org/sites/responsibleagroinvestment.org/files/features/Findings_Agribusiness_CDC.pdf

Les traités d'investissement et la quête d'accès au marché en Chine

par Axel Berger

article 3



Il est maintenant commun de dire que le système mondial des traités d'investissement se trouve à un carrefour. D'une part, différents pays s'en éloignent en mettant fin à leurs traités bilatéraux d'investissement (TBI), en se retirant du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ou en négociant des traités d'investissement n'incluant pas de dispositions controversées sur le règlement des différends investisseur-État (RDIE). D'autre part, la façon de conclure des TBI est également en train de changer. Le temps des TBI simples ayant un seul objectif semble être compté. Comme le nombre de TBI négociés a baissé au cours des dernières années, des règles plus complexes en matière d'investissement sont de plus en plus intégrées dans des Accords commerciaux et d'investissement préférentiels (ACIP) entre des groupes plus importants de pays. Ces traités combinent généralement des règles plus équilibrées relatives à l'étape postérieure à l'établissement ainsi que des règles d'accès au marché pour les investissements. Les méga accords régionaux actuellement négociés, tels que le Partenariat transpacifique (PTP), le Partenariat économique intégral régional (PEIR), ou le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) sont les exemples les plus parlants de cette tendance. Toutefois, l'inclusion d'engagements en matière d'accès au marché dans les accords d'investissement divise : les pays et régions exportateurs de capitaux tels que les États-Unis, le Canada, l'Union européenne et le Japon sont les premiers intéressés, tandis que les pays importateurs de capital restent réticents.

Quelle est la position de la Chine dans ce système de traité d'investissement de plus en plus complexe ? Les flux d'investissement étranger direct sortants des entreprises chinoises ont placé le pays au centre de l'attention internationale. Dans le même temps, la Chine a développé un important réseau de plus de 130 TBI. Si la Chine continue de négocier de nouveaux traités au même rythme elle remplacera très prochainement l'Allemagne à la tête des pays comptant le plus grand nombre de TBI¹. Bien évidemment, l'évaluation de la politique chinoise en matière d'investissement international sur la simple quantité de traités ne nous mène pas loin. La question la plus importante consiste à savoir si la Chine se joint à la tendance en faveur de traités plus complets allant au-delà des règles relatives à la protection des investissements que l'on trouve dans les TBI classiques. Notamment, quelle est la position de la Chine quant à l'extension de la portée

des traités d'investissement par l'inclusion des règles controversées d'accès au marché?²

Trois générations de traités d'investissement chinois

Les traités d'investissement chinois peuvent être regroupés en trois générations. La première génération de TBI, négociés au cours des années 1980 et 1990, incluait différentes sauvegardes pour le pays d'accueil, notamment des dispositions relatives au RDIE uniquement applicables aux différends relatifs au montant de l'indemnisation à payer en cas d'expropriation. La Chine a négocié plus de 70 de ces TBI de première génération.

Le TBI Chine-Barbade de 1998 était le premier de la deuxième génération, qui en compte environ 50. Ce traité peut être considéré comme décisif dans la manière chinoise de conclure des traités d'investissement ; pour la première fois, la Chine était d'accord pour autoriser les investisseurs étrangers à soumettre « n'importe quel différend relatif à un investissement » à un arbitrage international³. La Chine a également introduit petit à petit d'autres innovations, comme des clauses moins restrictives en matière de traitement national.

Au cours des dernières années, l'approche chinoise des traités d'investissement internationaux a évolué et une troisième génération de TBI chinois a vu le jour. Ces traités visent à atteindre un meilleur équilibre entre les droits de l'investisseur et ceux du pays d'accueil⁴, et s'inspire des innovations introduites par les membres de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) en réponse aux différentes demandes de RDIE. Dans ce contexte, les experts chinois parlent « d'américanisation » des traités d'investissement chinois⁵. Différents concepts développés par les pays de l'ALENA, comme des références au concept de la norme minimale de traitement, l'adoption du terme « dans des circonstances similaires » pour spécifier le sens de la disposition relative au traitement national, et les exceptions de la clause de transfert, ont été adoptés par la Chine au cours des dernières années.

Un aspect important de la pratique de la Chine en matière de traités d'investissement est que ceux de deuxième et troisième générations sont négociés en parallèle. La raison expliquant ce modèle apparemment surprenant est que la Chine, à l'inverse des pays exportateurs de capital traditionnels, n'insiste pas pour utiliser son propre modèle de texte comme base aux négociations. Les entretiens menés par l'auteur auprès des négociateurs de traités d'investissement révèlent que la Chine n'a aucun problème à négocier sur la base des modèles de textes de ses partenaires.

La Chine et les règles d'accès au marché

En plus de son important réseau de TBI, la Chine a jusqu'à présent conclu 12 accords commerciaux préférentiels, dont 4 incluent des règles détaillées sur l'investissement⁶. Dans ces ACIP, la Chine suit une approche très conservatrice et met l'accent sur les échanges de marchandises, même si les règles sur l'investissement ont été incluses à la demande du pays partenaire. À l'exception de l'ACIP avec le Pakistan, qui ne fait que copier l'approche des TBI de deuxième génération de la Chine, les ACIP signés avec la Nouvelle Zélande, le Pérou et les pays de l'ANASE relèvent de la troisième génération de traités d'investissement chinois. La Chine reste toutefois opposée à l'extension de la portée des obligations en matière de traitement

national à l'établissement des investissements, ce qui lui permet de conserver le droit de réglementer l'entrée de l'investissement étranger. Dans le meilleur des cas, la Chine est disposée à accorder le traitement de la nation la plus favorisée pour ce qui est de l'accès au marché, ce qui garantit aux investisseurs des pays partenaires de bénéficier d'un traitement aussi favorable que celui que la Chine pourrait offrir à des pays tiers à l'avenir. En plus des ACIP, la Chine s'est également abstenue d'inclure des règles relatives à l'accès au marché dans un TBI récemment signé avec le Canada et dans l'accord trilatéral signé avec le Japon et la Corée du Sud, s'éloignant ainsi de l'approche habituellement suivie par ces pays partenaires.

Les négociations à venir

Compte tenu de la tendance mondiale vers des accords d'investissement complets, la Chine fera certainement face à davantage de demandes pour l'inclusion de dispositions sur l'accès au marché dans ses TBI et ACIP. Cette pression émane de trois sources :

1) *À travers les négociations*: la Chine négocie actuellement un TBI avec les États-Unis et devrait entamer des négociations formelles avec l'UE en automne 2013. Les États-Unis et l'UE ont tous deux affirmés que les dispositions relatives à l'accès au marché feraient partie intégrante de tout accord d'investissement qu'ils signeraient à l'avenir avec la Chine. Les dispositions relatives à l'accès au marché seront également abordées dans les négociations en vue d'un PEIR entre les nations de l'ANASE+6. Compte tenu de l'importance économique de ces pays, la Chine fera l'objet de pressions pour l'inclusion des dispositions sur l'accès au marché.

2) *Un environnement international en mutation*: les importants pays exportateurs de capital plaident pour une combinaison de protection de l'investissement après établissement et de dispositions sur l'accès au marché. Ceci est manifeste dans l'objectif affirmé des États-Unis et de l'UE de préparer le projet de règles relatives au commerce et à l'investissement du 21^{ème} siècle dans le PTCL. Ceci est vrai également pour le PTP. Il faut remarquer que la Chine est absente de ces deux processus de négociation. Que ces négociations soient intentionnellement ou non contre la Chine, ces mégas accords régionaux incluront certainement des règles sur l'investissement allant au-delà du niveau de protection offert dans les accords chinois, mettant ainsi la pression à la Chine pour qu'elle soit compétitive et offre aux investisseurs étrangers en Chine le même niveau de protection que celui dont bénéficient les investisseurs chinois à l'étranger.

3) *Une économie politique nationale en mutation*: les pressions au niveau international décrites précédemment doivent être évaluées dans le contexte du débat en cours en Chine concernant l'ajustement du modèle chinois de croissance en faveur de niveaux plus élevés de consommation nationale et d'un développement économique axé sur l'innovation. La question visant à savoir dans quelle mesure la Chine a besoin de réformes structurelles davantage axées sur le marché est source particulière de controverse. Par exemple, le rapport « Chine 2030 » publié par le Development Research Center of the State Council, l'un des groupes de réflexion chinois sur les questions de politique économique les plus influents, et la Banque mondiale, appelle à une plus grande

libéralisation des restrictions à l'investissement et souligne notamment l'importance de l'inclusion de dispositions relatives à l'accès au marché dans les futurs traités chinois d'investissement⁷. Les initiatives politiques récentes visant à simplifier les règles relatives au marché des changes plaident également en faveur d'une plus grande libéralisation du régime chinois d'IED⁸.

Compte tenu de l'historique de conclusion d'accords de la Chine, et de l'importance de la situation de l'économie chinoise, il semble peu probable que le pays abandonne prochainement son opposition à l'inclusion de règles sur l'accès au marché dans ses TBI et ACIP. Cependant, les pressions externes et internes décrites précédemment sont très importantes et il est possible que le gouvernement chinois se penche à l'avenir vers la libéralisation du processus d'admission et d'approbation de l'IED. Mais, même si la Chine décidait de libéraliser unilatéralement son régime d'investissement, on ne sait pas si les États-Unis, et surtout l'UE, peuvent utiliser cette opportunité pour arriver à obtenir l'inclusion de dispositions relatives à l'accès au marché dans un accord d'investissement autonome conclut avec la Chine. Les investisseurs chinois bénéficient déjà d'un cadre d'investissement relativement ouvert et stable dans l'UE et aux États-Unis. On peut donc se demander si ces deux pays peuvent offrir à la Chine quelque chose de significatif dans le contexte d'un TBI. Si les États-Unis et l'UE sont pour le moment prudents quant au commencement de négociations en vue d'accords commerciaux et d'investissement intégraux avec la Chine, un tel accord pourrait leur donner la possibilité d'échanger des concessions dans plusieurs disciplines, leur donnant ainsi plus de poids pour pousser la Chine à faciliter l'accès à son marché.

Auteur

Patrick Dumberry est professeur à la Faculté de droit (Section droit civil) de l'Université d'Ottawa (Patrick.dumberry@uottawa.ca). Gabrielle Dumas-Aubin est étudiante à l'École du Barreau du Québec.

Notes

1 L'Allemagne a pratiquement cessé de négocier de nouveaux TBI suite au transfert de compétence en matière d'IED à l'Union européenne. Puisque les nouveaux traités d'investissement européens remplaceront les traités existants des États membres, le nombre de TBI de l'Allemagne va même diminuer dans les années à venir.

2 Voir Axel Berger (2013) : *Investment rules in Chinese preferential trade and investment agreements: is China following the global trend towards comprehensive agreements?*, Bonn : Institut allemand de développement / Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE) (Document de travail 7/2013), en ligne : [http://www.die-gdi.de/CMS-Homepage/openwebcms3.nsf/%28ynDK_contentByKey%29/ANES-96KDZQ/\\$FILE/DP%207.2013.pdf](http://www.die-gdi.de/CMS-Homepage/openwebcms3.nsf/%28ynDK_contentByKey%29/ANES-96KDZQ/$FILE/DP%207.2013.pdf)

3 Voir l'article 9(1) du TBI Chine-Barbade. Concernant le programme chinois de TBI, voir Axel Berger (2011) : *The Politics of China's Investment Treaty-Making Program*, dans : Tomer Broude, Marc L. Busch et Amelia Porges (Eds.): *The Politics of International Economic Law*, New York: Cambridge University Press, pp. 162-185.

4 Voir par ex. Les TBI signés avec le Mexique (2008), la Colombie (2008), le Canada (2012), le traité trilatéral d'investissement conclu entre la Chine, la Corée et le Japon (2012) et les ACIP conclus avec la Nouvelle Zélande (2008), le Pérou (2009) et l'ANASE (2009).

5 Voir Cai Congyan (2009) : *China-US BIT negotiation and the future of investment treaties regime: A grand bargain with multilateral implications*, dans : *Journal of International Economic Law* 12 (02), pp. 457-506.

6 Ces traités ont été négociés avec le Pakistan (2006), la Nouvelle Zélande (2008), le Pérou (2009) et l'ANASE (2009). L'ACIP avec Singapour n'inclut que l'accord d'investissement Chine-ANASE, et celui avec le Costa Rica de 2010 ne fait que réaffirmer le TBI Chine-Costa Rica signé en 2007. L'ACIP signé récemment avec l'Islande suit cette approche et « reconnaît l'importance » (article 92) du TBI Chine-Islande conclut en 1994.

7 Development Research Center/Banque mondiale (2013) : *China 2030. Building a Modern, Harmonious, and Creative Society*, Washington : La Banque mondiale, p. 389. Sur : <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/China-2030-complete.pdf>

8 Reuters (2013) : *China to simplify foreign exchange rules on foreign direct investment*, sur : <http://www.reuters.com/article/2013/05/11/us-china-fx-investment-idUSBRE94A01P20130511>

Le projet de chapitre sur l'investissement de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE : l'UE et le Canada font-ils marche arrière ?

par Nathalie Bernasconi-Osterwalder

article 4



Quand le Traité de Lisbonne a donné à l'Union européenne la compétence en matière d'investissement étranger direct en décembre 2009, nombreux pensaient qu'une occasion se présentait là d'introduire de nouvelles approches et des changements plus systémiques des traités d'investissement. Les États membres de l'UE sont parties à quelques 1 200 traités bilatéraux d'investissement (TBI) – plus d'un tiers du total de TBI dans le monde – et qu'une approche de l'UE plus progressive et cohérente des traités d'investissement auraient des effets majeurs sur le droit international des investissements. Malheureusement, ce n'est pour l'instant pas le cas.

2009 est aussi l'année où le Canada et l'UE ont entamé les négociations pour un Accord économique et commercial global (AECG). L'accord ne portait à l'origine que sur le commerce¹, mais en septembre 2011, le Conseil européen a étendu le mandat de la Commission européenne pour qu'elle négocie un chapitre sur l'investissement². Aujourd'hui, les négociations de l'AECG, ainsi que sur le chapitre sur l'investissement, touchent à leur fin et l'accord devrait être conclu dans l'année.

Il est essentiel que le texte relatif à l'investissement soit « correct » ; toute erreur pourrait perdurer bien longtemps. Même si le Canada ou l'UE décidait à un moment donné de mettre fin à l'accord, le projet d'AECG stipule que les dispositions de l'accord seront en vigueur pendant 20 ans.

Malheureusement, un récent projet de texte du chapitre sur l'investissement de l'AECG (daté du 31 mai 2013) ne présente que des améliorations mineures par rapport aux TBI existants des États membres de l'UE, améliorations qui concernent principalement les questions de procédure³. En outre, le texte ignore largement les « profondes modifications » demandées par une commission du Parlement européen dans un rapport sur la politique européenne d'investissement datant de 2011⁴. Le projet de chapitre sur l'investissement représente également une marche arrière pour le Canada, qui a introduit au cours de la dernière décennie différentes innovations de procédure et de fond dans ses accords d'investissement, qui seraient significativement sapées dans le texte actuel.

Ce bref article décrit certains aspects importants du projet de chapitre, et discute des éventuelles conséquences si le Canada et l'UE acceptaient ces dispositions. L'article présente également des propositions de texte faites par l'UE ou le Canada – mais sur lesquels les deux pays ne se sont pas encore mis d'accord.

La définition de l'investissement

La définition de « l'investissement » est large, recouvre « tout type d'actif » que les investissements soient associés ou non à une entreprise nouvelle ou existante dans le pays d'accueil. La définition est essentielle puisqu'elle déterminera quels investissements bénéficient des importantes protections offertes dans le reste de l'accord. Une liste exhaustive des investissements couverts ou une définition en lien avec les entreprises permettrait mieux de garantir que l'accord soit interprété comme protégeant des types sélectionnés d'investissement, plutôt que tous les investissements.

Le projet de chapitre fait mention du fait que le Canada souhaite étendre la définition de l'investisseur aux personnes physiques ou aux entreprises qui « *cherche à réaliser, réalisent ou ont réalisé un investissement* ». Celle-ci étendrait encore davantage la portée de l'application du traité à la période préalable à l'établissement d'un investissement (c.-à-d. à la phase où l'investisseur cherche à investir, mais n'a pas encore établi son investissement). Dans le même temps, le Canada et l'UE se sont mis d'accord pour limiter la portée du terme « investisseur » en excluant de la définition les entreprises n'ayant pas d'activités commerciales importantes dans le pays d'origine supposé. Il s'agit d'un résultat salué car cela permet de répondre à la question du chalandage de traités (*treaty shopping*) et des abus d'investisseurs ne disposant que d'une simple « boîte postale ».

L'établissement des investissements

Le projet de chapitre suggère que le Canada et l'UE sont d'accord avec des engagements larges en matière d'accès au marché, ce qui interdirait toute une série de mesures visant à la régulation de l'entrée des investisseurs étrangers ou de leurs opérations. Si l'étendue des engagements de libéralisation dépendra des dérogations dans les engagements sur l'accès au marché, cette approche risque néanmoins d'exposer le Canada et l'UE à des engagements à long terme dans les domaines qu'ils n'envisageaient pas de couvrir. Ce risque est accru par l'utilisation de l'approche de la liste négative, ce qui est nouveau pour l'UE, et encore amplifié si ces engagements sont couverts par l'arbitrage investisseur-État.

Un autre élément problématique est l'interdiction des prescriptions de résultats. Cela élimine la flexibilité dont les pays disposent pour utiliser de telles mesures comme des outils de politique économique, et réduit donc significativement la portée globale de la marge de manœuvre politique. Si elles étaient jusqu'à présent absentes des traités européens, l'utilisation de certaines

prescriptions de résultats a été interdite par le Canada dans ses traités précédents. Ce dernier a déjà perdu un arbitrage contre des entreprises pétrolières américaines au sujet de cette disposition de l'ALENA. Si elle était incluse dans l'AECG, cette disposition ne devrait pas être couverte par l'arbitrage investisseur-État, comme le suggère l'UE. Une approche plus flexible visant aux règlements des désaccords quant à l'usage des prescriptions de résultats devrait plutôt être envisagée.

Le traitement non discriminatoire

Le projet de chapitre conditionne les engagements préalables à l'établissement à l'obligation de fournir un traitement national et celui de la nation la plus favorisée (NPF). Cela signifie qu'en plus d'interdire de poser des limites à l'accès au marché, le Canada et l'UE envisagent d'incorporer des droits à l'établissement *relatifs* à travers des dispositions sur le traitement national et NPF. Par conséquent, les États d'accueil auraient des obligations envers d'éventuels investisseurs avant même que l'investissement ne soit réalisé. Cela pourrait limiter de manière significative la capacité du Canada et des États membres de l'UE à réguler certains investissements étrangers au moment de leur entrée ou avant même leur entrée, sauf dans quelques exceptions.

L'un des principaux inconvénients du projet de texte est lié à la formulation de la disposition NPF. Telle que présentée actuellement, celle-ci ne limite pas la possibilité pour les investisseurs d'importer des dispositions d'autres traités d'investissement. En effet, elle permettrait aux investisseurs étrangers de choisir les dispositions qui les arrangent dans d'autres traités, notamment des traités plus anciens, de l'UE et du Canada, ce qui risque de rendre vain tous les avancées vers la modernisation du droit des investissements par l'AECG. Cela représenterait un sérieux renversement de la position adoptée par le Canada en 2004 dans son modèle d'APPI, qui empêchait une telle possibilité de choisir sa préférence parmi les traités aux formulations plus anciennes.

La protection de l'investissement/le traitement juste et équitable

Le projet de texte de l'AECG inclut une disposition visant à accorder aux investisseurs et aux investissements un traitement juste et équitable. Des dispositions similaires sont devenues une obligation passe-partout invoquée par les investisseurs, et ont souvent été interprétées par les tribunaux de manière incohérente et avec des conséquences considérables.

Dans un précédent projet de texte, le Canada favorisait une liste restreinte de situations équivalant à une violation du traitement juste et équitable (dénier de justice, violation majeur du principe d'application régulière de la loi, caractère arbitraire manifeste, discrimination ciblée, traitement abusif). L'UE a au contraire proposé une liste non exhaustive, rendant ainsi le concept du traitement juste et équitable très large, et donc hautement problématique.

Les parties se sont maintenant mises d'accord sur une nouvelle approche consistant en une liste fermée qui inclut un mécanisme de flexibilité permettant aux parties de discuter régulièrement de l'obligation en matière de TJE. Il s'ajout d'un ajout intéressant pouvant être appliqué à d'autres dispositions.

En outre, les parties ont convenu qu'une violation du TJE pourrait être avérée dans d'autres situations équivalant à une violation du droit coutumier international (c.-à-d. lorsqu'une obligation est « reconnue dans la pratique générale de l'État dans une législation »). Malheureusement, cela réintroduit l'incertitude que les parties cherchaient à éviter par l'adoption d'une liste fermée. Il aurait été préférable de définir le TJE en donnant une liste de situations équivalant à la violation d'une obligation.

Il faut cependant noter que compte tenu de l'absence d'une clause spécifique d'exception relative à la disposition NPF (voir plus haut), toute précision dans la formulation de la clause TJE pourrait ne pas être prise en compte par les tribunaux, puisqu'un investisseur pourrait recourir à une autre disposition TJE plus vague provenant d'autres traités dans une procédure relevant du chapitre sur l'investissement de l'AECG.

L'UE propose également d'inclure une « clause parapluie », qui donne aux investisseurs la possibilité d'affirmer que la violation d'un contrat ou d'un autre accord est une violation du traité lui-même. Par conséquent, les engagements de l'État d'accueil en seraient significativement élargis, laissant les États d'autant plus exposés aux demandes d'arbitrage international. Les traités canadiens ne contiennent généralement pas de clause parapluie, et le Parlement européen a exprimé sa préoccupation concernant son utilisation dans les traités d'investissement.

L'expropriation

Précédemment, dans les négociations, le Canada et l'UE avaient des propositions divergentes quant à l'expropriation indirecte. Conformément à sa pratique historique, le Canada proposait d'exclure les mesures relatives à l'intérêt public (c.-à-d. les réglementations environnementales, sanitaires ou sécuritaires) de la notion d'expropriation indirecte, ce qui contribuerait à limiter les interprétations larges faites par les tribunaux pour savoir si une mesure gouvernementale représente une expropriation ou non. Toutefois, l'UE suggérait que ces mesures devaient faire l'objet de deux tests de « nécessité » et de « proportionnalité » pour déterminer si elles représentent une expropriation indirecte. Le projet de texte de mai s'appuie sur les formulations des deux propositions sans toutefois inclure les tests de nécessité et de proportionnalité. Il s'agit d'un développement positif.

Comme déjà remarqué précédemment, puisque la formulation de l'AECG sur l'expropriation diffère des formulations utilisées dans les TBI de certains États membres de l'UE et dans les TBI plus anciens du Canada,

si elle n'est pas proprement définie, la disposition NPF pourrait permettre aux investisseurs d'importer d'autres dispositions sur l'expropriation lors d'une procédure au titre de l'AECG.

Les réserves et exceptions générales

Les dispositions relatives aux réserves et exceptions stipulent que certains engagements de fond ne s'appliquent pas aux mesures non-conformes existantes listées dans les annexes. Cela signifie que les États pourraient devoir supprimer les lois, réglementations et autres mesures préexistantes qui ne sont pas conformes avec les engagements du chapitre sur l'investissement, sauf si elles sont explicitement exclues en annexe. Cela est risqué, car il est très difficile de savoir avec certitude que toutes les mesures non-conformes seront listées en annexe. Une meilleure approche consisterait à exempter toutes les mesures non-conformes, garantissant ainsi le maintien de toute mesure non-conforme existante, sauf indication contraire. Le Canada a déjà utilisé cette approche dans certains de ses traités les plus récents.

Une clause d'exception générale

Le Canada et l'UE se sont mis d'accord sur la structure d'une clause d'exception générale dans le chapitre sur l'investissement, mais ne sont pas encore d'accord sur son contenu. Si le Canada semble vouloir limiter les mesures autorisées (« l'une ou l'autre des parties pourra adopter ») à seulement trois catégories de mesures (visant à protéger la santé humaine, animale ou végétale, à garantir le respect de la législation nationale, et à la préservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou non), l'UE souhaite également ajouter d'autres catégories de mesures, notamment visant à protéger la sécurité, la moralité et l'ordre publics, ainsi que les trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique. Les deux parties veulent que ces exceptions soient sujettes à un test dit de « nécessité », ce qui pose différents problèmes juridiques, comme cela s'est vu dans le contexte de l'OMC. Les clauses d'exceptions proposées ne permettront pas de sauvegarder la marge de manœuvre politique du gouvernement de manière satisfaisante. Il est bien plus important de clarifier et de délimiter les dispositions essentielles de fond présentes dans le chapitre sur l'investissement, telles que le traitement juste et équitable, l'expropriation, la clause NPF, etc. Cela est encore plus évident depuis que l'UE propose précisément que la clause d'exception générale ne s'applique pas à l'expropriation et au traitement juste et équitable.

L'arbitrage investisseur-État

L'élément le plus préoccupant du chapitre sur l'investissement du projet d'accord UE-Canada est l'inclusion du règlement des différends investisseur-État⁵. Compte tenu que les systèmes judiciaires européen et canadien sont bien développés, il semble inapproprié de permettre aux investisseurs de délaïser les systèmes judiciaires nationaux en faveur de tribunaux privés, dispensés de rendre compte de leurs actes pour la plupart. Si le RDIE était maintenu dans l'accord, ces tribunaux

ne devraient être saisis qu'en dernier recours, après que les solutions internes n'aient été épuisées. C'est en effet ce que le Parlement européen a demandé en suggérant de « profondes modifications »⁶. Dans sa résolution du 6 avril 2011, le Parlement stipulait « que le système actuel de règlement des différends doit être profondément modifié pour intégrer [...] l'obligation d'épuiser les recours juridiques locaux lorsqu'ils sont suffisamment fiables pour garantir une procédure équitable... » (paragraphe 31)⁷. L'UE et le Canada ont complètement ignoré cette demande.

“ L'élément le plus préoccupant du chapitre sur l'investissement du projet d'accord UE-Canada est l'inclusion du règlement des différends investisseur-État ”

Selon un tableau du 17 mai 2013, le Canada et l'UE ne se sont pas mis d'accord sur la portée du règlement des différends investisseur-État. Il reste encore à voir si les questions relatives à l'accès au marché et à l'établissement, ainsi qu'à l'interdiction des prescriptions de résultats seront couvertes par le règlement des différends investisseur-État.

Pour faire face à certains problèmes inhérents à l'arbitrage en matière d'investissement, la principale amélioration par rapport aux TBI des États membres de l'UE est une meilleure transparence à toutes les étapes du processus d'arbitrage, que le Canada inclut depuis longtemps dans ses traités. En outre, certaines parties du texte concernant l'indépendance des arbitres restent entre crochets. Celles-ci stipulent que les arbitres doivent respecter les directives de l'Association internationale du barreau (AIB) relatives aux conflits d'intérêts dans les arbitrages internationaux, ou qu'un Code de conduite devra être établi dans le cadre du traité. La création d'un code de conduite spécialement pour les arbitres tranchant les litiges relevant du traité est utile et nécessaire compte tenu de l'état actuel de l'arbitrage en matière d'investissement. Il est utile dans la mesure où il renforcera ou complètera des normes moins appropriées établies par d'autres organes telles que celles du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale. Les parties envisagent toutefois une formulation selon laquelle ce Code de conduite ne s'appliquerait pas nécessairement, car les arbitres devront respecter le Code ou les directives de l'AIB relatives aux conflits d'intérêts. Si les directives de l'AIB sont une référence très utile, elles s'appliquent de manière générale à l'arbitrage international. Un code de conduite peut être plus facilement façonné pour aborder des

préoccupations spécifiques relatives aux conflits d'intérêt des arbitres dans l'arbitrage *en matière d'investissement*. Aussi, les parties ne devraient pas avoir le choix entre les règles de l'AIB ou un code spécifique, mais le code devait au contraire intégrer et se baser sur les règles de l'AIB et inclure des éléments spécifiques à l'investissement. Le code de conduite devrait notamment clairement spécifier que les arbitres tranchant une affaire relevant d'un traité d'investissement ne peuvent pas simultanément être conseiller juridique dans d'autres arbitrages relevant de traités d'investissement. Finalement, le projet indique que les parties pourraient convenir d'adopter un code de conduite seulement *une fois* l'accord adopté. Ce type d'ajournement devrait être évité.

Il semble également que le Canada et l'UE soient d'accord pour créer un « Comité sur les services et l'investissement », qui devrait superviser la mise en œuvre des dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État. Le comité serait chargé d'examiner « dans quelles conditions l'on pourrait créer un mécanisme d'appel ». Cet engagement visant à étudier la possibilité de créer un mécanisme d'appel est plutôt faible. Compte tenu du fait qu'il n'est pas urgent d'introduire le règlement des différends investisseur-État dans le contexte Canada-UE, les parties aux négociations perdent l'occasion d'introduire une approche réellement novatrice. Il serait préférable de subordonner l'introduction du règlement des différends investisseur-État à la création d'un mécanisme d'appel ou similaire approprié.

Conclusion

L'UE et le Canada négocient actuellement un chapitre sur l'investissement qui ressemble à un mélange des dispositions des ALE européens sur l'établissement et l'accès au marché, des traités et chapitre d'investissement du Canada, et des traités des États membres de l'UE. Le texte de mai ne présente pas de modifications novatrices majeures visant à régler les problèmes mis au jour dans le règlement des différends investisseur-État, et semble ne pas tenir compte du fait que tant le Canada que les pays de l'UE disposent de cadres juridiques et de tribunaux fonctionnant correctement.

Il ne contient que des améliorations timides par rapport aux dispositions des TBI des États membres européens sur le traitement juste et équitable et l'expropriation. Ces modifications seront toutefois vaines si la clause NPF permet aux investisseurs d'importer des garanties d'autres traités canadiens ou des États membres de l'UE lors de procédure relevant du chapitre sur l'investissement de l'AECG.

Concernant la libéralisation des investissements, les deux parties ont convenu d'inclure des engagements contraignants en matière d'accès au marché et de droits préalables à l'établissement. Un changement particulièrement déconcertant est en effet que l'UE semble avoir été convaincue de passer d'une approche de liste positive à une approche de liste négative de l'accès au

marché, moins prévisible et plus difficile à mettre en œuvre. Une question importante à trancher consiste à savoir si l'UE sera d'accord de subordonner ses engagements en matière d'accès au marché et d'établissement au règlement des différends investisseur-État ; elle ne l'a jamais fait par le passé. Alors que l'UE et le Canada entament les dernières étapes des négociations, il existe la possibilité de créer une approche améliorant réellement le droit international des investissements, notamment en lien avec les questions relatives au règlement des différends. Espérons que cette opportunité sera saisie.

Auteur

Nathalie Bernasconi-Osterwalder est avocate internationale expérimentée et dirige le programme d'investissement de l'Institut international pour le développement durable (IISD).

Notes

1 Commission européenne, Aperçu de l'ALE et des autres négociations commerciales, 9 avril 2013, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf.

2 Conseil de l'Europe, communiqué de presse, p. 13, 12 septembre 2011, disponible sur http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/EN/genaff/124579.pdf.

3 Le texte du 31 mai 2013 n'a pas été rendu public par les parties aux négociations, mais un projet de texte de février 2013 est disponible sur <http://tradejustice.ca/fr/section/3>.

4 Voir Commission du commerce international (Kader Arif), rapport sur la future politique européenne en matière d'investissement internationaux (2010/2203(INI)), 22 mars 2011, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0070+0+DOC+XML+V0//FR>

5 Cette information se base sur un tableau de compromis – qui n'a pas été rendu public – relatif au texte sur le règlement des différends investisseur-État du chapitre sur l'investissement de l'AECG daté du 17 mai 2013.

6 Voir Commission du commerce international (Kader Arif), rapport sur la future politique européenne en matière d'investissement internationaux (2010/2203(INI)), 22 mars 2011, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0070+0+DOC+XML+V0//FR>

7 Voir également la résolution du Parlement européen du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux ((2010/2203(INI)), disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+XML+V0//FR>. Pour un commentaire, voir Marc Maes, *Alors que les États membres européens insistent sur le statu quo, le parlement européen appelle à une réforme de la politique européenne d'investissement*, Investment Treaty News, 1er juillet 2011, disponible sur http://www.iisd.org/pdf/2011/iisd_itn_july_2011_fr.pdf.

L'évolution d'une pratique canadienne : Commentaire sur le modèle d'accord de protection des investissements du Canada par Catharine Titi

article 5



Si la révision qui a donné naissance au modèle d'accord de protection des investissements (API) des États-Unis en avril 2012 a été étroitement observée et commentée¹, une attention bien moindre a été portée aux changements dans le modèle d'API canadien. Ceci s'explique probablement par le fait que celui-ci soit le résultat d'une mise à jour continue. La dernière révision formelle du modèle d'API canadien remonte à 2004, et depuis lors des efforts continus ont été entrepris pour affiner et mieux organiser le texte du traité. Ces changements se sont accumulés de manière significative avec le temps ; le modèle de texte de 2012 est plus court d'environ dix pages que la version de 2004. Ce bref article met en lumière l'évolution du modèle d'API canadien depuis 2004. Les observations suivantes ne prétendent pas être exhaustives mais visent simplement à mettre en exergue certains amendements ou nouvelles dispositions adoptés par la version de 2012 du modèle.

Un des premiers changements que l'on peut observer concerne la disposition relative à l'expropriation à l'article 10 de la nouvelle version du modèle (anciennement l'article 13). Si la plupart de ses dispositions n'ont pas changé², le nouvel article abandonne les prescriptions explicites d'utiliser la formule de Hull exigeant une indemnisation « prompte, adéquate et effective »³ en faveur d'une formulation très proche de celle de l'ALENA⁴. Elle fait référence au « versement d'une indemnité conformément aux paragraphes 2 et 3 » du même article, exigeant que « la juste valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant son expropriation [soit] versée promptement et [qu'elle soit] effectivement réalisable et librement transférable ». Cette même disposition intègre une note de bas de page de la version de 2004, qui fait maintenant partie du texte de l'article 10(1), et spécifie que « le présent paragraphe doit être interprété conformément à l'annexe B.10 » sur l'expropriation indirecte. L'annexe B.10 reste inchangée.

Il convient de constater que le changement le plus significatif est probablement l'ajout d'une disposition sur la responsabilité sociale des entreprises. Le nouvel article 16 du modèle, intitulé *Responsabilité sociale des entreprises* stipule comme suit :

« Chacune des Parties encourage les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer, sur une base volontaire, dans leurs pratiques et politiques internes des normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises, telles que les déclarations de principe auxquelles les Parties ont adhéré et qui portent sur des questions comme le travail, l'environnement, [les] droits de la personne, les relations avec la collectivité ou la lutte contre la corruption ».

Dans le cadre de son article sur les exceptions générales, l'article 18(1) (anciennement l'article 10(1)) du modèle d'API canadien se débarrasse du chapeau qui précédait

auparavant la clause relative aux exceptions générales calquées sur l'article XX du GATT. Les prescriptions incluses dans le chapeau, et relatives à l'application des mesures gouvernementales autorisées de manière à ne pas constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée à l'investissement ou au commerce international, continuent de s'appliquer grâce à un deuxième sous-paragraphe de la même disposition⁵. L'objectif de ce changement n'est pas clair, si ce n'est de dissocier la disposition de l'article XX du GATT et du débat généré par l'« inclusion » de celui-ci dans les traités d'investissement. L'exception culturelle du modèle d'API canadien est aussi légèrement différente, même si, également dans ce cas, on ne sait pas bien quels sont les effets sur l'exception, le cas échéant, des différentes formulations. La définition de ce qu'est une « personne menant des activités dans l'industrie culturelle » (anciennement la définition des « industries culturelles ») est d'ores et déjà incluse dans l'article 18(7) qui comprend également l'exception elle-même. Dès lors, ce dernier dispose : « Le présent accord ne s'applique pas aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie à l'égard des personnes menant des activités dans l'industrie culturelle. » Au demeurant, il faut bien quelques derniers changements, et notamment l'élimination de différentes dispositions de la nouvelle mouture du modèle d'API canadien. D'abord, l'ancien article 8 sur les monopoles et les entreprises publics a été supprimé, et, dans le même temps, un deuxième paragraphe a été ajouté à l'article 2 sur le *Champ d'application* lié à l'exercice de l'autorité gouvernementale déléguée par une personne d'une des parties contractantes. Ce changement viserait à rationaliser le modèle tout en maintenant explicitement la couverture des monopoles et entreprises publics en conformité avec le droit international coutumier. Deux autres suppressions, d'une part de l'annexe sur les observations des tiers⁶, et, de l'autre, de l'annexe contenant la forme de la renonciation et du consentement⁷, ont également eu lieu afin de rationaliser encore le modèle d'API.

En guise de conclusion, le modèle d'API canadien a évolué depuis 2004, même si ses dispositions de fond restent généralement inchangées. Force est de constater que le pays accepte occasionnellement de réaliser des modifications importantes des principales dispositions du modèle au cours de négociations. Cela s'est récemment produit dans son accord avec la Chine, lorsque le Canada a accepté d'omettre des dispositions relatives au droit au traitement national dans la phase de pré-établissement et aux interdictions de prescriptions de résultat, entre autres déviations de son modèle⁸. En d'autres termes, alors que le Canada adapte son propre modèle, il est également disposé, semble-t-il, à accepter des changements dans certaines dispositions majeures proposés par ses partenaires de négociation.

Auteur

Catharine Titi est chercheuse à l'Université de Siegen en Allemagne.

Notes

1 Par exemple, voir Muchlinski P. (2010), *Trends in International Investment Agreements, 2008/2009: Review of the Model Bilateral Investment Treaties of Norway, South Africa, and the United States*, dans Sauvant K. P. ed. *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010*. New York: Oxford University Press ; BIT Review: Written Comments Concerning the Administration's Review of the U.S. Model Bilateral Investment Treaty (Docket ID: USTR-2009-0019). *Transnational Dispute Management* 7 (1) ; Alvarez J. E. (2011), *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Académie de droit international de la Haye, p. 340.

2 Voir notamment l'article 10(2)-(5) du modèle d'API canadien (2012).

3 Article 10(1) du modèle d'API canadien (2012).

4 Voir l'article 1110 de l'ALENA.

5 Article 18(1)(b) du modèle d'API canadien (2012).

6 Annexe C.39 du modèle d'API canadien (2004).

7 Annexe C.26 du modèle d'API canadien (2004).

8 Article 5(3) de l'API entre le Canada et la Chine.

Nouvelles en bref

La Commission européenne cherche à obtenir la permission d'entamer les négociations pour un traité d'investissement avec la Chine

La Commission européenne a proposé aux États membres de l'UE un mandat de négociations pour un accord d'investissement avec la Chine. Il pourrait s'agir du premier accord d'investissement autonome de l'UE, puisque celle-ci a obtenu la compétence en matière d'investissement étranger direct en 2009.

Le mandat de négociations doit être approuvé par le Conseil européen avant que la Commission ne puisse entamer les négociations. La Chine doit également formellement donner son accord pour commencer les négociations. L'UE et la Chine s'étaient mises d'accord en février 2012, lors du 14^{ème} sommet UE-Chine, de commencer à travailler sur un accord d'investissement.

Il existe actuellement des traités bilatéraux d'investissement entre la Chine et 26 États membres de l'UE, qu'un accord signé avec l'UE permettrait d'intégrer dans « un seul texte cohérent », d'après la Commission.

Celle-ci vise un accord qui couvrirait la protection et la libéralisation de l'investissement. Elle affirme que l'une des questions « essentielles » est celle de « l'accès au marché chinois ». Jusqu'à présent, la Chine s'abstenait de prendre des engagements en matière d'accès au marché et de traitement national dans ses accords commerciaux et d'investissement.

La Commission pourrait faire face à d'importants défis en essayant d'influencer la position chinoise sur l'accès au marché. Il semble que l'Europe ait davantage à gagner, puisque son marché est plus ouvert que celui de la Chine aux investisseurs étrangers. Un représentant de la Commission a également reconnu dans *European Voice* que la protection offerte aux investisseurs chinois n'est pas une grande préoccupation de la Chine.

En 2011, les entreprises européennes ont investi 17,5 milliards d'euros en Chine, tandis que celle-ci n'a investi que 2,8 millions d'euros. La Commission remarque que cela représente moins de 3 % des flux sortants totaux de l'EU et de la Chine réunies, et affirme donc que « l'approfondissement des liens d'investissements bilatéraux renferme un énorme potentiel ».

Si cela marque les premiers efforts de l'UE en vue d'un traité d'investissement bilatéral autonome, la Commission intègre depuis quelques temps plus activement des dispositions relatives à l'investissement dans ses accords économiques et commerciaux plus larges. Actuellement, l'UE a des négociations en cours avec le Canada, l'Inde, le Japon, la Malaisie, la Thaïlande, le Vietnam et les États membres du Mercosur.

La Grèce fait face à des plaintes relatives à la restructuration de sa dette souveraine

Une plainte a été formulée contre la Grèce au sujet de mesures en lien avec sa dette souveraine.

Les demandeurs, Postova Banka A.S., basée en Slovaquie, et son actionnaire Istrokapital, se plaignent du fait que la Grèce a forcé Postova à échanger ses obligations grecques pour des titres de moindre valeur. La demande a été déposée au CIRDI le 20 mai 2013.

Le service d'informations spécialisé IAREporter a également parlé d'une deuxième plainte éventuelle contre la Grèce, par la Banque populaire de Chypre, qui a déposé un avis de différend en novembre 2012. Selon IAREporter, la

banque se plaint de la discrimination que la Grèce applique à l'égard des banques étrangères dans son programme de fourniture de liquidité d'urgence, par lequel la banque nationale offre un soutien aux banques illiquides.

La Grèce n'est pas le premier pays à faire face à des demandes en matière d'investissement par les détenteurs de dette souveraine. L'Argentine fait face à trois de ces demandes relatives à la restructuration de sa dette en 2005. Dans la plus importante d'entre elles, des dizaines de milliers de détenteurs italiens d'obligations cherchent à obtenir environ 3,4 milliards USD en dommages et intérêts (*Abaclat c. Argentine*).

Des investisseurs déposent un avis d'arbitrage contre la République Tchèque en réponse aux modifications des mesures incitatives relatives aux énergies renouvelables

Un groupe de huit investisseurs dans l'énergie photovoltaïque ont déposé une demande d'arbitrage contre la République Tchèque, qui a modifié ses mesures incitatives relatives aux énergies renouvelables.

Ce groupe, qui se fait appeler le International PhotoVoltaic Investors Club, se plaint « des modifications drastiques apportées fin 2010 au cadre juridique et réglementaire en faveur du secteur solaire ». Les mesures contestées incluent une taxe de 26 % sur les recettes générées par les installations solaires.

Les investisseurs se plaignent du fait que le pays ait fait marche arrière sur des mesures incitatives conçues pour attirer le capital étranger investi dans des projets d'énergie solaire. Dans une déclaration, le groupe prétend vouloir un arbitrage au titre de plusieurs traités bilatéraux d'investissement et du Traité sur la Charte de l'énergie.

D'autres demandes similaires ont vu le jour en Europe. Quatorze investisseurs ont déposé une demande contre l'Espagne au sujet de la réduction rétroactive des tarifs de l'énergie solaire. L'Espagne a connu une explosion de l'investissement dans les énergies renouvelables grâce à un tarif de subventionnement favorable, qui permettait de garder des prix bas même quand les coûts technologiques augmentaient. En Italie, d'autres investisseurs se plaignent également du fait que le gouvernement italien ait rompu ses engagements à long terme de fournir un soutien au prix aux fournisseurs d'énergie renouvelable.

La CNUCED nomme un nouveau directeur-général

Le Secrétaire général des Nations Unies, Ban Ki-moon a nommé Mukhisa Kituyi, ancien membre du parlement kényan et ancien ministre du commerce et de l'industrie du Kenya, au poste de Secrétaire-général de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) pour un mandat de quatre ans, prenant effet au 1^{er} septembre 2013.

M. Kituyi est actuellement un collaborateur de l'Institution Brookings basée à Washington, et responsable de l'Institut de la Gouvernance à Nairobi. Sa nomination sera proposée à l'Assemblée générale des Nations Unies pour approbation.

Si elle est confirmée, M. Kituyi remplacera Supachai Panitchpakdi de Thaïlande, qui a pris ses fonctions le 1^{er} septembre 2005, puis a été nommé de nouveau en 2009. M. Supachai terminera son deuxième mandat de quatre ans le 31 août 2013.

Sentences et décisions

Une violation limitée de la clause TJE est reconnue dans une affaire contre la Roumanie ; pas de dommages et intérêts alloués *The Rompetrol Group N.V. c la Roumanie, Affaire CIRDI n°ARB/06/3*
Margaret Devaney

Dans une décision du 6 mai 2013, un tribunal du CIRDI a déterminé que The Rompetrol Group (TRG) avait démontré une violation limitée du traité bilatéral d'investissement (TBI) Pays-Bas-Roumanie, mais n'avait pas réussi à démontrer des pertes économiques ou un préjudice moral. L'entreprise hollandaise avait avancé que l'enquête pénale menée par les autorités roumaines contre des employés de l'entreprise violait les dispositions du TBI sur le traitement juste et équitable (TJE), la protection physique et la sécurité, et la non-ingérence.

Contexte

En 1998, un groupe d'investisseurs mené par M. Dinu Patriciu, un citoyen roumain, a acheté une participation de contrôle dans Rompetrol S.A., une entreprise roumaine de services pétroliers, anciennement une entreprise publique jusqu'en 1993. Cet investissement a été restructuré, puis détenu par l'entreprise hollandaise TRG. TRG a acheté à la Roumanie une participation de contrôle de Petromidia, propriétaire d'une grande raffinerie pétrolière, ensuite connue sous le nom Rompetrol Rafinare S.A (RRC).

En 2004, le Bureau roumain de lutte contre la corruption a lancé une enquête sur la privatisation de Petromidia. Le dossier a rapidement été transféré au Bureau du procureur général (BPG). Le BPG a ouvert une enquête sur RRC, qui a conduit à l'arrestation et la mise en détention de M. Patriciu ; son téléphone a également été mis sur écoute et il s'est vu interdit de voyager.

TRG a avancé que l'enquête des autorités publiques sur M. Patriciu et ses associés étaient menée de manière oppressante, manquait de transparence, et violait les normes internationale de procédure. Il a avancé que l'enquête équivalait à un harcèlement avalisé par l'État et était motivée par un désir de nuire à M. Patriciu pour des raisons politiques et commerciales. Le groupe prétendait également que les autorités publiques (ou les procureurs) étaient de connivence avec une autre raffinerie pétrolière concurrente. TRG a également allégué la violation des droits de procédure en lien avec des chefs d'accusation criminels contre M. Patriciu et un autre employé de TRG, M. Philip Stephenson, peu de temps après le début de la procédure relevant du traité d'investissement.

La Roumanie a répondu que l'enquête s'inscrivait dans le cadre d'une stratégie nationale de lutte contre la corruption, qui concernait d'autres parties-prenantes commerciales, et que la stratégie était menée plus fermement afin de pouvoir adhérer à l'UE. La Roumanie a également avancé que TRG abusait du processus d'arbitrage en matière d'investissement et l'utilisait pour chercher à obtenir l'abandon de l'enquête contre M. Patriciu.

Il est nécessaire d'avoir un lien entre la conduite de l'État envers des individus et les violations du traité

Le tribunal a noté que, habituellement, les mesures principalement contestées n'étaient pas dirigées contre le demandeur ou sa principale filiale roumaine, RRC, mais plutôt contre les personnes gérant les affaires de ces deux entreprises. Le tribunal a déterminé que les droits de ces individus sont personnels et distincts de ceux de TRG, et a affirmé que, même si un acte dirigé à l'encontre d'une personne a été jugé comme une violation de ses droits personnels, le demandeur devrait quand même devoir

démontrer un lien entre cette conduite et une conduite à l'encontre d'un investisseur ou de son investissement afin d'établir une violation du TBI.

Le tribunal a considéré que ce lien nécessaire pouvait prendre deux formes : (a) une conduite dirigée à l'encontre de personnes pour des actions prises au nom de, et dans l'intérêt de l'investisseur, ou (b) une conduite dirigée à l'encontre de personnes (à titre personnel) afin de nuire à l'investisseur.

Pas de preuves d'un harcèlement avalisé par l'État, mais une violation limitée du TJE

Tout en soulignant que le rôle d'un tribunal tranchant au sujet d'un traité d'investissement n'était pas de juger si l'enquête ou les poursuites pénales étaient justifiées au titre du droit national, le tribunal a déterminé que les allégations pénales contre M. Patriciu et ses associés ne semblaient pas être « falsifiées » et que l'enquête et la poursuite de ces individus n'étaient pas illégales en elles-mêmes. Il a en outre affirmé que les allégations d'une campagne de harcèlement public n'étaient pas démontrées par des preuves, et qu'il n'y avait pas non plus de preuves d'un objectif commun liant les actions des autorités publiques.

Malgré cela, le tribunal a reconnu qu'un « comportement illégal » au cours d'une enquête légale pouvait équivaloir à une violation du TBI si ce comportement est suffisamment grave et répété pour affecter les intérêts de l'investisseur et si l'État ne prête pas suffisamment d'attention à la protection que les intérêts de l'investisseur méritent. Le tribunal a lié cette obligation aux attentes légitimes de l'investisseur protégé, étant d'avis que les attentes légitimes de l'investisseur incluent que l'État d'accueil cherchera à éviter tout dommage inutile à l'investissement si les intérêts de l'investisseur sont directement ou indirectement affectés par la procédure pénale.

En appliquant cette logique aux faits, le tribunal a déterminé que les actions de certains procureurs étaient teintées d'animosité et d'hostilité à l'égard de M. Patriciu. Le tribunal a également conclu que des irrégularités avaient eu lieu pendant l'enquête pénale, et que l'on avait inutilement trop attendu avant de mettre fin à un ordre du BPG ordonnant la saisie des parts de RRC. Le tribunal a conclu qu'à partir d'un certain moment, les autorités de l'État étaient conscientes du fait que de telles actions affectaient négativement TRG, et, fait décisif, elles n'ont pris aucune mesure pour évaluer ou minimiser la possibilité des dommages. C'est pourquoi le tribunal a considéré qu'il y avait eu une violation limitée de la clause TJE du TBI.

Le tribunal a souligné que cette conclusion se basait entièrement sur les faits et ne devait être comprise comme indiquant que les violations des sauvegardes de procédures dans le contexte d'une enquête ou de poursuites pénales équivalaient automatiquement à une violation du TJE.

Pas de preuves des pertes économiques

Examinant la demande de dommages et intérêts de TRG, le tribunal a affirmé que, si sur le plan du droit les violations de dispositions telles que celles sur le TJE n'exigent pas nécessairement une preuve des dommages, si l'une ou l'autre des parties choisi de présenter sa demande en termes pécuniaires, elle devait démontrer l'ampleur de sa perte ainsi que le lien de cause à effet entre les pertes ou dommages et la violation du TBI.

À cet égard, le tribunal a déterminé que compte tenu de la nature limitée de la violation du TJE, nombre des suppositions sur lesquelles reposait l'évaluation de TRG n'étaient plus valables. Notamment, le tribunal a déterminé que la méthode

utilisée par les experts de TRG pour calculer les pertes était erronée car elle se basait sur le fait que l'ensemble de l'enquête pénale menée par les autorités roumaines devait être considérée comme illégale au titre du TBI, ce qui s'est avéré faux. Le tribunal a donc conclu que TRG n'avait pas apporté la preuve que la violation du TBI avait entraîné de réelles pertes économiques. Le tribunal a également rejeté la demande de TRG de jugement déclaratoire, compte tenu de la nature limitée de la violation du TBI.

Le tribunal rejette le préjudice moral

Le tribunal a rejeté la demande de TRG pour préjudice moral. Il s'est principalement basé sur le fait qu'un montant discrétionnaire de dommages et intérêts pour préjudice moral ne devait être accordé par procuration pour l'incapacité à démontrer les pertes économiques réelles. À cet égard, le tribunal a remarqué que les coûts des dommages à la réputation (comme les coûts financiers accrus) étaient une forme de perte économique devant être démontrée, et que TRG n'avait pas fourni suffisamment de preuves de ses problèmes accrus avec ses banquiers ou des investisseurs potentiels au cours de la période en question. Plus généralement, le tribunal était d'avis que, puisque les dommages et intérêts pour préjudice moral étaient nominaux et discrétionnaires, les tribunaux devaient avoir « un degré considérable de prudence » au moment d'allouer de tels dommages et intérêts à une société investisseuse.

Les coûts

En appliquant le principe selon lequel les coûts doivent « être réglés après l'instance », le tribunal a déterminé que les coûts devaient être équitablement partagés entre les deux parties, puisqu'il a considéré que la procédure constituait une série d'événements. Il a remarqué que TRG avait eu gain de cause dans deux de ces événements (lors de la phase des objections préliminaires et quand la Roumanie a essayé de faire renier son principal représentant juridique) mais que, lors de la phase de l'examen du fond, c'est principalement la Roumanie qui a eu gain de cause, puisque TRG n'a réussi qu'à faire établir une violation limitée du TJE.

Les arbitres de l'affaire sont Franklin Berman (président), Donald Francis Donovan (nommé par le demandeur), et Marc Lalonde (nommé par le défendeur).

La décision est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf>

La majorité d'un tribunal rejette les objections de l'Argentine à la compétence dans une affaire relatives aux bons souverains *Ambiente Ufficio S.p.A. et autres (affaire anciennement connue comme *Giordana Alpi et autres*) c. la République d'Argentine, Affaire CIRDI n°ARB/08/9, décision sur la compétence et la recevabilité* **Diana Rosert**

La majorité d'un tribunal du CIRDI a reconnu sa compétence dans une affaire présentée par quelques 90 détenteurs italiens de bons, contre le gouvernement argentin. Pour arriver à cette décision, les arbitres, le Juge Bruno Simma et le Professeur Karl-Heinz Böckstiegel, se sont largement appuyés sur une décision, très controversée, de 2011 sur la compétence dans l'affaire *Abaclat et autres c. l'Argentine*, impliquant 60'000 demandeurs italiens aux griefs similaires contre l'Argentine.

Le troisième arbitre, Santiago Torres Bernárdez, n'était pas d'accord avec la décision de la majorité. Notamment, M. Torres Bernárdez est également arbitre dans l'affaire *Abaclat* où il a remplacé le Professeur Georges Abi-Saab qui a démissionné peu de temps après la publication de son opinion divergente en 2011.

La décision sur la compétence dans une troisième affaire du CIRDI relative aux bons du trésor argentins, *Giovanni Alemanni et autres c. la République d'Argentine* (affaire CIRDI n°ARB/07/8), se fait attendre.

Contexte

Le tribunal a été constitué en 2008 après une demande de procédure au titre du TBI Argentine-Italie. L'affaire a commencé avec plus de 100 porteurs italiens de bons désireux d'obtenir une compensation pour le non respect présumé par le gouvernement argentin de ses obligations au titre du traité, lors de la restructuration de sa dette souveraine en 2001.

Suite au consentement des deux parties, le tribunal a autorisé 29 demandeurs à se retirer de la procédure puisqu'ils avaient accepté l'offre argentine de 2010 visant à échanger les bons pour de nouveaux. C'est à ce moment que l'affaire *Giordano Alpi c. Argentine est devenue Ambiente Ufficio S.p.A. et autres c. Argentine*.

Les demandeurs affirmaient que les actions de l'Argentine constituaient une violation des dispositions sur le traitement juste et équitable, la protection et la sécurité intégrales, et des normes d'indemnisation de l'expropriation contenues dans le TBI. Ils souhaitent obtenir du gouvernement argentin le remboursement de la valeur nominale des bons en question, des intérêts et des autres dommages, ainsi que des coûts d'arbitrage.

L'arbitrage multipartite est considéré comme conforme au TBI et à la Convention du CIRDI

L'Argentine insistait sur le fait que cette affaire était un recours collectif qui devait faire l'objet d'un consentement explicite, puisque ni la Convention du CIRDI ni le TBI ne le couvraient. L'Argentine arguait également que l'acceptation de la demande pouvait se faire au détriment d'une procédure en bonne et due forme.

La majorité a toutefois déterminé qu'un tel risque n'existait pas en l'espèce. Le tribunal a également considéré qu'il y avait suffisamment de points communs entre les demandeurs, et a donc rejeté l'affirmation de l'Argentine selon laquelle les demandeurs avaient des intérêts sans lien et étaient porteurs de bons différents, ce qui les empêchait de formuler une demande collective.

En outre, le juge Simma et le professeur Böckstiegel ont établi que de nombreux tribunaux du CIRDI avaient reconnu leur compétence dans des affaires impliquant plusieurs demandeurs. Selon le tribunal, la jurisprudence et la littérature considèrent également l'arbitrage multipartite comme une pratique commune.

Le tribunal a également examiné le rôle joué dans la procédure par la North Atlantic Société d'Administration (NASAM), une entreprise avec laquelle les demandeurs avaient signé une convention de financement qui stipulait, entre autres, les paiements dus par les demandeurs à la NASAM pour ses services et leurs parts respectives dans toute indemnisation éventuellement accordée.

Selon l'Argentine, la NASAM contrôlait intégralement « les demandes des demandeurs dans l'arbitrage » et créait une distorsion de la relation client-conseil. L'Argentine affirmait en outre que la NASAM avait sollicité des demandeurs potentiels pour entamer l'arbitrage contre l'Argentine et que l'entreprise était la « seule bénéficiaire » du différend.

Mais le tribunal a déterminé que, malgré l'existence « d'une relation spéciale » entre les demandeurs et la NASAM, celle-ci

n'avait pas le rôle que l'Argentine prétendait lui faire jouer, et « qu'aucun élément de preuves » n'existait pour démontrer que l'arrangement pourrait altérer la compétence du tribunal.

Les demandeurs remplissent le critère de la nationalité

La Convention du CIRDI et le TBI Argentine-Italie contiennent tous deux une prescription de nationalité pertinente pour déterminer la compétence du tribunal. Si le TBI exige des demandeurs d'être des citoyens italiens, la Convention du CIRDI exige que les demandeurs aient la nationalité le jour où ils consentent à soumettre leur différend au secrétariat du CIRDI, ainsi que le jour de l'enregistrement, et n'autorise pas les demandeurs à avoir la double nationalité italienne et argentine.

Alors que l'Argentine arguait que les documents présentés par les demandeurs ne remplissaient pas les critères, le tribunal a déterminé que les demandeurs avaient fourni suffisamment de preuves pour satisfaire au critère de nationalité durant la phase de la compétence.

La décision des deux arbitres de diviser la charge de la preuve a contribué à cette conclusion. Ils étaient d'avis qu'il incombait aux demandeurs de prouver leur nationalité italienne, et que pour disqualifier les demandeurs, le défendeur devait démontrer qu'ils avaient la nationalité argentine ou la double nationalité italienne-argentine. L'Argentine n'avait pas fourni suffisamment de preuves tangibles en ce sens. Le tribunal n'a pas examiné si chaque demandeur remplissait le critère de nationalité mais a affirmé qu'il reviendrait sur la question plus tard si nécessaire.

Les bons sont « sans aucun doute » un investissement protégé

Le tribunal a fait siennes les conclusions du tribunal d'*Abacfat* sur la question, concluant qu'il ne faisait « aucun doute » que les bons détenus par les demandeurs constituaient un investissement au titre de la Convention du CIRDI et du TBI Argentine-Italie.

Compte tenu que l'investissement n'est pas défini dans la Convention du CIRDI, le tribunal a examiné les discussions qui ont eu lieu au moment de son adoption ainsi que le climat général de l'époque. Tout en prenant note de la controverse dans la jurisprudence et les écrits universitaires au sujet du sens exact de « l'investissement » dans la Convention, la majorité a conclu que les signataires du CIRDI avaient délibérément choisi de laisser une définition ouverte afin de couvrir une large gamme d'opérations économiques. Le tribunal a toutefois noté que le mécanisme de notification de la Convention et les TBI des signataires donnaient aux pays la possibilité d'imposer des limites à la portée des investissements couverts.

La majorité a également considéré que le TBI Argentine-Italie offrait une liste non-exhaustive de différents types d'investissement, notamment les bons. Le principal contre-argument argentin était que les mots « obligaciones » et « obbligazioni » utilisés dans les versions espagnole et italienne authentiques du TBI devaient être traduits en anglais par « obligations » et non pas par « bons ». L'Argentine contestait le fait que les signataires du TBI voulaient inclure les bons.

Le pays affirmait également que les demandeurs « n'étaient pas les porteurs de bons eux-mêmes, qui n'avaient, dans le meilleur des cas, que des intérêts indirects dans les bons nominatifs » et « n'avaient pas de relation directe avec l'émetteur du bon (en l'espèce le défendeur) ou le souscripteur du bon ». Le tribunal était pourtant d'accord avec les demandeurs sur le fait que l'achat n'altérerait pas la nature ou la qualité de l'investissement.

L'Argentine insistait également sur le fait que le tribunal devait réaliser le fameux « test Salini » pour l'investissement supposé, et examiner si les bons satisfaisaient aux critères de « certaine durée, régularité des profits et du retour, risque, engagement substantiel, et contribution significative à l'économie du pays d'accueil ». Le tribunal était d'accord avec les demandeurs pour dire que les bons remplissaient ces critères, mais a conclu que, de toutes manières, la Convention du CIRDI n'exigeait pas de réaliser un test de ce genre.

En évaluant l'argument de l'Argentine selon lequel l'investissement se trouvait en dehors de son territoire et n'était donc pas couvert par le TBI, le tribunal décréta que le critère le plus important était que l'Argentine était la bénéficiaire de l'investissement, et que celui-ci avait contribué à son développement économique, preuves considérées comme suffisantes pour établir que l'investissement était réalisé « sur le territoire » de l'Argentine.

L'absence de qualité pour agir n'est pas établie

Le tribunal a également décidé que l'investissement était réalisé en conformité avec la législation de l'État d'accueil, comme l'exige le TBI Argentine-Italie.

L'Argentine avait argué que l'achat des bons par les demandeurs violait les restrictions de vente imposées par la législation italienne sur les bons. Celle-ci interdit supposément la vente de bons aux clients particuliers comme les demandeurs.

Contrairement à l'argument argentin, le tribunal a toutefois conclu que les dispositions du TBI ne s'étendaient pas à la légalité d'un investissement au titre de la loi italienne (c.-à-d. celle de l'État d'origine), mais faisaient plutôt référence à la législation de l'État d'accueil. En outre, le tribunal a ajouté que la soi-disant illégalité aurait été commise par les banques et n'affecterait donc pas le statut des demandeurs.

Suite à sa décision d'accepter les bons comme un investissement protégé, le tribunal a également rejeté l'objection argentine concernant l'absence de qualité pour agir des demandeurs. Bien que les bons aient été achetés par des intermédiaires sur un marché secondaire en dehors du territoire argentin, les demandeurs avaient des droits vis-à-vis de l'Argentine. La majorité a conclu que « la relation entre les demandeurs et l'Argentine n'est pas trop éloignée et il n'existe pas [...] de limite au-delà de laquelle les demandeurs ne peuvent prétendre exercer les droits relatifs à leurs bons auprès du défendeur ».

La plupart des arguments du défendeur au sujet de l'absence de qualité pour agir des demandeurs ont été rejetés car l'Argentine n'a pas su convaincre le tribunal que ses objections s'appliquaient à tous, ou presque tous les demandeurs ou se basaient sur des problèmes « omniprésents ».

L'un des arguments argentins a toutefois été partiellement accepté. Le tribunal était en effet d'accord avec l'Argentine pour dire que les demandeurs qui avaient entamé une procédure nationale contre la banque qui leur avait vendu les bons afin de faire invalider les contrats de vente remettait en cause leur statut d'investisseur. Le tribunal a toutefois déterminé que ces demandeurs n'auraient qu'à se retirer de la procédure du CIRDI si « leurs pertes totales étaient intégralement compensées » par la décision d'un tribunal national. Les procédures parallèles aux niveaux national et international n'ont pas été jugées comme pouvant, en elles-mêmes, créer des conflits avec la compétence du CIRDI. L'évaluation de la situation de chaque demandeur individuelle à cet égard a été reportée à la phase de l'examen du fond.

Des « violations potentielles » du TBI Argentine-Italie sont établies

Le tribunal devait déterminer si les allégations des demandeurs pouvaient constituer des violations des dispositions du TBI, et si, comme l'avance l'Argentine, il s'agissait d'un litige contractuel lié au non-paiement de dettes ne relevant pas des dispositions du traité. Il conclut que l'affaire pouvait en effet révéler d'éventuelles violations des dispositions du traité dans la mesure où l'Argentine avait fait usage de ses pouvoirs, lois et actions souveraines.

Les demandeurs n'ont pas violé les obligations de tenir des consultations préalables à l'amiable et de recourir aux tribunaux nationaux

L'Argentine prétendait que les demandeurs n'avaient pas respecté les prescriptions contenues dans le TBI d'organiser des consultations à l'amiable et de présenter le différend à un tribunal national argentin avant d'entamer un arbitrage international. Si l'Argentine avançait qu'il s'agissait de deux « prescriptions juridictionnelles obligatoires », les demandeurs ont argué que la disposition en question « ne stipule que des conditions préalables de procédure qu'il n'est pas nécessaire de respecter à la lettre ».

Le tribunal a reconnu que la jurisprudence du CIRDI était incohérente sur ces questions.

Conformément aux conclusions de la majorité du tribunal d'*Abaclat* sur la compétence, il a considéré que les conditions préalables relevaient plus de la recevabilité que de la compétence ; il a toutefois également soutenu l'opinion divergente du Professeur *Abi-Saab* qui considérait que ces pré-requis étaient contraignants.

Le tribunal a mis en avant deux caractéristiques présentes dans la formulation précise de l'article relatif aux consultations à l'amiable. Il a d'abord noté que le différend devait être réglé à l'amiable « dans la mesure du possible ». Deuxièmement, il a attaché de l'importance à l'absence d'une période minimale de consultations, puisque celle-ci est généralement commune aux autres traités.

Le tribunal a décidé que les demandeurs, bien qu'ils n'aient pas organisé de consultations, n'avaient pas violé l'article car différentes circonstances rendaient la tenue de consultations pour régler l'affaire avec le gouvernement argentin impossible. La majorité a notamment cité l'adoption de l'offre d'échange en 2005 et la loi n° 26.017 régissant l'éligibilité et l'échange des bons, qui, à sons sens, empêchaient le gouvernement de tenir des consultations.

Si les demandeurs n'ont pas non plus présenté l'affaire aux tribunaux nationaux avant d'entamer l'arbitrage international, la majorité a conclu que de tels efforts auraient été vains, et donc que l'exception à cette prescription de présenter l'affaire aux tribunaux nationaux pendant 18 mois était justifiée. Le tribunal a également souligné que l'article stipulait un « recours temporaire aux tribunaux nationaux, et non pas l'épuisement total des recours nationaux ».

La décision est disponible en anglais sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf>

Et en espagnol sur : <http://icsid.worldbank.org>

Des investisseurs espagnols résolvent des obstacles juridictionnels dans une affaire contre l'Argentine cinq ans après son enregistrement *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. la République d'Argentine, Affaire CIRDI n°ARB/07/26*
Damon Vis-Dunbar

Un tribunal du CIRDI a reconnu sa compétence pour entendre une affaire présentée par des demandeurs espagnols ayant investi dans des services d'eau et d'assainissement en Argentine.

La décision rendue le 19 décembre 2012 porte sur la question controversée consistant à savoir si les demandeurs doivent respecter l'obligation de plaider devant les tribunaux nationaux pendant 18 mois avant d'avoir recours à l'arbitrage international, obligation présente dans plusieurs traités d'investissement argentins, et ayant fait l'objet d'une attention importante de la part des tribunaux arbitraux.

Les demandeurs ont également surmonté l'argument argentin selon lequel ils n'avaient pas le statut juridique d'actionnaire dans la concession, et que leur investissement n'était pas protégé par le TBI Argentine-Espagne.

Comme la majorité des affaires d'investissement contre l'Argentine, le différend porte sur les mesures introduites par le pays pour faire face à sa crise financière en 1999-2002.

La décision sur le fond d'une affaire distincte impliquant un investisseur italien (*Impregilo S.p.A.*) dans la même concession d'eau et d'assainissement a été rendue en juin 2011 ; *Impregilo* s'est vu accordé 21 million USD plus intérêts. À l'inverse, l'affaire *Urbaser* avance très lentement. Si l'affaire a été enregistrée en 2007, les parties ont eu du mal à se mettre d'accord sur le choix des arbitres, pour différentes raisons.

Contexte

Les demandeurs, *Urbaser* et *Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia (CABB)*, détiennent conjointement 47 % de parts dans *Aguas del Gran Buenos Aires S.A. (AGBA)*, une entreprise argentine disposant d'une concession pour fournir de l'eau potable et des services d'assainissement à 7 districts de Buenos Aires.

Alors que l'Argentine entrait dans une crise financière grave, les tarifs ont été réduits et gelés. Plus tard, la province de Buenos Aires a inversé la privatisation de certains services publics, ce qui a finalement conduit *AGBA* à la liquidation. Les demandeurs souhaitent plus de 100 millions USD en dommages et intérêts, plus intérêts, pour les violations présumées du TBI Argentine-Espagne.

L'Argentine réplique que ses opérations avec *AGBA* révèlent « l'échec total du respect des attentes de l'État ». Le pays affirme que, même avant la mise en œuvre des mesures d'urgence pour répondre à la crise financière, *AGBA* ne respectait pas ses obligations.

L'exigence de respecter une période de contentieux de 18 mois est un « pré-requis » « injuste » en l'espèce

Environ un tiers de la décision du tribunal est centrée sur l'article X (2) et (3) du TBI, qui stipule les conditions pour entamer un arbitrage international. Cet article, et d'autres similaires dans d'autres TBI argentins, a préoccupé plus d'une douzaine de tribunaux – et les arbitres ont tiré des conclusions contradictoires.

L'Argentine a toujours argué que l'article, qui exige que les différends soient tranchés par un tribunal compétent du pays d'origine pendant au moins 18 mois avant d'être soumis à un arbitrage international, est une condition juridictionnelle devant être respectée. Pourtant, la majorité des tribunaux – notamment celui de cette affaire – ont trouvé des raisons pour que les demandeurs ne respectent pas cette prescription.

Certains tribunaux ont cherché à savoir si l'article X était une question de compétence ou de recevabilité, car les questions

de compétence ne peuvent être altérées par le tribunal, tandis qu'un tribunal peut choisir de déroger aux questions de recevabilité. Le tribunal de cette affaire a toutefois indiqué que ces catégorisations étaient des « concepts théoriques malavisés », puisque « la Convention du CIRDI ne contient pas de concept similaire à celui de la recevabilité d'une affaire. La Convention fait une distinction entre la compétence et le fond d'une affaire ».

Mettant de côté la distinction entre « recevabilité » et « compétence », le tribunal a tranché deux questions : « Les demandeurs étaient-ils tenus de soumettre leur différend aux tribunaux compétents de la République d'Argentine avant d'avoir recours à l'arbitrage du CIRDI ? », et « L'Argentine a-t-elle été privée d'une opportunité juste de résoudre le différend dans le cadre de son propre système juridique national compte tenu que les demandeurs n'ont pas respecté l'obligation de respecter une période de 18 mois ? »

En réponse aux deux questions, le tribunal a affirmé que l'article X stipulait en effet une pré-condition à l'accès à l'arbitrage. Il a continué en disant que l'article implique également une obligation de la part de l'État d'accueil. À savoir que celui-ci doit permettre à « ses tribunaux de fonctionner de manière à effectivement fournir la possibilité d'atteindre un recours approprié ».

Selon le tribunal, l'Argentine n'a pas offert une telle opportunité aux demandeurs. Les options offertes excèdent largement 18 mois avant d'atteindre une décision sur le fond, et il serait donc injuste pour les demandeurs d'insister sur une procédure qui n'aurait aucune chance d'atteindre une conclusion dans ce délai.

Le tribunal a également remarqué que l'Argentine avait argué que les demandeurs n'avaient pas de statut juridique devant les tribunaux nationaux au motif qu'ils réclament des droits appartenant au concessionnaire argentin, AGBA, et non à ses actionnaires. « Le défendeur ne peut pas avoir le beurre et l'argent du beurre », a écrit le tribunal.

Les demandeurs avaient aussi argué qu'ils pouvaient contourner l'obligation de plaider dans les tribunaux nationaux pendant 18 mois grâce à la clause de la Nation la plus favorisée contenue dans le TBI, puisque l'Argentine a signé des TBI n'incluant pas cette obligation. Mais après avoir conclu qu'il serait « injuste » d'imposer l'obligation aux demandeurs, le tribunal n'a pas jugé nécessaire d'examiner l'application de la clause NPF.

Le statut juridique des demandeurs est confirmé

Le tribunal a rapidement rejeté l'objection argentine au statut juridique des demandeurs. Celle-ci arguait en effet que les demandeurs présentaient une demande « dérivée ou indirecte », puisqu'ils sont actionnaires d'AGBA. Le tribunal a toutefois accepté la réponse des demandeurs selon laquelle leur demande concerne leurs propres droits, et non ceux d'AGBA.

Le tribunal a également rejeté l'argument argentin selon lesquelles les demandeurs affirmaient des droits de nature contractuelle, plutôt que relevant du TBI. Le tribunal a pris note des assurances des demandeurs que leur demande était liée à leurs droits d'actionnaires, en soulignant que le TBI fait référence aux « actions » et à la « participation dans une entreprise » dans sa description des investissements protégés.

Pour répondre à la préoccupation argentine de voir les demandeurs bénéficier d'une « double indemnisation » s'ils entamaient également une procédure auprès des tribunaux nationaux, le tribunal a reconnu qu'il s'agissait d'un risque « inhérent à de nombreux différends en matière

d'investissement... ». Il a toutefois ajouté que dans un tel cas, l'indemnisation accordée dans un arbitrage international ou dans les tribunaux nationaux affecterait une décision d'indemnisation dans l'autre forum.

Un investissement protégé par le TBI ?

L'Argentine a avancé différentes raisons expliquant que l'investissement des demandeurs n'était pas protégé par le TBI Argentine-Espagne, mais toutes ont été rejetées par le tribunal.

Premièrement, le pays a affirmé que Urbaser avait acquis des actions d'AGBA d'une entreprise appelée Dycasa, en violation de la loi argentine. Dycasa détenait deux catégories d'actions — des actions transférables, et d'autres pour lesquelles il faut obtenir l'autorisation du gouvernement pour les transférer au cours des six premières années de concession. L'Argentine alléguait que Dycasa avait transféré à Urbaser des actions non-transférables sans l'autorisation requise.

Le tribunal a toutefois déterminé que s'il y a eu un accord pour transférer les actions non-transférables à Urbaser au cours des six années, le transfert n'a *réellement* eu lieu qu'après la fin de la période de six ans.

Ensuite, l'Argentine affirmait que CABB avait transféré ses actions à Urbaser de manière illégale. En tant qu'opérateur technique de la concession, CABB était tenu de détenir au moins 20 % des actions nominatives et des droits de vote. Le pays affirmait donc que CABB avait transféré des actions qu'elle était tenu de garder, mais le tribunal a de nouveau estimé que ce n'était pas le cas, mais qu'au contraire, Urbaser avait fourni un soutien financier aux intérêts des actionnaires de CABB, sans prendre possession des actions.

Finalement, l'Argentine caractérisait CABB comme une agence publique espagnole (CABB opère auprès de nombreuses municipalités en Espagne, et ses membres incluent des municipalités ainsi que le gouvernement basque). Citant les articles 25 (1) et (3) de la Convention du CIRDI, l'Argentine avançait que CABB devait obtenir l'approbation du gouvernement espagnol avant d'entamer un arbitrage au CIRDI.

Les demandeurs étaient d'accord avec le fait que CABB était en effet une agence publique, mais une agence publique menant des activités privées. Ils ont également souligné que la nature juridique de CABB était différente de celle de ses membres.

Examinant les articles 25 (1) et (3), le tribunal a conclu que la référence au consentement dans les affaires impliquant une agence publique relevait de l'État d'accueil (c.-à-d. les affaires dans lesquelles une agence publique devient partie à l'arbitrage en tant que défendeur). Il n'en va pas de même pour l'État partie d'origine de l'investisseur.

Concernant les coûts de l'arbitrage, le tribunal a réservé sa décision à une étape ultérieure de la procédure.

Les arbitres de l'affaire sont Andreas Bucher (président), Pedro J. Martinez-Fraga (nommé par les demandeurs), et Campbell McLachlan (nommé par le défendeur).

La décision est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1324.pdf>

Des entreprises allemandes se voient accorder 3 millions d'euros dans un litige relatif à un voilier, contre l'Ukraine
Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et autres c. Ukraine, Affaire CIRDI n°ARB/08/8, Sentence Diana Rosert

Un tribunal du CIRDI s'est prononcé en faveur de quatre entreprises allemandes dans un litige les opposant à l'Ukraine et concernant l'utilisation d'un voilier détenu par ce pays. D'après Grischenko & Partners, le cabinet juridique représentant l'Ukraine dans l'affaire, les demandeurs se sont vu accorder quelques 3 millions d'euros plus intérêts sur les 13 millions qu'ils réclamaient¹.

Le CIRDI a récemment publié des extraits de la décision rendue en mars 2012. La sentence préparée pour publication inclut les conclusions du tribunal sur les questions au différend, mais omet la majeure partie du contexte, des positions des parties au différend et des montants réclamés et accordés. Une description détaillée du contexte et des faits est incluse dans la décision du tribunal sur la compétence de mars 2010.

Contexte

Le différend porte sur l'exploitation conjointe d'un voilier par les demandeurs allemands, les entreprises Inmaris, et un institut public ukrainien, le Kerch Maritime Technological Institute (KMTI). Les entreprises Inmaris utilisaient le voilier pour organiser des excursions et événements commerciaux, tandis que KMTI l'utilisait pour former les élèves officiers ukrainiens.

Différents contrats conclus entre les entreprises Inmaris et KMTI fixent le cadre de l'exploitation conjointe. Le premier contrat stipulait que les entreprises Inmaris paieraient les dépenses opérationnelles, et recevraient les recettes générées par les excursions. Par la suite, une structure financière et opérationnelle complexe a été mise en place pour financer la restauration du voilier, d'un montant de 550 000 euros, et incluant un accord de crédit-bail et divers contrats annexes.

Le différend porte principalement sur une présumée interdiction de voyager imposée au voilier par un ministère ukrainien en 2006 ainsi que sur les actions adoptées par le gouvernement peu de temps avant l'interdiction. Aux dires des demandeurs, ces mesures ont gravement affecté leurs investissements et entraîné l'insolvabilité de deux des entreprises Inmaris, et violaient le TBI Ukraine-Allemagne. Les demandeurs alléguent notamment que les actions de l'Ukraine violaient son obligation d'offrir un traitement juste et équitable, qu'elles étaient arbitraires et discriminatoires et équivalaient à une expropriation devant être indemnisée.

En plus de rejeter toute mauvaise conduite à l'égard des entreprises Inmaris, l'Ukraine a présenté une demande reconventionnelle pour obtenir la compensation des coûts d'opération du voilier en hivers.

Négation du traitement juste et équitable

Les demandeurs prétendaient qu'une « série d'actions » prises par le gouvernement ukrainien violait ses obligations en matière de traitement juste et équitable. La première violation aurait eu lieu suite au changement de gouvernement en Ukraine en 2005, quand un ministre ukrainien « aurait arbitrairement remis en question la légalité » des contrats et demandé aux demandeurs de payer 50 000 euros de « prêt non-remboursable » à l'institut public. Selon les demandeurs, une autre violation plus importante aurait eu lieu l'année suivante quand l'ordre d'un ministre empêchait le voilier de quitter le port. Compte tenu de cette « interdiction de voyager », ou ce que les demandeurs considéraient comme « la mise à l'arrêt » de leur bateau, les entreprises Inmaris ont dû annuler les excursions prévues pour l'été, et n'ont pas de nouveau exploité le voilier depuis.

L'Ukraine insistait sur le fait que, pour équivaloir à une violation de la norme, les actions du gouvernement devaient être des violations « majeures » et « choquantes », tel que stipulé

dans la norme minimale de traitement international et le droit coutumier international. Le tribunal a cependant souligné que le TBI n'interdisait pas une telle interprétation et a décidé de suivre « la formulation » du TBI.

Il a ensuite décidé que l'interdiction de voyager était en effet une action de l'État constituant une violation du traitement juste et équitable. Il a également considéré que l'interdiction de voyager était une « mesure arbitraire » empêchant l'utilisation de l'investissement et n'était donc pas acceptable.

Le tribunal considéra toutefois que les actions de l'Ukraine prises avant l'interdiction de voyager – notamment le prêt non remboursable – ne constituaient pas de violations. Il a également considéré que l'Ukraine « n'avait pas agi de mauvaise foi et donc nié le droit des demandeurs à une procédure en bonne et due forme » en remettant en cause les arrangements contractuels. Au sens du tribunal, les contrats « étaient loin d'être clairs » et « contenaient de nombreuses incohérences internes apparentes, exigeant un important effort d'interprétation pour les déchiffrer ». Il nota par exemple que l'un des contrats ne stipulait pas comment les recettes et profits devaient être répartis, tandis qu'un autre n'identifiait pas qui était responsable des frais d'entretien du voilier pendant l'hiver.

Une expropriation sans indemnisation

Le tribunal jugea que l'interdiction de voyager privait les demandeurs de leur investissement, causait des « dommages substantiels » et constituait donc une expropriation sans indemnisation, ce qui viole le TBI. Rejetant l'argument ukrainien selon lequel l'interdiction de voyager était de nature temporaire, le tribunal a déterminé que cette interdiction a entraîné l'insolvabilité de deux des entreprises des demandeurs. En arrivant à cette décision, le tribunal n'a pas jugé important de déterminer si l'interdiction de voyager était une expropriation directe ou indirecte.

Contrairement aux affirmations ukrainiennes, le tribunal a également décidé que le TBI ne contenait pas d'obligation préalable d'épuiser les recours nationaux.

Le tribunal a notamment accepté que « les actions du ministère étaient sincèrement motivées par un désir de protéger l'intérêt public », mais a ajouté qu'elles équivalaient tout de même à une expropriation et qu'une indemnisation devait être payée.

Si la sentence préparée pour publication ne met pas en lumière cette tentative du gouvernement, un communiqué de presse de 2006 du Ministère de la politique agricole² souligne cette préoccupation. Le Ministère affirme que les dépenses du gouvernement pour le bateau ont été multipliées par onze en 7 ans, mais « que la location du bateau n'a généré aucune recette ». Le communiqué de presse affirme également que KMTI « n'avait pas le droit de signer » des contrats avec les demandeurs, puisqu'il n'était pas chargé de la gestion du bateau. Le communiqué explique que l'interdiction de voyager a été imposée suite à « d'innombrables irrégularités juridiques ».

L'indemnisation du préjudice

Le tribunal a déterminé que les actions ukrainiennes avaient eu des conséquences directes sur les demandeurs, l'insolvabilité des entreprises Inmaris étant la plus évidente. Il accorda aux demandeurs une indemnisation pour les demandes liées à l'insolvabilité, notamment une part de l'accord de prêt et des profits perdus. Le calcul des profits perdus se basait sur une moyenne des recettes passées, qui était inférieure aux projections « trop optimistes » de recettes des demandeurs.

Le tribunal n'a pas accordé de dommages et intérêts pour des points « controversés ou invérifiés » et a remarqué des erreurs dans le calcul des dommages et intérêts des demandeurs. Il a également rejeté la demande de compensation des dépenses au départ et à l'arrivée ainsi que le remboursement du prêt non-remboursable payé à l'institut en 2005. Puisqu'il considérait le différend comme résultant d'un « véritable malentendu », le tribunal a décidé de ne pas compenser « le préjudice moral ».

La demande reconventionnelle

Le tribunal a rejeté la demande reconventionnelle du défendeur pour l'indemnisation des frais d'entretien du voilier pendant l'hiver. Tout en reconnaissant sa compétence sur la demande reconventionnelle, le tribunal détermina qu'au titre du contrat applicable, l'Ukraine devait payer ces dépenses.

Les coûts

Le tribunal ordonna à chacune des parties de payer ses propres frais de représentation. Il expliqua cette décision en soulignant que « les faits du différend et la relation contractuelle des parties étaient complexes et parfois ambigus », et mettaient en avant des « carences dans les présentations des deux parties ».

Le tribunal était composé de Dr. Stanimir A. Alexandrov (président), du Professeur Bernardo Cremades (nommé par le défendeur) et M. Noah Rubins (nommé par les demandeurs).

La sentence est disponible sur : https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC3296_En&caselId=C320

La décision sur la juridiction est disponible sur : https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1490_En&caselId=C320

Un investisseur hollandais surmonte de peu une objection liminaire sur la compétence

*Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. la République de Turquie, Affaire CIRDI n°ARB/11/28
Damon Vis-Dunbar*

Dans une décision « adoptée de peu », un tribunal du CIRDI a accepté le fait qu'un demandeur hollandais avait respecté une notification obligatoire et une période de négociation avant d'entamer un arbitrage contre la Turquie.

La décision est tombée le 5 mars 2013 et fait suite à une demande préalable de bifurcation de la part de la Turquie, dans laquelle elle demande au tribunal de trancher trois objections juridictionnelles : 1) le demandeur présente une demande au titre d'un contrat, pas d'un traité ; 2) il est prématuré d'examiner toute demande au titre du traité ; et 3) le demandeur n'a pas respecté l'obligation de chercher à résoudre le différend d'abord par la consultation.

Le 2 novembre 2012, le tribunal a accepté d'examiner la troisième objection, tout en reportant une décision sur les deux autres à la phase de l'examen du fond.

Contexte

Le demandeur, Tulip Real Estate and Development, une entreprise hollandaise ayant investi dans un projet immobilier turc, en partenariat avec une entreprise appelée Emlak, et détenue par l'Administration turque pour le développement de logements (TOKI). TOKI et Emlak partagent le même directeur.

Quatre ans après le projet, Emlak a mis fin au contrat avec Tulip pour des retards dans le projet, puis a rapidement pris le contrôle du site de construction. Le demandeur affirme que la résiliation du contrat par Emlak était un prétexte pour saisir ses actifs, et se plaint du fait que Emlak était responsable des retards.

L'article 8(2) fixe nos prescriptions « essentielles »

L'article 8(2) du TBI Turquie-Pays-Bas exige des demandeurs qu'ils cherchent d'abord à résoudre leurs litiges à travers des consultations et des négociations pendant une année avant de pouvoir recourir à l'arbitrage. Le tribunal nota dès le départ que les arbitres n'étaient généralement pas d'accord sur l'interprétation des dispositions.

« Les séries de décisions ayant déterminé que de telles dispositions sur les consultations et les négociations ne sont pas de nature juridictionnelle, et ne doivent donc pas être scrupuleusement respectées sont compensées par un nombre moins important de décisions ayant déterminé que le respect de telles obligations de notifier et de négocier sont une pré-condition à la compétence du tribunal et doivent être scrupuleusement respectées », a écrit le tribunal.

Se plaçant dans la dernière catégorie, le tribunal a déterminé que la formulation de l'article 8(2) était « de forme contraignante ».

Il considéra que la première étape en vue du respect de cette prescription était de notifier le défendeur du différend en matière d'investissement. Passant aux caractéristiques de la notification, le tribunal clarifia que le demandeur n'avait pas besoin « d'explicitement clairement les détails de l'affaire ». Mais qu'il était suffisant, au contraire, d'informer l'État d'accueil qu'il faisait face à des allégations de violation de traité pouvant donner lieu à un arbitrage si les négociations échouaient.

En examinant la correspondance du demandeur avec TOKI et Emlak, le tribunal se demanda si la notification de la demande d'arbitrage avait été faite un an avant, ainsi que des efforts menés en vue de résoudre le différend. Dans l'ensemble, le tribunal trouva que la correspondance était « confuse », puis admis plus tard qu'il « ne comprenait pas pourquoi une notification explicite n'avait pas été donnée ».

Il était toutefois convaincu que le demandeur avait cherché à résoudre le différend par la négociation. Et une lettre adressée au président turc était suffisante pour notifier du différend en matière d'investissement. Celle-ci soulignait les actions présumées illégales de Emlak, et faisait également référence au CIRDI comme forum pouvant être saisi.

La lettre n'était pas précise et semble avoir été mal comprise par le bureau du président. C'est donc avec « difficultés et hésitations » que le tribunal l'a acceptée comme preuve du respect de l'obligation de notifier au titre de l'article 8(2).

La décision est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1340.pdf>

Notes

¹ Grischenko & Partners, communiqué de presse du 29.03.2012, disponible sur <http://gp.ua/en/Press/review/itm/142/>

² Gouvernement ukrainien, Agrarian Policy Minister's decision to ban Chersonese from sailing triggers vocal protests in Ukraine and abroad, 20 avril 2006, disponible sur : http://www.kmu.gov.ua/control/en/publish/article?art_id=34549021&cat_id=32598.

Ressources et évènements

Ressources

Les contrats d'investissement pour les terres arables et l'eau : 10 étapes

Carin Smaller, *International Institute for Sustainable Development, 2013*

Ce bref article met en avant 10 étapes importantes à suivre lors de la négociation des contrats d'investissement portant sur les terres arables et l'eau. Il est conçu comme une ressource à l'intention des parlementaires, des agents gouvernementaux, des propriétaires terriens et des communautés locales. Il offre un aperçu d'un guide détaillé à paraître et proposant des modèles de dispositions juridiques pouvant être incluses dans ces contrats d'investissement. Cet article aborde les étapes suivantes du processus de négociations : la préparation des conditions des négociations ; la réalisation d'études de faisabilité ; la réalisation d'évaluations des impacts ; l'attribution de droits de propriété sur les terres et l'eau ; la détermination des incitations financières et autres ; le fait d'éviter les clauses de stabilisation ; de spécifier les obligations de l'investisseur en matière de développement ; l'identification des paramètres environnementaux ; le choix d'un mécanisme approprié de règlement des différends, et le fait de garantir la réalisation de rapports, d'un suivi et d'évaluations. Cet article est disponible sur : <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=2804>

La réforme du règlement des différends investisseurs-État : en quête d'une feuille de route

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, 2013

Dans le cadre de ses séries de notes sur la question des AII, la CNUCED a publié un nouveau document intitulé La réforme du règlement des différends investisseurs-État : en quête d'une feuille de route. Les préoccupations relatives au système actuel du Règlement des différends investisseur-État (RDIE) sont entre autres liées au manque ressenti de légitimité et de transparence, aux contradictions entre les sentences arbitrales, aux difficultés relatives à la correction des décisions arbitrales erronées, aux questions relatives à l'indépendance et l'impartialité des arbitres, et à la longueur et au coût des procédures arbitrales. Ces défis ont entraîné un intense débat quant à la nécessité de réformer le système actuel d'arbitrage en matière d'investissement. Afin d'encadrer ce débat, le document propose cinq possibilités majeures de réforme : la promotion de règlements alternatifs des différends ; l'adaptation du système actuel grâce aux AII individuels ; la limitation de l'accès au RDIE pour les investisseurs ; l'introduction d'un centre permettant de faire appel d'une décision, et la création d'un tribunal permanent statuant sur les affaires d'investissement. La CNUCED précise que chacune des cinq possibilités de réforme présente des avantages et des inconvénients spécifiques, et répond aux principales préoccupations de manière distincte. Certaines des options peuvent être mises en œuvre par les actions individuelles des gouvernements, tandis que d'autres exigent une action conjointe de groupes de pays. Ces dernières permettraient de mieux aborder les problèmes existants, mais seraient également plus difficiles à mettre en œuvre. Ce document est disponible sur : [http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=508&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment and Enterprise;#607;#International Investment Agreements \(IIA\);#20;#UNCTAD Home](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=508&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment and Enterprise;#607;#International Investment Agreements (IIA);#20;#UNCTAD Home)

Perspectives du droit et de la politique internationale de l'investissement

Cambridge University Press, édité par Roberto Echandi et Pierre Sauvé, *Forum mondial du commerce, 2013*

La négociation d'un réseau incomplet mais naissant d'accords internationaux d'investissement et leur utilisation croissante génèrent une jurisprudence de plus en plus importante, qui, alors qu'elle continue d'évoluer, requiert un examen analytique plus étroit. S'appuyant sur nombre des voix les plus respectées du droit et des politiques d'investissement, et offrant des perspectives multidisciplinaires innovantes sur le cadre de l'activité internationale en matière d'investissement et de passation de traité – cadre qui évolue rapidement, cet ouvrage explore les principaux défis économiques, juridiques et politiques du droit et des politiques internationales contemporaines de l'investissement. Il examine également les conséquences systémiques de la frénésie juridique récente en matière d'investissement et présente différentes propositions innovantes visant à mieux promouvoir une plus grande cohérence dans la conception des règles, l'usage des traités et l'adoption de politiques ; il offre ainsi un meilleur équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs internationaux et des États d'accueil. L'ouvrage cherche à donner aux lecteurs des informations sur le domaine du droit et des politiques internationales d'investissement qui évoluent rapidement, à mener une analyse multidisciplinaire des principales questions relatives aux relations internationales en matière d'investissement, et à compiler en un même ouvrage l'opinion des principaux experts mondiaux provenant

des entreprises, de l'économie, du droit et des sciences politiques, et disposant d'une large expérience dans les domaines du droit et des politiques internationales de l'investissement et de la réglementation internationale du commerce. Le livre peut être commandé sur : http://www.cambridge.org/ch/knowledge/isbn/item7113132/?site_locale=de_CH

Tirer profit de l'investissement étranger pour promouvoir la protection environnementale

Cambridge University Press, édité par Pierre-Marie Dupuy et Jorge E. Viñuales, *Graduate Institute of International Studies, 2013*

L'ouvrage intitulé Tirer profit de l'investissement étranger pour promouvoir la protection environnementale examine les principaux défis dans la mise en œuvre de la protection environnementale et les synergies existantes entre l'investissement étranger et la protection de l'environnement. Adoptant des perspectives juridiques, économiques et politiques, les auteurs analysent les différentes mesures incitatives visant à encourager l'investissement étranger dans des projets favorables à l'environnement (tels que les fonds, financements de projets, les mécanismes du marché, le paiement des services écosystémiques et les assurances) et à prévenir ses éventuels effets néfastes (réglementation des investissements, RSE et mécanismes de reddition de comptes, contrats et codes de conduite). Le livre peut être commandé sur : http://www.cambridge.org/ch/knowledge/isbn/item7077639/Harnessing%20Foreign%20Investment%20to%20Promote%20Environmental%20Protection/?site_locale=de_CH

Évènements 2013

20-21 Juin

LA CULTURE ET LE DROIT ÉCONOMIQUE

INTERNATIONAL, Université de Maastricht, Maastricht, Pays-Bas, <http://www.maastrichtuniversity.nl/law/conferences/>

26 Juin

LANCEMENT DU RAPPORT 2013 SUR L'INVESTISSEMENT DANS LE MONDE

Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement, Genève, Suisse, <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=297>

28 Juin

L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN QUESTION : UN RETOUR DE BÂTON EST-IL À CRAINDRE ?

Association internationale du barreau, St Petersburg, Russie, <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=D1AAE6B9-1568-4ECE-9024-A574A703A087>

10-11 Octobre

LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT – ÉQUILIBRER LE DÉVELOPPEMENT DURABLE ET LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS,

Université libre de Berlin, Berlin, Allemagne, http://www.jura.fu-berlin.de/en/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/lehrende/hindelang/Berlin_Oct__2013

7 Novembre

POINTS SAILLANTS DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL

INTERNATIONAL, Université américaine, Faculté de droit de Washington, DC, États-Unis, <https://www.wcl.american.edu/arbitration/symposium.cfm>

8 Novembre

LE RÔLE DES ÉTATS DANS L'ARBITRAGE

INVESTISSEUR-ÉTAT, Institut mondial du commerce et Université de Berne, Berne, Suisse, <http://www.wti.org/news-archive/call-for-papers-the-role-of-the-state-in-investor-state-arbitration/>

13 Novembre

HUITIÈME RÉUNION DE L'UNIVERSITÉ DE COLUMBIA SUR L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL,

Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://www.vcc.columbia.edu/content/eighth-columbia-international-investment-conference>



© 2013 Institut international du développement durable (IIDD)

Publié par l'Institut international du développement durable

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

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

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

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

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

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

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