



## Le parcours d'un Traité contraignant sur les droits humains : déjà trois ans... où va-t-il mener ?

Joe Zhang et Mintewab Abebe



### L'espace réglementaire gouvernemental dans l'ombre des TBI : l'exemple de la réforme par la Tanzanie de sa réglementation en matière de ressources naturelles

Magalie Masamba

### Conférence de haut-niveau de la CNUCED sur les All : poursuivre l'examen des Accords internationaux d'investissement d'ancienne génération

James Zhan et Moritz Obst

### Analyse critique de *L'économie politique du régime des traités d'investissement*

David Gaukrodger

Également dans cette édition : Les négociations de l'UE et ses efforts en vue d'établir un tribunal multilatéral des investissements ; Première réunion de la CNUDCI sur une éventuelle réforme du RDIE ; Les négociations de l'ALENA 2.0 et du RCEP se poursuivront en 2018 ; Les ministres du PTP-11 sont convenus des éléments centraux du AGP-PTP ; *Bear Creek c. Pérou* ; *Caratube c. Kazakhstan* ; *Beijing Urban Construction c. Yémen* ; *Orascom c. Algérie* ; *Croatie c. MOL*

# sommaire

- 3 Article**  
Le parcours d'un Traité contraignant sur les droits humains : déjà trois ans... où va-t-il mener ?  
*Joe Zhang et Mintewab Abebe*
- 5 L'espace réglementaire gouvernemental dans l'ombre des TBI : l'exemple de la réforme par la Tanzanie de sa réglementation en matière de ressources naturelles**  
*Magalie Masamba*
- 7 Conférence de haut-niveau de la CNUCED sur les AI : poursuivre l'examen des Accords internationaux d'investissement d'ancienne génération**  
*James Zhan et Moritz Obst*
- 10 Analyse critique de L'économie politique du régime des traités d'investissement**  
*David Gaukrodger*
- 12 Nouvelles en bref**  
Les négociations de l'APE UE-Japon sont terminées sans investissement, l'ALE UE-Mexique révisé bientôt achevé ; Le groupe de travail III de la CNUDCI tient sa première réunion sur une éventuelle réforme du RDIE ; L'UE poursuit ses efforts en vue d'établir un tribunal multilatéral des investissements, malgré d'âpres critiques ; ALENA 2.0 : les cycles de négociation entre le Canada, les États-Unis et le Mexique se poursuivront lors du premier trimestre 2018 ; Les partenaires au RCEP loupent la troisième échéance et poursuivent les négociations jusqu'en novembre 2018 ; Les ministres du PTP-11 sont convenus des éléments centraux de l'Accord global et progressif de Partenariat transpacifique (AGP-PTP) ; La Belgique demande à la CJUE un avis au sujet de la compatibilité du STI contenu dans l'AECG avec le droit européen
- 14 Sentences et décisions**  
Une entreprise minière canadienne se voit accorder les coûts irrécupérables à titre d'indemnisation suite à son expropriation par le Pérou  
*Matthew Levine*
- 15 Le Kazakhstan est reconnu coupable d'expropriation de l'investissement de la famille Hourani dans une deuxième procédure auprès du CIRDI**  
*Mintewab Abebe*
- 17 Un tribunal du CIRDI affirme sa compétence dans une affaire entre une entreprise chinoise de travaux publics et le Yémen**  
*Matthew Levine*
- 18 Les recours présentés contre l'Algérie par une entreprise contrôlée par un milliardaire égyptien sont jugés irrecevables**  
*Mintewab Abebe*
- 20 Un tribunal CNUDCI rejette les allégations de corruption par un investisseur hongrois, et refuse d'invalider les contrats passés avec la Croatie**  
*Trishna S. Menon*
- 22 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, Chatelaine, 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

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

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

# article 1

## Le parcours d'un Traité contraignant sur les droits humains : déjà trois ans... où va-t-il mener ? Joe Zhang et Mintewab Abebe



En 2015, ITN annonçait le lancement de négociations intergouvernementales d'un traité contraignant sur les entreprises et les droits humains<sup>1</sup>. Le Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé de l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales (STN) et autres entreprises commerciales (AEC) en matière de droits humains (le Groupe de travail) a tenu sa troisième session à Genève, du 23 au 27 octobre 2017<sup>2</sup>.

Compte tenu des discussions formelles et informelles menées au cours des deux années précédentes, le président du Groupe de travail avait préparé un document contenant les éléments de l'instrument contraignant à venir (le document présentant les éléments)<sup>3</sup> et l'avait diffusé avant la troisième session. Ce document sert de base aux négociations de fond. Les principes et dispositions qu'il propose couvrent dix thèmes : (1) le cadre général, (2) le champ d'application de l'instrument, (3) les obligations générales, (4) les mesures de prévention, (5) la responsabilité juridique, (6) l'accès à la justice, (7) la compétence, (8) la coopération internationale, (9) la promotion, la mise en œuvre et le suivi, et (10) les dispositions générales. Lors de cette session, chacun de ces thèmes a fait l'objet de négociations approfondies. Le présent article résume les points de vue présentés sur certains de ces thèmes.

### Questions relatives au cadre général

La plupart des discussions menées au cours des deux premières sessions ont mis l'accent sur le champ d'application de l'instrument contraignant à venir – quelles entités y seraient sujettes et comment les définir de manière claire, complète et précise<sup>4</sup>. Pour répondre à ces difficultés, le document présentant les éléments propose une approche innovante. Il propose que le champ d'application soit fondé sur le caractère transnational des activités des entreprises<sup>5</sup>. Si le fait de mettre l'accent sur le type d'activités plutôt que sur la définition des entités est constructif, il exige malgré tout de préciser le sens du terme « activités transnationales ».

La relation entre le droit relatif aux droits humains et d'autres domaines du droit international est un autre point de discussion qui a attiré une grande attention au cours des sessions précédentes, en particulier le fait de savoir s'il existe une hiérarchie entre les différents domaines du droit international. L'un des principes inclus dans le document présentant les éléments consacre la primauté des obligations relatives aux droits humains sur les accords commerciaux ou d'investissement<sup>6</sup>. Lors de la troisième session, les discussions ont vu émerger à la fois un soutien et une opposition à ce principe. S'il a été reconnu que les

justifications humanitaire, morale et philosophique de la primauté des droits humains sont indéniables, certains ont indiqué que la mise en place d'une hiérarchie entre les domaines du droit n'est pas approuvée par la jurisprudence du droit international public. D'autres ont signalé que la mise en œuvre pratique de cette primauté pourrait également être très difficile. Aussi, ce point pourrait générer une impasse politique entre les États au moment d'adopter le traité.

### Obligations générales

Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (PDEDH) – la référence mondiale faisant autorité en matière d'entreprises et de droits de l'homme – stipule que les États ont le devoir de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits humains, et que les entreprises ont la responsabilité de respecter les droits humains<sup>7</sup>. Le document présentant les éléments réaffirme ces principes en proposant des règles claires pour les États et les autres parties-prenantes (telles que les STN et AEC, et les organisations internationales) impliquées dans la prévention et la protection des droits humains et dans la réparation de violations ou abus des droits humains<sup>8</sup>.

Pendant les délibérations, les délégués ont toutefois exprimé des opinions divergentes quant à la mesure dans laquelle ces responsabilités devraient s'appliquer à chaque acteur. Si la réaffirmation de l'obligation première des États de protéger et de promouvoir les droits humains, d'enquêter sur, de punir et de réparer les violations des droits humains a été largement acceptée, certains ont souligné que la mise en œuvre future de certaines obligations spécifiques pourrait interférer avec les affaires internes des États. Ces obligations incluent l'imposition de restrictions sur les marchés publics et les engagements contractuels des États. Il a également été suggéré qu'un futur instrument contraignant devrait offrir aux États la liberté de déterminer la meilleure manière de mettre en œuvre les obligations contenues dans le traité.

Le document présentant les éléments propose d'imposer des obligations directes sur les STN et AEC, ce qui est une mesure importante de renforcement du système international<sup>9</sup>. Certains délégués se sont dits préoccupés par le fondement juridique de telles obligations directes, arguant que les entreprises privées ne disposent pas du mandat démocratique et de la capacité d'exécution nécessaires. Toutefois, d'autres ont mentionné les précédents créés par certains traités tels que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, la Convention des Nations unies sur le droit de la mer et la Convention du travail maritime, qui imposent tous des obligations juridiques internationales directes à des parties privées. Il a également été souligné que même en l'absence d'obligations à l'échelle internationale, les obligations des STN et AEC pourraient être fixées et exécutées par le biais de la législation nationale, une approche adoptée par la Convention des Nations Unies contre la corruption.

### Mesures de prévention

Contrairement aux discussions sur les obligations générales, les points de vue ont rapidement convergé dans le cadre des débats sur les mesures de prévention. Celles-ci, incluant les activités de diligence raisonnable en matière de droits humains, incluent différentes politiques et mesures que les entreprises privées doivent mettre en place pour garantir une prudence minimale et s'acquitter de leurs responsabilités relatives au respect des droits humains. Dans de nombreux cas, cela exige que les entreprises privées préparent des plans de diligence raisonnable, similaires aux prescriptions contenues dans la loi française récemment adoptée relative au devoir de vigilance des

sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>10</sup>. Afin de garantir une norme minimale et uniforme de ces mesures de prévention dans le monde, le document présentant les éléments propose d'obliger les États de veiller à l'adoption de ces mesures ou normes minimales par les STN et AEC et leurs partenaires commerciaux tout au long de la chaîne d'approvisionnement<sup>11</sup>.

Toutefois, certains se sont dits préoccupés par la faisabilité d'imposer des mesures à des entités ne relevant pas du contrôle direct des STN et AEC. Malgré tout, les délégués ont convenus que les mesures de prévention devaient être au cœur du traité. Il a été suggéré de renforcer encore les dispositions envisagées en exigeant le recours à des évaluateurs indépendants des études d'impact, en élargissant la portée de ces dispositions aux droits du travail et environnemental, en incluant une perspective genre, en exigeant des études d'impact ex-ante et ex-post, et en exigeant l'obtention du consentement libre, préalable et éclairé<sup>12</sup>.

### Accès à la justice, recours efficace et garanties de non-répétition

Reconnaissant le déséquilibre des pouvoirs entre les STN et les victimes, les délégués ont considéré qu'il était important d'établir une obligation contraignante pour les États d'éliminer les barrières à l'accès à la justice et à un recours efficace. Le document présentant les éléments propose des dispositions permettant de réduire les obstacles réglementaires, procéduraux et financiers qui empêchent l'accès à un recours efficace, en permettant des recours collectifs en matière de droits humains, en facilitant l'accès aux informations et aux preuves, en limitant l'utilisation de la doctrine de *forum non conveniens* et en renversant la charge de la preuve sur l'accusé<sup>13</sup>.

Les délégués ont salué l'inclusion d'une disposition soulignant la nécessité de garantir l'accès à la justice pour les groupes vulnérables. Il a été suggéré de clarifier davantage le contenu afin de veiller à ce que des mécanismes extrajudiciaires complètent les mécanismes judiciaires sans pour autant les remplacer, et que ces derniers soient toujours disponibles et accessibles aux victimes.

### Compétence et responsabilité

Le document présentant les éléments propose une définition large de la compétence permettant aux victimes d'avoir accès à la justice, et qui autorise les juges à affirmer leur compétence sur les STN ou AEC pour des activités menées et les dommages connexes, non seulement dans l'État hôte de l'entreprise, mais également dans son État d'origine et dans d'autres États où l'entreprise est substantiellement présente<sup>14</sup>. Les discussions ont porté sur le fait de savoir s'il fallait permettre la compétence extrajudiciaire et sa portée. Bien qu'il ne soit pas inhabituel qu'une compétence extraterritoriale s'applique sous l'effet d'un éventail d'instruments internationaux et nationaux, certains délégués et représentants du secteur privé se sont dits préoccupés par les possibles violations de principes du droit international, tels que l'intégrité territoriale, l'immunité souveraine, l'épuisement des voies de recours internes et la courtoisie internationale. À cet égard, si bon nombre de délégués considéraient que le document présentant les éléments représentait un bon point de départ, d'autres ont appelé à plus de clarté et précision dans le futur instrument.

Un autre sujet abordé dans ce cadre concerne la responsabilité des STN et AEC pour la violation de leurs obligations en matière de droits humains. Le document présentant les éléments propose d'imposer des obligations aux États d'établir et d'appliquer la responsabilité administrative, civile et pénale en cas de violation des droits humains<sup>15</sup>. Si la plupart des délégués ont salué cette proposition, certains ont considéré qu'il serait difficile, en vertu de certains systèmes juridiques,

d'imposer une responsabilité pénale à des entités morales. Alternativement, certains ont suggéré d'étendre la responsabilité pénale aux actionnaires.

### L'avenir incertain du processus

Dans le cadre de ses recommandations pour les prochaines étapes, le président du Groupe de travail avait initialement proposé de commencer la rédaction d'un instrument juridiquement contraignant sur la base des discussions menées au cours des trois sessions de travail, et d'entamer les négociations sur le projet d'instrument lors de la prochaine session en 2018.

Cette conclusion apparemment logique et cette proposition raisonnable pour le futur ont fait face à une surprenante résistance de la part d'une poignée de délégués de pays qui a appelé à la remise en question du mandat du Groupe de travail. Cette proposition n'a toutefois pas été partagée par la majorité des autres délégués ou par le secrétariat, qui a confirmé l'interprétation générale selon laquelle le mandat actuel du Groupe de travail, tel que prévu par la Résolution 26/9, s'étend jusqu'à ce qu'un instrument international juridiquement contraignant soit élaboré.

Après plusieurs cycles de débats et de longues négociations informelles, des compromis ont toutefois été faits afin de dégager un consensus. Toutes les références aux dates et au contenu de la prochaine session ont été biffées du projet de rapport de la troisième session<sup>16</sup>.

Bon nombre de délégués s'est exprimé sur la nécessité et l'importance d'un tel instrument contraignant. Les trois dernières années ont marqué le début prometteur d'un important parcours visant à réduire les divergences entre les parties-prenantes afin de veiller à ce que des recours efficaces et significatifs soient offerts aux victimes d'abus des droits humains commis par des entreprises. Ce processus devrait se poursuivre jusqu'à ce que cet objectif soit pleinement atteint.

### Auteur

**Joe Zhang** est conseiller juridique au sein du Groupe droit et politique économique de IISD. **Mintewab Abebe** est étudiante à l'International Finance and Development de la Faculté de droit de l'Université de New York et travaille au programme Investissement pour le développement durable de IISD.

### Notes

1 Zhang, J. (2015). Lancement des négociations d'un traité contraignant relatif aux entreprises et aux droits humains, *Investment Treaty News*, 6(4), 10–11. Tiré de [https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-november-2015-francais\\_0.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-november-2015-francais_0.pdf).

2 Pour de plus amples détails sur la session, notamment l'ordre du jour, les participants et documents, voir <http://www.ohchr.org/FR/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>.

3 Présidence de l'OEIGWG (2017). *Éléments pour le projet d'instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits humains*. Tiré de [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs\\_OBEs\\_FR.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_FR.pdf).

4 Les rapports officiels des sessions précédentes ainsi que les communications des participants sont disponibles sur la page d'accueil du Groupe de travail : <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>.

5 Le document présentant les éléments, *supra* note 3, p. 5.

6 *Id.*, pp. 3-4.

7 Nations Unies (2011). *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits humains*. Tiré de [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_FR.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf).

8 Le document présentant les éléments, *supra* note 3, p. 6-7.

9 *Id.*, p. 7.

10 [http://www.assembleenationale.fr/14/dossiers/devoir\\_vigilance\\_entreprises\\_donneuses\\_ordre.asp](http://www.assembleenationale.fr/14/dossiers/devoir_vigilance_entreprises_donneuses_ordre.asp)

11 Le document présentant les éléments, *supra* note 3, p. 8.

12 *Id.*, p. 16.

13 *Id.*, pp. 10-13.

14 *Id.*, p. 13.

15 *Id.*, pp. 9-10.

16 Le projet de rapport de la troisième session est disponible (uniquement en anglais) sur <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftReport-ThirdSession.docx>.

# article 2

## L'espace réglementaire gouvernemental dans l'ombre des TBI : l'exemple de la réforme par la Tanzanie de sa réglementation en matière de ressources naturelles

Magalie Masamba



### Introduction

Le secteur des ressources naturelles de Tanzanie a connu une année 2017 riche en événements. Le développement le plus important a eu lieu en juillet, lorsque la Tanzanie a adopté trois nouvelles lois qui changent en profondeur le paysage réglementaire applicable aux ressources naturelles et au secteur minier en particulier :

- (1) Loi sur la richesse et les ressources naturelles (Souveraineté permanente)<sup>1</sup>
- (2) Loi sur les contrats portant sur la richesse et les ressources naturelles (Examen et renégociation des conditions déraisonnables)<sup>2</sup>
- (3) Loi sur les lois écrites (Amendements divers)<sup>3</sup>

Ces lois, qui ont été signées par le président tanzanien et sont maintenant entrées en vigueur, introduisent des changements qui soulèvent des questions au sujet de leur relation avec les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) du pays. La Tanzanie a des TBI en vigueur avec onze pays – l'Allemagne, le Canada, la Chine, le Danemark, la Finlande, l'Italie, Maurice, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse<sup>4</sup>. À l'instar de nombreux autres pays africains, la Tanzanie a conclu ces accords dans le but d'attirer les investisseurs étrangers.

Pourtant, un sentiment prévaut notamment dans le secteur minier, selon lequel les investisseurs étrangers abusent du système juridique. Compte tenu des conclusions d'un audit mené à la demande du président tanzanien au début de 2017, le gouvernement a notamment accusé les entreprises minières de ne divulguer que partiellement leurs exportations de métaux précieux – entraînant une interdiction de ces exportations en mai 2017. Le gouvernement tanzanien est engagé dans un différend fiscal connexe avec Acacia Mining Plc, qui vient de déposer une notification d'arbitrage. Dans ce contexte politique tendu, certains appellent même la Tanzanie à se retirer du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA)<sup>5</sup>. Le présent article offre un aperçu des principaux changements introduits par ces nouvelles lois et cherche à évaluer l'impact de ces changements, notamment sur les arbitrages en matière d'investissement au titre des TBI tanzaniens.

### La réforme par la Tanzanie de sa réglementation nationale en matière de ressources naturelles

La loi sur la souveraineté permanente réaffirme la souveraineté permanente du pays sur les ressources naturelles en exigeant qu'elles soient exploitées de manière à bénéficier à la population tanzanienne. La loi sur l'examen et la renégociation des conditions déraisonnables permet de réviser les accords

portant sur les ressources naturelles et prévoit la renégociation et le retrait potentiel des conditions « déraisonnables » incluses dans ces accords. Finalement, la loi sur les amendements divers introduit plusieurs amendements à la loi minière tanzanienne. Ces trois lois constituent une première étape dans la modification de diverses lois touchant aux ressources naturelles, notamment les questions de l'assurance, les impôts sur le revenu et la gestion des impôts. Les paragraphes suivants analysent les principales dispositions incluses dans ces trois lois.

#### 1. La reconnaissance du principe de souveraineté permanente sur la richesse et les ressources naturelles

Les préambules de la loi sur la souveraineté permanente et de la loi sur l'examen et la renégociation des conditions déraisonnables reconnaissent le principe de souveraineté permanente tel qu'exprimé dans la Résolution 1803 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1962. La loi sur la souveraineté permanente donne à la population tanzanienne le droit à la souveraineté permanente sur toute richesse et ressources naturelles, détenues en « fiducie » par le président tanzanien. Entre autres choses, la souveraineté permanente :

- Rend illégaux les accords portant sur les ressources naturelles pour leur exploration, exploitation ou acquisition et utilisation, conclus sans l'approbation du parlement, et exige que ces activités protègent les intérêts de la population tanzanienne<sup>6</sup>.
- Garantie des retombées pour l'économie locale<sup>7</sup>.
- Exige que toutes les autorisations soient données pour veiller à ce que le gouvernement obtienne une part « équitable » des projets<sup>8</sup>.
- Permet au parlement d'examiner tous les accords dans le cadre de ses fonctions constitutionnelles exécutives<sup>9</sup>.
- Exige des investisseurs dans le secteur minier de participer activement à la croissance de l'économie tanzanienne. Les détenteurs de droits miniers sont notamment désormais tenus de réinvestir une partie de leurs bénéfices en vue d'accroître la performance économique de la Tanzanie et devront démontrer ces efforts dans le cadre des bénéfices annuels.

#### 2. L'interdiction des exportations de matières premières et de la valorisation en-dehors de la Tanzanie

Certaines dispositions de la loi sur la souveraineté permanente ont reçu une grande attention de la part du secteur minier, notamment les interdictions d'exporter les ressources naturelles brutes et de valoriser les matières premières en-dehors du pays<sup>10</sup>. Les investisseurs sont maintenant tenus de s'engager à créer des installations de valorisation dans le pays.

Ce qui est remarquable, c'est que la loi sur la souveraineté permanente définit les ressources et la richesse naturelles comme suit :

toute matière ou substance se trouvant dans la nature telle que le sol, le sous-sol, les ressources gazières et hydriques, ainsi que la flore, la faune, les ressources génétiques, les ressources aquatiques, les micro-organismes, l'espace aérien, les rivières, les lacs et l'espace maritime, y compris les eaux territoriales et le plateau continental tanzaniens, les ressources biologiques et non-biologiques se trouvant dans la Zone économique exclusive pouvant être extraite, exploitée ou acquise et utilisée en vue d'obtenir des gains économiques, qu'elle soit transformée ou non<sup>11</sup>.

Cette disposition pourrait s'appliquer à de nombreux secteurs, notamment l'agriculture, la pêche, le pétrole et le gaz, la foresterie, l'électricité, etc. Elle semble orientée vers le développement d'infrastructures qui font actuellement défaut en Tanzanie. Son impact dépendra des réglementations qui détailleront la manière dont elle sera appliquée.

### 3. Une prise de distance à l'égard du règlement international des différends

Le Règlement des différends investisseur-État (RDIE) par le biais de l'arbitrage international faisait traditionnellement partie des mécanismes tanzaniens de règlement des différends. La loi nationale 131 de promotion des investissements, de 2009, prévoit l'arbitrage international sous l'égide du CIRDI ou au titre du Règlement d'arbitrage de la Conférence des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI)<sup>12</sup>. La Tanzanie est partie à la Convention du CIRDI ainsi qu'à la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958. En outre, tous les TBI signés par la Tanzanie offrent une forme ou une autre de RDIE.

S'écartant largement de la pratique actuelle, la loi sur la souveraineté permanente précise que la richesse et les ressources naturelles ne peuvent plus être assujetties aux tribunaux et procédures étrangers. Les différends relatifs à leur extraction, exploitation ou acquisition et utilisation doivent être tranchés par des tribunaux ou instances en Tanzanie et au titre de la loi tanzanienne. Les investisseurs étrangers peuvent encore tenter de contourner le recours obligatoire aux tribunaux nationaux en présentant des recours à l'arbitrage international sur la base des TBI du pays contenant des dispositions RDIE. Pour garantir l'efficacité de la nouvelle mesure exigeant que les différends soient tranchés par les tribunaux tanzaniens, la Tanzanie pourrait envisager de revoir certaines de ses anciennes lois nationales ainsi que ses TBI pour garantir leur cohérence avec la loi sur la souveraineté nationale.

### 4. La renégociation des « conditions déraisonnables » dans tous les accords portant sur les ressources naturelles et l'interdiction des clauses de stabilisation dans le secteur minier

Afin de garantir la souveraineté permanente, la loi sur l'examen et la renégociation des conditions déraisonnables exige du parlement tanzanien qu'il examine et renégocie tous les accords contenant des conditions déraisonnables<sup>13</sup>. La loi définit les « conditions déraisonnables » dans le contexte de la richesse et des ressources naturelles comme des conditions contraaires à la « bonne conscience » et qui pourraient compromettre ou qui compromettent la population tanzanienne si elles sont mises en œuvre.

Dans ce contexte, les dispositions pouvant être perçues comme déraisonnables sont notamment celles qui restreignent le droit de l'État d'exercer sa pleine souveraineté permanente ou d'exercer son autorité sur les investissements étrangers, celles qui sont inéquitables ou coûteuses pour l'État, celles qui restreignent une révision périodique, celles qui garantissent un traitement différentiel visant à créer des régimes juridiques distincts pour certains investisseurs, celles qui privent la population tanzanienne de gains économiques, celles qui assujettissent l'État à la compétence de lois et d'instances étrangères, et finalement celles qui sapent les mesures de protection environnementales. Afin de garantir l'équité, c'est au parlement que revient le rôle de déterminer si les conditions des accords relèvent de cette liste. Ce processus vise à rectifier les contrats antérieurs à la loi et portant préjudice aux intérêts de la population tanzanienne.

En outre, la loi sur les amendements divers, qui amende la loi minière, limite la portée de l'utilisation des clauses de stabilité (qui entraînent le gel des lois ou renonciation de souveraineté) dans l'industrie extractive, et interdit les clauses de stabilité censées s'appliquer tout au long de la durée de vie d'une mine<sup>14</sup>. Au titre de la nouvelle loi, si ces clauses de stabilité sont négociées, elles doivent être spécifiques, limitées dans le temps, fondées sur un équilibre économique et permettre la renégociation occasionnelle. En outre, les clauses de stabilité spécifiques relatives aux dépenses fiscales du gouvernement (en d'autres termes, la valeur des incitations fiscales garanties en faveur d'une entreprise minière) doivent préciser le montant des dépenses fiscales ainsi que la manière dont l'entreprise compensera le gouvernement. Ces dispositions donnent donc

lieu à un retour vers le gouvernement de toutes les incitations fiscales qui ont fait l'objet de stabilisation, par exemple en convertissant ce montant en parts dans l'entreprise minière.

### 5. Le gouvernement est actionnaire de toutes les entreprises minières

Finalement, les nouveaux amendements à la loi minière exigent du gouvernement tanzanien qu'il détienne une participation passive gratuite minimale de 16 % et non-diluable dans le capital de toute entreprise détenant une licence minière ordinaire ou spéciale. En outre, le gouvernement tanzanien peut également acquérir une participation maximale de 50 % et non-diluable dans le capital de l'entreprise minière, équivalant aux incitations fiscales dont l'entreprise bénéficie<sup>15</sup>.

### Conclusion

En Afrique, beaucoup considèrent les TBI comme étant unilatéralement en faveur des investisseurs, et comme un outil entravant les pouvoirs de l'État de promulguer des politiques sociales et environnementales fortes. Comme d'autres pays africains, la Tanzanie repense actuellement sa réglementation des investissements étrangers pour veiller à ce que ceux-ci bénéficient à la population.

La Tanzanie, comme de nombreux autres pays, a pour objectifs politique et juridique de promouvoir un investissement durable pour le plus grand bénéfice des populations locales. Cette transition vers des politiques plus axées sur le développement durable sera longue, et exigera l'élaboration et la prise en compte de toute une série de facteurs, notamment par exemple l'évaluation des capacités manufacturières d'un pays tel que la Tanzanie.

La Tanzanie se trouve incontestablement au cœur d'un processus de réforme complexe et politiquement sensible, qui relance l'éternelle question des ressources naturelles. À l'ère des TBI, quel sera son impact sur les aspirations de la Tanzanie en matière de réforme réglementaire, et comment le gouvernement peut-il veiller au mieux à ce que son réseau de TBI n'entraîne pas ces réformes tant nécessaires ? D'un point de vue africain, il est temps de repenser nos régimes de TBI, notamment dans le contexte de leurs effets sur l'espace réglementaire des États.

### Auteur

**Magalie Masamba** est une juriste spécialisée au sein de l'équipe d'appui des partenariats public-privé de la Banque mondiale en Tanzanie, et doctorante en droit financier internationale à l'unité internationale de développement et de droit du Centre pour les droits humains de l'Université de Pretoria, en Afrique du Sud. Les vues exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du Groupe de la Banque mondiale.

### Notes

1 République unie de Tanzanie (2017). Loi sur la richesse et les ressources naturelles (Souveraineté permanente), tirée de [http://www.tcme.or.tz/uploads/NATURAL\\_WEALTH\\_AND\\_RESOURCES\\_PERMANENT\\_SOVEREIGNTY\\_ACT\\_2017.pdf](http://www.tcme.or.tz/uploads/NATURAL_WEALTH_AND_RESOURCES_PERMANENT_SOVEREIGNTY_ACT_2017.pdf)

2 République unie de Tanzanie (2017). Loi sur les contrats portant sur la richesse et les ressources naturelles (Examen et renégociation des conditions déraisonnables), tirée de [http://www.tcme.or.tz/uploads/NATURAL\\_WEALTH\\_AND\\_RESOURCES\\_REVIEW\\_AND\\_NEGOTIATION\\_OF\\_UNCONSCIONABLE\\_TERMS\\_ACT\\_2017.pdf](http://www.tcme.or.tz/uploads/NATURAL_WEALTH_AND_RESOURCES_REVIEW_AND_NEGOTIATION_OF_UNCONSCIONABLE_TERMS_ACT_2017.pdf)

3 République unie de Tanzanie (2017). Loi sur les lois écrites (Amendements divers), tirée de [http://www.tcme.or.tz/uploads/WRITTEN\\_LAWS\\_MISCELLANEOUS\\_AMENDMENTS\\_ACT\\_no\\_7\\_of\\_2017.pdf](http://www.tcme.or.tz/uploads/WRITTEN_LAWS_MISCELLANEOUS_AMENDMENTS_ACT_no_7_of_2017.pdf)

4 Conférence des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI), Investment Policy Hub, République unie de Tanzanie, tiré de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/222>

5 Kamndaya, S. (2017, juillet). Hard Choices on Mining, The Citizen, tiré de <http://www.thecitizen.co.tz/News/Hard-choices-on-mining/1840340-3996244-123bau7z/index.html>

6 Section 6(1) de la loi sur la souveraineté permanente.

7 Section 7 de la loi sur la souveraineté permanente.

8 Section 8 de la loi sur la souveraineté permanente.

9 Section 4 de la loi sur l'examen et la renégociation des conditions déraisonnables.

10 Section 9(1) de la loi sur la souveraineté permanente.

11 Section 3 de la loi sur la souveraineté permanente.

12 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1996>

13 Section 12 de la loi sur la souveraineté permanente.

14 Section 100E de la loi minière, telle qu'amendée.

15 Section 10(1) et (2) de la loi minière, telle qu'amendée.

# Conférence de haut-niveau de la CNUCED sur les All : poursuivre l'examen des Accords internationaux d'investissement d'ancienne génération

## James Zhan et Moritz Obst

### article 3



#### Introduction

Du 9 au 11 octobre 2017, plus de 300 experts, notamment des négociateurs de haut-niveau d'accords internationaux d'investissement (All) et des représentants d'organisations intergouvernementales, de la société civile ainsi que des secteurs universitaires et privés se sont réunis à Genève pour la [Conférence annuelle de haut-niveau de la CNUCED sur les All](#)<sup>1</sup>. Grâce aux outils développés par la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) – la [Feuille de route pour la réforme du régime des All](#)<sup>2</sup> et les [10 options d'action pour la phase 2](#)<sup>3</sup> – les experts ont dressé le bilan de la réforme des All en faveur du développement durable (phase 1 de la réforme des All) et discuté des alternatives politiques visant à moderniser le stock d'All d'ancienne génération en vigueur (phase 2).

Entre séances plénières et en petits groupes, la réunion a offert un forum de dialogue inclusif, constructif et générateur de connaissances sur la phase 2. En partageant leurs expériences, en identifiant les bonnes pratiques, en abordant de nouvelles idées, et en analysant les pour et les contres de divers options d'action, le groupe a tracé la voie à suivre pour la phase 2 et réaffirmé le rôle de la CNUCED en tant que *seul* agent intergouvernemental permettant un débat inclusif sur l'élaboration de politiques internationales d'investissement pour un développement durable. Le présent rapport résume les principaux points abordés lors de cet événement.

#### Dresser le bilan de la réforme des All et avancer

Au cours des séances plénières d'ouverture et de clôture, les participants ont exprimé leur engagement en faveur de la réforme des All. Un large consensus s'est dégagé sur le fait que la réforme des All axée sur le développement durable fait maintenant partie de l'élaboration régulière des politiques internationales en matière d'investissement. De nombreux délégués ont partagé l'expérience de leur pays lors de la révision de leurs réseaux d'All, de la refonte de leur modèle de traité et de la négociation d'All de nouvelle génération, souvent fondés sur les publications de la CNUCED, la [Feuille de route pour la réforme du régime des All](#) et le [Cadre de la politique d'investissement pour un développement durable](#)<sup>4</sup>. La plupart des pays ont reconnu qu'il était temps de mettre l'accent sur la manière de moderniser le stock de traités d'ancienne génération en vigueur (phase 2).

En général, les participants ont reconnu que le régime des All est devenu bien trop complexe pour être réglé par une seule institution ou groupe de pays, et qu'une collaboration multilatérale serait essentielle. Il a souvent été dit que la CNUCED devrait continuer d'offrir un forum d'engagement

collectif et inclusif et, conformément à son mandat, agir comme coordonnateur au sein des Nations Unies pour les questions liées à l'investissement international et au développement durable. Plusieurs intervenants ont souligné l'importance d'impliquer toutes les parties-prenantes concernées dans la conception de nouvelles approches pour les All. Divers experts ont également salué les services de renforcement des compétences, d'assistance technique et de recherche sur les politiques offerts par la CNUCED.

#### Les séances en petits groupes

Les séances en petits groupes étaient conçues pour permettre aux experts de prendre part à des discussions profondes, créatives et axées sur la recherche de solutions sur les 10 options d'action de la CNUCED. Les experts ont échangé leurs points de vue sur les pour et les contres, les enseignements tirés et les défis pratiques des différents options de réforme. Au cours de la séance plénière du dernier jour, les rapporteurs désignés ont fait état des discussions et des résultats de chacune des séances suivantes.

#### 1. Mettre l'investissement au service des ODD : la dimension All

Les experts ont discuté de la manière dont les All pourraient être exploités aux fins de mobiliser l'investissement nécessaire à la réalisation des Objectifs du développement durable (ODD). Cette discussion a soulevé plusieurs questions, par exemple comment « traduire » les objectifs du développement durable en des dispositions de traité réalisables. Les experts ont également échangé leurs vues sur la question (empiriquement non-concluante) de savoir si les All jouent un rôle dans l'attrait et la rétention de l'investissement direct étranger (IDE).

La séance a mis l'accent sur le rôle des Partenariats public-privé (PPP) dans la promotion et le financement d'investissements favorables au développement durable. À cet égard, les experts ont mis en avant les bénéfices potentiels des PPP, en particulier le développement d'infrastructures liées aux ODD, mais ont également exprimé la nécessité d'équilibrer les droits et les obligations des investisseurs, de préserver le droit de l'État de réglementer, de tenir compte des normes sociales et environnementales, et d'établir une structure de contrôle appropriée pour les PPP. Les experts ont discuté des bonnes pratiques en la matière, et ont appelé la CNUCED à mener d'autres recherches et à offrir des conseils sur les politiques en ce qui concerne la manière de concentrer l'investissement étranger dans les secteurs des infrastructures et des services publics, et au final de maximiser la contribution de ces investissements en faveur du développement durable.

#### 2. Clarifier et modifier le contenu du traité

Les experts ont également partagé les expériences de leur pays en matière d'interprétations conjointes et d'amendements, dans le cadre de leurs efforts de modernisation des traités d'ancienne génération.

De nombreux participants ont indiqué que la sauvegarde du droit de réglementer et la promotion du développement durable étaient des objectifs politiques prioritaires dans leurs efforts de réforme des All. S'agissant des dispositions de fond du traité, divers experts ont identifié les définitions de « l'investisseur » et de « l'investissement »<sup>5</sup>, le traitement juste et équitable (TJE) et la Nation la plus favorisée (NPF) comme prioritaires pour la phase 2. Ils ont également souligné l'importance de consulter les parties-prenantes, d'avoir une coordination interministérielle ainsi qu'une communication transparente.

Pour ce qui est d'améliorer le contenu substantif des anciens

traités, plusieurs délégués ont mentionné les avantages des interprétations conjointes, privilégiant ces dernières au détriment des amendements, car plus faciles à émettre. Toutefois, certains ont souligné que ces interprétations conjointes ont une portée limitée, en expliquant qu'elles permettraient de préciser les choses, sans toutefois donner un sens entièrement nouveau à la disposition. En discutant les contres de telles voies de réforme, il a aussi été dit qu'il n'est pas toujours chose aisée d'identifier des similarités dans les objectifs de tout projet d'interprétation conjointe ou d'amendement.

### 3. Consolider le réseau d'All

Afin de moderniser le stock de traités d'ancienne génération en vigueur et de réduire la fragmentation de la gouvernance des All, l'on peut choisir de remplacer les traités obsolètes, de consolider le réseau d'All ou de gérer les relations entre traités coexistants. Compte tenu de leur expérience nationale et régionale, plusieurs experts considéraient que le plus efficace pour réduire la complexité et la fragmentation générales était de remplacer les nombreux anciens accords par un nouvel All (multilatéral).

Une attention particulière a été portée aux situations spécifiques de l'Union européenne, qui fait actuellement évoluer sa politique en matière d'All, ainsi qu'à l'Afrique et à ses efforts d'intégration régionale. Sur ce dernier point, les discussions ont été approfondies dans le cadre d'un événement parallèle intitulé « Le code panafricain de l'investissement et le chapitre sur l'investissement de l'Accord de libre-échange continental (ZLEC) : possibilités de rationaliser la réglementation de l'investissement en Afrique », organisée par la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA). Les discussions ont évalué la manière dont les initiatives continentales telles que le Code panafricain d'investissement (PAIC) et le projet de chapitre sur l'investissement de la ZLEC pourraient contribuer au renforcement de l'environnement réglementaire de l'investissement en Afrique.

Les discussions en petits groupes ont aussi reconnu les défis posés par cette consolidation, notamment l'identification de partenaires motivés, la mobilisation de ressources humaines et financières dans les différents

services gouvernementaux concernés, et le temps nécessaire à la réalisation de la consolidation.

Quelques experts ont affirmé que la gestion des relations entre les traités coexistants était le moyen d'action le plus ardu. Il a été suggéré ici de s'appuyer sur la Convention de Vienne sur le droit des traités pour avoir une indication de l'accord devant prévaloir, dans le cas où des traités coexistants n'auraient pas abordé la question.

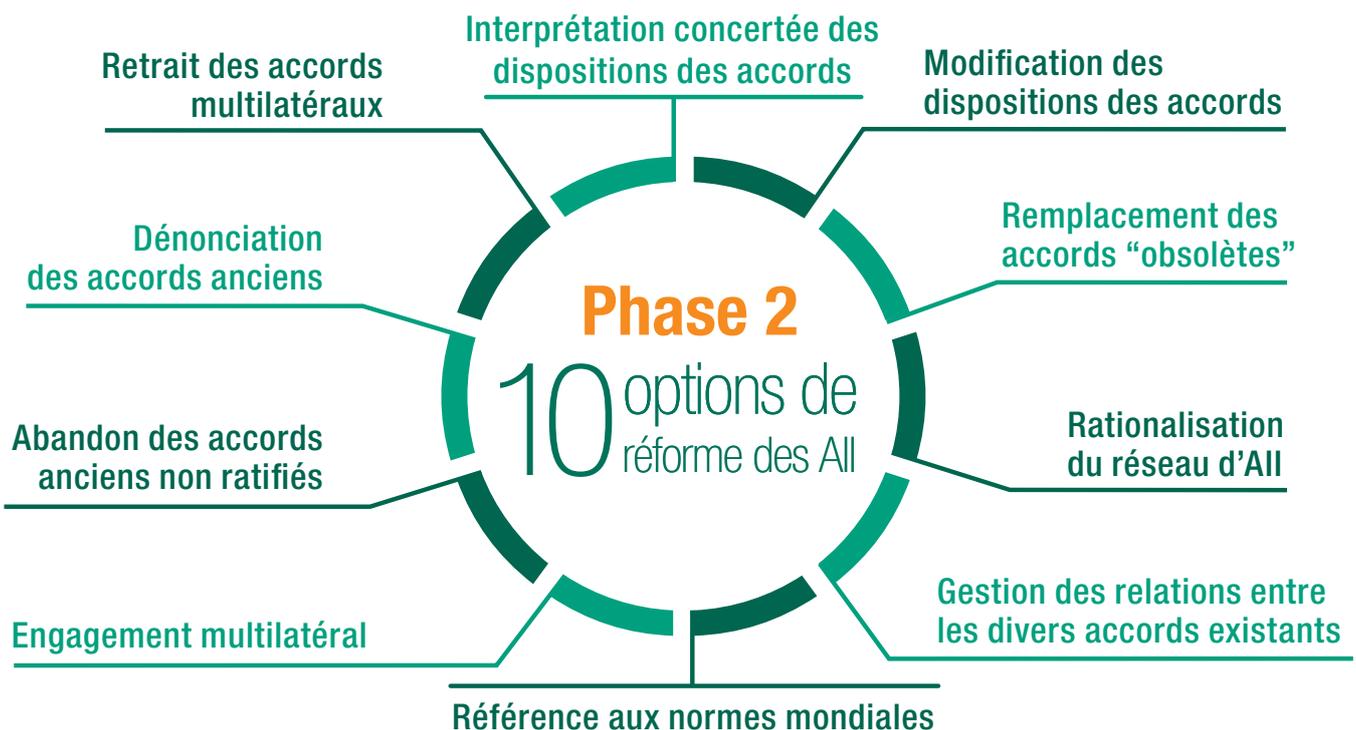
### 4. Les conséquences d'une sortie du régime des All

Les experts ont examiné la possibilité de sortir du régime des All, en abandonnant les anciens traités non-ratifiés, en résiliant les anciens traités en vigueur et en se retirant des traités multilatéraux. Certains délégués ont affirmé que leurs pays avaient pris des mesures pour résilier leurs anciens traités sans remarquer de réduction des volumes entrants d'IDE. Certains ont souligné qu'en plus de résilier leurs anciens traités, ils renouaient avec l'élaboration de politiques d'investissement en développant un nouveau modèle pour leurs futures négociations d'All ou par le biais de la législation nationale. S'éloignant de cette position, d'autres ont affirmé que les All jouaient un rôle important dans l'attrait et la rétention de l'IDE. Plusieurs experts ont fait remarquer que les résiliations unilatérales pouvaient avoir des conséquences négatives sur le climat des affaires dans ces pays et sur leurs relations bilatérales. Les voies bilatérales ou multilatérales telles que la renégociation ou le remplacement d'un traité ont été jugées préférables à toute action unilatérale.

En général, compte tenu des difficultés rencontrées par les pays désireux de sortir du régime, les experts ont largement salué la possibilité d'échanger les données d'expérience et opinions sur la question dans un cadre multilatéral.

### 5. Vers des efforts globaux de réforme : l'élaboration de principes

Dans le cadre des efforts en cours de réforme des All, les principes peuvent être un point de référence important pour la négociation de nouveaux All et la modernisation de ceux en vigueur. De nombreux délégués de pays ont mentionné avoir pris part à des initiatives régionales ou multilatérales portant sur l'élaboration de principes sur les politiques



d'investissement. Certains délégués considèrent que des efforts multilatéraux inclusifs en vue de développer des principes sur les politiques d'investissement sont désirables pour éviter ainsi toute redondance et incohérence ; d'autres ont dit que différents groupes de pays devraient être encouragés à formuler des ensembles distincts de principes.

Plusieurs délégués ont souligné la nécessité d'aborder ces principes dans le cadre d'une approche inclusive qui tienne compte des besoins et circonstances spécifiques des pays en développement. Quelques experts ont également fait allusion aux avantages d'avoir des principes sur les politiques d'investissement servant de base à une transition progressive vers une nouvelle gouvernance des AI, ainsi qu'au potentiel qu'ont ces principes de créer des liens avec d'autres domaines du droit et d'élaboration de politiques, tels que le développement durable, les droits humains, la santé et l'environnement.

#### **6. Vers des efforts globaux de réforme : améliorer le règlement des différends relatifs aux investissements**

Si les experts ont largement reconnu la nécessité de réformer le mécanisme de règlement des différends – élément essentiel d'une réforme complète et coordonnée d'un régime actuel des AI multidimensionnel et multifacettes – leurs opinions divergeaient davantage sur l'ampleur et l'intensité de ces efforts de réforme. Plusieurs intervenants ont souligné la nécessité de renforcer les mécanismes alternatifs de règlement et de prévention des différends, en plus ou en lieu et place du mécanisme de Règlement des différends investisseur-État (RDIE), et de renforcer les capacités des tribunaux nationaux à examiner les recours d'investisseurs et à faire respecter les obligations de ces derniers. D'autres ont indiqué qu'une révision des dispositions de fond était également nécessaire pour garantir des décisions équilibrées et cohérentes dans les affaires de RDIE.

S'agissant des propositions portant sur la création d'un tribunal multilatéral des investissements, de nombreux délégués se sont dits favorables à une telle initiative et désireux d'envisager la création d'un mécanisme d'appel. Des idées similaires ont également été abordées dans un événement parallèle organisé par la Commission européenne. Intitulé « Réformes multilatérales du RDIE : voies possibles », l'exposé mettait l'accent sur le contexte et sur la nécessité de mener une réforme multilatérale du RDIE, sur les objectifs d'une telle réforme, sur ses éventuelles caractéristiques et sur les étapes suivantes. Lors de cet événement, les experts ont examiné les difficultés liées à la création d'un tribunal multilatéral, ainsi que sa structure institutionnelle, son financement et les possibilités d'extension et d'exécution des sentences. En outre, certains se sont dits préoccupés par les questions de la souveraineté de l'État et du risque de politisation des différends.

Les discussions ont également abordé la possibilité de s'abstenir d'inclure des dispositions RDIE dans les traités d'investissement, un choix politique mis en place par certains AI récents. À cet égard, l'on a souligné l'importance d'avoir des mécanismes efficaces permettant de prévenir et d'éviter les différends, ainsi qu'un système judiciaire national performant (et les efforts connexes de renforcement des compétences des tribunaux nationaux).

#### **7. Vers des efforts globaux de réforme : faire référence aux normes mondiales**

Les normes et instruments reconnus au niveau multilatéral peuvent soutenir la cohérence et améliorer les interactions entre les AI et d'autres domaines du droit international ou de l'élaboration de politiques. Plusieurs délégués ont mentionné une tendance émergente dans les nouveaux modèles et traités consistant à faire référence aux normes mondiales. Les experts ont considéré que le fait de faire

référence aux normes mondiales pourrait intégrer des objectifs politiques plus larges aux AI, préciser les termes du droit de réglementer, et encourager l'équilibre et la cohérence d'ensemble du régime des AI.

S'agissant du RDIE, il a été noté que les références explicites aux questions d'intérêt public (par exemple la santé publique ou l'environnement) pourraient encourager les tribunaux arbitraux à les prendre en compte. Un expert a fait remarquer que le sens des normes mondiales n'était pas toujours suffisamment clair pour préciser d'autres dispositions des AI. À cet égard, plusieurs experts ont suggéré que le droit national pouvait être l'outil privilégié pour aborder les obligations des investisseurs, et que les institutions nationales devaient être désireuses et capables de les mettre en œuvre.

#### **Conclusion : lancer la prochaine étape de la réforme des AI**

Comme l'ont noté de nombreux participants, il est très difficile de se diriger vers un régime des AI plus axé sur le développement durable, cela implique de nombreuses questions complexes auxquelles les pays répondent avec une grande variété d'approches. Le développement durable devrait être un objectif fondamental de la réforme des AI, et il est indispensable de compter sur une collaboration multilatérale à tous les niveaux. Il faut, entre autres, centrer la réforme sur les interactions, la cohérence et l'harmonisation entre les échelons national et international de l'élaboration de politiques en matière d'investissement (c.-à-d. entre les politiques nationales en matière d'investissement et les AI), ainsi qu'entre les AI et d'autres politiques publiques. Ces deux défis pourraient être abordés au cours de la phase 3 de la réforme. Les plateformes et processus multipartites tels que la Conférence de haut-niveau de la CNUCED sur les AI, ses Réunions d'experts et le Forum mondial de l'investissement sont extrêmement utiles pour continuer la réforme. Nous vous invitons à poursuivre ces discussions multipartites lors du prochain Forum mondial de l'investissement de la CNUCED, qui se tiendra à Genève du 22 au 26 octobre 2018.

De plus amples informations ainsi que les documents de la Réunion d'experts – notamment une note conceptuelle, le résumé du président, les exposés et rapports des rapporteurs – sont disponibles sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Pages/2017-edition-of-unctad-s-high-level-annual-iaa-conference-phase-2-of-iaa-reform>.

#### **Auteur**

**James Zhan** est Directeur de la Division de l'investissement et des entreprises de la CNUCED, et éditeur en chef du Rapport sur l'investissement dans le monde. **Moritz Obst** est consultant auprès de la Section sur les Accords internationaux d'investissement de la CNUCED. Les points de vue exprimés dans cet article sont ceux des auteurs et ne reflètent pas nécessairement ceux de la CNUCED. Les auteurs remercient Melinda Kuritzky pour son appui dans la finalisation de cet article.

#### **Notes**

1 La Réunion d'experts pluriannuelle sur l'investissement, l'innovation et l'entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable, Cinquième session se trouve sur <http://unctad.org/fr/pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=1438>. Les conclusions et les documents de la conférence sont disponibles sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Pages/unctad-annual-high-level-iaa-conference-phase-2-of-iaa-reform>.

2 Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2015). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015 : réformer la gouvernance de l'investissement international*. Chapitre IV. Genève : Nations Unies. Tiré de [http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2015ch4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2015ch4_en.pdf) ; CNUCED. (2016). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2016 : nationalité des investisseurs : enjeux et politiques*. Chapitre III. Genève : Nations Unies. Tiré de [http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2016ch3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2016ch3_en.pdf).

3 CNUCED. (2017). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017 : l'investissement et l'économie numérique*. Genève : Nations Unies. Tiré de [http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3_en.pdf). Voir également la note conceptuelle préparée par le Secrétaire de la CNUCED : [http://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciimm4d14\\_fr.pdf](http://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciimm4d14_fr.pdf).

4 CNUCED. (2015). *Cadre de la politique d'investissement pour un développement durable*. Genève : Nations Unies. Tiré de [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf).

5 CNUCED, 2016, *supra* note 2.

# Analyse critique de *L'économie politique du régime des traités d'investissement*

## David Gaukrodger

### article 4



Critique de l'ouvrage de Jonathan Bonnitcha, Lauge Poulsen et Michael Waibel, *L'économie politique du régime des traités d'investissement*<sup>1</sup>.

Comme les auteurs le font remarquer à juste titre dans l'introduction de cet important ouvrage, « les chercheurs des secteurs de la politique, de l'économie et des affaires se sont très peu intéressés aux traités d'investissement » (p. 1). L'analyse politique bien organisée et accessible proposée ici par les auteurs représente à la fois une contribution majeure permettant de combler cette lacune, et un appel à d'autres chercheurs pour examiner les questions en suspens et non résolues.

L'élaboration par les auteurs d'une structure globale cohérente de l'analyse politique des traités d'investissement dans cet ouvrage intéressera un large lectorat et devrait devenir un élément important des cours et études universitaires sur les traités d'investissement. Dans un domaine souvent dominé par les universitaires-praticiens et par l'observation des interprétations arbitrales, les trois auteurs – professeurs d'universités en Australie et au Royaume-Uni – appartiennent à une nouvelle génération de chercheurs qui ne prend pas part à l'arbitrage des investissements.

Le langage clair et dynamique, la présentation équilibrée et le ton impartial de l'ouvrage intéresseront également particulièrement les gouvernements, notamment la bonne cinquantaine d'entre eux qui prend part à une table ronde sur l'investissement organisée par l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE). Ces gouvernements examinent et évaluent la recherche existante portant sur les bénéfices et les coûts des traités d'investissement, y compris les contributions d'auteurs et d'autres experts en la matière. Cet inventaire des études existantes, qui sera mis en ligne sur le site internet de l'OCDE, tire de nombreuses conclusions similaires à celles des auteurs pour ce qui est des questions souvent non résolues relatives aux bénéfices et aux coûts, et pour ce qui est de la nécessité d'approfondir les recherches dans de nombreux domaines. Plus largement, les auteurs font écho au souhait des gouvernements de réimpliquer les spécialistes universitaires et gouvernementaux d'autres domaines dans le droit et la politique des traités d'investissement.

Les auteurs offrent une brève synthèse des débats actuels et font référence à quelques développements récents, mais l'ouvrage servira davantage à offrir un accès à un contexte large, et restera donc pertinent même lorsque les politiques évolueront. Trois chapitres offrent une analyse économique précieuse qui synthétise et développe plus avant les travaux précédents des auteurs et d'autres experts<sup>2</sup>. L'une des conclusions récurrentes est que si les traités d'investissement jouent un rôle essentiel dans certaines situations, tels qu'appliqués actuellement, ils apparaissent souvent comme étant mal adaptés aux préoccupations économiques

identifiables – ce qui vient du fait qu'une grande partie des politiques et interprétations des traités ne sont pas fondées sur une analyse économique. Un autre chapitre abordant l'économie de l'investissement étranger conclut que les bénéfices de l'investissement étranger sont souvent associés à des types d'investissement spécifiques, que les auteurs juxtaposent à la couverture de la quasi-totalité des traités d'investissement qui n'est généralement pas sélective, mais seulement limitée à un critère de nationalité.

#### Les aspects microéconomiques des traités d'investissement

En analysant les aspects microéconomiques des traités d'investissement et les prises de décisions de certains acteurs clé, l'ouvrage propose une discussion nuancée de la portée du risque de l'engagement (« hold-up risk ») – le risque que le gouvernement cherchera à valoriser après qu'un investisseur étranger ait investi les coûts irrécupérables – et examine si les traités d'investissement sont bien conçus pour y remédier. En plus de suggérer que le risque de l'engagement pourrait souvent être surestimé dans certains contextes, les auteurs considèrent que certaines interprétations de dispositions clé d'un traité, telles que le Traitement juste et équitables (TJE) ou les clauses parapluie, ne sont pas bien conçues pour répondre au risque d'engagement car elles ne mettent pas l'accent sur la valorisation par le gouvernement. Le traitement équilibré par l'ouvrage de la délicate question de l'impact des traités d'investissement sur la quantité et la qualité des réglementations gouvernementales – une question au cœur du débat qui fait actuellement rage sur l'impact des traités sur le droit des États de réglementer – examine les risques de surréglementation et de sous-réglementation (gel réglementaire), ainsi que les risques de surinvestissement et de sous-investissement. Le risque de surinvestissement a rarement été abordé, mais comme le suggèrent les auteurs, l'on peut assister à un excès d'investissement dans des activités aux effets externes négatifs forts mais actuellement non résolus – tels que les secteurs générateurs de CO<sub>2</sub> – si les investisseurs surprotégés n'internalisent pas le risque de réglementations futures visant à annuler ces effets externes. Les auteurs considèrent que les traités d'investissement jouent un rôle précieux dans la protection contre toute discrimination, mais remettent en question le degré de discrimination à l'égard des investisseurs étrangers dans la pratique, et remarquent que certaines interprétations de dispositions devenues centrales, telles que le TJE, sont largement déconnectées des préoccupations relatives à la discrimination.

#### Les politiques des traités d'investissement dans les pays en développement et les pays développés

Deux importants chapitres sont respectivement dédiés aux politiques des traités dans les pays développés et dans les pays en développement. Ils examinent les raisons sous-jacentes à l'extraordinaire développement historique d'un large réseau de plus de 3 000 traités d'investissement en un court laps de temps. Prenant note du faible intérêt des chercheurs pour la question du soutien politique aux traités dans les pays développés, particulièrement en Europe, les auteurs abordent plusieurs explications possibles, notamment la promotion des intérêts commerciaux, le souhait de dépolitiser les différends relatifs aux investissements, un intérêt dans l'élaboration du droit international coutumier, ou le recours aux traités d'investissement pour des raisons diplomatiques et symboliques. Le traitement largement historique par les auteurs des points de vue sur la relation entre traités d'investissement et droit international coutumier pourrait être complété en faisant référence aux déclarations des gouvernements depuis 2002 selon lesquelles les traités d'investissement n'ont pas contribué au développement

du droit international coutumier<sup>3</sup>. En général, les auteurs suggèrent que l'influence externe des investisseurs a joué un rôle limité, et mettent en avant d'autres facteurs politiques notamment les mesures incitatives administratives.

Un deuxième chapitre sur la politique résume et développe la recherche sans précédent menée par Lauge Poulsen dans son ouvrage de 2015 portant sur les raisons des pays en développement de conclure des traités d'investissement<sup>4</sup>. La politique des traités aurait été influencée par les efforts visant à accroître l'investissement ainsi que, de temps à autre, par l'usage parfois controversé des traités pour asseoir les réformes du droit national. Bien que l'on observe que la quasi-totalité des gouvernements a été surprise par l'évolution des interprétations arbitrales, les auteurs remarquent des problèmes plus profonds de capacité dans les pays en développement, constatant par exemple des indices historiques d'une méconnaissance du fait que les traités contiennent des obligations contraignantes.

### L'analyse juridique des dispositions de fond et des dispositions relatives au règlement des différends

Deux chapitres proposent une analyse juridique succincte des dispositions de fond et des dispositions relatives au règlement des différends contenues dans les traités, respectivement. En l'espèce, dans son intention d'être bref, l'ouvrage souffre quelque peu de n'examiner que les décisions arbitrales et les réformes européennes récentes. Il traite largement et indépendamment des dispositions TJE, mais néglige les réformes et points de vue préalables des gouvernements dans le contexte de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), leur potentiel de générer différentes conclusions au titre de différents types de traité, et leur influence sur l'attitude d'autres gouvernements dans bon nombre de traités et de soumissions récents<sup>5</sup>. Le fait de mettre l'accent sur les décisions arbitrales et le manque d'attention portée à cette action gouvernementale intensive (discrète et souvent négligée) et influente s'explique par l'affirmation discutable incluse dans la conclusion de l'ouvrage selon laquelle « [p]eu de pays ont commencé à réexaminer si les investisseurs étrangers devraient dans les faits avoir des garanties substantives allant au-delà de la garantie de non-discrimination » (p. 260). En réalité, de nombreux éléments indiquent que les gouvernements agissent sur ce front. L'on peut citer la clarification maintenant largement utilisée des dispositions relatives à l'expropriation indirecte, et les nombreuses discussions et exercices de rédaction des traités en vue de parvenir à des interprétations plus étroites du TJE, par exemple en excluant le facteur des attentes légitimes de cette disposition<sup>6</sup>.

Les auteurs semblent décrire l'instrument interprétatif conjoint signé dans le cadre de la conclusion de l'Accord économique et commercial global (AECG) Canada-Union européenne – qui précise que « l'AECG ne donnera pas lieu à un traitement plus favorable des investisseurs étrangers par rapport aux investisseurs nationaux » – comme une simple affirmation selon laquelle les traités n'offrent pas de traitement préférentiel (p. 13). En tant qu'élément historique du contexte du traité approuvé par toutes les parties au traité après d'âpres débats et négociations politiques, l'instrument interprétatif conjoint n'a pas la même nature que les autres déclarations gouvernementales sur la question citées par les auteurs. L'intention conjointe de limiter le traitement accordé aux investisseurs étrangers à celui reçu par les investisseurs nationaux pourrait s'avérer très importante compte tenu de la marge potentielle d'interprétation, identifiée par les auteurs, de certains des éléments du TJE dans l'AECG.

Il est vrai que les actions gouvernementales conjointes n'ont pas toujours été reflétées dans les décisions arbitrales, mais elles peuvent, dans certains cas, jouer le rôle d'un indicateur précoce de changements systémiques. Et comme les auteurs le constatent par ailleurs, certaines économies majeures ont élaboré des traités sans dispositions TJE ou ont annulé des traités contenant des dispositions parfois interprétées comme

s'appliquant largement aux mesures non discriminatoires.

Les auteurs qualifient l'action gouvernementale de timide, ce qui est plus approprié pour décrire les actions gouvernementales limitées visant à garantir que les nombreux anciens traités en vigueur soient interprétés au regard de ces objectifs politiques, ou à restreindre le *treaty-shopping* mené par les investisseurs parmi les anciens traités dans le but de maximiser leurs droits dans le cadre du règlement des différends investisseur-État (RDIE), comme en atteste l'usage continu des anciens traités comme fondement de la majorité des recours<sup>7</sup>. Alors que la tolérance publique pour le *treaty-shopping* qui affecte les budgets gouvernementaux se rétracte dans d'autres domaines du droit économique – comme le reflètent notamment les travaux de l'OCDE sur les conventions fiscales – les gouvernements pourraient aussi être incités à régler ces questions dans le domaine des traités d'investissement<sup>8</sup>.

### Conclusion

Ces problèmes relativement mineurs – qui peuvent également inciter les gouvernements à se demander s'ils devraient mieux faire connaître le détail de leurs politiques – n'enlèvent rien à l'examen admirable et bien organisé mené par les auteurs de nombreux principes sous-jacents devant être pris en compte par les décideurs politiques, les chercheurs et les parties impliquées dans les politiques relatives aux traités d'investissement. L'ouvrage souligne à juste titre qu'il faut veiller à ce que les traités répondent à des objectifs politiques identifiables et clairs, que la dérive éventuelle de l'interprétation des traités ne les déstabilise pas, et que la politique des traités soit menée activement par les gouvernements grâce à toute une série d'outils. Il mérite un examen attentif et devrait attirer l'intérêt d'un grand nombre d'experts, de décideurs politiques et d'étudiants à l'heure où les gouvernements sont de plus en plus nombreux à examiner intensivement les politiques en matière de traités.

### Auteur

**David Gaukrodger** est responsable d'unité et conseiller juridique sénior auprès de la Division sur l'investissement de l'OCDE. Il dirige les analyses menées à l'OCDE sur les traités d'investissement et le règlement des différends au titre de ces traités, et appuie les travaux de la table ronde sur l'investissement qui rassemble régulièrement les gouvernements membres de l'OCDE, du G20 et d'autres. Dans cet article, l'auteur s'exprime à titre personnel.

### Notes

1 Bonnitca, J., Poulsen, L. N. S., & Waibel, M. (2017). *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford University Press.

2 Pour un exemple d'un important ouvrage précédent des auteurs en la matière, voir la monographie de Jonathan Bonnitca sur le droit et l'économie de 2014. Bonnitca, J. (2014). *Substantive protection under investment treaties: A legal and economic analysis*. Cambridge: Cambridge University Press.

3 Voir, par ex., *Crompton (Chemtura) Corp. c. le Gouvernement du Canada*, Contre-mémoire du Canada, 20 octobre 2008, p. 272. Tiré de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8258.pdf> (« Les trois États partie à l'ALENA ont expressément rejeté l'idée selon laquelle les TBI contribuent au développement du droit international coutumier ») (gras dans l'original et les citations omis).

4 Poulsen, L. N. S. (2015). *Bounded rationality and economic diplomacy: The politics of investment treaties in developing countries*. Cambridge University Press.

5 Les documents émanant des gouvernements en la matière sont recueillis et résumés dans Gaukrodger, D. (2017). *Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law* (Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2017/03). Tiré de <http://dx.doi.org/10.1787/0a62034b-en>.

6 Voir id., pp. 42-47.

7 Voir Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). (2017). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017 : l'investissement et l'économie numérique*. Genève : Nations Unies. Tiré de [http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3_en.pdf), p. 128 (« À la fin de 2016, presque tous les cas de RDIE connus fondés sur un traité sont fondés sur des traités antérieurs à 2010, qui contiennent généralement des formulations larges et imprécises, et incluent peu d'exceptions ou de sauvegardes »).

8 Pour un aperçu, voir par ex. la Convention multilatérale de l'OCDE pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (il s'agit d'un traité multilatéral qui permet aux juridictions de transposer dans leurs réseaux existants de conventions fiscales bilatérales, de manière rapide et efficace, les résultats du projet BEPS de l'OCDE et du G20, notamment des normes minimales pour la mise en œuvre des conventions fiscales dans le but de prévenir l'utilisation abusive des traités et le *treaty-shopping*), tiré de <http://www.oecd.org/fr/ctp/beps/convention-multilaterale-pour-la-mise-en-oeuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-beps.htm>; voir également OCDE, *Eliminating Treaty Shopping*, (vidéo 5 octobre 2015), tirée de <https://www.youtube.com/watch?v=3W4orxYM18k&feature=youtu.be&list=PLwJuf-surgy4vyyAX9kK4U-Vxj85cYCNm>. Des limites à un éventuel *treaty-shopping* ont été incluses dans plusieurs traités d'investissement récents, mais le problème persiste pour de nombreux anciens traités.

# nouvelles en bref

## Les négociations de l'APE UE-Japon sont terminées sans investissement ; l'ALE UE-Mexique révisé bientôt parachevé

Le 8 décembre 2017, le Président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, et le Premier ministre japonais, Shinzo Abe, **ont annoncé** la finalisation des négociations portant sur l'Accord de partenariat économique (APE) entre l'Union européenne et le Japon.

D'après la **déclaration** de la Commission européenne, la voie est maintenant ouverte pour la signature, la ratification et la mise en œuvre de l'accord. La déclaration souligne que « [l']APE renforce les actions du Japon et de l'Union européenne dans le domaine du développement durable et de la lutte contre le changement climatique ».

**Comme l'annonçait ITN**, les partenaires avaient atteint un accord de principe sur l'APE en juillet 2017, mais ne parvenaient pas à se mettre d'accord sur certains aspects du chapitre sur l'investissement, notamment le règlement des différends. Les parties **ont exclu l'investissement de l'APE** afin d'être en mesure d'en terminer les négociations, et concluront un accord distinct sur l'investissement ultérieurement.

L'accord UE-Mexique serait également en voie d'achèvement – et inclut un chapitre sur l'investissement. Les partenaires aux négociations ont tenu le 6<sup>ème</sup> cycle de négociations à Mexico, du 25 novembre au 1<sup>er</sup> décembre 2017. Les négociations portant sur la révision de l'accord commercial ont débuté en mai 2016.

D'après un **communiqué de presse de l'Union européenne**, des progrès ont été réalisés sur plusieurs questions, notamment le Système d'un tribunal de l'investissement (STI) et le développement durable, et la Commission européenne maintient son objectif de conclure l'accord avant la fin de l'année 2017.

Les négociateurs se sont rencontrés à Bruxelles dès le 11 décembre dans le but de « **préciser l'éventuelle conclusion des négociations** », et la commissaire européenne chargée du commerce, Cecilia Malmström, et le ministre mexicain à l'Économie, Ildefonso Guajardo, devraient se réunir au cours de la semaine du 18 décembre.

## Le groupe de travail III de la CNUDCI tient sa première réunion sur une éventuelle réforme du RDIE

Le groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a tenu sa première réunion sur une éventuelle réforme du règlement des différends investisseur-État (RDIE) du 27 novembre au 1<sup>er</sup> décembre 2017. Plus de 300 participants représentant les gouvernements, les organisations intergouvernementales et la société civile ont pris part à la 34<sup>ème</sup> session du groupe de travail.

Lors de cette réunion, le groupe de travail – qui **a reçu le mandat** de travailler sur la question en juillet 2017 – est convenu d'examiner les trois étapes de son mandat l'une après l'autre : identifier les préoccupations à l'égard du RDIE, voir si une réforme est souhaitable, et le cas échéant, élaborer des solutions pouvant être recommandées à la CNUDCI. Il a également décidé « d'entreprendre une analyse approfondie de toutes les questions pertinentes, dans le but d'identifier les préoccupations majeures pouvant justifier une réforme ».

Le groupe de travail a déjà commencé les discussions sur les aspects de procédure du RDIE, notamment la durée et les coûts de la procédure, la répartition des

coûts, les garanties pour les coûts, le financement par des tiers, la transparence, les mécanismes de renvoi précoce et les demandes reconventionnelles des États. Il a également échangé des points de vue sur la cohérence et l'harmonisation du régime de RDIE et de ses décisions.

De plus amples informations sont disponibles dans le communiqué de presse de la CNUDCI et sur la **page internet du groupe de travail**. Les **enregistrements sonores** des débats de la 34<sup>ème</sup> session y sont également disponibles. La 35<sup>ème</sup> session du groupe de travail III de la CNUDCI aura lieu du 23 au 27 avril 2018, à New York, aux États-Unis.

## L'UE poursuit ses efforts en vue d'établir un tribunal multilatéral des investissements, malgré d'âpres critiques

En plus de maintenir sa proposition pour un Système de tribunal de l'investissement (STI) dans le cadre de ses négociations bilatérales, l'Union européenne poursuit ses efforts en vue d'établir un **tribunal multilatéral des investissements (TMI)**. Le 13 septembre 2017, la Commission a émis une **recommandation** qui, si elle est adoptée par le Conseil, donnera à la Commission européenne le mandat de négocier une convention instituant un TMI.

L'association allemande des juges (connue sous son acronyme allemand, DRB) – qui a déjà **rejeté la proposition de STI de l'Union européenne** en février 2016 – a demandé au gouvernement allemand de rejeter un tel mandat. Dans son avis 21/17 de novembre 2017 (disponible dans sa **version originale en allemand**, et dans une **traduction anglaise** non officielle), l'association critique férocement la proposition européenne de TMI. Plusieurs organisations de la société civile se sont également dites **très préoccupées par la proposition**.

## ALENA 2.0 : les cycles de négociation entre le Canada, les États-Unis et le Mexique se poursuivront lors du premier trimestre 2018

Les trois parties à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ont tenu leurs troisième, quatrième et cinquième cycles de renégociation (**Ottawa, 23-27 septembre 23-27 ; Arlington, 11-17 octobre 11-17 ; et Mexico, 17-21 novembre**). Le prochain cycle de renégociation de l'ALENA se tiendra du 23 au 28 janvier 2018 à Montréal. **Les négociations devraient se poursuivre** jusqu'à la fin mars 2018, avant les élections présidentielles mexicaines de juillet 2018.

Le 17 novembre 2017, le représentant étasunien pour le commerce (USTR) a émis une **version révisée** des objectifs de négociation de l'ALENA, **originellement publiée en juillet**. La révision élargit considérablement les objectifs de négociation des États-Unis en matière d'investissement.

Le document révisé précise que l'objectif de « réduire ou d'éliminer les obstacles à l'investissement des États-Unis dans tous les secteurs » inclut les règles telles que le traitement national et le traitement de la Nation la plus favorisée, une norme minimale de traitement au titre du droit international coutumier, et les interdictions d'exporter, d'appliquer des restrictions aux transferts et des obligations de performance.

S'agissant du règlement des différends investisseur-État (RDIE), les objectifs révisés visent à garantir l'impartialité et l'indépendance des arbitres, l'examen et le rejet rapides des recours abusifs, et l'exactitude et la cohérence des interprétations des règles de l'investissement. L'USTR

souhaite également garantir des audiences publiques, la publication rapide des principaux documents et un mécanisme permettant les soumissions en tant qu'*amicus curiae*.

Les États-Unis **continueraient** de proposer un **système d'adoption volontaire** pour le RDIE qui permettrait à chaque État partie à l'ALENA de décider d'y prendre part ou non. Sur ce point, le ministre mexicain à l'économie, Ildefonso Guajardo **a déclaré** : « Nous examinerons le système d'adoption volontaire tant que nous pouvons définir notre propre système », et a ajouté que, dans le cas contraire, le Mexique n'était pas intéressé.

Quant à lui, le **Canada ferait** pression pour remplacer les dispositions du chapitre 11 sur le RDIE par un Système de tribunal d'investissement (**STI**), similaire à celui inclus dans l'Accord économique et commercial global (**AECG**) entre le Canada et l'Union européenne. Le STI proposé serait composé d'un tribunal de première instance et d'une cour d'appel.

### **Les partenaires au RCEP loupent la troisième échéance et poursuivent les négociations jusqu'en novembre 2018**

Les pays prenant part au Partenariat économique régional global (RCEP) ont tenu le 20<sup>ème</sup> cycle de négociations à Incheon, en Corée, du 17 au 28 octobre 2017. Les dirigeants ont également tenu le tout premier sommet RCEP à Manille, aux Philippines le 14 novembre 2017, après deux jours de réunions préparatoires.

La **déclaration conjointe des dirigeants** émise au terme du sommet indique que le RCEP inclura « les dispositions convenues qui préservent le droit des pays participants de poursuivre des objectifs de politique publique légitimes ». Le projet actuel de texte de l'accord, annexé à la déclaration, indique également que « le chapitre sur l'investissement créera un environnement propice à l'investissement dans la région couvrant les quatre piliers de l'investissement : la protection, la libéralisation, la promotion et la facilitation ».

Les dirigeants sont convenus d'intensifier les négociations tout au long de l'année 2018. Ils **ont fixé une nouvelle date butoir** pour signer l'accord au cours du sommet de l'ANASE prévu à Singapour en novembre 2018. Les négociations ont été officiellement lancées en 2012, et **les échéances ont été manquées à trois reprises**, en 2015, en 2016 et en 2017.

Les 16 partenaires au RCEP incluent les 10 États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (Brunei, le Cambodge, l'Indonésie, le Laos, la Malaisie, le Myanmar, les Philippines, Singapour, la Thaïlande et le Vietnam), ainsi que l'Australie, la Chine, la Corée, l'Inde, le Japon et la Nouvelle-Zélande. Combinés, ces pays représentent environ un tiers de l'économie mondiale et la moitié de la population mondiale.

### **Les ministres du PTP-11 sont convenus des éléments centraux de l'Accord global et progressif de Partenariat transpacifique (AGP-PTP)**

Le 11 novembre 2017, les ministres d'Australie, du Brunei Darussalam, du Canada, du Chili, du Japon, de la Malaisie, du Mexique, de Nouvelle-Zélande, du Pérou, de Singapour et du Vietnam « **se sont mis d'accord** sur les éléments clé de l'Accord global et progressif de Partenariat transpacifique (AGP-PTP) » à Da Nang, au Vietnam.

Dans leur **déclaration**, les ministres ont indiqué qu'il était

entendu que « l'AGP-PTP maintient les normes élevées, l'équilibre général et l'intégrité du PTP tout en garantissant les intérêts commerciaux et autres de tous les participants, et en préservant notre droit inhérent de réglementer, notamment la liberté des parties de fixer leurs priorités législatives et réglementaires ».

L'AGP-PTP inclut les dispositions du **PTP-12**, conclu avant le **retrait des États-Unis**, à l'exception de certaines dispositions et points en suspens qui exigent encore quelques négociations. Dans le chapitre sur l'investissement, les dispositions en suspens portent sur « l'accord d'investissement » et « l'autorisation d'investir », qui sont couvertes par le règlement des différends investisseur-État (RDIE).

Dans un **communiqué de presse** du 31 octobre 2017, le Premier ministre néozélandais Jacinda Arden avait exprimé les préoccupations de son gouvernement à l'égard des dispositions RDIE du PTP et sa détermination de l'amender. Le communiqué de presse indique « [E]n outre, le Ministère a aujourd'hui donné pour instructions aux responsables des négociations commerciales de s'opposer au RDIE dans tout accord de libre-échange à venir ».

Après la réunion du 11 novembre à Da Nang, **Arden a salué la limitation du RDIE** dans trois domaines : « En premier lieu, le RDIE ne s'appliquera plus à la sélection des investisseurs. Ensuite, toute entité concluant un contrat avec un gouvernement ne pourra plus le poursuivre au titre du RDIE, mais devra passer au contraire par les voies de recours internes. Le troisième domaine porte sur les services financiers ».

Tout en reconnaissant que l'accord n'est pas parfait, Arden a déclaré qu'« il a[vait] bien meilleure allure que lorsque nous avons commencé », et que le réexamen du PTP dans trois ans donnerait à nouveau l'occasion à la Nouvelle-Zélande de contester les dispositions RDIE. Elle a finalement confirmé : « Nous posons notre condition – nous ne signerons aucun accord futur qui inclurait ces dispositions ».

Le Premier ministre canadien, Justin Trudeau, et le Premier ministre japonais, Shinzo Abe, se sont réunis le 10 novembre en se quittant sur un désaccord. Une réunion postérieure avec d'autres dirigeants du PTP a été annulée sans préavis puisque Trudeau avait décidé de ne pas s'y rendre.

Critiqué par certains pour avoir soi-disant « saboté » l'accord final, Trudeau a expliqué qu'il fallait « encore travailler dur » sur les questions de genre, de règles d'origine, de culture et du secteur automobile. « Nous n'étions pas prêt à conclure l'accord » **a indiqué Trudeau**. Quelques temps avant la réunion de Da Nang, il avait indiqué que **le Canada ne « sera[it] pas poussé** à conclure un accord qui ne serait pas dans le meilleur intérêt du Canada et des Canadiens ».

### **La Belgique demande à la CJUE un avis au sujet de la compatibilité du STI contenu dans l'AECG avec le droit européen**

Le 6 septembre 2017, la Belgique **a introduit** auprès de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) une demande d'avis sur la compatibilité du STI avec les traités européens. La Belgique a **notamment** demandé un avis sur la compatibilité du STI avec (1) la compétence exclusive de la CJUE de fournir une interprétation définitive du droit de l'Union, (2) le principe général d'égalité et l'impératif de « l'effet utile » du droit de l'Union, (3) le droit d'accès aux tribunaux, et (4) le droit à une justice indépendante et impartiale.

## sentences et décisions

### **Une entreprise minière canadienne se voit accorder les coûts irrécupérables à titre d'indemnisation suite à son expropriation par le Pérou**

*Bear Creek Mining Corporation c. la République du Pérou, Affaire CIRDI n° ARB/14/21*  
**Matthew Levine**

Un tribunal arbitral constitué au titre du chapitre sur l'investissement de l'Accord de libre-échange (ALE) Canada-Pérou a rendu sa décision.

Le tribunal a reconnu que l'entreprise minière demanderesse devait être indemnisée pour son expropriation par l'État hôte. Cependant, le tribunal n'a accordé que les coûts irrécupérables, et un arbitre à l'opinion divergente considérait que le montant des dommages aurait dû être réduit compte tenu de la contribution de l'investisseur aux troubles qui avaient poussé l'État à exproprier l'investissement.

#### *Le contexte et les recours*

Le demandeur, Bear Creek Mining Corporation (Bear Creek), est une entreprise canadienne dont le siège se trouve à Vancouver. En 2004, Bear Creek trouva des indices de la présence d'importants gisements de minerai d'argent dans la mine de Santa Ana, située dans le département de Puno, au Pérou.

Au titre de l'article 71 de la Constitution péruvienne, puisque la mine se trouve à moins de 50 kilomètres de la frontière entre le Pérou et la Bolivie, tout investisseur étranger doit obtenir une autorisation spécifique du pouvoir exécutif péruvien afin d'exploiter. Afin de sécuriser ses droits sur Santa Ana, Bear Creek demanda d'abord à un employé péruvien d'enregistrer les droits miniers correspondants. Par la suite, Bear Creek demanda et reçut l'autorisation requise pour acquérir ces droits en son nom propre. Finalement, les droits ont été transférés à Bear Creek en décembre 2007.

Entre 2007 et 2011, Bear Creek procéda à une levée de fonds externe afin de financer le développement de Santa Ana. Selon l'entreprise, elle avait proposé un modèle durable pour le site de la mine, comme en atteste l'approbation de son rapport d'étude d'impact par le gouvernement en 2011. L'entreprise avait également indiqué que les réunions publiques avec les résidents locaux avaient connu une belle participation et donné lieu à des résultats principalement positifs.

Cependant, dès 2011, Santa Ana rencontra une opposition sociale importante, entraînant des manifestations devenant parfois violentes. Certaines communautés voisines étaient préoccupées par le fait que les activités minières polluaient les terres avoisinantes et le lac Titicaca tout proche. Suite à l'élection d'un nouveau président en juin 2011, le Pérou émit un décret révoquant l'autorisation de Bear Creek (décret suprême 032).

En août 2014, Bear Creek déposa une demande d'arbitrage auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Au titre de l'article 832 de l'ALE, le Canada présenta une soumission en tant que partie non-contestante. Le tribunal reçut également trois demandes de dépôt de soumissions en tant que amicus curiae mais n'en accepta que deux.

#### *Le tribunal rejette les objections à la compétence*

Le Pérou argua que, puisque le ressortissant péruvien qui avait initialement acquis les droits miniers était un employé de Bear Creek, l'entreprise était devenue la détentrice de facto des droits avant d'avoir satisfait à la condition constitutionnelle suspensive. Il argua que bien que les contrats d'option sont communs dans l'industrie minière, en l'espèce leur utilisation manquait de bonne foi. Pour le Pérou, cela impliquait que Bear Creek n'avait pas présenté une demande appropriée en lien avec ses intérêts dans Santa Ana, et par conséquent, que toute autorisation accordée était invalide. Cependant, le tribunal rejeta unanimement cet argument, notant que l'article 847 de l'ALE propose une définition explicite et large de l'investissement qui devait être appliquée en l'espèce.

Dans une objection distincte, le Pérou argua qu'en général, les tribunaux d'investissement n'ont pas compétence sur les investissements réalisés en violation de la loi nationale. Le tribunal conclut cependant qu'une telle détermination devait être fondée sur le traité applicable. Décidant que l'ALE n'offrait aucune preuve d'une telle exigence de légalité, il rejeta l'objection du Pérou.

#### *L'annulation de l'autorisation post-élection constitue une expropriation indirecte abusive*

Bear Creek affirmait que le décret suprême 032 constituait une expropriation indirecte de son investissement dans Santa Ana. Le tribunal nota le degré de précision de l'article 812.1 relatif à la nature d'une expropriation indirecte, de ses renvois et annexe connexes. Il en tira trois facteurs : l'impact économique, l'interférence avec les attentes spécifiques et raisonnables, et le caractère de la mesure contestée. Si le tribunal détermina immédiatement que les deux premiers facteurs étaient satisfaits en l'espèce, le troisième exigeait un examen minutieux du décret suprême 032 et des circonstances dans lesquels il avait été adopté.

Selon le Pérou, l'annulation relevait de son large mandat d'exercice de ses pouvoirs de police – et n'était donc pas une expropriation indirecte – compte tenu des craintes raisonnables que le poste de frontière avec la Bolivie soit perturbé par les manifestations violentes. À cet égard, le Pérou argua que Bear Creek avait en réalité concentré ses efforts vis-à-vis des communautés sur une toute petite partie de la société locale et que c'était pour cette raison que l'opposition à la mine était passée des grèves et manifestations à l'instabilité, aux pénuries alimentaires et à un mauvais assainissement.

Bear Creek rétorqua que les manifestants n'étaient pas des locaux mais plutôt un groupe organisé par le candidat à l'élection présidentielle de l'époque, Ollanta Humala, qui menait une campagne contre l'investissements étranger. Selon Bear Creek, l'entreprise n'avait pas eu la possibilité de se faire entendre et n'avait pas eu connaissance préalable du décret, et les raisons invoquées n'étaient que des prétextes politiquement motivés pour expulser l'investissement étranger.

Le tribunal détermina que « même si le concept de « permis social » n'est pas clairement défini dans le droit international » (para. 406), il aurait été possible et faisable d'aller au-delà des actions menées par Bear Creek en vue de l'obtention du permis social. Toutefois,

au final, « la question pertinente pour le tribunal est de savoir si le défendeur [pourrait] arguer que de tels efforts de communication étaient légalement exigés et que leur absence avait causé ou contribué aux troubles sociaux, de manière à justifier le décret suprême 032 » (para. 408).

Cherchant à répondre à cette question, le tribunal endossa le principe de l'affaire *Abengoa c. le Mexique* selon lequel, pour exclure la responsabilité d'un État sur la base de l'omission ou du manquement de l'investisseur, il faut non seulement pouvoir prouver ladite omission ou manquement, mais également démontrer un lien causal avec les dommages subis. D'après les faits, toutes les activités de communication de Bear Creek étaient connues des autorités péruviennes et avaient en réalité été menées avec l'autorisation, l'appui et l'approbation du pays. Compte tenu de ces approbations et soutien continus, le Pérou ne pouvait, a posteriori, prétendre que la conduite de l'investisseur avait été si insuffisante qu'elle avait causé ou contribué aux troubles sociaux.

Le tribunal conclut donc que le décret suprême 032 constituait une expropriation abusive.

*Les autres recours de l'investisseur font l'objet d'une réserve au titre de l'économie judiciaire*

L'investisseur avait également invoqué les garanties de l'ALE relatives au Traitement juste et équitable (TJE) et au traitement de la Nation la plus favorisée (NPF). Puisque les parties n'avaient pas présenté d'arguments portant sur les conséquences juridiques d'une décision relative au TJE ou NPF, et qu'une telle décision ne changerait rien à celles découlant de la conclusion relative à l'expropriation indirecte abusive, le tribunal renonça à se prononcer sur ces recours supplémentaires.

*Les dommages se limitent aux coûts irrécupérables*

Lors de l'examen des dommages dus à Bear Creek, les trois membres du tribunal s'accordèrent sur le fait qu'il n'était pas possible de calculer les dommages en s'appuyant sur la rentabilité attendue de la mine au titre de la méthode d'actualisation des flux de trésorerie. Les bénéfices attendus n'étaient pas pertinents dans le cas d'une mine en lancement, qui ne produit pas encore, telle que celle de Santa Ana. Il s'agissait donc d'évaluer la valeur de l'investissement réel de Bear Creek avant l'expropriation.

Nul ne contesta le fait que Bear Creek avait dépensé 21 827 687 USD sur le projet, mais le Pérou argua avec succès que ce montant incluait des fonds investis avant que Bear Creek n'obtienne l'autorisation d'exploiter la mine de Santa Ana. Le tribunal détermina que les 3 590 095 USD dépensés avant l'autorisation ne pouvaient être considérés comme faisant partie de l'investissement, et accorda donc 18 237 592 USD.

*L'un des arbitres en désaccord sur le montant de l'indemnisation*

Pour Philippe Sands, l'arbitre dissident, l'évaluation des dommages devait être réduite car il était « clair que les manifestations et troubles sociaux s'expliquaient en partie par le projet de Santa Ana » (opinion dissidente, para. 1).

La Convention relative aux peuples autochtones et tribaux (Convention n° 169) de l'Organisation internationale du travail (OIT) est « particulièrement pertinente » (opinion dissidente, para. 7). Si la majorité s'appuya sur le fait que la Convention n° 169 de l'OIT « impose des obligations

directes seulement sur les États » (para. 664) de sorte que les entreprises privées ne peuvent être considérées comme ayant manqué à leurs obligations, pour l'arbitre opposant, « le fait que la Convention n'impose pas d'obligations directes sur un investisseur étranger privé en soi ne signifie pas pour autant que celle-ci n'est pas pertinente ou n'a pas d'effets juridiques pour lui » (opinion dissidente, para. 10).

Tout comme dans l'affaire *Urbaser c. l'Argentine*, l'arbitre dissident conclut que la Convention n° 169 de l'OIT, notamment l'article 15 relatif à l'obligation de mener des consultations, ne peut être ignorée. Il détermina que « c'est à l'investisseur d'obtenir le « permis social », et en l'espèce il n'a pas pu le faire largement du fait de ses propres manquements » (opinion dissidente, para. 37). Sur cette base, il suggéra de réduire de moitié le montant des dommages pour refléter la contribution de l'investisseur aux événements ayant entraîné le décret suprême 032.

*Remarques* : le tribunal était composé de Karl-Heinz Böckstiegel, (Président nommé par les parties, de nationalité allemande), de Michael Pryles, (nommé par le demandeur, de nationalité australienne), et de Philippe Sands (nommé par le défendeur, de nationalité britannique). La décision du 30 novembre 2017 ainsi que l'opinion dissidente de l'arbitre Philippe Sands sont disponibles sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf>.

### **Le Kazakhstan est reconnu coupable d'expropriation de l'investissement de la famille Hourani dans une deuxième procédure auprès du CIRDI**

*Caratube International Oil Company LLP et Devinci Salah Hourani c. la République du Kazakhstan, Affaire CIRDI n° ARB/13/13*

**Mintewab Abebe**

La majorité d'un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a accordé 39,2 millions USD plus intérêts à Caratube International Oil Company LLP (Caratube) suite à l'expropriation de ses droits contractuels pétroliers par le Kazakhstan.

*Le contexte et les recours*

Les demandeurs étaient Caratube et son actionnaire majoritaire, M. Devinci Salah Hourani, un ressortissant étasunien. Le différend découlait d'un contrat d'exploration et de production pétrolière conclu entre le ministère kazakh de l'Énergie et des Ressources minières et Consolidated Contractors (CCC) en 2002. Après quelques mois, CCC attribua les contrats à Caratube. Le contrat prévoyait une phase d'exploration de cinq ans (pouvant être étendue à deux reprises) puis une phase de production. La phase d'exploration a été étendue une fois, en 2007.

Suite à une recommandation du bureau du procureur, le ministère adressa des notifications de violation de contrat à Caratube puis résilia unilatéralement le contrat en janvier 2008. Le Kazakhstan alléguait que la résiliation s'expliquait par l'incapacité de Caratube de mener à bien des travaux essentiels d'exploration, équivalant à des violations substantielles. Les demandeurs alléguaient que la résiliation et les faits de harcèlement qui s'ensuivirent étaient politiquement motivés par la brouille entre le président du Kazakhstan

et M. Rakhat Aliyev, un associé de la famille Hourani.

Le différend donna lieu à plusieurs procédures. L'affaire CIRDI *Caratube I au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Kazakhstan-États-Unis a été rejetée pour absence de compétence, puis admise lors d'une procédure d'annulation. En l'espèce, les recours portant sur l'expropriation, le Traitement juste et équitable (TJE), la protection et la sécurité intégrales entre autres, s'appuyaient sur le contrat, qui inclut une clause relative à l'arbitrage, ainsi que sur la loi kazakh relative à l'investissement étranger (LIE), qui contient des protections substantives.*

*Le tribunal rejette les objections du Kazakhstan à la compétence*

En premier lieu, le Kazakhstan argua que Caratube avait commis un abus de procédure en distinguant et en présentant des recours répétitifs, qui auraient dû être présentés dans le cadre de *Caratube I*. Le tribunal détermina que le lancement de diverses procédures en soi n'est pas abusif. Même si les demandeurs auraient pu présenter ces recours plus tôt, ce manquement n'était pas motivé par la mauvaise foi. Le tribunal accepta le fait que les demandeurs avaient un intérêt stratégique légitime à ne pas présenter de recours inutiles dans le cadre de *Caratube I* et conclut donc qu'ils n'avaient pas atteint le niveau élevé de preuves requis pour l'abus de procédure.

Ensuite, le Kazakhstan affirma que les recours étaient purement contractuels, et donc régis par les délais de prescription kazakhs. Il argua donc que les recours avaient expiré en 2013, et que *Caratube I* n'avait pas interrompu le délai de prescription puisque la compétence avait été rejetée. Les demandeurs affirmèrent que leurs recours n'étaient pas assujettis aux délais de prescription contenus dans le droit national compte tenu de leur nature internationale. Le tribunal détermina que Caratube avait agi avec diligence en lançant la première procédure puis la procédure d'annulation. Il conclut que le fait de punir une partie diligente qui avait agi raisonnablement pour des motifs manifestement pas infondés était contraire au principe international de prescription.

Troisièmement, le Kazakhstan argua que du fait que la question avait déjà été jugée (« issue preclusion » ou « collateral estoppel ») et de l'exception d'autorité de la chose jugée (*res judicata*), les recours étaient irrecevables.

Le Kazakhstan argua que les recours présentés avaient été jugés par le tribunal de *Caratube I*. Les demandeurs rétorquèrent que le tribunal de *Caratube I* avait rejeté sa compétence uniquement sur la base du TBI. Le tribunal raisonna que, pour que l'exception de « collatéral estoppel » opère, les questions devaient être identiques et essentielles au dispositif de la sentence précédente. Il trouva que le tribunal de *Caratube I* n'avait en réalité pas examiné toutes les questions de compétence, et que celles sur lesquelles il s'était prononcé n'étaient pas identiques aux questions abordées en l'espèce. Selon le tribunal, la décision sur la compétence de *Caratube I* dépendait de l'instrument donnant le consentement – à savoir le TBI – qui était différent en l'espèce.

De la même manière, il rejeta l'objection *res judicata*, qui exige une identité d'objet (la réparation demandée) et de cause (les fondements juridiques) entre les

procédures. Le tribunal rappela que le fondement juridique invoqué dans *Caratube I* était le TBI, par rapport au contrat et à la LIE en l'espèce. Il conclut donc que les recours n'étaient pas identiques.

*Caratube est un investisseur tel que défini à l'article 25(2) (b) de la Convention du CIRDI*

La Convention du CIRDI exige des parties qu'elles consentent à soumettre leurs différends à l'arbitrage. En outre, l'article 25(2)(b) relatif aux personnes morales exige de l'État hôte qu'il traite les filiales locales contrôlées par des sociétés étrangères comme des ressortissants d'un autre État contractant. Le Kazakhstan argua que Caratube ne satisfaisait pas à ces critères.

S'agissant de l'obligation de traiter l'investisseur comme un ressortissant d'un autre État contractant, le tribunal conclut que, au titre du contrat, les parties convinrent que le « contractant » serait traité comme un ressortissant étranger aux fins de la Convention du CIRDI. Le Kazakhstan argua que cette disposition s'appliquait à CCC, le prédécesseur de Caratube, mais pas à Caratube, puisqu'il s'agissait d'une entreprise kazakhe qui s'était simplement vue attribuer le contrat. Le tribunal rejeta cet argument, concluant qu'il n'y avait pas de raison de traiter Caratube différemment, compte tenu notamment du fait que le Kazakhstan avait approuvé l'attribution du contrat.

S'agissant de l'obligation de contrôle étranger, la question était de savoir si cela signifiait le contrôle effectif ou le contrôle formel (légal). Le Kazakhstan argua que M. Hourani ne contrôlait pas effectivement Caratube et donc qu'il n'y avait pas de contrôle étranger. Le tribunal estima que la Convention du CIRDI n'exige pas le contrôle effectif et que le Kazakhstan n'avait pas réfuté la présomption selon laquelle Caratube, étant majoritairement détenue par un ressortissant étranger, était sous contrôle étranger.

S'agissant de l'exigence de consentement, le tribunal détermina que le Kazakhstan avait donné son consentement au moment de conclure le contrat avec CCC et plus tard en acceptant l'attribution. Le tribunal rejeta l'argument selon lequel le consentement couvrait les recours fondés sur le contrat, mais pas ceux fondés sur la LIE. Il convint avec les demandeurs que les protections substantives de la LIE étaient incluses dans le contrat.

*Caratube avait réalisé des investissements*

Le contrat stipule que toutes les transactions envisagées dans son cadre « seront réputées constituer un investissement au sens de la compétence du CIRDI » (para. 630). Toutefois, le Kazakhstan argua que l'investissement avait une définition objective qui ne pouvait être étendu par accord. Le tribunal rejeta cet argument et affirma qu'un accord portant sur l'existence d'un investissement empêche les parties de contester plus tard la compétence du CIRDI sur la base de l'absence présumée d'un investissement. Il considéra qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves de l'usage abusif de la nationalité étasunienne dans le but d'accéder à l'arbitrage.

*Le tribunal n'a pas compétence sur les recours de M. Hourani*

Le tribunal détermina qu'il n'avait pas compétence sur

les recours de M. Hourani, compte tenu que le seul instrument potentiellement disponible et donnant le consentement, la LIE, avait été abrogée en 2003, plus d'un an avant son acquisition des parts dans Caratube.

*Le Kazakhstan a illégalement exproprié les droits contractuels existants de Caratube*

Caratube argua que le contrat avait été résilié illégalement du fait de motivations politiques alors que le Kazakhstan affirmait que la résiliation s'expliquait par des violations substantielles. Le tribunal définit l'expropriation comme (i) la privation substantielle et déraisonnable de droits existants, (ii) pendant une certaine durée et (iii) causée par un acte souverain de l'État hôte (para. 825). Il suivit ainsi le standard juridique de la LIE, qui reflète les normes du droit international coutumier en matière d'expropriation.

La majorité détermina que Caratube n'avait pas découvert de nouveaux dépôts pétroliers commerciaux et n'avait donc pas de droits acquis de passer à la phase de la production. Toutefois, elle affirma que Caratube avait quand même des droits au titre de la phase d'exploration ainsi que la possibilité de satisfaire les exigences permettant de passer à la phase de production. Selon le tribunal, Caratube avait le droit de produire des résultats jusqu'à la fin de la première période d'extension et la possibilité de demander une deuxième extension. En outre, il détermina que le Kazakhstan n'avait pas réussi à démontrer que les manquements de Caratube étaient des violations substantielles, et qu'il n'avait pas adressé une notification adéquate de manquement.

Notant que l'investissement ne valait rien sans le contrat, et que la privation était de nature permanente sans lien avec un intérêt public et avait été réalisée sans le versement d'une indemnisation, la majorité conclut que le Kazakhstan avait illégalement exproprié l'investissement de Caratube.

Le tribunal détermina également que l'intervention du bureau du procureur par l'envoi de « recommandations » au ministère démontrait la nature souveraine de ces actes. Il ne trouva aucune preuve d'autorité ou d'expériences précédentes d'une telle intervention par le bureau du procureur. Bien que la majorité ne trouva pas de preuves du harcèlement soi-disant politique, il conclut que la coïncidence surprenante entre la résiliation du contrat et la brouille de la famille Hourani avec l'État démontrait que le motif réel de ces actes relevait d'un contexte familial et politique.

Concluant que le Kazakhstan avait exproprié l'investissement, le tribunal considéra qu'il n'était pas nécessaire de trancher les recours portant sur d'autres violations.

*Le tribunal rejette toutes les demandes de dommages à l'exception des coûts de l'investissement irrécupérable plus intérêt*

Le tribunal rejeta la demande des demandeurs portant sur les gains et opportunités manqués, affirmant que ces deux demandes étaient incertaines et spéculatives. Il rejeta également les recours pour torts moraux fondés sur les faits de harcèlement présumé menant à des traitements humiliant et à la perte de réputation car les demandeurs n'avaient pas satisfait à la charge de la preuve.

La majorité accorda l'indemnisation des coûts irrécupérables de l'investissement à hauteur de 39,2 millions USD plus intérêts, calculés depuis la résiliation de janvier 2008 au taux LIBOR plus 2 points, composés semi annuellement. Chacune des parties a dû payer ses propres frais juridiques, et la moitié des frais de l'arbitrage.

*L'opinion divergente*

L'arbitre nommé par le Kazakhstan, Jacques Salès, n'était pas d'accord avec les conclusions du tribunal sur l'expropriation. Selon lui, l'étude sismique soumise par les demandeurs ne permettait pas d'affirmer avec certitude la présence de réserves pétrolières. En outre, il affirma que la conduite du procureur était admissible puisqu'il faisait son travail consistant à faire respecter la loi. Il considéra également qu'une notification suffisante avait été adressée.

*Remarques :* le tribunal était composé de Laurent Lévy (président, nommé par les parties, de nationalité suisse-brésilienne), de Laurent Aynès (nommé par les demandeurs, de nationalité française) et de Jacques Salès (nommé par le défendeur, de nationalité française). La sentence est disponible en anglais sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9324.pdf>.

**Un tribunal du CIRDI affirme sa compétence dans une affaire entre une entreprise chinoise de travaux publics et le Yémen**

*Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. la République du Yémen, Affaire CIRDI n° ARB/14/30*  
**Matthew Levine**

Un tribunal arbitral constitué au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Chine-Yémen a rendu sa décision sur la compétence, acceptant que l'entreprise publique demanderesse poursuive la procédure d'arbitrage auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

*Le contexte et les recours*

Le demandeur, Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. (BUCG), est une entreprise à 100 % publique, instituée au titre de la législation chinoise.

Depuis plusieurs dizaines d'années, le Yémen et des bailleurs de fonds internationaux œuvrent pour l'amélioration des installations de l'aéroport international de Sana'a. En 2006, BUCG a conclu un contrat avec l'autorité yéménite de l'aviation civile et de la météorologie (CAMA) en vue de construire un nouveau terminal à l'aéroport de la capitale yéménite.

BUCG affirme qu'en juillet 2009, le Yémen a fait appel à ses forces militaires et de sécurité pour attaquer et arrêter les employés de BUCG et leur interdire l'accès par la force au site de construction. Plus tard, d'après BUCG, le Yémen a utilisé cet incident comme excuse pour faire résilier le contrat de BUCG par la CAMA.

Dans sa demande d'arbitrage de 2014 et dans ses communications postérieures auprès du tribunal, BUCG prétend avoir été expropriée en violation de l'article 4 du TBI.

*Les parties en désaccord sur le fait qu'une entreprise publique puisse être qualifiée d'investisseur*

La Convention du CIRDI offre une enceinte pour le règlement des différends relatifs aux investissements

présentés par des investisseurs étrangers contre les États hôtes, à l'exclusion des différends entre États. Toutefois, la Convention ne mentionne pas spécifiquement le statut des entreprises publiques telles que BUCG.

Le Yémen argua que l'article 25(1) de la Convention du CIRDI, qui fait référence au « ressortissant d'un autre État contractant », excluait BUCG pour deux raisons essentielles : BUCG était sous la direction et le contrôle du gouvernement chinois au moment où elle réalisait ses opérations, et BUCG était habilitée à exercer certains éléments de l'autorité gouvernementale en Chine.

Le Yémen argua en outre que, au titre de la législation chinoise, les entreprises publiques agissent effectivement sous la direction et le contrôle du gouvernement chinois et du Parti communiste chinois (PCC), et que cela signifiait que le gouvernement chinois était l'ultime décisionnaire s'agissant des décisions opérationnelles, de direction et stratégiques. Pour appuyer sa position, le Yémen mentionna certaines caractéristiques de la loi chinoise applicables aux entreprises publiques en général, et à BUCG en particulier.

BUCG rétorqua que pour savoir si elle était considérée comme un investisseur au titre de l'article 25(1), son statut devait être examiné dans le contexte spécifique de l'investissement qui a donné lieu au différend. Elle argua que son investissement au Yémen avait été réalisé alors qu'elle agissait comme une entreprise commerciale, après avoir pris part à un appel d'offre concurrentiel, et n'impliquait pas l'exercice de pouvoirs gouvernementaux ou public. D'après l'entreprise, les liens structurels avec le gouvernement et les fonctions publiques chinoises en Chine n'entraient pas en ligne de compte dans son statut en tant qu'investisseur auprès du CIRDI.

*Le tribunal affirme sa compétence à l'égard de l'entreprise publique chinoise*

Le tribunal convint avec BUCG que la question juridique pertinente était de savoir si « BUCG agit en tant qu'agent de l'État dans le contexte spécifique des faits » (para. 39). Selon lui, les éléments en l'espèce n'établissaient pas que « lors de la construction d'un terminal aéroportuaire au Yémen, BUCG agissait en tant qu'agent de l'État chinois, quel que soit le sens du terme « agent » » (para. 39).

À cet égard, le tribunal trouva particulièrement pertinent que « BUCG ait participé au projet de l'aéroport en tant qu'entrepreneur principal suite à un appel d'offre public en concurrence avec d'autres entrepreneurs. Son offre a été choisie sur la base de ses mérites commerciaux. Son contrat a été résilié, d'après le Yémen, non pour une quelconque raison liée aux décisions ou politiques de la RPC, mais du fait de l'incapacité de BUCG de réaliser ses services commerciaux sur le site de l'aéroport d'une manière commercialement acceptable » (para. 40).

Le tribunal conclut en outre que « l'affirmation selon laquelle « l'État chinois est l'ultime décisionnaire » pour ce qui concerne BUCG est trop éloignée du contexte du projet de l'aéroport international de Sana'a pour être pertinente » (para. 43).

*Le tribunal accepte sa compétence sur les recours en expropriation tant pour la responsabilité que pour l'indemnisation*

**À l'instar d'autres traités négociés par la Chine avant**

1998, le TBI envisage, à l'article 10, l'arbitrage auprès du CIRDI pour « tous les différends portant sur le montant de l'indemnisation en cas d'expropriation ».

Le Yémen argua que la compétence du tribunal se limitait aux différends portant sur le calcul du « montant de l'indemnisation » lorsque la responsabilité de l'État hôte est établie. À l'inverse, BUCG plaida pour une large interprétation incluant l'évaluation de la responsabilité et de l'indemnisation. L'entreprise argua que le tribunal ne pouvait examiner la question du montant sans trancher la question de la responsabilité.

Le tribunal accepta la position de BUCG et conclut que l'article 10 autorisait un investisseur à présenter un recours en expropriation portant sur les deux questions de la responsabilité et du montant. À cet égard, le tribunal détermina que le sens ordinaire des termes « montant de l'indemnisation » n'appuyait avec certitude aucune des positions des parties. Puisque le sens ordinaire du TBI n'était pas catégorique, le tribunal se tourna vers l'interprétation du contexte, de l'objet et du but du TBI.

*L'objection du Yémen selon laquelle les recours sont purement contractuels est rejetée*

En dernier lieu, le tribunal examina l'objection du Yémen selon laquelle le recours de BUCG était purement contractuel et donc assujéti à la compétence exclusive en vertu de son contrat avec la CAMA. Aussi, le Yémen argua que le tribunal n'avait pas compétence.

BUCG rétorqua que ses recours relevaient du TBI et n'étaient pas simplement contractuels. Selon le demandeur, le tribunal devait appliquer un test *prima facie* aux faits présentés par le demandeur dans sa communication initiale, faits qui démontraient que ses recours étaient susceptibles de constituer des violations du TBI.

Le tribunal conclut qu'en effet il n'avait pas compétence pour juger les recours et demandes reconventionnelles mises en avant par les parties sur la base d'obligations contractuelles. Il ne pouvait qu'examiner la réparation à laquelle le demandeur pouvait ou non prétendre au titre du TBI. Le tribunal détermina ensuite qu'il avait compétence sur les recours de BUCG dans la mesure où ils relevaient du TBI, ce qu'il examinerait pendant la phase de l'examen quant au fond.

*Remarques* : le tribunal était composé de Ian Binnie (Président nommé par les parties, de nationalité canadienne), de John Townsend (nommé par le demandeur, de nationalité étasunienne), et de Zachary Douglas (nommé par le défendeur, de nationalité australienne). La décision sur la compétence du 31 mai 2017 est disponible sur <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf>. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf>

**Les recours présentés contre l'Algérie par une entreprise contrôlée par un milliardaire égyptien sont jugés irrecevables**

*Orascom TMT Investments S.à r.l. c. la République d'Algérie démocratique et populaire, Affaire CIRDI n° ARB/12/35 Mintewab Abebe*

Le 31 mai 2017, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a déterminé que les recours présentés par Orascom TMT Investments S.à r.l. (Orascom) contre

l'Algérie étaient irrecevables et a décliné a compétence.

#### *Le contexte*

En 2001, l'entreprise égyptienne Orascom Telecom Holdings (OTH) remporta un marché public portant sur le développement d'un réseau de télécommunication mobile en Algérie. Elle lança ses opérations par le biais de sa filiale algérienne, OTA. En 2005, Orascom acquit, en une seule et même transaction, OTH et Wind, une entreprise italienne de télécommunication.

Orascom alléguait que dès 2008, du fait d'une vendetta politique dirigée contre son actionnaire majoritaire, l'entrepreneur égyptien Naguib Sawiris, l'Algérie avait adopté une série de mesures contre OTA, notamment de profondes réévaluations fiscales, l'imposition de restrictions relatives au paiement des dividendes, le gel des comptes bancaires et un embargo douanier. D'après Orascom, ces faits de harcèlement l'ont forcé à vendre OTA en 2011.

En 2010, OTH notifia un différend au titre du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Égypte-Algérie, et en 2012, lança l'arbitrage auprès d'un tribunal de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) au titre du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Moins d'une semaine plus tard, une autre filiale de l'entreprise, Weather Investments, notifia un différend au titre du TBI Italie-Algérie. Plus tard en 2012, Orascom initia un arbitrage auprès du CIRDI au titre du TBI entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise (UEBL) et l'Algérie (le TBI). OTH et l'Algérie trouvèrent un accord de règlement et la CPA enregistra le règlement dans une sentence de règlement amiable en 2015.

#### *Le tribunal affirme que le siège social d'Orascom était au Luxembourg*

La définition de l'investisseur contenue dans le TBI exige que l'entreprise ait été constituée au titre du droit de l'une des parties contractantes et y possède son *siège social*. Le différend portait sur le sens de l'expression « siège social ». L'Algérie arguait que la nationalité d'Orascom devait être déterminée au regard du droit national luxembourgeois, qui fait référence au « siège réel » de l'entreprise, c'est-à-dire là où se trouve effectivement la direction. Aussi, pour l'Algérie, le siège réel était l'Égypte, où réside Naguib Sawiris. Quant à Orascom, elle affirmait que l'expression représente une notion autonome de nationalité et fait référence au siège statutaire ou légal, c'est-à-dire le Luxembourg.

Le tribunal déterminait que la structure grammaticale et syntaxique du TBI, ainsi que le contexte dans lequel l'expression était employée montraient que la notion de « siège social » est une prescription spécifique du traité. Cette conclusion est conforme à la récente décision dans l'affaire *Tenaris et Talta c. le Venezuela*. Elle s'éloignait cependant du raisonnement du tribunal de l'affaire *Tenaris* ainsi que du tribunal de l'affaire *Capital Financial Holdings Luxembourg c. le Cameroun*, toutes deux impliquant des TBI conclus par le Luxembourg. Le tribunal de l'affaire *Tenaris* conclut que l'expression signifiait le « siège effectif », et le tribunal de l'affaire *Capital Financial Holdings* « le siège social réel ». En l'espèce, le tribunal analysa les textes du TBI en arabe, néerlandais et français, et conclut que tous affirmaient que l'expression signifiait « siège légal ».

L'Algérie invoqua le principe de l'*effet utile* et argua que le fait d'interpréter l'expression *siège social* comme signifiant siège légal rendait l'expression superflue. Pourtant, le tribunal considéra que la nationalité de l'entreprise est définie par référence à son lieu d'enregistrement, ce qui donne lieu à un test très simple reposant sur deux critères : la création conformément au droit local et le siège légal. En appliquant le test, le tribunal déterminait que le *siège social* d'Orascom était au Luxembourg, et donc qu'elle était un investisseur au titre du TBI. Le tribunal affirma que sa décision aurait été identique, même si la nationalité devait être définie au regard du droit luxembourgeois comme l'affirmait l'Algérie.

#### *La participation indirecte représente un investissement*

L'Algérie s'opposa à la compétence du tribunal, arguant qu'Orascom n'avait pas réalisé d'investissement au sens du TBI et de la Convention du CIRDI. Selon le défendeur, la simple détention de parts indirectes dans OTA ne représentait pas un investissement dans l'économie et le territoire du pays. Selon lui, l'investissement était indirect et distant.

Le tribunal déterminait que la définition du terme « investissement » contenait les mêmes éléments dans la Convention du CIRDI et dans le TBI : une contribution ou attribution de ressources, la durée et le risque. Il remarqua qu'Orascom avait réalisé des transactions supérieures à 1,5 milliards d'euros lors de l'acquisition d'intérêts indirects dans OTA, et conclut que cette participation indirecte constituait un investissement au titre du TBI et de la Convention du CIRDI. En outre, il affirma que la Convention du CIRDI et le TBI protègent tous deux les participations minoritaires et indirectes et n'exigent pas une participation active.

En conclusion, le tribunal rejeta également l'argument de l'Algérie selon lequel Orascom n'avait investi dans OTA qu'aux seules fins d'acquiescer Wind, l'entreprise italienne de télécommunication, et non pour investir en Algérie. Le tribunal affirma que les motivations d'Orascom n'entraient pas en ligne de compte à l'heure d'évaluer l'existence de l'investissement, et que ce qui comptait était l'existence d'une contribution de ressources, ce qu'Orascom respectait.

#### *L'accord de règlement a mis un terme au différend, et Orascom n'a pas subi de perte spécifique*

L'Algérie argua que les recours étaient irrecevables du fait du règlement conclu entre OTH et l'Algérie, qui mit fin au différend au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Orascom répliqua que cet arbitrage ainsi que l'accord de règlement n'étaient pas pertinents au regard de la compétence du tribunal.

Le tribunal conclut que l'existence de plusieurs TBI ne devait être un passe-droit permettant à plusieurs demandeurs dans une chaîne de propriété verticale de présenter de multiples recours portant sur le même préjudice. Il déterminait que le groupe d'entreprises auquel appartenait Orascom était organisé dans le cadre d'une chaîne verticale, contrôlée par le même actionnaire, et que les mesures contestées et les dommages allégués étaient les mêmes que ceux de l'arbitrage au titre de la CNUDCI. Il considéra également que l'accord avait mis un terme au différend portant

sur les mesures prises par l'Algérie. Par conséquent, il estima que dans la mesure où OTH aurait obtenu réparation dans l'arbitrage sous l'égide de la CNUDCI, toutes les entreprises de la chaîne, y compris Orascom, auraient été compensées, à moins qu'Orascom ne puisse démontrer qu'elle avait subi une perte spécifique. Le tribunal considéra que l'accord de règlement dans l'affaire de la CNUDCI tient lieu de toute sentence à venir dans le cadre de cet arbitrage, que l'accord soit favorable ou non.

Orascom rétorqua qu'une partie des dommages réclamés étaient indépendants des pertes d'OTH. Le tribunal analysa les divers chefs de dommages réclamés par Orascom, et détermina que ceux-ci portaient sur le même préjudice économique que celui allégué par OTH dans l'arbitrage de la CNUDCI. Il estima en outre que s'agissant des dommages immatériels, un investisseur aussi expérimenté que Sawiris avait certainement inclus ces pertes dans la vente de son investissement. Il rejeta également la demande pour tort moral puisqu'Orascom n'est qu'une société de portefeuille qui n'a pas de réputation à protéger.

Finalement, le tribunal souligna que si différentes entités dans une chaîne verticale pouvaient présenter des recours portant sur un différend déjà réglé par l'une de ces entités, les litiges ne seraient jamais réglés à l'amiable. Selon lui, cela saperait l'objet des dispositions du traité d'investissement encourageant le règlement à l'amiable des différends.

#### *Le droit à l'arbitrage a été vendu avec l'investissement*

Le tribunal estima, tout comme l'Algérie, qu'en n'excluant pas son droit à l'arbitrage de la portée de la vente de ses investissements, Orascom avait renoncé à son droit de lancer un arbitrage : le prix payé par l'acheteur incluait le droit de porter les pertes en réclamation.

#### *La présentation de demandes multiples par plusieurs entités constitue un abus de droit*

Selon le tribunal, l'introduction de demandes multiples contre l'État hôte portant sur le même préjudice par plusieurs entités contenues dans la chaîne verticale d'entreprise d'Orascom constituait un abus de droit. Selon lui, cela est contraire à l'objectif des traités d'investissement, qui est « d'encourager le développement économique de l'État d'accueil et de protéger les investissements réalisés par des étrangers, investissements destinés à contribuer à ce développement ». Il existe également un risque de réparations multiples, de décisions contradictoires et de gaspillage des ressources liées aux procédures (para. 543).

Le tribunal nota également que la jurisprudence a évolué ces 15 dernières années, depuis les décisions largement critiquées des affaires *CME* et *Lauder* contre la République tchèque. Ces deux procédures concernaient des recours portant sur les mêmes faits et préjudice, et donna lieu à des sentences contradictoires.

#### *Les coûts et les procédures d'annulation*

Orascom a été condamnée à payer la totalité des coûts de la procédure ainsi que la moitié des frais juridiques et autres dépenses de l'Algérie. À la demande d'Orascom, un comité d'annulation a été constitué le 26 octobre 2017.

*Remarques* : le tribunal était composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler (présidente nommée par les parties sur

la base d'une proposition des co-arbitres, de nationalité suisse), d'Albert Jan van den Berg (nommé par le demandeur, de nationalité néerlandaise) et de Brigitte Stern (nommée par l'Algérie, de nationalité française). La sentence est disponible en anglais sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8973.pdf> et en français sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8977.pdf>.

### **Un tribunal CNUDCI rejette les allégations de corruption par un investisseur hongrois, et refuse d'invalider les contrats passés avec la Croatie**

*La République de Croatie c. MOL Hungarian Oil and Gas Plc, Affaire CPA n° 2014-15*

#### **Trishna S. Menon**

Un tribunal sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), constitué au titre du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), a rejeté la demande de la Croatie d'invalider certains contrats conclus avec MOL Hungarian Oil and Gas Plc (MOL), obtenus par l'entreprise par le biais de la corruption selon le pays. La sentence a été rendue le 23 décembre 2016.

#### *Le contexte et les recours*

Le différend découle de la privatisation d'INA Industrija Nafta d.d. (INA), une entreprise publique croate d'énergie. En 2003, à l'initiative de la Croatie, MOL, la plus grande entreprise pétrolière et gazière de Hongrie, est entrée au capital d'INA par le biais d'un pacte d'actionnaires (SHA). Des amendements au pacte ont été négociés autour de 2009, et sont entrés en vigueur le 30 janvier 2009.

Les allégations de corruption remontent à cette période. La Croatie a lancé l'arbitrage auprès de la CNUDCI en janvier 2014, alléguant que son ancien Premier ministre, Dr. Sanader, avait accepté un pot-de-vin de 10 millions d'euros de la part du directeur général de MOL, M. Zsolt Hernadi. Selon la Croatie, le pot-de-vin visait à faciliter le passage des amendements apportés au pacte d'actionnaires, préjudiciables à la Croatie, mais favorables à MOL. Puisque cet argent n'est jamais apparu sur un compte au nom du Dr. Sanader, la Croatie avait dû s'appuyer sur des conclusions et déposition d'un témoin dont les dires ont été fermement réfutés par MOL et le Dr. Sanader. Sur la base de cette corruption, la Croatie cherchait à faire invalider les amendements conclus avec MOL, et les faire déclarer nuls et non avenue. En outre, elle s'appuya sur des présumées violations de la loi croate relative aux entreprises pour justifier l'invalidation des amendements.

Le tribunal devait déterminer si le pot-de-vin avait été offert et accepté comme supposé, en appliquant le droit croate. S'il concluait qu'il y avait bien eu corruption, il devait alors déterminer si les amendements devaient être invalidés, et s'il en était convaincu, évaluer les dommages subis par la Croatie.

#### *La corruption est au cœur d'une affaire CIRDI en cours lancée par MOL contre la Croatie au titre du TCE*

L'investisseur avait lancé le 26 novembre 2013 un arbitrage parallèle auprès du CIRDI portant sur les mêmes faits, au titre du Traité sur la Charte de l'Énergie

(TCE), *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc c. la République de Croatie* (Affaire CIRDI n° ARB/13/32), qui est toujours en cours. Les demandes de MOL relatives à l'expropriation indirecte et à la violation de la clause parapluie dans cette affaire d'arbitrage découlent de l'incapacité présumée de la Croatie à améliorer les activités de vente de gaz de l'entreprise dans laquelle MOL avait investi, ainsi que des retards et irrégularités présumés dans l'octroi des licences et des poursuites pénales contre le PDG de MOL. Selon l'entreprise, les actions de la Croatie violaient l'article 10(1) du TCE, notamment le non-respect par la Croatie de certaines obligations et engagements vis-à-vis de l'investissement de MOL. Les obligations en question étaient reflétées dans les amendements apportés au pacte d'actionnaires et dans d'autres accords conclus en 2009.

La question de la corruption, qui a fait l'objet de discussions détaillées dans le cadre de la sentence de la CNUDCI, est également au cœur de l'arbitrage auprès du CIRDI. La Croatie arguait que puisque les accords de 2009 avaient été conclus par la corruption, MOL n'avait jamais réalisé un investissement valide, et donc que le tribunal n'avait pas compétence sur l'affaire. MOL rétorqua en indiquant qu'aucune condamnation n'avait été prononcée en ce sens, et alléguait en outre que l'enquête pénale était contraire au TCE. Le tribunal du CIRDI refusa l'argument selon lequel les recours de MOL « étaient manifestement sans fondement juridique » et **rejeta donc les objections préliminaires de la Croatie au titre de l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage le 2 décembre 2014**. Malgré cela, le tribunal décida que la Croatie pourrait présenter ces arguments dans les phases suivantes de l'arbitrage.

*La norme en matière de preuve : la « certitude raisonnable »*

La Croatie arguait que le tribunal de la CNUDCI n'était pas tenu d'appliquer un niveau de certitude élevé, en particulier dans une affaire où l'enchaînement des faits était si complexe. Toutefois, MOL considérait qu'au titre de la loi croate, le tribunal était tenu d'appliquer un niveau de certitude ou de probabilité élevé, compte tenu de la gravité des allégations en l'espèce. MOL arguait également que pratique commune dans les arbitrages internationaux est d'utiliser un niveau élevé de preuve en cas d'allégations de corruption.

Le tribunal considéra que la norme idéale devait trouver un compromis entre équilibre des probabilités et certitude absolue, tout en reconnaissant que cette dernière est inatteignable. Au final, le tribunal décida d'adopter la norme de la « certitude raisonnable », que la Croatie avait elle-même proposée.

*Déplacer le fardeau de la preuve sur MOL*

La Croatie affirma également que le tribunal devait déplacer le fardeau de la preuve sur MOL, conformément à la décision de l'affaire *Metal-Tech Ltd. C. Ouzbékistan*. Le tribunal ne fut pas du même avis et nota que les circonstances de l'affaire Metal-Tech étaient nettement différentes de celle-ci. L'agent corrupteur dans l'affaire Metal-Tech était en réalité le demandeur, et la « certitude raisonnable » du tribunal était fondée sur le témoignage du PDG de

l'entreprise demanderesse lui-même qui admit avoir payé 4 millions USD à des consultants au moment de réaliser l'investissement. En l'espèce, à l'inverse, les allégations de la Croatie se fondaient sur le témoignage de M. Jezic, l'intermédiaire présumé entre MOL et le Dr. Sanader. Le tribunal avait donné à Metal-Tech la possibilité de présenter des preuves des services supposément rendus en échange du pot-de-vin, mais elle n'en avait produit aucune. En l'absence d'alternatives permettant d'expliquer le paiement du demandeur, le tribunal fut convaincu de son illégalité. Le tribunal conclut que l'affaire Metal-Tech était un exemple de renversement de la charge de la preuve spécifique au contexte.

En outre, le tribunal ne trouva aucun élément permettant de soutenir l'affirmation de la Croatie selon laquelle, au titre de la loi croate, le tribunal pouvait déplacer la charge de la preuve sur MOL. Le tribunal affirma que la charge de cette preuve relevait en tout temps de la Croatie.

Le tribunal parvint finalement à la « conclusion assurée » que la Croatie n'avait pas démontré que MOL avait bel et bien soudoyé le Dr. Sanader. Aussi, il rejeta la demande de la Croatie de déclarer les amendements nuls et nonavenus sur le fondement de la corruption présumée.

*Violation de la loi croate relative aux entreprises*

Alternativement, la Croatie affirma que si le tribunal décidait de rejeter les allégations de corruption, il devait quand même déclarer les amendements nuls et nonavenus au titre de la loi croate relative aux entreprises.

Selon la Croatie, la structure créée par les amendements renforçait l'influence de MOL en tant qu'actionnaire majoritaire à trois échelons différents, donnant naissance à une structure de gouvernance contraire à la loi croate relatives aux entreprises. Le tribunal considéra toutefois que l'argument de la Croatie selon lequel elle avait conclu un mauvais accord avec MOL ne suffisait pas à conclure que le pacte d'actionnaires violait la loi croate. Le tribunal nota que cette question ne relevait pas de sa compétence, qui se limitait au pacte d'actionnaire et à ses engagements connexes.

*La décision et les coûts*

Le tribunal rejeta les deux demandes de la Croatie portant sur les faits de corruption et sur la violation de la loi nationale relative aux entreprises. La sentence condamna la Croatie à payer les frais administratifs et ceux du tribunal, ainsi que la plupart des frais juridiques et d'expertise et autres dépenses de MOL.

*Remarques :* le tribunal était composé de Neil Kaplan (arbitre président, nommé conjointement, de nationalité britannique), de Jakša Barbić (nommé par le demandeur, de nationalité croate) et de Jan Paulsson (nommé par le défendeur, de nationalité suédoise).

#### Auteurs

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

**Mintewab Abebe** est étudiante à la Faculté de droit de l'Université de New York et stagiaire boursier « International Finance and Development » au programme Investissement pour le développement durable de IISD.

**Trishna S. Menon** est étudiante en dernière année de premier cycle en droit et sciences à l'Université nationale de droit de Gujarat, en Inde.

# ressources et évènements

## Ressources

### Les systèmes d'indemnisation des juges et arbitres et le règlement des différends investisseur-État

Par David Gaukrodger, publié par les Documents de travail de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) sur l'investissement international, novembre 2017

L'indemnisation des juges et arbitres est généralement considérée comme un point fondamental de l'indépendance judiciaire, ainsi que de l'attrait des bons juges dans la conception institutionnelle des cours. Ce document examine les systèmes d'indemnisation des juges et arbitres et des administrateurs de règlement des différends opérant dans le cadre du règlement des différends investisseur-État (RDIE). Comparant les approches adoptées par les économies avancées pour leurs tribunaux nationaux, il expose le contexte historique et examine la réforme de la rémunération des juges, des honoraires privés aux salaires, au 18<sup>ème</sup> et début du 19<sup>ème</sup> siècles. Il aborde également l'impact des systèmes d'indemnisation sur les juges et arbitres, les approches contemporaines de la rémunération des juges dans les économies avancées, et la coexistence, dans les économies avancées, de cours nationales dotées de juges salariés depuis le début du 19<sup>ème</sup>, et en général un soutien marqué pour l'arbitrage commercial fondé sur une rémunération ad hoc d'honoraires. Il compare également l'arbitrage commercial et l'arbitrage en matière d'investissement, mettant l'accent sur les effets et perceptions variés de systèmes d'indemnisation largement similaires. Disponible sur <http://dx.doi.org/10.1787/c2890bd5-en>.

### Les investissements fonciers à grande échelle dans les Pays les moins avancés : les conflits juridiques entre protection de l'investissement, et protection des droits humains

Par Montilla Fernández et Luis Tomás, publié par Springer, novembre 2017

Cet ouvrage analyse, des points de vue juridique et économique, les investissements fonciers à grande échelle réalisés dans les Pays les moins avancés d'Afrique à des fins agricoles. Mettant l'accent sur les effets des investissements fonciers étrangers sur les populations locales des pays hôte, et sur l'incapacité apparente du droit international à créer des mesures incitatives visant à les contrebalancer, il examine les mécanismes juridiques et économiques permettant d'exiger des comptes des investisseurs dans les cas où leurs investissements entraîneraient des violations des droits humains. Il démontre que, lorsque les mécanismes judiciaires sont inefficaces, le droit international offre des alternatives permettant de lutter contre les États ou les investisseurs dont la conduite serait arbitraire ou abusive, mais aussi d'appliquer les droits humains, et donc de lutter contre les comportements opportunistes. Disponible sur <http://www.springer.com/gp/book/9783319652795>.

### Vers une liste indicative des caractéristiques durables de l'IDE

Par Karl P. Savant et Howard Mann, publié par E15 Initiative, octobre 2017

Afin de réaliser les Objectifs de développement durable et les engagements en matière de climat, il faudrait un accroissement considérable des flux d'investissement direct étranger (IDE). Toutefois, il ne s'agit pas seulement d'avoir plus d'IDE, mais d'avoir le bon type d'IDE – que l'on appelle « IDE durable », c'est-à-dire des investissements dotés de certaines caractéristiques durables. Cet article vise à contribuer de manière significative au débat international sur l'investissement en mettant en avant certaines caractéristiques souhaitables de l'IDE, en soulignant comment les promouvoir et les encourager, et en offrant des orientations pour que les efforts nationaux et internationaux menés sur le droit et les politiques d'investissement contribuent pleinement à la réalisation de ces objectifs. Disponible sur <http://e15initiative.org/publications/towards-an-indicative-list-of-fdi-sustainability-characteristics>.

### Intégrer le développement durable au droit international de l'investissement : incompatibilité normative, intégration des systèmes et implications en termes de gouvernance

Par Manjiao Chi, publié par Routledge, octobre 2017

Le régime actuel du droit international des investissements n'est pas suffisamment compatible avec le développement durable. Afin de mieux répondre aux préoccupations en matière de développement durable découlant des activités des investissements transnationaux, les Accords internationaux d'investissement (AII) devraient être rendus plus compatibles avec le développement durable. Cet ouvrage présente une importante étude systématique de la question, fondée sur les perspectives conceptuelle, normative et de gouvernance, et vise à explorer les défis et éventuelles solutions permettant de rendre le droit international de l'investissement plus conforme au développement durable. Chi suggère que la réforme du régime des AII devrait inclure la refonte des dispositions des accords, l'amélioration de la structure des AII, le renforcement de la fonction du droit mou, l'implication des acteurs non-étatiques, et le renforcement du mécanisme de règlement des différends. Disponible sur <https://www.routledge.com/Integrating-Sustainable-Development-in-International-Investment-Law-Normative/Chi/p/book/9781138187887>.

### La refonte du droit international de l'investissement par le Sud mondial

Par Fabio Morosini et Michelle Rattón Sanchez Badin (Eds.), publié par Cambridge University Press, octobre 2017

Cet ouvrage explique que la réforme actuelle de la réglementation de l'investissement s'inscrit dans une tentative plus large visant à transformer l'ordre économique mondial. Les pays du Nord et du Sud repensent la manière dont l'ordre économique peut promouvoir leurs intérêts nationaux et stratégies économiques. Si certains pays du Nord cherchent des espaces institutionnels alternatifs afin de promouvoir plus facilement des politiques néolibérales, certains pays du Sud sont de plus en plus sceptiques à l'égard de cette vision de l'ordre économique mondial et expérimentent des versions alternatives de l'ordre juridique qui ne sont pas toujours en ligne avec celles mises en avant par le Nord. S'il existe des différences dans les approches des régimes financiers envisagés par les pays du Nord et du Sud, les points de convergence pourraient être les piliers fondateurs d'un ordre économique alternatif. L'ouvrage propose une évaluation détaillée des pratiques du droit économique international actuellement élaborées par certains pays en développement. Disponible sur <http://www.cambridge.org/br/academic/subjects/law/international-trade-law/reconceptualizing-international-investment-law-global-south>

### L'évolution du régime asiatique de l'investissement international : durabilité, régionalisation et arbitrage

Par Julien Chaisse, Tomoko Ishikawa et Sufian Jusoh (Eds.), publié par Springer, octobre 2017

Centré sur la région Asie-Pacifique, cet ouvrage présente l'évolution de l'investissement étranger dans la région. Il examine la relation entre les efforts visant à accroître l'IDE d'une part, et les efforts d'amélioration de la gouvernance, la croissance inclusive et le développement d'autre part. Il souligne la nécessité de trouver un équilibre entre ces cadres juridiques nationaux et internationaux afin de promouvoir à la fois l'investissement étranger et les lois et politiques nécessaires à la réglementation des investissements et de la conduite des investisseurs. L'ouvrage aborde quatre grands thèmes : les tendances (il examine les accords d'Asie-Pacifique au regard des tendances mondiales récentes dans les règles évolutives relatives à l'investissement étranger), l'approche adoptée par la Chine, la pratique actuelle de l'arbitrage d'investissements en Asie et l'importance de régionaliser le droit de l'investissement dans la région Asie-Pacifique. Il identifie et aborde par ailleurs les lacunes en matière de recherches et de politique qui devraient être comblés afin de promouvoir un investissement plus durable et responsable. Disponible sur <http://www.springer.com/gp/book/9789811058813>.

**L'émergence des pôles de croissance agricoles en Afrique : l'investissement dans l'agriculture, note de synthèse #6**  
*Par Francine Picard, Mohamed Coulibaly, Carin Smaller, publié par IISD, septembre 2017*

Plusieurs gouvernements africains considèrent les pôles de croissance agricoles et les corridors émergents comme un outil permettant d'attirer l'investissement privé dans le but de promouvoir la transformation de l'agriculture. Ces outils sont également vus comme un moyen de contrer les effets négatifs et la mauvaise publicité découlant de la location de vastes étendues de terres arables aux investisseurs, généralement appelée « l'accapement des terres ». Nombreuses sont les tentatives visant à attirer un investissement responsable et durable dans l'agriculture africaine qui ont échoué. Pour veiller à ce que cette nouvelle vague d'agropoles et de corridors de croissance soit efficace, il faut des politiques, des lois et des pratiques solides pour garantir que l'éventuel afflux de nouveaux investissements aide l'Afrique à atteindre les objectifs de développement durable qu'elle s'est fixés. Cet article identifie les défis et opportunités des pôles de croissance agricoles actuels, précise le rôle des lois, politiques et institutions, et décrit trois étapes majeures pour le développement d'un pôle de croissance agricole responsable. Disponible sur <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/rise-agricultural-growth-poles-in-africa-fr.pdf>

**Le droit international relatif aux ressources naturelles, l'investissement et la durabilité**  
*Shawkat Alam, Jahid Hossain Bhuiyan et Jona Razzaque (Eds.), publié par Routledge, septembre 2017*

Cet ouvrage examine la relation entre les institutions régissant l'investissement étranger, le développement durable et les règles et réglementations applicables aux ressources naturelles. Les experts examinent comment l'investissement et les ressources naturelles peuvent converger pour atteindre un développement durable dans les pays en développement, avec des exemples des secteurs de l'eau, pétrolier et gazier, des énergies renouvelables, des mines, de l'agriculture et du commerce du carbone. Plusieurs thèmes considèrent les liens entre les ressources naturelles, l'investissement et la durabilité. La transparence, la bonne gouvernance et la responsabilisation des citoyens sont notamment des conditions essentielles qui promeuvent des retombées sociales, économiques et environnementales positives pour les pays en développement. L'ouvrage offre également de nouvelles perspectives sur des concepts du droit international, tels que les principes de droits souverains et de la responsabilité de l'État. Il examine la manière dont les pays privilégient leurs objectifs politiques pour réaliser leur vision de l'utilisation durable des ressources naturelles, qui est fortement influencée par le déséquilibre des pouvoirs qui façonne la coopération Nord-Sud, ainsi que la coopération Sud-Sud en matière d'investissement international. Disponible sur <https://www.routledge.com/International-Natural-Resources-Law-Investment-and-Sustainability/Alam-Bhuiyan-Razzaque/p/book/9781138848702>.

**Le droit international de l'investissement et les politiques en matière d'investissement en Afrique : étude d'une approche de la réglementation des investissements et du règlement des différends fondée sur les droits humains**  
*Par Fola Adeleke, publié par Routledge, septembre 2017*

Cet ouvrage propose une analyse approfondie du régime du droit international de l'investissement et des pratiques actuelles en matière de traités en Afrique, des points de vue mondial, régional et national. En proposant une approche de la réglementation fondée sur l'intérêt public, il souligne le rôle de la réglementation de l'investissement dans le développement durable et les droits humains. Ce faisant, il identifie sept facteurs que les arbitres devraient prendre en compte à l'heure d'examiner des différends relatifs à des investissements qui nuisent à l'intérêt public. Il examine également la manière dont les traités d'investissement peuvent exiger des comptes des entreprises, tout en protégeant les droits des investisseurs. En outre, l'ouvrage explore les objectifs et les lacunes du RDIE et ses relations avec l'État de droit. Il identifie des alternatives au RDIE et leur impact sur l'attrait

de l'investissement, sur la dépolitisation des différends relatifs aux investissements, sur la promotion de l'État de droit et sur l'offre de recours pour les investisseurs. Il identifie également leur impact sur les droits humains, le développement durable et la réglementation nationale d'intérêt public. Finalement, l'ouvrage aborde les tendances du règlement des différends et de la réglementation de l'investissement en Afrique. Disponible sur <https://www.routledge.com/International-Investment-Law-and-Policy-in-Africa-Exploring-a-Human-Rights/Adeleke/p/book/9781138240629>.

**L'arbitrage investisseur-État et les droits humains**  
*Par Filip Balcerzak, publié par Brill | Nijhoff, août 2017*

Cet ouvrage examine les relations entre les droits humains et le droit international de l'investissement, et cherche à savoir si et comment les arguments fondés sur les droits humains peuvent être présentés dans le cadre de procédures arbitrales au titre des traités d'investissement. Il identifie trois situations-type, tirées de la jurisprudence arbitrale existante, qui offrent le contexte et les outils méthodologiques sous-tendant l'analyse juridique de l'ouvrage. Il tient compte des points de vue des États hôtes et des investisseurs, et analyse toutes les étapes des procédures arbitrales – la compétence, la recevabilité, l'examen quant au fond, l'indemnisation et les coûts – afin de déterminer l'impact potentiel des droits humains dans les conclusions de la procédure. Disponible sur <http://www.brill.com/products/book/investor-state-arbitration-and-human-rights>.

**Événements 2018**

**18–19 janvier**

**5<sup>ème</sup> CONFÉRENCE CONJOINTE ITA-IEL-CCI SUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN MATIÈRE D'ÉNERGIE**, Institute for Transnational Arbitration (ITA), Institute for Energy Law (IEL) du Center for American and International Law & Cour Internationale d'arbitrage de la Chambre du commerce international (CCI), Houston, TX, États-Unis, <http://www.cailaw.org/Institute-for-Transnational-Arbitration/Events/2018/ita-iel-icc-conference.html>

**7–9 février**

**11<sup>ème</sup> FORUM ANNUEL DES NÉGOCIATEURS D'ACCORDS D'INVESTISSEMENT DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT**, Kenya Investment Authority (KenInvest), IISD & Centre Sud, Nairobi, Kenya, <http://www.iisd.org/event/11th-annual-forum-developing-country-investment-negotiators>

**9–10 mars**

**ATELIER 2018 DE FRANKFURT SUR LE DROIT DE L'INVESTISSEMENT : LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL**, Centre Merton sur l'intégration européenne et l'ordre économique mondial, Université Goethe, Université de Glasgow & Amsterdam Center for International Law, Campus Westend, Université Goethe, Frankfurt am Main, Allemagne, [https://www.uni-frankfurt.de/69435674/FILW-2018-IIL-and-Constitutional-Law-Program-final-\\_9\\_.pdf](https://www.uni-frankfurt.de/69435674/FILW-2018-IIL-and-Constitutional-Law-Program-final-_9_.pdf)

**12 mars**

**CONFÉRENCE INTERNATIONALE : COÛTS DANS L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT : PROBLÈMES ET EMBÛCHES**, McDermott Will & Emery, Institut d'arbitrage de la CCS & Université Goethe de Frankfurt am Main, Université Goethe, Frankfurt, Allemagne, <http://www.sccinstitute.com/media/228441/frankfurt-seminar-12-march.pdf>

**23–27 avril**

**35<sup>ème</sup> SESSION DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI) : RÉFORME POSSIBLE DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS (RDIE)**, New York, États-Unis, [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/3Investor\\_State.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/3Investor_State.html)



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 Balaxert,  
5th Floor, 1219, Chatelaine,  
Geneva, Switzerland

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