



## Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne sur l'AECG n'est qu'un répit de courte durée

Jelena Bäumlér



### La Déclaration interprétative conjointe de l'Inde pour les TBI : une tentative pour faire taire les fantômes du passé

Sarthak Malhotra

### Le traitement spécial et différencié dans les Accords internationaux d'investissement

Riham Marii

### La Conférence 2016 de la CNUCED sur les Accords internationaux d'investissement : une étape de plus dans la réforme des AI

James Zhan et Diana Rosert

**Également dans cette édition :** L'élection de Trump affecte les négociations des accords méga-régionaux, notamment le PTCI, le PTP et le PEIR ; Le Brésil et l'Inde parapent un TBI, on attend la publication du texte ; L'AECG est signé, le Canada et l'Union européenne « œuvreront rapidement » à la création d'un tribunal multilatéral des investissements ; *Rusoro c. Venezuela* ; *Menzies c. Sénégal* ; *CEAC c. Montenegro* ; *Murphy c. Équateur* ; *Copper Mesa c. Équateur*

# contents

## 3 Articles

Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne sur l'AECG n'est qu'un répit de courte durée

*Jelena Bäumlér*

## 6

La Déclaration interprétative conjointe de l'Inde pour les TBI : une tentative pour faire taire les fantômes du passé

*Sarthak Malhotra*

## 8

Le traitement spécial et différencié dans les Accords internationaux d'investissement

*Riham Marii*

## 10

La Conférence 2016 de la CNUCED sur les Accords internationaux d'investissement : une étape de plus dans la réforme des AI

*James Zhan et Diana Rosert*

## 13

### Nouvelles en bref

L'élection de Trump affecte les négociations des accords méga-régionaux, notamment le PTCL, le PTP et le PEIR ; Le Traité bilatéral d'investissement (TBI) entre le Brésil et l'Inde ; on attend la publication du texte ; L'AECG est signé ; le Canada et l'Union européenne « œuvreront rapidement » à la création d'un tribunal multilatéral des investissements

## 14

### Sentences et décisions

Le Venezuela doit payer 1 milliard USD pour l'expropriation de l'investissement d'une entreprise minière canadienne

*Claudia María Arietti López*

## 15

Un tribunal CIRDI rejette la clause NPF de l'AGCS de l'OMC comme moyen d'importer de TBI tiers le consentement du Sénégal à l'arbitrage

*Suzy H. Nikiéma*

## 17

Un tribunal de la CPA considère que les actions de l'Agence polonaise de la propriété agricole ne sont pas attribuables à la Pologne

*Claudia María Arietti López*

## 19

Le demandeur n'est pas considéré comme un investisseur du fait de l'interprétation du « siège » au titre du TBI Chypre-Monténégro

*María Florencia Sarmiento*

## 20

Un tribunal de la CPA condamne l'Équateur à payer 24 millions USD à une entreprise minière canadienne

*Matthew Levine*

## 23

### Ressources et événements

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

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

Directrice du Groupe – Droit et Politique Économique  
Nathalie Bernasconi

Directeur de la Communication  
Damon Vis-Dunbar

Gestionnaire Principale de la Communication  
Mira Oberman

Rédacteur en Chef  
Martin Dietrich Brauch

Rédactrice, Version Française  
Suzy Nikiéma

Traduction Française  
Isabelle Guinebault

Rédactrice, Version Espagnole  
Marina Ruete

Traduction Espagnole  
María Candela Conforti

Architecte d'Information en Chef (web)  
Matt Rock

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

# Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne sur l'AECG n'est qu'un répit de courte durée

Jelena Bäumlér

## article 1



Le 13 octobre 2016, la Cour constitutionnelle fédérale (CCF) d'Allemagne a rendu un jugement très attendu relatif à une requête de protection juridique provisoire contre l'Accord économique et commercial global (AECG) Canada-Union européenne. La Cour a rendu un jugement de Salomon, quelque peu déroutant.

### 1. Le contenu du jugement

Soulignons avant tout qu'il ne s'agit pas d'une décision finale en la matière, mais d'un jugement relatif à une requête d'injonction provisoire fondée sur les dommages irréversibles qui pourraient se produire si la Cour ne prend aucune mesure. Les plaignants faisaient essentiellement valoir qu'une décision positive de l'Union européenne et de ses États membres de signer et d'appliquer l'AECG à titre provisoire violerait leurs droits au titre de la Constitution allemande (à savoir l'article 38(1) en lien avec l'article 79(3) et l'article 20(1) et (2)). Les plaignants (plus de 125 000 personnes en tout – notamment le parti de gauche Die Linke, des organisations de protection des consommateurs et un professeur de flûte – rassemblées sous la même procédure) souhaitaient que la Cour n'autorise pas l'Allemagne à approuver l'AECG dans le cadre du vote au Conseil de l'Europe.

La Cour a rejeté la requête. Elle a pourtant rendu l'un de ses fameux jugements de type « oui, mais ». La CCF a décidé que les représentants allemands pouvaient donner leur feu vert à l'AECG dans le cadre du sommet européen – ce qui exige, selon la Cour, un vote à l'unanimité, ce qui fait d'ailleurs l'objet de controverses parmi les experts juridiques européens – mais seulement si les trois conditions suivantes sont respectées :

1. Toute décision du Conseil à l'égard de l'AECG ne devra concerner que les parties de l'accord qui relèvent de la compétence exclusive de l'Union européenne.
2. Jusqu'à sa décision finale sur la constitutionnalité de l'Accord, la Cour exige un « soutien

populaire » suffisant de toute décision prise par les comités devant être établis au titre de l'AECG.

3. L'article 30.7(3)(c) de l'AECG doit être interprété de manière à autoriser l'Allemagne à mettre fin unilatéralement à l'application provisoire de l'AECG.

Dans son raisonnement, la Cour soulignait qu'une décision en faveur d'une exemption provisoire exige de bien peser les effets néfastes pour les plaignants de l'absence de mesure préliminaire émise par la Cour ainsi que les conséquences si la Cour ordonnait au gouvernement de désapprouver l'AECG dans le vote du Conseil. Le Cour considéra, d'une part, que les restrictions imposées au gouvernement allemand quant au développement et à sa participation active dans les politiques commerciales étrangères européennes, ainsi que les conséquences adverses pour la négociation et la conclusion par l'Union européenne dans son ensemble d'accords commerciaux pouvaient être immenses. Un vote négatif du représentant allemand au Conseil sur la signature et l'application provisoire de l'accord pourrait être irréversible et très certainement enterrer l'accord, et donc porter un coup sérieux à la réputation et à la fiabilité de l'Allemagne et de l'Union européenne. D'autre part, les conséquences d'un vote affirmatif pourraient permettre l'application provisoire de l'AECG, mais – s'agissant de la violation des droits des plaignants – pourraient ne pas être irréversibles si l'AECG est jugé contraire à la constitution allemande, question laissée expressément ouverte par les juges, qui l'examineront dans le cadre d'une autre procédure.

“ La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a rendu un jugement de Salomon, quelque peu déroutant, relatif à une requête de protection juridique provisoire contre l'AECG. ”

S'agissant de la première condition, l'application provisoire ne devra concerner que les parties de l'accord qui relèvent sans doute aucun de la compétence de l'UE. La Cour a souligné que le gouvernement allemand lui-même avait déclaré ne pas être d'accord avec les points contestés et suggéré que certains chapitres contenaient des points posant problème, notamment le système de règlement des différends et les investissements de portefeuille (chapitres 8 et 13), le transport maritime (chapitre 14), la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles (chapitre 11), ainsi que le commerce et le travail (chapitre 23).

S'agissant de la deuxième condition, la Cour considéra qu'il semble exister une menace imminente que les décisions prises par les comités établis au titre de l'AECG entraînent des conflits avec l'identité de la constitution allemande (« *Verfassungsidentität* », art. 79(3)). La Cour a donc exigé que les comités de l'AECG ne prennent de décision qu'une fois une position commune adoptée par le Conseil conformément à l'article 218(9) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à l'unanimité, appuyant donc l'idée du « soutien populaire » aux comités, mais donnant dans les faits à tous les États membres un droit de veto des décisions prises par les comités concernés.

“ La Cour a suggéré que l'Allemagne devrait continuer d'être en mesure de mettre fin unilatéralement à l'application provisoire de l'AECG. Elle n'a pas précisé comment cela devait être réalisé. ”

S'agissant de la dernière condition, la Cour indiqua que si les menaces que représente l'AECG risquaient de se matérialiser, le gouvernement allemand devrait conserver la possibilité de mettre fin à l'application provisoire de l'AECG par le biais d'une déclaration unilatérale. À cette fin, l'Allemagne devrait, conformément au droit international, notifier son interprétation de l'article 30.7(3)(c) de l'AECG, à savoir qu'elle pourra unilatéralement déclarer mettre fin à l'application provisoire de l'AECG.

## 2. Quelques observations liminaires

La CCF s'est faite connaître pour ses décisions portant sur des questions relevant de l'Union européenne, moins pour le résultat – au final elle déclara que les opérations monétaires sur titre (OMT) ne constituaient pas un acte *ultra vires*, et n'a pas non plus essayé de stopper l'AECG – que pour le raisonnement.

La Cour a accompli trois choses remarquables. Pour commencer, elle a placé le gouvernement allemand sous un contrôle strict. L'Allemagne ne peut approuver l'AECG qu'à certaines conditions qui ne constituent pas un simple obstacle, mais exigent de négocier au niveau de l'UE, peut être même avec le Canada. C'est pourquoi l'AECG est catégorisé par la CCF comme un « accord mixte » exigeant que les réglementations ne relevant pas de la compétence de l'UE soient exclues de l'application provisoire. La CCF a donc entamé un autre dialogue avec la Cour de justice de l'UE (CJUE), pas sur la protection des droits humains ou sur la portée des

pouvoirs de la Banque centrale européenne cette fois-ci, mais sur la délimitation de la compétence en matière de politiques commerciales communes. Elle a expliqué ce qu'elle considérait être les champs de compétence pouvant continuer de relever des États membres, notamment en matière de protection des investissements. L'on peut se demander s'il faudrait considérer cela comme un avertissement lancé à la CJUE de ne pas aller trop loin dans le cadre de son avis consultatif à venir Union européenne-Singapour (Affaire A-2/15) en déterminant que toutes les questions de commerce et d'investissement relèvent de la compétence explicite ou implicite de l'UE. Il ne fait cependant aucun doute que la Cour aurait pu être moins explicite et ne pas nommer les chapitres afin d'éviter tout risque d'interférence avec la compétence de la CJUE dans l'interprétation du droit de l'UE.

S'agissant des comités au titre de l'AECG, la CCF est également allée loin dans le droit européen. Elle interprète l'article 218(9) du TFUE comme exigeant une décision unanime du Conseil sur l'AECG, puisque, selon elle, ces comités sont des organes relevant de cette disposition. Ces conclusions pourraient cependant constituer des interprétations et suggestions allant au-delà des pouvoirs de la Cour allemande, et devraient plutôt être précisées par la CJUE.

Finalement, elle a placé le droit international dans la balance. La Cour a suggéré que l'Allemagne devrait continuer d'être en mesure de mettre fin unilatéralement à l'application provisoire de l'AECG. Elle n'a pas précisé comment cela devait être réalisé.

L'article 30.7(3)(c) de l'AECG prévoit : « [U]ne Partie peut mettre fin à l'application provisoire du présent accord par un avis écrit à l'autre Partie. L'application provisoire prend fin le premier jour du deuxième mois suivant cette notification. »

Si l'AECG est un accord mixte comme le suggère la CCF, trente parties (en tous cas tant que le Royaume-Uni est membre de l'Union européenne) couvriront les compétences de l'Union européenne et de ses États membres. Toutefois, l'application provisoire ne concerne que les parties de l'accord relevant exclusivement de l'UE. Par sa décision, la Cour semble suggérer que l'Allemagne est une partie à l'accord et donc en position de mettre fin à l'application provisoire « du présent accord » au titre de l'article 30.7(3)(c) de l'AECG. En effet, au titre de l'AECG, le terme « partie » signifie le Canada d'une part, et l'Union européenne et tous ses États membres d'autre part.

Toutefois si seules les parties de l'AECG relevant de la compétence exclusive de l'UE sont appliquées à titre provisoire, l'Allemagne y est assujettie au titre de l'effet contraignant général du droit européen (article 216(2) du TFUE). L'Allemagne peut-elle, par un acte unilatéral, mettre fin à l'application provisoire des parties de l'AECG relevant de la compétence

exclusive de l'UE ? À mon avis, une déclaration unilatérale ne peut altérer l'effet contraignant d'un accord conclu par l'UE, sinon cela implique une altération d'une disposition générale du TFUE. Dans ce cas, toute notification unilatérale de résiliation par l'Allemagne n'aurait absolument aucun effet, et ne mettrait pas fin à l'application des parties de l'AECG relevant de la compétence exclusive de l'UE.

Ou bien l'Allemagne pourrait-elle agir au nom de l'Union européenne ? En se basant sur le fait qu'un acte unilatéral est exigé par le Conseil, tout État membre de l'UE est à tout moment en mesure de mettre fin unilatéralement à l'application provisoire de l'accord. Toutefois, une déclaration unilatérale ne peut être considérée comme un acte contraire à une décision unanime du Conseil de l'Europe, et ni l'Allemagne ni aucun État membre ne peut unilatéralement agir au nom de l'UE et de ses organes.

“ Une déclaration unilatérale ne peut être considérée comme un acte contraire à une décision unanime du Conseil de l'Europe, et ni l'Allemagne ni aucun État membre ne peut unilatéralement agir au nom de l'UE et de ses organes. ”

La troisième option consiste à aborder plus généralement l'éventuelle entrée en vigueur de l'AECG. Au titre de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités entre les États et les organisations internationales, ou entre les organisations internationales (CVDT-OI), un État ou une organisation internationale peut mettre fin à l'application provisoire s'il notifie les autres parties de son intention de ne pas devenir partie au traité. Si l'AECG est un accord mixte, la ratification des trente parties est nécessaire pour l'entrée en vigueur finale de l'AECG. L'on pourrait avancer qu'une déclaration unilatérale de l'Allemagne fondée sur le fait que l'AECG est contraire à la constitution allemande signifierait en effet que l'Allemagne ne ratifiera pas l'accord. Au titre du principe de solidarité, la déclaration unilatérale pourrait mener à une décision connexe du Conseil de notifier le Canada de la fin de l'application provisoire de l'AECG au nom de toute l'Union européenne. Cela ne constituerait cependant pas le pouvoir unilatéral de résiliation tel qu'exigé par la CCF.

### 3. Conclusion : un casse-tête salomonien

Nous avons de nouveau la preuve que le concept d' « accord mixte » est un cauchemar pour toutes les parties concernées – l'Union européenne et ses

organes, les États membres européens, les citoyens européens et les tribunaux constitutionnels. En réalité, le fait de négocier un accord unique puis de le diviser et le découper en morceaux pourrait être contraire à l'esprit de tout accord international et ne met pas suffisamment l'accent sur le fait que les parties sont convenues de l'accord dans son ensemble.

“ Le fait de négocier un accord unique puis de le diviser et le découper en morceaux pourrait être contraire à l'esprit de tout accord international. ”

La Cour s'est trouvée dans une position difficile, moins du fait des questions juridiques qui lui ont été posées – puisque c'est bien là le rôle d'une cour constitutionnelle – que du fait que le jugement a été rendu sur une requête de mesure provisoire une douzaine d'heures après la tenue de l'audience. Toute décision qui ne porte pas attention aux effets pour toutes les parties impliquées et affectées pourraient avoir des conséquences délétères. Quant à savoir si la Cour, par sa désignation explicite des chapitres et des questions de compétences, son étrange exigence de « soutien populaire » des comités et sa condition plutôt surprenante de conserver la capacité de mettre fin unilatéralement à l'application provisoire de l'AECG, a trouvé par sa décision un compromis prudent dépend de chaque observateur\*. Alors que les observateurs essayent encore de résoudre le casse-tête salomonien posé par la CCF, les États membres, l'UE et le Canada ont signé l'AECG le 30 octobre 2016, et celui-ci s'appliquera à titre provisoire après l'approbation du Parlement européen. D'ici là, les plaignants ont demandé d'autres mesures provisoires fondées sur le fait que selon eux, le gouvernement allemand n'a pas suffisamment respecté les conditions définies par la CCF.

#### Auteur

Jelena Bäumlér est Professeure assistante de droit public, européen et international à l'Université de Rostock, où elle enseigne le droit commercial international et le droit économique européen.

Une version précédente de cet article a été publiée par Simon Lester le 14 octobre 2016 sur le blog « International Economic Law and Policy » à l'adresse <http://worldtradelaw.typepad.com/ielblog/2016/10/jelena-baumlér-on-the-german-federal-constitutional-courts-judgment-on-ceta-.html>.

#### Notes

\* Bundesverfassungsgericht. (2016, octobre 13), 2 BvR 1368/16. Applications for a Preliminary Injunction in the "CETA" Proceedings Unsuccessful. *Communiqué de presse n° 71/2016 du 13 octobre 2016*. Tiré de <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html>

# La Déclaration interprétative conjointe de l'Inde pour les TBI : une tentative pour faire taire les fantômes du passé

## Sarthak Malhotra

## article 2



L'Inde dispose de Traités bilatéraux d'investissement (TBI) ou d'Accords bilatéraux de promotion des investissements (API) en vigueur avec 72 pays. La durée initiale de ces accords avec 25 pays n'a pas encore expiré. Le Gouvernement indien (le Gouvernement) a récemment lancé des négociations avec ces pays pour leur proposer une déclaration interprétative conjointe (la Déclaration) contenant des précisions similaires à celles apportées par le texte du nouveau modèle de TBI de l'Inde. Nous présentons ci-dessous neuf des principales précisions contenues dans la Déclaration.

### 1. La définition de « l'investisseur »

D'après la Déclaration (paragraphe 2), la définition de « l'investisseur » ne couvre que les personnes morales établies au titre du droit du pays d'origine et dont le siège se trouve sur le territoire du pays d'origine. Elle ajoute par ailleurs que ces personnes morales doivent se livrer à des « opérations commerciales substantielles » excluant expressément les arrangements visant l'évasion fiscale et la détention passive d'actifs tels que les stocks, les titres et les terres (paragraphe 2.1(a)). Afin de souligner l'importance des « liens directs, réels et transparents » avec l'économie des États parties, la Déclaration affirme que le terme « investisseur » ne couvre pas les entités nationales ou celles investissant par le biais d'une entité relevant d'un État non-partie (paragraphe 2.2).

### 2. La définition de « l'investissement »

Le paragraphe 4.1 précise que « l'investissement » n'inclut pas les activités pré-établissement. La Déclaration présente également le test utilisé pour déterminer ce que constitue un « investissement », basé sur le test de *Salini* (paragraphe 4.3)<sup>5</sup>. Tirant des leçons du jugement défavorable rendu dans l'affaire *White Industries c. l'Inde*<sup>6</sup>, le paragraphe 4.3 exclut de la portée de « l'investissement » les ordonnances ou les jugements recherchés ou obtenus par le biais d'une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale.

Finalement, pour répondre aux nombreux recours de grandes entreprises comme Vodafone ou Cairn Energy auxquels l'Inde fait face du fait de ses revendications fiscales rétroactives, le paragraphe 5.1 précise que les mesures fiscales ne sont pas protégées par les TBI.

### 3. Le traitement juste et équitable (TJE)

La Déclaration précise que les obligations du pays

au titre de la norme de traitement juste et équitable ne couvrent que la norme de traitement minimal du droit international coutumier (paragraphe 6.1). Le Gouvernement cherche ici à restreindre la large interprétation de la norme TJE.

Au titre de son paragraphe 6.2, la Déclaration prévoit également que la violation d'une disposition du TBI, ou de celle d'un autre accord international distinct, ne constitue pas une violation du TJE ; elle réaffirme ainsi le caractère autonome de cette norme distincte des autres. Dans *Philip Morris c. l'Australie*, Philip Morris arguait que les violations supposées par l'Australie de ses obligations au titre de certains accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) constituaient également des violations du TBI Australie-Hong-Kong par le biais de sa clause parapluie. Grâce à cette précision, le Gouvernement vise à se protéger contre ce type d'argument.

Au titre du paragraphe 6.3, les mesures prises pour protéger ou améliorer les éléments suivants ne constitueront pas une violation du TJE : (a) les ressources naturelles et l'environnement ; (b) la vie ou la santé humaine, animale ou végétale ; (c) le capital humain, les conditions de travail et les droits de l'homme ; (d) les conditions économiques et l'intégrité du système financier ; et (e) la mise en œuvre de mesures de la politique budgétaire, notamment fiscales.

La Déclaration précise également que le TJE ne rend pas les représentations et promesses contractuelles exécutoires au titre des TBI. Leur poids juridique doit être déterminé en vertu du droit applicable mentionné dans le contrat d'investissement ou en vertu du droit interne de l'État hôte (paragraphe 6.5(a)).

### 4. L'obligation des moyens efficaces

Dans l'affaire *White Industries*, bien que le TBI Inde-Australie ne prévise pas une obligation d'accorder à White Industries « les moyens efficaces de présenter des demandes et de réclamer des droits », le tribunal s'était appuyé sur la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) du traité pour emprunter la disposition sur « les moyens efficaces » du TBI Inde-Koweït et pour conclure que l'Inde était responsable d'un retard judiciaire.

Pour éviter que ce type de situation ne se reproduise, la Déclaration précise que l'obligation des « moyens efficaces » n'est qu'une simple obligation de ne pas nier « l'accès aux procédures judiciaires ou administratives conformément à la loi » et ne crée pas d'autres obligations substantives (paragraphe 7.1). Elle indique en outre expressément que la durée normale d'une procédure judiciaire ou administrative ne viole pas l'obligation des « moyens efficaces ». De plus, une violation de cette disposition ne peut être établie que si l'investisseur a épuisé toutes les voies de recours internes (paragraphe 7.2).

### 5. Les clauses parapluie

La Déclaration précise que les obligations contractuelles spécifiques réclamées au titre d'un TBI ne peuvent inclure que les obligations spécifiques conclues dans un contrat écrit et ne peuvent inclure « les actes réalisés par une autorité gouvernementale, administrative ou judiciaire en sa capacité régulatrice exclusive ou un décret ou une ordonnance administrative ou judiciaire » (paragraphe

8.1). Elle stipule également que toute interprétation de ces obligations contractuelles devra être conforme au droit applicable indiqué dans le contrat (paragraphe 8.2). Toutefois, pour établir une violation de la clause parapluie, l'investisseur devra se tourner vers le mécanisme de règlement des différends prévu par le contrat. Le recours au mécanisme du TBI n'est accessible que si le contrat ne prévoit aucune procédure spécifique (paragraphe 8.3). Nous pensons que cela pourrait réduire la portée de la clause parapluie, car cela souligne la distinction entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage de l'investissement, que les clauses parapluie atténuent.

## 6. Le Traitement national (TN) et la Nation la plus favorisée (NPF)

Le tribunal de l'affaire *White Industries* affirmait que la disposition NPF pouvait être utilisée pour emprunter des dispositions plus importantes – mais pas celles relatives au règlement des différends – de traités de tiers. La Déclaration affirme que la clause NPF ne permet pas de sélectionner les dispositions d'autres traités (paragraphe 9.2(a)). Elle réaffirme également la position du tribunal selon laquelle la clause NPF ne s'applique pas au mécanisme de règlement des différends contenu dans les TBI ou à « d'autres questions de procédure ou de compétence, quelles que soient les circonstances » (paragraphe 9.2(b)).

La Déclaration précise également que l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire de poursuivre, y compris le pouvoir d'appliquer une loi ou une réglementation, ne pourra constituer une violation de la clause NPF ou TN, tant que la loi sous-jacente n'est pas contraire au TBI (paragraphe 9.4).

Au titre de la Déclaration, le test des « circonstances similaires » utilisé dans l'analyse NPF et TN doit « s'appuyer sur des faits précis en tenant dûment compte du contexte ». À cette fin, la Déclaration propose une liste de facteurs pertinents devant être pris en compte, tels que les effets potentiels et réels des investissements dans la communauté locale, et l'objectif des politiques ou mesures concernées (paragraphe 9.3(b)).

## 7. L'expropriation

La Déclaration affirme que pour déterminer si une mesure constitue une expropriation directe ou indirecte, il faut mener une analyse au cas par cas, fondée sur les faits. Elle précise également que les tribunaux devront tenir compte de facteurs tels que la destruction permanente totale ou quasi-totale de la valeur de l'investissement, et la privation des droits de gestion et de contrôle de l'investissement, pour déterminer s'il y a eu ou non expropriation (paragraphe 10.2). Elle précise en outre que l'ingérence dans la gestion ou le contrôle, lorsque menée de bonne foi et conformément à la législation du pays hôte, par exemple les lois financières ou sur les faillites, ne constitueront pas une expropriation (paragraphe 10.2(b)). Copiant les précisions apportées à la portée du TJE, la Déclaration précise que les mesures prises pour la réalisation d'objectifs spécifiques de politique publique ne constitueront pas une expropriation (paragraphe 10.3).

## 8. Les intérêts essentiels de sécurité

Afin de limiter la portée de l'examen des tribunaux dans les cas où la défense fondée sur les « intérêts essentiels de sécurité » serait invoquée, la Déclaration

prévoit que dans ces cas, aucun tribunal n'aura la possibilité « d'examiner le bien-fondé d'une quelconque décision, même lorsque la procédure arbitrale concerne l'évaluation d'un recours pour dommages et/ou indemnisation, ou d'une quelconque décision portant sur une question renvoyée devant le tribunal » (paragraphe 11.1).

## 9. Le règlement des différends

Pour établir l'existence d'un différend, un investisseur devra démontrer qu'il a subi des pertes réelles et non-spéculatives résultant directement, de manière prévisible, de la violation et que ses recours peuvent être examinés au titre du TBI (paragraphe 12.1). Au titre du paragraphe 12.1(c), un recours peut être examiné seulement s'il concerne une conduite du gouvernement, (b) que la conduite du gouvernement est finale et suivie d'effets, et (c) la conduite du gouvernement inflige un dommage définitif et concret qu'il est possible d'évaluer en tant que violation.

## Conclusion

La Déclaration recherche l'équilibre parfait entre la protection des investisseurs et des investissements étrangers face à certains comportements gouvernementaux, et le maintien de la capacité des États à adopter des mesures dans l'intérêt public. Les précisions apportées au TJE et à l'expropriation traduisent notamment la volonté de l'Inde de ne pas entraver son droit à réglementer. La Déclaration cherche également à faire des TBI un outil de promotion des pratiques commerciales éthiques. Elle soulève des questions importantes auxquelles il faudra répondre dans le cadre de la réforme par l'Inde de son régime de l'investissement étranger, et pourrait encourager d'autres pays en développement à mener à bien des réformes similaires.

## Auteur

Sarthak Malhotra est étudiant en dernière année de droit à l'Université nationale de droit de Gujarat, en Inde.

## Notes

1 Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED). (2016). *International investment agreements navigator (IIA navigator)*. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/96#iialnnerMenu>.

2 Ces pays sont l'Arabie Saoudite, Bahreïn, le Bangladesh, la Bosnie-Herzégovine, Brunei, la Chine, la Colombie, la Finlande, l'Islande, la Jordanie, le Koweït, le Laos, la Lettonie, la Libye, la Lituanie, la Macédoine, le Mexique, le Mozambique, le Myanmar, le Sénégal, la Serbie, le Soudan, la Syrie, Trinidad et Tobago, et la Turquie.

3 Déclaration interprétative conjointe consolidée de l'Inde (2016, février 8). Tiré de [http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Consolidated\\_Interpretive-Statement.pdf](http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Consolidated_Interpretive-Statement.pdf).

4 Gouvernement de l'Inde. (2015). *Texte modèle du traité bilatéral d'investissement indien*. Tiré de [http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Model\\_BIT.pdf](http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Model_BIT.pdf).

5 Pour une réflexion détaillée, voir Grabowski, A. (2014). The definition of investment under the ICSID Convention: A defense of Salini. *Chicago Journal of International Law*, 15(1), 287-309. Tiré de <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/13>.

6 *White Industries c. l'Inde*, Décision finale, 30 novembre 2011. Tiré de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>.

7 Nous pensons que les effets réels pourraient en fait être différents puisque d'après l'interprétation de plusieurs tribunaux arbitraux, la norme minimale de protection au titre du droit international coutumier a évolué compte tenu des effets des TBI sur la protection des propriétés étrangères. Voir par exemple *Chemtura c. le Canada*, Décision finale, 2 octobre 2010, para. 121. Tiré de [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf); *Mondev c. les États-Unis*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/2, Décision, 11 octobre 2002, paras. 116-117. Tiré de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>.

8 Voir *S.D. Myers c. le Canada*, Première décision partielle, 13 novembre 2000. Tiré de <http://www.italaw.com/documents/SDMyers-1stPartialAward.pdf>.

9 *White Industries*, supra note 6, paras. 11.4.19-20.

10 Dans *Apotex c. les États-Unis*, le tribunal conclut que la décision de la Federal Drug Administration des États-Unis d'imposer une « alerte à l'importation » sur certains médicaments fabriqués par Apotex mais pas sur ceux d'autres fabricants présentant des problèmes similaires constituait une discrimination de facto. Au final, il conclut toutefois que la discrimination avait un objectif légitime et qu'elle était donc justifiée au titre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). *Apotex c. les États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/1, Décision, 25 août 2014. Tiré de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3324.pdf>.

# article 3

## Le traitement spécial et différencié dans les Accords internationaux d'investissement

Riham Marii



### 1. Les origines du traitement spécial et différencié

Le traitement spécial et différencié (TSD) – conçu à l'origine sous l'égide du Système commercial multilatéral (SCM) dans les années 1960 pour apporter une plus grande flexibilité aux pays en développement vis-à-vis de leurs engagements commerciaux – a largement évolué dans les négociations commerciales et a également pris de l'importance dans les accords d'investissement.

Historiquement, dans le contexte commercial, le TSD est né d'un appel à la différenciation de la portée, des exemptions et de l'aide octroyées aux pays en développement. Le TSD a été codifié comme une règle normative de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) en 1979 dans la clause dite d'habilitation, qui prévoit un traitement préférentiel pour les pays en développement, non-réciproque, et correspondant à leurs besoins en termes de développement. Il offre aux pays en développement une marge de manœuvre politique<sup>1</sup> reflétant l'idée fondamentale selon laquelle il n'existe pas une approche unique. La décision inscrite dans le GATT permettait aux pays en développement de s'écarter de la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) et d'autres obligations relatives à la non-discrimination établissant un Système généralisé de préférences (SGP) dans le SCM. Le SGP préalable au cycle d'Uruguay prévoyait principalement des droits préférentiels pour les pays en développement, notamment un accès aux marchés renforcé, une souplesse dans l'adoption de mesures de protection et de réserves, et une dérogation aux disciplines du GATT<sup>2</sup>.

En rééquilibrant le principe du droit international de l'égalité souveraine, qui invite tous les États — quel que soit leur niveau de développement — à se conformer de manière égale aux accords internationaux, le TSD vise à permettre aux pays en développement de respecter leurs engagements sans toutefois que cela ne freine leur processus de développement. Le concept a gagné en importance suite au débat complexe portant sur la relation entre le commerce et le développement. Il s'est également nourri des inégalités économiques qui justifient l'application du principe de différenciation aux pays en développement, stipulant que « l'accès aux marchés devrait être établi à des conditions bénéficiant aux moins avantagés »<sup>3</sup>. Dans ce contexte, le TSD est né pour accorder formellement aux pays en développement des flexibilités et préférences dans la mise en œuvre des accords économiques, en fonction de leurs besoins et de leurs capacités.

### 2. Le TSD : du commerce à l'investissement

Pour ces mêmes raisons, le TSD a ensuite été reproduit dans les accords internationaux d'investissement, principalement dans ceux conclus entre pays en développement. Les

accords régionaux sud-sud incluaient notamment des annexes présentant des réserves, permettant à chaque partie contractante de tenir compte de ses objectifs politiques nationaux.

Le TSD est sans doute né sur la base de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui définit une réserve comme « une déclaration [...] faite par un État [...] par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État »<sup>4</sup>. Ainsi, le droit international établit une marge discrétionnaire pour déterminer la portée de chaque réserve. Dans un sens plus général, les réserves sont considérées comme un outil permettant d'ajuster les obligations au titre des traités pour les rendre conformes aux lois et réglementations des États.

Les droits préférentiels accordés aux pays en développement se sont intensifiés dans les années 1980 avec la prise de conscience croissante des effets externes des marchés et de leurs retombées sur l'industrie et les entreprises nationales des États hôtes. Cela est particulièrement vrai pour les pays en développement, puisque leurs entreprises nationales peuvent être spécialement vulnérables, notamment vis-à-vis des grands investisseurs multinationaux. Aussi, certains pays en développement ont incorporé ces impératifs dans leurs premiers accords. Voyons par exemple le traité bilatéral d'investissement (TBI) Chine-Japon de 1988 : « L'octroi par l'une ou l'autre des parties contractantes d'un traitement discriminatoire, conformément à ses lois et réglementations applicables, aux ressortissants ou entreprises de l'autre partie contractante, ne sera pas réputé moins favorable s'il s'avère réellement nécessaire pour des raisons d'ordre public, de sécurité nationale ou pour le bon développement de l'économie nationale »<sup>5</sup>.

Cette approche, alors sans précédent, a commencé à prendre de l'importance dans les accords régionaux. L'Accord unifié de 1980 pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes permet explicitement aux pays d'accorder des privilèges à certains investisseurs ou projets visant à soutenir le développement de l'économie nationale, de l'intégration régionale ou du transfert de technologie<sup>6</sup>. Notons également l'Accord pour la promotion et la protection des investissements de l'Association des nations d'Asie du sud-est (ANASE) de 1987, qui contient, en plus des réserves spécifiques des pays présentées en annexes, une disposition générale exigeant des investissements qu'ils soient conformes aux objectifs politiques nationaux, et aux lois et réglementations nationales<sup>7</sup>.

En outre, une notion plus large du TSD a été incluse dans le Protocole de 2006 sur la finance et l'investissement de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC). Elle prévoit des exceptions permettant d'accorder un traitement préférentiel à certains investissements et investisseurs en vue d'atteindre les objectifs nationaux de développement. Elle prévoit également des conditions plus favorables pour les Pays les moins avancés (PMA), sur la base de la non-réciprocité et des avantages mutuels, et garantit un traitement préférentiel pour les PMA en ce qui concerne l'ouverture des marchés et les dérogations aux mesures incitatives<sup>8</sup>. Le TSD a également été mentionné dans l'aide accordée aux PMA dans le cadre de cette coopération régionale et visant à stimuler le développement des États membres par le biais de l'investissement.

Des accords régionaux récents incluent des clauses explicites sur le TSD visant à exclure certains investissements ou activités économiques du traité ou de certaines de ses dispositions. Ils prévoient également la suspension provisoire et l'application progressive du traité ou de certaines de ses dispositions, c'est-à-dire une période de transition afin de

donner une certaine flexibilité aux États leur permettant de satisfaire leurs besoins en développement et d'autres préoccupations économiques rencontrées dans la réduction des disparités opérationnelles de ces accords. Par exemple, le projet de Code panafricain pour les investissements (PAIC) de 2015 prévoit, en plus des listes de réserves et des mesures exclues du traitement national et de la clause NPF, des prescriptions de résultat en faveur du développement, le traitement préférentiel des investissements et investisseurs éligibles, proportionnel aux objectifs nationaux de développement, et des périodes de transition<sup>9</sup>.

### 3. La résurgence du TSD dans les TBI : un contexte intrigant

Si le TSD apparaît de manière explicite dans les accords régionaux sud-sud, imposant des conditions minimales d'équité entre les parties tout en leur laissant une certaine latitude pour la mise en œuvre de leurs objectifs politiques nationaux, il n'apparaissait à l'origine que de manière indirecte dans les TBI, non pas dans des dispositions autonomes, mais plutôt dans le contexte du traitement juste et équitable (TJE), du traitement national et d'autres dispositions. Le TSD a toutefois gagné en importance dans les traités types récents grâce à un libellé explicite permettant de moduler les engagements et d'offrir un appui allant au-delà des préférences substantielles et concrètes prescrites dans les listes de réserves des pays. Les nouvelles caractéristiques du TSD incluent les mesures de sauvegarde, les exigences de performance, les obligations relatives au transfert de technologie et d'autres mesures de soutien, des exclusions générales et d'autres flexibilités en termes de procédure, impliquant un niveau réduit d'engagement et fonction du degré de développement de l'État.

Les TBI types récents affichent une tendance croissante à la modulation des engagements existants. Par exemple, le TBI type modernisé de l'Égypte reflète l'intérêt du pays pour la promotion du développement durable tout en tenant compte du niveau de développement du pays, comme l'on peut le voir dans les nouvelles clauses sur le traitement national et NPF. Il invoque également le droit international plutôt que de fixer une norme autonome en la matière, notamment en ce qui concerne le traitement juste et équitable (TJE) et la protection de la sécurité physique.

Le TBI type de l'Inde a lui entièrement supprimé les clauses NPF et TJE, et exclut les achats publics de la portée du traité, accordant implicitement un traitement préférentiel aux investisseurs nationaux<sup>10</sup>. En outre, il permet aux États d'adopter certaines mesures en vertu d'intérêts publics légitimes tels que l'environnement, la santé publique, la sûreté et l'ordre public, sans qu'il ne soit possible d'engager la responsabilité de l'État pour les violations du traité. Ces mesures doivent être prises de manière non-discriminatoire et non-arbitraire, de bonne foi et dans des circonstances similaires<sup>11</sup>.

De même, les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) du Brésil assujettissent la clause NPF et le traitement national aux objectifs sociaux publics légitimes. Les ACFI font la part belle à la facilitation de l'investissement par la promotion de la coopération technologique, scientifique et culturelle. Les accords prévoient l'échange d'information et d'expertise, ainsi que le transfert de technologie, et permet de prendre des mesures en faveur du développement dans remettre en cause les préoccupations des États en matière de sécurité<sup>12</sup>. Ces nouvelles caractéristiques reflètent le lien de causalité entre l'investissement et le développement, et sont conçues pour que l'investissement concorde avec les objectifs politiques nationaux de développement.

À la différence du contexte commercial, le TSD dans les traités d'investissement tend à dénigrer un traitement non-discriminatoire en donnant lieu à un traitement plus favorable, conforme au niveau de développement du pays. Les traités d'investissement sont toutefois similaires au

droit commercial dans le sens où ils adoptent une approche fondée sur l'exclusion de certaines obligations de la portée de l'accord, donnant ainsi à l'État le droit de déroger à certains de ses engagements qui pourraient affecter sa souveraineté ou qui ne sont pas conformes à ses intérêts légitimes en matière de développement.

### 4. Conclusion

Théoriquement justifié dans le cadre du SCM pour permettre aux États d'avoir des responsabilités différenciées au titre du même accord, le TSD est apparu dans le régime des investissements afin de compenser les déséquilibres des traités nord-sud, et il reflète naturellement l'importance croissante des questions de développement durable. Les accords régionaux d'investissement sud-sud utilisent le TSD principalement pour promouvoir l'investissement entre les parties. Cela a fait réfléchir les pays en développement, qui ont alors plaidé pour un fonctionnement plus favorable et efficace des accords commerciaux visant à promouvoir le développement dans le cadre du SCM.

Bien que les accords d'investissement sud-sud prévoient l'équilibre requis du régime des investissements, les déséquilibres présents dans les accords d'investissement nord-sud restent indéniables. Il n'est par conséquent pas certain que le TSD continue d'avoir une place de choix dans les TBI types des pays en développement et dans les TBI nord-sud, puisqu'ils s'écartent largement de la position des pays développés.

Finalement, il est important de rappeler que le TSD dépend de la manière dont les États hôtes adaptent et ajustent leurs obligations, d'une manière qui soit favorable à leur développement, et en fonction de leurs intérêts politiques nationaux. Toutefois, la résurgence d'un TSD plus large et plus explicite – même s'il arrive de manière opportune dans le contexte de la réforme du régime des investissements – laisse songeur quant à la manière dont il sera perçu dans ce nouveau contexte de l'investissement.

### Auteur

Riham Marii est Responsable des All à l'Autorité générale pour l'investissement et les zones franches auprès du ministère égyptien de l'Investissement. Elle a étudié l'économie à l'Université du Caire et a obtenu un Master en économie politique internationale de l'Université Pierre Mendès-France de Grenoble en France. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du gouvernement égyptien.

### Notes

1 Hoekman, B. (2005). Operationalizing the concept of policy space in the WTO: Beyond special and differential treatment. Dans *Reforming the World Trading System (Reforming the World Trading System, Capitulo 11)*. *Journal of International Economic Law*, 8(2), 405–424.

2 Institut international pour le développement durable (IISD). (2003, printemps). Special and differential treatment. *IISD Trade and Development Brief*, 2. Tiré de [http://www.iisd.org/pdf/2003/investment\\_sdc\\_may\\_2003\\_2.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_sdc_may_2003_2.pdf)

3 Garcia, F. J., & Ciko, L. V. (2003). Theories of justice and international economic law. In J. Linarelli (Ed.), *Research handbook on global justice and international economic law* (pág. 54–95). CCheltenham, Royaume Uni : Edward Elgar, pag. 71.

4 Convention de Vienne sur le droit des traités, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, art. 2(1)(d). Tiré de [https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume 1155/volume-1155-I-18232-English.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf).

5 Protocole se rapportant à l'Accord entre le Japon et la République populaire de Chine relatif à l'encouragement et la protection réciproques de l'investissement, 1er août 1988, para. 3. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/747>.

6 Accord unifié pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes, 26 novembre 1980, art. 16. Tiré de <http://www.pipa.ps/files/file/Unified-Agreement-for-the-Investments-of-Arab-Capital-en.pdf>.

7 Accord entre le gouvernement de Brunei Darussalam, la République d'Indonésie, la Malaisie, la République des Philippines, la République de Singapour, et le Royaume de Thaïlande pour la promotion et la protection des investissements, 15 décembre 1987, art. 3. Tiré de [http://asean.org/?static\\_post=the-1987-asean-agreement-for-the-promotion-and-protection-of-investments](http://asean.org/?static_post=the-1987-asean-agreement-for-the-promotion-and-protection-of-investments).

8 Protocole sur la finance et l'investissement, 18 août 2006, annexe 1 (coopération en matière d'investissement), art. 7 et 20. Tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2730>.

9 Projet de Code panafricain des investissements, mars 26 2016. Tiré de <http://www.uneca.org/sites/default/files/uploaded-documents/CoM/com2016/e1600511.pdf>.

10 Srividya, J. (2015). *Bringing the state back in: India's 2015 model BIT*. *Columbia FDI Perspectives*, 154. Tiré de <http://dx.doi.org/10.7916/D8RJ4HX6>.

11 Gouvernement de l'Inde (2015). *Model text for the Indian bilateral investment treaty*. Tiré de [http://indianbusiness.nic.in/newdesign/upload/Model\\_BIT.pdf](http://indianbusiness.nic.in/newdesign/upload/Model_BIT.pdf).

12 Les six ACFI signés par le Brésil en 2015 (avec l'Angola, le Chili, la Colombie, le Malawi, le Mexique et le Mozambique) sont disponibles sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27>.

## artículo 4

# La Conférence 2016 de la CNUCED sur les Accords internationaux d'investissement : une étape de plus dans la réforme des AI

James Zhan y Diana Rosert



Dans le cadre du Forum mondial de l'investissement 2016 (WIF)<sup>1</sup>, les négociateurs d'Accords internationaux sur l'investissement (AI) et plusieurs parties-prenantes se sont réunies le 19 juillet 2016 à la Conférence de haut niveau sur les AI à Nairobi au Kenya. Une cinquantaine de représentants de pays, de parlementaires, et de représentants d'organisations internationales et de la société civile ont abordé la première étape de la réforme des AI et la façon de passer à l'étape suivante.

La première étape fait référence au processus de réforme des AI qui a commencé il y a quelques années et qui constitue maintenant la manière normale d'élaborer des politiques internationales en matière d'investissement : bon nombre de pays ont révisé leurs réseaux d'AI, développé des modèles de traités contenant des dispositions affiniées, et négocié des traités plus favorables au développement durable ; d'autres ont lancé ces processus. D'après le **Rapport sur l'investissement dans le monde 2016**, plus de 100 pays ont lancé une réforme de leurs AI, utilisant souvent le **Cadre pour les politiques d'investissement au service du développement durable** et la **Feuille de route pour la réforme des AI** élaborés par la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) à titre d'orientation. S'appuyant sur les enseignements tirés jusqu'à présent, la deuxième étape vise une réforme complète, mais également à aborder la question du nombre importants d'AI.

Si le degré d'engagement dans la réforme des AI et les approches adoptées continuent de varier entre les pays et les régions, la première étape a vu l'émergence d'un consensus quant à la nécessité de réformer les AI. Lors de la conférence, les intervenants ont appuyé sans équivoque la réforme des AI, et ont adressé un message commun en faveur de la promotion des objectifs de développement durable, de la sauvegarde du droit à réglementer et à rechercher une approche équilibrée, tout en protégeant et en promouvant l'investissement étranger. Un autre message récurrent portait sur la nécessité d'adopter une approche plus coordonnée de la réforme des traités d'investissement

et du règlement des différends, notamment par le biais de l'intensification du dialogue sur le plan multilatéral. Plusieurs orateurs considéraient que la deuxième étape devait aborder la nature fragmentée des réponses actuelles à la réforme.

La Conférence sur les AI a été marquée par une grande volonté d'examiner différentes options et nouvelles suggestions relatives à la deuxième étape de la réforme des AI. Plusieurs intervenants ont considéré qu'il y avait des possibilités de collaboration à long terme, par exemple s'agissant d'un tribunal multilatéral des investissements, d'un mécanisme d'appel ou de lignes directrices pour l'élaboration de politiques sur l'investissement. Dans le même temps, des avertissements en lien avec certaines approches innovantes du règlement des différends relatifs aux investissements se sont faites entendre.

### Les principes directeurs du G20 relatifs à l'élaboration de la politique mondiale d'investissement

Les représentants de pays membres du G20 qui se sont exprimés lors de la Conférence sur les AI se sont félicités des principes directeurs du G20 relatifs à l'élaboration de la politique mondiale d'investissement et salué la contribution de la CNUCED à leur élaboration. Ces **principes directeurs non-contraignants** ont été acceptés lors d'un **Sommet ministériel du G20** à Shanghai en juillet, et adoptés par les dirigeants des pays du G20 lors du Sommet de Hangzhou en septembre. Quelques déclarations ont fait référence au développement de principes sud-sud sur l'investissement international au service du développement durable, sujet d'un événement parallèle organisé par l'Institut international du développement durable (IISD) et des autorités kényanes pour l'investissement (KenInvest) pendant le WIF. Cet **événement parallèle** a abordé la nécessité et la faisabilité de développer des principes de développement pour renforcer la coopération sud-sud pour une réforme complète du régime des investissements.

### La facilitation des investissements dans les AI et au-delà

Bon nombre d'intervenants considéraient que la facilitation des investissements faisait partie des questions les plus pressantes du programme de réforme au titre de la deuxième étape, s'appuyant également sur le Menu d'action globale de la CNUCED pour la facilitation des investissements. Compte tenu qu'il manque plusieurs billions de dollars pour financer les Objectifs du développement durable (ODD), ils ont suggéré que les mesures de facilitation prennent la forme d'un outil permettant de mobiliser l'investissement en faveur du développement durable, notamment dans les infrastructures de développement.

Les participants ont observé que les dispositions relatives à la facilitation des investissements étaient largement absentes des AI. Notant que le Menu

d'action de la CNUCED incluait des mesures visant à renforcer les aspects relatifs à la facilitation des investissements dans les AII, plusieurs intervenants ont soutenu l'inclusion de telles dispositions. Un délégué a ajouté que son pays utilisait un nouveau modèle incluant des dispositions sur la facilitation des investissements et reflétaient les éléments proposés dans le Menu d'action de la CNUCED.

Le rôle des mesures de facilitation des investissements prises au niveau national et par les institutions compétentes – telles que les agences de promotion de l'investissement, les guichets uniques et les comités interministériels – a également été souligné. Plusieurs participants ont suggéré que l'on étudie plus avant la possibilité de faciliter les investissements par le biais de politiques nationales et internationales, sur la base du Menu d'action de la CNUCED.

### **Le droit de réglementer et l'investissement responsable**

Bon nombre d'intervenants ont considéré que la sauvegarde du droit de réglementer et l'équilibre des droits et des obligations des États et des investisseurs étaient les principaux objectifs de la réforme des AII. Plusieurs d'entre eux ont également suggéré que les AII tiennent compte des normes promouvant les droits de l'homme ainsi que la protection de la santé, l'environnement et le droit du travail. Certains ont fait remarquer que leurs AII incluaient déjà des dispositions sur ces points. L'Accord économique et commercial global (AECG) Canada-Union européenne, qui contient un article réaffirmant le droit de réglementer, ainsi qu'une clause de « non-stabilisation », a été cité à titre d'exemple récent. Plusieurs orateurs se sont dits favorables à la promotion d'un investissement responsable. Une partie-prenante a suggéré que la CNUCED et d'autres organisations travaillent davantage sur les obligations contraignantes pour les investisseurs au titre des AII, et sur le lien entre investissement et développement durable.

S'agissant du fond des AII, les participants ont identifié les définitions de l'investissement et de l'investisseur, du traitement juste et équitable, de l'expropriation indirecte, de la clause parapluie, du refus des avantages et de la clause de survie comme étant des dispositions devant être abordées dans le cadre des efforts de réforme. Il a été suggéré, entre autres, de mener à bien d'autres recherches sur la définition du portefeuille d'investissement, du terme « activités commerciales substantielles » et sur la portée du droit de réglementer.

### **La réforme de l'arbitrage investisseur-État : système judiciaire, mécanismes d'appel et mécanismes alternatifs de règlement des différends**

Dans le cadre de la deuxième étape de la réforme, l'on a considéré qu'il fallait continuer d'étudier les alternatives de réforme de l'arbitrage investisseur-État. Bon nombre d'intervenants ont salué la proposition européenne visant à créer un système judiciaire international, composé d'un tribunal de première instance et d'un tribunal d'appel, ainsi que

son incorporation dans les accords signés par l'UE avec le Canada et le Vietnam. Cette proposition a été considérée comme une option innovante permettant de répondre aux préoccupations relatives à la légitimité et à d'autres aspects du mécanisme actuel de règlement des différends investisseur-État (RDIE).

Le représentant de l'UE et plusieurs États membres européens ont suggéré que l'inclusion de systèmes de tribunaux des investissements dans les traités individuels pourraient constituer une étape vers la création d'une cour des investissements multilatérale. Un participant a ajouté qu'un traité multilatéral pourrait établir une telle instance pour remplacer les tribunaux arbitraux au titre des traités actuels. Un autre intervenant a averti qu'il n'était pas certain qu'un tribunal des investissements permettrait de renforcer l'équité et l'impartialité et que cette approche pourrait comporter des risques.

Plusieurs intervenants ont suggéré de renforcer les mécanismes de prévention des différends et de règlements alternatifs. Certains représentants ont présenté les mesures prises par leurs États dans le cadre de la législation nationale et des traités d'investissement pour encourager le règlement des différends par d'autres voies que l'arbitrage. Ils ont par exemple créé des comités conjoints chargés de la médiation des différends, ou des ombudsmans chargés de faciliter les relations entre les investisseurs et le gouvernement.

Certains intervenants ont également suggéré d'envisager d'utiliser les cours nationales et régionales comme alternatives à l'arbitrage. L'un des orateurs a fait référence au nouveau traité modèle de son pays, qui exige l'épuisement des recours locaux avant de se tourner vers l'arbitrage. Le représentant d'un autre pays a présenté l'idée d'un traité incluant l'arbitrage entre États plutôt qu'entre investisseurs et États. Deux autres personnes ont fait remarquer que le RDIE était un composant nécessaire des AII.

Pour aider les pays aux ressources et à l'expertise limitées, le représentant d'un pays a proposé de créer une agence juridique consultative pour le règlement des différends relatifs aux investissements, par exemple sur le modèle du Centre consultatif sur la législation de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

“Bon nombre d'intervenants ont considéré que la sauvegarde du droit de réglementer et l'équilibre des droits et des obligations des États et des investisseurs étaient les principaux objectifs de la réforme des AII.”

### Intensification de la collaboration et de la coordination lors de la deuxième étape de la réforme des AII

Plusieurs intervenants ont discuté de la manière de faire face à la fragmentation des efforts de réforme des AII et d'élaboration des traités. Certains ont suggéré qu'il était souhaitable d'avoir plus de dialogues et d'échanges au niveau multilatéral. Parmi les possibilités d'engagement multilatéral, les intervenants ont proposé d'intensifier les discussions sur la création d'un tribunal des investissements multilatéral ou d'un mécanisme d'appel mondial, et de dégager des consensus sur la portée des dispositions clé. Ce dernier point pourrait être soutenu par le partage de bonnes pratiques.

Le dégagement de consensus, et l'intensification de la collaboration et de la coordination entre les pays pourraient également contribuer à surmonter les faiblesses des traités existants. Plus spécifiquement, un intervenant a suggéré de voir si la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (la Convention de Maurice) pourrait servir de modèle pour réformer l'énorme quantité de traités d'investissement ne contenant aucune sauvegarde ainsi que pour préciser le libellé de traités plus récents.

“ Certains intervenants ont suggéré qu'il était souhaitable d'avoir plus de dialogues et d'échanges au niveau multilatéral. Le dégagement de consensus, et l'intensification de la collaboration et de la coordination entre les pays pourraient également contribuer à surmonter les faiblesses des traités existants. ”

Plusieurs intervenants ont souligné leur volonté de tirer les enseignements d'autres approches, et suggéré que la flexibilité, le pragmatisme, l'ouverture et la créativité pourraient faciliter la réforme des AII. Un participant a souligné le rôle de la société civile dans ces efforts.

Bon nombre d'orateurs ont appelé à un développement des activités de renforcement des compétences et d'assistance technique par la CNUCED et d'autres parties-prenantes, en vue de soutenir les efforts de réforme des réseaux complexes d'AII, notamment des pays en développement et les moins avancés. Plusieurs intervenants représentants de pays en

développement ont attiré l'attention sur les difficultés dans les négociations et renégociations des traités. L'on a fait remarquer que le Cadre pour les politiques d'investissement et la Feuille de route pour la réforme des AII de la CNUCED offraient des conseils utiles sur ces points. L'on a demandé à la CNUCED qu'elle développe d'autres outils politiques pour soutenir les processus de réforme des AII, par exemple une liste de points de contrôle ou un plan d'action pour la deuxième étape de la réforme.

De nombreux intervenants ont demandé à la CNUCED et à d'autres organisations telles que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) de continuer d'offrir une plateforme de dialogue politique sur la réforme des AII et du RDIE.

### Renouveau du mandat sur les AII et le développement durable

En parallèle du WIF, les 194 États membres de la CNUCED se sont rencontrés à Nairobi pour la 14<sup>ème</sup> session de la CNUCED et ont atteint un consensus sur le programme de travail de la CNUCED pour les quatre années à venir. Le document final – le Maafikiano de Nairobi – donne à la CNUCED un rôle central dans la réalisation des ODD et aborde un large éventail d'activités dans les domaines du commerce, de l'investissement et du développement. Il affirme également que la CNUCED devrait « poursuivre son programme de réunions et de consultations avec les États membres sur les [AII] conformément au Programme d'action d'Addis-Abeba, continuer de servir de cadre au débat international dans ce domaine, et aider les États membres à renforcer l'optique du développement, s'il y a lieu » (paragraphe 38(l)). La CNUCED devrait également continuer de « promouvoir une meilleure connaissance des questions relatives aux [AII] et à leur contribution au développement » (paragraphe 55 (hh)). Cela représente un cadre solide pour le travail de la CNUCED sur la réforme des AII dans les années à venir.

Les enregistrements vidéo et les déclarations de la Conférence sur les AII sont disponibles sur <http://unctad-worldinvestmentforum.org/programme2016/international-investment-agreements-conference-2016>

#### Auteurs

James Zhan est directeur de la division de l'investissement et des entreprises de la CNUCED et rédacteur en chef du Rapport sur l'investissement dans le monde. Diana Rosert est associée aux affaires juridiques à la Section sur les Accords internationaux d'investissement de la CNUCED. Les opinions exprimées dans cet article sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de la CNUCED.

#### Notas

1 Le WIF de la CNUCED est une réunion biennale multipartite de haut-niveau conçue pour faciliter le dialogue et les actions autour des principaux défis émergents en matière d'investissement. Voir <http://unctad-worldinvestmentforum.org>.

2 Le cadre pour les politiques d'investissement au service du développement durable de la CNUCED a été utilisé comme référence.

3 Le Menu d'action globale de la CNUCED pour la facilitation des investissements était au cœur des débats du WIF 2016. Plusieurs événements individuels ont fait référence à la nécessité de soutenir la facilitation des investissements par le biais d'un plan d'action concret mondial. Le Menu d'action globale de la CNUCED mis à jour en septembre 2016 est disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/News/Hub/Home/519>.

# nouvelles en bref

## L'élection de Trump affecte les négociations des accords méga-régionaux, notamment le PTCl, le PTP et le PEIR

En septembre, les **représentants de l'UE** reconnaissent qu'il était peu probable que les négociations du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) entre l'UE et les États-Unis soient conclues avant la fin du mandat du Président étasunien Barack Obama. Après le 9 novembre, lorsque le candidat républicain protectionniste Donald Trump a gagné les élections présidentielles des États-Unis, l'avenir des négociations du PTCI est devenu encore plus incertain. Le 11 novembre, la commissaire européenne au commerce Cecilia Malmström a déclaré : « **Le TTIP va être probablement mis au congélateur** et ensuite que va-t-il se passer quand il va être décongelé ? Je pense que nous devons attendre et voir ce qui va se passer ».

Si la position de Trump sur le PTCI n'est pas claire, il s'est clairement positionné pendant sa campagne contre les accords commerciaux multilatéraux existants, notamment le Partenariat transpacifique (PTP) **signé plus tôt dans l'année**, et même contre l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), en vigueur depuis 1994. Le 22 novembre, le **Président élu a annoncé** que le jour de son investiture (le 20 janvier 2017), il lancerait le processus de retrait des États-Unis du PTP, qualifiant l'accord de « désastre potentiel » pour le pays. Il a ajouté « À la place, nous négocierons des traités commerciaux bilatéraux et justes qui ramèneront les emplois et l'industrie sur le sol américain ».

En réponse, le **Premier ministre japonais Shinzo Abe a déclaré** que « le PTP sans les États-Unis n'aurait pas de sens ». Le PTP – signé par l'Australie, Brunei, le Canada, les États-Unis, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande et le Vietnam – inclut une clause empêchant son entrée en vigueur sans la ratification des États-Unis. Le **ministre péruvien du Commerce Eduardo Ferreyros** a proposé de nouvelles discussions : « Nous pouvons modifier cette clause et en profiter pour en modifier d'autres qui pourraient nous gêner ». Le **ministre australien du Commerce Steven Ciobo a également déclaré** que les pays pouvaient poursuivre en amendant l'accord et en y ajoutant pourquoi pas de nouveaux membres.

Les analystes voient dans le retrait des États-Unis du PTP une occasion pour la Chine de jouer un rôle prépondérant dans les négociations des questions commerciales et d'investissement en Asie-Pacifique. La Chine négocie actuellement la Zone de libre-échange de l'Asie-Pacifique (ZLEAP) et le Partenariat économique intégral régional (PEIR). Ce dernier exclut les États-Unis, mais inclut l'Australie, la Corée du Sud, l'Inde, le Japon et la Nouvelle-Zélande, ainsi que dix États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE). Pendant le sommet de la Coopération économique Asie-Pacifique (APEC) tenue au Pérou les 19 et 20 novembre, **Tan Jian, un haut fonctionnaire chinois, a déclaré** que le Chili, le Pérou et d'autres pays envisageaient maintenant de prendre part aux négociations sur le PEIR, et que les partenaires actuels aux négociations visaient à conclure l'accord le plus rapidement possible pour contrer le protectionnisme.

## Le Traité bilatéral d'investissement (TBI) entre le Brésil et l'Inde ; on attend la publication du texte

Lors du **Dixième Forum annuel des négociateurs des pays en développement** tenu à Colombo au Sri Lanka du 7 au 10 novembre dernier, des représentants du Brésil et de l'Inde ont annoncé avoir récemment paraphé un Traité bilatéral d'investissement (TBI).

Depuis 2015, le Brésil a conclu sept TBI (avec l'Angola, le

Chili, la Colombie, le Malawi, le Mexique, le Mozambique et le Pérou) sur la base de son **nouveau modèle d'Accord de coopération et de facilitation des investissements** (ACFI), qui promeut la facilitation des investissements et la prévention des différends par la création d'un ombudsman dans chaque État contractant, et d'un comité conjoint. En décembre 2015, l'Inde a approuvé son **modèle de TBI** révisé qui évite les termes « traitement juste et équitable » (TJE) ainsi que la clause de traitement de la Nation la plus favorisée (NPF), même s'il inclut une disposition sur la norme de traitement, et inclut des obligations pour l'investisseur.

Le TBI Brésil-Inde inclurait des éléments tirés de ces deux approches. Il inclut par exemple des éléments relatifs à la coopération et la facilitation en matière d'investissement et privilégie la prévention des différends plutôt que l'arbitrage investisseur-État conformément à l'approche brésilienne ; et il ne fait pas référence au TJE et n'inclut pas de disposition NPF, conformément au modèle indien.

## L'AECG est signé ; le Canada et l'Union européenne « œuvreront rapidement » à la création d'un tribunal multilatéral des investissements

Au cours du sommet entre le Canada et l'Union européenne tenu à Bruxelles le 30 octobre dernier, les deux partenaires aux négociations ont signé l'**Accord économique et commercial global** (AECG), après sept années de négociations. Le **Président de la Commission européenne Jean-Claude Juncker l'a qualifié** de « meilleur [accord commercial] jamais négocié par l'Union européenne » et a ajouté qu'il fixe le niveau des ambitions européennes pour les autres accords commerciaux.

Les dirigeants canadiens et européens ont également signé un **Instrument interprétatif commun** dans lequel ils reconnaissent que « le droit de fixer des règles dans l'intérêt public » est une valeur fondamentale. L'instrument considère l'AECG comme « un changement important et radical dans le domaine des règles en matière d'investissements et du règlement des différends », et qu'il jette les bases pour un tribunal multilatéral des investissements, que l'UE et le Canada se sont engagés à créer « rapidement ».

La signature de l'accord avait fait l'objet de nombreux doutes tout juste quelques semaines auparavant. Le 18 octobre, le parlement régional belge de **Wallonie avait décidé** de ne pas donner au gouvernement fédéral belge l'autorisation de signer l'AECG. La cérémonie de signature prévue pour le 27 octobre avait donc été annulée. Le jour-même, les dirigeants politiques belges s'étaient mis d'**accord pour soutenir l'AECG**.

Au titre de cet **accord**, la Wallonie aurait obtenu des garanties selon lesquelles l'AECG n'affecterait pas les agriculteurs locaux, que la participation des États au **système de tribunal d'investissement** (STI) dépende d'une approbation spécifique des États membres européens à titre individuel, et que la Belgique demande à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) un avis consultatif sur la comptabilité du mécanisme STI avec le droit européen.

Le parlement européen **devra ratifier** l'AECG pour que celui-ci s'applique à titre provisoire à l'Union européenne. Cependant, le STI ne s'appliquera pas à titre provisoire, du fait des garanties exigées par la Wallonie. Il ne sera donc mis en œuvre qu'après la ratification de l'accord par chacun des États membres de l'UE. Entre temps, les représentants canadiens et européens définiront les détails du système, notamment le processus de sélection des juges, le recours au STI par les petites entreprises, et le mécanisme d'appel.

# sentences et décisions

## **Le Venezuela doit payer 1 milliard USD pour l'expropriation de l'investissement d'une entreprise minière canadienne**

*Rusoro Mining Ltd. c. la République bolivarienne du Venezuela, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/5*

**Claudia María Arietti López**

Dans une décision datée du 22 août 2016, un tribunal du mécanisme supplémentaire du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a condamné le Venezuela à verser 966,5 millions USD plus intérêts à l'entreprise canadienne Rusoro Mining Limited (Rusoro) pour l'expropriation illégale de son investissement minier.

### *Le contexte et les recours*

Entre 2006 et 2008, en acquérant les participations majoritaires dans 24 entreprises vénézuéliennes, Rusoro acquit indirectement 58 concessions et contrats miniers pour l'exploration et la production d'or au Venezuela.

À l'époque, le Venezuela avait déjà prévu une limite à l'exportation d'or, entre autres restrictions. En avril 2009, le pays introduisit de nouvelles limitations, et en juillet 2010, il assouplit les règles pour les entreprises publiques tout en réaffirmant les restrictions imposées aux entreprises privées. Finalement, en juillet 2010, le Venezuela réduisit les restrictions et unifia le régime pour les producteurs privés et publics.

Le 17 août 2011, le Président Hugo Chávez annonça la nationalisation de l'industrie minière aurifère au Venezuela. Le 16 septembre 2011, il émit un décret de nationalisation prévoyant le contrôle par l'État des propriétés et des droits miniers de toutes les entreprises aurifères, et ordonna le transfert de toutes les concessions ou contrats existants à des entreprises mixtes, contrôlées par l'État.

Après six mois de négociation, Rusoro et le Venezuela ne purent se mettre d'accord sur le montant de l'indemnisation. Aussi, le 17 juillet 2012, Rusoro lança un arbitrage, arguant que le Venezuela avait exproprié son investissement, entre autres violations du TBI Venezuela-Canada. Rusoro réclamait une indemnisation d'environ 2,3 milliards USD plus intérêts.

### *Le tribunal rejette toutes les objections du Venezuela à la compétence*

D'abord, le Venezuela argua que puisque les recours de Rusoro pour expropriation se fondaient également sur les mesures prises par le Venezuela en 2009 et 2010, le différend était prescrit par le délai de prescription de trois ans prévu par le TBI. Le tribunal détermina que seules les mesures prises par le Venezuela avant le 17 juillet 2009 (trois ans avant le dépôt de la demande d'arbitrage) étaient prescrites.

Dans la deuxième objection, le Venezuela arguait que

le mécanisme supplémentaire du CIRDI n'avait pas compétence, puisque le pays avait déjà dénoncé la Convention du CIRDI lorsque l'arbitrage avait été enregistré (en août 2012). Se rangeant du côté de Rusoro, et conformément à la décision dans l'affaire *Venoklim c. Venezuela*, le tribunal détermina que la date à prendre en compte était celle de la demande d'arbitrage (le 17 juillet 2012), date à laquelle le Venezuela était encore membre du CIRDI. Les marques de commerce confèrent un droit exclusif excluant les autres de l'utilisation, mais pas un droit absolu d'utilisation.

Le Venezuela argua également que Rusoro avait violé l'article 29 du code minier vénézuélien, qui prévoit une autorisation préalable du ministère des Mines avant l'acquisition de droits miniers, et donc, que Rusoro n'était pas un investisseur protégé et qu'il ne disposait pas d'un investissement protégé au titre du TBI. Le tribunal ne suivit pas le Venezuela et conclut que l'article 29 du code minier ne s'appliquait pas à l'acquisition indirecte d'entreprises détenant des droits miniers.

*Les recours de Rusoro pour expropriation directe sont recevables car le Venezuela ne lui a pas accordé une « indemnisation rapide, adéquate et effective »*

Rusoro arguait que, par son décret de nationalisation de 2011, le Venezuela avait exproprié ses investissements, violant ainsi le TBI. Le Venezuela indiqua, quant à lui, que le TBI prévoyait les nationalisations et qu'il avait respecté les prescriptions du traité en la matière, sauf pour l'indemnisation. D'après le pays, l'échec des négociations pour déterminer le montant de l'indemnisation ne rendait pas, *en soi*, la nationalisation illégale.

Puisque les deux parties reconnaissaient qu'il y avait eu expropriation, le tribunal analysa la légalité de l'expropriation. Il nota que si le Venezuela avait exproprié dans l'intérêt public, en appliquant les procédures légales et de manière non discriminatoire, il n'avait pas accordé une indemnisation rapide, adéquate et effective à Rusoro. Il détermina donc que l'expropriation était illégale.

S'agissant de l'obligation relative à l'objectif d'intérêt public, le tribunal souligna que les États ont le pouvoir discrétionnaire d'établir leurs politiques publiques et que le décret de nationalisation précisait clairement l'objectif d'intérêt public de l'expropriation.

En outre, le tribunal détermina que l'expropriation avait été menée dans le respect des procédures légales car Rusoro disposait, en vertu du droit vénézuélien, de deux possibilités de contester le décret de nationalisation, ce qu'elle n'avait pas fait.

S'agissant de l'obligation d'agir de manière non discriminatoire, le tribunal détermina que les

investisseurs vénézuéliens et étrangers étaient également affectés par le décret de nationalisation.

S'agissant de l'obligation d'accorder une indemnisation, Rusoro alléguait n'avoir jamais reçu aucune indemnisation et que les négociations n'étaient « qu'une façade » (para. 398), puisque le décret de nationalisation limitait l'indemnisation à la valeur comptable. À l'inverse, le Venezuela affirma avoir négocié avec Rusoro de bonne foi pendant six mois et que Rusoro n'avait pas reçu d'indemnisation car elle avait rejeté l'offre du Venezuela.

Le tribunal souligna que la norme pour l'indemnisation établie par le TBI était la « valeur réelle » de l'investissement, considérée comme étant égale à la « juste valeur marchande ». Il indiqua également que le décret de nationalisation prévoyait une norme différente, à savoir la valeur comptable de l'investissement. Le tribunal fit finalement référence au fait que le Venezuela n'avait pas payé le montant proposé, ni ne l'avait déposé sur des comptes-séquestres en faveur de Rusoro.

*Le recours alternatif pour expropriation rampante ou indirecte est jugé peu convainquant*

Rusoro arguait également avoir subi une expropriation indirecte suite à la série de mesures prises par le Venezuela dès 2009, qui culmina avec le décret de nationalisation. Le tribunal rejeta ce recours car il ne trouva aucun élément probant selon lequel, avant la promulgation du décret de nationalisation, le Venezuela envisageait et avait mis en œuvre un plan pour nationaliser le secteur aurifère.

*Recevabilité de la requête accessoire selon laquelle les restrictions croissantes du Venezuela sur les exportations d'or violaient le TBI*

Rusoro présenta plusieurs requêtes accessoires. Le tribunal conclut que l'entreprise ne démontrait pas en quoi le Venezuela avait violé les dispositions du TBI relatives au traitement juste et équitable, à la protection et la sécurité intégrales, à la non-discrimination et au libre transfert des capitaux. Il conclut toutefois que le Venezuela avait violé le TBI en imposant une restriction accrue sur l'exportation de l'or.

Rusoro prétendait que, par le biais des mesures de 2010, le Venezuela avait imposé plusieurs restrictions à la capacité de Rusoro d'exporter de l'or, en violation de la disposition du TBI relative aux restrictions à l'exportation. Le tribunal était d'accord. Il remarqua que, si au moment où Rusoro a réalisé son investissement la réglementation en vigueur autorisait l'exportation de 85 % de la production, la réglementation de 2010 la réduisit à 50 %.

*Le tribunal utilisa la moyenne des résultats de trois méthodes pour déterminer le montant de l'indemnisation*

Afin de déterminer le montant de « l'indemnisation adéquate » que le Venezuela devrait verser à Rusoro pour l'expropriation abusive, le tribunal nota d'abord que les parties étaient d'accord sur deux points : la date appropriée pour l'évaluation était la date du décret de nationalisation, et la « valeur réelle » de l'investissement était la « juste valeur marchande ».

Pour évaluer la juste valeur marchande de l'investissement, le tribunal décida que la meilleure manière de déterminer le montant consistait à combiner trois méthodes d'évaluation : il attribua un poids de 25 % à l'évaluation maximale de la valeur marchande (700,6 millions USD), 25 % à la valeur comptable (908 millions USD) et 50 % à l'évaluation corrigée de l'investissement (1,1 milliards USD). Sur cette base, le tribunal détermina que la valeur de l'investissement en date du 16 septembre 2011 était de 966,5 millions USD.

Le tribunal ordonna également au Venezuela de payer 1,2 millions USD de dommages pour la violation de la disposition du TBI relative aux restrictions à l'exportation, et accorda des intérêts pré- et post-décision sur le montant total de la sentence à un taux LIBOR USD pour les dépôts d'un an, plus 4 points, composé annuellement.

*Remarques* : Le tribunal du mécanisme supplémentaire du CIRDI était composé de Juan Fernandez-Arnesto (président, nommé par les parties, de nationalité espagnole), de Francisco Orrego Vicuña (nommé par le demandeur, de nationalité chilienne) et de Bruno Simma (nommé par le défendeur, de nationalité allemande). La décision est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7507.pdf>.

**Un tribunal CIRDI rejette la clause NPF de l'AGCS de l'OMC comme moyen d'importer de TBI tiers le consentement du Sénégal à l'arbitrage**  
*Menzies Middle East and Africa S.A. et Aviation Handling Services International Ltd. c. République du Sénégal, Affaire CIRDI n° ARB/15/21*  
**Suzy H. Nikièma**

Dans une sentence rendue le 5 août 2016, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rejeté sa compétence pour connaître d'une requête d'arbitrage contre le Sénégal. Le tribunal a notamment accepté l'objection d'incompétence du Sénégal, tout en rejetant l'invocation de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) pour importer un consentement du Sénégal à l'arbitrage international.

*Les faits et le recours*

La plainte a été déposée le 17 avril 2015 par Menzies

Middle East and Africa S.A. (Menziés), une société enregistrée au Luxembourg, et Aviation Handling Services International Limited (AHSI), une société enregistrée aux îles vierges Britanniques.

En novembre 2003, les demanderesse ont acquis AHS SA, une société de droit sénégalais créée pour l'exercice des activités d'assistance en escale dans les aéroports du Sénégal.

Selon les demanderesse, Mamadou Pouye et les frères Ibrahim et Karim Aboukhalil seraient les bénéficiaires économiques des deux sociétés contrôlant AHS SA. Le Sénégal soutenait au contraire qu'il s'agissait en réalité de Karim Wade, fils de l'ancien président du Sénégal et ancien ministre sénégalais des Transports aériens.

AHS SA a mené ses activités jusqu'en 2013, date à laquelle une enquête fut ouverte contre M. Wade, M. Pouye et les frères Aboukhalil pour enrichissement illicite et complicité d'enrichissement illicite par la Cour de Répression de l'Enrichissement illicite (CREI). Dans le cadre de cette procédure, AHS SA fut placée sur administration provisoire par le CREI à titre de mesure conservatoire.

En mars 2015, M. Wade sera reconnu coupable d'enrichissement illicite, et M. Pouye et les frères Aboukhalil de complicité d'enrichissement illicite. Sur ordonnance de la CREI, tous leurs biens seront confisqués, y compris leurs parts sociales dans AHS SA. La décision sera confirmée en cassation par la Cour suprême du Sénégal en août 2015.

Dans leur recours devant le tribunal CIRDI, les demanderesse alléguent que le placement sous administration provisoire de AHS SA et la gestion désastreuse qui s'en est suivie étaient non seulement illégaux au regard du droit sénégalais, en particulier le code des investissements, mais constituaient également une expropriation indirecte et une mesure discriminatoire au titre du droit international général et des traités bilatéraux d'investissement du Sénégal avec les Pays-Bas et le Royaume-Uni. Elles alléguent également que la décision de la Cour suprême était arbitraire. Menziés et AHSI demandaient au total €41.633.169 de dommages-intérêts.

Le Sénégal, tout en rejetant les allégations, a soulevé trois objections d'incompétence : l'absence de son consentement à l'arbitrage (absence de compétence *ratione voluntatis*) ; l'inexistence d'un investissement réalisé au Sénégal (absence de compétence *ratione materiae*) ; et la nationalité sénégalaise des demanderesse (absence de compétence *ratione personae*).

*L'analyse de la compétence ratione voluntatis par le tribunal*

La question soulevée par la première objection était

de savoir si l'État avait donné son consentement à l'arbitrage. Pour ce faire, les arbitres ont examiné les normes invoquées :

(a) L'article II de l'AGCS, qui prévoit que « chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays ».

(b) L'article 12.2 du code des investissements du Sénégal, qui prévoit que « les différends entre personne physique ou morale étrangère et la République du Sénégal [...] sont réglés conformément à la procédure [...] d'arbitrage découlant [...] d'accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République du Sénégal et l'État dont l'investisseur est ressortissant ».

(c) Les dispositions sur le règlement des différends des TBI Sénégal-Pays-Bas (article 10) et Sénégal-Royaume-Uni (article 8).

Le tribunal a examiné en premier lieu le cas de Menziés (A), avant de se pencher sur celui de AHSI (B).

#### A. Le cas de Menziés

Les demanderesse arguaient que la clause NPF de l'AGCS permettait d'importer le consentement à l'arbitrage que le Sénégal avait accordé dans les deux TBI. Le Sénégal arguait, entre autre, au contraire que les demanderesse ne pouvaient pas invoquer l'AGCS, car les personnes privées ne peuvent se prévaloir des accords de l'OMC.

Le tribunal refusa de suivre la position des demanderesse, en estimant que leur argumentaire était basé sur un « mécanisme complexe et très équivoque » (para. 131). Il invoqua trois éléments principaux à l'appui de sa décision.

#### 1. L'AGCS ne contient pas de consentement à l'arbitrage

“ Le tribunal estima également que même s'il avait été démontré que l'article II de l'AGCS s'appliquait à l'arbitrage d'investissement, il ne constitue pas un consentement à l'arbitrage ou l'extension d'une offre d'arbitrage. ”

32. Selon le tribunal, « aucun consentement à l'arbitrage, sous quelle forme que ce soit, ne figure dans l'article II de l'AGCS » (para. 139). Partant du constat que cet article ne se réfère pas à l'arbitrage, ni même au règlement des différends, le tribunal arrive à la conclusion qu'il ne peut en extraire un consentement exprès, clair et univoque du Sénégal à l'arbitrage pour les ressortissants du Luxembourg comme Menzies, tel que requis par le droit international général et l'arbitrage d'investissement.

### *2. La clause NPF de l'article II de l'AGCS n'est pas applicable à l'arbitrage d'investissement*

Selon les demanderesses, la clause NPF de l'AGCS s'appliquant « aux mesures [...] qui affectent le commerce des services », (para. 115) ce qui inclurait « les offres d'arbitrage » (para. 117). De ce fait, les offres d'arbitrage contenues dans les deux TBI seraient un « traitement » plus favorable au sens de l'AGCS, au profit de fournisseurs de services similaires à Menzies.

Le tribunal n'a pas été convaincu que l'article II de l'AGCS soit applicable à l'arbitrage d'investissement. Se basant sur les discussions lors des négociations de l'AGCS, le tribunal est arrivé à la conclusion que les États membres n'avaient pas donné « leur consentement éclairé et non-équivoque à l'application des clauses arbitrales contenues dans les TBIs » (para. 149). Cette conclusion est confirmée, selon le tribunal, par la pratique ultérieure des États, qui ont préféré octroyer l'accès à l'arbitrage international aux fournisseurs de services dans les TBI et non via l'AGCS.

Le tribunal estima également que même s'il avait été démontré que l'article II de l'AGCS s'appliquait à l'arbitrage d'investissement, il ne constitue pas un consentement à l'arbitrage ou l'extension d'une offre d'arbitrage. Les conséquences d'une interprétation contraire seraient « considérables » selon le tribunal (para. 145).

### *3. Les demanderesses invoquent des TBI conclus par le Sénégal avec des États tiers à l'arbitrage*

Selon les demanderesses, Menzies était en droit de se prévaloir de la clause NPF de l'AGCS pour prétendre avoir accès à l'arbitrage international, sur base des deux TBI tiers (Sénégal-Pays-Bas et Sénégal-Royaume Uni). De fait, Menzies demandait au tribunal de considérer l'AGCS comme le « traité de base » dans le jeu de la clause NPF, pour importer un traitement plus favorable accordé dans ces deux TBI ; ce traitement plus favorable étant ici l'offre d'arbitrage.

Le tribunal rejeta ces arguments et se refusa à « composer » un consentement en « collant » des pièces disparates à la suite [...] d'une analyse de « jeu » entre la clause NPF et les offres d'arbitrage adressées à des investisseurs d'États tiers » (para.

135).

### *B. Le cas de AHSI*

En ce qui concerne AHSI, le tribunal a suivi la position du Sénégal selon laquelle l'article 12 du code des investissements ne constituait pas une offre d'arbitrage autonome ou un engagement juridictionnel unilatéral. Il a également constaté, comme l'affirmait le défendeur, que AHSI, enregistrée aux îles vierges Britanniques, ne bénéficiait pas de la protection du TBI Sénégal-Royaume-Uni. AHSI ne pouvait donc pas se prévaloir d'une offre d'arbitrage.

Ayant accepté la première objection d'incompétence du Sénégal, le tribunal décida qu'il n'y avait pas lieu d'examiner les autres objections, et se déclara donc incompétent pour connaître de l'affaire.

Suivant le principe du « costs follow the event », le tribunal a décidé que les demanderesses supporteront l'intégralité des frais de l'arbitrage ainsi que des frais de conseil du Sénégal.

*Remarques* : le tribunal était composé de Bernard Hanotiau (Président, nommé par les parties, de nationalité belge), Hamid Gharavi (nommé par les demandeurs, de nationalité franco-iranienne), et Pierre Mayer (nommé par le défendeur, de nationalité française). La sentence est disponible uniquement en français sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7483.pdf>.

### **Un tribunal de la CPA considère que les actions de l'Agence polonaise de la propriété agricole ne sont pas attribuables à la Pologne**

*M. Kristian Almås et M. Geir Almås c. la République de Pologne, Affaire CPA n° 2015-13*

#### **Claudia María Arietti López**

Dans une affaire administrée par la Cour permanente d'arbitrage (CPA), un tribunal a déterminé que les actes de l'Agence polonaise de la propriété agricole n'étaient pas attribuables à la Pologne, et a rejeté l'affaire au fond lancée par des demandeurs norvégiens, Kristian Almås et Geir Almås.

#### *Le contexte et les recours*

Les demandeurs étaient les seuls actionnaires de Pol Farm Sp. z oo (Pol Farm). En 1997, Pol Farm et l'Agence polonaise pour la propriété agricole (l'ANR d'après son acronyme polonais) ont conclu un bail couvrant 4 200 hectares de terres situés dans la commune de Świdwin en Pologne (le contrat de bail).

Après avoir mené une série d'enquêtes et découvert plusieurs irrégularités chez Pol Farm, l'ANR résilia le contrat de bail en juillet 2009. En octobre 2009, un tribunal de district polonais lança une procédure de faillite contre Pol Farm et liquida l'entreprise. En outre, en octobre 2015, un tribunal pénal polonais déclara les demandeurs coupables de détournement et de

plusieurs autres délits. Cette décision fait actuellement l'objet d'un appel.

En novembre 2013, les demandeurs lancèrent un arbitrage contre la Pologne, arguant que les actions de l'ANR violaient le Traité bilatéral d'investissement (TBI) Norvège-Pologne en expropriant leur investissement sans indemnisation adéquate, en ne leur accordant pas un traitement et une protection raisonnables et équitables, et en les soumettant à des mesures déraisonnables et discriminatoires. Ils avançaient également que la résiliation par la Pologne du contrat de bail violait la clause parapluie du TBI. Ils réclamaient une indemnisation de 23 millions d'euros, en plus des intérêts et des frais de représentation. Les demandeurs n'inclurent pas dans leurs recours les charges pénales à leur encontre ni l'ordonnance de faillite contre Pol Farm.

*La portée de l'affaire des demandeurs est déterminée par l'attribution des actions de l'ANR à la Pologne*

Le principal argument des demandeurs était que la résiliation du contrat de bail par l'ANR constituait une expropriation indirecte. Le tribunal examina donc d'abord si la conduite de l'ANR était attribuable à la Pologne, soulignant que l'absence d'attribution saperait tous les recours. À la suggestion des deux parties, le tribunal s'appuya sur les Articles de 2001 de la Commission du droit international sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite (les Articles de la CDI) pour analyser la question.

*Article 4 de la CDI : l'ANR est-elle une agence étatique ?*

L'Article 4 de la CDI affirme que la conduite d'un organe étatique – notamment de toute personne ou entité possédant ce statut au titre du droit interne de l'État – est considérée comme un acte de l'État. Le tribunal remarqua qu'au titre du droit polonais, l'ANR est dotée d'une personnalité juridique distincte, et qu'elle opère en toute autonomie. Il conclut donc que l'ANR ne pouvait être considérée comme un organe étatique *de jure* au titre du droit polonais.

Le tribunal remarqua également que l'observation relative à l'Article 4 de la CDI précise qu'une entité peut également être considérée comme un organe étatique *de facto*. À cet égard, les demandeurs arguèrent que l'ANR exerce des pouvoirs exécutifs de l'État car elle a la capacité de gérer, de vendre et de louer la propriété agricole de l'État. Le tribunal contesta l'opinion des demandeurs, considérant qu'un contrat de bail agricole est une transaction commerciale, même s'il est conclu avec une entité étatique et même s'il implique des terres détenues par l'État.

En outre, pour analyser l'autonomie de l'ANR, le tribunal s'est intéressé à deux autres affaires, *Hamester c. Ghana* et *Jan de Nul c. Égypte*. Compte

tenu des caractéristiques communes entre les entités dans ces affaires et l'ANR, le tribunal conclut que l'ANR ne pouvait être considéré comme un organe d'État de facto puisqu'elle jouit d'une autonomie de gestion et financière.

*Article 5 de la CDI : la résiliation du contrat de bail a-t-elle été réalisée dans l'exercice de fonctions gouvernementales ?*

Au titre de l'Article 5 de la CDI, la conduite d'une entité non-étatique peut quand même être attribuée à l'État lorsque cette entité peut exercer une prérogative de puissance publique et exercer dans les faits cette prérogative à l'heure de réaliser la conduite en question.

En analysant cet article, le tribunal s'est basé sur le test à deux volets de l'affaire *Jan de Nul*, qui affirme que les actes doivent être menés par une entité habilitée à exercer une prérogative de puissance publique, et que l'acte lui-même doit impliquer l'exercice de cette prérogative gouvernementale.

Le tribunal nota que même si l'ANR avait conclu un contrat de bail en exerçant son pouvoir statutaire de gestion de la propriété agricole de l'État, elle n'exerçait pas une prérogative de puissance publique lorsqu'elle l'a résilié. Il conclut donc que cette action ne pouvait être attribuée à la Pologne.

Pour contrecarrer ce raisonnement, les demandeurs arguèrent que la résiliation n'était pas autorisée par le contrat de bail, et qu'elle résultait d'une motivation politique sous-jacente, qui faisait de cet acte un exercice de prérogative de puissance publique au titre de l'Article 5 de la CDI.

Le tribunal n'a pas suivi les demandeurs, tout en précisant qu'il n'avait pas atteint une « conclusion définitive quant à la légalité de la résiliation par l'ANR du contrat de bail au titre du droit polonais » (para. 251). Il souligna qu'il ne lui restait plus qu'à examiner, comme il l'avait déjà fait, si la résiliation relevait de l'exercice d'un pouvoir contractuel.

S'agissant de savoir si la résiliation était motivée par une politique sous-jacente, le tribunal analysa la décision de l'affaire *Vigotop c. Hongrie* sur laquelle s'appuyaient les demandeurs. Le tribunal dans cette affaire déterminait que la Hongrie avait exproprié l'investissement de *Vigotop* en appliquant la disposition relative à la résiliation contenue dans un contrat signé par la filiale de *Vigotop* avec la Hongrie.

Le tribunal fit d'abord remarquer que l'affaire *Vigotop* concernait la résiliation d'un contrat avec l'État lui-même, et non avec une entité distincte dotée de pouvoirs contractuels. Il examina ensuite si les conditions avancées par le tribunal de l'affaire *Vigotop* étaient satisfaites, et conclut que ce n'était pas le cas.

*Article 8 de la CDI : la résiliation du contrat de bail*

*a-t-elle été réalisée sur instructions du gouvernement polonais ?*

Le tribunal étudia également l'Article 8 de la CDI, au titre duquel la conduite d'une entité peut être considérée comme un acte de l'État si l'entité agit en réalité sur instructions ou sous la direction ou le contrôle de l'État à l'heure de réaliser la conduite.

S'appuyant sur l'observation relative à l'Article 8 de la CDI et sur les décisions des affaires *Jan de Nul c. Égypte* et *White Industries c. Inde*, le tribunal indiqua que pour déterminer si l'acte d'une entité pouvait être attribué à un État, celui-ci devait contrôler à la fois l'entité et l'acte en question.

Ne trouvant aucun élément attestant du fait que l'ANR ait agi sur instructions ou sous la direction ou le contrôle du gouvernement polonais, le tribunal conclut que l'acte ne pouvait être attribué à l'État au titre de l'Article 8 de la CDI.

*Remarques* : Le tribunal était composé de James R. Crawford (président-arbitre, nommé par les coarbitres, de nationalité australienne), d'Ola Mestad (nommé par les demandeurs, de nationalité norvégienne) et d'August Reinisch (nommé par le défendeur, de nationalité autrichienne). La décision datée du 27 juin 2016 est disponible sur <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1872>.

### **Le demandeur n'est pas considéré comme un investisseur du fait de l'interprétation du « siège » au titre du TBI Chypre-Monténégro**

*CEAC Holdings Limited c. Monténégro, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/14/8*

#### **María Florencia Sarmiento**

Un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a conclu à la majorité que le demandeur n'avait pas de « siège » à Chypre en vertu du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Chypre-Monténégro, et donc qu'il n'était pas un « investisseur » au titre du TBI. Le tribunal a donc décidé de décliner sa compétence dans l'affaire.

#### *Le contexte et les recours*

L'affaire concerne une fabrique d'aluminium (KAP) au Monténégro, détenue et gérée par CEAC, une entreprise établie au titre du droit chypriote. En 2003, CEAC acquit environ 65 % des parts de KAP auprès du Gouvernement du Monténégro. Afin d'améliorer KAP et d'en faire une entreprise rentable, CEAC acquit également une part minoritaire du principal fournisseur de matières premières de KAP, RBN. En outre, l'entreprise mère de CEAC acquit, dans le cadre d'un appel d'offre, toutes les parts d'une usine à charbon, entreprise d'État du Monténégro, pour garantir l'approvisionnement de KAP en électricité.

En 2006, CEAC commença à connaître des problèmes

lorsqu'elle apprit que le Monténégro avait présenté des états financiers inexacts pour KAP et RBN dans le cadre de l'appel d'offre, qui sous-estimaient les dettes et obligations de KAP de 10 millions d'euros. Cela conduisit le parlement monténégrin à mettre fin à la privatisation de l'usine à charbon « sur la base d'un raisonnement discutable », compromettant l'approvisionnement de KAP en électricité à un prix compétitif.

CEAC lança un arbitrage contre les vendeurs et contre le Monténégro en vertu de l'accord d'achat-vente afin de résoudre ces problèmes, mais celui-ci fut interrompu après la conclusion d'un accord à l'amiable en novembre 2007. Conformément à cet accord, CEAC transféra 50 % de ses parts dans KAP au Monténégro, qui s'engagea en échange à subventionner l'approvisionnement en électricité de KAP et à émettre des garanties d'État à KAP.

En 2014, CEAC lança un arbitrage contre le Monténégro sous l'égide du CIRDI, arguant que le gouvernement avait bloqué ses tentatives de restructurer et de moderniser KAP par différentes actions, conduisant l'entreprise à un défaut de paiement de ses dettes. D'après CEAC, ces actions incluaient le refus d'accorder à KAP les subventions accordées au titre de l'accord amiable, le refus du représentant monténégrin au Conseil de direction de KAP d'approuver les états financiers et le plan commercial, et le refus de donner son consentement écrit de garant dans un accord de prêt.

CEAC argua que le Monténégro avait violé plusieurs de ses obligations au titre du TBI, notamment la norme de traitement juste et équitable (TJE), les clauses relatives au traitement national et à la nation la plus favorisée, et l'interdiction de réaliser des expropriations abusives, requérant une indemnisation monétaire.

#### *La question du « siège »*

CEAC souhaitait une décision concluant qu'elle disposait d'un siège à Chypre, et donc qu'elle était considérée comme un « investisseur » au titre de l'article 1(3)(b) du TBI. De son côté, le Monténégro exigea une déclaration selon laquelle CEAC n'avait pas de siège à Chypre.

Les extraits pertinents de l'article 1 du TBI stipulent : « 3. Le terme « investisseur » désignera [...] (b) une entité juridique, dûment enregistrée, constituée ou autrement organisée conformément aux lois et réglementations de l'une des parties contractantes, dont le siège se trouve sur le territoire de cette même partie, et qui réalise des investissements dans le territoire de l'autre partie contractante ».

D'après CEAC, le sens de « siège » ne peut être interprété de manière autonome au titre du traité,

mais devrait être déterminé par le biais d'un renvoi au droit municipal. Dans ce contexte, CEAC maintenait que le terme « siège » signifie « siège social », et non pas « siège réel », et qu'il s'agit de l'interprétation soutenue par le Règlement du Parlement européen et par la pratique fondée sur les traités de Chypre et du Monténégro. Elle affirma avoir établi son siège social à Chypre et que les certificats connexes relatifs à son siège social constituaient des preuves concluantes en ce sens.

Selon le Monténégro, le « siège » est le lieu où l'entité juridique est effectivement gérée et financièrement contrôlée, là où elle mène ses activités commerciales. Le pays affirma également que l'objet et le but du TBI ne prévoyait pas un *renvoi* au droit municipal puisque le test du « siège » devait être mené sur la base de critères identiques et réciproques.

Selon le Monténégro, le terme « siège » interprété indépendamment du TBI exigeait « plus que le siège social », et même au titre du droit chypriote, le terme « siège » ne peut être considéré comme un « siège social ».

Le Monténégro considérait que, indépendamment de l'interprétation du terme, CEAC n'avait pas de siège à Chypre, et que l'adresse fournie pour le soi-disant siège ne pouvait être considérée comme un siège social au sens du droit chypriote. Il contestait le fait que les certificats produits constituaient des preuves concluantes, indiquant que ces certificats sont émis sans vérification indépendante. Il affirma également que par trois fois il n'avait pas réussi à faire livrer un paquet par messagerie à l'adresse de CEAC à Chypre car l'entreprise n'était pas connue à cette adresse.

#### *L'analyse du tribunal*

La majorité considéra qu'aux fins de l'examen, il n'était pas nécessaire de déterminer le sens précis du terme « siège » tel qu'utilisé dans le TBI, puisque les preuves au dossier ne démontraient pas que CEAC avait un siège social à Chypre à l'époque pertinente.

La majorité considéra également que, même au titre du droit municipal chypriote, les certificats de siège social ne sont pas des preuves concluantes de l'existence des bureaux. Il remarqua que CEAC n'avait fourni aucun élément contestant les affirmations du Monténégro que les bureaux paraissaient vides et inaccessibles au public, et n'avait pas indiqué non plus d'autre adresse à Chypre. Il conclut donc que CEAC n'avait pas de siège social à Chypre au moment de déposer la demande d'arbitrage.

CEAC avait présenté un autre argument, alléguant avoir la résidence fiscale à Chypre, mais le tribunal conclut qu'au titre du droit chypriote, le « siège » ne peut équivaloir à la « résidence fiscale ».

#### *La décision et les coûts*

La majorité décida que CEAC n'avait pas de

« siège » à Chypre et donc qu'elle ne pouvait être considérée comme un « investisseur » au titre du TBI. Aussi, la majorité détermina que le tribunal n'avait pas compétence sur l'affaire et rejeta tous les autres recours. Elle ordonna également à CEAC de payer l'intégralité des coûts et dépenses relatifs à la procédure, sauf ceux liés aux objections préliminaires du Monténégro en vertu du principe selon lequel les coûts sont réglés après l'instance, compte tenu du fait que ces objections préliminaires du Monténégro avaient été rejetées.

#### *L'opinion distincte de William Park*

William Park, l'arbitre nommé par CEAC, émit une opinion divergente distincte portant sur la question centrale du siège. Park contestait la conclusion de la majorité selon laquelle le critère du « siège » exige plus que le « siège social », affirmant que le terme reste essentiellement un concept de droit municipal dérivé des systèmes continentaux. Selon lui, le sens ordinaire de « siège social » correspond à celui de « siège » à Chypre, tel qu'utilisé dans le TBI. Selon cette norme, Park souligna que CEAC semblait avoir un siège à Chypre.

*Remarques* : le tribunal du CIRDI était composé du Professeur Bernard Hanotiau (président nommé sur accord des parties, de nationalité belge), du Professeur William Park (nommé par le demandeur, de nationalités suisse et étasunienne), et de Brigitte Stern (nommée par le défendeur, de nationalité française). La décision est disponible en anglais sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7456.pdf>.

#### **Un tribunal de la CPA condamne l'Équateur à payer 24 millions USD à une entreprise minière canadienne**

*Copper Mesa Mining Corporation c. la République d'Équateur, CPA No. 2012-2*  
**Matthew Levine**

Un tribunal de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) constitué en vertu de l'Accord de promotion et de protection des investissements étrangers (APPI) Canada-Équateur a rendu sa décision.

Le tribunal a condamné l'Équateur à indemniser une entreprise canadienne pour l'expropriation de deux concessions minières. L'expropriation alléguée du droit d'option d'achat de l'entreprise sur une troisième concession a été rejetée. Compte tenu de la négligence contributive des responsables de l'entreprise, le tribunal a réduit le montant des dommages de 30 %. Les parties ont été condamnées à payer leurs propres frais juridiques et à partager à part égale les coûts de l'arbitrage.

#### *Le contexte et les recours*

Entre 1991 et 1997, les premiers tests géologiques sophistiqués ont été menés dans la région de Junín,

dans le nord-ouest de l'Équateur. Le premier rapport technique a confirmé la présence de grands gisements de cuivre et soulignait les effets environnementaux potentiels de la mine proposée. Depuis, un nombre croissant de résidents locaux préoccupés par les effets délétères des activités minières se sont organisés pour s'y opposer.

Malgré tout, en décembre 2002, l'Équateur a accordé la concession de Junín à un citoyen équatorien. En 2005, grâce à des filiales de la Barbade et de l'Équateur, l'entreprise canadienne Copper Mesa Mining Corporation Exploration (Copper Mesa) a acquis la concession de Junín, la concession voisine de Chaucha et a fait une option d'achat sur la concession de Telimbela.

Dès 2005, Copper Mesa a réalisé une série de dépenses en lien avec les concessions. Elle a notamment commandé un rapport géologique, acquis une concession voisine ainsi que les terres en surface sur et autour des sites des concessions, préparé et présenté une étude d'impact environnemental (EIE) pour la phase exploratoire, engagé une équipe de personnel local et engagé des ressources pour offrir des services sociaux et de développement communautaire.

En avril 2008, l'Assemblée constituante de l'Équateur a adopté une législation appelée mandat minier, qui stipulait que les substances minières devaient « être exploitées en faveur des intérêts nationaux » et prévoyait l'annulation « sans indemnisation économique » des concessions minières relevant de plusieurs catégories (para. 1.110). Finalement, le sous-secrétaire équatorien aux Mines ordonna l'annulation des concessions de Junín et Chaucha compte tenu de l'absence de consultations préalable des résidents locaux.

En juillet 2010, Copper Mesa adressa à l'Équateur, une notification écrite d'intention de soumettre une plainte en vertu de l'APPI Canada-Équateur, alléguant que le pays avait illégalement révoqué ou annulé les concessions, privant ainsi l'entreprise de la valeur totale de ses investissements et lui causant des dommages importants.

*L'investisseur est autorisé à présenter ses propres recours portant sur des prêts inter-entreprises accordés à ses filiales affectées*

L'Équateur s'opposait à la compétence du tribunal sur l'ensemble des recours de Copper Mesa. S'agissant de la concession de Junín, l'Équateur s'opposait aussi à la recevabilité des recours.

Dans une forte objection à la compétence du tribunal, l'Équateur arguait que le recours de Copper Mesa concernant les dommages de ses filiales locales devait être considéré séparément d'un recours en son nom propre, et que les filiales auraient dû consentir à l'arbitrage et renoncer à tous droits en vertu de la

“Le tribunal estima au final que l'évaluation fondée sur le marché reposait sur une méthodologie plutôt incertaine, subjective et reposant sur des impondérables.”

législation équatorienne. Cependant, le tribunal se rangea du côté de Copper Mesa et conclut que l'entreprise avait respecté les prescriptions juridiques relatives au lancement de l'arbitrage. Il conclut que Copper Mesa avait le droit, au titre de la compétence et de la recevabilité, de présenter ses propres recours contre le défendeur au nom de ses propres investissements en Équateur. D'après le tribunal, le demandeur ne cherchait pas à présenter ou à faire siens les recours de ses filiales ; il réclamait simplement une indemnisation pour les dommages qu'il avait lui-même subi.

Le tribunal examina également l'argument selon lequel Copper Mesa avait « les mains sales ». Pour le tribunal, l'Équateur avait cité une quantité impressionnante de témoignages d'experts et de documents relatifs à la doctrine légale des mains sales au titre du droit international, notamment les obligations des investisseurs étrangers en matière de droits humains, au sens très large. Malgré tout, le tribunal indiquait qu'il s'agissait d'une question de recevabilité plutôt que de compétence, et que l'Équateur n'avait adressé aucune plainte au demandeur avant le lancement de l'arbitrage en vertu du droit international, de la politique publique internationale ou des droits humains. Pour le tribunal, cela arrivait donc bien trop tard.

*Le tribunal réconcilie l'expropriation illégale et la disposition de l'APPI sur les exceptions générales*

Les principaux arguments de Copper Mesa incluaient l'obligation pour l'Équateur de payer une indemnisation en cas d'expropriation directe ou indirecte, d'accorder un traitement juste et équitable, la protection et la sécurité intégrales ainsi que le traitement national.

S'agissant de l'expropriation, l'Équateur rétorqua que le mandat minier était une mesure prise par l'État dans l'exercice de son autorité légitime de réglementation et répondant à un intérêt public impérieux, à savoir la nécessité de consulter les populations locales

affectées, et de chercher à résoudre une grande partie des questions sociales, économiques et environnementales en suspens. Selon l'Équateur, le mandat minier relevait donc de la disposition de l'APPI sur les exceptions générales.

D'après le tribunal, les normes juridiques applicables au titre du droit international ne faisaient aucun doute. La question était plutôt de savoir si, dans le cas d'espèce, le gouvernement avait appliqué régulièrement la loi et n'avait pas agi de manière discriminatoire. Le tribunal chercha notamment à souligner que son questionnement ne découlait pas du mandat minier lui-même, mais des décisions d'annulation prises par le sous-secrétaire aux Mines sur la base du mandat minier.

Compte tenu des circonstances particulières des décisions d'annulation, le tribunal déterminait qu'elles « n'étaient pas de simples mesures réglementaires, car, en l'espèce, ces décisions [ont] été prises de manière arbitraire et contraire à l'application régulière de la loi » (para. 6.66) et conclut que « la prise permanente des concessions de Junín des demandeurs était une expropriation au titre de l'APPI » (para. 6.67).

*Les dommages sont réduits afin de refléter la négligence contributive du demandeur*

Copper Mesa a d'abord tenté, dans ses arguments sur le montant des dommages, d'obtenir du tribunal la ratification d'une évaluation des dommages fondée sur le marché, le point médian de la fourchette correspondante étant fixé à 69,7 millions USD. Elle présenta également une évaluation alternative fondée sur les coûts et s'élevant à 26,5 millions USD, et confirmée par les états financiers vérifiés.

Le tribunal commença son analyse avec le principe général du droit international selon lequel c'est au demandeur de démontrer l'ampleur des dommages. Il estima au final que l'évaluation fondée sur le marché reposait sur une méthodologie plutôt incertaine, subjective et reposant sur des impondérables. Selon le tribunal, « en l'espèce, la méthode la plus fiable, objective et juste pour évaluer les investissements du demandeur en novembre 2008 et juin 2009 consiste à s'appuyer sur les dépenses avérées et relatives aux concessions de Junín et Chaucha » (para. 7.27).

S'agissant de la concession de Junín, le tribunal décida que Copper Mesa contribuait à 30 % de ses pertes du fait des actes négligents et des omissions commises par la direction-même de l'entreprise au Canada. Après avoir déduit ces 30 %, les pertes nettes pour la concession de Junín s'élevaient à 11 184 595,80 USD.

Pour la concession de Chaucha, la négligence contributive n'était pas un problème, et Copper Mesa s'est vu attribuer 8,3 millions USD plus les intérêts composés. Le recours de Copper Mesa relatif à son

option d'achat dans la concession de Telimbela ayant été rejeté, aucun dommage n'a été accordé à ce titre.

*Les résidents locaux cherchent à contre-attaquer Copper Mesa devant les tribunaux canadiens*

La concession de Junín se trouve tout près d'un groupe de petits villages. Entre décembre 2005 et juillet 2007, des tensions entre les villageois et Copper Mesa ont donné lieu à une série de confrontations physiques.

En 2009, certains villageois ont entamé une action devant les tribunaux de l'Ontario contre Copper Mesa et plusieurs autres individus canadiens. Dans cette procédure, les villageois prétendaient avoir fait l'objet d'une « campagne d'intimidation, de harcèlement, de menaces et de violence » de la part des forces de sécurité et d'autres agents de Copper Mesa (jugement OCA, para. 11). Le tribunal déterminait cependant que puisque les recours contre Copper Mesa se basaient uniquement sur la responsabilité indirecte, ils ne comportaient aucune cause d'action raisonnable au titre du droit canadien applicable.

Plus tard, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté le pourvoi en appel des villageois. Ce faisant, il concluait : « Les menaces et les attaques alléguées par les demandeurs sont de graves injustices. Aucun élément de ce raisonnement ne peut être considéré comme sapant les droits des demandeurs à obtenir une réparation appropriée pour ces injustices, si tant est qu'on puisse les prouver. Mais cette réparation doit être exigée des parties concernées, sur la base de causes d'action correctement défendues et durables. Les recours présentés dans le cadre de cette procédure ne relèvent pas de cette catégorie » (jugement OCA, para. 99).

*Remarques* : Le tribunal était composé de V.V. Veeder (président nommé sur accord des parties, de nationalité britannique), de Bernardo Cremades (nommé par les demandeurs, de nationalité espagnole) et de Bruno Simma (nommé par le défendeur, de nationalité allemande). La décision finale de la CPA du 15 mars 2016 est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf>. Le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Piedra c. Copper Mesa Mining Corporation, 2011 ONCA 191, est disponible sur <http://www.ontariocourts.ca/decisions/2011/2011ONCA0191.pdf>.

#### Auteurs

**Claudia María Arietti López** est étudiante à la faculté de droit international financier de l'Université de New York, et est stagiaire boursier au programme Investissement pour le développement durable de IISD.

**Suzy Nikiéma** est Conseillère en droit international au Programme Investissement et Développement Durable de IISD; et enseigne à l'Université Saint Thomas d'Acquin et l'Université Aube Nouvelle au Burkina Faso.

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

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

# ressources et événements

## Ressources

### Juger les États dans le cadre du droit international commercial et des investissements

De Leïla Choukroune (Ed.), publié par Springer, novembre 2016

Cet ouvrage analyse les spécificités de la nature des États ainsi que les limites des capacités des systèmes de règlement des différends à juger des États souverains. Les professionnalisme, indépendance et impartialité discutables des arbitres, ainsi que le manque de cohérence entre des décisions qui renient les politiques publiques ont contribué à la controverse entourant les différends commerciaux et relatifs aux investissements. Ces défis incitent à se demander et revoir pourquoi, comment, et à quelle fin les États sont jugés. L'ouvrage aborde diverses questions, telles que le renforcement mondial des compétences judiciaires, le professionnalisme judiciaire aux échelons international et national, et leur comparaison, le droit légitime des États de réglementer, les défis juridiques associés au statut d'État défendeur, l'utilisation et l'abus des concepts juridiques importés et des principes dans les jugements pluridisciplinaires, et la nécessité d'unifier à nouveau le droit international sur la base d'une approche fondée sur les droits (humains). Disponible sur <http://www.springer.com/gp/book/9789811023583>

### L'interprétation des traités d'investissement internationaux

De Tarcisio Gazzini, publié par Hart Publishing, novembre 2016

La plupart des recours au titre des traités d'investissement ont soulevé, et continuent de soulever, des questions essentielles et souvent complexes d'interprétation. Les questions de fonds abordées dans cette étude sont par exemple : les traités d'investissement sont-ils une catégorie de traités à part aux fins de l'interprétation ? Comment les règles sur l'interprétation des traités contenues dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) ont-elles été appliquées dans le cadre des différends relatifs aux investissements ? Les tribunaux ont-ils développés de nouvelles techniques en matière d'interprétation des traités, et si oui, sont-elles conformes à la CVDT ? Comment solutionner ou minimiser les problèmes d'interprétation ? Les tribunaux ont-ils été innovants dans l'interprétation des traités d'investissement ? Les États sont-ils capables de garder un contrôle effectif de l'interprétation ? Disponible sur <http://www.bloomsburyprofessional.com/uk/interpretation-of-international-investment-treaties-9781849462686>.

### Les mines, un mirage ? Réévaluer le paradigme du partage de la chaîne de valeurs au regard des progrès technologiques dans le secteur minier

De Aaron Cosbey, Howard Mann, Nicolas Maennling, Perrine Toledano, Jeff Geipel et Martin Dietrich Brauch, publié par IISD, octobre 2016

Ce rapport, coproduit par le Columbia Center on Sustainable Investment, étudie les perspectives à court et moyen termes pour les composantes de l'emploi local et l'approvisionnement local dans le paradigme de la chaîne de valeur – et par extension pour le permis social d'exploiter des entreprises minières – si les changements technologiques modifient radicalement les montants dépensés par les entreprises minières en matière d'embauche et d'approvisionnement. Il s'intéresse aux tendances en matière de développement technologique, et utilise les données relatives à l'approvisionnement et à d'autres éléments de deux entreprises minières mondiales pour estimer les différends effets que nous pourrions constater. Le rapport conclut en explorant les différentes manières pour les gouvernements et les entreprises de faire face aux résultats attendus. Disponible sur <http://www.iisd.org/library/mining-mirage-reassessing-shared-value-paradigm-light-technological-advances-mining-sector>.

### Le règlement des différends relatifs aux investissements : vers une approche multilatérale inclusive

Du Programme de l'IISD sur l'investissement et le développement durable, publié par IISD, octobre 2016

En 2014, l'IISD a organisé une réunion d'expert afin d'étudier les modèles alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements au niveau international, afin de compléter ou de remplacer les mécanismes existants. Sur la base des **résultats**

**de la réunion de 2014** et des développements récents dans la pratique internationale du règlement des différends relatifs aux investissements, l'IISD a préparé un avant-projet d'Accord portant création d'une agence internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements transfrontières et autres, qui était au cœur des débats de la deuxième réunion d'expert organisée à Montreux les 23 et 24 mai 2016. Les experts y ont examiné et évalué d'un œil critique les éléments contenus dans l'avant-projet, suggéré des approches alternatives et identifié d'autres ressources et sources à prendre en considération. Les participants ont également abordé les options institutionnelles et stratégiques pour soutenir le développement d'une base institutionnelle en vue d'un régime international étendu pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Disponible sur <http://www.iisd.org/library/investment-related-dispute-settlement-towards-inclusive-multilateral-approach>.

### En finir avec la faim : à quel coût ?

De David Laborde, Livia Bizikova, Tess Lallemand et Carin Smaller, publié par IISD, octobre 2016

L'IISD et le International Food Policy Research Institute ont travaillé de concert afin d'estimer ce qu'il en coûterait d'en finir avec la faim, ainsi que les contributions que les bailleurs de fonds devraient faire. L'analyse met l'accent sur les coûts nécessaires pour en finir avec la faim par le biais de dépenses accrues dans les filets de sécurité ciblant directement les consommateurs, le soutien aux agriculteurs afin de leur permettre d'étendre leur production et d'améliorer les revenus des agriculteurs pauvres, et le développement rural, dans le but de réduire les inefficiences tout au long de la chaîne de valeur et de renforcer la productivité rurale. Cette recherche représente la première tentative visant à combiner un modèle macroéconomique aux enquêtes sur les ménages. Les auteurs concluent qu'il faudrait en moyenne 11 milliards USD de dépenses publiques supplémentaires annuelles jusqu'à 2030 pour en finir avec la faim. Quatre milliards devraient venir des bailleurs de fonds. Les sept milliards restant devraient venir des pays pauvres eux-mêmes. Il est important de noter que les dépenses publiques généreront en moyenne 5 milliards USD d'investissement supplémentaire par an jusqu'en 2030. Disponible sur <http://www.iisd.org/library/ending-hunger-what-would-it-cost>.

## Événements 2016-2017

7-9 décembre 2016

**INTRODUCTION À LA MÉDIATION**, l'Association for International Arbitration, Bruxelles, Belgique, <http://www.arbitration-adr.org/activities/?p=conference&a=upcoming>

9 décembre 2016

**33<sup>ème</sup> COLLOQUE CONJOINT AAA-ICC-ICSID SUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL**, ICC, American Arbitration Association (AAA) & Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Paris, France, <http://www.iccwbo.org/Training-and-Events/All-events/Events/2016/33rd-AAA-ICC-ICSID-Joint-Colloquium-on-International-Arbitration>

**TABLE RONDE SUR LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES DANS LA CORRUPTION INTERNATIONALE**, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Paris, France, <http://www.oecd.org/corruption/roundtable-on-corporate-liability-for-foreign-bribery.htm>

12-13 janvier 2017

**4<sup>ème</sup> CONFÉRENCE CONJOINTE ITA-IEL-ICC SUR L'ARBITRAGE INTERNATIONALE DANS LE SECTEUR DE L'ÉNERGIE**, ICC, Institute for Transnational Arbitration (ITA) & Institute for Energy Law (IEL), Houston, Texas, <http://www.iccwbo.org/Training-and-Events/All-events/Events/2017/4th-ITA-IEL-ICC-Joint-Conference-on-International-Energy-Arbitration>

17-20 janvier 2017

**RÉUNION ANNUELLE DU FORUM ÉCONOMIQUE MONDIAL**, Davos-Klosters, Suisse, <https://www.weforum.org/events/world-economic-forum-annual-meeting-2017>



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

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

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

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

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

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

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