



## Élections 2010 de mi-mandat au Congrès des Etats-Unis:

### Conséquences pour les nouveaux Accords internationaux d'investissement des États-Unis

par William Waren

---



---

**Équité et indépendance dans l'arbitrage en matière d'investissement:** une critique des « Développements et conclusions de l'arbitrage sur le fondement des traités d'investissement » par Gus Van Harten

---

**Une soif mondiale:** L'eau attire la nouvelle vague d'investissement étranger dans les terres arables par Carin Smaller

---

**Le Forum mondial de l'investissement 2010 de la CNUCED:** les experts de haut niveau discutent des politiques de développement durable par James X. Zhan

---

# Tables des matières



---

## 3 Articles

Élections 2010 de mi-mandat au Congrès des États-Unis: Conséquences pour les nouveaux Accords internationaux d'investissement *des États-Unis*

*William Waren*

---

7 Équité et indépendance dans l'arbitrage en matière d'investissement: une critique des « Développements et conclusions de l'arbitrage sur le fondement des traités d'investissement »

*Gus Van Harten*

---

10 Une soif mondiale: L'eau attire la nouvelle vague d'investissement étranger dans les terres arables

*Carin Smaller*

---

12 Le Forum mondial de l'investissement 2010 de la CNUCED: les experts de haut niveau discutent des politiques de développement durable

*James X. Zhan*

---

14 **Nouvelles en bref**

---

16 **Sentences et décisions**

---

19 **Publications et événements**

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

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

Design:  
The House London Ltd.  
Web: [www.thehouselondon.com](http://www.thehouselondon.com)

# Élections 2010 de mi-mandat au Congrès des États-Unis: Conséquences pour les nouveaux Accords internationaux d'investissement des États-Unis

## William Waren

## article 1

La victoire républicaine aux élections du Congrès des États-Unis le 2 novembre 2010 est largement considérée comme augmentant les chances que l'administration Obama puisse conclure de nouveaux Traités bilatéraux d'investissement (TBI) et Accords de libre-échange (ALE) incluant un chapitre sur l'investissement<sup>1</sup> tels que le Partenariat trans-Pacifique (TPP)<sup>2</sup>, et obtienne la ratification par le Congrès des ALE négociés par l'administration Bush avec la Colombie, le Panama et la Corée du Sud<sup>3</sup>. En effet, il est généralement convenu que le commerce international et la politique d'investissement sont l'une des quelques questions sur lesquelles le Président Obama et les dirigeants républicains pourront trouver un accord bipartisan suite à l'action du Congrès<sup>4</sup>. Mais ces hypothèses méritent un examen approfondi. La situation postérieure aux élections est complexe.

### Du côté du Congrès

Les Républicains ont pris le contrôle de la Chambre des représentants des États-Unis, et ont notamment fait une avancée significative dans certains États récemment passés au camp Démocrate. La direction républicaine de la Chambre se trouve dans une situation confortable pour obtenir au cours des deux prochaines années la ratification des ALE en attente signés avec la Colombie, le Panama et la Corée du Sud, qui incluent des chapitres relatifs à l'investissement, même si les questions relatives au bœuf et aux véhicules devront être résolues avant que le Congrès ne se décide au sujet de l'accord avec la Corée du Sud. Les Républicains pourraient également soutenir les tentatives de l'administration Obama de négocier un chapitre sur l'investissement dans un accord de Partenariat trans-Pacifique.

Le nouveau porte-parole, John Boehner de l'Ohio<sup>5</sup>, le futur président de la Commission américaine du budget à la Chambre des représentants, Dave Camp du Michigan<sup>6</sup>, et le président potentiel de la Sous-commission du budget pour le commerce, Kevin Brady du Texas, sont de fervents supporteurs des Accords internationaux d'investissement (AII). L'ascension de Brady est particulièrement significative. Il est un supporteur direct des AII, notamment du fait que les résultats des différends internationaux en matière d'investissement favorisent diversement les États-Unis<sup>7</sup>, et pourrait représenter la ligne du parti au sujet des AII pour la direction républicaine de la Chambre des représentants.

En outre, la nouvelle équipe de direction Républicaine de la Chambre ne devrait pas avoir d'opposition vis-à-vis des nouveaux AII dans leur propre camp, contrairement aux dirigeants démocrates de la Chambre il y a trois ans. Cela dit, les membres républicains nouvellement venus à la Chambre, notamment de nombreux membres du Tea Party, pourraient être moins disciplinés que les Républicains traditionnels et plus concernés par la perte de souveraineté américaine et le sentiment anti-commercial de leurs districts<sup>8</sup>.



Quant aux Démocrates de la Chambre, certains membres de la direction, incluant éventuellement le Whip, Steny Hoyer du Maryland, et un membre potentiel de la Commission du budget<sup>9</sup>, Sander Levin du Michigan, pourraient vouloir s'accorder avec la Maison blanche et adopter une approche nuancée vis-à-vis de l'investissement et des questions commerciales. Mais les Démocrates de base de la Chambre pourraient être bien pressés de se battre. Malgré la perte de plus de 60 sièges lors des élections, la réélection de Nancy Pelosi au poste de leader du parti, la Démocrate joyeuse de San Francisco, suggère que le camp Démocrate n'est pas disposé à faire de compromis pour obtenir un accord bipartisan. Pourtant, il faut signaler que Pelosi, qui a participé à l'accord commercial bipartisan de 2007, n'est pas une opposante rigide au commerce international et aux accords d'investissement.<sup>10</sup>

Davantage de membres du nouveau camp Démocrate semblent sceptiques quant aux accords commerciaux et d'investissement. Une analyse du résultat des élections 2010 pour la course à la Chambre, réalisée par Public Citizen, montre que « les Démocrates qui soutenaient le commerce équitable avaient plus de chance de survivre au raz de marée Républicain que les autres »<sup>11</sup>.

Certains de ces démocrates de la Chambre pourraient considérer qu'il existe un avantage politique à s'opposer aux nouveaux ALE avant les élections de 2012, indépendamment du fait que ces accords aient le soutien de l'administration Obama. Au cours des trois dernières années, le Groupe de travail sur le commerce de la Chambre, à majorité Démocrate et mené par Mike Michaud du Maine, a été au cœur d'une opposition réussie aux nouveaux ALE. Même si le Président avait contacté Michaud, rien n'encourage le Groupe de travail à faire marche arrière maintenant, notamment quand les sondages suggèrent que le commerce pourrait être une pierre

d'achoppement pour les Démocrates en 2012<sup>12</sup>. Michaud, qui a fait du commerce son fer de lance, a été réélu dans le Maine, même si les Républicains ont chamboulé la politique de l'État en obtenant le siège de gouverneur et les deux chambres du parlement.

Michaud et le Groupe de travail sur le commerce sont très clairs quant à leurs positions sur les accords internationaux d'investissement. En 2009, Michaud a soutenu, ainsi que 133 autres membres de la Chambre, le TRADE Act (Trade Reform Accountability Development and Employment). Cette loi décrit de manière détaillée la vision du Groupe de travail sur la politique commerciale et d'investissement des États-Unis, notamment l'exigence que les AII permettent uniquement le règlement de différend entre États, et préservent la capacité de chaque pays à régler l'investissement étranger en fonction de ses propres besoins et priorités<sup>13</sup>.

Le conflit potentiel avec l'administration Obama semble évident. Lori Wallach, le directeur de Global Trade Watch de Public Citizen, qui travaille en étroite collaboration avec le Groupe de travail sur le commerce de la Chambre et avec Mike Michaud, a accusé le Président Obama de revenir sur ses promesses de campagne de 2008 de réformer les AII et l'a averti que son soutien à l'accord commercial États-Unis-Corée du Sud et d'autres accords similaires pourrait menacer sa réélection en 2012<sup>14</sup>.

Cependant, peu de Démocrates de la Chambre peuvent se réjouir à l'idée d'une lutte contre le Président Obama pour 2012 ; peut-être que le débat Obama-Michaud débouchera sur un compromis.

### Du côté du Sénat

Les Démocrates gardent le contrôle du Sénat, malgré la perte de six sièges. Malgré cela et le fait que le Sénat démocrate ait toujours été plus sensible au commerce international et aux accords internationaux d'investissement que leurs homologues de la Chambre, il est encore trop tôt pour supposer que les questions relatives aux AII soient réglées pour le nouveau Sénat.

Avec 22 sièges Démocrates devant être disputés en 2012 dans 33 États<sup>15</sup>, ni les dirigeants Républicains ni les Démocrates ne souhaitent voir leurs membres voter de manière controversée sur les mesures commerciales et d'investissement qui pourraient modifier l'équilibre du contrôle des partis. Harry Reid du Nevada, le leader de la majorité Démocrate, pas toujours partisan du commerce international et des accords d'investissement, aura matière à réflexion alors qu'il prépare les votes en assemblée plénière du Sénat<sup>16</sup>.

Le leader de la minorité Républicaine, Mitch McConnell du Kentucky, a précisément déclaré que son objectif pour les deux prochaines années était de travailler au rejet de la loi sur la sécurité sociale et les autres mesures adoptées par le Congrès précédent, et de mettre en place les

éléments pour battre le Président Obama en 2012, et pas nécessairement d'adopter de nombreuses mesures<sup>17</sup>. Mais quelques jours plus tard, McConnell a nuancé ses propos en disant que les deux partis devaient être capables de travailler ensemble sur certaines questions, notamment l'acceptation de l'ALE avec la Corée du Sud<sup>18</sup>.

La nouvelle venue Républicaine au comité des finances, Orrin Hatch de l'Utah, pourrait également être dans une position politique ambiguë. Concernant les nominations 2012 pour le Sénat, Hatch pourrait faire face à un opposant Républicain encore plus conservateur et connecté au Tea Party, et pourrait donc être peu encline à faire cause commune avec les Démocrates du comité des finances<sup>19</sup>. En outre, de nombreux Républicains de l'Utah sont préoccupés quant à la possible utilisation des AII pour remettre en question l'interdiction des jeux d'argent et d'autres réglementations relatives à la morale publique<sup>20</sup>.

Cependant, les opposants au modèle américain actuel du chapitre sur l'investissement inclus dans les ALE et les TBI n'ont aucune raison de se sentir concernés par le Sénat. Le camp républicain au Sénat soutient fortement les AII, alors que l'opposition aux AII des Démocrates pourrait encore s'amenuiser suite au départ des Sénateurs Feingold, Dorgan, et Specter, tous remplacés par des Républicains<sup>21</sup>. Toutefois, l'histoire ne s'arrête pas là.

Marc Baucus du Montana, généralement favorable aux AII, mais opposé à l'ALE avec la Corée du Sud tant que les éleveurs de bovins seront insatisfaits, restera Président du comité des finances : C'est-à-dire l'arbitre le plus important du Sénat concernant les propositions sur le commerce et l'investissement international. Il soutient également les négociations d'un TBI avec la Chine et d'autres pays. Toutefois, Baucus est un législateur conciliant qui fait souvent passer les intérêts de son État avant toute autre chose<sup>22</sup>.

Le président du sous-comité sur le commerce du Comité des finances sera probablement de nouveau Ron Wyden de l'Oregon, qui a été réélu. Tout comme Baucus, Wyden est sensible aux ALE, mais pas tout à fait supporteur<sup>23</sup>. Wyden s'intéresse aux questions environnementales et pourrait être influencé par des électeurs de son État, préoccupés par la menace potentielle des AII pour les réglementations environnementales et de planification urbaine de l'Oregon<sup>24</sup>.

Toutefois, Baucus, Wyden et d'autres membres du comité des finances ne seront pas les seules voix persuasives et faisant autorité à se faire entendre au sujet des TBI au sein du camp Démocrate du Sénat.

Selon la constitution des États-Unis, il appartient au Sénat seul de ratifier les traités, notamment les TBI, par deux tiers des voix des membres présents<sup>25</sup>. En outre, les règles du Sénat confèrent la compétence pour la relecture des traités, notamment des TBI, au Comité des Affaires extérieures<sup>26</sup> qui sera probablement présidé de nouveau par John

Kerry du Massachusetts. Au cours des délibérations du Sénat relatives au Trade Act de 2002, Kerry avait exprimé sa préoccupation concernant des ALE trop généraux qui constituent une menace pour les lois nationales environnementales et d'autres formes de réglementations économiques édictées de bonne foi dans l'intérêt public, et avait présenté un amendement. Même s'il s'est conclu sur un échec, cela entraîna l'inclusion de l'amendement Baucus-Grassley, une mesure plus nuancée demandant au Représentant américain au commerce de ne pas allouer « de droits substantiels plus importants » aux investisseurs dans les nouveaux chapitres sur l'investissement<sup>27</sup>. Kerry ne serait pas prêt à répéter ses efforts afin de trouver plus de protection pour les réglementations environnementales ou autres dans les futurs TBI américains, mais les environnementalistes ne doivent pas encore considérer son soutien comme perdu.

### Conclusions

En dépit de la reprise de contrôle de la Chambre par les Républicains, des incertitudes subsistent quant aux possibilités d'obtenir l'approbation d'un ALE dans les deux ans à venir. Du côté du Sénat, les Républicains et les Démocrates seront attentifs au moment de voter ces questions si controversées avant les élections de 2012, qui détermineront quel parti contrôlera la Chambre haute. En outre, si le Président Obama cherche la ratification des nouveaux ALE ou de ceux en attente par le Congrès, il fera probablement face à une opposition significative de la part des membres du groupe Démocrate de la Chambre, qui seront encore plus à gauche et sceptiques quant à la mondialisation en 2011 et 2012. Il est difficile de faire des estimations précises, mais le fort soutien de la direction de la majorité de la Chambre à l'approbation des nouveaux ALE fera certainement une différence.

En revanche, il n'est pas sûr que la position du Sénat à majorité Démocrate concernant la ratification des nouveaux TBI ait changé de manière significative suite aux seules élections 2010. Par le passé, l'avis et le consentement du Sénat permettant la ratification des TBI, telles que la mesure de 2006 approuvant le TBI États-Unis-Uruguay, avaient été donnés sans trop de controverses<sup>28</sup>. Aussi, l'action du Sénat sur les nouveaux TBI aura moins à voir avec le contrôle par les partis qu'avec la manière dont progresseront les négociations avec la Chine, l'Inde, le Pakistan et d'autres pays. L'administration Obama pourrait finalement prendre une décision concernant les clauses du nouveau modèle de TBI américain dès qu'elle terminera les consultations des dirigeants du Congrès, qui permettent au moins formellement aux négociations des TBI de se poursuivre<sup>29</sup>.

Pourtant de nombreuses questions demeurent. Le Sénat restera-t-il bloqué sur des questions commerciales telles que les exportations de bœuf ou sur les normes environnementales et de travail ? Les violations des droits de l'homme commises en Colombie ou le statut de paradis fiscal du Panama continueront-ils d'entraver les efforts

visant la ratification des deux ALE ? L'orateur Boehner trouvera-t-il sa nouvelle classe difficile à discipliner ? Les Démocrates de la Chambre prendront-ils leur distance vis-à-vis du Président ? Mais la question majeure, comment l'opinion publique réagira-t-elle face aux nouveaux accords commerciaux et d'investissement ?

### Auteur

Bill Waren est directeur politique pour le Forum sur la démocratie et le commerce (Forum on Democracy and Trade). Au cours des 17 années précédentes sa prise de fonction, Bill a étudié en détail le fonctionnement du Congrès des États-Unis en tant que conseiller aux affaires étrangères pour la Conférence nationale sur les législatures d'État (National Conference of State Legislatures).

### Notes

1 Conformément à l'accord commercial bipartisan de 2007, qui a facilité le soutien de la direction Démocrate de la Chambre à l'accord États-Unis-Pérou, malgré les objections dans la base du parti, le Président Bush avait inclus des règles de protections en matière de travail et d'environnement dans les ALE avec la Colombie, le Pérou et la Corée du Sud. Plus important encore, l'accord de 2007 incluait également une petite réforme du chapitre sur l'investissement dans des ALE en attente : le préambule des chapitres sur l'investissement indique que les investisseurs étrangers n'auront pas de droits substantiels plus importants en matière de protection dans un ALE, que ceux offerts aux investisseurs nationaux. Voir M. Angeles Villareal, "The U.S.-Colombia Free Trade Agreement," Congressional Research Service, 1er octobre 2010..

2 Les négociations des ALE avec la Colombie, le Pérou, et la Corée du Sud ont été menées dans le cadre d'une procédure accélérée rendue possible grâce au Trade Promotion Act de 2002, qui a maintenant expiré. Cela permet d'obtenir la ratification accélérée du Congrès pour les accords commerciaux et d'investissement, sans amendement (même si les détails concernant la législation de mise en œuvre sont négociés à l'avance avec le Comité des finances du Sénat et le Comité du budget de la chambre à travers un processus d'amendement). Si les négociations pour le TPP sont conclues avant 2012, Obama demandera vraisemblablement une procédure accélérée pour faciliter sa ratification. Il est difficile d'anticiper, à l'heure actuelle, les réactions des Républicains à une telle demande.

3 Dans son discours de janvier 2010 sur l'état de l'Union, le Président Obama affirmait que : "... nous renforcerons nos relations commerciales avec l'Asie et avec nos partenaires clés tels que la Corée du Sud, le Panama et la Colombie...". Discours sur l'état de l'Union d'Obama, New York Times, 27 janvier 2010, disponible sur [http://www.nytimes.com/2010/01/28/us/politics/28obama.text.html?\\_r=1&pagewanted=all](http://www.nytimes.com/2010/01/28/us/politics/28obama.text.html?_r=1&pagewanted=all). Voir également J.F. Hornbeck, "The Proposed U.S.-Panama Free Trade Agreement," Congressional Research Service, RL 32540, 27 février 2010 ; William H. Cooper, Mark E. Mangin, Remy Jurenas, Michaela D. Platzer, "The Proposed U.S. -South Korea Free Trade agreement (KORUS FTA): Provisions and Implications," RL 34330, Congressional Research Service, 2 juillet 2010 ; Villareal supra. L'administration Obama est en train de négocier des accords avec le Panama sur les questions fiscales et de travail, avec la Colombie sur les questions de travail et de droits humains, et avec la Corée du Sud sur les ques

4 King et Spalding, "The Impact of the November 2 Elections on International Trade," 12 novembre 2010 ("We will likely see the revival of certain free trade agreements and other pro-trade initiatives."), disponible sur <http://www.Kslaw.com/imageserver/KSPpublic/library/publications/ca111210.pdf>. Helene Cooper, "Obama Sails Trade Sea, Where Friends Are Foes," New York Times, 17 novembre 2010; Peter Baker, "The Education of a President," New York Times Magazine, 12 octobre 2010 (Rouse et Messina [les assistants d'Obama] considèrent qu'un accord bipartisan peut être atteint dans certains domaines... par exemple en ignorant les accords commerciaux en attente...).

5 Boehner a voté pour l'ALEAC ainsi que pour les ALE avec l'Australie, Singapour, le Chili et le Pérou. OnTheIssues, "John Boehner on Free Trade," disponible sur [http://www.ontheissues.org/OH/John\\_Boehner.htm#Free\\_Trade](http://www.ontheissues.org/OH/John_Boehner.htm#Free_Trade).

6 Camp est également un fort supporteur des ALE en général. Toutefois, il protégera les intérêts de l'industrie automobile du Michigan dans l'ALE avec la Corée du Sud. Comité du budget, Dave Camp, membre de haut niveau, "Chairman Levin and Ranking Member Camp Joint Statement on U.S.-South Korea FTA Negotiations," 11 novembre 2010, disponible sur <http://republicans.waysandmeans.house.gov/News/documentsingle.aspx?DocumentID=214484>.

7 Selon Brady : "... les États-Unis ont utilisé cela (arbitrage investisseur-État) avec succès au cours des années pour résoudre des contentieux. L'entreprise Metalclad, basée en Californie a utilisé l'ALENA avec succès pour récuser des questions au Mexique. S.D. Meyers d'Ohio a fait de même au Canada. Des entreprises américaines ont récuser des questions bilatérales commerciales et d'investissement en Pologne pour notre bien, Motorola en Turquie, Occidental en Equateur, CMS et Sempra en Argentine, tous ont utilisé cette clause pour protéger les investisseurs américains... Mais si vous regarder le nombre d'investisseurs étrangers qui ont utilisé ce processus pour récuser avec succès les États-Unis, vous verrez une feuille de papier vierge parce que cela ne s'est jamais produit". Comité du budget, Chambre des représentants des États-Unis, 111ème Congrès, 1ère Session, Transcription, Audience sur la protection des investissements dans les accords commerciaux et d'investissement américains, 14 mai 2009, disponible sur : <http://waysandmeans.house.gov/Hearings/transcript.aspx?NewsID=10394>.

8 King et Spalding, supra ("La position des membres du Tea Party n'a pas été complètement étayée, mais il semblerait qu'une petite majorité des membres élus soit plutôt opposée à l'intrusion du gouvernement et en faveur du libre-échange").

9 À l'heure actuelle, nous ne savons pas qui est susceptible d'être le Démocrate le plus élevé du Sous-comité pour le commerce de la Commission du budget. Le tenant actuel du poste, John Tanner du Tennessee, a refusé de se représenter pour le poste.

10 Après plusieurs ALE, notamment ceux avec le Chili, Singapour et l'Amérique Centrale (ALEAC) qui furent ratifiées de justesse avec une faible majorité, et au vu de l'opposition démocrate du Congrès, l'administration Bush avait négocié un accord avec les dirigeants Démocrates et Républicains, ainsi que ceux de la Commission du budget et du Comité des finances du Sénat, notamment, pour inclure certaines règles de protection en matière de travail et d'environnement et d'autres dispositions engrangeant un meilleur soutien démocrate pour de futurs accords. Voir Bureau du Représentant américain au commerce, Trade Facts, "Bipartisan Trade Deal", mai 2007, disponible sur [http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/factsheets/2007/asset\\_upload\\_file127\\_11319.pdf](http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/factsheets/2007/asset_upload_file127_11319.pdf). Le Groupe de travail pour le commerce de la Chambre s'est fortement opposé à cet accord. L'ALE suivant examiné par le Congrès, celui entre les États-Unis et le Pérou, avait effectivement reçu plus de soutien de la part des Démocrates. Mais les accords avec la Colombie, le Panama et la Corée du Sud sont empêtrés dans la controverse.

11 Todd Tucker, "TRADE Act Cosponsors Fared Better than Anti-Fair Traders," Eyes on Trade, 11 novembre 2010. Disponible sur <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2010/11/before-many-election-results-were-in-the-chamber-of-commerce-was-gleeful>. Voir également l'analyse complète "Election 2010: the Best Defense Was a Fair Trade Offense," disponible sur [http://www.citizen.org/documents/2010\\_election\\_Trade\\_report.pdf](http://www.citizen.org/documents/2010_election_Trade_report.pdf).

12 Pew Research Center for People and the Press, "Americans Are of Two Minds on Trade: More Trade, Mostly Good; Free Trade Pacts, Not So," 9 novembre 2010 ("L'opinion publique souhaite un commerce accru avec le Canada, le Japon et plusieurs autres pays [la Chine et la Corée du Sud étant des exceptions notoires], mais le soutien aux accords de libre-échange est à son plus bas niveau en 13 ans, et de nombreuses personnes disent que les accords commerciaux ont un impact négatif plutôt que positif sur les emplois, les salaires et la croissance économique."), disponible sur <http://pewresearch.org/pubs/1795/poll-free-trade-agreements-jobs-wages-economic-growth-china-japan-canada>.

13 H.R. 3012, pp. 29-30, disponible sur <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:H.R.3012.JH>.

14 Lori Wallach, "2010 Election Focus on Trade and Offshoring Exposes Obama's G-20 Political Peril: Pushing Bush's Korea Trade Pact Endangers Obama's Reelection," disponible sur <http://www.citizen.org/documents/G20%Korea%FTA%20Reporter%20memo.pdf>. Voir également Public Citizen, "Selected Campaign Statements by President Barack Obama on U.S. Trade and Globalization Policy, 2008," disponible sur <http://www.citizen.org/documents/ObamaTradeCampaignStatementsFINAL.pdf>.

15 Paul Steinhauer, "2012 Senate Battle Already Under Way," CNN Politics, 5 novembre 2010, disponible sur <http://cnn.com/2010/POLITICS/11/05/senate.battle/index.html>.

16 Reid a voté contre l'ALE États-Unis-Pérou pas exemple.

17 Manu Raju, "Mitch McConnell Doubles Down on President Obama," Politico, 4 novembre 2010, disponible sur <http://www.buzzbox.com/top/default/preview/mcconnell-defeat-obama-in-2012?clusterId=23393258&id=12519759&topic=barack-obama%Aboehner>.

18 Politics Daily, "Mitch McConnell: Agreement with White House Possible on Some Issues," 6 novembre 2010, disponible sur <http://www.politicsdaily.com/2010/11/06/mitch-mcconnell-agreement-with-white-house-possible-on-some-issues>

19 Steinhauer, supra (Les Sénateurs républicains se représentant à la réélection pourraient faire face à des attaques du Tea Party, et notamment de Orrin Hatch de l'Utah...).

20 L'auteur a passé énormément de temps à Salt Lake City à discuter de la relation entre les AII et les réglementations relatives à la morale publique avec des membres de la législature de l'Utah et des membres de la commission de l'État pour le contrôle de la politique commerciale.

21 En novembre 2009, le Sénateur Sherrod Brown de l'Ohio a présenté la version la plus récente du Trade Act du Sénat. Ses co-sponsors, tous les Démocrates, notamment Byrd de West Virginia (décédé), Casey de Pennsylvania, Dorgan du Dakota du Nord (en retraite), Feingold du Wisconsin (battu dans les élections générales), Franken du Minnesota, Merkley de l'Orégon, Sanders du Vermont, et Specter de Pennsylvania (battu lors des primaires). Open Congress, "S. 2821 – TRADE Act of 2009," disponible sur <http://www.opencongress.org/bill/111-s2821/show>. Un autre indicateur de l'opposition farouche des Sénateurs Démocrates aux accords internationaux commerciaux et d'investissement est le résultat du vote par appel nominatif relatif à l'ALE États-Unis-Pérou de 77 pour, 18 contre (notamment un des républicains), et 5 abstentions. Sénat des États-Unis, Votes par appel nominatif du Sénat des États-Unis, 110ème Congrès, 1ère Session, sur le Passage de H.R. 3688, disponible sur [www.senate.gov/legislative/LIS/roll\\_call\\_lists/roll\\_call\\_vote\\_cfm?congress=110&session=1&vote=00413](http://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm?congress=110&session=1&vote=00413).

22 Voir Sénat des États-Unis, Comité des finances, "Baucus Comments on U.S. China Talks," disponible sur <http://finance.senate.gov/newsroom/chairman/release/?id=8dfcd6a9-43e2-4975-970e-93dacc7bf5>.

23 Par le passé, Wyden s'est prononcé en faveur des accords incluant un chapitre sur l'investissement, notamment l'Accord de libre-échange avec l'Amérique centrale (ALEAC), contre lequel même Max Baucus s'était opposé. Il s'était opposé aux ALE avec le Chili, Singapour et Oman, mais était en faveur de l'ALE États-Unis-Pérou. OnTheIssues, "Ron Wyden on Free Trade," disponible sur [http://www.ontheissues.org/international/Ron\\_wyden\\_Free\\_Trade.htm](http://www.ontheissues.org/international/Ron_wyden_Free_Trade.htm).

24 Campagne pour le commerce équitable en Orégon, "Oregon Legislators Warn of Trade Deal's Threats to State Sovereignty", 31 août 2010 (« Un groupe bipartisan des législateurs de l'Orégon ont envoyé au Sénateur américain Ron Wyden (D-OR) un courrier aujourd'hui lui demandant instamment d'utiliser sa position en tant que Président du sous-comité du Sénat sur le commerce international pour retirer les clauses d'un accord commercial en attente, qui menacent de pouvoir faire porter les lois de l'Orégon devant les tribunaux internationaux »).

25 Constitution des États-Unis, article II, section 2, paragraphe 2.

26 Sénat des États-Unis, Comité des Affaires extérieures, "Règles du Comité", 111ème Congrès, 1ère session, septembre 2009, disponible sur <http://foreign.senate.gov/about/jurisdiction>.

27 L'amendement Kerry, n° 3430 pour H.R. 3009, a été rejeté par un vote de 55 à 41. Comité d'urgence pour le commerce américain, "Senate Trade Scorecard, 107ème Congrès, 2ème session, 2002, disponible sur <http://www.ecatrade.com/keytrade/scorecard2.asp>.

28 Comité des Affaires extérieures du Sénat des États-Unis, rapport sur les activités législatives, 29 mars 2007, 111ème Congrès, 1ère session, Rapport 110-40, p.3, p.7; Organisation des États américains, Système d'information du commerce extérieur, "Etats-Unis – Uruguay," disponible sur [http://www.sice.oas.org/TPD/URY\\_USA/URY\\_USA\\_eASP](http://www.sice.oas.org/TPD/URY_USA/URY_USA_eASP).

29 World Trade Online, "Hormats Says Administration To Seek Further Vetting With Congress On Model BIT," 16 novembre 2010, disponible par abonnement seulement ("L'administration Obama prévoit de faire plus de consultations à propos d'un nouveau modèle de traité bilatéral d'investissement [TBI] avec le nouveau Congrès dans le cadre de ses efforts pour finaliser une révision en cours qui aurait dû être conclue l'an dernier...").

## article 2

# Équité et indépendance dans l'arbitrage en matière d'investissement : une critique des « Développements et conclusions de l'arbitrage sur le fondement des traités d'investissement » Gus Van Harten

Il existe un intérêt récent pour l'utilisation d'outils quantitatifs de recherche visant à évaluer l'équité et l'indépendance des arbitrages en matière d'investissement. Dans cet article, et afin d'examiner cette question, le Professeur Gus Van Harten critique l'une des études les plus éminentes à ce sujet. L'étude en question, « Développements et conclusions de l'arbitrage sur le fondement des traités d'investissement » (Franck 2009)<sup>1</sup>, a été utilisée dans certains cercles politiques pour soutenir l'argument selon lequel les arbitrages en matière d'investissement fonctionnent de manière équitable. Toutefois, Van Harten explique que les limites de l'étude ne permettent pas de tirer de telles conclusions. Van Harten commence par exposer brièvement les doutes qui génèrent une impression de système biaisé.

### Préoccupations concernant la perception de distorsion

L'arbitrage fondé sur les traités d'investissement est différent des autres formes d'arbitrage et des juridictions internationales. Il permet aux arbitres de prendre des décisions définitives concernant le droit public et d'importantes questions politiques. Cela soulève des questions quant à l'indépendance et l'impartialité qui ne se posent généralement pas pour les autres formes d'arbitrage.

Dans d'autres contextes, nationaux et internationaux, le droit public est interprété par les juges dont l'indépendance vis-à-vis de l'État et du secteur privé est protégée par des garanties institutionnelles, notamment une titularisation garantie, des avocats rémunérés de l'extérieur, et une méthode objective d'affectation des cas. L'absence de telles garanties dans les arbitrages sur le fondement des traités d'investissement entraîne dans tous les cas un doute raisonnable que des facteurs inappropriés ont pu influencer une décision ou une sentence.

Une série d'éventuelles influences provient des intérêts financiers et professionnels des arbitres qui ne sont pas titularisés, et qui s'engagent donc dans des activités rémunératrices en plus de leur fonction arbitrale. Les institutions d'arbitrage et les acteurs privés du domaine de l'arbitrage peuvent également exercer une certaine influence. Bien sûr, l'existence de ces préoccupations n'explique pas complètement le comportement attendu des arbitres. Il est à espérer et avoir confiance que d'autres considérations, valeurs d'équité et d'intégrité influenceront ces décisions.

Le problème est que personne – à l'exception de l'arbitre lui-même – n'est en position de savoir si des facteurs non pertinents sont entrés en ligne de compte. Pour cette raison, le comportement réel des arbitres n'est pas la seule préoccupation. Le rôle des garanties institutionnelles est tout aussi important pour traiter cette perception raisonnable de distorsion.

Finalement, l'ouverture est essentielle aux concepts d'indépendance et d'impartialité. Sans ouverture, il est impossible de vérifier l'équité et l'intégrité d'un processus de prise de décision. Toutes les recherches empiriques sur l'arbitrage en matière d'investissement rencontrent ce problème. Actuellement, dans certains cas, nous ne savons pas qui a pris les décisions, quelles décisions ont été prises et quelles préoccupations politiques ont été soulevées. Cela alimente les préoccupations quant à l'iniquité, précisément parce que le processus est gardé secret.

### Commentaires sur Franck (2009)

La recherche empirique, en plus du raisonnement déductif et de l'analyse de la doctrine, peut contribuer à développer les connaissances relatives au droit de l'investissement et à ses institutions. Pourtant, les chercheurs empiriques doivent définir clairement les questions qu'ils examinent et connaître les limites et qualifications de leurs conclusions. Cela pourrait sembler évident, mais il est important de le souligner.

Différentes études se sont penchées sur les conclusions des arbitrages connus en matière d'investissement. Certains commentateurs se sont appuyés sur ces données pour formuler des critiques vis-à-vis de la performance réelle des arbitres. Toutefois, nombre de ces études n'examine pas des hypothèses spécifiques de distorsion, ou se présente comme une littérature concernant les aspects institutionnels de l'indépendance juridictionnelle. Les études existantes présentent également d'importantes contraintes méthodologiques et se basent sur des hypothèses qui affectent

lourdement les résultats<sup>2</sup>. En tant que tel, il faut être très prudent en utilisant ces études pour tirer des conclusions sur le comportement réel des arbitres.

Quelques rares études ont cherché à analyser des hypothèses spécifiques d'éventuelles distorsions de la part des arbitres en matière d'investissement. Elles se sont concentrées sur la distorsion réelle (en général au niveau systémique) plutôt que sur les raisons expliquant cette perception de distorsion. L'étude de Franck est certainement la plus éminente<sup>3</sup>.

### Aperçu de l'étude

Dans son étude, le Professeur Franck a examiné les facteurs individuels pouvant générer une distorsion réelle dans l'arbitrage en matière d'investissement. Ces facteurs incluent d'éventuels préjugés des arbitres liés à leur nationalité et/ou aux caractéristiques de l'État défendeur. Ces deux facteurs ont été regroupés selon le « statut de développement » des arbitres, en fonction de leur nationalité et des pays défendeurs, puis comparés aux conclusions des cas spécifiques.

L'hypothèse de Franck était que le statut de développement n'affecterait pas les conclusions et « que les arbitres étaient capables de prendre des décisions de manière neutre sur la base des faits et du droit »<sup>4</sup>. L'étude n'a testé que la première partie de l'hypothèse, même si elle visait initialement à offrir une base permettant de discuter la deuxième.

Pour tester son hypothèse, Franck a analysé 52 cas fondés sur des traités et dont l'information avait été rendue publique. Elle a appliqué deux métriques pour classer le statut de développement des arbitres-présidents et des États défendeurs. La première métrique était l'appartenance ou non à l'OCDE. Les arbitres et États ont été qualifiés de « développés » s'ils étaient membres (ou leur pays de nationalité) de l'OCDE et de « en développement » s'ils n'étaient pas membres. Ensuite, l'étude classifiait les arbitres et les pays selon le système de classement des revenus de la Banque mondiale<sup>5</sup>.

Sur la base de cette analyse, l'étude n'a pas découvert de variations significatives entre les conclusions liées au statut de développement des arbitres-présidents et des États défendeurs. À son tour, Franck a tiré des conclusions audacieuses quant à l'intégrité et l'équité des arbitrages en matière d'investissement.

La présentation de sa méthodologie est louable pour sa clarté et sa transparence. Toutefois, son étude présente des limites, et dans certains cas, d'importantes failles. Mais plus important encore, Franck a exagéré ou mal interprété des conclusions clés. Voici quelques exemples tirés du texte principal, de la conclusion ou du résumé de l'étude.

Dans le texte principal concernant les résultats de la comparaison du statut de développement selon la variable gagnant/perdant, il est indiqué que l'étude « offre un solide argument en faveur de l'intégrité de la procédure d'arbitrage en matière d'investissement »<sup>6</sup>.

Dans le texte principal concernant la comparaison du statut de développement aux conclusions sur le montant des dommages et intérêts, il est indiqué que « l'absence d'effet sur le statut de développement du défendeur est en fort contraste avec les affirmations selon lesquelles l'arbitrage en matière d'investissement privilégie de manière injuste le monde développé au détriment du monde en développement »<sup>7</sup>.

La conclusion de l'étude indique :

« Le fait que la conclusion de l'arbitrage ne soit pas liée au statut de développement de l'arbitre ou du défendeur peut servir de base à un optimisme prudent. Cela prouve l'intégrité de l'arbitrage et remet en doute l'argument selon lequel les arbitres de pays développés arrivent à des résultats biaisés ou que le statut de développement des États défendeurs a une influence sur ces résultats. Cela suggère qu'une restructuration structurelle majeure n'est pas forcément nécessaire parce qu'il n'est pas certain que l'arbitrage soit naturellement prédisposé à une conclusion particulière »<sup>8</sup>.

Le résumé de l'étude indique :

« Les résultats démontrent que, au niveau macro, le statut de développement n'a pas de relation statistiquement significative avec la conclusion de l'arbitrage. Cela suggère que le système d'arbitrage sur le fondement des traités d'investissement, dans son ensemble, fonctionne de manière juste et que l'éradication ou la réforme profonde de celui-ci n'est pas nécessaire »<sup>9</sup>.

Pour les raisons mentionnées, ces déclarations sont exagérées ou inadéquates, à des degrés divers.

### Limites de la métrique OCDE

Une première limite de l'étude est liée à l'utilisation de la métrique OCDE. Selon l'équation membre OCDE / non-membre et statut de développement, les pays en transition ou les pays OCDE raisonnablement classifiés comme étant en développement ou en transition (le Mexique, la Turquie, les pays de l'ancien bloc de l'Est) seront probablement classifiés comme « développés ». Une mauvaise classification du statut de développement des arbitres ou des pays dans les données est donc possible.

Cette limitation ne serait pas très grave si elle était expliquée de manière claire et transparente par la chercheuse. Toutefois, Franck n'a pas identifié cette limite de la métrique OCDE dans son étude. Elle n'a pas non plus tenté d'indiquer si et comment les résultats pouvaient varier si les données étaient réparties de façon à distinguer les pays OCDE développés des pays OCDE en développement/en transition.

J'ai examiné les données de Franck afin de déterminer si la prise en compte de cet aspect de la métrique OCDE affectait les résultats. J'ai distingué le Mexique, la Corée du Sud et les pays de l'ancien bloc de l'Est des pays membres OCDE<sup>10</sup>. Cet examen a confirmé que cette limite de la métrique OCDE affectait les résultats de l'étude de manière significative, notamment :

Que dans 49 cas examinés par Franck en utilisant la métrique OCDE, les 36 arbitres-présidents citoyens d'un pays OCDE provenaient tous d'un pays OCDE développé. Ces arbitres venaient de 13 pays : Royaume-Uni (6 cas), Suède (5), Australie (4), Allemagne (4), États-Unis (4), Suisse (3), Canada (2), France (2), Espagne (2), Danemark (1), Grèce (1), Italie (1) et les Pays-Bas (1).

Que sur les 36 arbitres-présidents citoyens d'un pays OCDE développé, 10 avaient pris une décision contre un pays OCDE en transition ou développement (notamment 7 cas contre le Mexique, 2 contre la République Tchèque et 1 contre la Slovaquie).

Que sur les 13 tribunaux dont l'arbitre-président n'était pas citoyen d'un pays OCDE, 1 s'était prononcé contre un pays OCDE en développement (le Mexique).

Pour expliquer l'hétérogénéité de la variable membre/non-membre OCDE, 10 cas aurait dû être classifiés comme des arbitrages développé/en développement ou développé/en transition, plutôt que comme développé/développé. En outre, 1 cas aurait dû être classifié comme en développement/en développement plutôt que comme arbitrage opposant un pays en développement à un pays développé.

Ainsi, dans l'étude de Franck, 11 des 49 cas ont été mal classifiés. En outre, pour expliquer davantage l'hétérogénéité de la variable membre/non-membre OCDE, les données de Franck montrent que le ratio développé-pays défendeur en développement a chuté de manière spectaculaire de 18 à 31 à un ratio de 7 à 42.

Les limites de la métrique OCDE ne sont pas l'essentiel ici. Le principal problème est le manque de transparence concernant une limite de la méthodologie qui remet en cause la validité et la fiabilité de l'étude. Comme mentionné, la métrique OCDE aurait entraîné la mauvaise classification d'environ 22 % des cas. Mais l'étude ne met pas cette préoccupation en avant pour en informer le lecteur ou ne tente pas d'examiner son impact sur les résultats<sup>11</sup>.

### Transformation de la métrique Banque mondiale

Une deuxième limite concerne la métrique de classification des revenus de la Banque mondiale que Franck a utilisée pour déterminer le statut de développement. La limite provient d'un manque de données.

Franck a tenté de comparer les niveaux de revenus du pays national de l'arbitre-président aux niveaux de revenus de l'État défendeur. Aussi, 16 catégories devaient être complétées afin de tester l'hypothèse et d'utiliser le niveau 4 de la métrique de la Banque mondiale. Toutefois, Franck ne disposait pas de suffisamment de données pour faire cela. D'abord, aucun cas n'avait été présidé par un arbitre provenant d'un pays à faibles revenus ; en outre, 4 des 16 catégories de l'analyse de Franck étaient vides. Ensuite, seul 1 cas avait été présidé par un arbitre d'un pays à revenus moyens-faibles.

Pour palier au manque de données, Franck a transformé le tableau de 16 catégories en un tableau de 8 catégories<sup>12</sup>. Aussi, tous les cas présidés par un arbitre d'un pays développé impliquaient des arbitres de pays à revenus moyens-élevés, sauf 1.

Franck a été claire quant à la nécessité de transformer la métrique de la Banque mondiale. Cela permet au lecteur de voir que la métrique de la Banque mondiale ne disposait pas de suffisamment de données.

D'autre part, les limites des métriques de la Banque mondiale et OCDE soulignent que l'étude ne s'est penchée que sur certains aspects limités d'une éventuelle distorsion des arbitrages en matière d'investissement, en oubliant l'équité et l'indépendance. Pour être plus précis, l'étude s'est basée sur un ensemble de données limité pour tester la relation entre la nationalité des arbitres ou des pays et les résultats spécifiques. Quelques soient ses conclusions, l'étude n'offre pas d'argument clair pour ou contre l'intégrité des procédures du système et ne peut pas conclure à un "fonctionnement juste" du système. De plus amples informations impliquant un large éventail de facteurs seraient nécessaires pour prétendre cela.

### Manque de données et marge d'erreurs correspondante

L'une des principales limites de l'étude est commune aux travaux empiriques sur l'arbitrage en matière d'investissement. Il s'agit du manque de données, qui conduit par conséquent à questionner la fiabilité de l'étude.

Dans ce cas, le manque de données ne permet pas de tirer des conclusions confirmant ou infirmant l'hypothèse de Franck, à savoir que le statut de développement n'affecte pas le résultat de l'arbitrage<sup>13</sup>. En effet, la seule conclusion sûre de l'étude de Franck est qu'il n'y avait pas suffisamment de données pour tester son hypothèse avec un niveau acceptable de fiabilité. Ce manque de fiabilité affecte les quatre métriques utilisées dans l'étude.

Pour étudier une relation hypothétique (ou absence de relation) entre des variables, il faut suffisamment de données afin de supprimer tout risque significatif que des relations apparentes ne soient dues au hasard. Franck a calculé le nombre total de sentences à étudier pour générer des résultats statistiquement significatifs (des résultats qui comportent une marge d'erreur de 20 %). En fonction de la métrique et de l'effet standardisé des résultats, entre 382 et 781 sanctions étaient nécessaires pour la plupart des comparaisons de Franck<sup>14</sup>. Pourtant, les échantillons utilisés comportent entre 47 et 49 cas.

La marge d'erreur des résultats de Franck est donc passée de 40 à 80 % (l'erreur de Type II, en référence au risque de faux négatif). Par conséquent, il n'y avait pas suffisamment de preuves en faveur de la présence ou de l'absence de relation statistiquement significative entre le statut de développement et le résultat de l'arbitrage. Toute conclusion au-delà de ce point, sur la base de ces résultats, manque de fiabilité du fait d'un fort risque d'erreur.

Franck aurait dû être rigoureuse et transparente à propos de ces calculs sur la marge d'erreur et indiquer les limites correspondantes. Mais ces questions n'ont été traitées que dans quelques pieds de pages et, dans certains cas, de manière superficielle dans le texte principal<sup>15</sup>. En outre, Franck n'a pas mentionné la forte marge d'erreur sous-jacente formulée dans les critiques précédentes.

Plus important encore, l'étude se base sur un risque d'erreur associé à une relation hypothétique entre le statut de développement et les conclusions de l'arbitrage afin de démontrer

qu'il n'existe en fait aucune relation entre le statut de développement et les conclusions de l'arbitrage<sup>16</sup>. Celles-ci ne découlent pas nécessairement du statut de développement. La conclusion la plus appropriée à tirer est que les données sont insuffisantes pour tester l'hypothèse selon laquelle le statut de développement n'affecte pas les conclusions de l'arbitrage.

Pour ces raisons, les résultats de Franck n'établissent pas que « le statut de développement n'a pas de relation statistiquement significative avec les conclusions de l'arbitrage », comme cela a par exemple été affirmé. Il se peut que le statut de développement affecte les conclusions de l'arbitrage, mais l'étude de Franck ne le démontre pas de manière suffisamment fiable. De la même manière, et compte tenu de la forte marge d'erreur, Franck aurait dû s'abstenir d'affirmer que « les conclusions de l'arbitrage ne sont pas liées au statut de développement de l'arbitre ou du défendeur ».

### Absence d'explications alternatives

Dans les recherches empiriques, les résultats peuvent s'expliquer de nombreuses façons possibles. Il est important pour un chercheur de démontrer clairement l'existence de telles alternatives et d'éviter de donner trop de crédit à une ou quelques explications possibles.

Cependant, Franck n'a avancé qu'un nombre limité d'explications pour ses résultats – comme la perspective que le système fonctionne de manière juste – tout en en négligeant d'autres. Une explication alternative par exemple est que les arbitres ne se décident pas en fonction de leur nationalité, mais plutôt en fonction de leur appartenance à une culture commune ou à un secteur économique. Une autre explication est que les faits des litiges impliquant certains types de pays sont plus favorables aux investisseurs que les faits des litiges impliquant d'autres pays, et que des différences factuelles expliquent les différentes conclusions.

Même en supposant que ces résultats sont fiables, compte tenu des explications alternatives, Franck était trop ambitieuse en tirant des conclusions sur « l'intégrité de l'arbitrage », sur le « fonctionnement juste » du système ou non, ou sur la nécessité d'une « réforme structurelle profonde ». Un large éventail de préoccupations institutionnelles et individuelles concernant une éventuelle distorsion n'a tout simplement pas été testé par l'étude.

### Conclusions

Ces questions et préoccupations ne remettent pas en cause la méthode empirique en elle-même, mais plutôt la manière dont cette méthode a été utilisée dans l'étude de Franck. Nombre de limitations de l'étude aurait pu être évité avec plus de transparence et de précaution de la part de la chercheuse dans l'affirmation de ses conclusions.

Le problème fondamental est la manière dont Franck a obtenu et présenté ses conclusions. Les principaux problèmes sont :

d'affirmer que le manque de preuves fiables concernant un lien entre nationalité et conclusion de l'arbitrage démontre l'absence d'un tel lien,

le défaut de reconnaissance claire que le manque de données ne permet pas de tester de manière fiable l'hypothèse de l'étude, et

le défaut de présentation d'explications alternatives pour les résultats.

Cette discussion souligne l'importance pour un chercheur de présenter des résultats et conclusions avec exactitude et prudence. Dans le cas contraire, il y a un risque pour les législateurs de reprendre une étude à des fins non étayées par la recherche, comme c'est le cas du travail de Franck<sup>17</sup>.

Avant tout, ce serait une erreur de se baser sur des méthodes quantitatives pour traiter les distorsions perçues dans les processus juridictionnels. À moins qu'un des arbitres ne le reconnaisse, il n'est pas possible de démontrer de manière définitive si des facteurs inappropriés ont affecté ou non une décision ou une sentence particulière. Ceci explique pourquoi il est essentiel pour une structure juridictionnelle institutionnalisée de dissiper les inquiétudes concernant les intérêts financiers ou professionnels des juges, que ces facteurs aient affecté ou non la décision. La priorité n'est pas de chercher une preuve ou une absence de preuve définitive d'une

distorsion actuelle mais plutôt d'anticiper et de traiter les doutes entraînant une perception raisonnable de distorsion. Au niveau institutionnel, cela exige l'incorporation des garanties bien connues de l'indépendance judiciaire afin de gagner la confiance du public quant à l'équité du jugement.

### Notes

1 S.D. Franck, « Développements et conclusions de l'arbitrage sur le fondement des traités d'investissement » (2009) 50 Harvard International Law Journal 435. Un contexte méthodologique pour cette étude se trouve dans S.D. Franck, « Evaluation empirique des réclamations contre l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement » (2007) 80 North Carolina Law Review 1.

2 Ceci est particulièrement vrai pour les arbitrages menés dans des fora privés tels que la Chambre de commerce internationale.

3 Par exemple, les données concernant les conclusions proviennent généralement du CIRDI, du fait de l'ouverture relative des procédures CIRDI – et pourraient ne donner que très peu d'indications, voire aucune, sur ce qui se fait dans d'autres fora. En outre, les données relatives aux conclusions comme mesure de la performance réelle peuvent s'expliquer de nombreuses autres manières, telles que les écarts dans la force de la réclamation des parties, la diversité des situations et des faits, le possible gonflement des sommes réclamées par le défendeur, les différences de procédures d'un forum à l'autre, les différents niveaux d'expérience et de motivation au sein des arbitres, et différentes influences politiques des États et des acteurs privés. Les données existantes sur les conclusions ne reprennent pas certains aspects des décisions du tribunal, tels que l'interprétation du droit, qui peuvent trahir une certaine distorsion, indépendamment du résultat. Il est également très difficile, voire impossible, d'identifier des conclusions « appropriées » ou « justes » auxquelles comparer les conclusions réelles. Finalement, les données cumulatives sur les conclusions n'expliquent pas si celles-ci ont été influencées par des facteurs inappropriés. En tant que tel, il restera toujours de la place pour une distorsion en faveur de l'investisseur ou de l'État du fait de structures institutionnelles inadéquates. Cette préoccupation devrait être traitée par les garanties institutionnelles d'indépendance.

4 Franck (2009), voir note 1.

5 Franck (2009), voir note 1, p. 454.

6 Le système de classement des revenus de la Banque mondiale classe les pays en quatre catégories selon leur Revenu national brut par habitant : revenus élevés, revenus moyens-élevés, revenus moyens-faibles, revenus faibles. Dans sa classification des conclusions, Franck a caractérisé de gagnante une sentence n'incluant aucun dommage et intérêts réclamés à l'État défendeur. Les sentences incluant des dommages et intérêts supérieurs à zéro étaient caractérisées de perdante. Ensuite, Franck a évalué les conclusions en fonction des montants alloués en cas de victoire du demandeur. Compte tenu des limites des données disponibles, l'échantillon de Franck concernait les conclusions de 49 cas pour la métrique OCDE et de 47 ou 49 cas (selon que la mesure était basée sur la variable gagnant/perdant ou sur le montant total accordé) pour la métrique de la Banque mondiale.

7 Franck (2009), voir note 1, p. 464.

8 Franck (2009), voir note 1, p. 470..

9 Franck (2009), voir note 1, p. 487..

10 Franck (2009), voir note 1, p. 435.

11 J'ai examiné la liste des déhésions à l'OCDE en 2009, l'année de publication de l'étude de Franck. Ainsi, le Chili, Israël et la Slovaquie – qui ont rejoint l'OCDE en 2010 – étaient classifiés comme pays non-membres de l'OCDE pour pouvoir effectuer la révision des données de Franck.

12 Il est à noter que cette critique concernant la métrique OCDE a été rapportée au Professeur Franck avant la publication de son étude 2009, voir note 1. D'autres critiques présentées dans cet article n'ont été rapportées qu'après la publication de l'étude.

13 Franck (2009), voir note 1, p. 459.

14 Franck (2009), voir note 1, p. 454.

15 Franck (2009), voir note 1, p. 461-70.

16 Franck (2009), voir note 1, p. 461-70.

17 Franck (2009), voir note 1, p. 460-62.

18 Voir la déclaration distincte d'un membre du comité de révision du TBI modèle des États-Unis, Mark Kantor, qui a cité la conclusion de Franck sur le statut de développement et le résultat de l'arbitrage pour soutenir sa position contre la réforme du TBI modèle des États-Unis. Rapport du comité consultatif sur la politique économique internationale concernant le traité bilatéral d'investissement modèle, États-Unis, 30 septembre 2009, Annexe B (Opinions spécifiques des membres du sous-comité), déclaration de Mark Kantor, p. 28-9.

# Une soif mondiale : L'eau attire la nouvelle vague d'investissement étranger dans les terres arables

Carin Smaller

C'est maintenant un fait avéré : une nouvelle vague d'investissement étranger s'oriente vers les terres arables, principalement en Afrique. Une multitude de rapports des médias et une série d'études menées par la Banque mondiale, l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), le Fonds international pour le développement de l'agriculture (FIDA), la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED) ont confirmé l'ampleur et les conséquences de ce nouvel afflux d'investissement étranger. Le rapport de la Banque mondiale – de loin le plus exhaustif – indique que les accords déclarés représentaient 45 millions d'hectares pour la seule année 2009<sup>1</sup>. Et ceci comparé au taux moyen d'extension des terres agricoles de 4 millions d'hectares par an entre 1998 et 2008. Les quatre principaux pays visés par les investisseurs sont le Soudan (4 millions d'hectares), le Mozambique (2,7 millions d'hectares), le Libéria (1,6 millions d'hectares) et l'Éthiopie (1,3 millions d'hectares).

Après des décennies de négligence, les zones rurales et le secteur agricole ont désespérément besoin d'investissements. Toutefois, tous les investissements étrangers ne contribuent pas au développement ou ne créent pas nécessairement des emplois. En fait, le rapport de la Banque mondiale conclut que les investisseurs visent des pays ayant une mauvaise gouvernance des terres, provoquant ainsi des transferts de terres souvent au détriment des droits fonciers existants. Tous les rapports font état d'une culture du secret selon laquelle les communautés, voire même les représentants du gouvernement, ne sont pas consultés ou informés des transactions concernant les terres jusqu'à ce qu'elles soient finalisées. La Banque mondiale indique également que les projets d'investissement ne parviennent pas à générer des emplois.

Cette nouvelle vague d'investissement s'explique principalement par l'eau. Les États disposant de peu ou pas de ressources en eau cherchent à externaliser leur utilisation en eau en exploitant des cultures à l'étranger, et les investisseurs privés profitent de ces opportunités. Lors d'une conférence récente pour les investisseurs<sup>2</sup>, tenue à Genève, l'eau figurait comme l'une des principales questions à l'ordre du jour. Neil Crowder de Chayton Africa, un fonds d'investissement, a affirmé : « la valeur de l'Afrique n'est pas sa terre. L'eau est le principal élément que nous recherchons à travers nos investissements ». Judson Hill, de NGP Global Adaptation Co, un fonds d'actions privé, a déclaré : « quand un pays importe une tonne de blé, il économise environ 1 300 mètres cubes d'eau ».

Dans un article paru dans le journal Foreign Policy, le président et ancien PDG de Nestlé, Peter Brabeck-Letmathe, appelle ce phénomène « le grand accaparement de l'eau ». Il a écrit : « Les acquisitions concernaient l'eau et non pas la terre. Car de la terre naît le droit de prendre l'eau qui s'y trouve, une prime qui pourrait être la partie la plus importante des accords conclus dans la plupart des pays »<sup>3</sup>.

La déclaration de Nestlé reprend l'essentiel du problème : Ces « accaparements de terres » sont en réalité des « accaparements de l'eau ». Pourquoi cela ? Tout d'abord, parce que les pays investissant dans les terres arables sont fortement préoccupés par la raréfaction de l'eau sur leur territoire national résultant de la production agricole. Deuxièmement, et plus important encore, parce que le régime actuel mondial des traités d'investissement et les contrats conclus avec les gouvernements d'accueil offrent aux investisseurs étrangers la garantie légale nécessaire à la protection et à la concrétisation de leur investissement (et à la poursuite des États devant des tribunaux arbitraux s'ils ne respectent pas leurs engagements). Pourtant, dans de nombreux pays connaissant un afflux d'investissement étranger dans l'agriculture, cette protection offerte aux investisseurs n'est pas compensée par des réglementations nationales adéquates visant la protection des terres et des droits d'accès à l'eau des citoyens. En matière d'agriculture, la terre n'est qu'un petit élément de l'équation. L'eau est le principal élément permettant la concrétisation des investissements dans l'agriculture. Sans eau, les terres n'ont absolument aucune valeur pour les investisseurs.

## Tenir compte de l'eau

L'agriculture est de loin l'activité humaine la plus consommatrice d'eau. Près de 70 % de l'eau douce propre à la consommation humaine est utilisée pour l'agriculture. Au cours du siècle dernier, si la population mondiale a triplé, l'utilisation de l'eau s'est accrue de plus de deux fois ce taux.

La production croissante d'agro-carburants représente une importante pression sur les ressources en eau. En 2008, plus d'un tiers de la production de maïs (l'une des cultures les plus gourmandes en eau) des États-Unis a été utilisée pour produire de l'éthanol et environ la moitié des huiles végétales produites dans l'Union européenne était utilisée pour le biodiesel<sup>4</sup>.

Un nombre croissant de régions connaît des pénuries chroniques d'eau. On estime que d'ici à 2025, 1,8 milliards de personnes vivront dans des pays ou régions souffrant de rareté de l'eau, et deux-tiers de la population mondiale pourrait être en situation de stress hydrique. Le changement climatique explique à lui seul 20 % de l'augmentation mondiale de la rareté de l'eau.

Selon la FAO, les pénuries d'eau sont aujourd'hui le principal problème pour l'agriculture chinoise, et pourraient affecter 36 % de la production chinoise de graines<sup>5</sup>. L'Arabie Saoudite épuise rapidement ses réserves non-renouvelables en eau, alors même qu'elle importe 70 % de ses besoins en nourriture. Même en Europe, pourtant considérée comme disposant de ressources adéquates en eau, la rareté de l'eau et les sécheresses sont plus nombreuses et étendues<sup>6</sup>.

## Investir dans l'eau à l'étranger

Il n'est donc pas surprenant de trouver une forte corrélation entre les pays qui cherchent à préserver leurs ressources nationales en eau et les investisseurs qui louent des terres agricoles à l'étranger, notamment des investisseurs privés ou étatiques des États-Unis, de l'Union européenne, du Japon, des pays du Golfe, de Chine, d'Inde et de Corée.

Par exemple, un fonds de pension basé aux États-Unis, TIAA-CREF, a alloué 2 milliards USD pour les investissements dans les terres arables<sup>7</sup>. La compagnie de gestion du patrimoine Duxton, basée à Singapour, a investi 330 millions USD. La compagnie Agrifirma Brazil, basée à Londres, a investi 179 millions USD<sup>8</sup>. En janvier 2009, l'Arabie Saoudite a lancé l'initiative pour l'agriculture du Roi Abdullah – un fonds d'investissement soutenu par le gouvernement et doté de 800 millions USD – afin d'aider les entreprises saoudiennes à investir dans des projets agricoles<sup>9</sup>. Le ministère saoudien de l'agriculture, Fahad Abdul-Rahman Balghunaim, a déclaré : « Le pays donne maintenant la priorité à la sécurité hydrique plutôt qu'à la sécurité alimentaire... il s'agit d'une décision du cabinet, qui nous a également conduit à cesser de produire du blé dans le pays »<sup>10</sup>.

L'Afrique dispose-t-elle d'abondantes ressources en eau ? Les deux-tiers des accords fonciers déclarés concernent le continent africain, car celui-ci est perçu comme une terre fertile, où les ressources naturelles et en eau sont abondantes. Selon la FAO, l'Afrique n'utiliserait que 5,5 % de ses ressources renouvelables en eau, et seulement 2 % de ses ressources en eau douce pour l'irrigation. La FAO estime que le continent pourrait potentiellement irriguer plus de 42,5 millions d'hectares de terres.

Pourtant si certaines zones d'Afrique disposent d'importantes ressources en eau, plus de 300 millions de personnes (sur les 800 millions au total) vivent dans un environnement pauvre en eau<sup>11</sup>. Seuls 64 % de la population ont accès à l'approvisionnement en eau, ce qui représente le taux le plus bas du monde. La situation est encore plus grave dans les zones rurales où l'accès à l'eau n'est que de 50 %, contre 86 % dans les zones urbaines<sup>12</sup>. Certains fermiers ne cultivent qu'un ou deux types de cultures et risquent la famine si les pluies ne sont pas suffisamment abondantes. Les projections du changement climatique montrent que d'ici à 2050, le continent africain fera face à une réduction des pluies, une augmentation rapide de l'érosion de son sol et une désertification accrue.

Les gouvernements africains tentent de faire face à cette crise, mais la nouvelle vague d'investissement étranger pourrait bien saper leurs efforts<sup>13</sup>.

**Les conséquences du droit international de l'investissement**

L'ampleur et la nature de la vague actuelle d'investissement accru les effets potentiels du passage des droits des acteurs nationaux aux acteurs étrangers, et pourrait affecter l'accès des communautés à la terre et à l'eau. Ceci s'explique par la définition actuelle du droit national et international de l'investissement. Dans de nombreux pays attirant les investissements dans les terres arables, le droit national foncier et en matière d'accès à l'eau est inexistant, insuffisant ou flou. D'autre part, le droit international de l'investissement offre une forte protection contractuelle aux investisseurs étrangers. Dans cette situation, les anciens utilisateurs des terres et de l'eau pourraient n'avoir aucun recours légal, tandis que les investisseurs étrangers pourront se reposer sur des droits contractuels, applicables dans le cadre d'un mécanisme international de règlement des différends.

Certaines dispositions clés permettent aux investisseurs étrangers de garantir leurs droits à l'eau lors d'investissements dans les terres :

1. Les traités d'investissement incluent souvent une norme de **traitement juste et équitable**. Cette norme renferme le concept d' « attente légitime » garantissant à l'investisseur non seulement son droit d'investir mais également son droit à y établir ses opérations, par exemple pomper de l'eau à des fins agricoles. Cette norme du droit international offre aux investisseurs étrangers un droit garanti, même s'il est en conflit avec les besoins locaux en eau, actuels ou à venir.
2. Les traités d'investissement incluent une **norme interdisant l'expropriation sans compensation**. La question de la compensation est opaque lorsque que certains droits relatifs à la gestion de l'entreprise sont réduits sans être complètement retirés. Il s'agit d'une situation prévisible pour les investissements dans les terres arables, investissements qui dépendent tous de la disponibilité de l'eau, et qui concernent, pour beaucoup, des baux de 50 à 99 ans. Si les ressources en eau se réduisent à un niveau inférieur aux besoins de l'investissement, le pays d'accueil aura une marge de manœuvre limitée et la compensation qu'il devra offrir n'est pas prévisible. Toutefois, si l'eau disponible est suffisante, mais le volume alloué à l'investisseur est réduit pour satisfaire les besoins des autres utilisateurs, ceci pourrait être considéré par un tribunal comme une expropriation des droits relatif à un investissement<sup>14</sup>.
3. Les traités d'investissement peuvent inclure des **droits préalables à l'établissement** (ou des engagements de libéralisation), ce qui signifie que les investisseurs étrangers doivent être traités de la même manière que les investisseurs nationaux, et notamment avoir le droit d'acquérir des terres et d'accéder à l'eau dans les mêmes conditions.
4. Les contrats d'investissement conclus entre l'État et l'investisseur peuvent inclure une **clause de stabilisation**, qui permet à l'investisseur de ne pas respecter – ou de percevoir une compensation – les nouvelles réglementations lors de leur entrée en vigueur, comme par exemple des mesures environnementales visant à réduire la pollution ou à prévenir les excès de pesticides ou d'engrais.
5. Finalement, presque tous les traités actuels d'investissement incluent un **mécanisme de règlement des différends** permettant aux investisseurs étrangers d'attaquer les gouvernements si le moindre changement affecte de manière substantielle un investissement étranger autorisé et ses profits. Si les droits à l'eau sont garantis, le moindre changement de ces droits pourrait entraîner un arbitrage investisseur-État.

**Conclusion**

Si les gouvernements souhaitent utiliser leurs ressources naturelles pour atteindre un développement économique solide, il est essentiel de disposer de lois nationales fortes visant à protéger les droits fonciers, d'accès à l'eau, environnementaux et du travail. Les accords internationaux d'investissement protègent les droits et intérêts des investisseurs étrangers. Le droit national visant à protéger les droits et intérêts des citoyens et des communautés est donc essentiel afin d'assurer les mêmes règles du jeu pour tous.

Une approche souvent invoquée et visant à améliorer l'impact des accords d'investissement sur le développement du pays d'accueil consiste à inclure certaines conditions contraignant les investisseurs à contribuer, économiquement et socialement, aux communautés locales. Cela peut par exemple concerner l'embauche d'un certain nombre de travailleurs locaux, l'achat d'un certain pourcentage de composants locaux, la fourniture de transfert de technologie et de formation, la garantie de forfait minimum pour les contrats agricoles, la vente d'une partie de la production sur les marchés locaux, la construction d'écoles, de maisons et de centres médicaux, et d'autres conditions visant à garantir un impact positif au niveau local<sup>15</sup>.

Les accords avec les pays d'accueil devraient également prévoir la révision régulière du droit à l'eau ainsi que le volume alloué aux investisseurs afin de ne pas amoindrir l'accès à l'eau des citoyens. En outre, ces accords ne devraient pas saper la capacité du gouvernement d'accueil à adopter de nouvelles réglementations nationales en faveur de l'intérêt public, comme par exemple des contrôles de la pollution ou l'interdiction de certains produits dans le but de protéger la santé humaine.

Afin de bénéficier aux pays pauvres, les investissements étrangers doivent s'inscrire dans une stratégie plus large de développement incluant la gestion améliorée des ressources en eau. La vague actuelle d'investissement se fait en toute liberté et pourrait facilement amoindrir les objectifs de développement. Si les gouvernements parviennent à contrôler la frénésie actuelle des investisseurs pour l'injecter dans les stratégies de développement rural et agricole existantes, ils pourront transformer des décennies de négligence en moteur de croissance.

Finalement, les processus visant à évaluer la terre avant investissement doivent tenir compte de la valeur de l'eau. Il est inacceptable qu'une entreprise étrangère puisse, selon les propres mots de M. Brabeck-Letmathe, « essentiellement [recevoir] une prime qui pourrait être la partie la plus importante des accords », alors que les pays en développement cèdent la ressource la plus importante du monde.

**Auteurs**

Carin Smaller est conseillère à l'Institut international de développement durable (IIDD), spécialisée dans les questions liées à l'agriculture et à l'investissement. Elle est l'ancienne directrice du bureau de Genève de l'Institut pour la politique agricole et commerciale (IATP) où elle assistait les gouvernements des pays en développement dans les négociations OMC sur l'agriculture. Elle est diplômée en droit et en études de développement.

**Notes**

- 1 Banque mondiale, L'intérêt croissant pour les terres agricoles dans le monde peut-il générer des bénéfices équitables à long terme ? Banque mondiale, septembre 2010.
- 2 Global Aginvesting Europe 2010, 9 et 10 novembre à Genève, organisée par HighQuest Partners et Soyatech.
- 3 Peter Brabeck-Letmathe, The Next Big Thing: H2O (Le prochain enjeu : l'eau), Foreign Policy, 15 avril 2009.
- 4 3ème rapport mondial des Nations Unies sur la mise en valeur des ressources en eau, L'eau dans un monde qui change. Nations Unies, 16 mars 2009.
- 5 Déverrouiller le potentiel de l'eau en agriculture, FAO, 2003.
- 6 En 2007, au moins 11 % de la population européenne et 17 % du territoire avait été affecté par la rareté de l'eau. Entre 1976 et 2006, le nombre de personnes et de zones affectées par les sécheresses a augmenté de près de 20 %. Rareté de l'eau et sécheresses dans l'Union européenne, UE, août 2010.
- 7 Tom Sullivan, TIAA-CREF bets the farm (TIAA-CREF parie sur la ferme), 16 octobre 2010
- 8 Marcelo Ballve, Chinese Investors Look to Brazil for farmland. water (Les investisseurs chinois se tournent vers le Brésil pour y trouver des terres arables et de l'eau), 21 juillet 2010.
- 9 John Sfakianakis, Turki A. Al Hugail et Daliah Merzaban, Saudi Arabia Economics - Pressure on Prices (Pression sur les prix), Banque Saudi Fransi, août 2010.
- 10 Nadim Kawach, Arab food gap crosses \$180bn over past decade (Le déficit alimentaire arabe dépasse les 180 milliards USD au cours de la dernière décennie), Emirates Business, juin 2010.
- 11 L'eau en Afrique, Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA), 2006.
- 12 L'eau pour l'agriculture en Afrique, Conférence ministérielle sur l'eau pour l'agriculture et l'énergie en Afrique : les défis du changement climatique. Union africaine, décembre 2008.
- 13 En 2002, le Programme détaillé de développement de l'agriculture africaine (CAADP) du Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPDA) offrait un cadre pour l'investissement dans l'agriculture en Afrique, avec une mention spéciale pour le contrôle de l'eau. En 2003, les chefs d'Etats et de gouvernements de l'Union africaine se sont engagés, à Maputo, à allouer au moins 10 % de leurs ressources budgétaires nationales à l'agriculture et au développement rural. En 2004, la Déclaration de Sirte mettait l'accent sur la mise en œuvre d'un développement intégré et durable de l'agriculture et de l'eau en Afrique.
- 14 Carin Smaller et Howard Mann, Soif de terres lointaines : investissements étrangers dans les terres et l'eau agricoles. IISD, mai 2009
- 15 Ibid.

# Le Forum mondial de l'investissement 2010 de la CNUCED : les experts de haut niveau discutent des politiques de développement durable

James X. Zhan

## article 4

Organisé à Xiamen en Chine du 6 au 9 septembre dernier, le Forum mondial de l'investissement 2010 (WIF) a fait de la CNUCED le centre de gravité ouvert, universel, inclusif et de haut-niveau de l'élaboration du discours et de la politique sur l'investissement international. Huit événements et conférences de haut-niveau ont réuni plus de 1 800 participants de 120 pays et de 16 organisations internationales, parmi lesquels neuf chefs d'État, quatre responsables d'organisations internationales, 79 représentants ministériels et 116 entrepreneurs de haut-niveau. Des parties prenantes de tous horizons de la communauté de l'investissement se sont également réunies lors de cet événement, afin de discuter de la manière d'utiliser l'investissement international en faveur du développement durable.

### Investir dans le développement durable

Sur le thème général de « l'investissement dans le développement durable », 8 réunions lors du forum mondial de l'investissement 2010 ont permis aux experts de partager leurs expériences et de présenter leurs idées tournées vers le futur. Le deuxième WIF<sup>1</sup> a rassemblé des législateurs et des négociateurs du domaine des investissements, des agences de promotion des investissements, les principales parties prenantes des marchés financiers (par exemple des investisseurs, des courtiers et régulateurs), des législateurs du domaine de la finance et de la dette publique (notamment des représentants d'institutions financières multilatérales), ainsi que des universitaires, le secteur privé et la société civile dans son ensemble. En adoptant une approche globale incluant les nombreux aspects de la relation entre investissement et développement durable, les huit réunions du WIF ont examiné une perspective spécifique de l'investissement en faveur du développement durable.

Parmi les éminents orateurs de la cérémonie d'ouverture du WIF se trouvait le Secrétaire-Général des Nations Unies (par message vidéo), le Président de l'Islande, le Premier Ministre du Mozambique et le Vice-président chinois ; tous ont souligné le rôle important de l'investissement privé dans la lutte contre le réchauffement climatique, pour la promotion d'une reprise économique durable et pour la réalisation des Objectifs du millénaire pour le développement (OMD). Lors du Sommet des dirigeants mondiaux sur l'investissement, les chefs d'État et les Présidents-directeurs généraux (PDG) d'importantes entreprises internationales ont réaffirmé la nécessité d'utiliser l'investissement privé comme un moteur de croissance, soulignant son rôle essentiel dans la résolution des multiples crises alimentaire, énergétique et économique.

Les participants à la conférence tripartite de haut-niveau, qui a rassemblé des PDG, représentants gouvernementaux de haut-niveau et des responsables d'agences de promotion des investissements, se sont mis d'accord sur le rôle important de l'investissement dans la lutte contre le changement climatique, et sur la nécessité d'exploiter les opportunités associées. Les participants ont également souligné l'importance de politiques adéquates pour la création de marchés verts, de partenariats public-privé et la nécessité des pays en développement d'attirer les talents. L'événement sur Les marchés boursiers durables 2010 s'est centré sur la relation entre les principaux échanges et les cadres réglementaires qui les régissent vis-à-vis des questions environnementales, sociales et de gouvernance. Des régulateurs de haut-niveau des marchés boursiers, ainsi que certains cadres principaux des marchés boursiers et des PDG ont étudié la manière dont les marchés boursiers pouvaient coopérer avec les investisseurs, les régulateurs et les entreprises pour encourager des approches responsables de l'investissement à long-terme. La 8ème réunion du Conseil consultatif de la CNUCED sur les investissements internationaux s'est tenue sous le thème « Investir dans les pauvres (investissement durable et fiable pour l'allègement de la pauvreté), pour les pauvres (produits et services accessibles et abordables) et avec les pauvres (promotion de liens économiques avec les PME nationales) ». La Conférence sur les prêts et emprunts publics a examiné le premier projet d'une série de principes visant à promouvoir des prêts et emprunts publics responsables, et ont discuté de la manière de mettre en place un processus transparent et inclusif pour avancer dans ce domaine sous les auspices de la CNUCED.

### Politiques internationale et nationales en matière d'investissement

Dans le contexte plus large du WIF, la Table ronde ministérielle et la Conférence 2010 sur les Accords internationaux d'investissement (AII) se sont distinguées en traitant spécifiquement de la question des politiques internationale et nationales en matière d'investissement. La Table ronde ministérielle d'une demi-journée a réuni 26 représentants ministériels de haut niveau en charge de l'investissement et du développement, un chef d'État ainsi que le Dr. Supachai Panitchpakdi, le Secrétaire-général de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), et M. Pascal Lamy, le Directeur-général de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). La Conférence 2010 relative aux Accords internationaux d'investissement (AII) d'une journée a rassemblé quant à elle 223 experts en AII de 80 pays – et notamment six ministres et deux chefs d'organisations internationales. Cette importante participation et le caractère mondial des réunions soulignent le rôle de la CNUCED comme point focal des échanges intergouvernementaux sur les questions liées aux investissements et au développement durable.

Les discussions relatives à la politique d'investissement se sont concentrées sur différents domaines interdépendants : (i) comment accorder les politiques visant à attirer les investissements, et les politiques garantissant l'impact positif sur le développement durable de tels investissements (par ex. comment améliorer les interactions entre le régime d'investissements et d'autres domaines de la politique publique) ; (ii) comment renforcer la cohérence au sein du régime d'investissement (par ex. la cohérence entre les accords internationaux d'investissement et la cohérence entre les politiques internationales et nationales d'investissement<sup>2</sup>) ; (iii) comment traiter la question du règlement des différends investisseur-État (RDIE) ; et (iv) comment utiliser la coopération internationale pour faire face aux défis à venir ?

### Les interactions des accords internationaux d'investissement avec les autres organes législatifs

Attirer l'investissement n'est pas une fin en soi, mais un moyen d'atteindre le développement durable. Au cours de la Table ronde ministérielle, les orateurs n'ont pas seulement partagé des expériences et meilleures pratiques concernant les efforts entrepris par leur pays pour attirer l'investissement étranger et les bénéfices qu'ils espèrent pouvoir en retirer. Les ministres se sont également mis d'accord sur des politiques d'investissement devant être développées en coordination avec d'autres politiques importantes afin d'obtenir un impact positif pour le développement. Cela comprend les politiques garantissant des aides pour les groupes pauvres et marginalisés de la société ; les politiques sociales, sanitaires et d'éducation ; les politiques de marché du travail et de l'emploi ; les politiques industrielles ; les politiques environnementales ; les normes sanitaires et en matière d'emploi ; les politiques relatives aux sciences et technologies ; les initiatives en matière de responsabilité sociale des entreprises et les politiques en matière de concurrence. Une coordination efficace entre les ministres nationaux en charge de ces domaines est donc nécessaire. La clé du succès consiste à trouver le bon équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs et ceux des États d'accueil. Dans ce contexte, des institutions fortes et des ressources humaines compétentes sont fondamentales.

La politique internationale d'investissement ne peut pas être examinée de manière isolée. La plupart des défis actuels concernent le monde entier, et impliquent une variété de régimes légaux et politiques qui interagissent et se chevauchent. Le changement climatique, les cadres légaux relatifs à l'environnement, la sécurité nationale, les finances, le commerce et les droits humains interagissent chaque fois plus avec un régime international d'investissement qui renforce l'importance des préoccupations de politique publique. De nombreux AII incluent déjà des dispositions concrètes relatives à l'environnement et au changement climatique (voir le Rapport mondial 2010 sur l'investissement de la CNUCED<sup>3</sup>), à la santé, aux normes de sécurité et de travail, et aux questions

financières. Parallèlement, la prévisibilité, la stabilité et la crédibilité des régimes légaux et politiques pertinents sont pris en considération par les investisseurs dans leurs recherches de destinations attractives.

Lors de la Conférence All, les participants ont discuté des principaux défis liés à la marge de manœuvre des gouvernements pour adopter des législations en faveur de l'intérêt public et soutenant les priorités nationales de développement. Que ce soit justifié ou non, les investisseurs peuvent poursuivre les États et exiger une compensation pour violation de la norme de traitement juste et équitable ou pour expropriation indirecte, résultantes de telles législations. En conséquence, les États sont chaque fois plus nombreux à adopter des politiques visant à contrer ces risques et à protéger l'intérêt public.

### Élaborer les All avec soin afin de garantir une marge de manœuvre politique adéquate

Les gouvernements ont à leur disposition de nombreux outils visant à contrer les préoccupations concernant l'impact potentiellement défavorable des politiques d'investissement sur les intérêts publics légitimes. Parmi les approches discutées, on trouve l'exclusion de secteurs ou politiques spécifiques de la libéralisation dans un All ou d'engagements préalables à l'établissement, et l'inclusion d'exceptions générales (ou spécifiques à des questions). Le processus de libéralisation des investissements en lui-même requiert parfois des mécanismes d'ajustement et nécessite d'adopter un rythme et un enchaînement des politiques économiques, fiscales et autres, adaptés aux conditions économiques et de développement. Les contrôles temporaires et les exceptions pour « état de nécessité » sont également de plus en plus fréquents dans les All afin de prévenir des situations de forte tension pour la société, l'économie, le système financier ou la sécurité nationale.

### Qu'en est-il du protectionnisme ?

Selon les experts, l'inclusion de telles garanties et exceptions est légitime et fortement recommandée, mais elles doivent être utilisées avec soin et ne pas équivaloir à du protectionnisme contre l'investissement. La menace du protectionnisme contre l'investissement a également été traitée lors de la Table ronde ministérielle, où les ministres ont remarqué que jusqu'à présent, les pays ont largement résisté aux pressions protectionnistes – une déclaration conforme aux conclusions du travail de la CNUCED sur les politiques internationales et nationales d'investissement. Le rapport le plus récent de la CNUCED relatif aux mesures relatives à l'investissement des pays du G20 (préparé conjointement avec l'OCDE) et présenté lors du sommet du G20 à Séoul, en Corée du Sud, conclut que les pays du G20 ont largement continué de résister aux pressions protectionnistes et que la majorité des nouvelles mesures relatives aux investissements visaient à faciliter et encourager les flux d'investissement<sup>5</sup>. Lors de la Table ronde ministérielle, il a été noté que des bénéfices tangibles pour le développement et provenant de l'investissement étranger pouvaient permettre de surmonter les demandes protectionnistes au niveau national.

### Les défis du règlement des différends investisseur-État

La Table ronde ministérielle et la Conférence All se sont tout particulièrement concentrées sur les défis liés au règlement des différends investisseur-État (RDIE), dont le nombre croissant de cas et les interprétations larges des clauses relatives à la protection des investissements provoquent un mal-être grandissant quant à l'équilibre entre les droits et obligations des investisseurs et ceux des États. Des préoccupations se sont fait entendre concernant le RDIE dans sa forme actuelle, notamment du fait de son manque de prévisibilité, de légitimité et de transparence, ainsi que du fait des jurisprudences incohérentes et du fort accent mis sur le litige dans l'arbitrage international. Lors de la Table ronde ministérielle, le régime de RDIE a été comparé au régime de règlement des conflits commerciaux de l'OMC. Le fait que les investisseurs puissent attirer des États souverains dans un arbitrage international a été jugé comme nécessitant prudence et réflexion au moment de l'utiliser.

Lors de la Conférence All, les participants ont suggéré de redéfinir la prévisibilité, la cohérence et la stabilité du système de RDIE grâce à l'implication des comités d'annulation ou du système d'appel. Différentes approches sont actuellement suivies pour améliorer le système, comme par exemple des modifications des règles de la procédure, la prise en compte de moyens moins controversés de règlement des différends, et des efforts visant à prévenir et éviter les litiges<sup>6</sup>. Au cours des deux réunions, il a été demandé de renforcer les mécanismes visant à prévenir et éviter les litiges, et de tenir davantage compte des techniques alternatives de règlement des différends (par ex. la conciliation ou la médiation) dans le contexte des différends internationaux en matière d'investissement. Les ministres nationaux doivent également mettre en place des procédures administratives adéquates, et se coordonner pour la gestion et la prévention des différends investisseur-État.

### La coopération internationale

Les défis actuels auxquels fait face le régime international d'investissement demande une coopération internationale renforcée. En outre, les défis actuels les plus complexes de la politique publique – notamment la sécurité alimentaire, le changement climatique, la crise économique et la pauvreté – sont mondiaux et ne pourront être résolus que conjointement. Si l'investissement international joue un rôle clé dans leur résolution, la coopération internationale sur les questions d'investissement semble être encore plus nécessaire.

La coopération internationale peut prendre différentes formes, du partage des expériences et des meilleures pratiques, au renforcement des compétences et de la coopération, aux consensus intergouvernementaux vers une vision mondiale partagée des investissements, et une jurisprudence internationale plus cohérente.

Lors du WIF, les ministres ont reconnu l'intérêt de discuter des questions de l'investissement de manière conjointe afin d'utiliser l'investissement pour le développement durable et d'obtenir des résultats concrets. En plus de la recherche, de l'analyse politique, et des activités de renforcement des compétences et d'assistance technique, les activités de recherche de consensus de la CNUCED pourront contribuer à rendre les règles d'investissement favorables au développement durable, comme l'a démontré le Forum mondial de l'investissement 2010. Les actions de suivi marqueront le chemin vers le troisième WIF de la CNUCED, planifié conjointement avec XIII<sup>ème</sup> Conférence intergouvernementale de la CNUCED, en avril 2012 à Doha, au Qatar.

### Auteur

James X. Zhan, Director, Division de l'investissement et des entreprises, CNUCED. De plus amples informations sur le Forum mondial de l'investissement 2010 sont disponibles sur : <http://www.unctad-worldinvestmentforum.org/>. Pour les demandes spécifiques concernant le WIF ou le travail de la CNUCED sur les investissements et les entreprises, notamment sur les Accords internationaux d'investissement (All), merci de contacter Elisabeth.Tuerk@unctad.org.

### Notes

1 Le premier WIF de la CNUCED s'est tenu à Accra au Ghana, conjointement avec la conférence intergouvernementale quadri-annuelle de la CNUCED. <http://www.unctad.org/templates/Page.asp?intItemID=4992&lang=1>

2 Voir le Rapport mondial 2010 sur l'investissement de la CNUCED « Investir dans une économie à faible intensité de carbone ». New York et Genève : Nations Unies. Publications des Nations Unies, vente n° E.10.II.D.2. Disponible sur : <http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=5539&lang=1>

3 Voir le Investment Policy Monitors (IPM) trimestriel de la CNUCED, qui fournit des informations actualisées et spécifiques par pays sur les politiques d'investissement nationales et internationales, <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=5237&lang=1>.

4 « Quatrième rapport sur les mesures d'investissement du G20 », OCDE et CNUCED, 4 novembre 2010, disponible sur : [www.unctad.org/en/docs/wto\\_oecd\\_unctad2010d1\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wto_oecd_unctad2010d1_en.pdf).

5 Différends investisseur-État : prévention et alternatives à l'arbitrage. UNCTAD 2010, (New York et Genève : Nations Unies). Publication des Nations Unies, vente n° E.10.II.D.11. Disponible sur : [http://www.unctad.org/en/docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf).

# nouvelles en bref

## Les institutions de l'Union européenne examinent la future politique de l'UE en matière d'investissements internationaux

Le débat concernant la future politique de l'Union européenne en matière d'investissements internationaux s'échauffe alors que les institutions de l'UE présentent leurs recommandations.

Suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, l'UE a reçu la compétence exclusive en matière d'investissement direct à l'étranger, ce qui a fait passer le pouvoir de négocier des traités bilatéraux d'investissement (TBI) avec les pays non-membres de l'UE (souvent appelés TBI hors-UE) des mains des États membres de l'UE à celles de l'Union.

Par conséquent, trois institutions européennes – la Commission européenne, le Conseil et le Parlement – ont entrepris la tâche délicate d'élaborer un nouveau cadre légal pour la négociation des accords internationaux d'investissement par l'UE, ainsi que pour le processus de transition pour les plus de 1 200 TBI hors-UE existants.

La Commission européenne a entamé les discussions par une proposition de Règlement et une Communication datées du 7 juillet 2010. Le Règlement donnerait aux États membres l'autorité temporaire de maintenir leurs TBI existants avec les pays non-européens, et même d'en négocier de nouveaux. Toutefois, la Commission aurait de larges pouvoirs lui permettant de retirer cette autorité si le TBI d'un des États membres compromettrait la politique d'investissement de l'UE.

Le 9 novembre 2010, le Parlement européen s'est réuni à Bruxelles afin de discuter de la proposition de la Commission. Le Dr. Stephan Woolcock de la London School of Economics and Political Science (LSE) a fait une contribution importante au débat en présentant une étude commandée par le Parlement et préparée par la LSE et l'Overseas Development Institute (Institut britannique pour le développement à l'étranger)<sup>1</sup>.

L'étude traite à la fois de la future politique européenne en matière d'investissement direct à l'étranger et de la proposition de Règlement concernant les dispositions transitoires, et offre une série d'options pour ces deux questions. Une préoccupation spécifique concerne « l'importante imprécision » des clauses des TBI actuels :

« Toutefois, un problème se pose compte tenu de l'importante imprécision des dispositions du TBI, de l'absence de jurisprudence contraignante et cohérente ainsi que de l'absence d'un organe central pouvant garantir l'interprétation et l'application uniformes de la loi. Cela signifie que les États membres pourraient devoir payer d'importants dommages et intérêts décidés par des arbitres qui ne doivent alléger à aucune constitution ou traité constitutionnel autre que le TBI lui-même ».

Concernant les dispositions transitoires, l'étude semble à la fois soutenir la proposition de Règlement de la Commission comme « cadre ayant le mérite de garantir à l'Union de pouvoir effectivement accepter sa nouvelle compétence exclusive et de développer sa future politique en matière d'investissements internationaux ». En même temps, l'étude souligne l'importance de trouver un équilibre institutionnel.

Le Conseil européen, qui représente les intérêts des États membres de l'UE, a également présenté sa position<sup>2</sup>. Dans un document publié le 25 octobre, le Conseil souligne que la nouvelle politique européenne d'investissement ne devrait pas affecter les protections offertes par les TBI actuels des États membres, et que les piliers des futurs accords européens d'investissement devraient être les dispositions incluses habituellement dans les TBI existants des États membres – telles que le traitement juste et équitable, la sécurité et

protection totale, la protection contre l'expropriation et des mécanismes de règlement des différends.

Le Conseil souligne également que les TBI existants des États membres devraient rester en vigueur tant qu'ils ne sont pas remplacés par de nouveaux accords européens d'investissement.

En revanche, le rapporteur de la Commission du commerce international du Parlement européen (INTA), le membre du parlement européen vert suédois Carl Schlyter, a produit un projet de rapport relatif à la proposition de Règlement et recommandant une clause d'extinction pour tous les TBI hors-UE. Aux termes de la proposition de Schlyter, les États membres pourraient être autorisés à maintenir leur TBI pendant un maximum de 13 ans.

Schlyter prévient que « sans date butoir, le [projet de] Règlement [de la Commission européenne] permettrait l'émergence de régimes d'investissement parallèles et potentiellement incompatibles, accentuant ainsi l'incertitude légale. Si une période de transition suffisamment longue est nécessaire, une dualité à durée indéterminée de la politique européenne d'investissement serait en contradiction avec la mise en œuvre effective de l'article 207 (1) du TFUE qui stipule clairement que la politique d'investissement relève de la compétence de l'Union ».

Un deuxième rapporteur de l'INTA, Kader Arif, commente la Communication de la Commission<sup>3</sup>. Arif exprime sa préoccupation au sujet des arbitrages au titre des traités d'investissement qui pourraient engendrer des contentieux entre les intérêts privés et les activités de réglementation publique, et demande des accords « de bonne qualité » prenant en compte les préoccupations sociales et environnementales.

Arif avance également que le régime de règlement des différends devrait inclure « une plus grande transparence sur les cas jugés et sur le contenu des jugements ; la possibilité pour les parties d'introduire des recours en appel ; l'obligation d'épuiser les recours juridiques locaux, sous certaines conditions, avant de pouvoir recourir à l'arbitrage international ; la possibilité de recourir aux « amicus curiae briefs » ; et enfin l'obligation de choisir un seul lieu d'arbitrage pour éviter le « forum shopping » ».

Si la Commission européenne a affirmé ne pas vouloir créer un traité européen modèle d'investissement, Arif avertit que cette flexibilité ne doit pas permettre un « pick and choose » entre les éléments détaillés dans le Document de travail.

## À Vienne, discussions sur la transparence du règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Un groupe de travail de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a porté son attention sur la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États, au cours d'une réunion organisée à Vienne en Autriche du 4 au 8 octobre 2010.

Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI est le deuxième Règlement plus populaire en matière d'arbitrages entre investisseurs et États, derrière celui du Centre international de règlement des différends en matière d'investissement de la Banque mondiale.

La question de soumettre les arbitrages investisseur-État conduits selon le règlement de la CNUDCI, à plus de transparence a été soulevée il y a plusieurs années lorsque le Groupe de travail II entama ses délibérations concernant la révision du règlement. Toutefois, au cours d'une réunion de février 2008, le Groupe de travail avait décidé de réviser le règlement sous sa forme « générique », avant de s'atteler à la question spécifique de la transparence dans les arbitrages investisseur-État.

Après l'adoption du règlement général révisé de la CNUDCI en juin 2010, la réunion d'octobre dernier fut la première consacrée à la manière de gérer la transparence dans le règlement de la CNUDCI.

Dans ce contexte, la question de la transparence inclut tout un éventail de pratiques, notamment l'enregistrement public des affaires (par exemple à travers un registre en ligne), la publication de documents relatifs à l'arbitrage, et l'élaboration d'un règlementation pour les soumissions de tiers (*amicus curiae*).

Le secrétariat de la CNUDCI rapporte que les gouvernements participants se sont « généralement accordés » à dire que la transparence était souhaitable dans les arbitrages investisseur-État, mais les opinions divergeaient quant à la meilleure façon d'atteindre cet objectif.

L'une des principales divergences consiste à savoir si les règles de transparence applicables aux arbitrages en matière d'investissement devraient devenir les règles par défaut si un traité d'investissement fait référence au règlement de la CNUDCI. Par exemple, une annexe au règlement générique de la CNUDCI pourrait être élaborée et appliquée à tous les arbitrages investisseur-État, sauf si les parties au traité d'investissement excluent explicitement l'application de l'annexe. Cela permettrait une application maximale de la règle de la transparence tout en laissant aux États la possibilité de l'exclure s'ils le souhaitent. Mais quelques États semblent préférer maintenir le règlement générique moins transparent comme règlement par défaut.

Un autre sujet de discorde est de savoir si le nouveau règlement devrait s'appliquer aux différends survenus avant son adoption et fondés sur des traités entrés en vigueur avant l'adoption du règlement.

Les membres du Groupe de travail ont également discuté du type d'information pouvant être rendu public ; par exemple, ces informations devraient-elles inclure seulement les éléments basiques de l'arbitrage (c.-à-d. les noms des parties et l'objet du différend) ou tous les documents soumis à et par les tribunaux arbitraux dans les arbitrages investisseur-État ?

Pour faire suite à ces discussions, il a été demandé au secrétariat de la CNUDCI de préparer une analyse sur le fond et la forme de la question de la transparence discutée lors de la réunion, notamment des exemples de dispositions relatives à la transparence.

### L'Uruguay prépare sa défense contre Philip Morris

Le gouvernement d'Uruguay se prépare actuellement à un différend controversé en matière d'investissement l'opposant à l'entreprise de tabac Philip Morris International (PMI), malgré des informations indiquant que le gouvernement pourrait modérer ses exigences en matière d'étiquetage, qui sont à l'origine du litige.

PMI avance que ces exigences en matière d'étiquetage et la récente augmentation des taxes affectent ses investissements et empiètent sur ses marques déposées, constituant donc une violation du traité bilatéral d'investissement Suisse-Uruguay. Le siège social de PMI se trouve à Lausanne en Suisse.

Dans un communiqué de presse d'octobre 2010, le cabinet juridique Foley Hoag a annoncé avoir été engagé pour défendre l'Uruguay. Philip Morris s'est également tourné vers la cour suprême d'Uruguay, plaidant que les mesures anti-tabac du gouvernement étaient anticonstitutionnelles. Mais cette affaire a récemment été rejetée. La décision de la cour, datée du 20 novembre 2010, stipule que « l'État a un devoir essentiel... d'adopter toutes les mesures qu'il juge opportunes pour

préserver la santé collective » de ses citoyens.

L'Uruguay a reçu un important soutien international pour ses efforts visant à réduire la consommation de tabac : plus de 170 pays ont signé un accord de l'Organisation mondiale de la santé exprimant leur préoccupation quant au fait que l'industrie du tabac cherche à saper les politiques gouvernementales visant à contrôler la consommation de tabac.

### Le Congrès doit être consulté au sujet des révisions du modèle de TBI américain

L'administration Obama consultera le nouveau Congrès des États-Unis avant de finaliser un nouveau modèle traité bilatéral d'investissement.

L'année dernière, les États-Unis ont commencé à réviser leur TBI modèle en mettant l'accent sur trois questions : (a) les dispositions relatives au règlement des différends ; (b) les entreprises étatiques ; et (c) les services financiers. Le modèle de TBI des États-Unis, auquel les pays adhèrent avec précaution dans les négociations avec les États-Unis, concernant les traités bilatéraux d'investissement et les chapitres relatifs à l'investissement dans les accords de libre-échange, a été mis à jour pour la dernière fois en 2004.

Dans le cadre du processus de révision, un Comité consultatif du Département d'État et le Bureau du représentant au commerce des États-Unis ont été mis en place. Composé de quelques 27 conseillers, notamment des participants de groupes syndicaux, d'organisations d'entreprises, d'universitaires, de groupes de politique publique et d'experts légaux, le comité a présenté ses diverses opinions en septembre 2009<sup>4</sup>.

L'administration Obama espérait en effet finaliser le nouveau modèle avant la fin de l'année 2009.

Selon le journal Inside US Trade<sup>5</sup>, le Sous-secrétaire d'État pour les affaires économique, l'énergie et l'agriculture, Robert Hormats, a affirmé : « Nous sommes en discussion permanente avec le Congrès concernant la forme du modèle de TBI, et nous ne souhaitons pas commencer à négocier au niveau international sans avoir le soutien du Congrès au moins au sujet du cadre général pour un modèle de TBI ».

Inside US Trade indique que la question concernant l'inclusion ou non d'obligations en matière de droits du travail et de protection environnementale constitue l'un des obstacles à l'adoption d'un nouveau modèle.

### Notes

1 L'approche de l'UE relative à la politique internationale d'investissement après le Traité de Lisbonne, Direction générale de la politique extérieure de la Commission européenne, 2010. <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=FR>

2 Conclusions sur une politique européenne globale en matière d'investissement internationaux, Conseil européen, 25 octobre 2010, [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf)

3 Kader Arif, Document de travail sur la future politique d'investissement de l'Union européenne, 18 novembre 2010, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-452.839+01+DOC+PDF+V0//FR&language=FR>

4 Advisory Committee on International Economic Policy Submits Report on Review of U.S. Model Bilateral Investment Treaty (Le Comité consultatif sur la politique économique internationale remet son rapport sur la révision du Traité bilatéral d'investissement modèle), septembre 2009, <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2009/sept/130097.htm>

5 "Hormats: Administration Consult With Congress On Model BIT", Inside US Trade, Vol. 28, n° 45, 19 novembre 2010

# sentences et décisions

## La Géorgie perd son différend contre des investisseurs pétroliers grec et israélien

*Ioannis Kardassopoulos et Ron Fuchs c. La République de Géorgie (Cas CIRDI n° ARB/05/18 et ARB/07/15)*  
**Martin D. Brauch**

Par une sentence CIRDI ayant effectué une interprétation large de la norme de traitement juste et équitable (TJE), deux négociants en pétrole recevront chacun 45 millions de dollars US en dommages et intérêts de la part de la République de Géorgie.

Les demandeurs, Ioannis Kardassopoulos et Ron Fuchs, sont les copropriétaires de Tramex International, qui a formé une coentreprise (appelée GTI) avec l'entreprise étatique Georgian Oil en 1992. Un an plus tard, GTI obtenait une concession de 30 ans sur le principal oléoduc géorgien. Toutefois, la Géorgie mit fin à la concession de GTI en 1996 et transféra certains droits anciennement détenus par GTI à un consortium d'entreprises pétrolières transnationales.

Une commission gouvernementale établie en 1996 envisageait la compensation de Kardassopoulos et de Fuchs. Mais une nouvelle commission gouvernementale créée en 2004 décida finalement que les investisseurs ne pouvaient prétendre à aucune compensation.

En réponse, Kardassopoulos, citoyen grec, a entamé un arbitrage contre la Géorgie en août 2005, avançant que la Géorgie avait violé les clauses relatives à l'expropriation et au TJE du TBI Géorgie-Grèce et du traité sur la Charte de l'énergie (TCE). Un an et demi plus tard, Fuchs, citoyen israélien, a entamé une procédure concernant les mêmes faits, mais uniquement pour violation de la clause du TJE du TBI Géorgie-Israël.

Le même tribunal arbitral a statué conjointement sur les deux affaires. Le tribunal a décidé qu'il avait compétence sur la demande de Kardassopoulos pour expropriation au titre du TCE, ainsi que sur les demandes des deux investisseurs pour violation du TJE au titre des deux TBI.

La Géorgie a argué que les investisseurs ne devaient pas être entendus car leurs demandes étaient inopportunes, puisque présentées après dix ans. Mais le tribunal a rejeté cet argument au motif que le délai n'était pas irraisonnable ou injustifié – les investisseurs avaient en effet cherché une indemnisation de 1996 à 2004, et avaient raisonnablement été amenés à penser qu'ils l'obtiendraient.

La Géorgie a également avancé trois défenses d'ordre contractuelles relative à l'accord de coentreprise entre Tramex et Georgian Oil : l'absence de caractère raisonnable, les déclarations inexactes, et le défaut d'exécution. Ces arguments ont également été rejetés, car le tribunal a conclu que la Géorgie n'avait pas été désavantagée dans les négociations, que les investisseurs n'avaient pas fourni des informations inexactes sur leurs expériences et ressources financières, et qu'ils avaient exécuté le contrat en grande partie jusqu'à ce que la Géorgie les prive de leurs droits.

Dans sa décision du 3 mars 2010, le tribunal conclut que l'investissement de Kardassopoulos avait été exproprié illégalement en violation du TCE, car la Géorgie n'avait pas offert de compensation "prompte, adéquate et effective" et n'avait pas effectué l'expropriation dans le respect des procédures légales. S'appuyant sur l'affaire ADC c. Hongrie<sup>1</sup>, le tribunal statua que les investisseurs n'avaient pas de « chance raisonnable dans un temps raisonnable » d'être entendus et de faire valoir leurs droits.

Le tribunal se pencha ensuite sur la plainte de Fuchs pour violation de traitement juste et équitable, interprétant le standard de manière large comme une violation des « attentes légitimes » de l'investisseur. Malgré l'entrée en vigueur du TBI Géorgie-Israël après les actes d'expropriation, le tribunal considéra que les assurances de compensation offertes par la Géorgie après l'investissement donnaient à Fuchs des attentes légitimes sur un processus de compensation juste et équitable.

À la lumière du préambule du traité, qui stipule que son objet et son but sont de promouvoir « des conditions favorables aux investisseurs et aux investissements », le tribunal a interprété la protection du TJE au sens large, tant d'un point de vue temporel que de son contenu. Il remarqua :

« Le fait que des assurances spécifiques de compensation aient été offertes après la réalisation de l'investissement – assurances ayant donné lieu à une attente spécifique de compensation – n'empêche pas M. Fuchs d'attendre légitimement, pendant tout le temps de son investissement, de la Géorgie qu'elle se conduise vis-à-vis de son investissement de manière raisonnablement justifiée et qu'elle ne viole manifestement pas les exigences basiques de cohérence, de transparence, d'impartialité et de non-discrimination ».

Pour déterminer les dommages-intérêts, et en l'absence de disposition spécifique dans le traité sur le montant de la compensation pour expropriation illicite, le tribunal a invoqué le droit international coutumier. L'avocat de Kardassopoulos avançait que le caractère illicite de l'expropriation devrait entraîner des dommages et intérêts supérieurs à ceux dus en cas d'expropriation légale. Pour être plus précis, Kardassopoulos a réclamé des dommages-intérêts équivalant à la valeur de ses droits avant l'expropriation, en plus des pertes de gains futurs, ou à la valeur de ses droits au jour de la décision, si celle-ci est supérieure.

À l'inverse d'un jugement récent de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2</sup>, le tribunal a suivi Kardassopoulos sur le fait que les dommages-intérêts devaient être calculés à la date de la décision, plutôt qu'à la date de l'expropriation. Toutefois, le tribunal considéra finalement que Kardassopoulos aurait probablement vendu ses parts dans GTI en 1995, et pour cette raison, statua qu'il ne devait pas être compensé pour la valeur acquise entre la date de l'expropriation et la date de la décision. Il fixa donc les dommages-intérêts de Kardassopoulos à 15,1 millions de dollars US, sur la base de la juste valeur marchande de ses droits en novembre 1995, soit quelques mois avant l'acte final d'expropriation, afin de garantir la restitution de la valeur marchande de l'investissement avant l'acte d'expropriation.

Le tribunal adopta le même raisonnement pour l'indemnisation pour violation du TJE. Il statua que comme la violation du TJE avait les mêmes conséquences que l'expropriation illicite – c'est-à-dire la privation des investisseurs de leurs investissements sans compensation – il n'existait aucune raison de distinguer les dommages causés aux deux demandeurs ; Fuchs se vu donc également attribuer 15,1 millions de dollars US.

Finalement, le tribunal a appliqué des intérêts couvrant la période 1996-2010 précédant la date de la sentence, réévaluant ainsi la somme due par la Géorgie à chacun des investisseurs à 45,125 millions de dollars US. En outre, la Géorgie a été condamnée à payer aux investisseurs environ 8 millions de dollars US en frais d'arbitrage.

On peut s'attendre, dans cette affaire, à des développements postérieurs à la décision. Le 16 juillet 2010, le secrétariat du CIRDI a enregistré une demande en annulation, et un comité d'annulation a été mis en place le 11 août 2010. Après une requête des demandeurs, le comité d'annulation ordonna à la Géorgie de prévoir une garantie financière de 100 millions de dollars US comme condition pour suspendre la sentence arbitrale durant le processus d'annulation.

L'arbitrage a fait les gros titres en octobre quand Fuchs a été arrêté en Géorgie. Selon les médias géorgiens, Fuchs et l'un de ses collègues sont inculpés pour tentative de corruption du vice-ministre des finances afin qu'il dissuade le gouvernement de poursuivre sa requête en annulation.

Le comité d'annulation a souligné que l'arrestation de Fuchs et la décision fixant la garantie financière n'étaient pas reliées.

*Remarques* : M. L. Yves Fortier, C.C., O.Q., Q.C. (président), Professeur Francisco Orrego Vicuña (nominé par Kardassopoulos) et Professeur Vaughan Lowe (nominé par la Géorgie) composait le tribunal arbitral. Skadden, Arps, Slate, Meagher and Flom LLP (Royaume-Uni et États-Unis) représentait Kardassopoulos et Fuchs. DLA Piper Gvinadze & Partners LLP (Royaume-Uni et États-Unis) représentait la Géorgie. La décision du 30 mars 2010 dans l'affaire Kardassopoulos c. Georgia est disponible sur : <http://ita.law.uvic.ca/documents/KardassopoulosAward.pdf>.

## Le tribunal rejette la demande contre la Hongrie dans l'affaire du TCE relative aux centrales énergétiques

*AES Summit Generation Limited et AES-Tiza Erőmű Kft. c. La République de Hongrie (cas CIRDI n° ARB/07/22)*

**Martin D. Brauch**

Un tribunal CIRDI a rejeté toutes les demandes de l'entreprise d'énergie britannique AES contre la Hongrie au motif que la Hongrie avait agi de manière raisonnable en réduisant les profits des entreprises publiques énergétiques.

Le différend se base sur les 130 millions de dollars US qu'AES a investi dans Tisza II et d'autres centrales énergétiques hongroises en 1996, époque où la Hongrie privatisait une partie de son secteur énergétique.

Un Contrat d'achat d'électricité (CAE) conclu entre AES et la Hongrie définissait une formule de calcul du prix qui serait utilisée quand le gouvernement hongrois cesserait de réglementer les prix de production de l'énergie.

Toutefois, suite à l'indignation publique provoquée par les profits prétendument élevés des entreprises publiques énergétiques, la Hongrie a adopté des décrets sur les prix en 2006 et 2007, restaurant ainsi le régime administratif de fixation des prix.

Le retour aux prix réglementés a entraîné des pertes significatives pour AES, incitant l'entreprise à chercher compensation dans le cadre d'un arbitrage CIRDI au titre du traité sur la Charte de l'énergie (TCE), un traité commercial et d'investissement multilatéral régissant le secteur de l'énergie. AES a avancé que le CAE a créé des attentes légitimes concernant la non-réintroduction d'un système de prix réglementé.

En outre, l'entreprise maintenait que la Hongrie avait manqué à ses devoirs de respect de ses obligations contractuelles d'agir en bonne foi et de garantir la stabilité et la prévisibilité. Elle s'est également plainte du fait que la réintroduction des décrets était arbitraire, non-transparente, discriminatoire, et n'avait pas été menée dans le respect des procédures légales.

AES fondait sa demande sur les dispositions du TCE relatives au traitement juste et équitable, aux mesures déraisonnables, à la pleine protection et à la sécurité et à l'expropriation, entres autres.

Dans sa décision du 23 septembre 2010, le tribunal a conclu que la Hongrie était en droit de réintroduire un système de prix réglementés. Il est important de noter que le CAE ne contenait pas de « clause de stabilisation » qui aurait temporairement limité le droit souverain de la Hongrie à modifier sa loi. Le tribunal conclut que, puisque la Hongrie n'avait offert aucune garantie dans ce sens, AES ne pouvait pas avoir d'attentes légitimes.

En outre, les actions de la Hongrie ont été jugées comme un exercice valide, raisonnable et proportionné des pouvoirs de police, en conformité avec ses objectifs rationnels de politique publique. Selon le tribunal, « des profits excessifs peuvent tout à fait constituer, pour un gouvernement, une raison légitime de réglementer ».

AES prétendait également que la norme de pleine protection et de sécurité incluait l'obligation d'assurer la protection et la sécurité légales. Le tribunal rejeta toutefois cet argument en statuant que cette norme n'inclut pas la protection de l'investisseur contre des réglementations étatiques basées sur des motifs rationnels de politique publique, tels que les décrets sur les prix de la Hongrie.

Finalement, AES avançait que les décrets équivalaient à une expropriation, donnant ainsi à l'entreprise le droit à une compensation de la part du gouvernement hongrois. En rejetant cette demande, le tribunal affirma que toutes les réglementations étatiques affectant un investissement étranger n'équivalaient pas nécessairement à une expropriation. Les décrets sur les prix n'ont pas privé AES de sa propriété ou du contrôle de son investissement, et n'ont pas non plus provoqué une dévaluation substantielle de son investissement ; AES continuait au contraire de générer d'importants profits.

En rejetant toutes les demandes d'AES, le tribunal statua que chacune des parties paierait ses propres frais d'arbitrage, et que les frais du tribunal et du secrétariat du CIRDI seraient partagés entre elles de manière égale.

*Remarques* : M. Claus von Wobeser (président), J. William Rowley QC (nominé par AES) et Professeur Brigitte Stern (nominé par la Hongrie) composaient le tribunal arbitral. Allen & Overy (Londres) et Polgár & Beb k Law Office (Budapest) représentaient AES. Arnold & Porter (Washington et Bruxelles) et le cabinet juridique du Dr. János Katona (Budapest) représentaient la Hongrie. La décision arbitrale complète est disponible sur : <http://ita.law.uvic.ca/documents/AESvHungaryAward.pdf>.

## Le gouvernement ukrainien s'attire des problèmes pour son intervention dans un investissement hôtelier

*Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine (Cas CIRDI n° ARB/07/16)*

**Martin D. Brauch**

Une décision du CIRDI datée du 8 novembre 2010 ordonne à l'Ukraine de payer 5,25 millions de dollars US de dommages-intérêts à un investisseur autrichien, Alpha Projektholding, en règlement du différend relatif à un accord échoué de rénovation d'un hôtel.

Au début de 1994, Alpha a conclu plusieurs accords d'activité conjointe (AAC) avec l'Hôtel Dnipro, une entreprise ukrainienne étatique basée à Kiev, pour la reconstruction de l'immeuble de l'hôtel. Au titre des accords, Alpha devait souscrire un prêt pour payer Pakova – l'entreprise qui réaliserait la rénovation – et recevrait des paiements mensuels minimums de la part de Dnipro.

Toutefois, la détérioration des finances de Dnipro l'ont conduit à renégocier les AAC en 2000, suspendant les paiements mensuels jusqu'en 2006 et prolongeant la durée de l'accord.

Finalement, le piteux état financier de l'hôtel a conduit le gouvernement ukrainien à transférer le contrôle de Dnipro de l'Administration gouvernementale du tourisme à l'Administration gouvernementale des affaires (AGA), qui demanda un audit officiel des activités financières de Dnipro. L'audit stipulait que l'investissement d'Alpha dans Dnipro et sa mise en œuvre étaient illégaux au titre du droit ukrainien, compte tenu de l'appropriation frauduleuse des fonds et du non-respect des normes comptables.

Même si la nouvelle direction de Dnipro rassurait Alpha de la validité des AAC, Alpha a cessé de percevoir les paiements au titre des AAC dès juillet 2004.

Après l'échec des consultations entre les gouvernements autrichien et ukrainien, Alpha a entamé un arbitrage CIRDI contre l'Ukraine au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Autriche-Ukraine de 2007. Alpha prétendait que la cessation de paiement et d'autres actes de la part de Dnipro et du gouvernement ukrainien constituaient une violation de plusieurs dispositions du TBI, notamment celles relatives à l'expropriation, au traitement juste et équitable et à la clause parapluie.

Plus précisément, le tribunal statua que l'Ukraine avait ordonné à Dnipro de suspendre les paiements à Alpha, et était responsable de l'échec continu de Dnipro à remplir ses obligations contractuelles.

Concernant la demande pour expropriation, le tribunal considéra que ni l'Ukraine ni Dnipro n'avait indiqué leur intention de reprendre les paiements après leur cessation en 2004 ou de racheter à Alpha ses parts dans AAC. Compte tenu des preuves, le tribunal conclut que l'Ukraine avait exproprié les droits détenus par Alpha dans les Accords, en privant, de manière substantielle et permanente l'investissement de sa valeur économique.

Même si le tribunal a suivi l'Ukraine concernant le fait qu'Alpha n'avait pas clairement énoncé quelles attentes légitimes avaient été sapées par l'Ukraine, il décida qu'Alpha avait une attente légitime que l'Ukraine n'interférerait pas avec les AAC. Selon le tribunal, l'Ukraine et l'AGA ont frustré cette attente en niant les AAC, violant ainsi la norme de traitement juste et équitable au titre du TBI.

Toutefois, le tribunal rejeta la demande d'Alpha concernant la clause parapluie – qui aurait transformé une violation de contrat en violation du TBI – au motif qu'Alpha n'avait conclu aucun contrat avec l'Ukraine, mais seulement avec Dnipro, qui n'agissait pas au nom du gouvernement.

Un aspect notable de la décision est la manière dont le tribunal a traité la définition de l'investissement au titre de la Convention du CIRDI. En statuant qu'Alpha avait réalisé un « investissement » au sens du TBI, le tribunal remarqua que la Convention du CIRDI n'offre pas de définition du terme. Afin de déterminer si Alpha avait réalisé un « investissement CIRDI », les arbitres se sont appuyés sur l'affaire *Salini c. le Maroc* (2004), souvent utilisée dans la jurisprudence du CIRDI pour déterminer l'existence d'un « investissement ».

Dans le cas présent, le tribunal a exprimé sa gêne vis-à-vis du test *Salini*, principalement du fait qu'il prétend évaluer la contribution d'un investissement au développement économique du pays d'accueil. Selon le tribunal, un tel critère a une faible autonomie quant à son contenu, et autorise un tribunal de remettre en cause abusivement l'évaluation de l'impact économique, financière, politique effectuée par l'investisseur lors de la réalisation de l'investissement. Les arbitres ont avancé que dans la plupart des cas, quand l'existence d'un investissement est prouvée au titre du TBI, il correspond également à la définition de l'investissement au

titre de la Convention du CIRDI :  
[Q]uand un État partie à un TBI convient de protéger certains types d'activités économiques, et quand le TBI stipule que les différends entre investisseurs et États en lien à ces activités peuvent être résolus dans le cadre d'un arbitrage du CIRDI, il est approprié d'interpréter le TBI comme reflétant l'entendement de l'État de considérer l'activité comme constituant un « investissement » également au sens de la Convention du CIRDI. [...] Un tribunal devrait avoir de très bonnes raisons pour soutenir que la définition de l'investissement mutuellement fixée par les États devrait être écartée (paragraphe 315).

Après avoir déterminé qu'Alpha avait réalisé un « investissement CIRDI » de par la définition de l'investissement au titre du TBI, le tribunal a toutefois appliqué le test Salini, et conclut qu'Alpha avait satisfait aux quatre critères de ce test – la durée suffisante, la prise de risques, la contribution ou l'engagement financier, et la contribution au développement de l'Ukraine.

*Remarques* : Hon. Davis R. Robinson (président), Dr. Yoram Turbowicz (nominé par Alpha Projektholding), et le Dr. Stanimir A. Alexandrov (nominé par l'Ukraine) composaient le tribunal arbitral. Specht Rechtsanwälte GmbH (Vienne, Autriche) et Sullivan & Worcester LLP (Boston, USA) représentaient Alpha Projektholding. Le ministère ukrainien de la justice, Grischenko & Partners (Kiev, Ukraine), et Proxen & Partners (Kiev, Ukraine) représentaient l'Ukraine. La décision du 8 novembre 2010 de l'affaire Alpha Projektholding c. Ukraine est disponible sur : <http://ita.law.uvic.ca/documents/Alphav.UkraineAward.pdf>.

### **Examen des traités européens d'investissement dans un différend relatif à l'assurance maladie** *Eureko B.V. c. La République de Slovaquie (Cas PCA n° 2008-13)* **Martin D. Brauch**

Un tribunal arbitral a affirmé avoir compétence pour un différend entre l'entreprise des Pays-Bas Eureko B.V. et la Slovaquie, portant sur 100 millions d'Euros. La décision sur la compétence du 26 octobre 2010 traite principalement de la relation entre le droit de l'Union européenne (UE) et les TBI conclus entre États membres européens.

En réponse au déficit accumulé par son système universel d'assurance maladie, la Slovaquie a décidé de libéraliser celui-ci en 2004. Toutefois, le gouvernement social-démocrate élu en 2006 a amendé la réforme de 2004 de telle manière à, selon Eureko, inverser systématiquement la libéralisation menée en 2004.

Avançant que les nouvelles politiques ne respectaient pas le droit européen, Eureko a présenté une plainte à la Commission européenne le 28 février 2008. Suite à cela, et sur la base de cette plainte, la Commission a entamé une procédure d'infraction à l'encontre de la Slovaquie, toujours en cours.

Eureko a également entamé un arbitrage contre la Slovaquie le 1er octobre 2008 sous les auspices de la CNUDCI. L'entreprise soutenait qu'en inversant le processus de libéralisation de 2004, la Slovaquie avait violé les clauses du TBI Pays-Bas-Slovaquie relatives à l'expropriation, au traitement juste et équitable, à la discrimination, à la pleine sécurité et protection et au libre transfert des profits et des dividendes. Le gouvernement hollandais et la Commission européenne (CE) ont tous deux soumis des observations écrites, sur invitation du tribunal. La Commission a notamment caractérisé les TBI inter-UE (les TBI conclus entre États membres de l'UE) comme « des anomalies du marché intérieur européen » qui devraient normalement prendre fin. Elle affirmait que le tribunal, tenu d'appliquer le droit européen, devait reconnaître le principe de suprématie du droit européen et refuser d'appliquer toutes les dispositions du TBI incompatibles avec ce dernier, notamment la clause relative à l'arbitrage. Finalement, elle suggérait au tribunal de suspendre l'arbitrage dans l'attente des résultats de la procédure d'infraction.

Selon la Slovaquie, conformément au droit international, au droit européen, au droit slovaque et au droit allemand (applicable au différend en tant que droit du pays du siège de l'arbitrage), son accession au Traité CE le 1er mai 2004 a effectivement mis un terme au TBI Pays-Bas-Slovaquie ou rend effectivement sa clause relative à l'arbitrage inapplicable au différend ; le tribunal arbitral n'aurait donc pas de juridiction sur le différend.

Pour soutenir son premier argument, la Slovaquie avançait que le TBI Pays-Bas-Slovaquie était dissout en vertu de l'article 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), relatif à l'extinction de traités portant sur les mêmes sujets.

Le tribunal a rejeté cet argument pour trois raisons. Tout d'abord, la dissolution des traités au titre de la CVDT doit généralement être invoquée, ce qui n'a pas été le cas pour le TBI en question. Ensuite, le Traité CE ne peut pas être considéré comme un traité successif portant sur le même sujet que le TBI. Le tribunal ne trouva pas une intention dans le Traité CE de dissoudre le TBI, ni d'incompatibilité empêchant l'application simultanée des deux traités. Enfin, le droit de l'investisseur à attirer un État d'accueil devant un tribunal arbitral international (au titre du TBI) ne peut pas être assimilé au droit d'entamer une procédure légale devant sa juridiction nationale (au titre du droit européen).

Les arbitres ont également rejeté l'affirmation de la Slovaquie selon laquelle les dispositions du TBI relatives au traitement juste et équitable, à l'expropriation et à la pleine sécurité et protection étaient couvertes par les dispositions du droit européen relatives à la liberté d'établissement et à l'interdiction de la discrimination. Inversement, le tribunal soutenait que certains droits au titre du TBI n'étaient pas couverts par, ni incompatibles avec le droit européen. Il affirmait également que les garanties plus larges offertes par le TBI n'étaient pas une raison suffisante pour nier les droits d'Eureko au titre du TBI, même si elles sont sans doute en violation de l'interdiction de la discrimination entre États membres de l'UE contenue dans le droit européen.

Dans son deuxième argument, la Slovaquie soutenait que, conformément à l'article 30 de la CVDT, la clause du TBI relative à l'arbitrage n'était pas applicable, car le Traité CE était un traité successif dont certaines dispositions étaient incompatibles avec cette clause. Toutefois, le tribunal n'a établi aucune incompatibilité. Il statua notamment que le droit européen n'interdisait pas les arbitrages investisseur-État, et que la Slovaquie pouvait respecter ses obligations au titre du TBI sans enfreindre le droit européen.

Le troisième argument de la Slovaquie était que, au titre du droit européen transposé dans le droit slovaque, la clause du TBI relative à l'arbitrage était invalide car incompatible avec le Traité CE, et avec les principes d'autonomie et de primauté du droit européen. La Slovaquie maintenait en outre que le TBI était supplanté par le droit européen, qui prévaut sur le droit national et les traités internationaux, et qui ne peut être interprété que par la Cour européenne de justice (CJUE). Le tribunal n'a pas accueilli cet argument, concluant qu'il était tenu d'appliquer le droit européen, comme droit applicable – rejetant effectivement la plainte que la CJUE ait « le monopole de l'interprétation » du droit européen.

Le dernier argument de la Slovaquie était que le différend n'était pas arbitral en vertu du droit allemand, car il sortait de la juridiction du tribunal en vertu du droit européen, droit qui fait également partie du droit allemand. Cependant, après avoir déterminé que le droit européen ne les privait pas de leur juridiction, les arbitres ont rejeté la dernière prétention.

Aussi, après avoir rejeté chacun des quatre arguments slovaques, le tribunal a rejeté l'objection de juridiction de l'État. Il décida également de suspendre pour le moment l'arbitrage pendant la durée de la procédure d'infraction.

D'autres développements sont à prévoir au moment où le tribunal examinera le fond de l'affaire. Si celui-ci a reconnu qu'il pouvait être amené à appliquer les doctrines juridiques européennes, il a souligné qu'il a compétence pour statuer sur les violations de TBI, mais pas du droit européen.

*Remarques* : Professeur Vaughan Lowe QC (président), Professeur Albert Jan van den Berg (nominé par Eureko), et M. V.V. Veeder QC (nominé par la Slovaquie) composaient le tribunal arbitral. Brauw Blackstone Westbroek N.V. (Amsterdam) représente Eureko. Le ministère slovaque des finances, Rowan Legal s.r.o. (Bratislava), KSD Štovi ek advokátska kancelária, s.r.o. (Bratislava), et Baker Botts LLP (Washington, DC) représentent la Slovaquie. La décision relative à la juridiction, à l'arbitrabilité et à la suspension du 26 octobre 2010 de l'affaire Eureko c. la Slovaquie est disponible sur : <http://ita.law.uvic.ca/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf>.

#### **Notes**

1 ADC c. Hongrie, Cas CIRDI n° ARB/03/16, Décision du 2 octobre 2006.

2 Guiso-Gallisay c. Italie (demande n° 58858/00), jugement de la Grande Chambre du 22 décembre 2009 ; voir également de la Grande Chambre du 21 octobre 2008

# publications et événements

## L'approche de l'UE de la politique internationale en matière d'investissement après le Traité de Lisbonne

*Direction-générale des politiques externes de la Commission européenne, d partement de politique, 2010*

Ce rapport fait l'analyse des défis et des options vis-à-vis de la politique européenne internationale en matière d'investissement, après le Traité de Lisbonne. Le rapport affirme que l'extension de la compétence exclusive de l'UE aux investissements directs à l'étranger (IDE) au titre du Traité de Lisbonne devrait permettre à l'Union de conclure des accords commerciaux et d'investissement complets, alors que par le passé, elle n'avait qu'une action limitée en matière d'investissement. Cela devrait également renforcer la capacité de l'UE à façonner la politique internationale en matière d'investissement. Le poids qu'elle gagnera en négociant des accords commerciaux et d'investissement complets devrait également permettre à l'UE d'améliorer l'accès de ses investisseurs aux marchés clés. Une plus grande compétence signifie également que l'UE pourra définir des dispositions similaires dans toutes l'UE pour les investisseurs, alors qu'à l'heure actuelle, les investisseurs de certains États membres bénéficient d'une meilleure protection sur certains marchés. Disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>

## Une présentation de l'IIDD lors de l'audience du Parlement européen sur l'Investissement direct à l'étranger,

*Nathalie Bernasconi-Osterwalder, IIDD, novembre 2010*

Dans cette présentation faite à la Commission du commerce international du Parlement européen à Bruxelles le 9 novembre 2010, Nathalie Bernasconi-Osterwalder étudie les tendances dans le domaine de la protection des investissements et du règlement des différends, et discute des arbitrages sur le fondement de traités d'investissement auxquels l'Europe fait face. Bernasconi-Osterwalder, qui dirige le programme d'investissement de l'IIDD, identifie certains défis majeurs devenus évident dans le domaine de la protection des investissements, et examine les questions soulevées par les règles substantives des traités d'investissements et le mécanisme de règlement des différends investisseur-État. En se basant sur l'expérience de pays tels que les États-Unis et le Canada, elle identifie des voies pour résoudre certains problèmes majeurs dans le contexte européen. Disponible sur : <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=1365>

## Le développement durable dans le droit international des investissements

*Édité par Markus W. Gehring, Marie-Claire Cordonier Segger, et Andrew Newcombe, Kluwer Law International, novembre 2010*

Cet ouvrage rassemble des contributions de différents experts sur les développements récents dans les négociations et la jurisprudence du droit des investissements du point de vue du droit du développement durable. Il offre des réponses à des questions pertinentes sur les avancées du droit des investissements, notamment la négociation de nombreux accords régionaux et bilatéraux ainsi que le nombre croissant de différends résolus par le Centre international de règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI) de la Banque mondiale, du point de vue de divers pays développés

et en développement. Il suggère de nouvelles directions à suivre pour les négociations de nouveaux traités et les procédures de règlement des différends. Il met également l'accent sur des questions clés du droit des investissements, apparues comme évidente dans les négociations d'accords d'investissement bilatéraux et régionaux, et clarifiées dans des décisions récentes du CIRDI et d'autres panels arbitraux.

## L'almanach du droit et des politiques internationales en matière d'investissement 2009-2010

*Karl Sauvant, Oxford University Press, octobre 2010*

L'almanach du droit et des politiques internationales en matière d'investissement 2009-2010 examine les développements récents du droit et de la politique internationale en matière d'investissement, notamment les tendances de l'IDE, les accords internationaux d'investissement et le règlement des différends. Le livre traite également de questions centrales des discussions contemporaines sur le droit international et la politique internationale en matière d'investissement. Riche des contributions d'experts renommés dans le domaine, cet ouvrage offre des informations opportunes et faisant autorité sur l'IDE, pouvant être utilisées par un large public, notamment les experts, les universitaires, les chercheurs et les législateurs.

## Les incitations en matière d'investissements et la concurrence mondiale du capital

*Kenneth P. Thomas, Palgrave Macmillan, novembre 2010*

La lutte que se livrent les gouvernements nationaux, étatiques et locaux pour attirer l'investissement est la grande priorité depuis des dizaines d'années. Par exemple, l'État fédéral et les gouvernements locaux aux États-Unis offrent près de 50 milliards USD en incitation à l'établissement et plus de 70 milliards USD de subventions annuelles totales. Les pays en développement payent souvent plus pour les investissements même s'ils en ont moins les moyens. En s'appuyant sur des études de cas du monde entier, et à tous les niveaux du gouvernement, Thomas montre que les incitations à l'investissement sont rarement une bonne politique, notamment pour les pays manquant d'éducation et d'infrastructures. Finalement, il analyse l'éventail de méthodes de contrôles des incitations, notamment les règles de l'UE en matière d'aide publique, très complètes et réussies, à travers une étude de cas extensive sur l'Irlande.

---

## Événements

2011

Mai

6

### CONFÉRENCE PUBLIQUE DE L'ITF : LE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT ÉVOLUE-T-IL ?

Londres, Royaume-Uni, <http://www.biccl.org/events/view/-/id/561/>



© 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](mailto: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](mailto: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](https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english)

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

Tél. : +41 22 917-8748  
Fax : +41 22 917-8054  
E-mail : [itn@iisd.org](mailto:itn@iisd.org)