



Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux

Ce qu'il faut attendre des suites du traité de Lisbonne



7



8



13

La nomination des arbitres dans les procédures d'arbitrage en matière d'investissements : Pourquoi les opinions exprimées sur des points de droit devraient être récusables

L'exigence de transparence dans le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI: Une vision prémonitoire par Ignacio Torterola

Le modèle d'accord minier de développement de l'AIB: un nouveau paradigme pour les projets liés aux ressources naturelles Par L'IIDD

Traités bilatéraux d'investissement et Accords de préférence commerciale: Un TBI est-il réellement plus intéressant? Par Lauge Skovgaard Poulsen

Analyse de CEMEX c. Vénézuela; Sempra c. Argentine; Enron c. Argentine; Saba Fakes v. Turquie

tables des matières



- 3 Entretien**
Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux
Tomas Baert
- 5 Articles**
Reconquérir l'intérêt du public pour la politique européenne en matière d'investissements internationaux: les TBI européens seront-ils mieux que les 1 200 TBI existants des États membres de l'UE?
Marc Maes
- 6** La politique internationale de l'UE en matière d'investissements: le matériel sans le logiciel
Ramon Torrent
- 7** Le modèle d'accord minier de développement de l'AIB : un nouveau paradigme pour les projets liés aux ressources naturelles
L'IIDD
- 8** L'exigence de transparence dans le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI : Une vision premonitrice
Ignacio Torterola
- 13** La nomination des arbitres dans les procédures d'arbitrage en matière d'investissements : Pourquoi les opinions exprimées sur des points de droit devraient être récusables
Tony Cole
- 16** Traités bilatéraux d'investissement et Accords de préférence commerciale : Un TBI est-il réellement plus intéressant?
Lauge Skovgaard Poulsen
- 18** Exigences de procédure pour les récusations d'arbitres : trouver la faute dans l'affaire CEMEX c/ Venezuela
Lise Johnson
- 21 Nouvelles en bref**
- 23 Sentences et décisions**
- 26 Publications et événements**

Investment Treaty News Quarterly est publié par
L'institut International pour le Développement Durable.
Maison International de l'Environnement 2
Chemin de Balexert 9, 5e étage
1209 Châtelaine, Genève, Suisse.

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

Sous-Rédacteur, Version française
Henrique Suzy Nikiéma

Traduction française
Isabelle Guinebault

Sous-rédacteur, Version espagnole
Fernando Cabrera

Traduction Espagnole
Maria Candeli Conforti

entretien

Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux: entretien avec Tomas Baert, de la DG commerce de la Commission européenne, services et investissement

Alors que le Traité de Lisbonne donne à l'Union européenne la compétence en matière d'Investissement direct étranger, la Commission européenne a publié, en juillet, deux documents permettant de tracer le chemin à suivre : un projet de réglementation sur la manière de gérer les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) des États membres de l'UE pour les cinq prochaines années, et une Communication lançant la discussion sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux. ITN Quarterly a discuté de ces deux documents, et des prochaines étapes, avec Tomas Baert, de la Commission.

Maintenant que la Commission européenne a présenté son projet de réglementation concernant l'établissement de dispositions transitoires pour les TBI conclus entre les États membres et les pays tiers, quelle est la prochaine étape?

Maintenant que la Commission européenne a fait sa proposition officielle aux deux législateurs – le Parlement européen et le Conseil de l'Europe – nous sommes entrés dans ce que nous appelons la procédure législative ordinaire, anciennement connue comme la codécision. Le Conseil et le Parlement examineront la proposition et discuteront des conditions d'acceptation. Parallèlement, nous poursuivons notre travail sur les futurs aspects plus généraux de la politique internationale de l'UE en matière d'investissements, stipulés dans la communication. Mais concernant la réglementation en elle-même, nous devons attendre son entrée en vigueur et son adoption avant de travailler sur les questions qu'elle recouvre.

La réglementation prévoit que l'Union européenne détient maintenant la compétence exclusive dans le domaine de l'investissement étranger, ce qui a été interprété comme incluant les dispositions généralement prévues dans les Traités bilatéraux d'investissement (TBI). Toutefois, le Traité de Lisbonne ne définit pas "l'Investissement direct étranger", et de nombreux observateurs se demandent si la compétence de l'UE inclut réellement tous les éléments présents dans les TBI. Pensez-vous que ce point sera débattu entre les États membres?

Je crois en effet que la question sera soulevée ; en fait, c'est déjà le cas. Mais je ne crois pas que cela sera un gros problème dans les discussions sur la réglementation. Bien sûr, certaines personnes aimeraient voir un débat sur la définition exacte de l'Investissement direct étranger, qui, comme vous le soulignez, n'est pas défini dans le Traité de Lisbonne. Mais en fin de compte, d'un point de vue pratique ce n'est pas crucial. Nous négocierons en matière d'investissement, et si la Cour européenne estime que nos accords d'investissement contiennent un élément relevant de la compétence partagée, et bien nous devons suivre les procédures et les mesures de ratification appropriées.

En fait, nous pensons que nos futurs accords d'investissement seront des accords mixtes, pas tant en raison de l'investissement, mais pour d'autres raisons. Nous suggérons dans la communication que nous traiterons en particulier de l'investissement (bien que pas seulement) dans le contexte des accords de libre-échange (ALE), et nos ALE contiennent généralement des éléments relevant de la compétence partagée. Concernant ces accords, nous travaillons sur ce que nous appelons dans le jargon légal le "principe du pastis" – une goutte de pastis dans l'eau suffit à troubler tout le verre. En d'autres termes, même si vous n'avez qu'un petit élément de compétence partagée dans l'accord, celui-ci deviendra entièrement de compétence partagée. Actuellement, il y a un débat sur l'existence d'une compétence de l'UE en matière de procédures pénales en lien avec des violations des droits de la propriété intellectuelle et la coopération culturelle. Dans ce cas, nous traiterons la question comme nous le faisons actuellement dans nos ALE.

D'un point de vue théorique, nous pouvons bien sûr écrire des livres à ce sujet, et nous allons suivre ces discussions. Nous serons également très attentifs à ce que pourrait déclarer la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Mais nous ne pensons pas qu'elle jouera un rôle majeur dans le débat politique concernant la réglementation.

Le projet de réglementation définit les conditions dans lesquelles les États membres peuvent conclure de nouveaux accords ; l'une d'entre elles stipule qu'ils pourraient devoir inclure une clause NPF afin de garantir que tous les États membres bénéficient du traité. Souhaitez-vous que les États membres négocient au nom de l'Union européenne?

Non, ce n'est pas le cas. Nous avons proposé une clause dans la réglementation, l'article 9.2, qui stipule que nous pourrions éventuellement demander à nos États membres d'inclure certaines dispositions standards dans les futurs accords d'investissement. Dans le mémorandum explicatif qui accompagne le projet de réglementation, nous présentons quelques exemples, comme les clauses de dénonciation, les clauses de transfert (qui est un problème identifiée par la CEJ) et la possibilité d'introduire des clauses NPF. Cela ne signifie pas pour autant que nous insisterons systématiquement sur l'inclusion de clauses NPF dans tous les accords.

Ceci dit, l'une des priorités de la Commission européenne est l'élimination de la discrimination entre les investisseurs européens : certains investisseurs bénéficient de traitements plus avantageux que d'autres, et d'autres ne sont même pas pris en compte dans les TBI. C'est cette question que nous voulons adresser. La clause NPF est un mécanisme intéressant pour résoudre ce problème, principalement car il permet de demander à nos États membres d'exiger de leurs pays partenaires d'étendre les bénéfices concédés dans le cadre d'un TBI aux investisseurs des autres États membres. Toutefois, cela ne signifie pas que nous souhaitons que les États membres négocient au nom de l'UE, ou qu'ils seraient

autorisés à ouvrir l'accès au marché interne. La clause NPF pourrait permettre de régler la question de la discrimination entre les investisseurs européens, et de leur garantir à tous les mêmes règles du jeu. Nous préférons traiter cette question dans le cadre des accords conclus au niveau européen. Mais en attendant, nous envisagerons d'autres options ; nous envisageons par exemple de demander à nos États membres d'utiliser des clauses standards.

La Commission compte-t-elle à terme développer un modèle européen de TBI?

Non. La communication est tout à fait claire sur ce point, et ce pour différentes raisons. Nous pourrions avoir une discussion théorique passionnante sur un modèle parfait de TBI ; toutefois, dans la pratique cela signifierait consacrer une année ou plus à discuter en interne, et avec d'autres institutions, du modèle parfait. Mais au final, le modèle pourrait ne pas être si efficace pour nos négociations. Un modèle de TBI ne serait donc pas nécessairement utile pour la défense de nos intérêts. La deuxième raison est qu'il existe déjà de nombreux précédents. Quand nous négocions avec un pays tiers, dans certains cas les États membres ont déjà jusqu'à 26 TBI avec ce pays. Pour savoir comment remplacer ces TBI, nous devons examiner leur contenu et déterminer comment offrir la protection la plus efficace à tous les investisseurs européens sans discrimination sur la base de leur nationalité. Cela m'amène à la troisième et dernière raison. Un modèle implique l'utilisation d'une approche unique, et nous ne pensons pas que cela soit approprié pour des négociations avec des économies en développement, émergentes et développées.

Ceci dit, nous aurons des politiques et clauses standards. Nous n'envisageons pas une clause de Traitement national différente dans chaque accord par exemple. Nous aurons certaines clauses modèles, afin de ne pas recommencer à zéro à chaque négociation.

Les investisseurs européens ont-ils été actifs pour s'assurer que le statu quo concernant les TBI serait maintenu?

Les investisseurs ont été actifs et se sont fait entendre. Il existe bien sûr une diversité de points de vue et de positions. Certains pensent qu'ils sont bien protégés aujourd'hui par les TBI existants. Ces investisseurs ont indiqué qu'ils souhaitaient maintenir le statu quo au minimum. D'autres investisseurs, des États membres ne bénéficiant pas du même niveau de traitement ou n'ayant pas de TBI, se sentent plus concernés par la future politique européenne en matière d'investissement que par le maintien du statu quo. Mais en général, la communauté des investisseurs valorise beaucoup les accords relatifs à l'investissement, qu'ils soient isolés ou intégrés dans un ALE.

Un autre groupe intéressé par la politique européenne en matière d'investissement sont les cabinets d'avocats travaillant dans le domaine de l'arbitrage investisseur-État. Se sont-ils également manifestés?

Tout à fait. Il y a eu de nombreux séminaires et conférences à ce sujet, et nombre d'entre eux étaient organisés par des cabinets. Ils sont très intéressés par la suite des événements – tant concernant le maintien des accords des États membres que des futurs accords européens – et notamment à leur impact sur l'arbitrage en matière d'investissement.

La communication de la Commission stipule que la transparence sera un élément important des procédures de résolution des différends investisseur-État. Si elle devient une politique européenne, ne devrait-elle pas être appliquée aux litiges actuels en matière d'investissement impliquant un État membre?

Je souhaiterais tout d'abord dire que la communication soulève de nombreuses questions, sans toutefois apporter toutes les réponses. Sur certaines questions, telles que la transparence, nous essayons de faire avancer le débat en suggérant une direction générale, sans nécessairement refléter les questions pratiques et spécifiques sur la manière d'intégrer certaines de ces questions dans une politique commune d'investissement. Je tiens à dire cela car de nombreuses questions sont concernées par ce thème de la transparence. En outre, sur le plan purement pratique, il est possible que nous ne soyons pas en mesure de changer toutes les pratiques existantes dans les accords auxquels nous ne sommes pas partie aujourd'hui. Mais nous voulons une politique européenne commune. Il nous reste maintenant à débattre de cette politique avec les États membres au sein du Conseil de l'Europe, afin que quand les premiers seront autorisés à négocier directement, ils suivent tous une même direction. Il est évident que nous ne pouvons pas avoir une politique commune qui serait ensuite contredite par les pratiques des États membres.

La communication stipule également qu'une politique commune en matière d'investissement devrait être guidée par les objectifs de l'UE, tels que les droits humains et le développement durable. La Commission a-t-elle considéré inclure ces obligations pour les investisseurs en matière de droits humains et de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) dans les traités européens d'investissement?

Cela a bien sûr été envisagé. Mais encore une fois, comme je viens de le mentionner, de nombreuses questions doivent être discutées. Nous les soulevons et nous essayons de donner une indication générale de notre position. Mais nous ne donnons pas nécessairement toutes les réponses. Celles-ci viendront quand nous commencerons à parler très spécifiquement des négociations à poursuivre, pour lesquelles nous aurons besoin d'instructions. Dans ce contexte, nous devons voir comment gérer certaines questions, notamment celles que vous venez de mentionner.

Maintenant, concernant les droits humains et autres principes, cela relève également d'autres aspects de l'action extérieure de l'UE, et pas seulement de la politique en matière d'investissement. Je ne vois pas d'obstacles majeurs dans ce domaine, mais nous devons réfléchir davantage à des propositions concrètes pour nos négociations en matière d'investissement. Sur les autres questions telles que la RSE, nous devons prendre en compte les développements récents au niveau européen et international. Nous avons déjà commencé à prendre ces questions en considération, notamment dans les négociations entre l'UE et le CARIFORUM, qui recouvrent l'investissement. Et nous continuerons de le faire dans le futur. Pour le moment, nous n'avons pas de réponse spécifique sur la manière dont nous le ferons. Mais ce sera certainement une question importante des débats public et politique concernant les politiques européennes en matière d'investissement.

Reconquérir l'intérêt du public pour la politique européenne en matière d'investissements internationaux: les TBI européens seront-ils mieux que les 1 200 TBI existants des États membres de l'UE?

article 1

Marc Maes

Le Traité de Lisbonne a fait passer la compétence en matière d'investissement direct étranger (IDE) des mains des États membres de l'Union européenne à celles de l'Union, et l'IDE fait maintenant partie de la politique commerciale commune exclusive de l'Union. Ce transfert de compétence requiert non seulement le développement d'une politique d'investissement européenne commune, mais également des étapes législatives permettant de clarifier le statut des 1 200 Traités bilatéraux d'investissement (TBI) existants conclus par les États membres de l'UE, ainsi que leurs négociations de TBI en cours. Il nous offre l'opportunité unique de réaliser une évaluation des TBI existants et d'avoir une discussion ouverte et générale sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux.

Cette opportunité est en effet assez unique compte tenu que la politique en matière d'investissements internationaux était traditionnellement exclusive et assez peu transparente. Les États membres ne communiquent ou demandent des conseils sur leurs programmes ou négociations de TBI que très rarement, sauf auprès de leurs investisseurs et communautés d'affaires, souvent invités à participer à des groupes de travail administratif fermés ou à proposer des amendements aux textes en négociation. Le résultat de ce processus de prise de décision secret et exclusif sont des inégalités dans les traités d'investissement, qui recherchent la protection maximale des investisseurs transnationaux, leur offrant des privilèges extraordinaires (comme le droit de contourner les tribunaux nationaux pour contester les politiques gouvernementales dans le cadre d'arbitrages internationaux secrets), sans obligations correspondantes pour les investisseurs, et peu ou pas de considération pour les autres intérêts privés ou publics.

Le 7 juillet 2010, la Commission européenne a rendu public deux documents : un projet de règlement et une Communication. Le projet de règlement, qui propose des dispositions transitoires pour les TBI existants, a été approuvé par le Conseil et par le Parlement, alors que la Communication concernant la future politique européenne en matière d'investissements invite le Conseil, le Parlement, le Comité économique et social et le Comité des régions à donner leur opinion.

La Communication est principalement un document de discussion non contraignant pour la Commission. Plus important, il s'agit du premier projet de mandat de l'UE pour les négociations en matière d'investissement avec le Canada, l'Inde, Singapour, la Chine et le MERCOSUR, que la Commission proposera cet automne. Formellement seulement, le Conseil, c'est-à-dire les États membres, doivent approuver ces mandats, et rien n'indiquent qu'ils vont subitement changer leur pratique et organiser de grandes consultations pour définir leur position. Le Traité de Lisbonne a donné au Parlement européen la compétence d'approuver les accords commerciaux et d'investissements, mais pas les mandats de négociation. Toutefois, le Parlement a averti le Conseil et la Commission qu'il fallait mieux qu'il soit consulté sur les mandats s'ils voulaient s'assurer l'approbation du Parlement à la fin des négociations. Malheureusement, les (projets de) mandats de négociations resteront des documents « confidentiels » non disponibles pour la révision par le public.

Même avant sa publication le 7 juillet, le projet de règlement était le sujet d'intenses pressions et marchandages de la part des groupes de pression des entreprises et des cabinets d'avocats, mais aussi de la part des États

membres alignés sur la position des grands groupes. Par conséquent, la possibilité d'évaluer les TBI existants afin d'obtenir un meilleur équilibre entre intérêts publics et privés a été perdue.

La Commission a abandonné son idée de supprimer progressivement les TBI des États membres en sept ans. Au lieu de cela, le projet propose d'autoriser tous les TBI des États membres conclus le jour d'entrée en vigueur du règlement, et ce de manière automatique et sans révision. Cependant, la Commission a maintenu une autre option pour examiner les TBI en proposant de retirer l'autorisation si les accords existants ne respectent pas le droit européen, recourent en partie les futurs accords européens en matière d'investissements ou « constituent un obstacle au développement et à la mise en œuvre des politiques de l'Union relatives à l'investissement ». Les États membres de l'UE s'opposent farouchement à cette proposition au sein du Comité de la politique commerciale, et essayeront sans aucun doute de s'en débarrasser.

Comme mentionné, « les politiques de l'Union relatives à l'investissement » dépendront plus des mandats de négociation que de la Communication. La Communication n'est d'ailleurs pas très détaillée sur ce point.

Ce qui est intéressant, et en fort contraste avec l'inégalité des 1 200 TBI européens existants, c'est que la Communication mentionne des objectifs politiques plus larges, et fait directement référence aux objectifs de la politique étrangère européenne globale (comme la promotion de l'État de droit, les droits humains et le développement durable) mais également aux principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Elle stipule également qu'il est nécessaire de trouver un équilibre entre les différents intérêts concernant l'expropriation, et elle soutient une plus grande transparence, consistance et prévisibilité vis-à-vis de la résolution des différends investisseur-État.

Mais la Communication ne remet pas en cause l'arbitrage investisseur-État en soi, et n'apporte aucune nuance quant aux principales caractéristiques des TBI des États membres, telles que le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement juste et équitable, la protection et la sécurité intégrales ou même les clauses parapluie. Pour le moment, rien n'indique que ces éléments apparaîtront dans les futurs accords européens en matière d'investissements de manière plus équilibrée.

Cependant tout n'est pas perdu. Alors que les États membres continueront de s'accrocher à leurs TBI et modèles de TBI obsolètes et mal équilibrés, le Parlement pourrait prendre la défense de l'approche européenne globale et, plus important encore, de sa consistance et cohérence avec les politiques et objectifs globaux de l'Union. Après tout, s'ils ne sont pas corrigés, les défauts de l'approche actuelle des TBI pourraient se retourner contre la politique européenne en matière d'investissements et autres politiques d'intérêt public, et coûter cher aux contribuables européens en compensation pour les investisseurs étrangers.

Auteur

Marc Maes est un responsable de la politique commerciale pour la coalition belge d'ONG 11.11.11.

Notes

1 Pour une déclaration, des communiqués de presse et une lecture de la politique européenne en matière d'investissement du point de vue de la société civile, voir www.s2network.org

2 Proposition de règlement de la part du Parlement et du Conseil européen Établissement de dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre les États membres et les pays tiers, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf

3 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux

article 2

La politique internationale de l'UE en matière d'investissements: le matériel sans le logiciel

Ramon Torrent

Le Traité de Lisbonne élargit la politique commerciale européenne par ce qui constitue la dernière étape importante dans le long processus (toujours en cours) par lequel la CE/UE a cherché à étendre sa compétence exclusive sur la politique commerciale à tout le domaine des relations économiques extérieures¹



La Commission européenne a toujours mené le processus à cette fin, quoiqu'avec un succès limité. Dans le Traité de Maastricht de 1992, elle n'a pas réussi à élargir l'étendue de l'article 113 sur la politique commerciale. Plus tard, elle a essayé d'obtenir un résultat similaire en faisant référence à « la relation avec le commerce » de tous les phénomènes économiques et en demandant à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) de reconnaître que tous les accords OMC relevaient de la compétence exclusive de la CE. Ceci échoua toutefois quand la CJCE, dans son Avis 1/94, rejeta la thèse de la Commission et décida que les États membres restaient compétents pour de nombreux domaines couverts par le GATS et l'ADPIC. Après un nouvel échec avec le Traité d'Amsterdam de 1997 (échec similaire à celui du Traité de Maastricht), la Commission réussit partiellement en 2001 quand, dans le Traité de Nice, elle acheva une extension importante de l'article 133 du TCE (anciennement l'article 113) au commerce des services. Elle a toutefois payé le prix fort pour ce succès, en partie parce que la formulation de l'article 133 est devenue aussi embrouillée qu'elle est presque impossible à interpréter ou à appliquer.

Mais ceci s'agit d'une « histoire bruxelloise » sur le hardware du processus d'intégration européenne, c'est-à-dire la répartition des compétences entre la CE/UE et ses États membres. Mais ce qui importe réellement, en termes politiques et économiques, c'est le logiciel que ce hardware doit faire fonctionner. Et le fait est qu'à aucun moment de ce processus d'une vingtaine d'années, un nouveau logiciel n'a été envisagé – c'est-à-dire une nouvelle « politique européenne » en matière de relations économiques extérieures, ou en matière d'IDE notamment – différente de celles déjà mises en oeuvre par les États membres. Et cela reste vrai avec la Communication et la proposition de Règlement que la Commission européenne a présenté en juillet dernier. La Commission ne donne aucun signe en faveur d'une nouvelle politique en matière d'IDE, hormis l'idée banale que la priorité devrait être donnée aux partenaires les plus importants ou ceux déjà en négociation avec l'UE. L'objectif principal de la nouvelle compétence de l'UE consiste à « marquer son territoire » en exerçant la nouvelle compétence de l'Union mais sans toucher aux politiques et accords déjà existants des États membres.

Aussi, comme cela se produit souvent avec la « littérature bruxelloise », il apparaît plus illustratif d'analyser brièvement ce que la Communication et la proposition de Règlement ne disent pas, plutôt que ce qu'elles disent. Je me concentrerai sur deux points importants, étonnamment absents des discussions sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux.

Tout d'abord, la Commission ne dit pas comment il est possible d'avoir une politique européenne extérieure (une politique « ambitieuse » qui plus est) sans avoir de législation européenne

relative aux domaines couverts par cette politique extérieure. En effet, L'UE n'a pas de régime commun en matière d'IDE – un régime juridique large et complexe, parce que la notion apparemment simple de « traitement des entreprises », essentielle à la définition de ce régime au niveau international, a une sorte de « double universalité » au niveau national : elle recouvre non seulement tous les secteurs économiques, mais également tous les aspects du régime juridique applicables à ces entreprises. Par exemple, quelle sera la politique de l'UE en matière de protection des investissements si le droit européen (primaire et secondaire) reste absolument muet sur la question ? Il s'agit là d'un problème qui ne peut être résolu par une référence générale à la « construction progressive » de ce régime.

Ensuite, la Commission n'apporte pas de solution à la contradiction flagrante entre les TBI existants des États membres (avec leur obligation horizontale de Traitement national non accompagnée d'une liste d'exceptions, comme c'est le cas dans les TBI des États-Unis) et les normes européennes internes qui réservent explicitement aux entreprises détenues ou contrôlées par des citoyens/capitaux européens un traitement plus favorable que celui accordé aux entreprises de l'UE détenues ou contrôlées par des citoyens/capitaux non-européens (deux exemples notables sont le programme MEDIA de soutien à l'industrie audiovisuelle et le règlement sur les licences des compagnies aériennes). Ce fait – à savoir que les États membres européens violent systématiquement les TBI auxquels ils sont partie – est, à mon avis, l'un des plus scandaleux des relations économiques internationales et du droit européen (d'autant plus scandaleux que les experts sont complices en le cachant). L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne n'aurait-elle pas été le bon moment d'aborder le problème ?

Auteur

Ramon Torrent est le Directeur de la Chaire internationale de l'OMC/Intégration régionale de l'Université de Barcelone. Il est l'ancien Directeur des Relations économiques extérieures du service juridique du Conseil européen.

Notes

1 D'un point de vue technique, le traité de Lisbonne, qui est entré en vigueur le 1er décembre 2009, amende les deux traités qui forment la base constitutionnelle de l'Union européenne (UE): le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (traité de Rome) qui a été rebaptisé Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Ils constituent les deux traités gouvernant l'Union. La politique commerciale commune est traitée sous le titre 2, partie 5 (Action extérieure de l'Union) du TFUE.

2 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf

3 Proposition de règlement de la part du Parlement et du Conseil européen : Établissement de dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre les États membres et les pays tiers, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf

article 3

Le modèle d'accord minier de développement de l'AIB: un nouveau paradigme pour les projets liés aux ressources naturelles

L'IIDD



En octobre 2009, lors de sa conférence annuelle organisée à Madrid, le Comité sur le droit minier de l'Association internationale du barreau (AIB) a lancé un projet visant à développer un modèle d'accord minier de développement (MAMD). Le MAMD a été conçu pour offrir une alternative aux négociations des contrats miniers entre les gouvernements d'accueil et les entreprises minières, basée expressément sur la promotion du développement social, économique et environnemental durable grâce à des accords miniers plus justes et plus transparents.

Comme l'ont démontré les premières consultations publiques sur le MAMD organisées à Toronto en avril 2010, le modèle confirme qu'il ne suffit plus de négocier seulement la licence d'exploitation et les redevances. La licence sociale permettant d'opérer doit dorénavant être négociée en même temps que la licence d'exploitation minière. Le MAMD prévoit un calendrier pour ces négociations, permettant aux gouvernements, entreprises et parties prenantes d'identifier leurs besoins éventuels dans les circonstances spécifiques du projet en question.

Le projet MAMD couvre les phases de développement minier et de production ainsi que de réutilisation, qui commencent après que l'exploration et les études de faisabilité aient démontré la viabilité économique et environnementale de l'installation d'un site minier. Il ne couvre pas la phase d'exploration, mais un autre projet pourrait être développé pour ce faire.

Le MAMD est un outil basé sur Internet, capable d'intégrer différentes circonstances et qui ne cherche pas à fournir une solution unique pour tous les projets. Il offrira des exemples de dispositions tirés d'une cinquantaine d'accords miniers existants pour les principales dispositions, plutôt qu'une formulation unique. Mais la conception va bien au-delà de la recherche de cette flexibilité. En effet, une grande partie de la valeur ajoutée de ce modèle devrait se trouver dans le sommaire qui contient des liens vers des exemples de dispositions et être utilisé comme un menu que les parties aux négociations et les communautés éventuellement affectées peuvent prendre en compte au cours des négociations pour un accord minier de développement. Si toutes les dispositions du modèle ne seront pas pertinentes dans toutes les situations, elles forment collectivement, avec les exemples de dispositions, une liste complète pour des négociations et un outil de rédaction dans une perspective de développement durable.

Le MAMD s'adresse principalement aux pays en développement et aux entreprises minières, mais également à toutes les parties impliquées dans le processus de développement minier. Aussi, il devrait être utile pour les négociateurs des gouvernements, l'industrie, les organisations de la société civile, les communautés des peuples autochtones, les parlementaires et toute autre personne impliquée dans le processus. Le Comité sur le droit minier de l'AIB reconnaît qu'il sera nécessaire de diffuser le modèle et de former les personnes, et prévoit, à cette fin, de développer davantage les relations entre les acteurs.

Howard Mann, spécialiste sénior en droit international à l'IIDD, dirige la participation de l'IIDD dans ce projet en tant que membre du comité administratif international du MAMD. Il considère que le MAMD peut changer la donne, en établissant un nouveau paradigme pour les projets miniers et les autres projets liés aux ressources naturelles, et en plaçant la question du développement durable au premier plan des négociations. « Les aspects sociaux, économiques et environnementaux ne seront plus de simples accessoires si le modèle est utilisé. Ils seront au contraire des parties intégrantes de la structure et du processus de négociation. Des relations économiques avec la communauté locale à la protection des droits humains, le modèle couvre un large éventail de questions sociales, économiques et environnementales ».

Mann a été très impressionné par l'engagement des avocats du secteur privé dans le projet : Peter Leon, le Président du Comité sur le droit minier, a affirmé :

« Nous envisageons de développer, d'ici à la prochaine conférence annuelle de l'AIB à Vancouver en octobre 2010, un outil non-normatif, basé sur Internet, et très accessible permettant de mener des négociations et contrats éclairés, transparents et justes. Nous considérons que les pays d'accueil et les investisseurs ont un intérêt commun dans la stabilité de la relation d'investissement, et que cette stabilité est plus forte quand les pays et régions d'accueil garantissent un développement durable, social et économique significatif ».

Le MAMD est actuellement révisé par un groupe de référence international et par les représentants présents lors des consultations de la société civile organisées avec l'IIDD pendant le projet. Les commentaires formulés seront pris en compte dans la révision de l'avant-projet pour sa présentation lors de la conférence annuelle du Comité sur le droit minier de l'AIB en octobre prochain à Vancouver. Le MAMD sera ouvert pour des consultations publiques en ligne après la conférence de Vancouver, puis un autre cycle de consultation sera organisé, et la version finale présentée en décembre 2010.

Auteur

L'Institut international de développement durable

L'exigence de transparence dans le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI:

Une vision premonitoire
Ignacio Torterola



En octobre, les délégations des États devraient discuter de la question de la transparence dans les règles d'arbitrage de la CNUDCI. Ignacio Torterola, liaison du CIRDI à l'ambassade argentine de Washington D.C., et délégué argentin du groupe de travail II de la CNUDCI, explique en quoi une plus grande ouverture serait bénéfique au système d'arbitrage international.

Quelques considérations préliminaires

Le groupe de travail II (GTII) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), chargé de réviser le règlement d'arbitrage de la Commission, s'est réuni au siège des Nations Unies en février 2008. Suite à l'initiative lancée par diverses organisations non-gouvernementales (ONG), notamment le Centre pour le droit international de l'environnement (Centre for International Environmental Law – CIEL) et l'Institut international pour le développement durable (IIDD), le groupe de travail a examiné la possibilité d'introduire des règles sur la transparence et l'accès aux informations pour les affaires où les États sont partie à un arbitrage conformément au règlement d'arbitrage CNUDCI.

Malgré un mouvement grandissant au sein du GTII pour obtenir le consensus nécessaire, la demande d'organisation d'une discussion sur la question de la transparence a finalement été rejetée. Pourtant, le groupe de travail a convenu de réexaminer la question séparément, une fois la révision des règles « générales » d'arbitrage terminée. La proposition soumise à ce moment avait reçu l'important soutien de deux délégations en particulier : l'Argentine et le Canada. Le comité éditorial d'INVESTMENT TREATY NEWS QUARTERLY m'a demandé de commenter les raisons du soutien de la délégation argentine à cette initiative. Ce qui suit est mon opinion personnelle sur la question.

Le temps écoulé entre la tentative ratée de février 2008 pour promouvoir la transparence, et la prochaine réunion du groupe

de travail en octobre 2010, a eu un effet positif pour l'inclusion des exigences de transparence dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Au cours de cette période, le monde l'arbitrage a développé une plus grande appréciation des types d'intérêts en jeu dans les procédures d'arbitrage impliquant des États.

En outre, il est maintenant reconnu que l'accès aux décisions contribue au développement d'un ensemble de jurisprudence apportant plus de prévisibilité au système d'arbitrage (en matière d'investissements). Pour cela et bien d'autres raisons exposées plus avant, je me risque à conclure que le GTII approuvera les exigences de transparence et de participation publique dans le nouveau règlement de la CNUDCI lors de sa réunion d'octobre 2010. Toutefois, reste à définir l'étendue de ces exigences.

Transparence et participation publique dans l'arbitrage en matière d'investissements

Le mandat du groupe de travail II

Lors de la première session de délibérations du GTII portant sur la révision du règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, le groupe de travail avait convenu d'utiliser une approche générique, qui ne reflétait pas les problèmes spécifiques à des types d'arbitrages. Cet esprit, approuvé par les délégations, explique une bonne partie des conclusions adoptées par la suite par le GTII et incluses dans le règlement d'arbitrage.

Il était toutefois impossible de ne pas prendre en compte certaines caractéristiques déterminantes des différents types d'arbitrage et elles ont progressivement gagné du poids dans le débat des délégués. L'un des principaux sujets de ces débats était la présence des États en tant que défendeurs dans les litiges en matière d'investissements.

Quelques unes des exigences maintenant approuvées et incluses dans le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI reflètent, à cet égard, une préoccupation évidente. Par exemple, l'article 1 du règlement stipule :

... 2. Les parties à une convention d'arbitrage conclue après le 15 août 2010 sont présumées s'être référées au Règlement en vigueur à la date à laquelle commence l'arbitrage,

à moins qu'elles ne soient convenues d'appliquer une version différente du Règlement. Cette présomption ne s'applique pas lorsque la convention d'arbitrage a été conclue par acceptation, après le 15 août 2010, d'une offre faite avant cette date ...

Alors que la formulation de cette exigence suggère une indépendance totale par rapport à tout type de système d'arbitrage, son principal objectif – suite à une proposition de la délégation argentine, secondée par la délégation chilienne, puis par les autres délégations – était d'exempter l'arbitrage en matière d'investissements de l'application du nouveau règlement jusqu'à ce qu'il soit spécifiquement incorporé à un Traité bilatéral d'investissement (TBI) négocié après le 15 août 2010, notamment compte tenu du fait que le groupe de travail n'était pas sûr, au moment de son adoption, de la direction à suivre dans ses délibérations sur certaines questions en suspens. En outre, cette exigence a ôté la pression sur les délégations qui n'ont plus à considérer ces domaines si distincts que sont l'arbitrage commercial et l'arbitrage en matière d'investissements.

Toutefois, attendu que l'article 1(2) contient une exigence spécifique qui s'applique à l'arbitrage en matière d'investissements, il pourrait y avoir une règle complémentaire fixant certaines exigences de transparence et de participation publique également spécifiquement applicables à l'arbitrage en matière d'investissements. Une telle règle n'affecterait pas les divers types d'arbitrage commercial et conférerait à l'arbitrage en matière d'investissements un caractère distinctif qui, à mon sens, est nécessaire.

Pour faire court, la délibération (et l'approbation) des règles de transparence et de participation publique dans le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI est en ligne avec le mandat du GTII.

Devoir de transparence et participation publique dans les litiges impliquant des gouvernements

Les arbitrages en matière d'investissements impliquent des questions susceptibles d'affecter l'intérêt public. La plupart des États démocratiques ont des obligations en matière d'accès à l'information vis-à-vis de leurs citoyens. De ce fait, comme c'est le cas dans l'affaire concernant la République argentine (exposée plus avant), la publication de certaines affaires concernant le gouvernement est une obligation légale, et non pas une décision du chef d'État. Le cadre législatif établit clairement le principe constitutionnel de la participation publique aux affaires du gouvernement et le droit d'accès à l'information publique conformément aux articles 1, 33, 41, 42 et suivants du Chapitre Deux de la Constitution de la République d'Argentine – qui crée de nouveaux droits et garanties – et à l'article 75(22), qui liste les Traités internationaux en matière de droits humains intégrés dans le droit constitutionnel.

Je suppose que tous les délégués de chaque pays membres du GTII pourraient ajouter des exigences similaires en matière de transparence et de participation publique dans les affaires gouvernementales de leurs pays respectifs.

L'article 34(5) du Règlement d'arbitrage 2010 de la CNUDCI
Le nouvel article 34(5) du règlement d'arbitrage de la CNUDCI
indique : 34(5) La sentence peut être rendue publique avec le
consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation
est requise d'une partie en raison d'une obligation légale, afin
de préserver ou faire valoir un droit ou en rapport avec une

procédure judiciaire devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente.

L'ancien article 32(5) stipulait qu'une sentence ne pouvait être rendue publique qu'avec le consentement de toutes les parties. Suivant le modèle adopté par la Cour d'arbitrage international de Londres, le nouvel article 34(5) introduit la possibilité de rendre une sentence publique, avec le consentement des parties, lorsque cela relève d'une obligation légale pour la plupart des États modernes.

En l'occurrence, la nouvelle exigence établie dans l'article 34(5) reflète l'obligation légale de certaines des parties à l'arbitrage, relevant d'obligations légales n'ayant pas de rapport avec l'arbitrage. Par exemple, et comme mentionné précédemment, les États ont une obligation légale d'accès à l'information et de participation publique aux affaires gouvernementales.

Enfin, les affaires traitées par des tribunaux nationaux sont en général ouvertes au public et, comme conséquence des actions légales entreprises en soutien de l'arbitrage, notamment pour faire appliquer une sentence, une décision arbitrale pourrait être soumise au système judiciaire national, devenant ainsi une information du domaine public.

La nature publique des arbitrages investisseur-État *Contexte*

Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est appliqué avec succès partout dans le monde depuis 1976. Le Règlement a été utilisé dans d'innombrables arbitrages ad hoc et incorporé par des institutions d'arbitrage comme règlement de procédure. Le Règlement est également appliqué avec succès dans le domaine public – il a par exemple été adopté comme règlement d'arbitrage par le Tribunal irano-américain de réclamations – ce qui s'explique par la bonne réputation dont il jouit.

La nature publique des décisions rendues par le Tribunal irano-américain de réclamations a créé un ensemble de jurisprudence pouvant être utilisé pour décrypter l'application du Règlement de la CNUDCI de 1976, et pour étudier et établir un système pour l'application du Règlement. Dans l'un des travaux les plus cités relatifs au Règlement, Caron & Caplan & Pellonpää suggèrent à cette fin que l'étude de l'application du Règlement de la CNUDCI s'explique, en grande partie, par la nature publique des audiences du Tribunal irano-américain de réclamations.

En outre, historiquement, les procédures des tribunaux ayant à connaître des affaires impliquant des États et agissant en vertu du pouvoir *ius imperii* (de souveraineté) ont toujours été publiques. Ce concept s'appliquait aux tribunaux arbitraux du XIX^{ème} siècle et au travail prolifique de la Cour internationale de justice et son prédécesseur, la Cour permanente de justice internationale.

De la même façon, la plupart des commissions bilatérales ayant statué sur des litiges financiers contre des pays souverains dans le domaine de la protection diplomatique – telles que la Commission de réclamations Mexique/États-Unis, et par la suite dans le cadre d'autres mécanismes spécialement conçus, tels que la Commission de compensation des Nations Unies et le Tribunal irano-américain de réclamations – ont publié leurs sentences, certaines même bien avant la préoccupation actuelle de transparence des affaires gouvernementales.

Pratique des tribunaux statuant sur les affaires d'investissements

La Convention du CIRDI empêche la publication d'une sentence sans le consentement des parties (article 48(5) de la Convention du CIRDI). Toutefois, à partir de 2000, et en lien avec le début de l'utilisation généralisée d'Internet, les décisions arbitrales devinrent graduellement libres d'accès, sans même le consentement des parties.

Cette pratique affecte non seulement les décisions du CIRDI, mais également les affaires régies par d'autres règlements, notamment les affaires CNUDCI. Voilà pourquoi un commentateur peut annoncer que certaines informations, telles que « l'existence de l'arbitrage, les parties, les représentants légaux, ainsi que la composition du tribunal arbitral » sont du domaine public .

Déclaration de la Commission du libre-échange de l'ALENA Metalclad, Loewen, Methanex et UPS

Tôt au commencement des arbitrages en matière d'investissements, les tribunaux ont dû porter leur attention à la question de l'accès à l'information et de la participation des tiers dans la procédure d'arbitrage. Cette question est particulièrement présente dans les arbitrages relevant du Chapitre 11 de l'ALENA. Dans l'affaire *Metalclad c/ Mexique*, le Tribunal a décidé que ni l'ALENA ni le Règlement CIRDI du mécanisme supplémentaire ne contenaient de restriction sur la liberté des parties à rendre publics les documents liés à l'arbitrage . Dans *Loewen c/ USA*, le Tribunal considéra que l'imposition d'une obligation générale de confidentialité vis-à-vis des arbitrages impliquant des États parties n'était pas désirable dans ce sens que cela restreindrait l'accès du public à l'information sur des questions gouvernementales et d'intérêt public .

En 2001, suite à la révision de ces procédures, la Commission du libre-échange de l'ALENA a émis une note d'interprétation stipulant:

1. Aucune disposition de l'ALENA n'impose aux parties contestantes dans le cadre d'un arbitrage aux termes du chapitre onze un devoir général de confidentialité et, sous réserve de l'application de l'article 1137(4), aucune disposition de l'ALENA n'empêche les Parties de rendre publics des documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier.

2. En application de ce qui précède :
(a) Conformément à l'article 1120(2), les Parties à l'ALENA conviennent qu'aucune des règles d'arbitrage pertinentes n'impose un devoir général de confidentialité ou empêche les Parties de rendre publics des documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier, sauf exceptions précises et limitées énoncées expressément dans ces règles .

Dans *Methanex c/ USA* , le Tribunal a dû gérer des questions de transparence différentes de celles des affaires *Metalclad* et *Loewen* ; notamment sur la soumission de dossiers d'amicus curiae dans la procédure d'arbitrage. En général, la décision du Tribunal dans l'affaire *Methanex*, basée sur l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, est similaire à celle adoptée par la suite par le tribunal d'une autre affaire relevant du chapitre 11 de l'ALENA, *UPS c/ Canada* . Si ces deux décisions sont traitées conjointement par cet article pour une question d'opportunité, chacune a ses propres caractéristiques particulières.

Néanmoins et malgré ces différences, dans les deux cas le tribunal a décidé qu'il avait l'autorité nécessaire pour accepter et tenir compte des dossiers d'amicus curiae dans le cadre des pouvoirs qui lui étaient conférés par l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Aguas del Tunari c/ Bolivie et AASA & APSF (Suez) c/ la République d'Argentine

Avant sa révision en 2006, le règlement d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI) – conçu spécialement pour régler des questions spécifiques aux arbitrages en matière d'investissements, permettant ainsi certaines formes de participation et une transparence – stipulait que les affaires devaient être entendues sous camera et que seules les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts pouvaient y assister. En vertu de cette exigence, le Tribunal de l'affaire *Aguas del Tunari c/ Bolivia* a rejeté la demande d'un groupe d'intérêt de prendre part à l'arbitrage, décidant qu'il n'avait pas le pouvoir d'autoriser la participation sans le consentement des deux parties.

Le Tribunal dans les affaires *Aguas Argentina S.A., Suez (AASA), Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A. et AWG c/la République d'Argentine* a permis la soumission d'amicus curiae, mais a rejeté la demande d'accès et de présence aux audiences de l'arbitrage . En outre, le Tribunal a cherché à exercer son pouvoir de manière à minimiser toute charge supplémentaire pour les parties et pour les droits de la défense.

Le Tribunal de l'affaire *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Interaguas Servicios del Agua c/ la République d'Argentine* – composé de manière similaire – a rejeté une demande de participation en tant qu'amici car les demandeurs ne répondaient pas aux exigences d'amicus curiae établies dans l'affaire susmentionnée.

La révision 2006 du Règlement d'arbitrage du CIRDI et BiWater Gauff

En 2006, le secrétariat du CIRDI acheva un amendement global du Règlement d'arbitrage du CIRDI . Le secrétariat, ainsi que le groupe de travail créé pour mener à bien l'amendement, et d'autres experts consultés pour l'occasion, décida que les questions de « transparence et de participation des tiers » faisaient partie des questions du Règlement d'arbitrage à réviser afin de faire face aux nouveaux besoins apparaissant dans un nombre croissant de cas, ainsi que ceux impliquant un arbitrage enclenché sur le fondement d'un traité .

Par conséquent, trois nouveaux articles, visant à refléter la transparence et la participation publique dans les arbitrages en matière d'investissements, furent adoptés : l'article 32 sur les audiences publiques, l'article 37(2) sur le statut d'amicus curiae (partie non-contestante) et l'article 48 sur la publication des sentences d'arbitrage. Concernant les audiences, l'article 32(2) stipule :

« (2) Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve

d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées. »

Concernant l'*amicus curiae* dans la procédure d'arbitrage, l'article 37(2) stipule :

« (2) Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure :

- (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ;*
- (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;*
- (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif.*

Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante ».

Enfin, l'article 48 indique que :

« (4) Le Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties. Toutefois, le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal. »

Le Tribunal de l'affaire BiWater Gauff fut le premier à appliquer les nouveaux articles CIRDI relatifs à la transparence et à l'accès à l'information. Le Tribunal faisait face à deux problèmes distincts : (a) la publication des documents de la procédure d'arbitrage soumis par les parties à l'arbitrage (et l'accès des tiers à ces documents), et (b) la participation de parties non-contestantes (*amicus curiae*) à l'arbitrage .

Le Tribunal a autorisé les soumissions *amici* dans la mesure où il a considéré qu'il y avait un intérêt public dans l'affaire et que la participation des parties non-contestantes (*amici*) engendrerait une meilleure acceptation du résultat de l'arbitrage et aiderait le Tribunal à respecter ses obligations . Toutefois, le Tribunal a rejeté la participation des *amici* aux audiences ou leur accès aux documents de l'arbitrage .

Vers le développement d'une jurisprudence

Il est suggéré, depuis quelques temps maintenant, que les décisions d'arbitrage devraient jouir d'une certaine forme de publicité. Par l'expression « décisions arbitrales », je fais non seulement référence à la publication de décisions d'arbitrage en matière d'investissements, mais également de tout type de décision d'arbitrage, notamment celles de nature strictement commerciale. La raison en est simple : la publication de décisions d'arbitrage crée une jurisprudence améliorant la qualité et la cohérence des décisions d'arbitrage, et génère

une meilleure confiance des utilisateurs – pas seulement de ceux utilisant fréquemment le mécanisme, mais plutôt d'un public plus large ayant découvert la valeur de l'arbitrage et restant préoccupé quant à la « confidentialité » entourant la procédure, qui fait des arbitrages des processus quasi-obscure. Les développements récents dans l'arbitrage montrent que la publication donne plus de fiabilité au système et exclut de futurs inefficacités et imprévus pour les parties au litige. En outre, elle relève les standards professionnels que les arbitres doivent respecter dans leurs décisions.

Je n'étais pas conscient que la notion que je considérais comme révolutionnaire avait déjà été traitée par d'autres experts légaux qui avaient déjà considéré la nécessité de rendre publique les décisions d'arbitrage afin de créer une jurisprudence, de renforcer la qualité des décisions prises et donc de contribuer à la crédibilité et à la confiance des parties (et du public en général) dans l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends . Deux travaux importants à ce sujet sont celui de MOURRE et celui de LEW , dans "Pourquoi faut-il publier les sentences d'arbitrage". Lew souligne ainsi la justesse de cette idée :

*[L]a publication des sentences d'arbitrage permettrait... d'identifier les avantages réels de l'arbitrage : des arbitres spécialistes et experts qui opèrent au niveau international. Le développement d'une jurisprudence en matière d'arbitrage donnerait à l'arbitrage une plus grande certitude – que celle actuellement existante – concernant l'attitude probable des arbitres, et faciliterait la connaissance et l'acceptation de la *lex mercatoria* par la communauté commerciale mondiale. Cela permettrait certainement d'éviter de nombreux problèmes récurrents présentés aux arbitres et influencerait les attitudes de négociation et les décisions commerciales des entrepreneurs. Surtout, la publication systématique des sentences d'arbitrage montrerait non seulement que l'arbitrage est une alternative aux tribunaux nationaux pour le règlement des différends, mais cela prouverait également de manière incontestable que l'arbitrage est le forum le plus approprié pour résoudre des différends relevant du commerce international .*

Mourre identifie certains aspects intéressants. Il soutient qu'un système est nécessaire afin de publier le plus de cas possible avec le moins d'omissions possible. Seule la disponibilité d'un nombre suffisamment important de cas mènera à l'émergence d'une jurisprudence arbitrale . L'accès à d'autres décisions arbitrales améliorerait la qualité des nouvelles décisions arbitrales et permettrait d'identifier clairement les principes juridiques fondamentaux gouvernant les procédures d'arbitrage . Enfin, Mourre souligne l'importance de révéler les noms des arbitres pour leur propre réputation et crédibilité, et pour donner plus ou moins de poids aux décisions (ainsi qu'une plus grande crédibilité et cohérence au système d'arbitrage) .

Je ne peux qu'être d'accord avec les opinions présentées dans les paragraphes précédents.

Conclusions

Les règles de la CNUDCI sur la transparence et l'accès à l'information ne devraient pas être vues comme une question importante, mais plutôt comme une évolution nécessaire afin de donner au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – lorsqu'il est appliqué aux arbitrages impliquant un État – le même niveau de

transparence retrouvé dans d'autres systèmes d'arbitrage. En outre, comme mentionné précédemment, ce Règlement viserait seulement à régler (et cela dans la perspective adéquate) une situation déjà de facto. Si la pratique arbitrale était déjà prête en 2008 à accepter des exigences de transparence dans l'arbitrage CNUDCI impliquant les États, et si la question avait déjà été développée dans une certaine mesure dans le Règlement d'arbitrage CIRDI et détaillée par les tribunaux des affaires Methanex, UPS et Suez, la situation a évolué plus favorablement vers l'inclusion de ces exigences, mais seulement comme chapitre supplémentaire dans le Règlement d'arbitrage 2010 de la CNUDCI.

Aussi, l'auteur considère que lors de sa prochaine réunion en octobre 2010, le GTII se trouvera dans une situation où il ne s'agira pas de savoir s'il faut inclure une section supplémentaire régissant la transparence et la participation de tiers dans les arbitrages impliquant des États – question qui devrait avoir un résultat positif compte tenu de l'évolution de la pratique arbitrale à laquelle je me référerais plus haut – mais plutôt de déterminer l'étendue et le niveau de transparence et d'accès à l'information.

Auteur

Ignacio Torterola est un avocat argentin. Il est membre du Corps diplomatique argentin depuis 2000. En 2003, il a commencé à représenter le Ministère argentin des affaires étrangères ainsi que le bureau du procureur général dans les affaires en lien avec la crise économique et sociale du pays. Les vues exprimées ici sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les vues du gouvernement argentin ou de ses ministères ou agences. L'auteur remercie chaleureusement toutes les personnes ayant contribué à cet article par des suggestions ou autres - notamment Ronan McHugh, Mariana Lozza, Ariel Martins, Alejandro Turyn, Mona Davies et Diego Gosis ; la responsabilité finale de l'article repose toutefois entièrement sur l'auteur.

Notes

1 Après l'engagement de l'Argentine et du Canada, d'autres délégations ont également soutenu certaines formes de transparence et la participation de tiers, notamment les délégations du Chili, de Colombie, du Honduras, du Mexique, de Norvège, du Paraguay, de Suisse, d'Ouganda, des États-Unis et du Venezuela, entre autres.

2 La position de la délégation argentine lors de la réunion de février 2008 était de soutenir la création d'un registre des affaires d'investissements lancées dans le cadre de l'arbitrage CNUDCI. Ce même organisme garderait l'historique des décisions du Tribunal de la CNUDCI. On ne nous a pas demandé notre avis au sujet des autres propositions du CIEL et de l'IIDD, puisqu'aucune d'entre elles n'avait reçu le consensus minimum pour une délibération du GTII. Le registre des affaires et décisions avait presque reçu le consensus nécessaire pour approbation. En outre, selon l'auteur, le fait que les soumissions amicus curiae ait été largement acceptées en pratique devrait également faciliter les délibérations et approbations de cette partie des propositions du CIEL et de l'IIDD.

3 L'auteur a représenté le bureau du procureur général argentin devant le GTII dans les réunions de septembre 2007, février 2008, septembre 2009, février 2010 et lors de l'adoption du règlement en juillet 2010. Les opinions exprimées ici sont personnelles et ne reflètent pas nécessairement celles de la République d'Argentine, de son gouvernement ou de ses agences.

4 C'est le cas de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de la Haye, du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, de l'Association américaine d'arbitrage (AAA), du Centre international pour le règlement des différends (CIRD) de l'AAA, et du Centre d'arbitrage international de Hong-Kong. Bien d'autres institutions prestigieuses ont également choisi d'utiliser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – avec quelques variations spécifiques – afin de régler leurs différends.

5 « ... l'expérience du Tribunal irano-américain de réclamations, avec son large éventail d'affaires, reste centrale pour comprendre le Règlement de la CNUDCI. Plus que tout autre organisme, le Tribunal s'est débattu avec l'application de ce Règlement. En outre, à la différence de nombreux autres organismes d'arbitrage, la pratique du Tribunal est publique, et offre donc la possibilité de tirer des leçons de cette pratique... ». Caron & Caplan & Pellonpää, *THE UNCITRAL ARBITRATION RULES. A COMMENTARY* (Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, quelques commentaires.) Oxford Commentaries on International Law, 2008, page 9.

6 Andrea, Gattini, *THE UN COMPENSATION COMMISSION: OLD RULES, NEW PROCEDURES ON WAR REPARATIONS* (La commission de compensation des Nations Unies : ancien règlement, nouvelles procédures sur les réparations de guerre). *EJIL*, Vol. 13 No. 1, 161 – 168 (2002).

7 Caron & Caplan & Pellonpää. *Op.Cit.* page 9.

8 Mistelis, Loukas, *CONFIDENTIALITY AND THIRD PARTY PARTICIPATION: UPS V. CANADA AND METHANEX CORP. V. USA. IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION. LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW* (Confidentialité et participation des tiers : UPS c/ Canada et Methanex Corp c/ USA dans le droit et les arbitrages internationaux en matière d'investissement. Principaux cas du CIRDI, de l'ALENA, des Traités bilatéraux et du droit coutumier international), édité par Todd Weiler, Cameron mai 2005 : « ... Si la confidentialité des arbitrages en matière d'investissements est encore généralement respectée, des informations telles que l'existence de l'arbitrage, les parties, les représentants légaux, ainsi que la composition du tribunal arbitral et la nature du différend se retrouvent fréquemment dans le domaine public ».

9 Metalclad Corporation c/ États-Unis du Mexique. Affaire CIRDI No. ARB(AF)/97/1. (Lauterpacht- Civiletti-Siqueiros). Décision datant du 30 août 2000, §13.

10 The Loewen Group Inc et Raymond L. Loewen c/ États-Unis d'Amérique. Affaire CIRDI No. ARB(AF) 98/3. (Mason-Fortier-Mivka). Décision datant du 5 janvier 2001, §26.

11 Notes d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11 (Commission du libre-échange de l'ALENA, 31 juillet 2001).

12 Methanex c/ États-Unis. Affaire CNUDCI (Veeder-Rowley-Reisman). Décision relative à la juridiction et à la recevabilité (7 août 2002).

13 United Parcel Service of America INC (UPS) c/ Canada. Affaire CNUDCI (Keith-Fortier-Cass). Décision relative à la participation en tant qu'Amicus Curiae (17 octobre 2001).

14 Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A. c/ La République d'Argentine. Affaire CIRDI n° ARB/03/19 (Salacuse-Kauffman-Kohler-Nikken). Réponse à une demande de participation en tant qu'amicus curiae ; et AWG Group Ltd. c/ La République d'Argentine, CNUDCI (TBI Royaume-Uni/Argentine).

15 La République d'Argentine a soutenu la participation de dossiers amicus aux audiences ; toutefois, attendu que les demandeurs ont refusé cette participation, le Tribunal n'a pas accédé à la demande des ONG. Voir également Aurelia Antonietti, *THE 2006 AMENDMENTS TO THE ICSID RULES AND REGULATIONS AND THE ADDITIONAL FACILITY RULE* (Les amendements de 2006 au Règlement CIRDI et au Règlement du mécanisme supplémentaire), *CIRDI Rev. - FILJ*, Vol. 21, No. 2, automne 2006, page 6.

16 Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ la République d'Argentine, affaire CIRDI n°ARB/03/17. (Salacuse-Kauffman-Kohler-Nikken). Réponse à une demande de participation en tant qu'Amicus Curiae.

17 Aurelia Antonietti, *THE 2006 AMENDMENTS OF THE ICSID RULES AND REGULATIONS AND THE ADDITIONAL FACILITY RULES* (Les amendements 2006 au Règlement CIRDI et au Règlement du mécanisme supplémentaire). *Op. Cit.* page 2. Antonietti indique que « avec le nombre croissant d'affaires portées devant le Centre et l'élargissement de sa jurisprudence, il est devenu clair avec le temps que le Règlement d'arbitrage du CIRDI devait être amendé pour faire face aux besoins des utilisateurs du CIRDI de manière adéquate, notamment dans les arbitrages sur le fondement de traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement ». En fait, des plaintes ont été émises quant au manque de transparence, et il était nécessaire de standardiser la pratique du tribunal du CIRDI : « Des changements furent proposés pour atteindre ces exigences et pour refléter la pratique actuelle des tribunaux. Le secrétariat a largement consulté et a bénéficié de la participation des membres du conseil administratif, des groupements d'entreprises et de groupes de la société civile, des experts et institutions en matière d'arbitrage international dans le monde entier ». Voir Antonietti, *Op. Cit.* page 3.

18 Aurelia Antonietti, *Op. Cit.* page 3. C'est un fait bien connu que le CIRDI fut créé pour le règlement des différends en matière d'investissements dans le cadre de relations contractuelles. Par conséquent, les faits avancés dans un arbitrage CIRDI actuel impliquant un État pourraient avoir un impact potentiellement plus grand sur l'intérêt public qu'un litige commercial spécifique relevant d'un contrat.

19 Il est à noter que les nouveaux articles du CIRDI ne contiennent aucune obligation concernant la publication des documents, la décision sur une telle question doit donc principalement s'appuyer sur les dispositions pertinentes dans l'accord d'arbitrage en jeu.

20 Biwater Gauff et République Unie de Tanzanie, affaire CIRDI n° ARB/05/22. *Ordre de procédure n° 5 du 2 février 2007* (Hanotiu, Born, Laundau), § 47 et suivants.

21 Biwater Gauff, *Op. Cit.* ¶172

22 Biwater Gauff, *Op. Cit.* ¶168

23 En faisant référence à la jurisprudence, je ne dis pas que ces décisions doivent établir des précédents, mais plutôt servir de guide afin de créer un système offrant des décisions de la meilleure qualité possible.

24 Cela représente un défi vis-à-vis du rythme suivi par les institutions d'arbitrages pour la publication de leurs décisions.

25 Mourre, Alexis, *PRECEDENT AND CONFIDENTIALITY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. THE CASE FOR THE PUBLICATION OF ARBITRAL AWARDS* (Précédents et confidentialité dans les procédures d'arbitrage commercial international : pourquoi faut-il publier les sentences d'arbitrages), in *Precedent in International Arbitration*. IAI Series, Yas Banitafemi, Editeur, 2008.

26 Julian D.M. Lew, *THE CASE FOR THE PUBLICATION OF ARBITRATION AWARDS* (Pourquoi faut-il publier les sentences d'arbitrages), in *THE ART OF ARBITRATION*, Liber Amicorum Pieter Sanders 12 Septembre 1912 – 1982, page 223, J.C. Schultz et A.J. van den Berg eds. Kluwer, 1982.

27 Julian D.M. Lew, *Pourquoi faut-il publier les sentences d'arbitrages* (THE CASE FOR THE PUBLICATION OF ARBITRATION AWARDS), dans *THE ART OF ARBITRATION* – Essai sur l'Arbitrage international – Liber Amicorum Pieter Sanders 12 Septembre 1912 – 1982, page 223, J.C. Schultz et A.J. van den Berg eds. Kluwer, 1982. Cité par Mourre, A. *Op. Cit.*, page 223.

28 Mourre, *Op.Cit.* page 48. Pour soutenir sa position, Mourre cite Christian Larroumet dans *À PROPOS DE LA JURISPRUDENCE ARBITRALE*, *Gaz. Pal.* 14 décembre 2006.

29 Mourre, *Op. Cit.* page 49.

30 Mourre, *Op. Cit.* page 58.

article 5

La nomination des arbitres dans les procédures d'arbitrage en matière d'investissements : Pourquoi les opinions exprimées sur des points de droit devraient être récusables

Tony Cole



L'aspect le plus souvent condamné par les critiques du système de l'arbitrage international en matière d'investissements est le rôle joué, dans la résolution des litiges relatifs aux investissements, par les tribunaux non-permanents, constitués seulement pour la résolution de l'affaire en question, et composés d'individus principalement issus du monde de l'arbitrage commercial international. D'aucuns avancent que ces tribunaux manquent de la légitimité dont bénéficient les instances plus permanentes, et qu'ils reflètent trop souvent la perspective du monde commercial dans lequel ils réalisent la majorité de leurs revenus.

La réponse habituelle apportée par les spécialistes de l'arbitrage à ces plaintes est que cela démontre une sérieuse méconnaissance de la réalité de ces tribunaux. Il est souligné que chaque tribunal est sélectionné par les parties au litige, ce qui fait que l'État et l'investisseur ont l'assurance que le tribunal sera à la fois impartial et expert en droit international des investissements. Le recours à un tel tribunal, vivement recommandée, est plus juste que de demander à l'investisseur de défendre son cas devant un tribunal national initialement constitué et contrôlé en permanence par l'État contre lequel la plainte est déposée, et manquant d'expérience réelle en droit international des investissements.

Il ne fait pas de doute que la réponse apportée par les spécialistes de l'arbitrage est fondamentalement correcte, car un tribunal arbitral fonctionnant correctement constitue effectivement un moyen idéal de résolution des conflits internationaux en matière d'investissements. Toutefois, cela n'est vrai que si le processus de constitution du tribunal est correctement défini et appliqué. Cependant, comme le démontre la récente décision dans l'affaire *Urbaser S.A. c/ Argentine*, les règles actuelles régissant la nomination des arbitres laissent justement la porte ouverte à l'éventuelle manipulation du tribunal dont se plaignent souvent les critiques.

Le 12 août 2010, une décision relative à la demande de récusation d'un arbitre a été rendue dans l'affaire *CIRDI Urbaser S.A. c/ Argentine* ; la demande de récusation du très estimé juriste et universitaire Campbell McLachlan en tant qu'arbitre – basée sur son opinion juridique d'ordre générale exprimée dans ses écrits universitaires – a été rejetée. En réalité, les demandeurs avaient demandé la récusation de la nomination de McLachlan par l'Argentine, non parce qu'il avait des relations avec le gouvernement argentin qui pourraient remettre en question sa capacité à prendre une décision équitable dans l'affaire, mais parce qu'il avait auparavant fait des déclarations sur des points de droit qui sont au cœur de l'arbitrage *Urbaser*, et qu'il serait donc en faveur de l'Argentine sur ces points, d'après les demandeurs.

Cette décision n'est pas remarquable en soi, car aucun forum d'arbitrage ni aucune juridiction nationale n'accepterait une demande de récusation d'un arbitre sur la base de déclarations précédentes sur des points généraux de droit. Toutefois, s'il est difficile de condamner la décision *Urbaser* comme étant le reflet de la position actuellement reconnue sur cette question, les détails de la décision accentuent bien les problèmes posés par l'approche actuelle. Plus problématique encore, la demande de récusation de McLachlan ne reposait pas sur le simple fait qu'il avait défendu une interprétation d'un point de droit pertinent pour l'affaire *Urbaser*. Les demandeurs faisaient référence à deux déclarations spécifiques et argumentées issues de publications universitaires, dans lesquelles McLachlan présentait non seulement un argument raisonné en faveur de sa position, exprimé avec une force considérable, mais discutait, dans une affaire, du traité bilatéral d'investissement au cœur de l'affaire *Urbaser*. Les demandeurs arguaient que McLachlan avait déjà exprimé son opinion sur au moins l'un des points essentiels de l'affaire.

Il n'y a rien d'étonnant à ce qu'une partie dans un litige soit face à un tribunal comptant un membre connu pour son hostilité à l'égard des positions juridiques sur lesquelles s'appuierait la partie en question. Après tout, même des juges – qu'ils soient membres de tribunaux nationaux ou d'instances internationales – auront des positions connues sur des points de droit, qu'elles aient été publiées ou énoncées lors de décisions précédentes. Aussi, pour comprendre pourquoi cette situation pose plus de problèmes dans un cas d'arbitrage en matière d'investissements que dans un différend classique, il est essentiel de comprendre la méthode de nomination des arbitres, ainsi que l'impact éventuel

de ce processus sur l'interprétation de chaque sentence par les parties au litige et par le public, déjà souvent sceptique quant au bien-fondé de l'arbitrage pour la résolution de tels litiges.

Si l'on considère souvent que les arbitres endossent une fonction judiciaire, et si les sentences rendues dans les affaires d'investissements internationaux peuvent être contestées pour une série de motifs très limitée, les arbitres peuvent légitimement être considérés comme exerçant une forme de contrôle judiciaire par procuration ; il existe pourtant des différences essentielles entre les juges et les arbitres dans la manière dont ils sont nommés dans une affaire.

Si la manière de nommer un juge diffère d'un système judiciaire national à l'autre, la caractéristique constante des nominations judiciaires repose dans sa nature hautement institutionnalisée. Les parties ont la possibilité de choisir le système judiciaire auquel elles souhaitent exposer leur cas, par exemple dans les clauses d'élection de for, ou simplement en sélectionnant l'instance devant laquelle un différend sera porté, mais elles ne peuvent jamais choisir le juge qui entendra l'affaire. Une fois le système judiciaire choisi, un juge sera nommé selon les règles standards du système.

Bien entendu, toute partie aura la possibilité de demander la récusation du juge nommé, mais les critères sur lesquels une telle demande de récusation peut-être faite seront très limités, et sont généralement restreints aux situations où les juges ont un intérêt personnel dans le procès, ou un parti pris personnel contre l'une des parties au différend. Cette limitation de la capacité à récuser un juge reflète la nature hautement institutionnalisée de la fonction judiciaire. Non seulement les juges sont nommés selon les règles institutionnelles, mais leurs décisions sont rendues dans un contexte institutionnel de révision par des juridictions supérieures, d'obligation professionnelle de coopérer avec d'autres Cours dans la création d'une jurisprudence cohérente, et de la reconnaissance du statut du juge comme agent d'État, plutôt que comme employé des parties à l'affaire.

En revanche, la procédure régissant la nomination des arbitres dans les affaires d'arbitrage en matière d'investissements reflète une structure institutionnelle fondamentalement différente. Ou plus exactement, une structure n'impliquant aucune institution. Dans cette approche, chaque partie au litige a le droit de nommer un des trois arbitres qui composent le tribunal qui tranchera le litige. Un troisième individu, le Président, sera ensuite nommé sur accord des deux arbitres nommés par les parties, et, idéalement, sur accord des parties également.

La différence évidente entre cette procédure et la procédure de nomination des juges pour trancher un litige réside, bien évidemment, dans l'étendue de l'implication des parties dans la sélection des arbitres. Comme nous l'avons vu précédemment, si les parties à un litige ont un choix limité quant à la juridiction devant laquelle ils souhaiteraient porter leur affaire, les parties à un arbitrage peuvent choisir les arbitres spécifiques qui trancheront leur litige. En outre, si la conception classique de l'arbitrage est que les deux parties doivent avoir donné leur accord pour chacun des membres du tribunal, la réalité de l'arbitrage international en matière d'investissements contemporain est que chacune des parties exerce presque un quasi contrôle sur la nomination d'un arbitre. En d'autres termes, chacune des parties nommera l'arbitre de son choix, et seul le Président sera sujet à une certaine forme de consensus.

De plus, si les juges nommés pour présider un litige seront issus d'un choix réduit d'individus occupant des postes institutionnels à long terme, il n'existe pas de restrictions réelles sur les individus

pouvant jouer le rôle d'arbitre dans les arbitrages internationaux en matière d'investissements, à l'exception de la contrainte facile à respecter établie dans le système CIRDI qui stipule que les arbitres doivent avoir « des compétences reconnues en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière ».

Il est important de reconnaître l'impact de ce processus, car si un litige correctement réglé résultera d'une décision rendue par un juge nommé de manière indépendante, et appliquant le droit applicable de manière impartiale, une décision, même dans un arbitrage international contemporain fonctionnant correctement sera rendue par un tribunal constitué selon un processus dans lequel les deux parties ont des raisons de penser que la nomination faite par l'autre partie était une tentative de nommer un individu susceptible de pencher en sa faveur, plutôt que de décider du cas de manière équitable et objective.

C'est dans ce contexte d'antagonisme que la procédure de récusation des arbitres a été développée. Attendu que le rôle central des parties dans le système de nomination présente un risque évident que ces dernières tentent de nommer des individus favorables, chacune des parties dispose du droit de s'opposer à la nomination d'un arbitre. Si les critères spécifiques devant être appliqués dans l'évaluation d'une demande de récusation d'un arbitre nommé varient selon les règles et lois régissant l'arbitrage, ces critères tournent autour de deux grands concepts, « l'indépendance » et « l'impartialité ». En termes généraux, l'exigence d'« indépendance » fait référence à des éléments objectifs de relations entre l'arbitre et les parties, tandis que l'« impartialité » fait référence à des éléments subjectifs de l'état d'esprit de l'arbitre nommé.

Aussi, l'exigence « d'indépendance » empêche une partie de nommer un avocat exerçant régulièrement son travail pour la partie qui le nomme, et pouvant rendre une sentence favorable à cette partie principalement pour assurer la pérennité de sa collaboration avec elle. De la même manière, l'exigence « d'impartialité » exclut la nomination d'un arbitre dont il est démontré qu'il/elle a déjà pris sa décision quant à la partie qui devrait remporter l'affaire.

Ainsi, la procédure de récusation d'un arbitre est conçue pour garantir un niveau acceptable d'équité dans un contexte de nomination ouvert, par nature, à la manipulation des parties.

En revanche, les demandes de récusation basées sur des déclarations juridiques générales, comme c'est le cas dans l'affaire Urbaser, représentent une difficulté pour le système de récusation d'un arbitre. Après tout, la capacité des parties à choisir leur propre arbitre se justifie par le fait qu'elles puissent ainsi s'assurer qu'au moins un des arbitres du tribunal comprendra leur point de vue, et avancera leurs arguments dans toutes les délibérations entre les arbitres.

En d'autres termes, si les parties ne sont pas autorisées à choisir des arbitres prédisposés à leurs rendre une sentence favorable, quels que soient les faits ou arguments présentés au cours de l'arbitrage, c'est tout l'objectif de la nomination des arbitres par les parties qui serait ébranlé si les parties ne pouvaient pas prendre en compte les opinions importantes des arbitres sur des principes de droit pertinents pour l'affaire.

Recognition of this fact is reflected in the distinction standardly. Ce fait est d'ailleurs reconnu dans la distinction communément faite par la pratique et la littérature arbitrale entre une demande de récusation d'un arbitre ayant auparavant exprimé son opinion sur l'affaire pour laquelle il/elle a été nommé, et une demande de récusation d'un arbitre ayant simplement exprimé son opinion

sur des sujets généraux de droit au cœur de l'affaire. Le premier type de demande a une forte probabilité de réussir, tandis que le dernier échouera certainement.

“

Au final, ce problème concerne les questions centrales de la raison d'être de l'autorisation des récusations d'arbitres et le rôle de l'arbitrage.

”

Cependant, la finesse de la distinction est assez évidente. Prenons par exemple une affaire où le demandeur aurait engagé un arbitrage en matière d'investissements contre l'État X, basé sur un litige contractuel entre les deux parties. L'État X n'a jamais donné son accord direct pour un arbitrage avec le demandeur, mais il fait partie d'un traité bilatéral d'investissement avec l'État d'origine du demandeur. Par ce traité, l'État X a accepté de se soumettre directement à l'arbitrage avec les investisseurs de l'autre État signataire pour toutes plaintes pour violations alléguées du traité. En outre, le traité inclut également une « clause parapluie » par laquelle l'État X a accepté de respecter tous les accords passés avec des investisseurs de l'autre État. Une question très controversée dans le droit contemporain des investissements consiste à savoir si une clause parapluie permettrait au demandeur d'engager une procédure d'arbitrage alléguant que la violation du contrat passé avec le demandeur par l'État X constitue également une violation du traité.

Conscient de cette difficulté et du fait que s'il n'a pas gain de cause sur ce point de droit, sa demande échouera, la partie demanderesse nomme le Professeur Jones, célèbre pour son fort soutien à la théorie selon laquelle la clause parapluie donne en effet aux investisseurs l'accès à l'arbitrage pour les cas de violations de contrats passés avec l'État.

Dans l'approche actuelle des demandes de récusation, la forte opinion du Professeur Jones sur la clause parapluie ne constituerait pas pour l'État X un motif suffisant pour récuser sa nomination, même si sa décision sur le point central de l'arbitrage est effectivement prédéterminée. En effet, cela serait vrai même si seulement un mois avant sa nomination en tant qu'arbitre, le Professeur Jones avait réaffirmé son opinion sur la clause parapluie dans un entretien, déclarant qu'il n'avait aucun doute sur la manière de résoudre de tels litiges.

En revanche, s'il y faisait mention de rumeurs sur une procédure d'arbitrage en attente devant être engagée par la demanderesse, et déclarait que la clause parapluie du traité devait sans aucun doute donner à la demanderesse l'accès à un arbitrage, l'État X pourrait utiliser cette référence spécifique à l'affaire entre le demandeur et l'État X pour empêcher la nomination du Professeur Jones en tant qu'arbitre.

Pourtant, cette distinction ne fait certainement aucune différence pour l'État X. Dans les deux cas, le Professeur Jones a été nommé dans un but précis, plutôt que pour garantir un arbitrage équitable, et dans les deux cas, sa décision finale est toute aussi certaine. Affirmer que l'État X n'a pas de motif légitime de plainte tant que la décision du Professeur Jones est la conséquence d'une application équitable des principes de droit, plutôt que d'un parti pris contre l'État X revient à ignorer le contexte de la nomination. Après tout,

il ne s'agit pas d'un juge nommé par un système judiciaire indépendant ayant, par hasard, une opinion défavorable à l'une des parties. Au contraire, la nomination de l'arbitre est un élément spécifique de manipulation de la procédure.

Au final, ce problème concerne les questions centrales de la raison d'être de l'autorisation des récusations d'arbitres et le rôle de l'arbitrage. Si l'objectif est simplement d'empêcher la nomination d'arbitres acquis à la cause de l'une des parties, alors la décision concernant le Professeur Jones, et celle de l'affaire Urbaser, sont tout à fait justifiables. En revanche, si la préoccupation concerne plutôt le fait que la décision finale de la procédure d'arbitrage ne sera pas celle qui était prévue et jouée d'avance, alors la distinction faite dans l'affaire Jones et l'affaire Urbaser ne suffit pas.

Il y a bien sûr des difficultés significatives dans toute tentative de développer un critère d'autorisation des demandes de récusation basées uniquement sur les opinions exprimées sur des questions générales de droit. L'affaire Urbaser est intéressante car elle représente le parfait exemple du problème décrit, mais dans la plupart des cas la question sera bien plus délicate, et les parties saisiront chaque opportunité de récuser l'arbitre nommé par leur opposant, comme moyen de leur propre manipulation.

Cependant, s'il est difficile de trouver un critère exploitable, ce n'est pas une justification suffisante pour ne rien faire à propos de ce problème évident. Après tout, si l'une des parties voit son arbitre récusé sur la base d'une telle demande, sa réaction n'est pas certaine. Elle conserve le droit de nommer un autre arbitre, et cet arbitre écouterait sans doute les arguments de cette partie de manière ouverte. Elles sont donc forcées de voir leur affaire tranchée par un tribunal impartial, comme elles se sont initialement engagées à le faire. En revanche, si la demande de récusation de l'arbitre est rejetée, la partie en ayant fait la demande verra son cas tranchée par un tribunal dont au moins l'un des membres ne rendra pas une décision favorable pour elle quant à un ou plusieurs points cardinaux de l'affaire, quelle que soit son niveau d'impartialité.

Au bout du compte, la véritable question est celle de la nature et du rôle d'un tribunal arbitral. et si l'arbitrage international en matière d'investissement est une sincère tentative de résoudre un litige équitablement, ou un jeu illégitime, comme le clament les plus fortes critiques. Quiconque connaissant les individus exerçant en tant qu'arbitres dans des procédures internationales en matière d'investissement ne remettrait en question le sérieux avec lequel ils prennent leur travail, mais à défaut de régler le problème mis en lumière par l'affaire Urbaser, il ne faudra pas s'étonner que la légitimité de ces tribunaux soit contestée.

Auteur

Tony Cole est professeur assistant à la Faculté de droit de l'Université de Warwick. Auparavant, Tony travaillait au département des litiges et au groupe d'arbitrage commercial international chez White & Case à New York.

Notes

1 Décision relative à la demande de récusation du Professeur Campbell McLachlan en tant qu'arbitre de la part du demanderesse, 12 août 2010. Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ la République d'Argentine, Affaire CIRDI No. ARB/07/26

article 6

Traités bilatéraux d'investissement et Accords de préférence commerciale: Un TBI est-il réellement plus intéressant?

Lauge Skovgaard Poulsen

Quand les investisseurs utilisent les traités bilatéraux d'investissement pour soumettre des plaintes à l'encontre des pays en développement, les implications et les coûts sont souvent considérables ; de ce fait, les gouvernements des pays en développement ont besoin de très bons arguments pour être convaincu du fait que ces traités répondent à leur intérêt national. Une contribution notable à ce débat a récemment été formulée par les politologues Jennifer Tobin et Mark Busch, qui ont entrepris d'enquêter sur les relations entre les TBI et les Accords de préférence commerciale (APC). En se basant sur des techniques statistiques, ils analysent les données annuelles de pays développés et en développement par paire entre 1960 et 2004, et concluent que les TBI « font naître la perspective d'APC Nord-Sud intégrant toutes les obligations réciproques approfondies qu'ils entraînent »¹

Si c'est le cas, Tobin et Busch ont fait une découverte extrêmement importante qui pourrait renforcer l'argument selon lequel les TBI ont un effet positif sur les flux d'investissement. Pendant longtemps, la plupart de la littérature empirique avançait que les TBI n'avait pas aidé les pays en développement à attirer le capital étranger de manière significative, et que les APC semblaient avoir un impact plus important sur la destination géographique et le montant des investissements à l'étranger réalisés par les multinationales . En d'autres termes, les TBI pourraient ne pas attirer directement les flux d'investissement de manière significative, mais ils pourraient le faire de manière indirecte en augmentant la probabilité de négocier des accords d'intégration économique élargis.

Toutefois, cet essai avancera que, dans sa forme actuelle, l'argument de Tobin et Busch se base sur une compréhension biaisée des implications pratiques des TBI, et que leur analyse statistique est presque entièrement contredite par les politiques d'élaboration des règles des traités d'investissement de la plupart des pays développés.

Les TBI comme accords préférentiels

L'argument de Tobin et de Busch s'articule en deux parties. Tout d'abord, les auteurs avancent que les entreprises multinationales occidentales font pression sur leurs gouvernements pour qu'ils signent à la fois les TBI – afin de protéger leurs investissements – et les APC – afin de réduire leurs coûts. Mais pour les gouvernements des pays développés, les TBI sont des accords plus faciles à conclure que les APC, car ces derniers sont souvent accueillis par l'opposition de leurs propres membres protectionnistes. Aussi, alors que les États riches continuent volontairement de conclure des TBI avec les pays en développement, ils ne recherchent un APC que s'il rapporte des bénéfices particulièrement importants. Et ceci est le cas, selon eux, quand l'APC peut apporter aux multinationales dans

le pays d'accueil des avantages vis-à-vis de leurs concurrents étrangers. Toutefois, le problème de cet argument est que de tels avantages seront partiellement perdus si les entreprises concurrentes sont également couvertes par un TBI dans le pays d'accueil. Cela implique qu'un APC serait plus pertinent si le pays en développement n'a pas déjà conclu trop de TBI avec d'autres gouvernements de pays développés . Pour accroître la probabilité d'un APC, Tobin et Busch avancent donc qu'un « TBI est plus intéressant ».

L'une des principales hypothèses sous-jacentes est donc qu'un TBI peut donner aux multinationales des avantages préférentiels considérables quand un pays en développement n'a pas signé de TBI avec les pays d'accueil des entreprises concurrentes. Mais aussi intuitif que cela paraisse, cela ne représente pas correctement les implications pratiques des traités d'investissement. Pour la plupart, les TBI incluent des définitions larges et ouvertes des investissements, et nombreux sont ceux qui couvrent les investissements contrôlés indirectement. Donc si les entreprises sont réellement inquiètes de ne pas avoir la même couverture TBI que leurs concurrents, elles peuvent structurer leurs moyens d'investissement en conséquence, par exemple à travers des holdings établies dans des pays tiers. Donc si l'étendue de l'utilisation des traités internationaux n'est pas bien comprise, Barton Legum, ancien responsable de la Division d'arbitrage de l'ALENA, a probablement raison quand il affirme :

« Le fait que le capital étranger soit hautement fongible et l'étendue des définitions d'investisseur et d'investissement se combinent pour effectivement transformer les obligations en apparence bilatérales des TBI en une obligation que le pays d'accueil doit considérer comme potentiellement applicable à tous les investisseurs. »

La structure juridique à plusieurs niveaux des multinationales modernes implique ainsi que si les protections offertes par les TBI sont peut-être préférentielles en théorie, c'est rarement le cas en pratique. Même un TBI offrant la couverture « traditionnelle » large aux investisseurs et aux investissements devrait en pratique être perçue comme impliquant des obligations envers chaque État et investisseur . L'argument selon lequel une multinationale peut conserver de futures préférences APC si un pays en développement ne signe pas de TBI avec les pays d'accueil apparaît donc quelque peu hors de propos compte tenu de la couverture potentielle du réseau mondial de TBI.

Les politiques d'élaboration des règles des traités d'investissement⁶

Mais bien qu'il mette en doute la relation de courbe linéaire entre les TBI et les APC suggérée par Tobin et Busch – c'est-à-dire qu'un TBI est plus intéressant – cela ne contredit pas nécessairement leur première proposition, à savoir que les pays développés ont tendance à coupler leurs programmes TBI-ACP. Il existe en effet des raisons pragmatiques à agir ainsi. Les APC modernes incluent souvent des chapitres relatifs à la protection des investissements, donc le fait d'avoir déjà signé un TBI rendrait toute négociation pour un APC plus simple. En outre, une négociation pour un TBI permet d'indiquer si le pays en développement partenaire est suffisamment « mature » pour entrer dans les négociations pour un APC, beaucoup plus complexes et chronophages. Mais si un pays comme le Japon utilise effectivement les TBI comme des tremplins vers les APC pour ces raisons précises , cela reflète-t-il réellement un phénomène plus étendu ? Les pays en développement doivent-ils

s'attendre à conclure un APC après avoir signé un TBI avec un pays développé?

Commençons par les États-Unis. Si le représentant au commerce des États-Unis (USTR) a parfois mentionné qu'un TBI conclu avec les États-Unis pouvait conduire à un APC, il n'est pas certain qu'une telle relation existe pour des raisons politiques. Kenneth Vandervelde, un ancien négociateur TBI pour les États-Unis, ne mentionne par exemple aucun lien entre les négociations TBI et APC dans son important travail sur le programme TBI des États-Unis. De la même manière, aucune étude portant sur les APC des États-Unis ne peut contribuer à soutenir la théorie selon laquelle les TBI représentaient une première étape vers des accords commerciaux plus substantiels. Aussi, quand nous examinons l'enchaînement réel des TBI et APC des États-Unis, il n'est pas surprenant de voir que le schéma ne donne aucune preuve claire en faveur de l'argument de Tobin et Busch : sur les 13 APC que les États-Unis ont conclus avec des économies en développement ou de transition (y compris l'ALENA), seuls trois d'entre eux étaient précédés d'un TBI. Il s'agit des APC conclus avec le Maroc, Panama et l'ALÉAC (dans ce cas un TBI avait été signé avec El Salvador, le Honduras et le Nicaragua) ; pourtant, Tobin et Busch ne donne aucune preuve de la connexion des TBI en question avec les négociations commerciales ultérieures¹¹.

Toutefois, même si les législateurs américains auraient dû parfois penser à un TBI comme tremplin potentiel vers un APC, il faut garder à l'esprit que les États-Unis ont signé moins de 50 TBI. Et s'ils sont naturellement importants, ils ne constituent qu'une toute petite part du réseau mondial de TBI. L'Europe des 15 à elle seule en a signé plus de 1 000. Donc quand l'on suggère un schéma général dans les pays développés pour la conclusion de TBI, l'Europe est clairement le point de référence. Pourtant, le lien entre TBI et APC est encore moins évident ici. Auparavant, et au moins jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, les États membres de l'UE négociaient leur TBI de manière individuelle, et les APC en tant que groupe. Mais si 61 % des pays développés dans l'analyse de Tobin et Busch sont des États membres de l'UE, les auteurs ne discutent pas des implications pour leur modèle théorique. Et ce fait n'est pas non plus pris en compte dans leur analyse statistique, qui conduit à un argument implicite plutôt audacieux : un pays en développement (hypothétique) n'ayant conclu aucun autre traité d'investissement peut augmenter sa probabilité attendue de conclure un APC avec l'UE de 0,01 à 0,05, simplement en signant un TBI avec l'un des États membres de l'UE. Le fait que l'absence ou la présence de TBI ait joué un rôle si important dans le choix des partenaires ACP de l'UE surprendrait probablement la plupart des législateurs européens, et les auteurs ne citent aucune source officielle, n'ont réalisé aucun entretien, ou n'ont trouvé aucune étude de la politique commerciale européenne pouvant soutenir ce point.

De la même manière, si nous nous replongeons dans leur deuxième proposition – quelques TBI augmentent la probabilité de conclure un APC, alors que trop de TBI entraînent l'effet inverse – les conséquences dans le contexte européen est qu'un pays en développement avec seulement un TBI, par exemple conclut avec la Finlande, est plus susceptible d'obtenir un APC avec l'UE qu'un pays ayant signé un TBI avec la plupart des États membres de l'UE. À tel point que les TBI ont joué un rôle substantiel dans la politique commerciale européenne jusqu'à présent – ce qui est discutable – il s'agit d'une suggestion plutôt contre-intuitive, et là encore, il semble qu'aucune preuve supplémentaire autre que leur modèle statistique n'ait été apportée pour soutenir ce point.

Un peu d'économétrie n'est pas suffisant

Si le travail de Tobin et Busch fait réfléchir, est innovant et sophistiqué – ce qui le rend intéressant – leurs résultats sont difficilement réconciliables avec les réalités du terrain. Pourquoi cela ? Mis à part le fait qu'ils ont probablement mal compris les implications pratiques des TBI pour les multinationales, l'une des raisons pourrait être le fait qu'ils se sont presque exclusivement basés sur des techniques économétriques pour déterminer les stratégies des gouvernements dans le régime international d'investissement. S'il peut s'agir d'une stratégie empirique légitime quand les bonnes données sont disponibles, il est risqué de l'utiliser quand ce n'est pas le cas. Les méthodologies qualitatives sont naturellement entravées par leurs propres limitations et risques de biais, mais il est souvent prudent de vérifier si les arguments concernant la cause et basés seulement sur des corrélations statistiques sont en réalité soutenus par d'autres types de preuves. Dans le cas présent, cela ne semble pas être le cas. Donc, avant d'utiliser l'argument du tremplin pour justifier la signature (d'au moins quelques) TBI, les gouvernements des pays en développement seraient bien avisés d'attendre d'autres études utilisant d'autres méthodologies et d'autres sources de données, et confirmant l'argument des auteurs. Compte tenu des remarques formulées ici, cela semble un défi de taille.

Auteur

Lauga Skovgaard Poulsen est un doctorant de la London School of Economics. Il peut être joint par e-mail à l.n.poulsen@lse.ac.uk.

Notes

1 J. Tobin et M. Busch, "A BIT is Better Than a Lot: Bilateral Investment Treaties and Preferential Trade Agreements" (« Un TBI est plus intéressant : les Traités bilatéraux d'investissement et les Accords commerciaux préférentiels ») 62 *World Politics* 1 (2010), at 31.

2 CNUCED, La contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct (Genève : Nations Unies 2009), ch. 3.

3 Tobin et Busch avancent également que trop d'APC conclus avec d'autres gouvernements riches les rend moins attractif comme partenaires APC. Si la logique sous-jacente de cette partie de leur argument est en effet convaincante, cet essai se concentrera uniquement sur leurs conclusions sur les TBI.

4 B. Legum, « Définition de l'investissement et de l'investisseur : qui est habilité à faire valoir ses droits ? », *Arbitration International*, vol. 22, 2006, p. 521 et s., p. 525.

5 *Ibid.*, p 524.

6 Cette section est une extension de L.S. Poulsen, "The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: Revisiting the evidence" (« L'importance des TBI pour l'investissement étranger direct et les assurances contre les risques politiques : réviser les évidences »), dans K. Sauvant (ed.) *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2009/2010 (New York : Oxford University Press, en cours de publication.), notes de bas de page 60-63 et texte annexe.

7 Entretien téléphonique sans citer la source avec un ancien négociateur TBI pour le Japon, juillet 2009.

8 Par exemple, Tobin et Busch étayaient leurs conclusions économétriques en citant la déclaration d'un représentant au Commerce des États-Unis stipulant que les négociations d'un TBI avec le Pakistan conduirait par la suite à un APC. Mais s'il s'agissait également du résultat attendu par différents négociateurs du Pakistan (différents entretiens, Lahore et Islamabad, printemps 2009), il n'est pas certain qu'il s'agissait de la position des États-Unis. Un représentant officiel au Commerce des États-Unis affirmait : « Depuis que Musharraf a investi tant de capital politique dans la possibilité d'un APC, nous ne pouvions pas dire ouvertement qu'il nous paraissait quasiment impossible de le faire passer à Washington, alors nous avons joué le jeu ». (Commentaire fait au séminaire sur le programme TBI du Pakistan, Johns Hopkins School of Advanced International Studies' South Asia Program, 11 mai 2009 [l'auteur de cet essai était l'orateur]).

9 Par exemple K. Vandervelde, *U.S. International Investment Agreements* (« Les accords internationaux d'investissement des États-Unis »), (Oxford : Oxford University Press, 2009), en particulier pp. 66-82.

10 Voir par exemple J. Scott (ed.) *Free Trade Agreements: US Strategies and Priorities* (Accords de libre-échange : les stratégies et priorités des États-Unis) (Washington DC : Institute for International Economics, 2004).

11 Voir encore Vandervelde, op. cit.

12 Tobin et Busch définissent un APC de l'UE comme une série d'APC bilatéraux avec des États membres de l'UE.

13 Même pour les variables que Tobin et Busch peuvent contrôler, il y a non seulement des défis endogènes mais également un énorme problème de données manquantes, voir Tobin et Busch, op. cit., at. 18-23.

14 Voir en général R. Echandi, "What do Developing Countries Expect from the International Investment Regime?" ("Qu'attendent les pays en développement du régime international d'investissement ?") dans J. Alvarez et K. Sauvant (eds.), *International Investment Regime: Expectations, Realities, and Options* (Oxford : Oxford University Press, forth.).

L'un des principes fondamentaux de l'arbitrage investisseur-État est la capacité des parties à faire régler leurs différends par des arbitres indépendants et neutres. Afin de garantir ce principe, les lois et règles régissant les arbitrages investisseur-État donnent aux parties le droit de récuser les arbitres qui ne répondent pas à ces qualités. Compte tenu de l'importance de garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres, et comme le démontre la récente décision dans l'affaire Vivendi c/ Argentine , et le commentaire qui en a suivi, les professionnels et acteurs des arbitrages investisseur-État consacrent d'importants efforts à la définition des règles de fond garantissant la possibilité de récuser des arbitres, ainsi qu'à la mise en œuvre pratique de ces règles.

Pourtant, la question des exigences de procédure pour la récusation des arbitres mérite beaucoup plus d'attention qu'elle n'en a reçu. Une décision de récusation rendue publique au début de l'année 2010 illustre l'importance d'une de ces questions de procédure, à savoir la question du délai dans lequel déposer les demandes de récusation. Dans l'affaire CEMEX c/ Venezuela , traitée dans le cadre de la Convention et du règlement du CIRDI, le Tribunal a rejeté la demande de récusation du défendeur car elle n'avait pas été présentée « dans les plus brefs délais » . Le Tribunal a estimé que, compte tenu de la présentation hors délais de la demande de récusation de l'arbitre, il n'avait pas à prendre en considération le bien-fondé de celle-ci.

Cette décision pose problème pour différentes raisons. Tout d'abord, elle exige des parties qu'elles suivent et examinent les activités des arbitres (ainsi que des entités et personnes de leur entourage), plutôt que de renforcer les devoirs permanents d'enquête et de divulgation à la charge des arbitres. Ensuite, elle permet aux normes de procédure du règlement d'arbitrage du CIRDI – des normes vagues qui plus est – de nier des droits substantiels des parties reconnues dans la Convention du CIRDI. Et finalement, elle vise de la même manière à permettre aux normes de procédure de relever les tribunaux de leurs obligations substantielles prévues dans la Convention du CIRDI. Il n'est pas certain qu'une meilleure analyse de ces trois questions ait rendu une conclusion différente. En revanche, ce qui est certain c'est que l'approche adoptée par le tribunal dans sa décision relative à la demande de récusation dans l'affaire CEMEX est discutable.

Rappel du différend et de la demande de récusation

En octobre 2008, et en réponse aux actions prises par le gouvernement vénézuélien affectant l'industrie du ciment, CEMEX a initié une procédure contre le Venezuela dans le cadre de la convention du CIRDI et du traité bilatéral conclu entre le Venezuela et les Pays-Bas . Le 31 décembre 2008, CEMEX a nommé Robert B. von Mehren comme son arbitre ; et le 12 février 2009, M. von Mehren a fourni aux parties son curriculum vitae ainsi que sa déclaration d'indépendance et d'impartialité conformément à l'article 6 du règlement du CIRDI. Le Tribunal a été constitué le 6 juillet 2009.

Le 21 septembre 2009, l'avocat du Venezuela a écrit au

Tribunal au sujet d'une question qui devait être « traitée et clarifiée ». Il informait le Tribunal qu'une autre affaire CIRDI contre le Venezuela, Holcim c/ Venezuela, avait été enregistrée par le Secrétariat du CIRDI en avril 2009 et qui, comme CEMEX, survenait suite aux actions du Venezuela menées en 2008 contre l'industrie du ciment. L'avocat du Venezuela expliquait en outre que l'avocat de la demanderesse dans l'affaire Holcim était Debevoise and Plimpton LLP ("Debevoise"), le même cabinet où avait travaillé jusqu'à sa retraite M. von Mehren, l'arbitre nommé dans l'affaire CEMEX. L'avocat du Venezuela faisait remarquer que M. von Mehren continuait de mentionner l'adresse, le téléphone et l'e-mail de Debevoise dans son curriculum vitae, et demandait des informations complémentaires quant aux relations entre M. von Mehren et Debevoise.

M. von Mehren répondit le jour même en confirmant qu'il était un partenaire retraité de Debevoise, mais continuait d'y avoir un bureau et d'utiliser les services de secrétariat fournis par le cabinet . Il expliqua également qu'il percevait une pension de Debevoise basée sur les gains du cabinet pendant ses années d'activité. M. von Mehren ajouta qu'il ignorait que l'affaire Holcim avait été présentée et encore moins que Debevoise agissait en tant qu'avocat de la demanderesse dans cette affaire.

Le 15 octobre 2009, la défenderesse demanda des informations complémentaires sur les services de bureau et de secrétariat fournis par Debevoise et sur les mesures prises pour protéger la confidentialité des procédures d'arbitrage. M. Von Mehren répondit le 20 octobre. Le lendemain, le Venezuela répondait dans un e-mail que la relation entre M. von Mehren et Debevoise le laissait mal à l'aise et qu'il avait l'intention de récuser formellement l'arbitre en s'appuyant sur l'article 57 de la Convention du CIRDI. Le 26 octobre 2009, le défendeur formula sa demande de récusation contre M. von Mehren basée sur sa relation continue avec Debevoise, avocat de la demanderesse dans le cas Holcim, affaire menée contre le Venezuela pour les mêmes faits que ceux de l'affaire CEMEX.

La décision relative à la demande de récusation

Dans la décision du 6 novembre 2009, les deux membres non récusés du Tribunal ont finalement rejeté la demande du Venezuela de récuser M. von Mehren. Le Tribunal expliqua que pour qu'une procédure d'arbitrage soit « ordonnée et équitable », les récusations d'arbitres devaient se faire au « moment opportun ». Il fit remarquer que ni la Convention du CIRDI ni son règlement d'arbitrage n'établissait de « délai clair au-delà duquel une récusation ne devait pas être prise en compte » , mais que l'article 9(1) du règlement d'arbitrage stipule qu' « une partie demandant la récusation d'un arbitre [...] soumet sa demande dans les plus brefs délais ». Le Tribunal a ainsi affirmé, sans autre discussion possible, qu'en vertu de l'article 27 du règlement d'arbitrage du CIRDI, la « sanction pour manquement à la formulation prompte d'une objection est la renonciation au droit d'objecter »⁷.

D'après le Tribunal, en utilisant l'expression « dans les plus brefs délais », l'article 9(1) « ne fixe pas de délai quantifiable », et laisse aux tribunaux le soin de décider au cas par cas si la récusation était opportune ou non. Le Tribunal a ensuite examiné l'application de l'article faite par d'autres tribunaux. Il a cité les affaires *Azurix c/ Argentine*, *CDC c/ Seychelles* et *Vivendi c/ Argentine* comme des exemples de décisions où des délais de huit mois, 147 jours et 53 jours, respectivement, avait été jugés trop longs pour être « brefs ». Il fit également remarquer que le tribunal de l'affaire *Saba Fakas c/ Turquie* avait décrit comme « prompte » une demande de récusation présentée dix jours après la constitution du tribunal.

En reprenant les faits de l'affaire en question, le Tribunal a déclaré que le défendeur avait appris dès le 12 février 2009 que M. von Mehren était un partenaire retraité de Debevoise, soit avant la constitution du Tribunal, quand le défendeur avait reçu le curriculum vitae de M. von Mehren. Le Tribunal a en outre fait remarquer que le défendeur savait que Debevoise représentait la demanderesse dans l'affaire *Holcim* quand le CIRDI a enregistré l'affaire le 10 avril 2009. Le Tribunal a conclu, rejetant ainsi l'argument de la défenderesse selon lequel le curriculum vitae de M. von Mehren ne contenait pas toutes les informations concernant sa relation avec Debevoise, et que le défendeur n'avait obtenu ces informations qu'après les avoir sollicitées en septembre 2009, après quoi il avait promptement présenté sa demande de récusation :

En avril 2009, la défenderesse disposait de tous les éléments permettant de soulever les questions qu'elle a soulevées en septembre 2009. Elle a attendu plus de cinq mois pour présenter ces questions. Elle l'a fait plus de deux mois après la constitution du Tribunal. Suite à la réception immédiate le 21 septembre 2009 des informations requises, elle a encore attendu un mois avant de présenter sa demande de récusation⁸.

Le tribunal a ensuite affirmé qu'en vertu de la règle 27 du règlement d'arbitrage du CIRDI, la « sanction pour manquement à la formulation prompte d'une objection est la renonciation au droit d'objecter⁹»

Les problèmes soulevés par la Décision

La demande de récusation de CEMEX pose problème pour différentes raisons. Tout d'abord, le Tribunal a effectivement imposé à la défenderesse un devoir continu de surveillance des activités des arbitres et des entités et personnes de leur entourage. Le Tribunal a affirmé que dès le 10 avril 2009, la défenderesse « disposait de tous les éléments lui permettant de soulever les questions qu'elle a soulevé en septembre 2009 ». Il s'agissait de deux éléments : le CV de l'un des trois arbitres de CEMEX, qui incluait l'adresse, le téléphone, et l'adresse e-mail d'un bureau chez Debevoise, le cabinet où l'arbitre en question avait été un partenaire ; et l'enregistrement d'une autre affaire CIRDI, *Holcim*, dans laquelle Debevoise représentait la demanderesse. Le Tribunal a donc effectivement conclu que le défendeur devait continuellement apprécier si les relations

listées dans les CV des arbitres créaient des situations susceptibles d'entraîner des doutes quant à l'indépendance ou l'impartialité des arbitres. En outre, selon le Tribunal, l'incapacité de la défenderesse à suivre et enquêter sur les situations et les relations des arbitres disqualifiait la demande de récusation du défendeur.

Toutefois, cette approche impose au devoir d'enquête et de révélation d'éventuels conflits pour la mauvaise partie. Comme le précise l'article 6 du règlement d'arbitrage du CIRDI et les décisions relatives à la demande récusation, et comme le confirme les réalités pratiques concernant les personnes ayant accès aux informations pertinentes, c'est l'arbitre, et non pas les parties, qui doit enquêter sur l'existence d'éventuels conflits et les révéler. Le fait d'imposer aux parties d'avoir une connaissance complète des conflits pouvant survenir sur la base des informations divulguées dans les CV des arbitres consiste à placer un poids difficile et déplacé sur ces parties.

Le deuxième problème en lien avec la décision du Tribunal est que celui-ci a renoncé à sa propre responsabilité dans le cadre de la convention du CIRDI, de réviser les demandes de récusation sur la base du supposé non-respect du règlement d'arbitrage par la défenderesse. Comme l'a fait remarquer le Tribunal, l'article 27 du règlement d'arbitrage stipule que si une partie « a ou devrait avoir connaissance du fait qu'une disposition du » règlement d'arbitrage ou « de tout autre règlement ou accord applicable à la procédure [...] n'a pas été observée et qui s'abstient de faire valoir promptement ses objections à ce sujet, est réputée avoir renoncé à son droit d'objection ». En revanche, ce que le Tribunal n'a pas remarqué c'est que l'article 27 ne prétend pas lever les obligations du tribunal prévues dans la convention du CIRDI. L'article 58 de la Convention du CIRDI exige des tribunaux qu'ils prennent une décision sur « toute demande en récusation d'un [...] arbitre ». Il oblige également les tribunaux à remplacer l'arbitre si « le bien-fondé de la demande est reconnu ». Il n'existe aucune exception dans la Convention du CIRDI permettant aux tribunaux de refuser d'examiner une demande en récusation sous prétexte que la demande n'a pas été « promptement » présentée.

Un troisième problème, similaire à la décision relative à la demande de récusation dans l'affaire *CEMEX*, est que le Tribunal s'est trop facilement appuyé sur des dispositions de procédure vagues contenues dans le règlement d'arbitrage pour renier les droits des parties prévues dans la Convention du CIRDI. Plus particulièrement, la Convention du CIRDI affirme le droit des parties à bénéficier d'arbitres « d'une haute considération morale » et offrant « toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions ». Elle donne également aux parties le droit de demander la récusation des arbitres présentant un défaut manifeste de ces qualités, et stipule que les parties peuvent demander l'annulation de la sentence si le tribunal n'était pas correctement constitué, si un arbitre est corrompu ou si le tribunal n'a pas observé une règle fondamentale de procédure. Dans l'article 27 du règlement d'arbitrage, le manquement à la présentation d'une objection « prompte » concernant le non-respect du règlement d'arbitrage peut entraîner la renonciation

au droit d'objection. Pourtant, l'article 27 ne stipule pas que le manquement à la présentation d'une objection « prompte » concernant le non-respect du règlement d'arbitrage entraîne la renonciation au droit des parties à un arbitrage réalisé par des arbitres indépendants et impartiaux et selon des procédures justes, selon la Convention du CIRDI. De manière encore plus probante, l'article 9 du règlement d'arbitrage, qui régit spécifiquement les exigences de procédure pour la récusation des arbitres, ne stipule pas que le manquement à présenter « promptement » une demande en récusation entraînera la renonciation au droit de demander la récusation d'un arbitre.

À aucun moment le Tribunal n'explique de manière adéquate, dans sa Décision relative à la demande en récusation, comment ou pourquoi le non-respect d'une vague exigence de procédure entraîne la renonciation aux droits fondamentaux des parties reconnus dans la Convention à demander la récusation des arbitres pour un défaut manifeste des qualités requises. Au contraire, le Tribunal se contente de faire des observations de conclusion précisant qu'il n'est pas tenu de prendre en considération des demandes de récusation inopportunes. Et bien que le Tribunal cite certaines affaires pour soutenir son interprétation du mot « promptement », dans chacune des affaires où les tribunaux avaient considéré les demandes comme « non promptes », ceux-ci ont quand même examiné le bien-fondé des demandes.

Conclusion

Les participants au et les observateurs du système d'arbitrage du CIRDI insistent de plus en plus sur l'importance de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres. Le manque réel ou apparent de ces qualités peut retarder la résolution des différends, augmenter les coûts de procédure, et menacer la légitimité de ce moyen de résolution des différends investisseur-État. Pourtant, si beaucoup d'attention a été portée aux exigences de fond visant à garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres, les aspects de procédure pour la récusation des arbitres n'ont été que peu examinés. Comme le montre la décision relative à la demande en récusation dans l'affaire CEMEX, ces questions de procédure peuvent, à tort ou à raison, déterminer le résultat d'une demande en récusation.

Author

Lise Johnson est avocate et travaille actuellement sur les problématiques de droit et de politiques internationales

Notes

1 Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c/ Argentine. (Affaire CIRDI No. ARB/97/3), Décision relative à la demande de la République argentine d'annulation de la sentence rendue le 20 août 2007 (10 août 2010).

2 CEMEX Caracas Investments B.V. et CEMEX Caracas II Investments B.V. c/ la République bolivarienne du Venezuela (Affaire CIRDI No. ARB/08/15).

3 Décision relative à la demande de récusation d'un arbitre (Novembre 06, 2009) (la "Décision relative à la demande de récusation").

4 Voir la décision relative à la demande de récusation, supra note 3 ; CEMEX soumettra une demande d'arbitrage international, Communiqué de presse de CEMEX, 20 août 2008, disponible sur http://www.cemex.com/qr/mc_pr_082008.asp.

5 La décision relative à la demande de récusation fait remarquer que M. von Mehren a répondu à la lettre du défendeur « le jour même » (para. 22). Toutefois, elle ne précise pas par quel moyen il a répondu, ni à quel moment la partie défenderesse en a été informée.

6 Décision relative à la demande de récusation, para. 34.

7 Décision relative à la demande de récusation, para. 36.

8 Décision relative à la demande de récusation, para. 44.

9 Décision relative à la demande de récusation, para. 36.

10 L'article 6(2) exige de chaque arbitre qu'il signe une déclaration stipulant « Je reconnais qu'en signant cette déclaration, je souscris à l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance ».

11 Voir, par exemple, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c/ Argentine, Affaire CIRDI No. ARB/97/3, Décision relative à la demande de la République argentine d'annulation de la sentence rendue le 20 août 2007 (10 août 2010), para. 222.

12 Article 14(1) et 40.

13 Article 57.

14 Article 52(1).

15 Il faut également remarquer que la décision du Tribunal relative à la demande en récusation n'est pas claire quant à l'application de l'article 27. L'article 27 traite de la renonciation du droit d'objection des parties en cas de non-respect des règlements. On pourrait argumenter que, selon l'article 27, le défendeur a renoncé à son droit d'objection au non-respect par M. von Mehren de l'article 6 du règlement d'arbitrage relatif aux obligations de notification des arbitres. Toutefois, la décision ne suggère pas que le Tribunal a utilisé l'article 27 de cette manière. Au contraire, le Tribunal semble avoir interprété cette disposition concernant le manquement à objecter au non-respect des autres parties ou des arbitres comme la renonciation aux droits des parties observés dans le règlement d'arbitrage (et même ceux observés dans la Convention) à prendre des actions affirmatives. Une telle interprétation semble étendre l'article 27 bien au-delà de l'application recherchée.

16 Cf, par exemple, l'article 49(1) et (5) du règlement d'arbitrage qui stipule clairement les conséquences pour une partie de l'exercice inopportun de son droit, en précisant que si une partie ne demande pas une décision supplémentaire ou la correction de la sentence dans les 45 jours suivant le prononcé de la sentence, le Secrétaire général « doit refuser d'enregistrer la requête ».

17 Décision relative à la demande de récusation, paras. 31 (« Le Tribunal examinera tout d'abord si la demande en récusation de M. von Mehren formulée par le défendeur était inopportune. Si tel était le cas, le Tribunal n'aura pas à examiner les aspects substantiels de cette demande ») ; 32 (« Si elle permet de récuser des arbitres pour des raisons spécifiques, une procédure arbitrale ordonnée et juste exige que ces récusations soient réalisées dans les délais pertinents. Par conséquent, le règlement d'arbitrage prévoit normalement que les récusations inopportunes ne soient pas prises en compte ») ; 36 (« La sanction pour manquement à la formulation prompte d'une objection consiste à la renonciation au droit d'objecter, conformément à l'article 27 du règlement d'arbitrage du CIRDI ») ; 44-45 (« [...] Compte tenu de tous ces facteurs, nous concluons que le Venezuela n'a pas formulé sa demande en récusation de M. von Mehren « dans les plus brefs délais » au sens de l'article 9(1) du règlement d'arbitrage, et que par conséquent, il a renoncé à son droit d'objection conformément à l'article 27 du même règlement ») 45. (« Par conséquent, nous n'avons pas à prendre en considération le fond de l'objection du défendeur. »)

18 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c/ la République d'Argentine (Affaire CIRDI No. ARB/03/17), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A. c/ la République d'Argentine (Affaire CIRDI No. ARB/03/19), AWG Group c/ la République d'Argentine (UNCITRAL) ; Décision concernant la demande en récusation d'un membre du tribunal arbitral (22 oct. 2007, paras. 27-43) ; CDC Group PLC c/ la République des Seychelles (Affaire CIRDI No. ARB/02/14), Décision du comité ad hoc sur l'application de l'annulation (29 juin 2005), para. 54 ; Azurix Corp c/ la République d'Argentine (Affaire CIRDI No. ARB/01/12), Décision concernant la récusation du Président du Tribunal (25 février 2005) (Cette décision n'est pas publiée, mais brièvement résumée dans les paragraphes 35 & 36 de la Décision du comité ad hoc saisi pour l'application de l'annulation (1 septembre 2009)).

nouvelles en bref

Les parties annoncent le règlement du différend concernant la centrale au charbon allemande 28.8.2010

D'après certaines informations, une entreprise suédoise de production d'énergie et la République fédérale d'Allemagne ont réglé le différend qui les opposait suite au blocage de la construction d'une centrale au charbon controversée dans la ville d'Hambourg.

Comme IAREporter le révélait au début de l'année 2009, Vattenfall a demandé une procédure d'arbitrage pour tenter de récuser les délais d'obtention du permis et d'autres restrictions imposés à l'entreprise pour la construction de sa centrale.

Fin août, Vattenfall a annoncé qu'un accord avait été trouvé pour clore l'affaire CIRDI, mais s'est nié à révéler les détails car l'arbitrage est toujours en cours. (Les parties étant en principe libres de discuter des affaires d'arbitrage CIRDI, on ne sait pas si Vattenfall se plie à une confidentialité imposée par le tribunal ou volontairement convenue avec l'Allemagne.)

À ce jour, l'Allemagne et les médias internationaux ont fait allusion à un possible allègement des restrictions à l'utilisation d'eau locale qui auraient empêché la centrale, une fois terminée, de fonctionner à plein régime. Vattenfall s'était plaint de ce que le projet était entravé par des limitations strictes du volume d'eau pouvant être tiré de la rivière Elbe toute proche à des fins de refroidissement (ainsi que des limitations similaires concernant le volume d'eau chaude pouvant être rejeté dans la rivière).

On s'attend à ce que les groupes environnementaux allemands, qui ont été des opposants directs de la centrale d'Hambourg, demandent plus de détails aux autorités quant au contenu de l'Accord.

La ratification par la Belgique du TBI conclu avec la Colombie est suspendue face aux protestations contre les conditions de travail 16.6.2010

La ratification du traité bilatéral d'investissement entre la Colombie et l'Union économique belgo-luxembourgeoise a été suspendue suite à la pression des syndicats belges, qui critiquent les conditions de travail en Colombie.

La Belgique négocie ses traités d'investissement en partenariat avec leur voisin Luxembourg, et en a conclu avec plus de 100 pays. Un TBI entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise (UEBL) et la Colombie a été négocié au début des années 2000 et a été signé le 4 février 2009.

Les TBI de l'UEBL passent par un processus complexe de ratification en Belgique ; ils doivent en effet être approuvés par les deux chambres fédérales du parlement, ainsi que par les trois gouvernements régionaux distincts, représentant les régions flamande, wallonne et de Bruxelles-Capitale.

Suite aux élections régionales organisées en Belgique en juin 2009, les gouvernements de coalition dans les régions flamande et wallonne ont annoncé que les accords commerciaux et d'investissement devraient dorénavant inclure des normes contraignantes en matière de travail et d'environnement.

A ce titre, quand les syndicats ont soulevé des objections à la suite du TBI UEBL-Colombie – et ce qu'ils considéraient comme des clauses inadéquates en matière de travail – le processus de ratification a dérapé. Le 3 mars 2010, le gouvernement de la région flamande a annoncé qu'il ne poursuivrait plus la ratification du TBI avec la Colombie.

Les demandes d'une entreprise pétrolière contrecarrées pour absence préalable d'information des violations du traité à l'Équateur 27.6.2010

Les arbitres ont décidé que certaines demandes pour violation du traité bilatéral d'investissement US-Équateur étaient irrecevables car une entreprise américaine d'énergie n'a pas informé suffisamment à l'avance l'Équateur qu'il était en violation de ses obligations relevant du traité.

Burlington Resources Inc. cherchait à faire reconnaître la responsabilité de l'Équateur pour son manquement à fournir une protection et sécurité physiques sur deux grands sites de développement pétrolier dans la forêt pluviale amazonienne.

“ Suite aux élections régionales organisées en Belgique en juin 2009, les gouvernements de coalition dans les régions flamande et wallonne ont annoncé que les accords commerciaux et d'investissement devraient dorénavant inclure des normes contraignantes en matière de travail et d'environnement? ”

Les sites – officiellement surnommés blocs 23 et 24 – ont été concédés à la fin des années 1990, mais ont connu des conflits avec des communautés autochtones opposées à l'exploration pétrolière.

En effet, peu de temps après l'acquisition des blocs par Burlington, la compagnie a invoqué les clauses de force majeure des contrats de partage de production, signalant que des événements hors de son contrôle excluaient tout développement immédiat dans ces zones.

La controverse autour des deux blocs s'est depuis enflammée avec les groupes autochtones et les groupes environnementaux des pays riches, opposés au développement pétrolier. Si Burlington a tenté d'apaiser les critiques, l'entreprise a pris une nouvelle direction en 2008 en décidant de poursuivre l'Équateur contre une taxation importante qui affectait les autres activités productives de l'entreprise dans le pays.

Dans le cadre de son arbitrage CIRDI, Burlington a également lancé une accusation selon laquelle la République d'Équateur serait responsable de ne pas avoir offert la sécurité nécessaire afin que les activités dans les blocs 23 et 24 restés au point mort reprennent.

Si elles avaient été examinées au fond, les demandes se seraient avérées très controversées d'un point de vue politique – notamment parce que les arbitres auraient dû examiner les autres obligations juridiques internationales de l'Équateur, notamment plusieurs obligations en matière de droits humains envers les communautés autochtones.

Toutefois, en l'occurrence, les demandes de protection et de sécurité physiques de Burlington ne seront pas examinées – en tous cas cette fois-ci – par les arbitres du CIRDI.

Dans leur décision du 2 juin 2010 sur la compétence, les arbitres ont avancé que Burlington n'avait pas respecté clairement fait part à l'Équateur sa plainte quant à une violation de la protection et de la sécurité physique, et que par conséquent, la période de négociations préalables obligatoire du six mois, incluse dans le traité (et qui doit s'être écoulée avant qu'un arbitrage puisse être engagé) n'avait pas commencé à courir. À ce titre, les plaintes relatives à la sécurité et la protection physiques présentées dans la demande d'arbitrage de Burlington en 2008 ont été jugées irrecevables par les arbitres.

Le Zimbabwe n'a toujours pas payé les indemnités octroyées par une sentence CIRDI 22.4.2010

Un groupe de citoyens danois, devant recevoir 8,2 millions d'euros suite à une sentence arbitrale rendue l'année dernière, attendent encore le paiement par la République du Zimbabwe

Jusqu'à présent, le gouvernement zimbabwéen, à court de liquidités, a refusé de payer le montant des dommages et intérêts dus aux fermiers, en compensation pour la confiscation de leurs fermes dans le cadre d'un processus violent de redistribution des terres au Zimbabwe.

Après de nombreux efforts pour obtenir le paiement volontaire du Zimbabwe, les demandeurs ont cherché la confirmation de la sentence auprès d'un Tribunal fédéral de New York. Le 1er février 2010, un jugement octroyant 25 millions USD a été rendu contre le Zimbabwe, qui ne l'a pas contesté. Le jugement de la cour de New York permet aux demandeurs de poursuivre les actifs du Zimbabwe pouvant être détenus ou pouvant transiter par l'un des grands centres financiers du monde.

Alors que les parties demanderesse continuent de réclamer leur paiement, des intérêts de 10 % sont calculés bi-annuellement et s'ajoutent à la dette.

Un État ALEAC non-partie au différend intervient dans un arbitrage pour présenter des arguments 22.4.2010

La République d'El Salvador est intervenue dans un arbitrage en cours entre un autre État partie à l'Accord de libre-échange d'Amérique centrale-USA (CAFTA) et un investisseur basé aux États-Unis.

L'intervention d'El Salvador est conforme à une clause du CAFTA permettant aux autres États membres de présenter leur position sur l'interprétation des termes du CAFTA.

Dans une brève soumission datée du 19 mars 2010, El Salvador argumentait que le chapitre du CAFTA relatif aux investissements ne couvrait pas les différends préexistants (c.-à-d. les différends survenus avant l'entrée en vigueur du CAFTA et toujours en cours après).

Cette action d'El Salvador représente le premier exemple d'utilisation, par un État partie au CAFTA, de son droit stipulé à l'article 20.2 du chapitre 10 du CAFTA relatif aux investissements.

D'ailleurs, le chapitre du CAFTA relatif aux investissements ne traite pas expressément des différends préexistants ; toutefois, El Salvador maintient que la lecture de plusieurs clauses du CAFTA mène à la conclusion que le chapitre ne recouvre que les « mesures » gouvernementales survenant après l'entrée en vigueur du traité.

Alors qu'une nouvelle affaire est pendante devant le CIRDI, et que d'autres guettent, la Bolivie met le feu au poudre au système d'arbitrage 22.4.2010

Suite à une décision – politiquement gênante – sur des mesures conservatoires rendue par un tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), la République de Bolivie a réagi en demandant la récusation des trois membres du tribunal.

Selon une source proche de l'affaire, la Bolivie soutient que les arbitres sont partiaux vis-à-vis du gouvernement, et ne respectent donc pas le critère « d'impartialité » imposé par le système du CIRDI.

Dans le règlement du CIRDI, la récusation de l'intégralité du tribunal doit être examinée par le Président du Conseil administratif du CIRDI (c.-à-d. le Président de la Banque mondiale).

Toutefois, compte tenu de l'historique d'antipathie de la Bolivie à l'égard du CIRDI, il reste à savoir si le Centre transmettra la demande de récusation à un organe extérieur. Il est arrivé que le Centre le fasse quand les demandes de récusation concernaient des arbitres ayant des relations antérieures avec la Banque mondiale (par exemple Andres Rigo Sureda, ancien avocat sénior de la Banque mondiale).

Cette dernière action de la Bolivie représente une dramatique escalade des hostilités entre le pays et l'institution d'arbitrage ; institution duquel le gouvernement a cherché à s'éloigner ces dernières années.

En 2007, la Bolivie s'est retirée du CIRDI, accusant le Centre d'être en faveur des investisseurs étrangers.

Le retrait de la Bolivie n'a toutefois pas coupé tous ses liens avec le Centre. Un arbitrage antérieur, l'affaire Quiborax, était toujours en cours devant le Centre, et un autre présenté par une filiale de Telecom Italia en 2007 s'est poursuivi pendant près de deux ans avant qu'un accord ne soit trouvé pour transférer le différend à un arbitrage ad hoc.

Plus récemment, une entreprise américaine d'énergie a demandé un arbitrage CIRDI au sujet de la nationalisation des actifs qu'elle détenait dans une entreprise d'énergie bolivienne. PanAmerican soutient que la décision de la Bolivie de nationaliser ses parts sociales détenues à hauteur de 51% dans l'entreprise d'énergie Chaco viole les protections prévues dans le traité bilatéral d'investissement US-Bolivie car le pays n'a pas respecté son engagement d'offrir une pleine compensation.

Bien que la Bolivie ait objecté avec véhémence contre les nouvelles demandes présentées au CIRDI après l'annonce du pays de son retrait du CIRDI en 2007, PanAmerican devrait avancer qu'elle n'était qu'une entreprise parmi plusieurs entreprises internationales d'énergie à mettre en garde la Bolivie en 2005 contre le possible arbitrage de demandes survenant suites à ses projets de nationalisation du secteur énergétique. À ce titre, ce consentement ou acceptation de l'offre de la Bolivie d'arbitrage du CIRDI aurait été en place bien avant que le pays n'annonce son retrait du CIRDI en mai 2007.

**Il s'agit de versions abrégées d'articles initialement publiés par le service d'information indépendant Investment Arbitration Reporter (<http://www.iareporter.com/>). Ils sont utilisés avec autorisation et ne peuvent être reproduits sans la permission expresse d'IAReporter.*

Notes

¹ Bernardus Henricus Funnekotter et autres c/ la République du Zimbabwe (Affaire CIRDI n° ARB/05/6)

sentences et décisions

L'Argentine s'attire des problèmes pour violation du traitement juste et équitable *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal c/ La République d'Argentine (Affaire CIRDI No. ARB/03/19)*

Lise Johnson

Le 30 juillet 2010, le tribunal CIRDI de l'affaire Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal c/ Argentine a rendu une sentence à l'unanimité décidant que l'Argentine était responsable envers les demandeurs dans trois affaires distinctes mais ayant été consolidées dans une même procédure.

En 1993, dans le cadre d'un programme de privatisation, l'Argentine attribua une concession de 30 années à une entreprise argentine, AASA, pour l'exploitation de l'eau et des services d'eaux usées pour la ville de Buenos Aires et sa région. En vue d'exploiter la concession, cette entreprise était formée et financée par un groupe d'investisseurs étrangers, et notamment les demandeurs, Suez, Vivendi Universal S.A., Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Anglian Water Group Ltd. (AWG).

Après environ une décennie d'exploitation de la concession, en avril 2003, les investisseurs d'AASA entamèrent ces poursuites contre l'Argentine, alléguant que certaines actions et omissions du gouvernement relatives à la crise financière du pays avaient fait dérailler la concession et détruit la valeur de l'investissement.

Les demanderesse prétendent que les actions du gouvernement étaient en violation de ses obligations vis-à-vis des investisseurs, en vertu des Traités bilatéraux d'investissements applicables et signés avec l'Espagne, le Royaume-Uni et la France.

En particulier, les demanderesse avancèrent que l'Argentine avait violé ces traités car le gouvernement (1) avait illégalement exproprié les investisseurs de leur propriété, (2) n'avait pas fourni aux investisseurs « la pleine protection et sécurité », et (3) n'avait pas donné aux investisseurs un traitement juste et équitable (TJE).

Selon les demanderesse, ces violations sont la conséquence de mesures légales et réglementaires d'ordre générale édictées par l'Argentine, de l'intention de l'Argentine de « forcer » les investisseurs à renégocier la concession, et de son refus d'augmenter les tarifs des services d'eau et d'eaux usées.

En 2006, l'Argentine mit fin à la concession et transféra les services d'eau et d'eaux usées à un organisme étatique. Le gouvernement justifia son action en prétendant qu'AASA n'avait pas respecté ses obligations relevant du contrat de concession, entre autres, en fournissant une eau avec des niveaux de nitrate excessifs. Les demanderesse ajoutèrent la résiliation du contrat de concession par l'Argentine à leur liste d'actions supposément abusives pour étayer leurs plaintes.

Le Tribunal a d'abord rejeté les arguments des demanderesse qui avançaient que les mesures légales et réglementaires d'ordre générale édictées par le gouvernement avaient exproprié les investisseurs.

Le Tribunal déclara que de telles actions relevaient des pouvoirs de police du pays et que par conséquent, elles ne pouvaient être expropriatrices.

Ensuite, le Tribunal décida que le refus du gouvernement

d'augmenter les tarifs ne constituait pas une expropriation car cela ne privait pas, substantiellement, les investisseurs de leur investissement.

Puis le Tribunal détermina que bien que la résiliation du contrat de concession par le gouvernement puisse constituer une violation du contrat, il ne pouvait pas s'agir d'une violation du traité.

Le Tribunal évalua et rejeta ensuite la revendication « de pleine protection et sécurité » des investisseurs. Ce faisant, le Tribunal déclara qu'il ne suivrait pas l'interprétation large de cette obligation, reflétée dans d'autres décisions récentes. Au lieu de cela, il adopta le sens « traditionnel » de l'obligation, qui, selon le Tribunal, exige principalement du gouvernement qu'il protège les investisseurs et les investissements des atteintes physiques.

Le Tribunal examina ensuite les obligations en matière de TJE. Il interpréta l'obligation comme une exigence pour les États de protéger « les attentes légitimes », objectives et raisonnables des investisseurs, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. Le Tribunal fit remarquer que ces circonstances incluent divers facteurs comme la nature de l'investissement, les droits et intérêts du gouvernement argentin d'exercer son pouvoir de réglementation, ainsi que l'histoire et les conditions politiques, économiques et sociales du pays.

En suivant cette interprétation, le Tribunal conclut que l'Argentine avait violé ses obligations en matière de TJE en refusant d'ajuster les tarifs et en voulant forcer l'AASA à renégocier les termes du contrat de concession. Il rejeta toutefois les arguments des demandeurs qui avançaient que la résiliation du contrat par le gouvernement constituait une violation de la norme. Le Tribunal expliqua que bien que la résiliation constitue éventuellement une violation du contrat, il ne s'agissait pas d'une violation de traité.

Il faut noter que l'un des membres du Tribunal, le professeur Pedro Nikken, a critiqué par écrit l'interprétation que fait le Tribunal de l'obligation de TJE. Il a notamment remis en question la notion avancée par le Tribunal dans cette affaire et dans d'autres, c'est-à-dire que la norme vise à protéger « les attentes légitimes » des investisseurs. Le professeur Nikken a toutefois déclaré qu'il était d'accord avec la conclusion finale du Tribunal de reconnaître une violation par l'Argentine de son obligation de TJE.

Finalement, le Tribunal se pencha sur « l'état de nécessité » en droit international coutumier comme moyen de défense permettant d'exempter l'Argentine de toute responsabilité. Le Tribunal accepta l'argument de l'Argentine stipulant que le pays faisait face à une crise économique sévère qui pouvait, théoriquement, justifier ses actions. Toutefois, cette défense ne servit pas l'Argentine dans ses affaires car le Tribunal estima que l'Argentine aurait pu prendre d'autres actions ne violant pas les droits des investisseurs pour faire face à cette crise.

L'Argentine appela le Tribunal à tenir compte du fait qu'il s'agissait d'une concession d'eau et que cela affectait donc les droits humains en la matière. Le Tribunal remarqua également qu'un dossier amicus curiae soumis par un groupe de cinq ONG présentait des arguments similaires.

Le Tribunal rejeta toutefois l'idée que les obligations d'un gouvernement en matière de droits humains de garantir l'accès de sa population à l'eau prévalent sur ses obligations vis-à-vis des investisseurs en vertu des TBI. Selon le Tribunal, les États doivent respecter à la fois leurs obligations en matière de droits humains et leurs obligations relevant de traités, de manière égale.

La décision du Tribunal ne concerne que la responsabilité de l'Argentine. Il va maintenant devoir déterminer le montant des dommages-intérêts, des frais de procédures et dépenses que l'Argentine devra payer.

Sentence contre l'Argentine annulée *Sempra Energy International c/ la République d'Argentine (Affaire CIRDI No. ARB/02/16)*

Lise Johnson

Le 29 juin 2010, le Comité ad hoc d'annulation de l'une des nombreuses affaires en matière d'investissement contre l'Argentine a annulé une précédente sentence d'un Tribunal contre ce pays.

Ce différend, comme la grande majorité des litiges en matière d'investissement contre l'Argentine, est la conséquence des actions entreprises par le gouvernement en réponse à la crise financière qui l'a frappé au cours des années 1990 et début 2000.

La demanderesse, un investisseur américain détenant des parts dans deux entreprises argentines de distribution de gaz, initia sa demande d'arbitrage Cirdi le 11 septembre 2002. Il avançait que les actions du gouvernement violaient les droits des investisseurs et les obligations du pays en vertu du Traité bilatéral d'investissement (TBI) conclu entre les États-Unis et l'Argentine.

Le 28 septembre 2007, le Tribunal décida que l'Argentine avait violé ses obligations en matière de Traitement juste et équitable (TJE) ainsi que la « clause parapluie ».

L'Argentine introduisit une demande d'annulation de la décision le 25 janvier 2008.

Pour étayer sa demande, l'Argentine avançait que le Tribunal s'était trompé en considérant qu'il avait compétence sur ce différend, dans sa manière de traiter la demande de récusation d'un arbitre, en reconnaissant et interprétant certaines preuves, et en interprétant et en appliquant la norme TJE, la clause « parapluie » et « l'état de nécessité ».

L'Argentine avançait ensuite que ces manquements étaient suffisants pour obtenir l'annulation en vertu de l'article 52 de la Convention du CIRDI car le Tribunal (1) n'était pas correctement constitué, (2) avait manifestement outrepassé ses pouvoirs, (3) s'était éloigné gravement d'une règle fondamentale de procédure, et (4) n'avait pas suffisamment motivé sa sentence.

Le Comité d'annulation se pencha d'abord sur la question de la compétence. L'Argentine avait avancé que Sempra, en tant qu'actionnaire minoritaire dans les entreprises de distribution de gaz affectées par les mesures du gouvernement, n'avait pas le pouvoir de faire valoir une réclamation liée aux dommages supposés subis par ces entreprises.

Le Comité rejeta toutefois rapidement cet argument déclarant qu'il « pensait clairement que Sempra » pouvait faire valoir une réclamation devant le CIRDI car les dommages affectaient son investissement, les parts minoritaires.

Ensuite, le Comité d'annulation examina l'argument argentin qui stipulait que le Tribunal avait manifestement outrepassé ses pouvoirs en comparant l'article 11 relatif à l'état de nécessité à l'état de nécessité du DIC. Selon l'Argentine, l'article 11 est différent de la défense en vertu du DIC, et son application requiert une vérification différente et moins contraignante. Aussi, selon lui, le Tribunal devait – mais ne l'a pas fait – effectuer le test de l'article 11, et son manquement à appliquer le droit applicable constituait un excès de pouvoir manifeste.

Le Comité d'annulation reconnu que le Tribunal avait manifestement outrepassé ses pouvoirs en n'appliquant pas le droit applicable, à savoir l'article 11 du TBI. En reconnaissant que la

défense en vertu du DIC et les dispositions du traité étaient différentes et nécessitaient une analyse et une application différentes, le Comité souligna une distinction capitale entre les deux.

Selon le Comité, la défense en vertu du DIC suppose que les actions en question « ne sont pas conformes aux obligations internationales de l'État. » En revanche, l'article 11 prévoit que, le cas échéant, l'action de l'État ne sera pas incompatible avec ses obligations en vertu du traité (para. 200).

Le Comité conclut donc que compte tenu que le Tribunal avait manifestement outrepassé ses pouvoirs en n'appliquant pas les dispositions du traité, le Comité devait annuler la totalité de la sentence.

Deuxième sentence contre l'Argentine annulée en moins d'un mois *Enron Creditors Recovery Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c/ la République d'Argentine (Affaire CIRDI No. ARB/01/3) – Procédure d'annulation'*

Lise Johnson

À la suite de la décision d'annulation dans l'affaire Sempra, le Comité ad hoc d'annulation dans l'affaire mentionnée a annulé, le 30 juillet 2010, une partie conséquente de la sentence prononcée par le tribunal CIRDI en mai 2007. Cette décision suspend l'obligation pour l'Argentine de payer aux demanderesse, Enron Creditors Recovery Corporation et Ponderosa Assets L.P., la centaine de millions de dollars US de compensation ordonnée par le Tribunal.

Les demanderesse étaient des actionnaires minoritaires d'une entreprise argentine de transport de gaz, TGS. Ils avaient investi dans la compagnie en 1992, après que l'Argentine ait privatisé les secteurs de la distribution et du transport de gaz. Le différend est survenu quand l'Argentine a pris différentes mesures pour faire face à la crise financière qu'elle traversait, mesures qui ont affecté le cadre légal et réglementaire régissant les opérations de TGS.

Les investisseurs étrangers entamèrent des poursuites basées sur le fait que les actions du gouvernement avaient causé un préjudice à leur investissement dans TGS, et violaient plusieurs dispositions du Traité bilatéral d'investissement (TBI) conclu entre les États-Unis et l'Argentine.

Le Tribunal détermina que les actions de l'Argentine constituaient une violation de son obligation de Traitement juste et équitable (TJE) et de la clause « parapluie », et ordonna au gouvernement argentin de payer la somme de 106,2 millions de dollars US aux demanderesse.

Le pays chercha par la suite à faire annuler cette décision. Le gouvernement avançait devant Comité ad hoc d'annulation constitué pour connaître l'affaire, que la décision du Tribunal devait être annulée en vertu de plusieurs motifs d'annulation reconnus par l'article 52 de la Convention du CIRDI.

Plus précisément, l'Argentine affirma que le Tribunal (1) avait manifestement outrepassé ses pouvoirs, (2) s'était éloigné gravement d'une règle fondamentale de procédure, et (3) n'avait pas suffisamment motivé sa sentence. Elle affirma encore que les manquements du Tribunal étaient nombreux et incluaient son acceptation de sa compétence, son admission et évaluation des preuves, et son interprétation des obligations et des arguments de l'Argentine en vertu du TBI.

Lors de l'examen du bien-fondé de la demande argentine, le Comité d'annulation ponctua la décision de déclarations relatives à son rôle restreint. Il expliqua que selon la Convention du CIRDI et d'autres décisions d'annulation, sa fonction était de s'assurer que la sentence était légitime, et non pas correcte ou convaincante. En outre, le Comité statua qu'il n'était pas chargé de garantir la cohérence de la jurisprudence. Cette

responsabilité, ajouta-t-il, revient plus logiquement aux tribunaux statuant sur des affaires d'investissement.

Le Comité rejeta un à un les arguments argentins quant à la décision du Tribunal d'accepter sa compétence et de reconnaître que les actions argentines violaient l'obligation TJE et la clause « parapluie ».

Cependant, sur la base d'arguments que le Comité semble avoir mis en avant de sa propre initiative, il annula la décision du Tribunal quant au fait que l'Argentine ne pouvait s'appuyer sur l'état de nécessité pour sa défense en vertu du droit international coutumier (DIC).

Le Comité déclara que l'annulation sur cette question était garantie car, lorsque l'on considère la défense en vertu du DIC, le Tribunal n'avait pas appliqué le droit applicable et n'avait pas motivé ses décisions.

Plus précisément, il était reproché au Tribunal, entre autres manquements, d'avoir conclu trop rapidement que la défense en vertu du DIC ne s'appliquait que si les mesures contestées étaient « l'unique » moyen disponible pour l'État de protéger ses intérêts essentiels. De la même manière, le Comité affirma que même s'il s'agissait du test adéquat, le Tribunal avait conclu trop rapidement que l'Argentine n'en remplissait pas les conditions.

Une autre erreur justifiant l'annulation est que le Tribunal avait été trop cursif en décidant que l'Argentine ne pouvait pas utiliser la défense en vertu du DIC sous prétexte qu'elle avait elle-même contribué à l'état de nécessité du pays.

Dans la sentence, le Tribunal s'était appuyé sur sa décision que l'état de nécessité en vertu du DIC ne s'appliquait pas pour déterminer que l'exception de nécessité contenue dans le TBI applicable ne couvrirait pas les actions de l'Argentine. Par conséquent, sur la base de sa décision d'annuler les aspects de la sentence relatifs à la défense en vertu du DIC, le Comité annula également les aspects de la sentence dans lesquels le Tribunal affirmait que la défense en vertu du traité ne s'appliquait pas non plus.

Le Comité spécifia toutefois qu'il n'exprimait aucun avis sur la relation entre la défense en vertu du DIC et la défense en vertu du traité, ni sur la conclusion du Tribunal, c'est-à-dire que le contenu de ces deux moyens de défenses étaient, par essence, le même.

Le Comité annula ensuite les conclusions du Tribunal quant au fait que l'Argentine a méconnu ses obligations de TJE et violé la « clause parapluie ». Selon le Comité, ces décisions devaient être annulées car si le Tribunal avait estimé que l'état de nécessité s'appliquait, il aurait pu décider que l'Argentine n'était pas responsable d'aucune violation de TBI.

La demande contre la Turquie a été jugée « frivole »

M. Saba Fakes et République de Turquie (Affaire CIRDI No. ARB/07/20) – Sentence

Damon Vis-Dunbar

Un tribunal CIRDI a rejeté une demande de Saba Fakes, citoyen hollandais et jordanien, pour manque de juridiction, ce qui représente le dernier rejet en date de plusieurs demandes contre la Turquie, pour des affaires en lien avec la famille Uzan.

Les Uzan, une famille turque qui contrôlait un vaste empire commercial, avait été poursuivie à plusieurs reprises en Turquie pour des affaires de fraude et de blanchiment d'argent, et notamment dans une affaire très médiatisée entre 2001 et 2002 à New York contre Nokia Corporation et Motorola Credit Corporation.

L'affaire actuelle concerne les parts détenues par les membres de la famille Uzan dans Telsim, une entreprise majeure de téléphonie en Turquie. Le demandeur avance qu'il est devenu le propriétaire légal de ces parts en 2003, avant qu'elles ne soient

saisies et vendues par les autorités turques.

M. Fakes porta donc son affaire – qui représente 19 milliards de dollars US – devant le CIRDI en 2007, se basant sur plusieurs violations du TBI Pays-Bas-Turquie.

Les délibérations du Tribunal se concentrèrent principalement sur le point de savoir si M. Fakes avait effectivement un investissement en Turquie, au sens de la Convention CIRDI et du TBI Pays-Bas-Turquie.

La détermination de l'existence d'un investissement pose souvent des problèmes dans les arbitrages CIRDI car la Convention du CIRDI ne donne pas de définition ou de critères de l'« investissement ». En l'absence de référence claire, les tribunaux ont adopté des approches largement divergentes.

Le test dit Salini, utilisée par certains tribunaux, retient que la Convention du CIRDI exige le respect de quatre critères pour définir un investissement : (1) une contribution, (2) une certaine durée, (3) un élément de risqué et (4) une contribution au développement économique du pays d'accueil. Certains tribunaux ont ajouté d'autres critères à cette liste, tandis que d'autres en ont enlevé.

Dans ce cas, le Tribunal a considéré trois critères : la contribution, la durée et le risque, expliquant que :

« Ces trois critères proviennent du sens ordinaire du mot « investissement », que ce soit dans le contexte d'une transaction internationale complexe ou dans celui de l'éducation de son enfant : dans les deux cas, l'investisseur doit contribuer, financièrement ou intellectuellement, et ne peut tirer les bénéfices de cette contribution instantanément, et l'investisseur court le risque de ne tirer aucun bénéfices, car le projet peut ne jamais aboutir ou l'enfant peut ne pas correspondre aux attentes ou espérances de ses parents ».

Finalement, le Tribunal estima que l'arrangement de M. Fakes et de M. Uzan ne respectaient aucun de ces critères, en grande partie du fait que M. Fakes n'avait jamais entrepris d'obtenir la propriété légale des actions Telsim.

Selon le témoignage de M. Fakes, il devait jouer le rôle « d'appât » pour attirer des acheteurs potentiels des actions Telsim, en masquant le fait que M. Uzan était le véritable détenteur des parts.

Pour décourager d'autres demandes « frivoles », le Tribunal a ordonné à M. Fakes de payer la totalité des frais de procédure. Aussi, en plus de ses propres frais de représentation, M. Fakes doit également régler les dépenses de la Turquie, soit 182 500 millions de dollars US.

Notes

¹ Cette affaire était auparavant intitulée Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c/ la République d'Argentine. Le titre a été formellement changé par le CIRDI le 8 mai 2009 pour refléter le changement de nom de l'une des demanderesse.

D'autres tribunaux ont considéré avec la même désapprobation d'autres réclamations contre la Turquie et impliquant des membres de la famille Uzan. Pour des rapports de ces affaires, voir :

² "Tribunal dismisses claim by Europe Cement against Turkey; Claimant ordered to bear cost of the arbitration" (« Le Tribunal rejette la demande d'Europe Cement contre la Turquie ; le demandeur doit payer les frais de l'arbitrage »), par Damon Vis-Dunbar, septembre 2009, disponible sur : <http://www.investmenttreatynews.org/content/archives.aspx>
"Cementownia claim against Turkey found to be 'manifestly ill-founded'" (« La demande de Cementownia contre la Turquie a été jugée manifestement mal-fondée »), par Elizabeth Whitsitt, novembre 2009, disponible sur : <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/11/01/cementownia-claim-against-turkey-found-to-be-manifestly-ill-founded.aspx>

publications et événements

Déclaration publique sur le régime d'investissement international

Des universitaires de 24 universités de neuf pays ont apposé leur signature sur la déclaration indiquant leur préoccupation quant au fait que le régime de l'investissement international freine la capacité des gouvernements à agir dans l'intérêt public. La déclaration porte une attention particulière à l'arbitrage investisseur-État – le mécanisme commun de règlement des différends en matière d'investissements sur le fondement des accords internationaux d'investissement. Les signataires déclarent que dans de nombreux cas, les tribunaux constitués en vertu de ces traités « ont fait prévaloir les droits de propriété et les intérêts économiques des sociétés transnationales sur le droit des États de réglementer pour le bien-être de la société et sur le droit des peuples à l'autodétermination ». La déclaration stipule que le droit national devrait servir de base à la réglementation des relations investisseur-État, et non pas l'arbitrage international. Les États sont invités à revoir leurs traités d'investissement en vue de s'y retirer ou de les réviser, et les organisations internationales sont appelées à examiner les risques que représente l'arbitrage en matière d'investissement pour les gouvernements ; enfin, la déclaration offre des recommandations pour des alternatives.

La déclaration publique est disponible sur : http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/.

Rapport sur l'investissement mondial 2010 : l'investissement dans une économie sobre en carbone CNUCED, 2010

Le rapport sur l'investissement mondial 2010 de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) remarque que les accords internationaux d'investissement connaissent actuellement une « révolution systémique », suite au nombre croissant d'arbitrages investisseur-État et aux interprétations divergentes des dispositions relatives aux investissements faites par les tribunaux arbitraux. Cela va de la révision des modèles de TBI – un exercice que la Russie, la France, la Colombie, le Mexique, l'Autriche et l'Allemagne ont entrepris au cours de la dernière décennie – à la complète extinction de certains traités, comme l'a entrepris l'Équateur en 2008. Selon la CNUCED, les nouveaux traités et ceux renégociés démontrent que les gouvernements rédigent les TBI avec plus de précision. Par exemple, les négociateurs ont clarifié le champ d'application des traités, ont introduit des exceptions et explicité le contenu d'obligations spécifiques.

Le rapport sur l'investissement mondial 2010 est disponible sur : <http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=5535&lang=1>

Intérêt mondial grandissant pour les terres agricoles : Cela peut-il apporter des bénéfices durables et équitables ? Banque mondiale, 2010

Un rapport récent de la Banque mondiale constate un regain d'intérêt de la part des investisseurs pour les terres agricoles, notamment en Afrique. En 2008, un an après l'augmentation des prix des denrées alimentaires ayant entraîné une crise alimentaire mondiale, des accords de ventes pour 45 millions d'hectares ont été annoncés, dont 70 % en Afrique. Cela représente une surface totale supérieure aux terres arables disponibles en France, en Allemagne, au Royaume-Uni et en Italie combinées. La recherche menée par la Banque mondiale confirme l'étendue du problème en faisant un inventaire des contrats d'achat de terre dans des pays choisis. Par exemple, entre 2004 et 2009, le Soudan, le

Libéria et l'Éthiopie ont respectivement cédé 4, 1,6 et 1,2 millions d'hectares de terres agricoles aux investisseurs. Cette tendance est particulièrement inquiétante, compte tenu de l'agitation récente quant au prix du pain au Mozambique et à l'annonce faite par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture d'une « situation instable » et de « durs mois à venir ». Le rapport souligne un fort intérêt pour les pays africains où la gestion des terres par le gouvernement est faible. En outre, les terres sont souvent concédées au détriment des droits fonciers existants et dans une perspective sociale, économique et environnementale non-durable. L'IIDD et la Plateforme mondiale des donateurs organiseront une discussion en ligne, ouverte du 13 septembre au 8 octobre, afin d'analyser les conclusions du rapport et de faire des recommandations pour le futur.

Rendez-vous sur <http://www.ediscussion.donorplatform.org/> pour de plus amples informations.

Septembre

2 - 3

TROISIÈME FORUM SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT,

Mexico, Mexique, <http://www.juridicas.unam.mx/>

10

QUINZIÈME CONFÉRENCE PUBLIQUE SUR LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT,

Londres, Angleterre, <http://www.biicl.org/events/view/-/id/546/>

16-17

LES JOURNÉES SUÉDOISES D'ARBITRAGE 2010 – INDEMNITÉS ET AUTRES COMPENSATIONS DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL,

Stockholm, Suède, www.swedisharbitration.se

22-23

L'ARBITRAGE DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT,

Londres, Royaume-Uni, c5-online.com/arbitration

Octobre

22-24

CONCOURS DE PROCÈS FICTIF SUR L'INVESTISSEMENT DIRECT ÉTRANGER,

Malibu, Californie, <http://www.fdimoot.org/>

26

L'ARBITRAGE DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT – BESOIN DE CHANGEMENT DES RÉGLEMENTATIONS,

Varsovie, Pologne, <http://www.sadarbitrazowy.org.pl/en/conference26october>

27-29

QUATRIÈME FORUM ANNUEL SUR L'INVESTISSEMENT POUR LES NÉGOCIATEURS DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT,

New Delhi, Inde, <http://www.iisd.org/investment/>

Novembre

17-20

25ÈME ANNIVERSAIRE DU CENTRE INTERNATIONAL D'ARBITRAGE DE HONG-KONG,

Hong-Kong, <http://www.hkiac.org/25th>

Décembre

8-9

LE QUINZIÈME FORUM GLOBAL POUR L'ARBITRAGE DE GENÈVE, UNE LONGUEUR D'AVANCE,,

Genève, Suisse, <http://www.ggaf.ch/>



© 2010 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 Balexert,
5ème étage, 1219 Châtelaine,
Genève, Suisse

Tél. : +41 22 917-8748
Fax : +41 22 917-8054
E-mail : itn@iisd.org

