## Institut de Gestion de l'Environnement et de l'Aménagement du Territoire

## Faculté des Sciences

Master en Sciences et Gestion de l'Environnement

## Titre:

Le recours aux tribunaux d'arbitrage privé: menace ou opportunité pour les mesures environnementales ?

Analyse de sentences arbitrales emblématiques portant sur une mesure environnementale prononcées dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États

Par Corentin Genin

Année académique 2016-2017

Directrice: Pr. Delphine Misonne

Assesseurs: Pr. T. Bauler

Pr. J-M. Decroly Pr. M-F. Godart

# Table des matières

Table	des matières	2
0.	Table des sigles, abréviations et acronymes	4
1.	Introduction	5
2.	Méthodologie	7
2.1	La question de départ et les questions de recherche secondaires	
2.1	Définition d'une « mesure environnementale »	
2.3	Présentation de la démarche scientifique, des sources et des bases de données consultées	
2.4	Justification des études de cas retenues	
2.5	Le caractère interdisciplinaire de cette recherche	
2.6	La contribution de mon parcours académique et professionnel	
3	Mise en contexte : Origine, fonctionnement et cadre juridique des mécanismes RDIE	15
3.1	Origine historique de l'arbitrage international	
3.2	Les instruments juridiques invoqués pour initier une procédure RDIE	16
3.3	L'essor des demandes d'arbitrages : conséquence de l'augmentation des AII	
3.4	Les grandes enceintes habilitées à administrer les procédures RDIE	
3.5	Augmentation du nombre de demandes d'arbitrage	
3.6	Remarques conclusives	
4.	Quatre litiges portant sur une mesure environnementale adoptée par des États nord-américains	28
4.1	Ethyl Corp. c. Canada (1996)	28
4	.1.1 Brève description factuelle du litige	28
4	.1.2 Résumé de la procédure et analyse de l'issue de cet arbitrage	29
4	.1.3 Un cas de « chilling effect » ou de « protectionniste vert »?	29
4	.1.4 Deux autres exemples de <i>chilling effect</i> ?	30
4.2	Metalclad Inc. c. Mexique (1997)	31
4	.2.1 Brève description du litige et de l'issue	31
4	.2.2 Analyse de la sentence arbitrale	
4.3	S.D. Myers c. Canada (1998)	32
4	.3.1 Brève description factuelle du litige	
4	.3.2 Raisonnement suivi par le tribunal	33
4	.3.3 Analyse de la sentence arbitrale et comparaison avec l'affaire Methanex c. États-Unis	
4	.3.4 La Canada coincé entre la Convention de Bâle et ses obligations en vertu de l'ALENA?	
4.4		
4	.4.1 Description des raisons du litige et chronologie des faits	
4	.4.2 Infractions invoquées par Tecmed et verdict du Tribunal	
4	.4.3 Analyse des questions juridiques soulevées et de la justification du verdict	38
4	.4.4 Remarques conclusives	40
4.5		
cor	rectement ? Comment ces verdicts sont-ils critiquables ?	40
4.6	Remarques conclusives	43
5.	Analyses de litiges portant sur une mesure environnementale adoptée par des États européens	
5.1	Emilio Agustin Maffezini c. Espagne (2000)	
	.1.1 Fiche technique synthétique du litige	
	.1.2 Chronologie et historique des faits ayant mené au litige	
	.1.3 Les cinq points de discorde du litige	46
	.1.4 Arguments retenus par le Tribunal et ses décisions	
	.1.5 Conclusions du Tribunal, compensation et beaucoup questions en suspens	
5.2	Vattenfall c. Allemagne (2009)	
	.2.1 Résumé de la fiche technique du litige et chronologie de la procédure	
	2.2 Brève description du litige et chronologie des faits	
	2.3 L'Accord de Moorbourg et les conditions supplémentaires à respecter menant au litige	
	.2.4 Les infractions de l'Allemagne selon Vattenfall et son estimation du préjudice	
	2.5 Un settlement non-conforme au droit européen	
- 5	2.6 Remarques conclusives	60

5.3	Charanne & Construction Investments c. Espagne (2012)	60
5.	Fiche technique synthétique du litige	61
5.	2 Brève description des faits	61
5.	Analyse du verdict et du raisonnement suivi par le tribunal arbitral	62
5.	4 Synthèse et enseignements tirés de ce verdict	65
5.	5 Réflexion personnelle par rapport à ce verdict	66
5.4	L'histoire d'un litige qui en inspira bien d'autres : recontextualisation	68
5.	Prolifération de litiges similaires en Espagne	68
5.		
5.	3 Les litiges États contre États devant l'ORD dans le secteur PV en dehors de l'UE	71
5.	4 Le litige « Windstream c. Canada » (2013)	72
5.		
5.5	Remarques conclusives	
6.2	La crise de légitimité plus générale de l'arbitrage international et l'appel aux réformes  Les critiques de deux auteurs : Sabrina Robert-Cuendet et Gus Van Harten	767779 <b>meilleure</b> 80
7.	Conclusions générales	84
8.	Bibliographie	89
9.	Annexes	89

### 0. Table des sigles, abréviations et acronymes

AAA: American Arbitration Arbitration

ALE: Accord de Libre-Échange

ALENA: Accord de Libre-Échange Nord-Américain (NAFTA: North American Free Trade Agreement)
AIE: Analyse d'Impact Environnementale
AII: Accord International d'Investissement (IIA: International Investment Agreement)
AMLE: Accord multilatéral de libre-échange

AMI: Accord Multilatéral sur les Investissements
APE: Agence de Protection de l'Environnement
BSU: Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt
CNPF: Clause de la Nation la Plus Favorisée

CPA: Court Permanente d'Arbitrage CEO: Corporate Europe Observatory

CETA: Comprehensive Economic and Trade Agreement

CIRDI: Convention Internationale sur le Règlement des Différends relatifs aux Investissements

(ICSID: International Convention on State-Investor Disputes)

CNUCED: Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement

(UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development)

CNUDCI: Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International

(UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law) EAMSA Emilio Agustin Maffezini S.A. (société de droit espagnol)

EM: État-membre

IACCS: Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (AISCC: Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce)

ICC: International Chamber of Commerce

IDRC: International Dispute Resolution Center (Londres)
ICDR: International Center for Dispute Resolution (de l'AAA)

LPR: Lone Pine Resources

MFET : Ministère Fédéral de l'Economie et des Technologies (de l'Allemagne)

NU: Nations Unies

OMC: Organisation Mondiale du Commerce

ORD: Organe de Règlement des Différends (de l'OMC)
RDIE: Règlement des différends entre investisseurs et États

(ISDS : Investor-State Dispute Settlement)
PCE : Permis de Contrôle des Emissions

PNUE: Programme des Nations Unies pour l'Environnement

PUE: Permis d'Utilisations des Eaux SDMI: S.D. Myers Incorporated

SIAC : Singapore International Arbitration Center SJI : Système Juridictionnel pour les Investissements

(ICS: Investment Court System)

SODIGA: Sociedad para el Dessarollo Industrial de Galicia

TAP: Tribunal d'Arbitrage Privé

TIP: Treaty with Investment Provisions
TBI: Traité Bilatéral d'Investissement
(BIT: Bilateral Investment Treaty)
TCE: Traité sur la Charte de l'Energie

(ECT: Energy Charter Treaty)

TTIP: Transatlantic Trade and Investment Partnership

UE: Union Européenne

#### 1. Introduction

En octobre 2016, la petite voix du Gouvernement wallon s'est faite entendre jusqu'au sommet de l'Union européenne (UE) et a donné du fil à retordre aux émissaires du Gouvernement canadien en charge de la signature définitive du CETA<sup>1</sup>. Les hauts cadres de la DG Commerce internationale de la Commission européenne ont en effet eu des sueurs froides face à la volonté du Gouvernement wallon de 'démocratiser' ce CETA, et singulièrement en exigeant de rendre plus démocratique le mécanisme de Règlement des Différends entre Investisseurs et États (RDIE) tel que proposé dans le texte initial du CETA<sup>2</sup>. Ce petit épisode de confrontation a fait la Une des journaux et a marqué les esprits.

Si cette saga a été comparée à David contre Goliath ou à l'emblématique résistance du petit peuple de Gaulois devant les troupes de Jules César³, elle n'aura en fait duré qu'un temps même si elle aura donné lieu à certaines avancées que chacun appréciera (voir le chapitre 6 à ce propos). Il n'en reste pas moins que l'agitation causée par les trublions wallons aura eu le mérite d'ouvrir un débat crucial sur la pertinence et la légitimité des mécanismes RDIE à l'heure d'aujourd'hui. Les nombreuses auditions et les centaines d'heures de débats à ce sujet au sein de l'hémicycle du parlement wallon ont incontestablement contribué à populariser et vulgariser les problèmes que pose ce genre de mécanismes hérités d'une autre époque. Avant que le Gouvernement wallon ne connaisse ces heures de gloire⁴, rares étaient les citoyens qui avaient déjà entendu parler des tribunaux d'arbitrage privé (TAP) et les mécanismes RDIE. Or, si les tendances récentes en la matière se poursuivent, c'est peu dire que ce genre de mécanismes risque à l'avenir d'avoir un impact déterminent sur notre mode de vie. D'où ce débat de société passionné au sujet du CETA depuis plus de deux ans.

A sa modeste échelle, c'est également l'ambition de ce travail de fin d'étude que de 'dépassionner' ce débat, contribuer à l'analyse des limites d'un outil qui a pourtant eu sa raison d'être, en prenant comme angle d'approche des politiques, mesures et législations environnementales qui ont été contestées par des investisseurs des deux côtés de l'Atlantique (en Europe et en Amérique du Nord). Ce mémoire a en effet pour but d'objectiver ce débat à l'aune d'une analyse de moyen terme de certains arbitrages qui ont concerné une mesure environnementale en vue de mettre en lumière les raisons qui poussent certains analystes à affirmer que cet outil doit évoluer. Modestement, ce mémoire tente à tous le moins de clarifier certains concepts, processus clés et les tendances propres aux mécanismes RDIE inclus dans de nombreux accords de libre-échange.

Précisons d'emblée que nous n'avons pas attendu le feuilleton wallon relatif au CETA pour nous intéresser aux questions de l'arbitrage international. Tel qu'expliqué dans la chapitre 2 « Méthodologie », mon parcours académique et professionnel témoignent je crois d'un intérêt poussé pour les relations Nord-Sud, le

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> CETA : Comprehensive Economic & Trade Agreement : nom de l'accord de libre-échange (en cours de ratification) entre l'Union européenne (UE) et le Canada.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Voir Doria Christina and Gibson Glenn, "Investor State Arbitration under CETA: Key Provisions and What to Watch for in 2017", in *Global Arbitration News*, 7 février 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Cfr par exemple la Une et le dossier spécial de l'hebdomadaire français « Libération » à ce sujet : « CETA. Vive la Wallonix ! », 25/10/2016.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> en menaçant la Commission européenne de bloquer la signature du CETA en n'accordant pas les pleins pouvoirs au Gouvernement fédéral de la Belgique pour signer ce traité.

commerce international et le rôle des grandes institutions financières internationales (FMI et Banque mondiale) dans l'économie mondiale. Complémentaire à mes deux mémoires précédents, ce mémoire-ci se veut dans la continuité de mes deux recherches académiques précédentes tout en tenant bien compte des réalités diplomatiques et commerciales actuelles que j'ai pu approfondir après 9 années (et 3 fonctions différentes) au S.P.F. Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement de la Belgique. Selon moi, ce parcours singulier contribue certainement à l'interdisciplinarité de ce mémoire qui présente une série d'analyses juridiques de litiges décryptés et passés par le prisme des Sciences politiques (ma formation de base) et des enjeux commerciaux contemporains (grâce à mon emploi actuel) tout en se focalisant sur les aspects environnementaux de cette problématique (grâce aux acquis de ce Master en gestion de l'environnement).

À cet effet, nous avons opté pour une étude qui présente la structure suivante.

Après cette « Introduction » (**chapitre 1**), nous présentons quelques explications sur la méthodologie de cette recherche : en quoi s'agit-il d'une démarche scientifique ; comment avons-nous procéder pour collecter et traiter les données ; quelle question de départ et quelles questions de recherche ont servi de fil rouge pour rédiger ce mémoire. (**chapitre 2** « Méthodologie »)

Nous décrivons dans le **chapitre 3** « Mise en contexte » l'origine, les grandes caractéristiques de l'arbitrage international et la façon dont le recours aux Tribunaux d'arbitrage privé a évolué depuis les années 1980. Nous verrons les principales bases juridiques des procédures d'arbitrages, les grandes enceintes institutionnelles habilitées à encadrer le règlement de ces litiges et les différentes issues possibles.

Dans le **chapitre 4** « Litiges nord-américains », nous aborderons des litiges portant sur une mesure environnementale adoptée par le Mexique (2), le Canada (2) et les Etats-Unis (1) et qui a été contestée par des investisseurs étrangers. Nous analyserons le raisonnement suivi par le tribunal d'arbitrage et mettront en perspective la sentence arbitrale.

Le **chapitre 5** « Litiges européens » nous plongera au cœur de trois litiges portant aussi sur une mesure environnementale adoptée par des États membres de l'UE. À nouveau, nous tenterons de décrypter les arguments avancés par les deux parties (investisseurs et États) et l'interprétation qu'en a retenu le Tribunal arbitrale chargé de régler ces différends.

Dans le **chapitre 6**, nous passerons brièvement en revue quelques critiques plus classiques des mécanismes RDIE dans leur ensemble qui ont progressivement mené à une crise de légitimité de cet outil et différentes propositions de réformes, notamment dans le cadre du CETA.

Les « conclusions générales » de ce mémoire sont consignées dans le **chapitre 7**.

## 2. Méthodologie

## • La question de départ et les questions de recherche secondaires

Tel que suggéré dans le titre de ce mémoire, la question de départ posée peut être formulée comme suit :

Dans quelle mesure le recours aux tribunaux d'arbitrage privé peut-il être considéré comme une menace ou une opportunité pour les mesures environnementales en Amérique du Nord et en Europe?

Autrement dit, en fonction de la région considérée (Amérique du Nord ou Union européenne) et de la période considérée (1990-2000, 2000-2010, 2010-2015), les investisseurs ont-ils plutôt tendance à 'attaquer' (lire 'initier une procédure de RDIE') une mesure qui vise la protection environnementale ou une mesure défavorable à l'environnement ?

Cette question de départ amène en fait différentes **questions de recherche secondaires** auxquelles nous tenterons d'apporter des éléments de réponse au fil de notre à notre analyse :

- A. À quelles conditions une mesure environnementale peut-elle ou doit-elle être considérée comme nonconforme aux obligations des États en vertu des Accords Internationaux d'Investissements (AII) qu'ils ont signés ?
- B. Les tribunaux arbitraux disposent-ils d'une marge de manœuvre plus ou moins large pour interpréter et caractériser les mesures environnementales contestées par les investisseurs? Les sentences arbitrales qu'ils prononcent sont-elles cohérentes entre elles et au fil du temps?
- C. Peut-on constater une différence au niveau du raisonnement suivi par les tribunaux arbitraux (et au niveau du verdict prononcé par ceux-ci) lors du règlement d'un litige portant sur une mesure environnementale adoptée par un État européen ou par un État nord-américain?
- D. Remarque-t-on une différence concernant le type de mesure environnementale contestée par les investisseurs selon la période considérée ?
- E. Dans quelle mesure les sentences arbitrales concernant les réglementations environnementales contestées ont-elles plutôt été rendues en faveur des États ou des investisseurs ?
- F. Peut-on constater une amélioration de la publicité des procédures et de la documentation officielle des litiges portant sur des mesures environnementales?

Enfin, en lien avec l'important débat de société dont il est question dans l'introduction : dans quelle mesure la réforme de la clause RDIE du CETA (création d'un « I.C.S. »<sup>5</sup>) offre davantage de garantie pour que les mesures environnementales soient moins attaquées par les investisseurs à l'avenir? Ce nouvel ICS est-il susceptible de rendre des procédures et sentences arbitrales plus cohérentes et moins subjectives que dans les procédures RDIE 'classiques'?

Les éléments de réponse apportés à cette question de départ et aux questions de recherche secondaires dans les chapitres 4, 5 et 6 devraient nous permettre de comprendre en somme <u>comment mieux concilier droit de</u> <u>l'environnement et droit international des investisseurs.</u>

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> « I.C.S. » pour « Investment Court System » ou « Système juridictionnel des investissements » (SJI) en français.

## • Définition d'une « mesure environnementale »

Comment délimiter et caractériser une « mesure environnementale » ?

Dans le cadre de ce mémoire, en dépit d'une définition type proposée dans les glossaires de l'OCDE ou du PNUE, nous définissons nous-même ce terme par :

une mesure adoptée par un pouvoir public dans le but de protéger, préserver, restaurer l'environnement au sens large

## → Cette définition appelle plusieurs précisions :

'Mesure': Décision administrative, Loi, Décret, Arrêté, Ordonnance, Directive, Règlement, Convention; En somme, tout acte administratif et législatif, toute mesure réglementaire adoptée par un pouvoir publique, quel que soit ce niveau de pouvoir, et qui peut être contestée par un investisseur étranger pour autant que l'État qui a adopté la mesure relève l'autorité en question soit signataire d'un Accord International d'Investissement (AII) qui a également été signé par l'État dont l'investisseur est originaire.

- **L'environnement au sens large'** : ce vocable est donc à comprendre dans son sens le plus extensif. Cela inclut donc des mesures qui viseraient à lutter contre :
- les causes et effets des changements climatiques au sens large (les émissions de gaz à effet de serre, le réchauffement de l'atmosphère, la fonte des glaciers, ...)
- la désertification et l'acidification des océans, l'érosion de la biodiversité
- la détérioration/ appauvrissement/ imperméabilisation des sols + érosion des berges
- la pollution et l'assèchement des zones humides et la contamination/épuisement des nappes phréatiques
- les phénomènes météorologiques extrêmes (inondations, ouragans, cyclones, tsunamis)
- les accidents nucléaires, les contaminations génétiques incontrôlées, les pollutions sonores et hertziennes,

Cette définition est volontairement très large et la liste d'exemples n'est pas exhaustive. Mais dans les études de cas rencontrées dans ce travail, nous verrons que les mesures contestées concernent souvent l'octroi d'un permis, d'une licence (cfr infra).

### • Présentation de la démarche scientifique, des sources et des bases de données consultées

Cette étude a commencé par une recherche bibliographique à partir du moteur de recherche des bibliothèques de l'ULB (Cible+) pour trouver des articles et monographies pertinentes en rapport avec les différents volets de mon mémoire. Cette recherche a surtout permis de rassembler des ouvrages (monographies et articles) concernant l'évolution des pratiques et les caractéristiques de l'arbitrage international en général (particulièrement utiles pour le chapitre 3, 4 et 5). Mais ces recherches ne m'ont pas vraiment permis d'identifier directement les articles abordant cette thématique tout en tenant compte la dimension environnementale du sujet. Cependant cette recherche m'a mis sur la piste précieuse de la thèse de doctorat de Sabrina-Robert Cuendet publiée en 2010. Les travaux de cette auteure se sont révélés être une mine d'or pour mon étude. Après l'avoir fait venir de la Katholiek Universiteit Leuven (via prêt inter-bibliothèque), j'ai

pu me plonger dans la structure de son ouvrage, dans sa riche bibliographie et dans les nombreux passages pertinents pour mon analyse. Cette thèse de doctorat propose une analyse juridique méthodique et assez poussée de la doctrine et de la « jurisprudence en devenir » des sentences arbitrales prononcées entre 1985 et 2009. J'ai surtout pu mettre à profit ses travaux pour développer les études de cas du **chapitre 4** (concernant les 3 États d'Amérique du Nord). Le piège à éviter était de ne pas limiter mon étude à un résumé de ses travaux mais d'aller au-delà de ses constats, mettre ses observations en perspective, et voir dans quelle mesure ses conclusions sont confirmées par d'autres auteurs et applicables à l'issue des litiges survenus ultérieurement à sa thèse (à partir de 2009), et qui concernent surtout des États européens.

Son analyse doctorale ayant pris fin en 2009, il m'a nécessairement fallu poursuivre les recherches bibliographiques pour trouver des références plus récentes pour couvrir les études de cas du <u>chapitre 5</u> (Vattenfall : 2009 et Charanne & Construction Investments : 2012). Mais à partir de ce moment – où j'ai pu bénéficier de la bibliographie de Sabrina Robert-Cuendet – ma démarche a été facilitée dans le sens où – grâce à cet ouvrage - j'ai déjà pu découvrir les périodiques, les instituts de recherche et les auteurs spécialisés dans l'analyse de l'arbitrage international sous l'angle d'approche de la protection de l'environnement.

Enfin, un mot doit est dit quant au recours relativement important à la **littérature grise** dans le cadre de ce mémoire. Par littérature grise, nous entendons les rapports d'institutions internationales (CIRDI, OCDE, CNUCED,...), certains essais (ouvrage de réflexion) et les dossiers de vulgarisation/sensibilisation réalisés par des organisations spécialisées dans le plaidoyer qui ne sont pas des instituts de recherche scientifique (Exemple : publications de l'ONG environnementale « Friends of the Earth – Europe » ou du « Corporate Europe Observatory » (CEO)). Ces documents n'ont donc pas toujours une haute valeur scientifique en tant que telle et adopte souvent un parti pris, une position militante qu'ils assument et s'attachent néanmoins à objectiver. À plusieurs reprises, il nous a semblé pertinent d'utiliser les informations issues de ce type de documents quand celles-ci nous semblaient fiables et après qu'elles aient été recoupées par d'autres articles publiés dans des revues scientifiques ou de la documentation officielle.

Cela étant dit, la frontière entre un centre de recherche et une organisation de défense de l'environnement est parfois floue : dans quelle catégorie classer les publications de l' « *International Institute for Sustainable Development* ». La grande rigueur juridique de leurs articles et analyses de fond en font-ils pour autant un acteur comparable à un institut de recherche universitaire malgré les postures pro-environnementales évidentes qu'ils défendent ? La question reste posée mais pour l'heure, nous nous sommes permis de faire usage des publications de ce type d'acteur tant que la méthode de recherche, le référencement des sources et la qualité de l'argumentation nous ont semblé fiables.

Concernant les bases de données consultées, nous avons eu recours à trois bases de données:

- base de données « Italaw »<sup>6</sup> : www.italaw.com
- base de données du CIRDI : https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/searchcases.aspx
- base de données du TCE : http://www.menachambers.com/wp-content/uploads/2016/01/Database-ECT-Disputes.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> « Italaw » signifie « International Trade Arbitration Law » et est une des banques de données les plus fournies qui regroupe la documentation officielle pour les différends entre investisseurs et États que les parties ont accepté de rendre publique. Il s'agit par exemple de : Notice of Intent to initiate an Arbitration ; Request of Arbitration ; Award on Jurisdiction ; Provisional Award on merits ; Final Award, ...

Pourquoi avons-nous eu recours à ces bases de données? Simplement pour trier et sélectionner les litiges susceptibles de nous intéresser (cfr les 5 critères du point 2.4) et pour accéder à la documentation officielle relative aux litiges que nous avons *in fine* choisis d'analyser.

Précisions par ailleurs que le site internet « <u>Investment Arbitration Reporter</u> »<sup>7</sup> propose non seulement une quantité impressionnante d'articles, études et analyses de fond de la plupart des sentences arbitrales prononcées suite à une procédure RDIE. Mais ce site propose aussi une rubrique « Environmental Disputes » dans son moteur de recherche, ce qui a facilité la recherche et la sélection de litiges pertinentes.

#### Justification des études de cas retenues

Les chapitres 4 et 5 présentent une dizaine d'études de cas de litiges qui ont opposé un investisseur à un État à propos de la conformité d'une mesure environnementale vis-à-vis des clauses de protection et de promotion des investissements stipulées dans un Accord International d'Investissement (AII).

Cette sélection de litige n'a pas été le fruit du hasard en ce sens qu'elle a été opérée sur base de 5 critères:

- A. <u>le litige doit concerner une mesure environnementale</u>, c'est-à-dire l'adoption ou la modification d'une 'réglementation qui vise à protéger l'environnement au sens large' : cfr supra, point 2.2 qui précise ce que nous entendons dans le cadre de ce mémoire par une « mesure proenvironnementale »
- B. <u>le litige doit avoir pris fin et présenté un enjeu financier significatif</u>, c-à-d avoir été conclu soit via une sentence arbitrale finale ; soit via un arrangement à l'amiable (*settlement*).
  - En d'autres termes, les litiges s'étant soldés par une annulation de la procédure (en raison du nonpayement anticipé des frais de procédures ou en raison d'inactivité du plaignant (investisseur) ont été écartés.
  - Concernant la taille de l'enjeu financier, nous entendons par là que la somme des indemnités réclamées par l'investisseur et celle imposée dans la sentence arbitrale doit au minimum être de l'ordre de plusieurs millions (€ ou \$).
- C. le litige doit avoir fait l'objet d'une documentation qui a été rendue publique : les documents officiels doivent être accessibles. En effet, un litige ayant pris fin mais dont le contenu du verdict n'est pas public ne serait pas d'utilité pour appréhender le raisonnement suivi par le Tribunal dans son verdict. Or, nous verrons que la non-publicité de la documentation des litiges est un problème récurrent.
- D. <u>Le litige doit avoir été rendu en faveur de l'investisseur</u>, via un *final award* condamnant l'État à verser une indemnité à l'investisseur ; ou via un *settlement* dont les différentes dispositions indiquent que l'État renonce à sa législation ; et/ou il s'engage à verser des indemnités à l'investisseur qui s'est dit lésé. Nous avons retenu ce critère pour illustrer le fait que les États ne peuvent adopter n'importe quelle mesure dans le but de protéger l'environnement.
- E. <u>Le litige doit avoir opposé des investisseurs à des États européens ou nord-américains</u>, afin d'observer s'il y a des différences significatives entre les raisonnements suivis par les Tribunaux

10

Notons que ce site internet n'est pas une revue scientifique en tant que telle mais propose plutôt un service d'analyse juridique de références - selon la CNUDCI - qui propose des « news and analysis » fiables et de qualité. L'accès à ces articles est d'ailleurs payant.

arbitraux statuant sur le sort d'États nord-américains (Mexique, États-Unis, Canada) et les Tribunaux statuant sur les réglementations d'États européens.

Ces critères ont été retenus de manière à essayer de rassembler un corpus d'arbitrages cohérent permettant une analyse des verdicts, des arguments avancés par les investisseurs, les raisonnements suivis par les Tribunaux pour démontrer la (non-)conformité de la mesure au regard des obligations des États signataires d'un AII. Le but étant in fine de tenter de comprendre à quelles conditions et dans quelles circonstances une réglementation environnementale a pu être assimilée à une expropriation indirecte.

Si à première vue ces 5 critères semblent triviaux, il n'a pas été aisé de trouver des litiges répondant à l'ensemble de ces critères, surtout pour ceux qui concernent des États européens à vrai dire. La difficulté majeure provient du fait qu'en général, les bases de données des grandes enceintes chargées d'encadrer le règlement de ces litiges ne mentionnent que le **secteur** dont relève le litige. Mais un litige qui concerne un *secteur* dont l'impact sur l'environnement est avéré (ex : production d'énergie, exploitation de pétrole/ gaz, construction d'autoroute/aéroport) ne veut hélas pas dire que la mesure contestée avait pour objectif de défendre l'environnement. C'est une lacune importante des deux principales bases de données consultées (CIRDI et Italaw).

Le <u>critère A</u> est la raison pour laquelle nous avons choisi d'écarter le litige « Saar Papier Vertriebs GmbH c. Pologne » (1994) » classée pourtant par l'ONG 'Friends of the Earth – Europe' (FoEE) dans la catégorie des « litige portant sur une mesure environnementale'. En effet, quand on lit le résumé du litige, on s'aperçoit que le différend porte en fait sur l'adoption d'une loi (par les Autorités environnementales polonaises) qui vise à interdire l'importation de vieux papier (*shredded office paper, makulatura*) car ils sont d'office considérés par les autorités comme des déchets inutiles et donc polluants. Or Saar Papier (entreprise allemande) comptait l'importer en Pologne justement pour le recycler pour en faire des rouleaux de papier toilettes, des mouchoirs en papier et autres torchons en papier recyclés suite à un traitement respectueux de l'environnement selon Saar Papier. Mais les autorités polonaises se sont limitées à dire que l'importation de 'déchets papiers' et leur traitement auraient nécessairement un impact négatif sur leur environnement et devaient être interdits<sup>8</sup>. Ce qui est un peu court comme argument de la part de FoEE selon nous pour que cette loi soit considérée comme une « vraie mesure environnementale ».

Le <u>critère B</u> est la raison pour laquelle il a finalement été choisi de ne pas traiter l'affaire Vattenfall c. Allemagne n°2 (2012) mais uniquement l'affaire n°1 (2009). Ce procès concerne la décision démocratique du gouvernement allemand de sortir de l'énergie nucléaire entre autre suite aux incidents de la centrale de Fukushima (Japon). Bien que cette affaire ait commencé en 2012, elle est toujours en cours. Vu les enjeux politiques et financiers colossaux de cette affaire (4,67 milliards € d'indemnités demandés par Vattenfall), il aurait été passionnant de passer au crible les arguments de chacune des parties pour étayer ou invalider la thèse (de Vattenfall) selon laquelle la sortie du nucléaire de l'Allemagne doit être considérée comme une expropriation indirecte devant donner lieu à une indemnisation en bonne et due forme.

C'est aussi le <u>critère B</u> qui nous a amené à retenir le litige « Charanne & Construction Investments c. Espagne » pour l'analyse de la 7<sup>ème</sup> étude de cas bien qu'il ait été rendu en faveur de l'État car, même si l'Espagne doit faire face à une vingtaine de demandes d'arbitrage suite à l'arrêt de sa politique de soutien au

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Peterson Luke Eric, "Early investment arbitrations against "improper" use of environmental laws uncovered", International Institute for Sustainable Development, in *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, 05/01/2004.

secteur des panneaux solaires, à l'heure actuelle c'est un des deux seuls litiges pour lequel une sentence arbitrale définitive a été prononcée<sup>9</sup>.

Aussi, certains litiges qui ont été encadrés et administrés selon les règles d'arbitrage du CIRDI ont dû être écartés de notre étude car, dans la plupart des cas, la base de données du CIRDI ne donne pas un accès public à la documentation relative aux affaires qu'il a encadrées (<u>critère C</u>). Une affaire aussi intéressante, récente et pertinente soit-elle peut difficilement faire l'objet d'une analyse juridique si on ne peut prendre connaissance avec certitude des différentes étapes de l'arbitrage et de son issue finale.

Concernant les références bibliographiques, lorsque le titre d'un article ou d'un ouvrage est en bleu, cela signifie que cette référence est disponible et consultable publiquement sur internet. Il s'agit d'un lien hypertexte (ou adresse URL). Tous les hyperliens et adresses URL mentionnés dans ce mémoire ont été vérifié juste avant la remise de ce mémoire, fin mai 2017.

Précisons aussi d'emblée qu'en fin de bibliographie se trouve une liste des litiges analysés ou simplement commentés et mentionnés dans ce mémoire. Cette deuxième partie de la bibliographie fait mention des litiges concernés en indiquant la référence du litige qui commence toujours par le nom de l'/des investisseur(s) concerné(s).

## • Le caractère interdisciplinaire de cette recherche

Le sujet de ce mémoire et la manière dont il est abordé est de nature interdisciplinaire car ce sujet se situe au croisement de différentes disciplines des sciences humaines. Il s'agit d'une étude qui relève à la fois du droit de l'environnement, du droit de l'investissement international et des sciences politiques.

La dimension juridique de ce travail est certainement la plus prégnante mais, à mon sens, le choix de ce sujet n'a été possible que grâce à mon background académique, mes expériences professionnelles et mon intérêt personnel pour les 'relations internationales' au sens large et les questions commerciales en particulier.

Par ailleurs, nous estimons que la réalisation de ce mémoire a nécessité un travail qui s'apparente sous certains aspects à celui d'un historien. En effet, le propre de la démarche scientifique historique est se plonger dans des archives officielles, de compulser des sources primaires parfois touffues, sans toujours trouver ce que l'on recherche. Nous n'avons pas la prétention d'avoir réalisé un vrai travail d'historien, mais en décortiquant de nombreux document des années 1990, tapés à la machine à écrire et mal scannés, une analogie entre les deux démarches peut valablement être établie.

Aussi, on verra que le regard des sciences politiques sur certains aspects de cette problématique offre une réelle plus-value (exemple : le « *chilling effect* » cfr infra).

Concernant les thématiques et institutions dont j'ai appris le rôle, le fonctionnement ou vis-à-vis desquelles j'ai eu concrètement l'occasion de me familiariser durant mon parcours académique, je pense e.a. aux :

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Le deuxième litige ayant opposé un investisseur à l'Espagne suite à l'arrêt de sa politique de soutien au secteur photovoltaïque (PV) et qui vient tout juste d'être tranché est "Eiser Infrastructure Limited & Energía Solar Luxembourg S.A.R.L. v. Kingdom of Spain" (2013). Nous n'avons pas retenu ce litige pour notre analyse car cette sentence n'a été prononcée que très récemment (le 4 mai 2017).

- rôles des différentes Agences Nations Unies (CNUDCI, CNUCED), du CIRDI de la Banque mondiale et de l'OCDE dans la collecte, l'analyse des sentences arbitrales; l'élaboration et l'évolution des règles d'arbitrage des litiges liés aux investissements internationaux.
- rôles des différentes institutions européennes à propos du processus de révision du mécanisme RDIE du CETA : Commission, Parlement, Conseil européens et Conseil de l'UE + DG Trade.
- Différentes législations européennes : la différence entre une Directive et un Règlement européen : Directives Habitat, Directive-Cadre sur la qualité de l'eau (Vattenfall) Règlement REACH
- à la hiérarchie des traités internationaux (Convention de Vienne sur le droit des traités). Cfr la question délicate de primauté de la Convention de Bâle sur l'ALENA (litige « S.D. Myers)

Il s'agit d'un réel bagage et d'un ensemble de thématiques spécifiques qui relèvent du droit et des sciences politiques auxquelles j'ai pu me familiariser durant mes études en Sciences politiques à l'UCL (orientation Relations internationales) et durant mon Master en Gestion de l'environnement à l'IGEAT.

Cela étant dit, il va de soi que le cours qui m'a apporté le plus de compétences et d'outils techniques pour aborder ce sujet en confiance et pour en saisir les enjeux scientifiques est le cours de « **Droit de l'environnement** » du Pr. Delphine Misonne (« ENVI-F510 ») qui est assez logiquement la Directrice de ce mémoire.

L'approche de ce mémoire se veut interdisciplinaire également car elle fait appel aux notions fondamentales d'analyse d'impact environnementales (AIE) et d'études d'incidence environnementales qui sont entre autres présentées lors des cours « Analyse et gestion des impacts environnementaux », « Evaluations environnementales » et « Politique de l'environnement ». Ces cours-ci m'ont donné des clés d'analyse particulièrement pertinentes pour aborder l'analyse des études de cas de ce mémoire car ces cours – chacun à leur manière – m'ont familiarisé avec et permis de comprendre les principes de base et caractéristiques propres aux outils classiques de l'évaluation d'impact environnementale (au sens large) que sont les 'Etudes d'impact environnemental' (EIE, portant sur des projets), les 'Evaluations environnementales stratégiques' (EES, portant sur des politiques, des plans, et des programmes) et les « Analyses d'impact » intégrant une dimension sociale et environnementale. Dans plus de la moitié des études de cas passées en revue dans ce travail de recherche, le litige entre investisseurs et État concerne une demande de permis divers (cfr infra) qui nécessitent la réalisation d'une analyse d'impact environnementale (AIE) ou une évaluation/étude de nature comparable. Dans les études de cas présentées, le litige survient souvent en raison du refus des autorités d'octroyer le permis demandé pour des raisons parfois valables, parfois critiquables.

A titre d'exemple, en fonction du litige, nous aurons à faire à une demande de permis de construire une décharge (Tecmed c. Mexique), une demande de licence d'exploitation d'un centre d'enfouissement technique (Metalclad c. Mexique), un permis environnemental pour la construction d'une usine de production de produits chimiques en Galice (Maffezini c. Espagne), un permis d'utilisation des eaux et un permis de contrôle des émissions pour la centrale électrique à charbon de Moorburg (Vattenfall c. Allemagne), etc.

Ce mémoire vise aussi à décrypter des phénomènes dont les 'mécaniques' peuvent être couvertes et traitées par les sciences politiques avec une réelle plus-value. On pense notamment à l'effet de 'gel réglementaire' (chilling effect) résultant des demandes d'arbitrage. A ce propos, Kyla Tienhaara résume bien la valeur ajoutée des sciences politiques pour analyser ce genre de phénomène qui, comme on le verra plus tard dans les études de cas, ont indéniablement un impact sur la propension des États à réglementer :

"For reasons that will be laid out in this chapter, investigating regulatory chill requires methods and approaches more familiar to political scientists than to lawyers."10

## La contribution de mon parcours académique et professionnel

Les premiers chapitres qui dressent le contexte global et l'évolution de la pratique de l'arbitrage international relatif aux investissements s'appuient nécessairement sur des solides prérequis en Politique internationale. Le choix de ce sujet n'a pu se faire que grâce à une connaissance approfondie de certains aspects des systèmes économiques et commerciaux mondiaux que j'ai eu l'opportunité d'acquérir via ma formation de base en Sciences politiques à l'Université Catholique de Louvain<sup>11</sup> et via ma spécialisation à l'Université de Gand<sup>12</sup> en Conflit et Développement (cfr note de bas de page 11et 12 pour le titre de ces deux mémoires).

Il importe aussi de préciser que les neufs années passées au Département de la Coopération belge au développement 13 m'ont permis de me familiariser encore davantage avec cette thématique qui a indéniablement des répercussions sur les pays en développement bien que cet aspect ne soit absolument pas abordé dans cette recherche.

N'étant pas juriste de formation, il va de soi que l'analyse des aspects juridiques de ce sujet est moins poussée que l'analyse des concepts et mécanismes qui sont plus classiquement étudiés par la Science politique. J'estime néanmoins être réellement sorti de ma 'zone de confort' académique et professionnelle et avoir pris un certain risque.

et Coopération au développement, où j'ai d'abord passé cinq années à la Coopération Multilatérale (ex-D4), service Nations Unies et Institutions de Bretton Woods ; puis quatre années à la Coopération non-gouvernementale (D3).

<sup>10</sup> Tienhaara Kyla, « Regulatory chill and the threat of arbitration. A view form political science », in "Evolution in Investment Treaty Law And Arbitration", Chester Brown, Kate Miles, eds., Cambridge University Press, 2011, 28 pages.

Licence en Sciences politiques – option Relations Internationales à l'UCL (de 2001 à 2005). Titre de mon mémoire de Licence : « Analyse critique des politiques de développement préconisées par les institutions financières internationales (FMI et Banque mondiale) de la fin des années 1980 à nos jours ».

12 'Master-na-Master in conflict en ontwikkeling' à l'Université de Gand de 2005 à 2007. Titre de mon mémoire de Master:

<sup>«</sup> De armoedebestrijdingsinstrumenten in Ghana. Analyse van het opstellingsproces van Ghana's poverty reduction strategy paper ». 13 la Direction Générale Développement (DGD), une des sept Directions générales du S.P.F. Affaires étrangères, Commerce extérieur

### 3 Mise en contexte : Origine, fonctionnement et cadre juridique des mécanismes RDIE

Ce chapitre doit permettre de cerner la complexité de l'objet de recherche et donner les clefs de compréhension des concepts de base de la problématique étudiée. De quoi parle-t-on? Quelles sont les dynamiques en cours? Et en quoi consiste le cadre juridique général du sujet d'étude?

L'objectif n'est évidemment pas d'aller dans les détails de chaque dispositif mais d'en présenter les aspects saillants dans les grandes lignes. Il convient d'en cerner les principes fondamentaux afin de saisir la logique suivie dans l'analyse des études de cas et des chapitres suivants relatifs aux critiques des mécanismes RDIE et des évolutions proposées de ce mécanisme.

Dans la mesure du possible, nous renverrons régulièrement à des articles et ouvrages plus pointus pour approfondir l'étude des éléments fondamentaux de contextualisation présentés brièvement dans ce chapitre.

## 3.1 Origine historique de l'arbitrage international

Initialement, les investisseurs étrangers se disant expropriés ou lésés par une loi/ mesure adoptée par un État tiers ne pouvaient pas introduire une demande d'arbitrage auprès d'une instance neutre chargée de régler un litige de manière impartiale. Ils devaient solliciter leur ambassade dans le pays en question pour leur demander de pouvoir bénéficier d'une protection diplomatique. S'engageaient alors des tractations (parfois très politiques et laborieuses) entre représentants diplomatiques des deux pays dont l'issue était extrêmement incertaine et tributaire de marchandages opaques. Bien vite, ce système a montré ses limites et les États ont adopté une série de traités internationaux pour mettre en place progressivement des mécanismes de règlement de différends contraignants entre investisseurs et État.

En résumé, le droit international des investissements étrangers résulte des 6 grands traités ou conventions internationales suivants<sup>14</sup>:

[1.18] The most important 'landmarks' are:

- the Geneva Protocol of 1923 (the '1923 Geneva Protocol');
- the Geneva Convention of 1927 (the '1927 Geneva Convention');
- the New York Convention of 1958 (the 'New York Convention');
- the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention of 1965 (the 'ICSID Convention');
- the UNCITRAL Arbitration Rules (the 'UNCITRAL Rules'), adopted in 1976 and revised in 2010;
- the UNCITRAL Model Law (the 'Model Law'), adopted in 1985;
- revisions to the Model Law (the 'Revised Model Law'), adopted in 2006.  $^{20}$

L'annexe 1 présente le contenu dans les grandes lignes des 6 traités ou conventions repris ci-dessus et décrit comment progressivement les investisseurs se voient octroyer de plus en plus de droits et garanties sous l'impulsion des États occidentaux en vue de sécuriser leurs investissements et garantir un règlement impartial d'un litige.

Tel qu'on le verra au point 3.4, la Convention du « CIRDI »<sup>15</sup> repris en 4<sup>ème</sup> ligne de la liste ci-dessus est aujourd'hui le forum le plus important pour encadrer les litiges entre investisseurs étrangers et Etats. Par

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Redfern A., Hunter M., "Redfern and Hunter on International Arbitration", 5th Edition, London: Sweet & Maxwell, avril 2016, p.

<sup>6.

15 «</sup> CIRDI » en français pour « Convention Internationale pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements » ou « ICSID » en anglais pour « International Convention for Settlement of Investment Disputes".

ailleurs, la plupart des TBI attribue au Secrétaire général du CIRDI la prérogative de désigner l'Arbitre-Président (*Presiding Arbitrator*) d'un tribunal arbitral lorsque les deux parties (État et Investisseur) ne parviennent pas à se mettre d'accord<sup>16</sup>.

Pour approfondir ce sous-chapitre, le livre de Redfern A. et Hunter M., intitulé « Law and practice of International Commercial Arbitration » <sup>17</sup> est une référence à privilégier.

Mais quels motifs ont encouragé les États à négocier et adopter ces traités? Quels États en ont été les chevilles ouvrières? Selon Robert-Cuendet, ce sont surtout les États occidentaux (européens et nord-américains) qui ont été à la manœuvre entre autre pour enrayer les vagues de nationalisations (lire 'expropriations non compensées') d'entreprises occidentales par le régime bolchévique, les autorités mexicaines dans les années 1950 et par les autorités libyennes dans les années 1960 pour ne citer que quelques exemples<sup>18</sup>.

Selon E. Smythe, au delà de l'explication de l'implosion de l'Union soviétique, ce phénomène s'explique aussi - en résumé - par la réduction de l'aide publique au développement de la part des pays occidentaux couplée à une pression accrue de leur part sur les pays en développement pour attirer les investisseurs occidentaux sur leur territoires de manière à galvaniser leur développement socio-économique et la croissance intérieure du PIB<sup>19</sup>. Aussi, selon Higgot, les années 1990 ont été le théâtre de l'avènement de l'idéologie néo-libérale dans de nombreux pays ce qui a mené à la privatisation des entreprises publiques et à la libéralisation de l'emprise étatique sur les investissements étrangers<sup>20</sup>. Dans un ouvrage remarquable, A. Anghie décrit fort bien comment les intérêts hégémoniques des États occidentaux ont dominé l'élaboration du droit international des investissements étrangers<sup>21</sup>.

## 3.2 Les instruments juridiques invoqués pour initier une procédure RDIE

Les Accords Internationaux d'Investissement (AII) sont la source principale du droit international de l'investissement qui permet aux investissements étrangers d'initier une procédure RDIE. L'appellation générique des instruments juridiques qui servent de base légale aux demandes d'arbitrage varient considérablement. En 2010, Sabrina Robert-Cuendet parle surtout de « APPI » pour « Accords de promotion et de protection de l'investissement » et la CNUCED et le CIRDI parle de « IIAs » pour « International Investment Agreements ».

De manière générale, tous les instruments juridiques invoqués pour initier une procédure RDIE contiennent plusieurs clauses relatives à l'interdiction de l'expropriation. Les formulations peuvent être différentes d'un instrument à l'autre mais chaque clause contient en substance les mêmes règles : les investissements étrangers ne peuvent être expropriés par des mesures d'expropriation directe ou indirecte ou par toute autre mesure équivalente, ou ayant un effet équivalent à l'expropriation ou par toute autre mesure de

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Gus Van Harten, 2005, op. cit., p. 605.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Redfern A., Hunter M., "Redfern and Hunter on International Arbitration", 5th Edition, London: Sweet & Maxwell, avril 2016. Voir « Introduction » sous-chapitre (b) « A Brief Historical Review ».

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Voir Robert-Cuendet Sabrina, 2010, op. cit. p. 20.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Voir Smythe E., « State Authorityand Investment Security », in Higgot et al, « Non-State Actors and Authority in the Global System », London: Routledge, 2000, in Van Harten Gus, op. cit., 2005, p. 609.

<sup>20</sup> Higgot R. A. et al., « Globalisation and Non-State Actors and Authority in the Global System », London: Routledge, 2000,

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Higgot R. A. et al., « Globalisation and Non-State Actors and Authority in the Global System », London: Routledge, 2000, in Higgot R. A., « Non-State Actors and Authority in the Global System », London: Routledge, 2000.

Anghie A., « Imperialism, Sovereignty and the making of International Law », Cambridge University Press, 2005.

dépossession, sauf dans un but d'intérêt général, de manière non-discriminatoire et moyennant le versement d'une indemnisation<sup>22</sup>.

Dans le cadre de cette étude, nous distinguons trois types d'instruments juridiques qui sont les plus utilisés pour introduire une demande d'arbitrage<sup>23</sup>. Les deux premiers sont :

- <u>Le traité bilatéral d'investissement (TBI)</u>: il s'agit d'un traité signé entre deux États (A et B) qui a pour but principal de garantir la promotion et la protection des investissements des entrepreneurs ressortissants de l'État A sur le sol de l'État B; et inversement, garantir la promotion et la protection des investissements des entrepreneurs ressortissants de l'État B sur le sol de l'État A. Comme on le verra plus bas, il existe à l'heure actuelle plus de 3.100 TBI qui comprennent des clauses de protection des investissements et des mécanismes RDIE<sup>24</sup>.
- L'accord de libre-échange (ALE): il s'agit d'un accord commercial qui vise à libéraliser les règles de commerce entre deux États en abaissant les droits de douane et les barrières tarifaires initialement instaurées pour protéger le marché intérieur des États concernés. L'objectif est de lever progressivement ce qu'on appelle les mesures protectionnistes considérées comme des entraves au commerce et au libre-échange afin d'accroître en principe les gains de productivités. NB: Un ALE peut être bilatéral (entre deux États) ou multilatéral (entre plusieurs États).

Historiquement, l'ALE le plus souvent invoqué par des investisseurs pour introduire une procédure d'arbitrage est l'ALENA: Accord de Libre-échange Nord-Américain qui regroupe trois États; les États-Unis, la Canada et le Mexique, en vigueur depuis en 1994. C'est au chapitre 11 de cet ALE que se trouvent les clauses et dispositions qui nous intéressent.

Ray Jones propose une analyse critique extrêmement pertinente et nuancée du mécanisme RDIE stipulé au chapitre 11 de l'ALENA dans un article intitulé « NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Resolution : A shield to be embraced or a sword to be feared »<sup>25</sup>.

Malgré cette différence conceptuelle et sémantique, on peut constater une certaine similarité et homogénéité dans la structure et même dans la substance de ces deux types d'instruments. Cette constatation est d'autant plus flagrante dans les accords de libre-échange dits de « deuxième génération ». Ceux-ci, en plus de la libéralisation du commerce des biens et services, concernent désormais également la libéralisation des capitaux et investissements tout en fournissant des gages solides de protection des investissements. C'est pourquoi la Commission européenne – qui a la compétence exclusive de la négociation et l'adoption des accords commerciaux au nom de l'Union européenne – qualifie désormais ces nouveaux ALE de « traités mixtes ». Vu qu'ils ne concernent pas uniquement les barrières tarifaires, droits de douanes à libéraliser mais également les compétences des États membres (normes sociales et environnementales), ces traités mixtes nécessitent l'accord des différents parlements nationaux pour être adoptés formellement ainsi que pour la

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Voir Robert-Cuendet, Sabrina, « Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: Contribution a l'analyse de l'expropriation indirecte », Martinus Nijhof Publishers, Coll. Etudes de Droit International, mai 2010, p. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Voir Sacerdoti G., « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », RCADI, 1997, tome 269.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Voir Vandevelde K. « The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty », in The American Journal of International Law, Vol. 92, No. 4 (Oct., 1998), pp. 621-641.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Voir Jones Ray C., « NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Resolution : A shield to be embraced or a sword to be feared? », in BYU Law Review, 2002, p. 527-559.

ratification préalable à son entrée en vigueur. Le concept de « Traités mixtes » renvoie donc à un ALE qui comprend dans son contenu des clauses importantes relatives à la promotion et la protection des investissements ce qui en fait un instrument de nature hybride entre le traité d'investissement stricto sensu et l'accord de libre-échange classique<sup>26</sup>.

En dehors de ces deux instruments standards, un troisième instrument est très régulièrement invoqué pour initier une procédure RDIE. Il s'agit du Traité sur la Charte de l'Energie (TCE). Il ne s'agit pas d'un ALE ni d'un TBI en tant que tel mais on pourrait le considérer comme un accord multilatéral d'investissement portant spécifiquement sur le marché international de l'énergie.

Ce traité a été signé en 1994 et est entré en vigueur en 1998. A l'heure actuelle, ce traité a été signé par 52 États, par l'UE et par l'Euratom. Le TCE a pour mandat prioritaire de protéger les marchés de l'énergie et à favoriser les échanges commerciaux relatifs à l'énergie<sup>27</sup>. Grace à certaines dispositions similaires voir identiques à celles des TBI et ALE mentionnés plus haut, le TCE donne également d'importantes garanties et prérogatives aux investisseurs pour leur permettre de faire valoir leurs droits lorsqu'ils se sentent lésés par une expropriation indirecte non-compensée et donc en principe illicite.

Tel qu'indiqué sur la page d'accueil de son site internet, le TCE se focalise sur 4 priorités <sup>28</sup>:

- A. La protection des investissements étrangers basée sur l'extension du traitement national, ou sur la clause de la nation la plus favorisée (CNPF) et la protection contre les risques non-commerciaux majeurs.
- B. La garantie de conditions non-discriminatoires pour le commerce des infrastructures énergétiques, des produits énergétiques et des équipements liés au marché de l'énergie basés sur les règles de l'OMC, et sur des dispositions qui permettent d'assurer un flux de transit énergétique transfrontalier fiable via des pipelines, des réseaux et autres moyens de transport.
- C. La résolution des différends entre les États signataires et dans le cas d'investissements entre des investisseurs et les États hôtes de leurs investissements.
- D. La promotion de l'efficience énergétique et des moyens qui visent à réduire l'impact environnemental de la production énergétique

Mais contrairement à ce que son nom et son mandat pourraient suggérer, le TCE ressemble davantage à un traité international de protection des investissements qu'un traité qui vise à encourager les énergies renouvelables et à protéger l'environnement. En fait, seul l'article 19 (sur 50 articles) concerne timidement les « aspects environnementaux » (ECT, 1994, art. 19).

Le TCE est donc un des deux instruments les plus souvent invoqués par des investisseurs pour réclamer un indemnisation à un État qui aurait adopté une réglementation non-conforme à ses obligations internationales. Le graphique ci-dessous nous montre que sur l'ensemble des 93 litiges initiés auprès du CIRDI et qui a impliqué un État membre de l'EU, 42% de ces arbitrages ont été initiés en vertu de la clause de protection

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Signalons au passage que, suite à une importante controverse à ce propos, la Cour de Justice de l'UE a récemment confirmé la nature mixte du traité de libre-échange et d'investissement entre l'UE et Singapour dans un communiqué de presse du 16 mai 2017. Vu les similitudes de ce traité UE-Singapour avec le CETA, le CETA devrait aussi en toute logique être considéré comme un traité mixte.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Voir http://www.energycharter.org

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Voir http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/

des investissements du TCE. Le reste des litiges (58%) ont été intentés en vertu des clauses de protections des investissements repris dans différents TBI.



Source, CIRDI, 2016, p. 9.

Selon Nathalie Bernasconi, ce traité met un accent tout particulier sur la protection des investissements à laquelle est consacrée l'entièreté du chapitre III « *Investment Promotion & Protection* » (art. 10 à 17) et au règlement des différends qui fait l'objet du chapitre V « *Dispute Settlement* » (art. 26 à 28)<sup>29</sup>.

Ce traité multilatéral fournit aux investisseurs dans le secteur énergétique des garanties telles que :

- Pas de favoritisme en faveur d'investisseurs nationaux vis-à-vis d'investisseurs étrangers<sup>30</sup>;
- Pas de favoritisme en faveur de certains investisseurs étrangers vis-à-vis d'autres investisseurs étrangers<sup>31</sup>;
- un traitement juste et équitable<sup>32</sup>;
- une compensation en cas d'expropriation<sup>33</sup>;
- un mécanisme de règlement de différends entre investisseurs et État (RDIE, ou ISDS en anglais)

Mais le TCE ne possède pas son propre tribunal international et permet aux parties d'un litige d'initier un arbitrage selon les règles des Nations Unies (via la CNUDCI, cfr point 3.5.2), sous les auspices du CIRDI (point 3.5.1) ou via les règles d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (AISCC, cfr infra point 3.5.5).

Bien que ces éléments ne semblent pas démesurés a priori, l'ECT fournit donc bien une protection robuste aux investisseurs. En effet, selon Nathalie Bernasconi, le problème provient du fait que ces principes peuvent être interprétés de manière plus ou moins large, la marge de manœuvre des arbitres étant conséquente. Il serait donc impossible de prévoir comment les arbitres désignés ont l'intention d'interpréter ces principes et comment ils qualifieront les règles adoptées ou modifiées par un État signataire.

Plus généralement, que comprend le corps du texte de ces différents instruments pour permettre aux investisseurs d'initier une procédure RDIE ? A quelques nuances prêts, les dispositions les plus courantes de

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Voir Bernasconi Nathalie, "Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration", International Institute for Sustainable Development, juillet 2009, p. 2-3.

<sup>30 «</sup> L'État hôte d'un investissement ne peut traiter les investisseurs étrangers ressortissants d'un autre État signataire de l'ECT moins favorablement que ses propres investisseurs » (nationaux, ndr).
31 « L'État hôte d'un investissement ne peut traiter un investisseur étranger ressortissant d'un autre État signataire de l'ECT moins

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> «L'État hôte d'un investissement ne peut traiter un investisseur étranger ressortissant d'un autre État signataire de l'ECT moins favorablement que la façon dont il traite les investisseurs d'un autre État » (signataire de l'ECT, ndr).

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> « L'État hôte d'un investissement doit en tout temps traiter les investisseurs étrangers ressortissants d'un autre État signataire de l'ECT de manière juste et équitable ».

<sup>33 «</sup> L'État hôte d'un investissement doit compenser en cas d'expropriation »

ces Traités/ Accords destinées à protéger les investissements correspondent la plupart du temps à ces huit principes <sup>34</sup>:

- l'admission de l'investissement
- le traitement national (fait de traiter les investisseurs étrangers de la même façon que les investisseurs nationaux)
- le traitement de la nation la plus favorisée (fait de traiter tous les investisseurs étrangers de la même façon, sans en discriminer certains au profit d'autres)
- le traitement juste et équitable
- l'interdiction des mesures arbitraires et discriminatoires
- l'interdiction des expropriations directes et indirectes discriminatoires et non-indemnisées
- la pleine et entière protection des investissements (les « clauses substantielles »)
- le règlement des différends (les « clauses procédurales »)

Pour une présentation de la signification, des implications concrètes et des différentes possibilités d'interprétations de ces principes fondamentaux repris dans la quasi-totalité des AII, nous renvoyons le lecteur vers un rapport de l'Institut International du Développement Durable publié en 2004<sup>35</sup>.

Mais selon Bernard Kishoiyian, malgré cette harmonie relative et le fait que ces principes sont presque systématiquement présents dans les instruments précités, il est difficile de parler de « régime uniforme » du droit de l'investissement, tant les nuances sont nombreuses et parfois déterminantes dans la formulation des garanties accordées<sup>36</sup>. Chaque instrument aurait « sa propre identité » et relève d'une culture juridique particulière, ce qui rend parfois malaisé, selon l'auteur, la lisibilité du droit, d'autant plus que *l'interprétation* qui en est faite, au cas par cas, par les tribunaux arbitraux a une influence décisive sur la détermination de leur contenu.

#### 3.3 L'essor des demandes d'arbitrages : conséquence de l'augmentation des AII

Dans les années 1970, les traités bilatéraux d'investissements signés entre pays exportateurs de capitaux et pays importateurs de capitaux commencent à intégrer l'assentiment général des États aux Règles d'arbitrages du CIRDI. Dans les années 1980 et 1990, les Accords Internationaux d'Investissement (AII) – de plus en plus nombreux – comprenant ce système devient de plus en plus commun mais pas encore universel<sup>37</sup>. Mais à partir de la fin des années 1990, le système d'arbitrage du CIRDI devient la règle.

Comme l'illustre le graphe ci-dessous, on assiste en effet à une prolifération des Accords Internationaux d'Investissement (AII ou *IIAs* en anglais pour *International Investment Agreements*) qui vont, à leur tour, donner lieu à un essor sans précédent des litiges entre États et investisseurs étrangers. Nous revenons sur cet aspect au point 3.5.

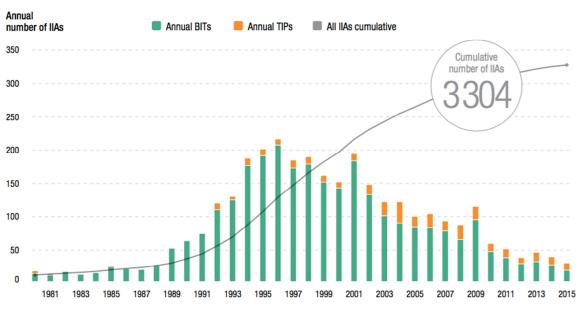
<sup>35</sup> Voir le chapitre 'Rights and obligations under IIAs' (p. 8 à 15), in Mann Howard, Von Moltke Konrad et al, « Investment and Sustainable Development. A guide to Use and Potential of International Investment Agreements », International Institute for Sustainable Development, 2004.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Voir in Robert-Cuendet S., 2010, p. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Voir Kishoiyian B., «The Utility of Bilateral Investment Treaties in the formulation of Customary International Law », in Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 14, Issue 2, Winter 1993, p. 327.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Voir Parra A. R., « ICSID and Bilateral Investments », 17 ICSID News, n° 7, 2000.





Source: @UNCTAD, IIA Navigator.

Note: For a list of IIAs as of end 2015 by economy, see the Report website (unctad/diae/wir).

Source: UNCTAD, « World Investment Report 2016 », Figure III.3, 2017, p. 101.

On observe que l'essor des AII a connu un climax entre le début des années 1990 – avec la fin de la Guerre froide en 1989 qui a dû avoir une certaine influence - et la fin des années 2000. A l'heure actuelle, selon la CNUCED, on recense **3.304** AII : 2.946 TBI et 358 « TIPs » <sup>38</sup>.

Ce graphe distingue les « BITs » et les « TIPs » (nettement minoritaires).

Alors qu'un « BIT » est un 'traité bilatéral d'investissement' (cfr supra, point 3.2), le « TIP » signifie « *Treaties with Investment Provisions* ». Conceptuellement, ils font partie de la 'famille' des AII mais se distinguent des TBI dans le sens où ils regroupent une série d'accords internationaux comprenant des clauses de promotion, protection des investissements autres que les TBI. Ils incluent les 'accords de libre-échange' (ALE, cfr supra point 3.2), les accords régionaux de commerce et d'investissements, les accords de partenariat économique, les accords de coopération, les accords d'associations, les *economic complementation agreements*, les arrangements de rapprochement économique, les accords établissant des zones de libre-échange et les accords-cadres de commerce et d'investissement<sup>39</sup>. Contrairement aux TBI, les TIPs peuvent donc comprendre des accords plurinationaux impliquant plus de deux États ou plus de deux parties contractantes.

En 2016, les pays les plus actifs dans la conclusion d'AII ont été le Brésil (qui en a conclu 6), le Japon et la Corée du Sud (qui en ont chacun signé 4) et la Chine, qui en a signé 3. Il importe de souligner que le Brésil semble opter pour une approche nouvelle vis-à-vis des TBI dans le sens où il met désormais l'accent sur la promotion et la facilitation des investissements étrangers, la prévention des litiges et sur des méthodes alternatives aux mécanismes traditionnels de RDIE<sup>40</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Voir UNCTAD, « World Investment Report 2016 », 2017, « Figure III.3 », p. 101.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Voir UNCTAD, « World Investment Report 2016 », 2017, « Box III.3 », p. 102.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Voir UNCTAD, « World Investment Report 2016 », 2017, p. 101.

On constate aussi que, en 2015, certains pays ont mis fin à leur adhésion à certains AII dont ils étaient signataires jusqu'à présent. Cela étant dit, en vertu de la 'clause de survie' stipulée dans la plupart de ces AII, il faut savoir que les investissements réalisés dans les pays en question *avant* le retrait de ces pays de l'AII concerné, resteront protégés par les mécanismes de RDIE durant une période allant de 10 à 20 ans en fonction de l'AII en question<sup>41</sup>.

### 3.4 Les grandes enceintes habilitées à administrer une procédure RDIE

Il existe à l'heure d'aujourd'hui une multitude d'enceintes habilitées à administrer une demande d'arbitrage. Certaines sont évidemment plus courues ou plus actives que d'autres.

Selon Sabrina Robert-Cuendet, les quatre fora les plus importants qui administraient la majeure partie des procédures RDIE<sup>42</sup> en 2010 étaient:

- a. La Convention Internationale de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)<sup>43</sup>
- b. La Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI<sup>44</sup>)
- c. L'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (IACCS, ou AISCC en anglais pour Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce): http://www.sccinstitute.com
- d. La Chambre de Commerce Internationale (CCI<sup>45</sup>)

A eux seuls, ces 4 fora administrent et encadrent, via les Règles d'arbitrage qu'ils proposent et les services administratifs de leur secrétariat, la majeure partie des procédures RDIE à l'heure actuelle et depuis l'essor des demandes d'arbitrage à la fin des années 1980 (Robert-Cuendet, 2010, p. 9).

Selon cette auteure, cinq autres enceintes se répartissent l'encadrement du restant des procédures RDIE<sup>46</sup>:

- La Cour Permanente d'Arbitrage (CPA): https://pca-cpa.org
   (voir la rubrique « Services de règlement des Différends »)
- 2. Le Centre d'Arbitrage International de Londres (CAIL): http://www.lcia-arbitration.com
- 3. L'International Dispute Resolution Center (IDRC): https://www.idrc.co.uk
- 4. l'American Arbitration Association (AAA) : Voir la rubrique « Arbitration »
- 5. Le Singapore International Arbitration Center (SIAC): http://www.siac.org.sg

Plus récemment, ce 'ranking' est remis en question. En 2009, Nigel Blackaby, Constantine Partasides et al. estime lui que les 4 enceintes les plus actives pour régler les demandes d'arbitrage sont, par ordre d'importance : les tribunaux de l'ICC, du CIRDI, du CAIL, et l'International Center for Dispute Resolution (ICDR) qui est la division internationale de l'AAA. Il précise qu'il y a aussi des institutions arbitrales régionales très actives comme celle de Beijing et du Caire. Certaines Chambres de Commerce disposent

43 ICSID en anglais pour International Convention for the Settlement of Investment Disputes): https://icsid.worldbank.org

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Voir UNCTAD, « World Investment Report 2016 », 2017, p. 102.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Voir Robert-Cuendet, 2010, p. 8-9.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> UNCITRAL en anglais pour *United Nations Commission for International Trade Law*: http://www.uncitral.org

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> ICC en anglais pour *International Chamber of Commerce*): https://iccwbo.org

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Voir Allen Richard et Sun Chan Leng, "Comparative Chart of International Investment Arbitration Rules", in Global Arbitration News, 12 janvier 2017.

également de ces services qui ont une réputation bien établie, comme celle de Stockholm (IACCS), de Suisse et de Vienne<sup>47</sup>.

Sans rentrer dans les détails, passons en revue quelques particularités de quelques unes de ces grandes enceintes - selon Robert-Cuendet - chargées d'arbitrer les procédures de règlement de différends entre investisseurs et États (RDIE):

#### La CIRDI<sup>48</sup> de la Banque mondiale 3.4.1

Tel qu'indiqué au point 3.1, le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) de la Banque mondiale a été mis sur pied en 1965 et est le forum le plus ancien et le plus répandu dans le sens où c'est cette instance qui a administré de loin le plus de demandes d'arbitrage à l'échelle mondiale jusqu'à ce jour. Et cette institution a l'avantage de fournir une mine d'informations statistiques précieuses concernant le nombre et la nature des arbitrages qu'elle a été amenée à administrer.

En annexe 2 se trouve un schéma présentant les 11 grandes étapes de fonctionnement d'une procédure d'arbitrage d'un litige introduit auprès du CIRDI<sup>49</sup>. Ces différentes étapes sont fort similaires aux grandes étapes prescrites dans les règles d'arbitrage des autres enceintes et foras habilitées à administrer une demande d'arbitrage.

Une procédure d'arbitrage dans le cadre du CIRDI est régie par quatre documents de référence :

- a. la Convention du CIRDI;
- b. le Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage (Règlement d'introduction des instances)
- c. le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage);
- d. le Règlement administratif et financier.

Une caractéristique intéressante du CIRDI est la publicité des demandes d'arbitrage qui lui sont adressées. Le CIRDI est en effet leur seul forum qui, par ses règles de fonctionnement, a le devoir de rendre public une demande d'arbitrage qui lui est soumise. D'autres enceintes comme les tribunaux arbitraux ad hoc institués par la CNUDCI ou la Cour International d'Arbitrage de l'International Chamber of Commerce (ICC), partent du principe que une demande d'arbitrage doit rester confidentielle à moins que les deux parties du litige acceptent de la publier<sup>50</sup>.

Les Règles d'arbitrages du CIRDI sont évidemment consultables sur le site internet du CIRDI<sup>51</sup>.

## 3.4.2 La Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI)<sup>52</sup>

23

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Voir Blackaby Nigel, Partasides Constantine, et al., «An overview of International Arbitration», in "Redfern and Hunter on International Arbitration", Oxford University Press 2009, p. 44.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> "CIRDI" pour « Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements » ou « International Convention for the Settlement of Investment Disputes » (ICSID) en anglais.

Source: site internet du CIRDI: rubrique « Processus »: https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/process/Arbitration.aspx

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Van Harten Gus, 2005, op. cit., p. 610.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Cfr la rubrique « Arbitration rules » du site internet du CIRDI :

Créée en 1966, la CNUDCI est la 9<sup>ème</sup> Commission permanente de l'Assemblée générale des Nations Unies (NU) et a son siège à Vienne. Depuis 2002, elle est composée de 60 États-membres qui sont élus par l'Assemblée générale des N.U. pour un mandat de 6 ans. La moitié des États-membres est renouvelée tous les 3 ans. Sa composition vise à représenter les différentes régions et les principaux systèmes économiques et juridiques du monde.

Cette Commission a pour mandat d'encourager l'harmonisation et la modernisation progressive du droit commercial international en élaborant des instruments dont elle encourage l'utilisation et l'adoption dans certains domaines clefs du droit commercial tels que le règlement des différends, les pratiques en matière de contrats internationaux, les transports, l'insolvabilité, le commerce électronique, etc. C'est donc le principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international<sup>53</sup>.

L'arbitrage des litiges lié au commerce international est un des neuf sujets du programme de travail de la CNUDCI. Mais l'arbitrage commercial international est une des trois thématiques prioritaires initiales de la CNUDCI, avec la vente des objets mobiliers et les paiements internationaux<sup>54</sup>.

L'annexe 3 présente la liste des publications et textes juridiques adoptés par l'Assemblée Générale de la CNUDCI en vue d'harmoniser et moderniser l'arbitrage des litiges en matière d'investissements internationaux. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI peut être consulté sur son site web<sup>55</sup>.

## 3.4.3 L'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (IACCS)

L'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (IACCS) joue un rôle central au niveau mondial en tant que forum permettant de régler les différends entre États et investisseurs. Cet institut d'arbitrage a enregistré son premier arbitrage en 1993 et a depuis lors administré un nombre important de litiges liés à des investissements, principalement en vertu de Traités Bilatéraux d'Investissements (TBI) <sup>56</sup>.

Par ailleurs, tel qu'on l'a vu au **point 3.3**, l'IACCS est un des trois forums habilités à encadrer / administrer le règlements de différends liés à des investissements sur le marché de l'énergie en vertu du Traité sur la Charte de l'Energie (TCE), les deux autres fora étant le CIRDI et la CNUDCI. Ceci a permis à l'IACCS de devenir un des instituts mondiaux leaders en matière de résolution de litiges concernant des investissements.

Le rôle exact de l'IACCS varie selon le différend. Une majorité de différends est réglée suivant les Règles d'arbitrage propres de l'IACCS. Ces règles sont en outre le troisième corpus de Règles d'arbitrage les plus utilisées pour le règlement de différends après celles du CIRDI et de la CNUDCI, ce qui fait de l'IACCS – en volume de litiges - le deuxième institut d'arbitrage le plus important au monde, après le CIRDI de la Banque mondiale. Par ailleurs, l'IACCS a aussi le rôle d'Autorité de nomination du Président du Tribunal d'arbitrage en cas d'application des Règles d'arbitrage de la CNUDCI.

En terme d'occurrence en tant qu'institution d'arbitrage de référence, l'IACCS sert de forum d'arbitrage pour régler les différends entre investisseurs et États pour pas moins de 120 traités bilatéraux d'investissement (TBI) ainsi que pour le TCE. Sur ces 120 TBI, 61 traités indiquent que les Règles

24

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Voir UNCITRAL, "Guide de la CNUDCI. L'essentiel de la Commission des Nations Unies pour le Droite Commercial International", Nations Unies, Vienne, 2013, p. 1.

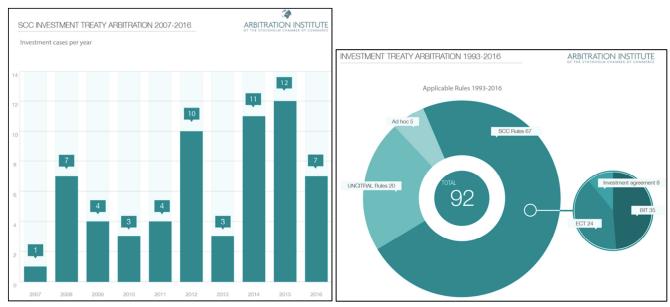
<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Voir UNCITRAL, "Guide de la CNUDCI. L'essentiel de la Commission des Nations Unies pour le Droite Commercial International", Nations Unies, Vienne, 2013, p. 11.

<sup>55</sup> Voir https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-f.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> http://www.sccinstitute.com/dispute-resolution/investment-disputes/

d'arbitrage de l'IACCS seront d'application pour administrer et régler les différends inhérents à ces traités. Pour les 60 traités restant, ils stipulent que l'IACCS servira d'Autorité de nomination (du Président du Tribunal) lorsque les règles d'arbitrage de l'UNCITRAL seront d'application.

Les deux graphiques ci-dessous donne une idée de l'importance de l'activité et des travaux de l'IACSS et des bases légales sur lesquelles les investisseurs se sont appuyés pour introduire leur demande d'arbitrage.



Source : Site internet de l'IACCS, rubrique « Statistiques »<sup>57</sup>

observe une activité particulièrement importante en 2008, 20102, 2014 (11 litiges) et en 2015 (12 litiges). Le graphe de droite indique les instruments juridiques invoqués lorsque des investisseurs lui ont soumis une demande d'arbitrage entre 1993 et 2016. Sur ces 23 années d'activité, l'IACCS a encadré le règlement de 92 différends entre investisseurs et États. 73% de ces différends ont été réglés sur base des règles d'arbitrages de l'IACCS. Et sur ces 67 litiges réglés sur base des règles de l'IACCS, 36 litiges ont été initiés en vertu des clauses de promotion et protection des investissements d'un TBI; 24 litiges l'ont été sur celles comprises

Le graphe de gauche renseigne le nombre de litiges qui a été encadré par l'IACCS entre 2007 et 2016. On y

#### 3.5 Augmentation du nombre de demandes d'arbitrage, caractéristiques et tendances

dans le TCE; et les 8 restants ont été introduits en vertu de celles d'Accords d'investissement divers.

Depuis la fin des années 1980, les demandes d'arbitrage suite à des litiges entre investisseurs et États ont beaucoup évolué. Cette évolution est une conséquence directe de la forte augmentation du nombre de TBI et AII à partir du début des années 1980, tel que mis en évidence dans le chapitre 3. Comme l'indique le graphe ci-dessous (Figure III.4)<sup>58</sup>, on remarque une hausse en dent de scie mais soutenue du nombre des demandes d'arbitrage introduites en vertu d'un ALE ou d'un TBI entre 1987 et 2015 à l'échelle de la planète<sup>59</sup>. A la fin 2015, sur base des informations rendues publiques<sup>60</sup>, un total cumulé de 696 demandes d'arbitrages a été introduit auprès des fora chargés d'encadrer ce genre de litige. Ce graphe présente entre autre la part des

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Voir http://www.sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2016/

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Voir UNCTAD, « World Investment Report 2016 », 2017, « Figure III.4 », p. 104.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Voir UNCTAD, « World Investment Report 2016 », 2017, p. 104

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> Vu que les demandes d'arbitrages peuvent rester confidentielles, il est probable que le chiffre réel soit supérieur à 696 demandes d'arbitrages.

demandes d'arbitrage introduite auprès du CIRDI et auprès des autres enceintes habilitées à encadrer ce genre d'arbitrage (exemple : CNUDCI, IACCS, CPA ; cfr supra). On observe clairement que, quelle que soit l'année, l'agence de protection des investissements de la Banque mondiale (CIRDI) reste de loin l'enceinte qui administre la majorité des procédures de règlement de différends entre investisseurs et États. Aussi, en 2015, pas moins de 70 demandes d'arbitrages ont été introduites par des investisseurs, ce qui constitue le record du nombre de demandes d'arbitrage introduit en une année. Selon la CNUCED, ce sont les pays développés qui ont été les plus touchés par ces demandes d'arbitrages.

Figure III.4. Known ISDS cases, annual and cumulative, 1987–2015

Source: @UNCTAD, ISDS Navigator.

Source: CNUCED, 2017, p. 105.

Il importe aussi de préciser que ce nombre total (696) comprend aussi bien les demandes d'arbitrages qui ont déjà été conclues 61; celles qui sont toujours en cours de traitement (pending); celles qui ont été annulées/retirées (sur demande de l'investisseur en général); celles qui ont été rejetées (dismissed) lorsque l'enceinte sollicitée a du se déclarer incompétente pour l'arbitrer; ou rejetées pour cause de non-paiement à l'avance d'une partie des frais administratifs de procédure par exemple.

En annexe 4 se trouve un important complément d'information sur les principales caractéristiques des litiges entre investisseurs et États. Cette annexe passe en revue les principales statistiques et grandes tendances relatives aux différentes issues qu'ont connues ces litiges jusqu'à aujourd'hui. Elle présente les États les plus touchés, les bases juridiques les plus souvent invoquées, les frais occasionnés pour ce genre de procédure (honoraires d'avocat + frais de procédure). Avec un focus sur les litiges qui ont concerné spécifiquement des États membres de l'UE, cette annexe 4 indique aussi l'origine ou la nationalité des investisseurs qui ont le plus « attaqué » les États européens et la nature des mesures contestées.

#### 3.6 Remarques conclusives

Ce chapitre nous a fourni les connaissances de base pour se familiariser avec ce sujet complexe qu'est l'arbitrage international privé des litiges entre investisseurs et États.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Sachant que l'issue d'un arbitrage conclu peut être un verdict (*award*) en faveur de l'État/ en faveur de l'investisseur ou un arrangement à l'amiable (*settlement*).

Concernant l'origine historique, nous avons vu que le système actuel découle d'une lente évolution institutionnelle, voulue, négociée et finalement adoptée par des États souverains et de manière tout à fait démocratique. Ce système s'inspire des procédures de règlement de différends entre deux acteurs privés (deux entreprises) et s'impose progressivement via une hybridation du système initial qui implique de plus en plus les États pour appliquer et faire respecter les sentences arbitrales prononcées par ces tribunaux arbitraux.

Les motivations de la mise sur pied de ce système sont multiples mais on peut retenir le contexte postcolonial, de la Guerre froide et de l'implosion de l'Union soviétique et celui du triomphe du néo-libéralisme.

Durant la deuxième moitié du 20<sup>ème</sup> siècle, certains investissements ont fait l'objet d'expropriation et/ou de
nationalisation sans compensation (suffisante) et les États occidentaux veulent absolument éviter que cela se
reproduise. A partir des années 1980, l'idéologie néo-libérale a le vent en poupe et les grands investisseurs
ont les oreilles attentives des États occidentaux. Ces États imposent alors une baisse de l'aide publique au
développement qu'ils proposent de compenser, contre une augmentation des investissements occidentaux
tout en leur garantissant une meilleure protection que par le passé. On retient donc surtout la volonté de la
part des États occidentaux d'éviter de nouvelles expropriations et de mieux protéger les investissements de
leurs détenteurs de capitaux, réalisés dans des pays en développement dont le système juridique était jugé
défaillant ou partial.

Concernant l'essor des mécanismes RDIE, on a vu qu'il est directement lié à l'importante augmentation des AII (TBI et ALE) à partir du début des années 1980. Il en existe plus de 3.300 à ce jour. En effet, ces traités d'investissement et ces accords de libre-échange comprennent les bases légales sur lesquelles les investisseurs peuvent s'appuyer pour prétendre qu'une mesure réglementaire adoptée par un État peut être assimilée à une expropriation direct ou indirecte non-compensée qui nécessite le versement d'une indemnité de la part de l'État incriminé à l'investisseur lésé. Les instruments juridiques (AII) qui permettent d'initier une procédure RDIE sont principalement de trois types : les traités bilatéraux d'investissement (les plus nombreux) et les accords commerciaux comprenant des clauses relatives à la promotion et la protection des investissements. Cette deuxième catégorie (moins nombreuse mais beaucoup plus hétérogène que la première catégorie) comprend les accords de libre-échange régionaux/ sous-régionaux, des accords de coopération, des accords de partenariat économique, etc. Un troisième outil souvent utilisé est le TCE.

Les fora habilités a administrer une demande d'arbitrage sont assez nombreux mais les principaux et ceux dont les règles d'arbitrage sont les plus utilisées sont le CIRDI, la CCI, la CNUDCI, l'IACCS et la CPA. Bien qu'elles disposent chacun de certaines caractéristiques et de leurs propres règles de fonctionnement, ces institutions proposent un fonctionnement relativement similaire avec de nombreux invariants.

Avec ces éléments de contextualisation à l'esprit, nous pouvons à présent aborder les dynamiques relatives à l'issue données aux sentences arbitrales, leurs enjeux financiers, avec une attention particulière pour les États-membres de l'Union européenne et – dans une certaine mesure – sur la dimension environnementale des sentences arbitrales.

## 4. Quatre litiges portant sur une mesure environnementale adoptée par des États nord-américains

Les litiges opposants des investisseurs et des États non-membres de l'UE à propos de mesures environnementales qui ont été remportés par les investisseurs lésés ne manquent pas. Voici quelques exemples emblématiques relativement bien documentés, dans le cadre de l'ALENA et du TBI Espagne-Mexique. Ceux-ci ont tous été 'remportés' par les investisseurs qui sont donc parvenus à démontrer la non-conformité de la mesure aux obligations des États en matière de protection des investissements. Ces exemples ont été choisis à dessein simplement pour illustrer le fait que, dans certains cas précis, différentes mesures environnementales ont bien pu être assimilées à une expropriation indirecte de l'investissement réalisé, sans compensation idoine, ce qui a conduit l'État incriminé à verser une indemnité à l'investisseur lésé.

Notre propos ici n'est évidemment pas de sous-entendre que l'issue de ces verdicts (pro-investisseurs) soit devenue la norme la plupart du temps. L'objectif est simplement de démontrer que ce cas de figure s'est présenté plusieurs fois et de mettre en exergue les principaux arguments retenus par les Tribunaux et le raisonnement qu'ils ont suivi pour appuyer le verdict rendu.

L'objectif étant in fine de voir dans quelle mesure l'analyse de ces affaires permettent d'apporter des éléments de réponse à notre question de départ.

## 4.1 Ethyl Corp. c. Canada (1996)<sup>62</sup>

## 4.1.1 Brève description factuelle du litige<sup>63</sup>

Ethyl Corp. est une entreprise états-unienne spécialisée dans la fabrication d'un additif métallique pour carburant (le MMT) qui est un substitut au plomb dans l'essence. Le MMT est un additif qui augmente le niveau d'octane dans l'essence et est uniquement vendu par Ethyl Canada Inc. au Canada. Or, des spécialistes ont affirmé que le MMT nuit aux systèmes de diagnostique des automobiles et que le MMT présente de sérieux dangers pour la santé humaine ainsi que pour l'environnement<sup>64</sup>. Mais « Health Canada » a conclu que le MMT ne présente pas de danger pour la santé humaine et aucune étude indépendante n'a conclu que le MMT endommage les systèmes de diagnostiques des voitures.

Malgré l'absence de preuve des risques environnementaux et sanitaires, le Gouvernement du Canada a adopté des législations, à deux reprises, qui visent à interdire l'importation et le commerce interprovincial de MMT. La réglementation canadienne n'interdit pas formellement et complètement l'importation de MMT mais elle vise à rendre le MMT produit à l'étranger inaccessible aux consommateurs canadiens<sup>65</sup>.

La mesure du Gouvernement canadien de limiter la consommation de MMT produit aux Etats-Unis a porté atteinte aux intérêts de Ethyl Corp. et à la valeur de son investissement au Canada (projet « Ethyl Canada »)

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Voir « Ethyl Corp. c. Canada (1996) », base juridique : ALENA. Règles d'arbitrage : CNUDCI. Toute la documentation rendue publique relative à ce litige se trouve dans la base de données de Italaw, voir : https://www.italaw.com/cases/409

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Voir le chapitre « Introduction » de la demande d'arbitrage du litige : « Ethyl Corp. c. Canada (1996). Notice of Arbitration », p. 4.
<sup>64</sup> Peterson Eric Luke, "Looking Back: Ethyl v. Canada case drew early public attention to previously obscure arbitration process, and settled after tribunal's jurisdiction", in *Investment Arbitration Reporter*, 21/03/2017.
ruling

Ethyl Corp. a donc introduit une Demande d'arbitrage en septembre 1996 en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, sur base des règles d'arbitrage de la CNUDCI. Parmi ses réclamations, Ethyl Corp. exige une indemnisation des dommages encourus qu'elle évalue à US\$ 251 millions.

## 4.1.2 Résumé de la procédure et analyse de l'issue de cet arbitrage

Début septembre 1996, Ethyl Corp. transmet au Gouvernement du Canada une « Communication faisant mention de son intention d'introduire une Demande d'arbitrage »<sup>66</sup> en vertu de l'article 11 de l'ALENA, ce qu'il fera effectivement le 10 septembre 1996. Au même moment, Ethyl écrit au Gouvernement canadien pour lui proposer d'organiser une rencontre afin d'entamer une procédure d'arrangement à l'amiable (*settlement*) via une consultation ou une négociation. En novembre 1996, le Canada accepte de rencontrer Ethyl et son avocat en vue d'entamer une procédure de négociation qui durera plusieurs mois <sup>67</sup>. Ces négociations s'avérant laborieuses et peu prometteuses, Ethyl décide d'introduire une « Demande d'arbitrage formelle » le 14 avril 1997 en vue de mettre la pression sur le Gouvernement canadien.

Dans sa demande d'arbitrage, Ethyl Corp. estime que la mesure adoptée par le Canada est arbitraire et discriminatoire car elle violerait au moins trois dispositions de l'ALENA: (1) le traitement national (2) les exigences de performance (3) l'interdiction d'exproprier un investissement sans compensation suffisante<sup>68</sup>.

Mais au final, cette demande d'arbitrage ne donnera lieu à aucun verdict final (*on the merits*)<sup>69</sup> car la procédure d'arrangement à l'amiable aboutit. Suite à la 'menace' (demande d'arbitrage) d'Ethyl Corp. – dont la recevabilité auprès de la CNUDCI est confirmée en juin 1998 – et sur base des arguments solides repris dans sa Demande, le Canada a opté en 1998 pour le retrait de sa restriction concernant l'additif métallique (MMT) et pour le versement de US\$ 13 millions à Ethyl en guise d'indemnisation volontaire.

Cet arrangement à l'amiable (*settlement*) resté officieux (non-intégré dans une sentence arbitrale comme cela arrive parfois) est clairement favorable Ethyl dont le spectre de la demande d'arbitrage a sans aucun doute « refroidi » le gouvernement canadien dans ses velléités réglementaires. Peut-on ainsi parler d'un cas d'école du « *chilling effect* » <sup>70</sup> ?

## 4.1.3 Un cas de « *chilling effect* » ou de « protectionniste vert »?

Dans sa thèse de doctorat, Sabrina Robert-Cuendet présente le « *chilling effect* » et ses effets pervers par ce commentaire:

« La qualification d'expropriation a ceci d'irrémédiable qu'elle entraine automatiquement, quelques soient les règles qui la commandent, le versement d'une indemnisation. C'est le spectre de cette obligation d'indemnisation, quand bien même l'État n'aurait cherché qu'à réglementer une activité dans l'intérêt général, qui est perçu comme un véritable obstacle à l'exercice du pouvoir de réglementation de l'État. Les

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> En anglais, ce document s'appelle une « *Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration* » qu'on assimile plus à une mise en garde et qu'on distingue donc de la « *Notice of Arbitration* » qui est la « demande d'arbitrage » en tant que telle qui initie la procédure d'arbitrage officiellement.

procédure d'arbitrage officiellement.

67 Voir le sous-chapitre « *Procedure History of the Dispute* » dans la demande d'arbitrage de ce litige, 1998, op.cit., p. 4-6;

68 Idem

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Le 24 juin 1998, le Tribunal Ethyl Corp. a bien prononcé un verdict sur la juridiction effective de la CNUDCI, confirmant que cette demande d'arbitrage était recevable et que le Tribunal ainsi constitué était compétent pour statuer sur cette affaire. Voir le document « Award on Juridiction » à propos de cette affaire « Ethyl Corp. c. Canada (1996) UNCITRAL »: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0300\_0.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Soloway J.A., "Environmental Trade Barriers Under Nafta: the MMT Fuel Controversy", in *Minnesota Journal of Global Trade* Vol. 8, 1999, p. 55-93;

A. Aslam, "Corporations Use Trade Pact to Sue Countries, Global Policy Forum, Septembre 1998.

Aussi, en lien avec cette observation, Sabrina Robert-Cuendet souligne que l'affaire Ethyl, qui a précédé l'affaire S.D. Myers (cfr infra, point 5.3) préfigurait déjà le visage qu'allait prendre selon elle le contentieux relatif aux mesures de réglementation a priori environnementale. Selon elle, la transaction qui a eu lieu entre Ethyl Corp. et le Canada a soulevé l'indignation. Mais elle précise bien que selon elle, si le gouvernement canadien a cédé à la menace de l'arbitrage, c'est que l'interdiction de l'importation et du commerce interprovincial du MMT ne pouvait être justifié par les raisons écologiques officiellement avancées par le Canada. Vu le contexte politico-économique, ce Tribunal arbitral a conclu que la réglementation canadienne était une mesure de protectionnisme flagrant. Ce protectionnisme apparaissant comme un seuil en-dessous duquel une mesure ne peut pas aller sans devoir être considérée comme déraisonnable<sup>72</sup>.

#### 4.1.4 Deux autres exemples de *chilling effect* ?

L'issue de cette affaire (Ethyl Corp. c. Canada, 1996) peut en tous cas nous amener à porter un regard critique par exemple vis-à-vis du litige récent qui oppose en ce moment « Lone Pine Ressources Inc. » au Canada<sup>73</sup>. Ce différend concerne le moratoire décrété par l'État du Québec sur la fracturation hydraulique nécessaire à l'exploitation de pétrole et de gaz de schiste. L'impact environnemental de cette technique d'extraction de combustibles fossiles n'étant plus à démontrer, le Québec a décrété ce moratoire en vue de protéger ses nappes phréatiques, sa biodiversité et pour limiter les émissions de gaz à effet de serre (GES) engendrés par la combustion future de ces ressources fossiles<sup>74</sup>.

Cet arbitrage n'en est qu'à ses débuts et le Tribunal est encore loin de pouvoir prononcer son verdict. Mais avec l'exemple du settlement qui a amené le Canada à lever 'volontairement' (c-à-d pas sous la contrainte d'une condamnation par une sentence arbitrale) sa restriction concernant le MMT dans l'affaire Ethyl, l'on connaît désormais le puissant 'chilling effect' que peut avoir ce genre de démarche hostile (l'introduction d'une demande d'arbitrage) de la part d'un investisseur<sup>75</sup>. Reste à voir si le Canada se laissera intimider par cette firme très influente, fleuron de l'industrie extractive du Canada. En effet, cela peut surprendre a priori mais Lone Pine Ressources (LPR) est bien une firme canadienne, basée à Calgary mais elle a en fait initié cette procédure d'arbitrage en 2013 en sollicitant sa filiale située dans le Delaware, aux États-Unis. Le Delaware est connu pour sa législation fiscale très complaisante, son secret bancaire et, à cet effet, est repris

<sup>71</sup> Robert-Cuendet Sabrina, « Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: Contribution a l'analyse de l'expropriation indirecte », Martinus Nijhof Publishers, Coll. Etudes de Droit International, mai 2010, p. 23. <sup>2</sup> Robert-Cuendet S., 2010, op. cit. p. 320.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Référence « Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada (2013), ICSID Case N° UNCT/15/2 », voir la base de données Italaw.com: https://www.italaw.com/cases/documents/2249#sthash.nzVv2FYO.dpuf

La demande d'arbitrage de Lone Pine Ressources Inc. a été introduit auprès du CIRDI le 6 septembre 2013 contre le Canada, en vertu de la clause de protection des investissements de l'ALENA (chapitre XI), voir les détails de la procédures jusqu'à aujourd'hui et la documentation ici: http://www.italaw.com/cases/1606

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Voir IAReporter, « Updates on the Lone Pine c. Canada (Fracking) and Mobile v. Canada (R&D requirements) NAFTA Chapter 11 Arbitration », 16/12/2015.

75 Pour d'autres articles expliquant le phénomène de « *chilling effect* », voir :

Tienhaara Kyla, « Once BITten, twice shy?: The uncertain future of 'shared sovereignty' in investment treaty arbitration », in Policy and Society, Volume 30, Issue 3, Septembre 2011, p. 185-196.

Tienhaara Kyla, « Regulatory Chill and the threat of arbitration. A view form political science », in "Evolution in Investment Treaty Law And Arbitration", Chester Brown, Kate Miles, eds., Cambridge University Press, 2011, 28 pages.

dans la liste des paradis fiscaux de l'OCDE<sup>76</sup>. Au Delaware, la filiale de LPR n'est donc qu'une société 'prête-nom', une boite-aux-lettres qui n'a pas de réelle activité économique ou industrielle à cet endroit, au Delaware, mais qui s'avère bien pratique en cas de litige avec la Canada<sup>77</sup>. En attendant, LPR réclame pas moins de 118 millions \$ au Canada en raison de son moratoire. C'est pourquoi certains analystes prétendent que, sentant le vent tourner, le Canada risque de baisser les bras et d'accorder le permis pour ce projet. Tout comme ce qu'il est finalement advenu du projet de construction d'un gigantesque oléoduc (Keystone XL Pipeline) de la firme Transcanada<sup>78</sup>. Ce projet avait d'abord été autorisé provisoirement puis bloqué par l'Administration de Barack Obama<sup>79</sup>. Mais suite à de nouvelles démarches hostiles et à l'argumentaire juridique extrêmement robuste dans sa demande d'arbitrage introduite en 2016, le président des États-Unis, Donald J. Trump, a finalement autorisé ce projet en mars 2017<sup>80</sup>. D'aucun parle ici aussi d'un phénomène de chilling effet comme dans l'affaire Ethyl.

## 4.2 Metalclad Inc. c. Mexique (1997)<sup>81</sup>

#### 4.2.1 Brève description du litige et de l'issue

Ce litige a été initié en vertu des clauses de protections des investissements de l'ALENA et la demande d'arbitrage a été soumise au CIRDI en 1997. Ce différend est survenu suite à la volonté d'une firme californienne (Metalclad Inc.) de construire une décharge de déchets toxiques au Mexique. Une autorité locale mexicaine a refusé de délivrer le permis environnemental nécessaire à la construction de cette décharge en raison de son impact sur l'environnement<sup>82</sup>. L'investisseur a attaqué le Mexique en vertu de la clause de protection des investissements de l'ALENA et a obtenu gain de cause. Le refus de permis du Mexique a été considéré comme une infraction au principe de « traitement juste et équitable » (TJE) que tout État signataire de l'ALENA doit garantir aux investisseurs étrangers originaires des deux autres États-parties de cet ALE. Ce que le Tribunal a assimilé à une expropriation indirecte abusive, non-compensée et qui impliquait donc une indemnisation. Le verdict prononcé par le tribunal arbitral (le 30 août 2000) a imposé au Mexique de verser à Metalclad Inc. une indemnité de US\$ 17 millions<sup>83</sup>.

#### 4.2.2 Analyse de la sentence arbitrale

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Voir Rocchi Jean-Michel, Terray Jacques, «Les Paradis Fiscaux. Analyses et Controverses », De. Arnaud Franel, Finance d'aujourd'hui, 2011, p. 33 et 126.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> CEO/Council of Canadians/TNI, "The right to say no: EU-Canada trade agreement threatens fracking bans", 2013.

Hepburn Jarrod, "In new pleading, Lone Pine questions 'environmental' bona fides of decision to cancel fracking exploration permit, and offers a DCF valuation of its losses", in Investment Arbitration Reporter, 07/05/2015.

<sup>78</sup> Référence: «TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. The United States of America" (2016), ICSID Case No. ARB/16/21: NB ; la procédure d'arbitrage a été interrompue par l'investisseur en mars 2017 suite à l'autorisation donnée par le Président Donald trump.

CEO/ TNI/ Council of Canadians, «Oil Corporations VS Climate. How investors use trade agreements to undermine climate action. The Keystone XL Case », Breifing Paper 2016. 7p.

<sup>80</sup> Peterson Eric Luke, "Transcanada says it has permit for Keystone Pipeline and ICSID Case is swiftly discontinued", in Investment Arbitration Reporter, 24/03/2017.

Morgan Geoffrey, "Donald Trump approves TransCanada's Keystone XL pipeline after eight years of haggling", 24/03/2017.

<sup>81</sup> Référence « Metalclad Inc. c. Mexique » (1997), CIRDI, Affaire n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000 ;

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> La zone en question abritait une variété de cactus protégée ce qui en faisait une zone écologiquement sensible.

<sup>83</sup> Voir « Metalclad Inc. c. Mexique » (1997), CIRDI, Affaire n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, § 107 et §109.

Selon S. Robert-Cuendet, cette sentence arbitrale illustre bien le fait que la protection accordée aux investissements étrangers par le droit international de l'investissement peut assimiler une mesure a priori<sup>84</sup> environnementale à une mesure « équivalente à une expropriation indirecte » 85.

En effet, le Tribunal a adopté une sentence arbitrale dans laquelle il retenait une acception extrêmement large du concept d'expropriation, comprenant des mesures qui pouvaient avoir pour effet de priver le propriétaire de l'utilisation de sa propriété ou du « bénéfice de ses prévisions économiques raisonnables »<sup>86</sup>.

Dans cette affaire, le tribunal arbitral a en effet estimé que l'investisseur étranger Metalclad se trouvait réellement dans une situation qui justifiait que la clause de protection des investissements prévue au chapitre 11 de l'ALENA soit sollicitée valablement. En d'autres termes, il est apparu que, selon la tribunal, l'objectif de protection de l'environnement invoqué par le Mexique pour se défendre de sa décision litigieuse, ne constituait qu'un prétexte de fortune à une attitude non conforme au modèle de comportement raisonnable attendu de la part d'un État qui s'est engagé à protéger les investissements étrangers sur son sol<sup>87</sup>.

Selon l'analyse de la sentence arbitrale par Robert-Cuendet, le refus des autorités municipales mexicaines d'octroyer un permis d'exploitation à Metalclad ne pouvait en effet être valable puisque les autorités locales n'avaient aucune compétence en matière d'environnement. Les arguments avancés par le Mexique étaient destinés à justifier une mesure essentiellement motivée par la volonté politique de la commune de ne pas voir s'installer sur son territoire l'investisseur états-uniens<sup>88</sup>.

Par ailleurs, l'issue de ce litige repose aussi sur l'obligation de l'État d'assurer l'accessibilité et la transparence de la réglementation environnementale, ce que dans ce cas, le Mexique à manquer de faire 89.

Ce litige est un exemple type de « protectionnisme vert », une expression conceptualisée et développée dans le chapitre II dans la thèse de doctorat de Sabrina Robert-Cuendet<sup>90</sup>.

- → Pour aller plus loin sur l'analyse de cette affaire et sur la logique suivie par le tribunal, voir :
- Weiler Todd, « Good faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico », 2005<sup>91</sup>.
- Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, «International Investment Law and Sustainable Development Key cases from 2000–2010 », International Institue for Sustainable Development, juillet 2011; voir Chapitre « Metalclad v. Mexico » p. 72 à 80.

## 4.3 S.D. Myers Inc. c. Canada (1998)<sup>92</sup>

#### Brève description factuelle du litige<sup>93</sup> 4.3.1

<sup>84</sup> Nous verrons par la suite pourquoi ce caveat « *a priori* » a toute son importance. 85 Robert-Cuendet S., 2010, op.cit. p. 1.

Final Award (concerning the apportionment of costs between the Disputing Parties) (Dec. 2002): https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0754.pdf;

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> Robert-Cuendet S., 2010, op. cit., p. 483.

 $<sup>^{87}</sup>$  Robert-Cuendet S., 2010, op. cit., p. 484.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Robert-Cuendet S., 2010, op. cit., p. 318.

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> Robert-Cuendet S., 2010, op. cit., p. 394-395.

 $<sup>^{90}</sup>$  Robert-Cuendet S., 2010, op. cit.,p. 318 à 320.

<sup>91</sup> Weiler Todd intitulé « Good faith and Regulatory Transparency : The Story of Metalclad v. Mexico », p. 702 à 747, in Weiler Todd, «International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law », Londres, Cameron May, 2005.

<sup>92</sup> S.D. Myers Inc. c. Canada (1998), UNCITRAL Arbitration Rules. Voir les différentes étapes du verdict : Partial Award (on merits) (Nov. 2000): https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf; Second Partial Award (Oct. 2002): https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0752.pdf;

S.D. Myers Inc. (SDMI) est une firme états-unienne spécialisée dans le traitement du PCB (polychlorobiphényles), un produit chimique toxique. Au début des années 1990, SDMI réalise un important investissement au Canada (le projet Myers Canada) afin de récolter les déchets canadiens contenant du PCB en vue de les transporter et pour les traiter dans ses infrastructures établies aux États-Unis. En 1980, les États-Unis ferment leurs frontières aux transports de déchets contaminés au PCB mais à l'automne 1995, SDMI reçoit la permission des autorités américaines pour importer des déchets contaminés au PCB en provenance du Canada pendant une durée de 25 mois (jusque fin déc. 1997). Rapidement après l'octroi de cette autorisation, le Canada adopte une loi empêchant l'exportation de déchets contaminés au PCB, empêchant de la sorte SDMI et son investissement au Canada de mettre en œuvre l'activité commerciale de traitement de PCB qu'ils avaient l'intention de réaliser. L'interdiction d'exportation du Canada est d'application pendant environ 16 mois (de novembre 1995 à février 1997)<sup>94</sup>. Ensuite le Canada révoque son interdiction d'exportation pendant une durée de 5 mois (jusque juillet 1997). Mais c'est alors du côté des États-Unis que l'interdiction d'importation de déchets au PCB est à nouveau décrétée par un tribunal des États-Unis. Depuis lors, le transport transfrontalier de déchets au PCB est formellement interdit entre ces deux États<sup>95</sup>.

SDMI introduit une demande d'arbitrage en 1998 en vertu du chapitre 11 de l'ALENA en soutenant que la Canada a enfreint plusieurs de ses obligations découlant de l'ALENA et réclame une indemnité de 70 millions CAN\$. Concrètement, SDMI prétend qu'en adoptant son interdiction d'export du PCB, la Canada a enfreint les quatre obligations suivantes (garanties en principe par l'ALENA)<sup>96</sup>;

- article 1102 : le traitement national
- article 1105 : le standard minimum de traitement (≈ traitement juste et équitable, TJE)
- article 1106 : les exigences de performances
- article 1110 : l'interdiction d'expropriation non-compensée

## 4.3.2 Raisonnement suivi par le tribunal

Le Tribunal a reconnu une violation des clauses du traitement national et du *minimum standard of treatment* car l'investisseur a pu prouver que la loi en question avait pour but premier de protéger l'industrie de traitement des déchets au PCB du Canada de la concurrence états-unienne et de favoriser des firmes canadiennes.

Les plaintes de SDMI concernant les 'exigences de performance' et concernant l'expropriation de son investissement ont été rejetées.

La question de l'indemnité a été étudiée en détail par le Tribunal. A cet effet, le Tribunal a précisé le raisonnement suivi en clarifiant l'interprétation qu'il a faite d'une série de principes sur lesquels il s'est basé pour prononcer son verdict :

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Voir annexe 5 pour la fiche technique du litige ; Liste de documents officiels rendus publics + Chronologie des différentes étapes.

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> Voir Ripinsky S. and Williams K., "S.D. Myers Inc. v. Canada. Case summary" in *Damages in International Investment Law*, BIICL, 2008, p. 2.

<sup>95</sup> Voir Ripinsky S. and Williams K., 2008, op.cit., p. 3.

<sup>96</sup> Idem.

- Le préjudice ne doit pas nécessairement avoir eu lieu dans le pays hôte de l'investissement (Canada dans ce cas-ci) pour qu'il nécessite une indemnisation; il doit simplement résulter de la mesure contestée (l'interdiction d'exporter le PCB dans ce cas).
- L'existence d'autres opportunités de règlement du litige (tribunaux nationaux, par exemple) autorisés dans le cadre de l'ALENA ne retire pas le droit à l'investisseur de recourir à l'arbitrage privé (procédure RDIE, ndr) prévu au chapitre 11 de l'ALENA. C'est le principe cumulatif des moyens d'arbitrages.
- Quand une mesure contestée enfreint plus d'une clause d'un traité d'investissement (ici l'ALENA), l'investisseur ne peut prétendre à une double indemnisation de son préjudice.

SDMI a réclamé une indemnisation pour un manque-à-gagner, pour la perte de parts de marché, pour la réalisation de dépenses inutiles. Mais le Tribunal n'a retenu que le motif de manque-à-gagner.

Au final, le Tribunal a condamné le Canada à payer une indemnisation de 6 millions CAN\$ à S.D. Myers Inc. alors que SDMI demandait initialement une indemnisation de 70 millions CAN\$ plus intérêts. Le Canada a tenté de contester le verdict du tribunal arbitral auprès de la Cour Fédéral du Canada mais en vain.

## 4.3.3 Analyse de la sentence arbitrale et comparaison avec l'affaire Methanex c. États-Unis

Selon Susan D. Frank, le Tribunal a retenu qu'il y a violation de l'article 1105 quand « un investisseur a été traité d'une manière aussi injuste ou arbitraire que ce traitement s'avère inacceptable au regard du droit international »<sup>97</sup>. Cette loi du Canada est donc considérée comme discriminatoire par le Tribunal car elle ne respecte pas le principe de traitement juste et équitable.

Susan D. Frank explique néanmoins, à la décharge du Canada, que si le Canada a adopté la loi en question (interdiction de l'exportation de PCB), c'était surtout pour se mettre en conformité avec la **Convention de Bâle** 98. Cette convention a été adoptée le 22 mars 1989 et porte sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination. Elle est entrée en vigueur le 5 mai 1992 99. Notons que de toutes façons, la Convention de Bâle n'était pas encore en vigueur entre le Canada et les USA à ce moment du litige.

Aussi, l'adoption de cette mesure réglementaire interdisant le transport transfrontalier de PCB (jugée déraisonnable) a résulté en une discrimination de fait vis-à-vis de l'investisseur américain S.D. Myers Inc. qui avait besoin de pouvoir faire venir aux États-Unis les substances contenant des PCB pour pouvoir les traiter. L'auteur ne va hélas pas plus loin dans son analyse pour expliquer ce que la Canada aurait eu le droit de faire pour respecter au mieux ses engagements de la Convention de Bâle sans enfreindre ses obligations découlant de l'ALENA.

Par ailleurs, l'auteure relève l'affirmation controversée d'un représentant du gouvernement canadien selon lequel l'interdiction d'exportation de PCB a été adoptée pour que « le traitement de PCB se fasse au Canada par des Canadiens ». Ce qui indique selon le Tribunal l'intention discriminatoire de cette loi vis-à-vis de l'investisseur SDMI ainsi privé d'un TJE. Le Tribunal ne précise pas dans l'Award pour quelle raison le Canada souhaitait que le traitement se fasse par des Canadiens. Il se pourrait que dans son argumentation le

<sup>97</sup> Voir Partial Award (on merits) (Nov. 2000), op. cit.; p. 263.

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> Frank Susan D., «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration», in Fordham Law Review, Vol. 53, Issue 4, 2005, p. 1521-1625, voir chapitre « S.D. Myers Inc. V. Canada », p. 1576-1577.

<sup>99</sup> Le texte de cette convention internationale est consultation ici : http://www.basel.int

Canada ait fait valoir une meilleure expertise des firmes canadiennes en la matière, ce qui aurait réduit les risques de fuite ou de contamination incontrôlée (ce qui fait l'objet de recommandations de la Convention de Bâle) sans pour autant vouloir priver à tous prix la firme Ethyl de ce 'marché'.

Pour sa part, Sabrina Robert-Cuendet estime que les raisonnements suivis par le tribunal de l'affaire « Methanex c. États-Unis » et par celui de l'affaire « S.D. Myers Inc. c. Canada » manquent de cohérence 100. En effet, dans l'affaire « Methanex c. États-Unis » 101 (dont le verdict a été rendu en faveur de l'État), lors de l'appréciation du caractère raisonnable ou non de l'interdiction d'importer sur le sol états-uniens du MTBE, le Tribunal a retenu que l'interdiction d'importer du « MTBE » 102 à partir du Canada (sur le sol des USA) n'était pas une mesure protectionniste car elle « était motivée par une intention honnête, prise de bonne foi, et sur des fondements scientifiques raisonnables » 103;

Alors que dans l'affaire S.D. Myers par contre, elle souligne que le tribunal a débuté son analyse en constatant que l'interdiction prise par le Canada du transport transfrontalier des déchets à base de PBC était une restriction déguisée. Le tribunal S.D. Myers s'est ensuite efforcé d'apprécier les faits en tant que preuve de l'intention protectionniste du Canada, qui avaient prétendument – selon l'investisseur – entouré l'adoption de la mesure contestée. Le tribunal a procédé à l'examen des rencontres entre le ministre canadien de l'environnement et des représentants des deux industriels canadiens bénéficiaires de l'interdiction, de plusieurs déclarations ministérielles officielles (selon lesquelles l'objectif du Gouvernement était d'assurer le traitement des déchets de PBC « in Canada by Canadians », cfr supra) ou encore à l'analyse des rapports officiels attestant que l'interdiction pure et simple du transport transfrontière des déchets n'était pas considérée comme la solution techniquement et écologiquement la plus efficace. A la suite de cela, le Tribunal a constaté l'intention protectionniste du Canada<sup>104</sup>.

Selon l'analyse de la sentence arbitrale de SD Myers par Sabrina Robert-Cuendet, l'interdiction d'exporter le PCB visait en effet principalement à protéger les industries canadiennes et ne reposait sur aucune justification environnementale raisonnable<sup>105</sup>. Aussi, relève-t-elle que dans cette affaire, à propos de l'article 1102 de l'ALENA, le Tribunal a clairement affirmé que *l'intention* de l'État n'était pas décisive dans ce cas (pour justifier la sentence arbitrale), contrairement à *l'impact discriminant* de la mesure litigieuse<sup>106</sup>.

## 4.3.4 La Canada coincé entre la Convention de Bâle et ses obligations en vertu de l'ALENA?

Enfin, à propos du respect de la **Convention de Bâle** (raison invoquée par le Canada pour justifier son interdiction), Sabrina Robert-Cuendet note que le Canada a invoqué la supériorité de cette convention sur l'ALENA pour affirmer que l'interdiction du transport des déchets de PCB, prise en conformité de la Convention, ne pouvait pas être considérée comme contraire ou non-conforme à l'ALENA. Le Tribunal a bien pris en compte l'article  $104^{107}$  de l'ALENA mais au lieu de consacrer la supériorité d'un traité sur

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> Robert-Cuendet S., 2010, op. cit., p. 317-318.

<sup>101</sup> Référence « Methanex Corporation v. United States of America" (1999), ALENA, UNCITRAL.

<sup>102</sup> Le MTBE est une substance composée de méthanol commercialisé et produit par Methanex.

Voir cfr § 102, Partie II, Chapitre D. de la sentence arbitrale prononcée le 3 août 2005

<sup>&</sup>lt;sup>104</sup> Robert-Cuendet, 2010, op.cit., p. 317-318.

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> Robert-Cuendet, 2010, op.cit., p. 319.

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> Robert-Cuendet, 2010, op.cit., p. 327.

<sup>107</sup> Article 104 de l'ALENA porte sur les liens entre les objectifs de l'ALENA et les accords environnementaux et de Conservation de la Nature. L'article 104 de l'ALENA, consultable sur le site officiel de l'ALENA, stipule que :

l'autre, il a estimé que la disposition (art. 104) imposait la conciliation des accords internationaux visés. De la sorte, dans le cas où la Convention de Bâle était déjà entrée en vigueur entre les États-Unis et la Canada (ce qui n'était pas encore le cas!), l'art. 104 impliquait que, lorsqu'une partie a le choix entre plusieurs alternatives raisonnables et effectives pour se mettre en conformité avec la Convention de Bâle, cette partie est obligée de choisir l'alternative la moins inconsistante avec l'ALENA<sup>108</sup>.

Robert-Cuendet conclut en disant à ce propos que les Tribunaux de Methanex et de S.D. Myers ont eu une interprétation très différente – pour ne pas dire contradictoire – de la nécessité, de la légitimité, du caractère raisonnable, arbitraire et discriminatoire d'une mesure consistant à interdire d'exporter ou importer une substance chimique dangereuse (PCB ou MBTE). En effet, dans l'affaire Methanex, à aucun moment le Tribunal n'a cherché à déterminer si, au lieu d'interdire purement et simplement le MBTE, une utilisation plus contrôlée de cette substance (MBTE) aurait suffit à prévenir les risques environnementaux et sanitaires allégués. Or, dans l'affaire Methanex, c'est l'État (les États-Unis) et non l'investisseur qui eut gain de cause<sup>109</sup>.

→ Références utiles pour une analyse juridique plus approfondie de ce litige :

- Hodges B., «Where the grass is always greener: Foreign investor action against environmental regulations under NAFTA's Chapter 11, S.D. Myers v. Canada », in Georgetown International Environmental Law Review, Vol. 14(2); 367 408; 42 p.
- Weiler Todd, « A first look at the interim merits award in S.D. Myers Inc. v. Canada: Is it possible to balance legitimate environmental concerns with investment protection », in *Hastings ICLR*, 2001, p. 173-189.
- Peterson L.E. & Magraw Kendra, "Looking Back: In S.D. Myers v. Canada case, arbitrators rule that temporary ban on cross-border hazardous waste shipment had protectionist intent", in *Investment Arbitration Reporter*, 26/04/2017.
- Peterson Luke Eric & Magraw Kendra, "Looking Back: At damages phase, arbitrators in S.D. Myers v. Canada case quantified foregone income due to border closure; role of NGO-driven political risk also touched upon", in *Investment Arbitration Reporter*, 26/04/2017.

# **4.4 Tecmed c. Mexique (2000)**<sup>110</sup>

En résumé, l'arbitrage de ce litige a aussi eu lieu selon les règles d'arbitrage du CIRDI et en vertu des clauses de protection des investisseurs du TBI Mexique – Espagne. La fiche technique complète de ce litige est présentée en **annexe 6**.

Ce litige est survenu en 1998 lors de la demande par la firme espagnole Tecmed de renouvellement du permis d'exploitation d'une décharge qu'elle avait rachetée au Mexique. Les autorités mexicaines ont refusé de reconduire le permis en question pour des raisons d'irrégularités et de risques sanitaires et environnementaux liés aux activités de cette décharge. Ce refus a été contesté en 2000 par l'entreprise espagnole devant un tribunal d'arbitrage qui s'est prononcé en faveur de l'investisseur (Tecmed) car le refus du Mexique a aussi été interprété comme une expropriation indirecte de l'investissement préalablement réalisé, sans compensation appropriée. Le Mexique a donc été condamné à verser une indemnité de plus de 5,3 US\$ millions à l'investisseur espagnol Tecmed.

<sup>&</sup>quot;In the event of any inconsistency between this Agreement and the specific trade obligations set out in (a)(b) and (c) the *Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal*, done at Basel, March 22, 1989, on its entry into force for Canada, Mexico and the United States, or (...); such obligations shall prevail to the extent of the inconsistency, provided that where a Party has a choice among equally effective and reasonably available means of complying with such obligations, the Party chooses the alternative that is the least inconsistent with the other provisions of this Agreement".

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Robert-Cuendet, 2010, op.cit., p. 352.

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup> Robert-Cuendet, 2010, op.cit., p. 353.

<sup>110</sup> Référence "Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique" (2000), ICSID Case n° ARB(AF)/00/2;

## 4.4.1 Description des raisons du litige et chronologie des faits<sup>111</sup>

En 1996, Tecmed achète un centre d'enfouissement technique pour déchets industriels toxiques à une agence mexicaine pour 34 millions de pesos (§ 35, §78-91 de la sentence arbitrale). Elle demande et obtient par la suite le permis pour mettre la décharge en fonction de la part de l'Agence Fédérale en charge de la Politique Nationale de l'Ecologie et de la Protection de l'Environnement (ci-après « Agence de Protection de l'Environnement », APE) (§36). Le permis octroyé à Tecmed diffère néanmoins du permis octroyé au propriétaire précédent de la décharge. Alors que Tecmed a reçu un permis d'une durée déterminée, d'un an renouvelable chaque année, le permis octroyé au propriétaire précédent était un permis valable pour une durée indéterminée (§38). Mais malgré cette différence – qui se révélera plus tard critique – Tecmed n'a pas protesté contre la durée de son permis auprès des autorités mexicaines compétentes lorsque celles-ci lui ont octroyé son permis (§58, §92).

Après quelques mois de fonctionnement, en lien avec l'exploitation de la décharge et avec le transport de déchets à partir de et vers la décharge du Mexique, il s'avère que Tecmed est suspecté de ne pas respecter certaines clauses du permis qui lui a été octroyé. Le Bureau Fédéral de la Protection Environnementale diligente une enquête sur ces faits suspectés. Les faits se confirment et le Bureau finit par donner une amende à Tecmed (§43). Face au non-respect de Tecmed de certaines dispositions stipulées dans son permis, des organisations de la société civile locale se mettent à protester contre cette décharge et en demandent la mise à l'arrêt. En plus de dénoncer le non-respect des clauses sanitaires et environnementales stipulées dans son permis, la société civile locale proteste contre le fait que la décharge se trouve à proximité de la commune de Hermosillo, densément peuplée. La décharge ne se trouve qu'à 8 km de cette commune et non à min. 25 km, tel qu'exigé par la réglementation mexicaine (§108). En raison de la forte opposition de la population, Tecmed ainsi que les autorités municipales et fédérales commencent à chercher en 1997 des options de lieux alternatifs pour y relocaliser la décharge. Tecmed s'engage même à prendre en charge les frais du déménagement de sa décharge (§147, 160, 162).

Parallèlement à ces démarches, après la première année d'exploitation de la décharge, l'APE prolonge une première fois le permis de Tecmed jusque novembre 1998. Quand Tecmed demande une deuxième prolongation, l'APE refuse et exige dans le même temps que Tecmed ferme définitivement sa décharge (§39). Pour justifier sa décision, l'APE met en avant quatre raisons:

- 1. La quantité de déchets contenus dans la décharge excède les limites autorisées par le permis ;
- 2. Tecmed entrepose temporairement dans la décharge des déchets destinés à une autre installation sans que le permis octroyé ne l'autorise à servir de 'centre de transfert' même temporairement;
- 3. La décharge accueille des déchets liquides et biologiques infectieux sans en avoir le permis ;
- **4.** Tecmed a donné son accord pour relocaliser sa décharge dans un lieu suffisamment éloigné du centre urbain Hermosillo (§99).

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> Ce sous-chapitre est basé sur le chapitre « Summary of Facts and Allegations » (p. 35 à 51) de la sentence arbitrale (Award) : https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf

et sur le chapitre « Tecmed v. United Mexican States », in Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, « International Investment Law and Sustainable Development Key cases from 2000–2010 », International Institue for Sustainable Development, juillet 2011, p. 137-144.

# 4.4.2 Infractions invoquées par Tecmed et verdict du Tribunal<sup>112</sup>

Concrètement, Tecmed prétend que le Mexique a enfreint cinq obligations en vertu du TBI Espagne-Mexique qui consiste à (1) promouvoir l'admission de ses investissements (2) fournir une protection et la sécurité de ses investissements (3) accorder un traitement juste et équitable (TJE) à ses investissements (4) assurer à ses investissements un traitement au moins aussi favorable au traitement réservé aux investisseurs nationaux et étrangers (5) ne pas exproprier un investissement sans payer une compensation appropriée<sup>113</sup> (§93-94, 99).

Aussi, Tecmed a essayé de revendiquer une application rétroactive de la Clause de la Nation la Plus Favorisée (CNPF) stipulée dans le TBI Mexique-Espagne, de manière à faire valoir son droit à recevoir un permis d'une durée similaire au permis octroyé au premier propriétaire de la décharge. Mais le Tribunal a rejeté cette réclamation (§69).

Au final, le Tribunal a conclu que (§201):

- le Mexique a bien exproprié l'investissement de Tecmed sans lui verser de compensation suffisante ;
- le Mexique n'a pas assuré un Traitement Juste et Equitable (TJE) aux investissements de Tecmed.

Sur base de ces deux violations du TBI, le Tribunal a ordonné au Mexique de verser une indemnité de 5,3 millions de pesos à Tecmed (+intérêts).

#### 4.4.3 Analyse des questions juridiques soulevées et de la justification du verdict

On observe donc que dans ce cas, une mesure adoptée démocratiquement pour réglementer un danger sanitaire et environnemental et qui n'est pas jugée discriminatoire peut malgré tout être assimilée par un Tribunal à une expropriation indirecte étant donné que, selon ce Tribunal, la mesure concernée n'est pas conforme à la clause de TJE<sup>114</sup>. En statuant de la sorte, le Tribunal a retenu une interprétation extrêmement large du principe de TJE. Ce verdict indique l'importante marge de manœuvre dont dispose un Tribunal lorsqu'il apprécie le but d'intérêt général poursuivi par une mesure réglementaire d'un État et les obligations de ce dernier en matière de protection des investissements étrangers.

Bernasconi et Johnson relèvent que, pour sa défense, le Mexique a prétendu que sa décision ne pouvait être considérée comme une expropriation car c'était une « mesure réglementaire légitime, non arbitraire prise régulièrement par une agence gouvernementale en cohérence avec sa compétence, dans le respect de son droit à réguler, dans le cadre très réglementé et particulièrement sensible de la protection de l'environnement et de la santé publique » (§97). Elles soulignent aussi le fait que, selon le Mexique, Tecmed n'avait aucune attente légitime à avoir concernant la durée pendant laquelle il allait être autorisé à exploiter sa décharge vu la validité d'un an du permis octroyé par le Mexique et vu que ce permis allait devoir être renouvelé chaque année (moyennant le respect de certaines conditions)<sup>115</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> Ce sous-chapitre est basé sur l'analyse de ce litige réalisée par l'Institut International du Développement Durable. Voir Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, « International Investment Law and Sustainable Development Key cases from 2000–2010 », International Institue for Sustainable Development, juillet 2011, p. 137-144.

<sup>113</sup> Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, 2011, op.cit., p. 139.

Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, 2011, op.cit., p. 140.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, 2011, op.cit., p. 141.

Elles expliquent alors le raisonnement suivi par le Tribunal : celui-ci s'est penché sur les **effets de la mesure**<sup>116</sup> et sur la **proportionnalité de la mesure**<sup>117</sup> (vis-à-vis de l'intérêt public en jeu) pour établir si la mesure (c-à-d la non prolongation du permis et l'ordre de fermer la décharge) devait être considérée comme une expropriation indirecte ou pas.

A cet effet, le Tribunal a retenu le fait que, malgré la durée explicite d'un an du permis octroyé, les efforts et l' 'attention' (*the consideration* dans le texte, ndr) que Tecmed a accordé à son investissement démontre que Tecmed s'attendait légitimement à ce que ses efforts lui soient reconnus comme une preuve qu'il considérait son investissement dans la décharge comme une entreprise de long terme (§149). Selon ce Tribunal, Tecmed était donc en droit d'avoir des attentes légitimes concernant la rentabilité de son investissement.

Le Tribunal a aussi retenu que la décision de l'APE – de ne pas renouveler le permis et de lui imposer sa fermeture – a bien eu l'effet de neutraliser de manière permanente la valeur de l'investissement de Tecmed, ce qui doit être considéré comme une expropriation indirecte (§139).

Concernant le **test de proportionnalité**, le Tribunal a estimé que, sur base des justifications fournies par l'APE, les infractions de Tecmed – concernant les mesures sanitaires et environnementales à respecter – étaient en général assez mineures. Selon les arguments des autorités mexicaines retenus par le Tribunal, il n'a pu être établi avec certitude que ces infractions allaient compromettre de manière significative la santé publique, l'équilibre écologique et la protection de l'environnement (§124, 127, 130-132). Selon le Tribunal, il n'y avait pas de préoccupations sanitaires ou environnementales sérieuses et avérées pour justifier la non-prolongation du permis ou pour exiger la fermeture de la décharge.

Le Tribunal s'est aussi penché sur la question de savoir si les mobilisations sociales engendrées par cette affaire avaient été de nature à générer une 'véritable crise sociale' ou une 'urgence publique'. Mais le Tribunal a conclu que ces protestations n'ont pas pris les proportions d'une 'situation d'urgence', et que ces protestations visaient surtout la *localisation* de la décharge plutôt que l'attitude incorrecte (*wrongful*) de Tecmed (c-à-d le non-respect de certaines règles stipulées dans son permis). Le Tribunal a donc estimé que les intérêts socio-politiques du Mexique n'avaient pas réellement été suffisamment perturbés que pour justifier la décision de l'APE (§139, 142, 147). Ainsi, bien que les décisions du Mexique (EPA) étaient légitimes et légales en droit interne, le Tribunal a conclu que ces décisions étaient disproportionnées et abusives. Elles ont eu pour effet de déposséder de manière permanente Tecmed de la valeur de son investissement et qu'elles n'étaient pas suffisamment justifiées par la poursuite de l'intérêt général<sup>118</sup>.

Selon les analystes Bernasconi et Johnson, il importe de souligner que ce fut la première fois qu'un **test de proportionnalité** a été réalisé par un Tribunal pour essayer d'appréhender le mieux possible le calibrage, la cohérence et le bien-fondé d'une mesure de droit interne d'un État vis-à-vis de ses obligations internationales sans perdre de vue son droit à légiférer<sup>119</sup>. Cette démarche intéressante (réaliser un test de proportionnalité)

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> La mesure en question a-t-elle neutralisé ou détruit de manière permanente et irréversible la valeur économique de l'usage, de la propriété des infrastructures ou des droits qui découlaient de leur possession ?
<sup>117</sup> La mesure en question était-elle proportionnelle aux risques posés par le fonctionnement et l'activité de l'investissement

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> La mesure en question était-elle proportionnelle aux risques posés par le fonctionnement et l'activité de l'investissement concerné? N'y avait-il pas une mesure moins drastique qui aurait limité de manière satisfaisante les risques liés au fonctionnement de l'investissement?

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, 2011, op.cit., p. 142.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, 2011, op.cit., p. 143.

aura eu le mérité d'initier une nouvelle pratique pertinente qui inspira de nombreux autres Tribunaux arbitraux par la suite<sup>120</sup>.

Selon ce Tribunal, la clause de TJE du TBI Espagne-Mexique imposait au Mexique d'agir avec cohérence, transparence, prévisibilité et sans ambiguïté vis-à-vis des investisseurs étrangers, ce qu'il a manqué de faire (§154-156). En effet, selon le Tribunal, l'APE n'a pas réussi à démontrer en termes clairs et explicites les justifications de sa décision et les impacts concrets que risquaient d'avoir la poursuite du non-respect des normes sanitaires et environnementales par Tecmed. L'APE aurait aussi dû, selon le Tribunal, fournir à l'avance des signes plus évidents de son intention de ne pas renouveler le permis (§162).

#### 4.4.4 Remarques conclusives

En conclusion, selon les auteurs précités, le Tribunal a rendu un tel jugement car il a estimé que l'APE a surtout pris cette décision en raison des importants troubles politiques et la pression sociale engendrés par la proximité de la décharge plutôt qu'en raison des risques réels générés par celle-ci (§157). Le verdict du Tribunal repose sur le fait qu'il a jugé que la réglementation sanitaire et environnementale mexicaine – pourtant adoptée démocratiquement – ne reposaient pas sur des bases suffisamment objectives et a condamné le Mexique parce qu'il a estimé que les législations environnementales et sanitaires n'était au final qu'un prétexte.

Mais quelle loi est parfaitement objective et justifiée aux yeux d'un Tribunal et d'un investisseur étranger incommodé par celle-ci? Le corpus législatif d'un État n'est-il pas par définition la résultante des valeurs et de la culture socio-économique, politique et juridique d'une société dont l'identité est toujours caractérisée par une certaine subjectivité?

Ce verdict pose de sérieuses questions quant à la légitimité de la sentence arbitrale et de la marge d'interprétation interpellante des Tribunaux arbitraux. Ces derniers pouvant apparemment se transformer en 'Exégèse Suprême' du droit interne sans disposer d'une véritable légitimité démocratique et sans contradicteur possible vu que les possibilités de faire appel dans les règles d'arbitrages du CIRDI sont quasiment nulles.

# 4.5 Quatre verdicts controversés : le droit des États à réguler a-t-il été affecté? Ont-ils usé de ce droit correctement ? Comment ces verdicts sont-ils critiquables ?

Les quatre exemples de litiges analysés plus haut illustrent que, dans plusieurs cas, une mesure *prétendument* environnementale a pu être considérée comme une mesure déraisonnable, abusive, discriminatoire, disproportionnée et donc non-conforme aux clauses de promotion et de protection des investissement stipulées dans l'ALENA et le TBI Espagne-Mexique. Ces quatre exemples d'arbitrages ont donc connu une issue (officielle ou informelle) en faveur de l'investisseur. Ils ont par conséquent fait couler beaucoup d'encre et ont déjà été largement commentés<sup>121</sup>.

Leben Ch., « Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développement », Paris, LGDJ, 2006.

<sup>120</sup> A propos de l'importante influence de ce premier 'test de proportionnalité' sur la jurisprudence des arbitrages des litiges liés à des traités d'investissements, voir le sous-chapitre « L'opportunité du test de proportionnalité en droit international de l'investissement. La portée de la jurisprudence Tecmed », in Robert-Cuendet S., 2010, op.cit., p. 342-348 + p. 338-340.

Mais dans les affaires Ethyl, Metalclad, S.D. Myers, ou encore Tecmed, Sabrina Robert-Cuendet estime que la sentence des Tribunaux est justifiée car la volonté de protéger l'environnement n'était pas véritablement au cœur du problème.

En effet, il se fait que, selon son analyse, la protection de l'environnement n'est intervenue qu'à titre incident, souvent comme justification de fortune pour l'État. C'est pourquoi elle qualifie l'intention cachée derrière ces quatre mesures de « protectionnisme vert ». Selon elle, seule l'affaire Methanex a véritablement placé au centre de la réflexion la nature environnementale de la mesure en cause. Dans ce cas, le tribunal a constaté que peu importaient les effets et la gravité de l'interdiction du MTBE, celle-ci étant parfaitement justifiée du point de vue des motifs écologiques sur lesquels s'était fondée la Californie. Dans les quatre autres affaires, la mesure ne pouvait être justifiée d'un point de vue environnemental selon elle<sup>122</sup>.

Cette observation amène par exemple Sabrina Robert-Cuendet à conclure sa thèse de doctorat, au terme d'une analyse d'une centaine d'arbitrages<sup>123</sup> en affirmant que, (Robert-Cuendet, 2010, p. 485):

« Dans le cadre de l'ALENA, comme dans le cadre plus général du contentieux relatif à l'expropriation indirect, aucun exemple ne permet de confirmer les craintes formulées quant au fait que l'État hôte pourrait être empêché de réglementer dans le domaine de la protection de l'environnement. Chaque affaire d'apparence « environnementale » qui a donné lieu à une condamnation de l'État a révélé que les intentions de celui-ci n'étaient pas aussi pures qu'il le prétendait. Le contentieux de l'expropriation du fait de la réglementation environnementale revêt ainsi essentiellement les traits d'un contentieux relatif aux mesures de protectionnisme que l'État cherche à auréoler d'une vertu écologique. L'impression qui se dégage de ce panorama jurisprudentiel est bien que l'investisseur ne doit pas pouvoir obtenir une indemnité, sur le fondement de l'expropriation indirecte, pour les dommages causés par une mesure environnementale parfaitement légitime ».

En d'autres termes, elle se veut rassurante et explique que les Tribunaux arbitraux concernés n'ont jamais contesté ou remis en question le droit des États à réglementer leur environnement. Elle indique simplement que dans ces quatre cas, les États s'y sont mal pris. Ils n'ont pas légiféré conformément ou en tenant suffisamment compte de leurs obligations internationales.

En ce sens, l'analyse de S. Robert-Cuendet ne rejoint pas l'analyse de l'« Institut International du Développement Durable », surtout en ce qui concerne l'affaire SD Myers, Tecmed et Methanex (cfr infra). Faisant écho à d'autres analyses juridiques <sup>124</sup>, et partant avec une présomption inverse, au terme d'une analyse de plusieurs années, Sabrina Robert-Cuendet, apporte un éclairage singulier concernant le débat sur le bilan des arbitrages ayant été rendus dans le cadre de l'ALENA en ce qui concerne les questions environnementale et la jurisprudence à laquelle cet ALE a donné lieu au terme de 25 ans de mise en œuvre. Sabrina Robert-Cuendet se veut en effet relativement rassurante en ce qui concerne les prérogatives d'un État à adopter des mesures environnementales *raisonnables et proportionnées* <sup>125</sup> dans le cadre spécifique de l'ALENA.

Le litige par excellence sur lequel elle se base et qu'elle analyse en détail pour en venir à cette conclusion est le différend 'Methanex Corp. c. États Unis' (2005) dont la sentence arbitrale a été rendue en faveur des États-Unis. In fine, cette sentence cautionne la légitimité, la prévisibilité, le caractère proportionnel, non-

Voir la liste des sentences arbitrales étudiées dans sa thèse de doctorat : Robert-Cuendet S, 2010, p. 506 à 513.

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> Robert-Cuendet, 2010, op.cit., p. 318.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> Charles Leben, cfr les conclusions d'un de ses ouvrages de référence : « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte » in Leben Ch., « Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développement », Paris, LGDJ, 2006, p.177.

<sup>125</sup> Dans le sens ou ces mesures environnementales ne sont pas susceptibles d'être interprétées comme des mesures d'expropriation indirecte et donc attaquables par des investisseurs étrangers lésés devant un tribunal arbitral.

arbitraire, raisonnable et non-discriminatoire de l'interdiction de l'importation du MTBE (en provenance du Canada) par l'État de Californie<sup>126</sup>.

Mais la conclusion de la thèse de doctorat de Sabrina Robert-Cuendet ne semble pas partagée par Bernasconi et Johnson. Ces dernières affirment au terme d'une analyse juridique tout aussi approfondie de 19 litiges emblématiques portant sur de mesures environnementales (entre 2000 et 2010) que :

« In practice, it is submitted that this approach (followed by Methanex's Tribunal) creates a serious issue for the equal application of international law—in particular, international investment law—between developed and developing countries. Taking the Metalclad and Methanex cases on expropriation and, e.g., the Parkerings and Tecmed v. Mexico cases on fair and equitable treatment, we see two different, largely irreconcilable approaches to each of these issues. A state cannot be sure which (approach) will be applied, as it will depend on the predilections of the arbitral tribunal and, in particular, the presiding arbitrator. If a government breaches a commitment it has made regarding its future regulatory actions (or inactions), however, under both approaches, a finding of expropriation on the one hand, or fair and equitable treatment on the other hand, is available » 127.

Selon les conclusions de Bernasconi et Johnson, sur base de leur analyse de 19 litiges (entre 2000 et 2010) dont l'affaire Methanex, Metalclad et Tecmed, le raisonnement suivi par ces Tribunaux arbitraux au fil du temps manque de cohérence et semblent trop dépendre de la subjectivité des Arbitres. La logique qui soustend leurs sentences arbitrales souffre d'une trop grande imprévisibilité. Celle-ci serait due à la marge de manœuvre trop importante dont disposent les arbitres pour interpréter les principes comme les 'attentes légitimes', la CNPF et le TJE que les États parties à un AII ont l'obligation de respecter<sup>128</sup>.

Cette conclusion corrobore dans une certaine mesure les constats tirés par Howard Mann et Konrad Von Moltke au terme d'une autre analyse plus ancienne. Au terme d'une importante étude sur les litiges portant sur des règlementations environnementales, ils concluent:

"The growth in FDI since the coming into force of NAFTA, and particular for Mexico, shows the potential effectiveness of this as part of an overall economic strategy. But it is also clear that NAFTA's protections for foreign investors have had important unanticipated consequences for other aspects of public policy making. The uncertainty and unpredictability created by NAFTA around environmental and public welfare legislation is profound. The reality that Chapter 11 has already led to settlements for a foreign investor and the withdrawal of the environmental law at the root of the dispute indicates that the threat is real. The theoretical and practical conflict between this reality and the ability to protect the environment is too real to ignore. The current structure and substance of Chapter 11 are inconsistent with the broader NAFTA regime's guarantee that each party will be able to set its own environmental standards, and its goal to ensure that trade law is supportive of sustainable environment. The prospect that the expropriation provision might require compensation to be paid to foreign investors for environmental laws that are non-discriminatory is a reversal of the basic Polluter Pays principle so central to modern environmental policy making" 129.

Bien que cette conclusion de Howard et Von Moltke date de 1999 et repose donc sur une analyse des litiges survenus avant 1999, il est intéressant de constater que, en matière de litige portant sur des réglementations environnementales, déjà à cette époque, ces deux auteurs mettent en avant des problèmes similaires à ceux identifiés par Bernasconi et Johnson. Soulignons bien que ces quatre auteurs font partie du même institut de recherche (l'Institut International du

<sup>126</sup> Methanex Corp. c. USA (2005), dans le cadre de l'ALENA. Règles d'arbitrage: CNUDCI ; Lien URL :

www.italaw.com/cases/683 + www.italaw.com/cases/435

127 Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, 2011, op.cit., p. 89.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> Voir la conclusions de leur analyse des 19 arbitrages passés en revue dans leur e-book « International Investment Law and Sustainable Development. Key cases from 2000–2010 », International Institue for Sustainable Development, juillet 2011, 178 pages.

<sup>129</sup> Mann Howard, Von Moltke Konrad, « NAFTA's Chapter 11 and the Environment. Addressing the Impacts of the Investor-State

Process on the Environment », International Institute for Sustainable Development, 1999, p. 62.

Développement Durable) et que cette convergence de conclusion n'est peut-être pas si étonnante. Le fait est qu'ils arrivent à ces conclusions similaires à l'issue d'une analyse juridique qui porte justement sur deux périodes différentes.

#### 4.6 Remarques conclusives

Dans l'affaire 'Ethyl Corp. c. Canada', nous avons vu que l'issue d'un litige peut être influencée simplement par l' « phénomène de gel réglementaire » (*chilling effect*) que peut représenter l'introduction d'une demande d'arbitrage. L'issue d'un litige peut aussi être déterminée par l'intention cachée d'une mesure soi-disant environnementale qualifiée alors de 'protectionnisme vert' quand il s'avère que l'objectif était en fait de discriminer un importateur (investisseur étranger lésé) au profit des producteurs nationaux. A cette occasion, nous avons aussi vu qu'un phénomène similaire de *chilling effect* est susceptible d'avoir opéré à l'issue du litige 'Transcanada c. États-Unis' réglé très récemment<sup>130</sup>.

Dans l'affaire 'Metalclad c. Mexique', l'élément majeur retenu par le tribunal est le fait que le refus de permis a été décidé par une autorité qui n'avait pas de compétence environnementale. Il s'agirait d'une décision de nature politique assimilée à une infraction au principe de TJE selon le Tribunal. Le motif environnemental n'étant qu'un 'prétexte de fortune'.

Dans l'affaire 'SD Myers c. Canada', on retient que le Canada a justifié – en vain – son interdiction d'exportation du PCB e.a. par le respect des principes et recommandations de la Convention de Bâle sur les produits chimiques. Mais le Tribunal y a surtout vu une mesure protectionniste discriminatoire vis-à-vis des firmes de traitement de PCB états-uniennes. Nous avons aussi constaté le manque de cohérence de cette sentence avec celle de l'affaire similaire *Methanex* c. États-Unis. Cette affaire illustre le manque d'objectivité des tribunaux arbitraux et l'importante marge d'interprétation dont disposent les arbitres pour juger la légalité de certaines mesures adoptées par les États.

Dans l'affaire 'Tecmed c. Mexique', Tecmed a invoqué avec succès une infraction du 'Traitement national' (TN) du TBI car les termes du permis qui lui a été octroyé n'étaient pas aussi favorables que ceux du permis octroyé au précédent propriétaire. Le Tribunal a retenu une interprétation extrêmement large du TJE et a estimé que Tecmed était en droit de prétendre à des attentes légitimes qui ont été frustrées par la décision trop subjective du Mexique. Le tribunal s'est focalisé sur les effets de la mesure, c-à-d. sur la gravité de son impact financier. Aussi, pour la première fois, le tribunal a procédé à un test de proportionnalité afin d'établir si la décision était proportionnée aux infractions de Tecmed. Il a alors conclu que la décision du Mexique était abusive, disproportionnée et qu'elle n'avait pas été suffisamment justifiée vis-à-vis de l' « intérêt général » que le tribunal interprète lui-même de façon très partiale.

Somme toute, nous remarquons que ces quatre litiges présentent une configuration similaire dans le sens où ils ont tous les quatre concerné une mesure qui visait – légalement ou pas, là n'est pas la question – à protéger l'environnement. C'est ce que nous qualifions dans ce mémoire de '<u>litiges classiques</u>'.

A cet effet, pour en revenir à notre question de départ, puisque la possibilité d'introduire une demande d'arbitrage et de recourir aux service d'un tribunal d'arbitrage pour régler leur litige et qu'ils ont tous eu gain de cause, il convient de conclure que, dans ce cadre (Amérique du Nord, entre 1996 et 2005 env.), le recours aux TAP a plutôt représenté une <u>menace</u> pour les réglementations environnementales.

\_

<sup>130</sup> suite à la décision du Président Donald J. Trump d'octroyer le permis

Cette observation s'explique-t-elle par l'absence du principe de précaution dans la culture juridique outre-Atlantique? Par une certaine tolérance des risques d'atteinte à l'environnement? Par une volonté de 'surprotéger' les investissements étrangers? Par une volonté de moduler le principe 'pollueur = payeur' pourtant ancré dans la culture juridique nord-américaine? L'explication de cette observation dépasse le cadre de ce mémoire mais présente certainement d'intéressantes perspectives de recherches académiques futures.

De manière générale, on peut dire qu'il s'agit d'arbitrages relativement bien couverts et traités dans la littérature scientifique. Par ailleurs, à l'heure actuelle, tel que présenté dans l'annexe 13 (dernière colonne), on observe que la documentation officielle (consultable dans les bases de données) est abondante. Ceci dit, on ne sait à quelle date exactement cette documentation a été rendue publique. A cet effet, dans le cadre de cette analyse-ci, on ne peut tirer de conclusion sur la prétendue opacité ou le manque de transparence de ces procédures (dénoncés par certains) au moment où celles-ci étaient en cours.

Par ailleurs, il semble que les principaux arguments mobilisés dans les plaignants pour faire reconnaître la non-conformité des mesures environnementales et ainsi faire condamner les États présentent une certaine récurrence. Il s'agit de mesures environnementales que - pour des raisons assez variables - les tribunaux ont considérées discriminatoires, abusives, injustes, inéquitables, illégitimes, arbitraires, déraisonnables et/ou disproportionnées. Par conséquent, ces mesures ont été réputées ne pas respecter des obligations de 'Traitement Juste et Equitable' (TJE), la clause de la nation la plus favorisée (CNPF), le traitement national (TN), l'interdiction d'exproprier sans compensation adéquate. En conclusion, ces mesures ont dû être qualifiées d'expropriation indirecte sans compensation appropriée, une infraction qui implique dans le droit des traités d'investissement internationaux une réparation qui prend la forme d'une indemnisation financière (et/ou du retrait de la législation, en cas de *settlement*).

En résumé, l'analyse de ces sentences arbitrales fait néanmoins apparaître une série de critiques récurrentes :

- La subjectivité des arbitres et la marge de manœuvre très (trop?) large des Tribunaux pour interpréter l'ampleur des principes comme TJE, TN et CNPF.
- pas de véritable jurisprudence et donc d'obligation de respecter les raisonnements, principes et balises conceptuelles de celle-ci, ce qui provoque parfois un manque de cohérence des sentences arbitrales
- par de possibilité de faire appel même lorsque la sentence arbitrale semble présenter des éléments contradictoires, des arguments non étayés, etc.

Par ailleurs, Robert-Cuendet a constaté dans un premier temps une certaine tendance des Tribunaux à se focaliser sur la **gravité de l'impact de la mesure**, sur le montant du préjudice financier encouru par l'investisseur; ou sur l'ampleur du manque à gagner qui découle de la mesure environnementale. Ceci au lieu de prendre en compte sur un même pied d'égalité les responsabilités et obligations internationales des États dans leur ensemble, c-à-d les responsabilités commerciales **et** environnementales. Cela étant, elle a observé et conceptualisé un début d'évolution positive de la cohérence et des raisonnements suivis par les tribunaux arbitraux. Cette évolution positive serait symbolisée par la sentence du Tribunal Methanex, selon Robert-Cuendet.

A présent, tentons de voir quels constats nous pouvons faire de l'analyse des litiges portant sur une mesure environnementale adoptée par un État européen. C'est le sujet du chapitre 5 qui présente 6 études de cas.

## 5. Analyses de litiges portant sur une mesure environnementale adoptée par des États européens

Après l'analyse de quatre affaires emblématiques outre-Atlantique, passons à présent en revue quelques litiges importants qui ont impliqué des mesures environnementales adoptées cette fois-ci par des États européens. A nouveau, il s'agit bien d'une série de litiges basée sur des critères prédéfinis et cette étude-ci ne prétend pas être généralisée à l'ensemble des litiges conformes aux critères retenus<sup>131</sup>. Les observations et remarques émises à l'issue de cette analyse ne peuvent donner lieu à aucune extrapolation.

Le but de la présentation et de l'analyse de ces litiges est d'essayer d'identifier des invariants et des spécificités propres à ces différends par rapport à notre question de départ et par rapport aux constats posés dans le chapitre précédent. L'objectif final étant bien sûr de voir in fine dans quelle mesure l'opportunité d'initier ces procédures d'arbitrage a pu affecter une mesure environnementale.

### **5.1 Emilio Agustin Maffezini c. Espagne (1997)**

# 5.1.1 Fiche technique synthétique du litige<sup>132</sup>

Ce litige a opposé le Royaume d'Espagne à un investisseur argentin qui a introduit sa demande d'arbitrage le 30 octobre 1997. Cet arbitrage a été initié en vertu des clauses de promotion et protection des investissements et de la clause de règlement des différends entre investisseurs et États stipulées dans le Traité Bilatéral d'Investissement (TBI) Espagne – Argentine. Les règles d'arbitrage utilisées ont été celles du CIRDI de la Banque mondiale. La sentence arbitrale du tribunal a été prononcée le 13 novembre 2000.

La fiche technique complète de ce litige se trouve en **annexe 7** qui présente aussi un récapitulatif des grandes étapes de cette affaire et la liste des documents publiés dans la base de données du CIRDI.

### 5.1.2 Chronologie et historique des faits ayant mené au litige<sup>133</sup>

Ce litige concerne un investisseur argentin, Emilio Agustin Maffezini, qui décide en 1989 de se lancer dans la production de produits chimiques hautement toxiques en Galice (nord de l'Espagne) grâce à l'aide d'une société publique de soutien à l'industrialisation, la *Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia*, SODIGA. A cet effet, l'investisseur crée en 1989 une société - Emilio Agustin Maffezini S.A. (EAMSA) – dans laquelle il décide de souscrire à 70% du capital de cette entreprise (en y investissant 35 millions de pesetas espagnoles) et la SODIGA souscrit à 30% de son capital (en y investissant 15 millions de pesetas).

Pour soutenir l'activité de cette nouvelle entreprise, la SODIGA lui accorde un prêt de 40 millions de pesetas à un taux d'intérêt préférentiel. D'autres subsides ont été accordés à la société EAMSA par le Ministère des Finances espagnoles et la *Xunta de Galicia* – gouvernement de la Région autonome de Galice – en contrepartie du démarrage effectif des activités de production de substances chimiques par cette société EAMSA conformément à la législation espagnole et européenne applicable à ce secteur sensible.

 $<sup>^{131}\,\</sup>mathrm{cfr}$  chapitre 2 : Méthodologie ; point 2.4 Justification du choix des sept études de cas.

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> La liste complète des documents disponibles est consultable dans la banque de données du CIRDI ; voir Affaire n° ARB/97/7 https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/7

<sup>133</sup> Ce sous-chapitre se base sur le chapitre C « Summary of Facts and Contentions » de la sentence de cette affaire, (cfr p. 10 à 15);

<sup>+</sup> Voir Robert-Cuendet S., 2010, op.cit., p. 412-413.

Afin de lancer son activité, l'investisseur demande des conseils et informations à différentes agences gouvernementales espagnoles. Parallèlement à cela, l'investisseur contracte une firme de consultance, la COTECNO, pour la réalisation d'une étude de faisabilité et une étude de marché concernant les caractéristiques idéales et la localisation des terrains à acheter pour démarrer son business. Suite à ces études, les terrains sont achetés et différents fournisseurs sont contractés pour commencer les premiers travaux d'aménagement.

En 1991, suite à la demande de permis de EAMSA, la *Xunta de Galicia* – Gouvernement régional de Galice demande à ce qu'une Analyse d'Impact Environnemental (AIE) soit réalisée. L'investisseur commandite cette AIE qui est finalisée et transmise à l'investisseur en janvier 1992. Précisons d'emblée que l'investisseur avait donné l'ordre de commencer les travaux de préparation et de construction de l'usine avant de recevoir la version finale de l'AIE. Alors que ces travaux de préparation sont déjà en cours, EAMSA fait face à des difficultés financières malgré de nouvelles aides. Pour tenter de résoudre ces problèmes, un virement de 30 millions de pesetas est réalisé à partir du compte personnel de l'investisseur sur le compte de sa société EAMSA (en tant que 'augmentation de capitale' et non comme un prêt), dans des circonstances controversées qui font l'objet du contentieux et qui seront explicitées plus bas<sup>134</sup>.

Quoi qu'il en soit, la situation de EAMSA ne s'arrange pas et l'investisseur M. Maffezini demande l'arrêt des travaux en mars 1992. Il licencie alors tous les employés de sa société EAMSA.

En juin 1994, un avocat de Maffezini prend contact avec la SODIGA pour lui proposer un arrangement qui consiste en l'annulation de toutes les dettes impayées dues par EAMSA envers la SODIGA en échange de l'entièreté des capitaux (financiers, matériels) de la société EAMSA. La SODIGA refuse cette offre en tant que telle mais indique qu'elle pourrait l'accepter à condition que Maffezini accepte d'ajouter 2 millions de pesetas au deal proposé, ce que Maffezini refuse. Le temps passe, l'Ambassade d'Argentine à Madrid prend contact avec la SODIGA pour essayer d'arranger les choses mais en vain.

En juin 1996, l'impasse perdurant, la SODIGA communique à Maffezini qu'au final, après réflexion, elle est disposée à accepter l'arrangement initial de Maffezini, sans l'ajout des 2 millions par ce dernier. Maffezini ne donne pas suite à cette dernière communication de la SODIGA et peu de temps après, il introduit une requête d'arbitrage auprès du CIRDI, en juillet 1997, sans soumettre d'abord le litige aux tribunaux espagnols, tels que le TBI Espagne-Argentine le stipule.

#### 5.1.3 Les cinq points de discorde du litige

L'investisseur M. Maffezini a indiqué au Tribunal dans sa requête d'arbitrage que ce différend repose sur **cinq points de discorde** entre lui et l'Espagne<sup>135</sup>:

- 1. La question de la juridiction du CIRDI : le tribunal du CIRDI était-il compétent pour arbitrer ce litige ? Cette question se décompose en deux sous-questions plus complexes mais fondamentales :
- L'investisseur n'aurait-il pas du soumettre le règlement de ce litige en premier lieu aux tribunaux espagnols? En d'autres mots, l'investisseur pouvait-il faire valoir la « Clause de la Nation la Plus Favorisée » (CNPF) du TBI Argentine-Espagne pour invoquer la non-obligation de l'investisseur de

-

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> Robert-Cuendet S., 2010, op.cit., p. 413.

<sup>&</sup>lt;sup>135</sup> Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, « International Investment Law and Sustainable Development Key cases from 2000–2010 », International Institute for Sustainable Development, juillet 2011, p. 66 à 71.

- soumettre le règlement du litige aux tribunaux espagnols en priorité, tel qu'autorisé dans le TBI Espagne-Chili?
- le statut privé ou public de la SODIGA : est-ce une entité de nature gouvernementale ou commerciale ?
  - M. Maffezini maintient que la SODIGA a bien agi en tant qu'entité publique, du ressort de l'État.
- 2. les mauvais conseils prodigués par la SODIGA concernant l'estimation des coûts d'aménagement et de préparation, fortement sous-estimés : la SODIGA peut-elle en être tenue responsable ?
  - M. Maffezini estime qu'il était du devoir de la SODIGA de lui transmettre des chiffres plus réalistes.
- 3. la réalisation de l'Analyse d'Impact environnementale (AIE) a engendré des surcouts importants qui ont contribué au retrait de l'investisseur: la SODIGA et la *Xunta de Galicia* peuvent-elles être tenue responsables de cela ? M. Maffezini estime que oui.
- 4. la régularité du virement des 30 millions : le virement des 30 millions de pesetas à partir du compte bancaire personnel de Maffezini sur le compte de sa société EAMSA a-t-il été réalisé avec ou sans l'accord explicite de l'investisseur ? M. Maffezini prétend qu'il n'a jamais donné formellement l'instruction à M. Soto Banos de réaliser ce virement.
- 5. La proposition d'arrangement à l'amiable offerte par Maffezini à la SODIGA en 1994 était-elle une proposition de contrat qui aurait dû être considérée comme acceptée et formalisée dès lors que la SODIGA l'a acceptée (mais après l'avoir refusée une première fois) et dès lors que l'investisseur ne l'a jamais retirée? Maffezini maintient que non car il n'a jamais approuvé formellement cette offre.

#### Contrairement à l'investisseur, l'Espagne prétend que :

- 1. Concernant la compétence du tribunal du CIRDI <sup>136</sup>:
- le tribunal du CIRDI doit se déclarer incompétent car l'investisseur ne peut faire valoir la 'clause de la nation la plus favorisée' (CNPF) du TBI Espagne-Argentine (pour éviter de soumettre en priorité le litige aux tribunaux espagnols, tel que stipulé dans TBI Espagne-Chili) puisqu'il est écrit noir sur blanc dans le TBI Espagne-Argentine (article 10, §2 sur les RDIE) que :
  - « Si un différend au sens du §1 ne peut pas être réglé (à l'amiable) dans les six mois, à partir de la date où une de deux parties a introduit la demande d'arbitrage, ce différend sera soumis à une requête d'arbitrage introduite par une de deux parties auprès du tribunal compétent de la partie où l'investissement a eu lieu » 137
- au moment du litige, la SODIGA a en effet opéré une transition et son statut est passé d'une entité initialement publique à une entité financière/ de nature commerciale. Selon la SODIGA, les démarches et opérations réalisées par cette société financière ne sont donc pas imputables au Royaume d'Espagne, ce qui implique que cette affaire oppose deux acteurs privés qui ne peut donc pas être portée devant le CIRDI.
- 2. c'est l'investisseur le premier responsable de la désignation des bureaux chargés de réaliser les études économiques et de faisabilité (comprenant l'étude de marché, l'estimation des coûts d'aménagement). Il aurait dû être plus prudent concernant la fiabilité des informations transmises

137 Voir article 10 §2 du TBI Espagne - Argentine (1991): http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/119

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, 2011, op.cit., p. 69.

- gratuitement par la SODIGA. Par ailleurs, il aurait dû tenir compte du fait qu'il s'agissait d'informations strictement internes transmises avec les précautions d'usage par la SODIGA.
- Maffezini était parfaitement conscient que la version finale de l'AIE pouvait impliquer des surcoûts importants mais il a décidé lui-même d'entamer les travaux d'aménagement avant d'en recevoir la version finale.
- 4. le virement des 30 millions du compte de Maffezini sur le compte de sa société EAMSA a été réalisé avec son autorisation explicite, par Soto Banos, un employé de la SODIGA qui aurait agi en tant que représentant personnel de Maffezini en Espagne et sur base de ses instructions uniquement.
- 5. l'offre de contrat (de désinvestissement) de Maffezini de 1994 aurait dû être considérée comme acceptée par les deux parties (et mise en œuvre) puisque Maffezini n'a jamais annulé cette offre et celle-ci a finalement été acceptée officiellement par la SODIGA en 1996 (sans demander l'ajout de 2 millions supplémentaires, tel que requis initialement).

## 5.1.4 Arguments retenus par le tribunal et ses décisions <sup>138</sup>

Après une longue procédure en bonne et due forme, la transmission des preuves écrites et justificatifs officiels, plaidoiries orales et les auditions de témoins en juillet 2000, le Tribunal arbitral a tranché ce litige en statuant sur les 5 points de discorde de la sorte:

- 1. Le Tribunal du CIRDI avait bien la compétence de régler ce litige car <sup>139</sup>:
  - Selon l'avis du Tribunal, l'investisseur Maffezini avait le droit de faire valoir la 'CNPF' du TBI Espagne-Argentine pour invoquer la non-obligation des investisseurs de soumettre d'abord le règlement du litige aux tribunaux espagnols tel que stipulé dans le TBI Espagne-Chili et ainsi de le soumettre directement au Tribunal arbitral du CIRDI. En ce sens, le tribunal a retenu une interprétation tout à fait inhabituelle et particulièrement large et interpellante de la 'CNPF'.
  - la SODIGA était bien une agence gouvernementale au moment du virement et à la période durant laquelle le contentieux a pris forme.

Après un test fonctionnel et un test structurel, le Tribunal a en effet confirmé que les actes et décisions de la SODIGA pouvaient donc bien être imputés au Royaume d'Espagne, bien qu'il soit établi que, peu de temps après ce moment, cette agence a vu la nature de son statut se modifier passant d'une entité purement publique/ gouvernementale à une entité de nature à prédominance privée/ commerciale. Ce litige pouvait donc faire l'objet d'une demande d'arbitrage devant le CIRDI et le Tribunal ainsi institué était bien compétent pour trancher ce litige. Autrement dit, malgré la nature hybride de la SODIGA qui a manifestement évolué avec le temps vers une entité à but lucratif/ commercial<sup>140</sup>, l'investisseur a eu gain de cause à ce propos rendant sa demande d'arbitrage auprès du CIRDI recevable<sup>141</sup>.

 Les informations approximatives et conseils malheureux prodigués gratuitement par la SODIGA à Maffezini étaient purement indicatifs et non-contractuels.

 $<sup>^{138}</sup>$  Voir les pages 15 à 30 du « Final Award », 9 novembre 2000, op. cit.

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, 2011, op.cit., p. 70-71.

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> Voir le § 57, p. 19, pour comprendre les nuances et la nature changeante de la SODIGA.

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> Pour l'argumentation et le raisonnement suivant par le Tribunal, voir aussi le document « Decision on Jurisdiction (January, 25, 2000) », op. cit.

Ceux-ci n'engageaient donc pas la SODIGA quant à leur qualité ou fiabilité vu qu'elle n'avait pas été mandatée pour fournir un service de consulting professionnel. La SODIGA a pris soin de préciser qu'il s'agissait de données internes à traiter avec prudence. Selon Maffezini, le coût des travaux nécessaires pour démarrer sa production aurait été de 300% supérieur aux chiffres renseignés par la SODIGA.

Quoi qu'il en soit, le Tribunal a établi que Maffezini était responsable du processus de sélection de la société de consultance à choisir pour réaliser l'étude de marché, l'étude technique et de faisabilité de son projet.

L'Espagne a pu démontrer que M. Maffezini était un entrepreneur expérimenté et que la SODIGA n'a jamais forcé Maffezini à investir.

C'est pourquoi le Tribunal a rejeté l'entièreté des charges de Maffezini à l'encontre de la SODIGA à ce propos. Dans son verdict, le Tribunal insiste sur le fait que « un TBI n'est pas une police d'assurance destinée à couvrir des mauvaises appréciations managériales de la part d'un investisseur ».

3. Concernant les exigences de réaménagements techniques et répercussions financières de l'AIE, le Tribunal estime que la SODIGA et la Xunta de Galicia n'ont fait qu'appliquer la loi espagnole et la Directive européenne qui concernent ce secteur sensible<sup>142</sup>.

Bien qu'il soit établi que la décision du plaignant d'arrêter les travaux de construction était directement liée aux surcoûts des travaux exigés par l'AIE, le Tribunal a conclu que la SODIGA et la Xunta de Galicia ne sont pas responsables des nombreux aménagements complémentaires à réaliser prescrits par l'AIE. Le Tribunal a souligné le fait que l'AIE initiale préparée par COTECNO, à la demande de la société EAMSA, était insuffisante et que la Xunta de Galacia était obligée légalement de demander des informations complémentaires. Ce projet de production industrielle de substances chimiques allait en effet causer des déchets hautement toxiques. Et une fois que Maffezini a transmis les informations manquantes, la Xunta de Galicia a aussitôt approuvé la version finale de l'AIE sans trainer.

Le Tribunal a souligné le fait qu'en Espagne, il y a une disposition relative à la protection de l'environnement dans la Constitution de 1978 à l'article 45<sup>143</sup>. Cet article a d'ailleurs été transcrit dans des lois pour mettre en œuvre ce principe dont la « Loi sur les déchets toxiques et imprévisibles » 144. Le Tribunal insiste sur le fait que le plaignant était formellement tenu de faire réaliser une AIE robuste et réaliste notamment en vertu de la Directive 85/337 de la CEE (adoptée le 27 juin 1985)<sup>145</sup>, et en vertu de l'Arrêté royal n° 1302/1986 (adopté le 28 juin 1986). Ces deux législations imposent spécifiquement aux industries chimiques la réalisation d'une AIE. Dans la législation espagnole, le non-respect des AIE peut conduire à la suspension de l'activité de l'industrie en question.

Sabrina Robert-Cuendet souligne que cet arbitrage illustre bien le fait que l'investisseur a l'obligation de connaître et même d'anticiper la loi environnementale et qu'il doit calibrer ses 'attentes légitimes' en intégrant les charges qui découlent – ou qui sont susceptibles de découler – de la loi environnementale 146.

143 Cet article stipule que « les autorités publiques, se basant sur le principe de solidarité publique, assurent que toutes les ressources naturelles sont exploitées de manière rationnelle en vue de préserver et d'améliorer la qualité de la vie ainsi que pour protéger et restaurer l'environnement.

144 Loi n° 20, du 14 mai 1986 ; voir à ce sujet Ramon Martin Mateo, « The environmental Law System », in N. S. J. Koeman

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> Robert-Cuendet, 2010, op.cit., p. 413.

<sup>&#</sup>x27;Environmental Law in Europe', 1999; chapitre 5 « Environmental Law in Spain », p. 497-499.

<sup>145</sup> Cette Directive ayant été amendée par la Directive 97/11 de la Communauté Economique Européenne (CEE), in Official Journal of the European Community, L73/5, 1997.

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> Robert-Cuendet, 2010, op.cit., p. 412.

Il est évident aux yeux du Tribunal que l'investisseur a essayé de contourner et minimiser les exigences de l'AIE de manière à éviter des coûts supplémentaires et des difficultés techniques. Ainsi, le Tribunal rejette aussi les charges de l'investisseur à l'encontre de l'État espagnol à ce propos et restaure clairement le bienfondé et la bonne foi de l'attitude des autorités espagnoles.

4. Concernant l'irrégularité du virement de 30 millions, le Tribunal donne raison à l'investisseur 147.

Dans un premier temps, le Tribunal confirme que, le 14 novembre 1991, Maffezini a bien donné son autorisation formelle à sa banque de verser les 30 millions de pesetas (à partir de son compte personnel) sur le compte de sa société EAMSA dès que M. Soto Banos (employé de la SODIGA) le lui demanderait. A ce stade, Maffezini n'a donc pas demandé ni autorisé Soto Banos à demander à sa banque de réaliser le transfert<sup>148</sup>. Le Tribunal insiste aussi sur le fait que cette autorisation (donnée par Maffezini à sa banque) n'était pas conditionnée à la finalisation des termes du contrat du prêt des 30 millions à son entreprise EAMSA. Or à ce moment-là, il est établi que les négociations concernant les termes du contrat du prêt des 30 millions (de Maffezini à sa firme) et les arrangements financiers inhérents à ce prêt (entre l'EAMSA et la SODIGA) n'étaient pas encore finalisés.

Or, suite aux auditions et aux preuves écrites transmises par les différentes parties, le Tribunal a dû constater que Soto Banos a demandé à la banque de Maffezini de réaliser le virement des 30 millions le 4 février 1992, sans avoir reçu au préalable l'autorisation (écrite ni orale) de la part de Maffezini et avant que les termes du contrat du prêt des 30 millions n'aient été finalisés.

M. Soto Banos a par contre demandé et obtenu l'autorisation du Directeur de la SODIGA pour réaliser le virement. En ce sens, le Tribunal a conclu que Soto Banos a clairement agit en tant qu'employé de la SODIGA et non en tant que représentant personnel de Maffezini. Ainsi le Tribunal confirme la thèse de Maffezini selon laquelle ce manquement (versement irrégulier du prêt) est bien imputable à la SODIGA.

5. Concernant la négociation devant en principe mener au désinvestissement, le Tribunal a retenu qu'au final aucune offre de désinvestissement n'a été officiellement approuvée par les deux parties.

En effet, selon le Tribunal, le fait que l'investisseur n'ait pas retiré son offre initiale – que la SODIGA a finalement voulu accepter (sans sa condition initialement exigée) après deux ans d'hésitation – n'implique pas que l'offre doive être considérée comme officiellement acceptée par les deux parties<sup>149</sup>. La SODIGA ne pouvait donc se prévaloir de l'accord tacite de Maffezini après autant de temps<sup>150</sup>. Ce désinvestissement n'a donc pas pu être considéré comme conclu lorsque la SODIGA a indiqué à Maffezini que, tout bien considéré, elle voulait accepter son offre initiale.

5.1.5 Conclusions du tribunal, compensation et beaucoup questions en suspens

Si on récapitule les 5 conclusions du Tribunal, celui-ci confirme que :

<sup>147</sup> bien que le texte de l'Arbitrage ne soit pas facile à comprendre vu les différentes contradictions du texte (cfr infra).

<sup>&</sup>lt;sup>148</sup> il s'agit bien de deux autorisations différentes qui doivent être délivrées pour que le virement soit réalisé.

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> Autrement dit, ce genre d'offre dans un tel contexte n'est pas accepté tacitement si les deux parties n'ont pas stipulé expressément leur accord (et même si une des deux parties a donné son accord explicite mais pas l'autre).

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup> Voir p. 29 § 90: "It is well established under the Spanish Civil Code and the writing of eminent commentators that courts may treat an offer as withdrawn or lapsed if acceptance is not timely, that is, when it does not take place within a reasonable period of time ».

- a. Le Tribunal du CIRDI était bien compétent pour régler ce litige car :
  - L'investisseur avait le droit d'invoquer la non-obligation de passer d'abord par les tribunaux espagnols pour régler ce litige<sup>151</sup>, en raison de la CNPF du TBI Argentine-Espagne.
  - La SODIGA est une entité publique, de nature étatique dont les responsabilités sont imputables au Royaume d'Espagne : thèse de l'investisseur retenue pour ces deux points
- → Nota bene: A ce stade ces deux conclusions ne donnent en soi droit à aucune indemnisation; elles ne font que confirmer que la demande d'arbitrage de l'investisseur était recevable auprès du CIRDI.
- b. La SODIGA n'est pas responsable de la faible qualité des conseils et informations approximatives transmises à Maffezini : thèse de la Défense (Espagne) retenue
- c. L'investisseur avait l'obligation de faire réaliser une AIE réaliste, de prévoir un budget pour financer la mise en œuvre des éventuelles recommandations et surtout d'attendre la version finale de l'AIE avant de commencer ses travaux: la thèse de la Défense retenue
- d. Le virement des 30 millions n'a pas été réalisé de manière régulière, c-à-d avec l'autorisation expresse de Maffezini : thèse de l'investisseur retenue  $\rightarrow$  ce qui lui donne droit à une indemnisation.
- e. Concernant l'effectivité ou non du désinvestissement, le Tribunal a conclu qu'aucune offre de désinvestissement n'a été officiellement approuvée par les deux parties : thèse de Maffezini retenue → ce qui confirme l'apparition du litige mais ne donne pas droit à une indemnisation per se.

Ces conclusions ont amené le Tribunal à condamner l'Espagne pour manquement à ses devoirs de protection des investissements étrangers en vertu du TBI Espagne-Argentine, article 3 (1) ; et pour ne pas avoir réservé un TJE à aux investissements de M. Maffezini (non-respect de art. 4 (1) du TBI). Par conséquent, il condamne l'Espagne à lui verser une <u>indemnité de 30 millions + intérêts calculés sur 8 ans (27 millions)</u>, ce qui correspond à une compensation de 57 millions de pesetas en novembre 2000.

La lecture de cette sentence arbitrale peut intriguer à plusieurs égards.

Premièrement, on doit constater l'interprétation particulièrement inhabituelle de la CNPF de la part de ce Tribunal. En effet, en général, la CNPF ne concerne que les questions <u>substantielles</u> (substantive matters) des dispositions reprises dans d'autres TBI. Or, dans ce cas-ci, le Tribunal a choisi d'interpréter la CNPF de manière particulièrement large en l'appliquant également aux questions procédurales des autres TBI en estimant que Maffezini pouvait faire prévaloir le fait que le TBI Espagne-Chili n'impose pas aux investisseurs de soumettre dans un premier temps la résolution du litige qui les occupe aux tribunaux nationaux<sup>152</sup>. Il se fait que les tribunaux arbitraux ont de facto une marge de manœuvre considérable et particulièrement interpellante concernant l'interprétation à donner à la CNPF stipulée dans un TBI.

Deuxièmement, de nombreuses questions restent en suspens :

pourquoi la présentation détaillée des considérations (chapitre D) ne dit rien concernant la nature et les coûts approximatifs des aménagements recommandés par l'AIE ? Etait-ce justifié/ compréhensible que

<sup>&</sup>lt;sup>151</sup> Tel que prescrit implicitement dans le TBI Espagne – Chili.

l'investisseur se désengage en raison de l'ampleur des recommandations de l'AIE ou cela pouvait-il être un simple prétexte?

- Mais surtout : en quoi le virement des 30 millions 153 de pesetas a-t-il contribué à altérer la rentabilité de l'investissement de Emilio Agustin Maffezini? L'investisseur n'en fait nullement la démonstration selon ce verdict. Or, tel que prescrit par les règles d'Arbitrage du CIRDI<sup>154</sup>, l'investisseur doit pouvoir prouver que l'attitude ou la décision qu'il incrimine à l'État a altéré la rentabilité de son investissement, ou a provoqué sa faillite, le cas échéant.
- Si l'investisseur n'était pas d'accord avec ce virement, pourquoi n'a-t-il pas demandé rapidement et officiellement à la SODIGA de récupérer ses 30 millions dès le début au lieu d'attendre 2 ans? Et surtout, pourquoi a-t-il autorisé sa propre société EAMSA à dépenser ces 30 millions s'il trouvait que ce prêt n'était pas opportun?
- Pourquoi l'investisseur a-t-il pris autant de temps (2 ans, entre 1994 et 1996) pour notifier à la SODIGA qu'il souhaitait contester la régularité de cette transaction tout en dépensant cette somme pour financer les travaux de construction? L'investisseur ne peut-il pas être tenu en partie responsable de l'impossibilité de faire le virement dans le sens inverse (du compte de l'EAMSA sur le compte personnel de l'investisseur) vu qu'il a dépensé cet argent d'une façon qui n'a pas redressé suffisamment – la situation financière de sa société?
- Aussi, l'investisseur ne porte-t-il pas une partie de la responsabilité de l'irrégularité du virement dès lors que le Tribunal a conclu que « L'autorisation du virement (par Maffezini, ndr) fut apparemment donnée sur base de la supposition (notre mise en évidence, ndr) que ce virement serait suivi par un contrat. Or aucun contrat de la sorte n'a été conclu par après » 155.
- Enfin, qu'étaient censés couvrir les 2 millions supplémentaires demandés initialement par la SODIGA pour approuver le deal de désinvestissement proposé par Maffezini en 1994? Etaient-ils censés couvrir les travaux d'aménagement supplémentaires préconisés par l'AIE ? (rien ne l'indique nulle part hélas !)

Ces points sont autant d'interrogations qui restent sans réponse dans le texte de l'Award et dans tout autre document rendu public relatif à cet arbitrage. Si le texte de l'Award rentre dans de nombreux détails qui paraissent moins importants, la sentence arbitrale aurait été plus facilement compréhensible et interprétable si des éléments de réponses avaient été apportés à ces questions importantes selon nous.

La lecture de l'issue de cette affaire laisse immanquablement un goût de trop peu et surprend surtout par l'interprétation inhabituelle du tribunal concernant la CNPF invoquée par de l'investisseur. Le dénouement semble en partie en inadéquation avec l'argumentation présentée et laisse ceux qui cherchent à comprendre la logique suivie par le Tribunal sur leur faim en raison des questions restées en suspens. La confusion du raisonnement à certains égards donne aussi l'impression que le Tribunal a fait preuve d'une certaine légèreté dans son jugement. On remarque aussi dans le texte du verdict la faible attention accordée aux aspects environnementaux alors que ceux-ci semblent avoir joué un rôle majeur dans ce litige.

52

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup> On parle bien ici du versement indûment réalisé par un employé de la SODIGA (Soto Banos) à la société de l'investisseur (EAMSA) à partir du compte personnel de l'investisseur M. Maffezini.

154 Voir le chapitre VI « The Award » des « Règles de procédures du CIRDI ».

<sup>155</sup> Cfr p. 25, §75 du Verdict de cet arbitrage.

Retenons qu'il s'agit d'un arbitrage relativement 'vieux' <sup>156</sup> (procédure initiée en 1997 et verdict publié en 2000). Et qu'au final, l'Espagne n'a pas été condamnée pour la mesure environnementale qu'elle a imposée (l'AIE) en tant que telle. Mais in fine, selon notre appréciation personnelle, il est fort probable que celle-ci ait incité l'investisseur à se retirer quitte à s'appuyer sur une question secondaire (irrégularité du virement) qu'il est parvenu à exploiter valablement pour faire condamner l'Espagne.

# 5.2 Vattenfall c. Allemagne (2009)<sup>157</sup>

# 5.2.1 Résumé de la fiche technique du litige et chronologie de la procédure

Ce procès a opposé l'Allemagne au « Groupe Vattenfall » dont le siège social est établi en Suède. Ce groupe est spécialisé en construction de centrale électrique (à charbon et à énergie nucléaire). Ce groupe a introduit une demande d'arbitrage en mars 2009 contre la République Fédérale d'Allemagne auprès du CIRDI en vertu des clauses de protection des investissements dans le secteur de l'énergie comprises dans le « Traité sur la Charte de l'Energie » (TCE). Ce TCE a en effet été signé par ces deux pays (la Suède et l'Allemagne) le 17 décembre 1994. La Suède et l'Allemagne ont tous les deux ratifié le TCE le 14 mars 1997 et ce TCE est entré en vigueur le 16 avril 1998<sup>158</sup>.

En **annexe 8** se trouve la fiche technique complète de ce litige, un résumé des différentes étapes de la procédure, la documentation officielle disponible et un descriptif de la structure du « Groupe Vattenfall AG ».

Dans un premier temps, l'analyse de cette étude de cas se base sur deux documents qui relèvent de sources primaires consignées dans la base de données <a href="www.italaw.com">www.italaw.com</a> : (a) la Demande d'arbitrage (*Request for Arbitration*) et (b) la Sentence arbitrale (*Award*) du tribunal chargé de régler ce litige 159.

L'analyse de ce litige se base ensuite sur une série d'articles scientifiques et de documents officiels de la Commission européenne (Directive-Cadre sur l'Eau et la Directive Habitat) et de la Cour de Justice de l'U.E. qui remettent en question la légalité et la conformité de l'arrangement à l'amiable atteint à ce jour avec les obligations de l'Allemagne dans le droit européen.

# 5.2.2 Brève description du litige et chronologie des faits<sup>160</sup>

En résumé, le litige provient du fait que, pour les motifs exposés plus bas, le gouvernement du Land d'Hambourg a tardé à octroyer au Groupe Vattenfall le permis d'utilisation des eaux (PUE) nécessaire à la construction d'une centrale électrique à charbon sur le site d'une ancienne centrale à Moorburg (à

<sup>&</sup>lt;sup>156</sup> C'est en effet la deuxième affaire que le CIRDI a administrée et qui a concerné un État-membre de l'UE. La première affaire que le CIRDI a encadré a opposé la République slovaque c. Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s., initiée aussi en 1997 (ARB/97/4), Voir CIRDI, 2016, p. 26.

<sup>&</sup>lt;sup>157</sup> Référence « Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany" (2009), ICSID Case N° ARB/09/6, TCE;

<sup>-</sup> dans la banque de données Italaw : https://www.italaw.com/cases/1148

<sup>-</sup> dans la banque de données CIRDI : https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/09/6

<sup>158</sup> Voir le site internet de l'« Energy Charter Treaty » pour la date de signature et d'entrée en vigueur des différentes parties signataires : http://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/germany/ http://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/sweden/

<sup>159</sup> Ces deux documents sont à consulter dans la banque de données d'Italaw mais pas celle du CIRDI). Lien URL: http://www.italaw.com/cases/1148

<sup>&</sup>lt;sup>160\*</sup>Cette description est principalement basée sur la « Demande d'Arbitrage » introduite par Vattenfall auprès du CIRDI le 30 mars 2009. Cfr la référence de cet Arbitrage ci-dessus (Note 89 et 90).

Hambourg). Quand celui-ci a finalement été décerné, il a été assorti d'une série de conditions jugées démesurées par Vattenfall car elles hypothéquaient la rentabilité de sa future centrale électrique.

Ce différend a donc vu le jour parce que Vattenfall avait initialement reçu différents signaux de la part des autorités Hambourgeoises qui ont incité Vattenfall à croire qu'il serait très probable qu'elle reçoive les deux permis nécessaires pour la construction de cette centrale à charbon. Certains éléments présentés plus bas l'ont par conséquent conforté dans le fait qu'elle pouvait déjà engager une série de frais et réaliser une partie importante des travaux nécessaires à la construction des deux unités de la centrale à charbon en question de Moorbourg.

En **annexe 9** se trouve une carte de la ville d'Hambourg présentant le quartier de Moorbourg le long de l'Elbe où Vattenfall avait l'intention de construire sa centrale à charbon.

Initialement, en 2004, Vattenfall avait prévu que la centrale de Moorbourg serait composée d'une seule unité (investissement de 700 millions €) mais les autorités d'Hambourg ont explicitement demandé à Vattenfall qu'elle construise plutôt une centrale de deux unités, ce que Vattenfall a accepté. Vattenfall a donc modifié son plan d'investissement sur base de cette requête et en 2006, a approuvé les plans de construction de cette 'double' centrale pour un budget initial de 1.833 millions €. Après avoir pris cette décision, Vattenfall a introduit en 2006 la demande des <u>deux permis<sup>161</sup></u> nécessaires à la construction ce genre de centrale.

Selon le droit allemand, les autorités compétentes d'Hambourg (la B.S.U.<sup>162</sup>) étaient censées donner suite à la demande de permis de Vattenfall en principe endéans un certain délai<sup>163</sup>. Mais malgré que Vattenfall ait initialement discuté d'un calendrier indicatif avec la BSU, ce délai initial a été postposé plusieurs fois.

Une des raisons du non-respect du délai par la BSU a été la publication d'un rapport du GIEC en 2007 (AR4)<sup>164</sup> insistant sur l'impact environnemental désastreux des centrales à charbon. Suite à quoi la direction de la BSU a demandé à Vattenfall de s'arranger avec une firme d'exploitation de cuivre pour que cette firme ne construise pas sa propre centrale électrique et que ces deux firmes s'arrangent pour que cette firme s'approvisionne en électricité via la future centrale de Moorbourg, ce que Vattenfall a fait.

En avril 2007, pour des raisons environnementales <sup>165</sup>, la BSU a stipulé à Vattenfall qu'elle ne pourrait pas lui accorder le permis d'utilisation de l'eau (PUE) si Vattenfall ne modifiait pas son projet, ce qui bloquait *de facto* toute poursuite du projet. Mais Vattenfall n'a pas modifié son projet et a par contre conclu un accord avec le producteur de cuivre pour ne construire qu'une seule centrale électrique ce qui a été salué par la direction de la BSU. Ceci a laissé croire à Vattenfall que la BSU était désormais susceptible de changer d'avis et de lui accorder le permis d'utilisation de l'eau (PUE). En effet, suite à l'accord entre Vattenfall et la firme de cuivre, la BSU a indiqué à Vattenfall en novembre 2007 qu'il était probable que les deux permis soient accordés à Vattenfall le 28 Novembre 2007 (NB : la BSU devait en tous cas statuer sur cette demande de permis au plus tard le 10/12/2007).

164 IPCC, « Rapport du Groupe de travail I - Les éléments scientifiques », by Solomon, S., D. Qin, M. Manning, Z. Chen, M. Marquis, K.B. Averyt, M. Tignor and H.L. Miller (eds.), Cambridge University Press, 2007.

<sup>&</sup>lt;sup>161</sup> Le premier permis était le « permis de contrôle des émissions » en vue de construire et d'exploiter cette centrale électrique. Le deuxième permis est le « permis d'utilisation d'eau » de l'Elbe (pour refroidir la centrale durant son exploitation) : c'est ce deuxième permis que Vattenfall n'a pas obtenu.

permis que Vattenfall n'a pas obtenu.

162 C'est-à-dire les « Authorities for Urban Development & Environment » (ou « Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt » BSU, en allemand) de la ville d'Hambourg.

<sup>&</sup>lt;sup>163</sup> En principe : max. 7 mois après l'introduction de la demande de permis.

<sup>&</sup>lt;sup>165</sup> Selon les autorités hambourgeoises, la centrale électrique allait rejeté de l'eau trop chaude dans l'Elbe ce qui allait perturber gravement l'écosystème en aval de cette rivière.

Parallèlement à ceci, vu la durée de la procédure, Vattenfall avait aussi introduit une demande de 'permis de démarrage anticipé' (*preliminary start permit*) qui était en principe censé permettre à Vattenfall de démarrer ses travaux de construction avant la fin de 2007. A cette demande, le gouvernement d'Hambourg a fait savoir à Vattenfall que ce permis serait octroyé à trois conditions :

- Vattenfall devait réduire la température de l'eau qu'elle avait l'intention de rejeter dans l'Elbe.
- Vattenfall devait installer à sa charge une centrale de capture et de stockage de gaz carbonique.
- Vattenfall devait augmenter à coût inchangé la quantité de chauffage à fournir à Hambourg.

#### 5.2.3 L'Accord de Moorbourg et les conditions supplémentaires à respecter menant au litige

Vattenfall accepte officiellement de respecter ces trois conditions et le gouvernement d'Hambourg lui octroie le *preliminary start permit* (PSP) en novembre 2007 (ce qui sera appelé l'« Accord de Moorbourg ») grâce auquel Vattenfall peut enfin commencer les travaux.

Suite à cela, la direction de Vattenfall approuve une augmentation de budget qui s'élève alors à 2.205 millions €. Vattenfall avalise et signe les appels d'offre pour initier le début des travaux. La BSU informe Vattenfall qu'en principe, elle devrait recevoir le permis de contrôle des émissions (PCE) en janvier 2008.

Hélas, la construction de cette centrale électrique controversée continue de faire couler beaucoup d'encre et devient un enjeu majeur des élections régionales de février 2008. Le parti écologiste Die Grünen s'était en effet engagé durant la campagne à tout faire pour empêcher la construction de cette centrale à charbon. Vu le contexte électoral, le PCE n'est pas octroyé en janvier 2008 suite à une prolongation de la procédure par la BSU jusqu'à <u>fin mars 2008</u>, sans en informer Vattenfall.

En attendant, Die Grünen gagne les élections de février 2008 et rentre dans la majorité gouvernementale, en coalition avec la CDU (Chrétien Démocrate Unis, qui perd sa majorité absolue) après deux mois de négociations. Ils instituent un groupe de travail pour réfléchir à d'éventuelles alternatives à la centrale envisagée ce qui postpose à nouveau la deadline de l'éventuel octroi du permis à <u>juin 2008</u>. Suite aux négociations, le président de la section locale du parti Die Grünen obtient la Direction de la BSU.

En raison de ces différents reports de la deadline à laquelle la BSU devait statuer sur l'octroi du permis, Vattenfall introduit une première plainte contre BSU pour l'obliger à prendre une décision au plus vite. Mais malgré cette procédure judiciaire, la BSU se dit contrainte de postposer à nouveau la deadline à <u>septembre 2008</u> et explique à présent (suite à l'entrée des Grünen dans la coalition) pourquoi il est probable que ce permis ne soit pas octroyé.

Le 30 septembre 2008, la BSU octroi enfin le PCE et le PUE à Vattenfall mais sous respect de trois conditions assez strictes (visant à protéger l'écosystème et la biodiversité de la rivière) qui vont clairement au-delà de ce qui avait été décidé dans l' « Accord de Moorbourg » :

- a) la quantité d'eau de refroidissement que Vattenfall pouvait utiliser est fortement réduite et sera fixée en fonction du débit de l'Elbe (en amont de la centrale);
- b) la température de l'eau rejetée par la future centrale doit être plus froide que prévu initialement et le niveau d'oxygène de l'eau rejetée doit être plus élevé que prévu initialement.

NB: Ces deux conditions impliquent selon Vattenfall que sa future centrale devra fermer durant plusieurs jours, voire plusieurs semaines chaque année durant l'été, avec les conséquences financières qui en découlent.

c) la durée de la phase de suivi de l'efficacité de l' « échelle à poissons » est augmentée de 1 an à 2 ans.

Selon Vattenfall, ces trois conditions hypothèquent gravement la productivité et donc aussi la rentabilité financière de la centrale telle que conçue initialement par Vattenfall qui n'avait – selon la BSU - pas assez pris en compte l'impact environnemental de son projet.

Les multiples retards de la procédure et les conditions additionnelles à respecter imposées par la BSU ont impacté le calendrier de Vattenfall et son plan d'investissement, avec les répercussions financières reprises ci-dessous. Vattenfall estime que ces incidents et conditions à respecter impliqueront une réduction de la productivité de sa future centrale de l'ordre de 45%, ce qui la rend non-rentable économiquement :

- 1) Les entrepreneurs que Vattenfall avait contractés pour initier certains travaux (sur base de quelle autorisation ? uniquement le PSP ?) ont réclamé des dommages et intérêts à Vattenfall quant celle-ci a dû annuler certains contrats en raison des retards de la procédure d'octroi du PCE.
- → A cet propos, on peut se demander si Vattenfall n'a pas été imprudent en passant un contrat avec certaines firmes avant même qu'elle n'ait reçu le permis requis (PCE).
  - 2) Les retards de la procédure impliquent que l'ancienne centrale électrique d'Hambourg/Wedel aussi gérée par Vattenfall – devra être maintenue en fonction plus longtemps (env. 2 ans de plus). Cela entrainera des coûts de maintenance importants non prévus initialement dans le contrat entre Vattenfall et les autorités d'Hambourg.

A ce stade, Vattenfall communique aux autorités d'Hambourg qu'elle estime avoir déjà subi un préjudice financier d'un montant de 1,4 milliard €.

C'est pourquoi Vattenfall contacte le gouvernement fédéral de la République Fédérale d'Allemagne (via le Ministère Fédéral de l'Economie et des Technologies, ci-après MFET) pour lui proposer un règlement à l'amiable (un *settlement*). Mais cette première tentative n'aboutit pas, c'est pourquoi Vattenfall fait parvenir une première 'Notification de différend' officielle au gouvernement fédéral allemand en août 2008. Mais le MFET y réagit en délivrant les permis demandés assortis des conditions précitées. Jugeant ces conditions démesurées, Vattenfall adresse une deuxième 'Notification de différend' au MFET lui laissant un délai de trois mois pour trouver un arrangement à l'amiable avec Vattenfall. A cet effet, un réunion entre les deux parties a lieu à Berlin en décembre 2015 mais n'aboutit à aucun arrangement. D'autres demandes de rendezvous ont été sollicitées par Vattenfall mais le MFET les a annulées à chaque fois.

#### 5.2.4 Les infractions de l'Allemagne selon Vattenfall et son estimation du préjudice

Cette série d'incidents amène Vattenfall à introduire le 30 mars 2009 une Requête d'arbitrage officielle auprès du CIRDI pour violation par l'Allemagne de ses obligations en vertu du TCE.

Dans cette demande d'arbitrage, Vattenfall estime que l'Allemagne enfreint deux articles de l'ECT:

 Art. 10 : prescrit qu'un TJE doit être accordé à tout investisseur étranger. Cet article n'aurait pas été respecté selon Vattenfall car :

- la firme soutient que la BSU aurait dû respecter les délais de la procédure, qui ont été en effet à maintes fois reportés sans que cela ne se justifie selon Vattenfall.
- les conditions à respecter en contrepartie de l'octroi du PUE étaient démesurées selon Vattenfall.
- l'extension de la phase de suivi de l' « échelle à poissons » d'1 an à 2 ans est aussi déraisonnable et 'motivée politiquement' selon Vattenfall.
- Art. 13 : prescrit que les investissements étrangers dans le secteur de l'énergie ne peuvent être nationalisés, expropriés (sans compensation) et ne feront pas l'objet de mesures qui auront un effet similaire, sauf si ca se justifie dans l'intérêt public; si elle n'est pas discriminatoire; (...) ou si elle est compensée par une indemnisation adéquate, rapide et effective.

Dans cette Requête d'arbitrage, Vattenfall stipule que, vu les préjudices encourus, elle réclame :

Vu les arguments avancés et les solides bases légales invoquées par Vattenfall, on est en droit de se demander si le MFET n'a pas senti que cet arbitrage risquait de tourner en sa défaveur si la procédure arbitrale aboutissait. Certains analystes estiment que le MFET aurait insisté pour orienter l'issue de cet arbitrage vers un settlement pour permettre à ce dernier d'éviter de payer de lourdes indemnités à Vattenfall<sup>166</sup>.

Comme l'explique N. Bernasconi<sup>167</sup>, ce qui est interpelant, c'est que, dans son plaidoyer de défense, la BSU dit avoir dû imposer les conditions précitées (jugées démesurées par Vattenfall) à l'octroi du PUE en vue de respecter et atteindre les objectifs de la **Directive-Cadre de l'UE sur l'Eau** adoptée en octobre 2000<sup>168</sup>.

#### 5.2.5 Un settlement non-conforme au droit européen

Quoi qu'il en soit, il se fait que en mars 2011, le tribunal rend sa sentence arbitrale qui conclut in fine ce litige par un settlement conformément à l'art. 43(2) du CIRDI. Cette sentence arbitrale stipule que le litige aura pris fin définitivement une fois que toutes les conditions stipulées dans le settlement seront concrétisées 169.

En quelques mots, ce settlement indique que la BSU accorde le PUE et le PCE à Vattenfall sans qu'elle ne doive se plier aux conditions reprises dans l'Accord de Moorbourg (cfr supra)<sup>170</sup>.

Ce settlement a permis à Vattenfall de recevoir le PUE par la BSU d'Hambourg à des conditions beaucoup moins strictes que celles énoncées initialement dans l' « Accord de Moorbourg ». Tel que l'indique le

<sup>\*</sup> une indemnisation financière qui s'élève à 1.400 millions € (+ intérêts)

<sup>\*</sup> une indemnisation financière pour couvrir les frais de procédures judiciaires de Vattenfall (+ intérêts)

<sup>\*</sup> que l'attitude (retards de procédure) et les conditions de la BSU concernant la centrale de Moorbourg sont incompatibles avec les obligations de l'Allemagne vis-à-vis de Vattenfall en vertu du TCE.

<sup>166</sup> Voir Bernasconi Nathalie, "Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration", International Institute for Sustainable Development, juillet 2009; et 2014.

<sup>+</sup> http://www.iisd.org/pdf/2012/powershift\_forum\_briefing\_vattenfall.pdf <sup>167</sup> Bernasconi, 2009, op.cit., p. 4

<sup>168</sup> Le 23 Octobre 2000, La "Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the Community action in the field of water policy" ou plus brièvement "the EU Water Framework Directive", a été finalement adoptée. <sup>169</sup> Voir la sentence arbitrale de l'ICSID; Case No ARB/09/06:

<sup>170</sup> Idem.

tribunal administratif supérieur de Hambourg en <u>mars 2013</u> dans un communiqué de presse <sup>171</sup>, cet arrangement a convenu que Vattenfall puisse recevoir un nouveau PUE à des conditions plus clémentes dans le sens où Vattenfall peut au final utiliser une tour de refroidissement hybride (préexistante) pour refroidir l'eau pompée par Vattenfall (destinée à refroidir sa centrale électrique). A cet effet, le tribunal administratif supérieur de Hambourg précise bien que l'utilisation de la tour de refroidissement hybride déjà construite est une alternative désormais acceptable du point de vue écologique<sup>172</sup>. Ce communiqué de presse du Tribunal administratif supérieur de Hambourg ne dit rien concernant la durée de la phase de suivi de l'échelle à poisson ni à propos du taux d'oxygène minimal que devait contenir l'eau rejetée par Vattenfall.

En d'autres termes, on comprend que le MFET a négocié avec Vattenfall pour que les autorités compétentes d'Hambourg (BSU) octroient une sorte de régime de faveur à Vattenfall pour éviter de devoir lui verser des indemnités colossales (pouvant aller jusque 1.400 millions €). Comme l'explique Nathalie Bernasconi (2009, p. 1), les restrictions et conditions imposées initialement visaient pourtant à respecter le droit européen. En l'occurrence, il s'agit principalement de la « Directive Cadre de l'UE sur l'Eau » <sup>173</sup>. Mais au final, sous la pression du MFET, la BSU a choisi d'infléchir ponctuellement sa législation pour éviter de se voir condamner par le Tribunal arbitral.

Si cette affaire en était restée là, l'issue de cette procédure d'arbitrage aurait simplement pu être considérée comme regrettable par les environnementalistes et toute personne avisée cherchant à comprendre comment le droit des investissements (le TCE dans cas) peut parfois prévaloir sur le droit de l'environnement. Mais, 'heureusement' diront les optimistes, il se fait que cette affaire a connu un énième rebondissement en mars 2015 susceptible d'interpeler les juristes chevronnés.

Le 26 mars 2015, la Commission européenne a en effet annoncé qu'elle allait initier une procédure d'infraction en vertu du droit européen contre l'Allemagne pour avoir manqué de faire respecter la législation environnementale dans le cadre de la construction de la centrale électrique à charbon de Moorbourg<sup>174</sup>.

Selon la DG Environnement de la Commission, lors de l'autorisation de la construction de la centrale électrique de Vattenfall, l'Allemagne n'a pas fait réaliser une évaluation adéquate (par Vattenfall) des effets secondaires et de l'impact environnemental du fonctionnement de la centrale de Moorbourg sur une espèce de poisson protégée et qui est établie dans la rivière Elbe, en aval de la centrale<sup>175</sup>.

La DG Environnement de la Commission européenne prétend donc que l'autorisation de construire la centrale de Moorbourg accordée en 2011 (c-à-d l'octroi du PUE suite au *settlement* entre Vattenfall et l'Allemagne) était entachée d'irrégularité et n'était pas conforme à la législation européenne (dont la

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup> Voir le communiqué de presse du Tribunal administratif supérieur de Hambourg (23/03/2013): http://justiz.hamburg.de/presseerklaerungen-archiv/4332428/pressemeldung-2013-03-07-ovg-01/ <sup>172</sup> Idem.

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup> cfr la Directive Cadre de l'UE sur l'Eau de 2000 : ou « The Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the Community action in the field of water policy":

En résumé, la Directive Cadre sur l'Eau (2000) a pour but d'établir un cadre pour la protection des eaux intérieures de surface, des eaux de transition, des eaux côtières et des eaux souterraines sur tous le territoire des États membres de l'UE.

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> Hepburn Jarrod, "European Commission to pursue Germany under EU law for failing to enforce environmental laws at Vattenfall power plant", in *Investment Arbitration Reporter*, 31/03/2015: <sup>175</sup> Idem.

Directive Habitat, entre autre) qui vise à protéger les zones à hautes valeurs en terme de biodiversité dans l'UE. En effet, en 2013, un tribunal d'Hambourg a statué sur le fait que <u>l'octroi du PUE par la BSU à Vattenfall (dans le cadre de leur arrangement à l'amiable) était illégal</u>. Dans son communiqué de presse du 26 mars 2015, la Commission européenne précise bien qu'elle intente cette procédure en raison du fait que selon elle, l'Allemagne n'a pas appliqué correctement les exigences de la <u>Directive Habitat</u> lors de l'autorisation de la centrale de Vattenfall<sup>177</sup>.

Par conséquent, la construction et le fonctionnement de cette centrale sont susceptibles d'avoir un impact négatif sur une série d'espèces de poisson protégées qui cheminent régulièrement sur ce tronçon de l'Elbe lorsqu'ils migrent à partir de la Mer du Nord pour rejoindre une trentaine de sites classés « Natura 2000 ». Ces espèces de poisson risquent d'être affectées par la température trop élevée de l'eau rejetée par la centrale et par la faible teneur en oxygène de cette eau. La Commission européenne estime donc que l'Allemagne aurait dû réaliser une meilleure évaluation environnementale de l'impact de cette centrale sur les espèces de poisson en question, tel que prescrit dans la Directive Habitat<sup>178</sup>.

Vattenfall et les autorités d'Hambourg (BSU) ont fait appel du jugement du Tribunal d'Hambourg auprès de la <u>German Federal Administrative Court</u>. La décision de cette cour d'appel est attendue dans le courant de l'année 2016<sup>179</sup>.

Mais plus récemment encore, à la fin avril 2017, la Cour de Justice de l'UE (CJUE) a confirmé pour sa part que l'octroi de permis par l'Allemagne à Vattenfall pour la construction de cette centrale à charbon était entaché d'une irrégularité juridique<sup>180</sup>. Il s'agit d'une décision qui confirme la procédure d'infraction de la DG Environnement de la Commission et qui risque de remettre en question fondamentalement le *settlement* trouvé entre l'Allemagne et Vattenfall en 2011<sup>181</sup>. La CJUE exprime la partie finale de son jugement de la sorte :

"On those grounds, the Court (Second Chamber) hereby:

1. Declares that, by authorising the construction of the coal-fired power plant in Moorburg, near Hamburg (Germany), without conducting an appropriate and comprehensive assessment of its implications, the Federal Republic of Germany has failed to fulfil its obligations under Article 6(3) of Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora; 182

Ce jugement de la CJUE ne porte pas directement sur le *settlement* conclu entre l'Allemagne et Vattenfall en 2011 mais pourrait avoir des conséquences directes sur celui-ci. En droit européen, si la CJUE établit qu'un État est en infraction d'une Directive ou d'un Règlement, cela signifie que cet État doit obligatoirement

59

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> Directive Habitat de l'UE, à consulter sur : http://ec.europa.eu/environment/nature/legislation/index\_en.htm

En quelques mots, cette Directive a pour but d'assurer la protection et la conservation d'un large éventail d'animaux rares, menacés ou endémiques et d'une série d'espèces de plantes. La conservation de plus de 200 types d'habitats rares et très caractéristiques est aussi un des objectifs centraux de cette directive.

European Commission, "Commission refers Germany to Court over coal power plant in Moorburg", Press release, 26/03/2015.
 Idem.

Au jour de la remise de ce mémoire (29/05/2017), la décision de cette cour d'appel n'a pas encore été rendue.

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> Voir Court of Justice of the European Union, "JUDGEMENT OF THE COURT (Second Chamber). Failure of a Member State to fulfil obligations — Environment — Directive 92/43/EEC — Article 6(3) — Conservation of natural habitats — Construction of a coal-fired power plant in Moorburg (Germany) — Natura 2000 areas situated upstream of that coal-fired power plant on the corridor of the Elbe river — Assessment of the implications of a plan or project for a protected site", 26 avril 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> Charlotin Damien, « EU Court of Justice finds fault with Germany's Grant of a revised permit to Vattenfall, casting a cloud over earlier settlement of ICSID case », in Investment Arbitration Reporter, 28 avril 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>182</sup> Court of Justice of the European Union, 2017, op.cit. p. 7.

prendre les mesures nécessaires pour se mettre en conformité avec le droit européen. L'Allemagne est donc obligée à présent de réaliser une nouvelle AIE qui respecte le prescrit des deux directives visées. En tout état de cause, il se pourrait alors que l'Allemagne ne puisse accorder de permis à Vattenfall pour la « construction » de sa centrale à charbon sur base du système de refroidissement des eaux rejetées tel que proposé dans le *settlement* de 2011. Il est en tout cas fort probable que le permis illégalement octroyé en 2011 soit invalidé suite aux conclusions de la nouvelle AIE si celle-ci est conforme au droit européen 183.

Or, le *settlement* de 2011 qui a mis fin définitivement au litige était conditionné à l'octroi d'un permis valide. Il est fort à parier que, si ce *settlement* est rendu caduc, Vattenfall demande au CIRDI de relancer la procédure d'arbitrage contre l'Allemagne pour la mener à son terme. Mais à l'heure actuelle, aucun des protagonistes de cette affaire n'a commenté le jugement de la CJUE d'avril 2017. On ne peut donc préjuger de la future attitude de Vattenfall dans ce procès-fleuve<sup>184</sup>.

#### 5.2.6 Remarques conclusives

En conclusion de cette étude de cas dont l'issue définitive n'est pas encore connue à ce jour et dure déjà depuis 8 ans (2009-2017), on constate une réelle tension entre le droit de l'environnement de l'UE et le droit des investissements internationaux qui vise à protéger les investisseurs, tel que le TCE dans ce cas-ci.

En attendant, Vattenfall a construit sa centrale électrique à charbon à Moorbourg, et les responsables chargés de la communication de la firme n'hésitent pas à affirmer d'emblée sur son site web qu'il s'agit d'une des centrales électriques les plus « modernes et les plus efficientes du monde et qui présente aussi d'excellentes performances environnementales<sup>185</sup>:

"Just south of Hamburg is one of the world's most modern coal power plants that also have excellent environmental performance. This new power plant uses future technology: net efficiency of 46.5 percent means that less fuel is spent on electricity – which means lower carbon emissions".

L'histoire ne dit pas à ce stade si les différentes espèces de poisson jusque-là protégées se portent bien aujourd'hui. Comme de nombreux phénomènes écologiques, ces observations ne pourront sans doute être réalisées que dans plusieurs années quand leur habitat sera peut-être altéré de manière irréversible.

# 5.3 Charanne & Construction Investments c. Espagne (2012)<sup>186</sup>

Pour cette troisième étude de cas, nous avons choisi d'aborder un cas de figure particulier qui s'est pour ainsi dire 'répliqué' plusieurs fois dans le même pays et dans des différents pays de l'Union européenne. C'est pourquoi nous allons analyser les tenants et aboutissants de ce cas spécifique. Ensuite, nous le resituerons brièvement dans le contexte plus large de l'ensemble de pays qui se sont aussi vus menacés par une demande d'arbitrage similaire en raison de l'arrêt de leur politique de soutien aux énergies renouvelables.

Conformément aux critères de sélection des études de cas présentés (Chapitre 2), nous avons choisi de nous pencher en particulier sur le litige « Charanne & Construction Investments c. Espagne » car à l'heure

<sup>&</sup>lt;sup>183</sup> Charlotin Damien, 2017, op.cit., p. 2.

<sup>184</sup> Charlotin Damien, 2017, op.cit., p. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>185</sup> Vattenfall AB, "Moorburg – one of the most modern and efficient power plants in the world".

<sup>&</sup>lt;sup>186</sup> Référence « Charanne and Construction Investments v. Spain » (2012), AISCC, ECT.

actuelle, même si d'autres litiges présentent des éléments de similitudes certains, c'est le seul litige pour lequel une sentence arbitrale finale à été prononcée en Europe.

Au terme d'une analyse critique de ce différend et de sa remise en contexte, nous essayerons d'identifier des éléments de comparaison avec les raisonnements et les sentences des deux autres litiges de ce chapitre 6 (Maffezini c. Espagne et Vattenfall c. Allemagne) et avec les sentences des quatre litiges du chapitre 5 afin d'apporter des éléments de réponse à notre question de départ<sup>187</sup>.

#### 5.3.1 Fiche technique synthétique du litige

Ce litige a opposé les deux firmes Charanne B.V. et Construction Investments S.A.R.L. au Royaume d'Espagne de 2012 à 2016. Ces deux firmes ont introduit une demande d'arbitrage auprès de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (IACCS) le 7 mai 2012 en vertu des clauses de protections des investissements dans le secteur énergétique du Traité sur la Charte de l'Energie (TCE) et en vertu de la clause de RDIE (article 26) de ce traité. En somme, elles accusent l'Espagne d'avoir adopté des mesures discriminatoires et déraisonnables car elles auraient eu pour effet d'exproprier indirectement leurs investissements sans pour autant leur avoir versé une compensation adéquate.

Charanne B.V. est une société de droit néerlandais dont le siège est à Amsterdam et Construction Investments S.A.R.L. est une société luxembourgeoise dont le siège social est établi à Luxembourg. Ces deux entreprises sont des actionnaires de la société Grupo T-Solar Global S.A. (ci-après T-Solar) apparemment active dans la production et la vente d'électricité générée par des panneaux solaires photovoltaïques en Espagne.

Les deux entreprises plaignantes précitées ont pu initier cette demande d'arbitrage sur base du TCE car les trois pays concernés (Espagne, Pays-Bas, Luxembourg) ont tous les trois signé et ratifié le TCE.

L'annexe 10 présente la fiche technique complète de ce litige ainsi que la documentation officielle de cette affaire dans la banque de données de Italaw.

#### Brève description des faits<sup>188</sup> 5.3.2

En 2007 et 2008, le Royaume d'Espagne adopte deux Arrêtés royaux (AR, ou *Real Decretos* en espagnol) pour promouvoir la production d'électricité via les énergies renouvelables moyennant l'octroi d'incitants financiers pour encourager l'installation de panneaux solaires photovoltaïques (PV) sur son territoire 189. Il s'agit d'un système de primes indirectes qui prendra en fait la forme d'un tarif préférentiel auquel le gouvernement s'engage à racheter l'énergie produite pas ces panneaux PV installés par des particuliers. Ces deux Arrêtés royaux (AR) prévoient que le gouvernement espagnol rachètera aux particuliers leur électricité excédentaire à un tarif variant de 44, à 41 centimes d'€ ou 22 centimes d'€<sup>190</sup> par kW/h produit par ces panneaux PV pendant les 25 prochaines années (en principe). Ce système de prime (promesse de rachat à tarif préférentiel) très favorable connait un immense succès qui dépasse de loin les prévisions budgétaires du gouvernement espagnol. En 2014, les centrales électriques PV installées en Espagne développent une

<sup>&</sup>lt;sup>187</sup> (1) Ethyl c. Canada, 1996 (2) Metalclad c. Mexique, 1997 (3) S.D. Myers c. Canada, 1998 (4) Tecmed c. Mexique, 2000.

<sup>188</sup> Ce sous-chapitre est basé sur le chapitre V « Summary of the facts », p. 18 à 41 de la sentence arbitrale du 21 janvier 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>189</sup> Il s'agit du *Decreto Real 661/2007* adopté le 25/05/2007 et du *Decreto Real 1578/2008* adopté le 26/09/2008; cfr le chapitre A « *The initial regulatory framework* » du *Final award* (rendu le 21 janvier 2016), p. 25 et 30.

190 Le tarif exact dépend de la puissance initiale de l'installation. Pour plus d'explication, voir le sous-chapitre « Royal Decree

<sup>661/2007 »</sup> du verdict final, p. 27.

puissance totale de 5300 GW. Or la majorité de ces centrales ont été installées entre 2008 et 2013 par des firmes espagnoles et étrangères. En 2013, le montant de primes que le gouvernement s'est engagé à accorder aux producteurs espagnols (pour le rachat de leur électricité verte excédentaire) s'élève à de 50 milliards €.

Or, suite à la crise financière de 2007-2008, l'Espagne fait face à une crise budgétaire sans précédent. Elle enregistre un déficit budgétaire et un taux d'endettement/PIB abyssal. Le gouvernement socialiste de Jose Luis Zapatero, puis le gouvernement conservateur de Mariano Rajoy décident donc dans un premier temps en 2010 de modifier sa politique de soutien à l'installation de panneaux PV en réduisant d'1,7 milliards le budget total affecté au rachat de l'électricité verte produite par les panneaux PV des particuliers<sup>191</sup>. Dans un deuxième temps, en 2013, ces primes sont entièrement supprimées<sup>192</sup>.

Mécontents de ces modifications législatives conséquentes, une vingtaine d'investisseurs étrangers spécialisés dans l'installation et la production de panneaux solaires PV introduit des demandes d'arbitrage contre l'Espagne en raison des manques-à-gagner colossaux qui découleront très probablement de l'adoption de ces deux AR. Ces investisseurs se considèrent lésés car privés d'une bonne partie des rentrées financières attendues suite à l'adoption initiale des AR de 2007 et 2008.

Cette vingtaine d'investisseurs a introduit des demandes d'arbitrage auprès du CIRDI, tandis que d'autres en ont introduites auprès de la CNUDCI et auprès de l'IACCS, en fonction de leur expertise exacte.

Dans leur demande d'arbitrage, les deux sociétés plaignantes ont limité l'objet du litige soumis à l'arbitrage aux AR (*Real Decretos*) de novembre et décembre 2010 (<u>modifiant</u> les AR de 2007 et 2008). Ils ne l'ont pas étendu au *Real Decreto* (AR) de juillet 2013 qui, lui, a complètement abrogé les AR de 2007/2008 (notons que l'AR 2013 a donc été adopté plus d'un an après l'introduction de la demande d'arbitrage de Charanne & Co). Notons déjà que, dans un premier temps, l'Espagne a plaidé le fait que l'abrogation des AR de 2007 et 2008 par l'AR de 2013 avait conduit à la disparition de l'objet de la demande d'arbitrage des deux investisseurs. Mais le Tribunal arbitral ne lui a pas donné gain de cause. Ce Tribunal s'est donc penché et a statué sur la compatibilité (et conformité) des mesures réglementaires adoptées en 2010 avec le TCE.

Le verdict du Tribunal rendu le 21 janvier 2016 est la toute première sentence arbitrale prononcée dans le contexte controversé du secteur photovoltaïque espagnol. En résumé, elle donne gain de cause à l'Espagne et ne considère pas que la modification de sa politique de soutien au secteur PV en 2010 doive être considérée comme une expropriation indirecte des investissements des deux sociétés plaignantes.

Pour prononcer sa sentence arbitrale, le Tribunal a décomposé ce litige en 3 questions distinctes :

- (a) l'expropriation éventuelle des investissements
- (b) la disponibilité de moyens efficaces pour faire valoir les droits des investisseurs
- (c) le respect d'un traitement juste et équitable (TJE)

### 5.3.3 Analyse du verdict et du raisonnement suivi par le tribunal<sup>193</sup>

Selon les deux plaignants, l'Espagne a enfreint trois articles du TCE :(a) l'article 13(1) sur l'interdiction d'expropriation non-compensée (b) l'article 10(12) sur l'obligation de fournir des moyens efficaces pour intenter une action en justice ; et (c) l'article 10(1) sur le TJE qui doit être garanti aux investisseurs étrangers.

 $<sup>^{191}\,\</sup>mathrm{Par}\,\,\mathrm{le}\,\textit{Real}\,\textit{Decreto}\,\,1565/2010\,\,\mathrm{adopt\acute{e}}\,\,\mathrm{le}\,\,19/11/2010\,\,\mathrm{et}\,\,\mathrm{par}\,\,\mathrm{le}\,\textit{Real}\,\textit{Decreto}\,\,14/2010\,\,\mathrm{adopt\acute{e}}\,\,\mathrm{le}\,\,23/12/2010.$ 

<sup>&</sup>lt;sup>192</sup> Par le *Real Decreto 9/2013* adopté le 12 juillet 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>193</sup> Ce sous-chapitre est principalement basé sur deux sources :

<sup>-</sup> le chapitre IX de la sentence arbitrale : « Analysis by the Tribunal », p. 88 à 126 (cfr la documentation sur Italaw) ;

<sup>-</sup> l'analyse de la sentence du tribunal dans La Revue Squire Patton Boggs: voir Salsas Eduard, « Arbitrage et énergies renouvelables: Charanne Construction Investments c. Espagne », in Revue Squire Patton Boggs, 10/05/2016, 5 p.

(a) Concernant l'expropriation des investissements des deux plaignants<sup>194</sup>:

L'Espagne a-t-elle enfreint l'art 13(1) du TCE qui interdit les expropriations non-compensées ?

Tout d'abord, le Tribunal se penche sur la question de savoir si la plainte des investisseurs est fondée ou pas. Au terme de l'analyse de la législation et de leur chronologie, le Tribunal confirme que la plainte des investisseurs est bien fondée car – même si l'AR de 2013 a définitivement abrogé les AR de 2007-2008 établissant le régime préférentiel – contrairement à ce que l'Espagne prétend, les AR de 2007 et 2008 ont bien produit leur effet (d'incitant à acheter/installer des panneaux PV) entre leur date d'entrée en vigueur (2007-2008) et leur date de modification (2010)! L'interprétation de l'Espagne (selon laquelle la plainte des investisseurs n'aurait pas (plus) d'objet) est donc rejetée par le Tribunal 195.

Par contre, sur le fond de cette question (infraction par l'Espagne de **art. 13(1)** ou pas), afin de pouvoir invoquer une expropriation interdite par l'article 13(1), les plaignants doivent dans un premier temps démontrer que les investissements concernés sont bien des investissements protégés au sens de l'article 1(6) du TCE. A cet effet, les deux plaignants soutiennent que leur investissement a été matérialisé par l'achat des actions de la firme T-Solar mais aussi par la valeur économique et le rendement de cette société. Par conséquent, elles prétendent qu'une expropriation indirecte peut être caractérisée par une mesure qui ne porte peut-être pas atteinte directement à leur titre de propriété des actions de la société T-Solar, mais par une mesure qui bouleverse malgré tout le rendement attendu de la société T-Solar dont elles ont acquis des actions <sup>196</sup>.

Or, sur base de la clause interprétative de l'art. 1(6) du TCE, l'Espagne fait valoir auprès du Tribunal que les deux plaignants ne pouvaient évidemment pas contrôler ou détenir de futurs profits qui n'étaient selon l'Espagne que de simples attentes. L'Espagne soutient que ces attentes de rendement raisonnablement hypothétiques n'étaient pas des droits incorporés aux patrimoines détenus par les investisseurs. En d'autres mots, l'Espagne a défendu devant le Tribunal le principe que le droit des particuliers de bénéficier d'un tarif préférentiel (de rachat de leur électricité verte par le gouvernement) grâce à un AR ne constitue pas un droit acquis inaliénable et intangible vu que l'AR était légalement susceptible d'être modifié sans que cela n'entraine obligatoirement le versement d'une compensation.

Le Tribunal s'est montré réceptif à cette interprétation et stipule dans le verdict la manière dont il considère que l'investissement des plaignants doit être compris. Selon le Tribunal, l'objet de l'investissement des deux sociétés plaignantes n'était pas les futurs profits du groupe T-Solar mais uniquement la participation au capital de la firme en question (T-Solar). Ainsi, tout en reconnaissant que les deux plaignants ont bien réalisé un investissement sous la forme d'un achat d'actions, le Tribunal insiste sur le fait que les deux plaignants ne détenaient pas et ne contrôlaient pas les futurs profits de la firme productrice de panneaux PV (T-Solar)<sup>197</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>194</sup> Salsas Eduard, 2016, op.cit., p. 2.

Voir le « Final Award » de ce litige, sous-chapitre « B. Merits », p. 103 et 104.

<sup>&</sup>lt;sup>196</sup> Voir le « Final Award » de ce litige, sous-chapitre « B. Merits », p. 105 et 107.

<sup>&</sup>lt;sup>197</sup> Voir le « Final Award » de ce litige, sous-chapitre « B. Merits », p. 107 (§465, 466, 467) et 108

Malheureusement pour les deux investisseurs, le Tribunal s'est inspiré des sentences arbitrales de <u>deux litiges</u> litiges importants similaires au litige qui nous occupe pour limiter la notion d'expropriation à son effet substantiel sur les droits de propriété de l'investisseur. Il refuse ainsi de suivre le raisonnement soumis par les deux plaignants et conclut qu'une simple baisse de valeur des actions faisant l'objet de l'investissement ne peut être considérée comme une expropriation indirecte. Celle-ci doit avoir des effets réels selon le Tribunal, de manière à ce que l'investisseur soit effectivement privé en partie ou totalement de son investissement.

Le Tribunal a donc refusé de considérer la mesure du gouvernement espagnol comme une expropriation indirecte vu l'absence de preuve de la privation ou dépossession de l'objet des investissements des plaignants.

(b) Concernant l'obligation de fournir des moyens efficaces pour faire valoir les droits des investisseurs 199

L'Espagne a-t-elle enfreint l'art. 10(12) qui prescrit cette obligation ?

Selon l'art. 10(12) du TCE, chaque État signataire doit veiller à ce que son système juridique offre des moyens efficaces pour faire valoir les droits des investisseurs étrangers. A ce propos, les plaignants ont objecté qu'il n'y avait pas dans le système juridique espagnol de possibilité d'introduire un recours contre un AR et reprochait l'absence de contrôle de constitutionalité direct sur cet AR<sup>200</sup>.

Or, le Tribunal a constaté que, en Espagne, une fois qu'un recours administratif a été introduit auprès de l'institution à l'origine du litige, tout citoyen peut saisir un Tribunal de première instance et/ou exercer une action en responsabilité civile contre l'État. Ce tribunal de première instance peut ensuite, si une des parties le demande, soumettre une question de constitutionalité auprès du Tribunal Constitutionnel. C'est pourquoi, le Tribunal a conclu que le système juridique espagnol présente les garanties adéquates pour respecter l'art. 10(2) du TCE<sup>201</sup>.

## (c) Concernant le respect d'un TJE<sup>202</sup>

L'Espagne a-t-elle manqué d'accorder un TJE aux deux investisseurs tel que prescrit par l'art. 10(1)?

En substance, l'article 10(1) du TCE oblige les États parties de réserver un TJE à tout investissement réalisé par un investisseur étranger ressortissant d'un autre État partie au TCE. Par ailleurs, le Tribunal rappelle qu'en droit international, tout État doit faire preuve de bonne foi. A cet effet, un État ne peut encourager un investisseur à investir et à lui faire miroiter des **attentes légitimes** pour ensuite ne pas honorer les engagements qui ont suscité de telles attentes légitimes<sup>203</sup>. Cela étant dit, en s'inspirant du raisonnement suivi dans les verdicts des litiges « CMS c. Argentine »<sup>204</sup> et « Electrabel c. Hongrie »<sup>205</sup>, le Tribunal précise que

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> Ces deux litiges sont :

<sup>«</sup> CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine », ICSID Case n° ARB/01/8, sentence arbitrale du 12/05/2005, et ;

<sup>«</sup> Marvin Roy Feldman Karpa c. Les États-Unis Mexicains », ICSID Case n° ARB(AF)/99/1, sentence arbitrale du 16/12/2002.

<sup>&</sup>lt;sup>199</sup> Salsas Eduard, 2016, op.cit., p. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> Voir le « Final Award » de ce litige, sous-chapitre « B. Merits », p. 108 (§468-§470)

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> Voir le « Final Award » de ce litige, sous-chapitre « B. Merits », p. 109 (§471-§474)

<sup>&</sup>lt;sup>202</sup> Salsas Eduard, 2016, op.cit., p. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>203</sup> Voir le « Final Award » de ce litige, sous-chapitre « B. Merits », p. 110-111.

<sup>&</sup>lt;sup>204</sup> Référence exacte: « CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina » (2001), ICSID Case n° ARB/01/8, sentence prononcée le 12/05/2005.

l'État de garantir l'immuabilité absolue de sa législation. Par conséquent, les mesures prises par le gouvernement espagnol (pour promouvoir les énergies vertes) n'ont pu générer d'attentes légitimes dans le chef des investisseurs car à aucun moment le gouvernement ne s'est engagé à ne jamais remettre en question ce volet de sa politique de soutien aux énergies renouvelables. Les deux AR de 2007 et 2008 ne contenaient pas de garantie vis-à-vis des investisseurs que ce système de primes serait maintenu *at vitam eternam*. Ces deux AR 2007-2008 ne contenaient aucune 'clause de stabilisation'. Selon le Tribunal, les AR de 2007 et 2008 ne peuvent en aucun cas être considérés comme ayant un effet équivalent de stabilité juridique. Considérer ces deux AR de la sorte serait selon le Tribunal une entrave au droit de l'Espagne de réguler son économie dans l'intérêt public.

#### 5.3.4 Synthèse et enseignements tirés de ce verdict

Le Tribunal donne tort à l'Espagne quand elle prétend que la plainte des investisseurs est sans objet car même si l'AR de 2013 a abrogé les AR de 2007-2008, ces deux AR de 2007-2008 ont bien produit leurs effets jusqu'en 2010, date de leur première modification.

- (a) Le Tribunal a donné raison à l'Espagne car les investisseurs n'ont pu prouver que les AR de 2010 ont véritablement exproprié leur investissement. Ces deux AR de 2010 ont affecté la rentabilité générale de la firme (T-Solar) dans laquelle ils ont investi mais les AR de 2010 n'ont pas eut l'effet de déposséder les investisseurs des actions qu'ils ont achetées.
- (b) Le Tribunal a donné raison à l'Espagne car son système juridique permet à des particuliers et investisseurs étrangers de contester la constitutionalité d'une loi ou d'une mesure réglementaire.
- (c) Le Tribunal a donné raison à l'Espagne car l'obligation d'assurer un TJE aux investisseurs n'implique l'immuabilité ou l'intangibilité de la législation. Le Tribunal confirme que les AR 2007-2008 n'avaient pas vocation à susciter des attentes légitimes dans le chef des investisseurs qui se devaient de faire preuve de prudence. Mais il a conclu néanmoins que l'Espagne a agi en toute bonne foi, dans l'intérêt public, vu la crise budgétaire majeure à laquelle elle a été confrontée. En effet, l'Espagne ne s'est jamais engagée auprès des investisseurs à ne jamais modifier les AR 2007-2008 (pas de 'clause de stabilisation').

Sur base de ces trois conclusions (a) (b) (c), le Tribunal rejette la plainte des deux investisseurs dans son entièreté. Et il condamne les deux plaignants à prendre en charge les frais administratifs de cet arbitrage auprès de l'IACCS (env. 139.000 € +intérêts); ainsi que les frais d'avocat de l'Espagne (1.176.181 € + intérêts) en plus de ses propres frais d'avocat évidemment.

Que retenir de ce verdict? Quelle morale peut-on retenir de cette sentence arbitrale?

Premièrement, contrairement à tous les autres litiges analysés plus haut, et contrairement au critère D. de sélection des litiges à analyser (cfr point 2.4), on constate que dans ce litige, le Tribunal a donné raison à l'État sur toute la ligne. Il n'en reste pas moins que les enjeux de ce litiges, les intentions des investisseurs et l'issue de ce litige nous permettent de nuancer sensiblement la réponse à apporter à la question de départ.

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> Référence: « Electrabel S.A. v. Republic of Hungary » (2007), ICSID Case N° ARB/07/19, Sentence, 30 novembre 2012

En effet, nous avons constaté que jusqu'ici, les litiges analysés s'étaient soldés par une sentence partiellement ou complètement favorable aux investisseurs plaignants, sur base d'une sentence arbitrale plus ou moins sévères selon la nature du litige et selon les enjeux financiers de celui-ci. Jusqu'ici nous pouvions conclure que le recours aux tribunaux arbitraux pouvait donc plutôt représenter une menace pour les mesures environnementales. Mais dans cette affaire-ci (Charanne & Construction Investments c. Espagne), nous constatons que les investisseurs ont en réalité 'attaqué' l'arrêt d'une mesure environnementale adoptée par un État dans le sens où cet État a mis fin à une série d'incitants financiers censés encourager les particuliers et investisseurs étrangers à acheter et installer des panneaux PV.

On peut donc raisonnablement estimer que dans ce cas-ci, la possibilité d'introduire une plainte devant un tribunal arbitral saisie par les investisseurs a plutôt représenté une **opportunité en faveur de l'environnement et de la mesure environnementale de 2007-2008**. Les investisseurs n'ont pas eu gain de cause certes mais cette observation marque en soit une réelle évolution de l'attitude des investisseurs et de la nature des projets dans lesquels ils décident d'investir désormais.

Jusqu'ici, dans les 6 litiges précédents, les investisseurs ont en effet toujours attaqué une mesure qui visaient à protéger l'environnement au sens large en raison de l'impact négatif de l'activité de la firme dans laquelle ils avaient choisi d'investir. Mais ici les investisseurs ont choisi d'investir dans les énergies vertes, propres, renouvelables c'est-à-dire respectueuses de l'environnement. Ces investisseurs ont donc intégré les limites écologiques et le manque de durabilité du système énergétique 'occidental' prévalant jusqu'ici qui était principalement basé sur l'exploitation des ressources fossiles (pétrole, charbon, gaz) dont l'extraction et la combustion sont très polluantes. On peut dire que ce changement d'optique des investisseurs est une évolution positive même si le droit international et les circonstances particulières de ce litige ne leur ont pas permis de remporter leur procès cette fois-ci (contrairement à l'affaire 'Windstream', cfr point 5.4.4).

Aussi, selon Eduardo Salsas, cette sentence arbitrale repose en quelque sorte sur une approche pragmatique et réaliste dans le sens où elle tient parfaitement compte de la proposition de la Commission européenne du 12 novembre 2015 dans le cadre des négociations sur le TTIP. A cette occasion, la Commission a préconisé l'approche selon laquelle les États doivent se voir réserver le droit de légiférer dans l'intérêt public et a exclu toute 'clause de stabilisation' dans le cadre de ce genre de traité<sup>206</sup>.

### 5.3.5 Réflexion personnelle par rapport à ce verdict

D'un point de vue plus politique, on peut en effet s'interroger sur l'opportunité du message relayé en filigrane par la décision du Tribunal de ce septième litige (donnant raison à l'Espagne). En effet, sur proposition de l'Espagne, on constate que la Commission européenne a sollicité le Tribunal de ce dossier pour pouvoir soumettre une lettre d'*amicus curiae* aux arbitres de ce Tribunal, pour avoir accès à l'entièreté du dossier et pouvoir participer aux auditions<sup>207</sup>. Au final, la Commission aura l'autorisation de transmettre une lettre au Tribunal mais ne pourra pas avoir accès à toute la documentation du litige ni participer aux auditions. Hélas, la lettre de la Commission n'a pas été rendue publique. On ne peut présumer du contenu de la lettre *amicus curiae* de la Commission, mais on peut supposer avec un peu de recul, que, face à sa crise budgétaire de grande ampleur, l'Espagne n'avait pas qu'une seule et unique option pour réduire son déficit

\_

<sup>&</sup>lt;sup>206</sup> Salsas Eduard, 2016, op.cit., p. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>207</sup> Voir le « Final Award » de ce litige, chapitre IV « Procedural History », p. 15 -16 (§49-§60).

public. Et elle a choisi de supprimer définitivement cette politique pour suivre la raison de la limitation de l'endettement chère à la Commission européenne<sup>208</sup> (chargée e.a. de faire respecter les Traités européens<sup>209</sup>). Ceci au détriment d'une politique volontariste – certes mal calibrée, trop onéreuse – d'investissement de long terme dans des énergies propres permettant d'amorcer une réelle transition énergétique. Mais n'aurait-elle pas pu réduire davantage l'attractivité du tarif préférentiel auquel elle proposait de racheter l'électricité verte de ses ressortissants tout en décidant de couper plus massivement encore dans d'autres budgets jugés moins 'pertinents'? Je le répète : on ne sait pas si la lettre de la Commission européenne a réellement été dans le sens du respect strict des règles d'austérité budgétaire ni dans quelle mesure cette lettre a eu un impact sur la décision finale du Tribunal.

Toujours est-il que l'on peut se demander si un jour – la situation écologique de la Planète étant devenue à ce point préoccupante – dans une situation juridique similaire, un Tribunal arbitral ne pourrait pas ou 'ne devrait pas' donner raison à l'investisseur plaignant sur base du fait que (a) les budgets et politiques de soutien des énergies vertes seraient considérées à ce point prioritaires que l'État doive en priorité réduire son endettement en coupant dans toutes ses activité les plus polluantes et qui produisent toutes sortes d'externalités négatives sur la société (comme les budgets consacrés à l'armement, aux essais nucléaires, aux interventions militaires lors de conflits armés, les subventions aux énergies fossiles) ; et (b) si l'investisseurs peut démontrer que l'État n'a pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour lutter efficacement contre l'évasion et la fraude fiscales pratiquées par ses ressortissants<sup>210</sup>.

Nous avons conscience que cette perspective hypothétique nécessiterait une évolution conséquente du droit national, européen et international. A ce stade, nous réalisons qu'il s'agit d'une idée assez utopique qui n'est néanmoins certainement pas dépourvue de pertinence. Mais peut-être qu'un jour, d'ici 10, 20 ou 30 ans, les États prendront conscience que nous n'avons qu'une seule planète et que sa sauvegarde doit être la priorité.

Enfin, il nous paraît indispensable de prendre au sérieux et de faire la lumière sur ce que le CEO/TNI dénonce dans un de ces rapport (CEO/TNI, 2014). Dans celui-ci, CNE/TNI prétend que les deux plaignants sont des fonds d'investissement enregistrés aux Pays-Bas et au Luxembourg mais en réalité, ils sont détenus par deux hommes d'affaires espagnols bien connus : Luis Delso et José Gomis. Ces deux hommes d'affaires figurent en tête de classement des plus grosses fortunes d'Espagne<sup>211</sup>. En tant qu'Espagnols, ils avaient besoin d'un 'véhicule financier' enregistré à l'étranger pour initier cette demande d'arbitrage. Bien que cela ne soit pas démontré par les éléments indiqués dans son rapport, CEO/TNI prétend que les sociétés Charanne et Construction Investments ne sont en fait que des « mailbox companies », appelées plus communément, des sociétés-écran<sup>212</sup>. Dans la réalité, ces deux investisseurs (Charanne BV et Construction Investments SARL) ne sont pas vraiment des firmes étrangères à l'Espagne. Apparemment, il en serait de même à propos des

67

<sup>&</sup>lt;sup>208</sup> Voir Commission européenne, "Assessment of the 2011 national reform programme and stability programme for Spain", Commission StaffWorking Paper, 7/6/2011.

<sup>&</sup>lt;sup>209</sup> Dont le fameux « Pacte budgétaire européen », le « Pacte sur la stabilité et la coordination » et les deux Règlement du « Two Pack » (et les règlements du « Six Pack » avant lui) sur la limitation de l'endettement entré en vigueur fin mai 2013, voir Mémo/ Communiqué de presse de la Commission européenne « Entrée en vigueur du "Two-Pack": le paquet législatif complète le cycle de surveillance budgétaire pour la zone euro et améliore encore la gouvernance économique», Bruxelles, 27/05/2013.

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> Le problème de l'évasion et de la fraude fiscale est connu pour coûter chaque année plusieurs centaines de milliard d'euros aux grands Etas membres de l'UE.

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> Voir La Republica, "Las 70 familias de caciques que dominan España", 11/08/2013; El Mundo, "Los 100 ricos de España", 7/12/2008; El Mundo, "Otros per les millonarios", 22/12/2013; cité in CEO/ TNI, 2014, op.cit., p. 30.

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> CEO/TNI, 2014, op.cit., 2014, p. 31.

réels investisseurs (personnes physiques) qui se cachent derrière la société « *Isolux Infrastructure* » qui fait partie du groupe des 15 investisseurs qui a aussi introduit une plainte RDIE en 2013 contre l'Espagne. Selon les affirmations de CEO, la société *isolux Infrastructure* enregistrée au Pays-Bas serait aussi une société prête-nom (ou société-écran) détenue en grande partie par Luis Delso et José Gomis et créée (en juin 2012) uniquement pour pouvoir initier cette procédure d'arbitrage. D'ailleurs, cette pratique qui consiste à passer par une société-écran afin de dissimuler la véritable identité de l'investisseur n'est pas sans rappeler la stratégie de *Lone Pine Ressources Inc.*<sup>213</sup> dans un litige qui l'oppose au Canada suite à son moratoire sur la fracturation hydraulique pour extraire le gaz et le pétrole de schiste. Initialement basée à Calgary (au Canada!), la firme canadienne *Lone Pine Ressources Inc.* a initié une procédure d'arbitrage devant la CNUDCI en vertu de l'ALENA en passant par une 'filiale' enregistrée dans l'État du Delaware (aux États-Unis), un paradis fiscal notoire<sup>214</sup>.

C'est pourquoi, vu que ces pratiques semblent juridiquement légales jusqu'à présent, il nous paraît indispensable que des traités comme le TCE et l'ALENA soient modifiés pour clarifier sa définition d'un « investisseur étranger » et interdire ce genre de pratiques contraires à l'esprit du TCE et de l'ALENA<sup>215</sup>.

### 5.4 L'histoire d'un litige qui en inspira bien d'autres : recontextualisation

#### 5.4.1 Prolifération de litiges similaires en Espagne

Comme évoqué au début du sous-chapitre 5.3, le schéma juridique de ce troisième litige s'est à vrai dire démultiplié de manière assez impressionnante. Le moins que l'on puisse dire, c'est que ce litige sera le premier d'une longue série<sup>216</sup>. Entre 2011 et 2014, suite à la modification (en 2010) puis l'arrêt total (en 2013) de sa politique de soutien à la production d'électricité verte, l'Espagne fait à présent l'objet de plus de **10 demandes d'arbitrages** intentées par une vingtaine d'entreprises étrangères ayant investi dans le secteur énergétique sur son territoire<sup>217</sup>. Bien que l'Espagne ait déjà engrangé une série de victoires sur le plan judiciaire interne, suite à des recours par des ressortissants espagnols devant des tribunaux nationaux<sup>218</sup>, il semblerait que les procédures intentées par des investisseurs étrangers ne se profilent pas aussi favorablement.

L'annexe 11 présente la liste 'complète' (en date mars 2014) des demandes d'arbitrage introduites contre l'Espagne suite à la modification puis l'arrêt de sa politique de soutien au secteur photovoltaïque. Depuis

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> Référence : « Lone Pine Ressources c. Canada » (2013), en vertu de ALENA, Règles d'arbitrage de la CNUDCI : pending.

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> CEO/Council of Canadians/TNI, "The right to say no: EU-Canada trade agreement threatens fracking bans", 2013.

Hepburn Jarrod, "In new pleading, Lone Pine questions 'environmental' bona fides of decision to cancel fracking exploration permit, and offers a DCF valuation of its losses", in Investment Arbitration Reporter, 07/05/2015.

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> C'est-à-dire promouvoir et protéger les investissements *réellement* étrangers et non ceux d'hommes d'affaires ressortissants de l'État attaqué et qui passent en fait par une société-écran.

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> Rivkin David, Lamb Sophie & Leslie Nicola, "The future of investor-state dispute settlement in the energy sector: engaging with climate change, human rights and the rule of law", in *Journal of World Energy Law and Business*, Vol. 8, n° 2, 2015, p. 131.

Global Arbitration Review, "Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charter Treaty", in "The Guide to Energy Arbitrations", 02/10/2015.

Riodev, "Rising number of Arbitration procedures against the Government of Spain involving investments in Renewable energy", in *Global Arbitration News*, 07/05/2015.

Steptoe & Johnson, "Foreign Investors' Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector", septembre 2014. Johnson Miles, «Investors seek compensation for Spanish solar cuts », in Financial Times, 17/11/2011.

<sup>&</sup>lt;sup>217</sup> Voir le chapitre 4: "Spain's solar dream becomes a legal nightmare" in CEO/ TNI « Profiting from Crisis. How corporations and Lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries », CEO-TNI, mars 2014, p. 26 à 35...

<sup>&</sup>lt;sup>218</sup> Voir e.a. le jugement de la Cour Suprême du Royaume d'Espagne, du 13 janvier 2014.

mars 2014, la liste de ce type de litiges s'est encore considérablement allongée<sup>219</sup>. Un de ces litiges est une sorte de mini 'class-action' dans le sens où 15 investisseurs se sont rassemblés pour introduire une seule demande d'arbitrage en novembre 2011 contre l'Espagne en invoquant donc le même instrument juridique (TCE), et sur base des mêmes règles d'arbitrage (UNCITRAL). Il s'agit du litige « AES Solar and others v. Spain" (2011)<sup>220</sup>.

Le litige analysé plus haut est le premier en la matière et son verdict est susceptible d'influencer la suite des événements tant les différents litiges présentent d'importantes similitudes. Cette dizaines de demande d'arbitrage ont toutes été initiées en vertu du Traité sur la Charte de l'Energie en invoquant souvent l'infraction des mêmes articles: non-respect du traitement national (art. 16), non-garantie d'un traitement juste et équitable et frustration des « attentes légitimes » des investisseurs (art. 10(1)) et de l'interdiction d'exproprier sans compensation appropriée (art. 13(1))<sup>221</sup>.

Tous les investisseurs plaignants sont des entreprises dont le siège social se trouve dans un État membre de l'UE: il s'agit principalement de firmes installées au Danemark, en France, en Allemagne, au Luxembourg, au Pays-Bas, en Norvège au Royaume-Uni, en Italie et en Belgique<sup>222</sup>. Les analystes de Corporate Europe Observatory (CEO/TNI) estiment d'ailleurs que certaines d'entre elles n'étaient en fait pas vraiment intéressées par la dimension éthique/écologique de l'investissement mais uniquement par les possibilités d'importants profits à court terme que devait offrir ce secteur en principe. Plusieurs investisseurs ont selon CEO d'ailleurs essayé de profiter du changement de réglementation (modification des AR de 2007 et 2008 par les AR de novembre et décembre 2010) pour investir et ainsi pouvoir initier une demande d'arbitrage en raison du soi-disant non-respect des obligations internationales de l'Espagne en vertu du TCE. En d'autres termes, ils ont tenté de 'spéculer' sur la non-conformité du changement de législation de l'Espagne<sup>223</sup>. L'avenir nous dira si cette stratégie peu éthique d'investissement est couronnée de succès ou pas.

Cela étant dit, le litige similaire que les deux firmes Eiser Infrastructure Limited & Energia Solar Luxembourg viennent de remporter (le 4 mai 2017) contre l'Espagne n'augure sans doute rien de bon pour les finances espagnoles<sup>224</sup>. Le Tribunal chargé d'arbitrer ce litige vient de condamner l'État espagnol à verser 128 millions d'indemnités aux deux investisseurs <sup>225</sup>. Dans un communiqué de presse, l'Espagne a fait savoir qu'elle entendait faire appel auprès du CIRDI de cette sentence arbitrale qu'elle conteste fermement<sup>226</sup>.

#### 5.4.2 Le litige « Blusun c. Italie » (2014) et sa sortie du TCE

Tel qu'indiqué précédemment, force est de constater que les litiges concernant la modification d'une politique de soutien des énergies renouvelables se sont démultipliés en Espagne mais aussi dans d'autres

<sup>&</sup>lt;sup>219</sup> Riodev, "Rising number of arbitration procedures against the Government of Spain involving investments in renewable energy", in Global Arbitration News, 07/04/2015.

Référence « AES Solar and others v. Spain" (2011), TCE, UNCITRAL Arbitration Rules; pending.

Les 15 investisseurs concernés par cette mini 'class action' sont: AES Solar, Ampere Equity Fund, Element Power, Eoxis Energy, European Energy, Foresight Group, GreenPower Partners, GWM-Lux Energia Solar, HgCapital, Hudson Clean Energy, Impax Asset Management, KGAL GmbH & Co., NIBC Infrastructure Partners, Scan Energy and White Owl Capital.

<sup>&</sup>lt;sup>221</sup> CEO/TNI, 2014, op.cit., p. 28.

<sup>&</sup>lt;sup>222</sup> CEO/TNI, 2014, op.cit., p. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>223</sup> CEO/TNI, 2014, op.cit., p. 30.

<sup>&</sup>lt;sup>224</sup> Peterson Luke Eric & Williams Zoe, « Spain arbitral winning streak comes to a halt, as ICSID Tribunal awards 128 millions Euro

<sup>(</sup>plus interest) for changes made in solar sector », in *Investment Arbitration Reporter*, 05/05/2017.

225 Voir le « Final award » du litige "Eiser Infrastructure Limited & Energía Solar Luxembourg S.A.R.L. v. Kingdom of Spain" (2013), ICSID Case N° ARB/13/36: Documentation de ce litige sur www.italaw.com: https://www.italaw.com/cases/5721 Voir le communiqué de presse du Gouvernement Espagnol, «España estudia recurrir el laudo del CIADI. Reforma eléctrica",

Communiqué de presse, 05/05/2017.

États européens<sup>227</sup>. Ainsi, l'**Italie** doit faire face à trois demandes d'arbitrage dont celle initiée en 2014 par la firme « Blusun S.A. » et deux autres investisseurs (Jean-Pierre Lecorcier et Michael Stein)<sup>228</sup>. Bien qu'une partie de la documentation soit toujours confidentielle à ce jour, on devine que cette sentence arbitrale a elle aussi été rendue – provisoirement – en faveur de l'Italie car on apprend dans la chronologie de la procédure du litige (dans la banque de donnée du CIRDI)<sup>229</sup> que les plaignants ont entamé une procédure d'annulation de cette sentence le 2 mai 2017. Affaire à suivre donc.

Parallèlement à cela, notons aussi que la société « Rockhopper Exploration » 230 (investisseur du Royaume-Uni) a également initié une procédure RDIE contre l'Italie en vertu des clauses de protection des investissements du TCE. Ce litige ne concerne pas l'arrêt d'une politique de soutien aux énergies renouvelables, mais l'interdiction adoptée par l'Italie en janvier 2016 de forer (pour y extraire et exploiter du pétrole) à une distance minimale de la côte italienne étant donné que la zone (en Mer adriatique) est particulièrement sensible aux séismes<sup>231</sup>. Il s'agit donc d'une mesure environnementale qui vise à limiter l'exploitation des combustibles fossile<sup>232</sup>. La sentence arbitrale de ce litige est aussi très attendue vu la hauteur des enjeux financiers et écologiques de ce litige.

Ceci dit, sentant peut-être une série de nuages sombres arriver, l'Italie n'a pas attendu cette série de mésaventures judiciaires concrètes pour demander à sortir du TCE. Elle a introduit sa demande en décembre 2014 et celle-ci a été effective à partir de janvier 2016<sup>233</sup>. Officiellement, elle justifie cette décision par le coût 'élevé' (c-à-d 370.000 €/an) de l'adhésion à ce traité qu'elle préfère éviter en ces temps de crise budgétaire. Mais il est probable qu'en restant dans le TCE, le gouvernement italien craigne devoir payer des montants nettement supérieurs à l'avenir. En effet, il se pourrait que plusieurs investisseurs étrangers actifs dans le secteur de l'énergie solaire initient une procédure RDIE contre l'Italie en raison de l'adoption en 2014 de l'Arrêté « Spalma Incentive »<sup>234</sup>. En résumé, via cet arrêté, le gouvernement italien décide de réduire les subsides aux installations de panneaux solaires PV dépassants une capacité de 200 KW. Ce cas de figure est très similaire aux AR de novembre et décembre 2010 de l'Espagne (cfr litige du point 5.3). Si ce n'est que dans ce cas-ci, l'Italie a décidé d'appliquer cette mesure de manière rétroactive, privant ainsi de nombreux investisseurs – ayant investi dans des panneaux PV – de leurs précieux subsides. La presse italienne parle de 8.600 investisseurs (italiens et étrangers) lésés. Ceci dit, Fiorelli se veut sceptique quant à la pertinence de la décision de l'Italie (sortir du TCE) pour échapper à de coûteuses condamnations car il explique que le TCE contient une « clause d'extinction ». En vertu de cette clause, les investisseurs lésés qui

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/3

<sup>227</sup> Rivkin David, Lamb Sophie & Leslie Nicola, "The future of investor-state dispute settlement in the energy sector: engaging with climate change, human rights and the rule of law", in Journal of World Energy Law and Business, Vol. 8, n° 2, 2015, p. 132-133;

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Référence « Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier et Michael Stein v. Italian Republic » (2014), ICSID Case No. ARB/14/3; Fiche technique complète et chronologie de la procédure sur :

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup>Voir la rubrique « Procedural details » de ce litige dans la base de données du CIRDI.

<sup>&</sup>lt;sup>230</sup> Référence: "Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic" (2017), ICSID Case No. ARB/17/14.

<sup>+</sup> Gosden Emily, "Rockhopper launches arbitration claim against Italy », in Times, 23 mars 2017.

Voir IAReporter, « Italy's ban on oil and Gas development near its coastline leads to investment treaty arbitration claim » in IAReporter, 23/03/2017.

Voir le communiqué de presse « Commencement of international arbitration" de « Rockhopper Exploration » le 23/03/2017.

<sup>&</sup>lt;sup>233</sup> Iorio Fiorelli Gaetano, « Italy withdraws from Energy Charter Treaty », in Global Arbitration News, 06/05/2015; CNUCED, 2017, op.cit., p. 103.

<sup>&</sup>lt;sup>234</sup> Iorio Fiorelli Gaetano, 2015, op.cit., 06/05/2015.

ont réalisé leur investissement avant le retrait de l'Italie du TCE disposent d'une durée de 20 ans (!) pour introduire une demande d'arbitrage au cas où l'Italie ne respectait pas une des dispositions du TCE<sup>235</sup>.

Hélas, l'Espagne et l'Italie ne sont pas non plus les seules en Europe à s'être vues récemment attaquer par des investisseurs étrangers devant un tribunal arbitral en raison de l'arrêt ou de la modification de leur soutien aux énergies propres. Sans rentrer dans les détails, citons les cas de la **République Tchèque** (7 litiges)<sup>236</sup>, la **Bulgarie** (2 litiges)<sup>237</sup>, la **Bosnie-Herzégovine**<sup>238</sup> et la **Roumanie**<sup>239</sup>. Quant à la Belgique, elle ne semble pas devoir craindre de telles plaintes malgré la réforme importante de sa politique de soutien aux énergies verte.<sup>240</sup>

#### 5.4.3 Les litiges États contre États devant l'ORD dans le secteur PV en dehors de l'UE

Par ailleurs, soulignons brièvement qu'en dehors de l'Europe, les litiges concernant le soutien financier étatique à d'importants programmes de production d'électricité verte commencent eux aussi à prendre une ampleur inédite, et *a fortiori* entre les économies émergentes (BRICS) et les puissances occidentales traditionnelles<sup>241</sup>. On remarque en effet que les programmes de soutien aux énergies renouvelables requis pour diminuer les émissions de CO<sub>2</sub> sont de plus en plus souvent attaqués via l'Organe de Règlement des Différends (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les États-Unis ont ainsi attaqué le programme chinois de subvention aux énergies éoliennes, de même que le programme « Solar Mission » de l'Inde via l'ORD de l'OMC. L'Inde, à son tour, a saisi l'ORD pour contester le programme énergétique des États-Unis, et la Chine a attaqué plusieurs programmes liés aux énergies renouvelables dans l'UE. Enfin, le Japon et l'UE ont poursuivi le Canada en raison de la « Loi Énergie et Économie vertes » de la Province d'Ontario<sup>242</sup>.

Ceci dit, il s'agit bien ici de litiges entre différents <u>États</u> qui s'affrontent devant l'ORD de l'OMC. Ce genre de litige sort donc du cadre de notre analyse à proprement parler bien qu'ils portent effectivement sur une

<sup>&</sup>lt;sup>235</sup> Iorio Fiorelli Gaetano, 2015, op.cit., 06/05/2015.

<sup>&</sup>lt;sup>236</sup> Perry Sebastian & Karadelis Kyriaki, « Sun rises on Czech energy claims", in Global Arbitration Review, 19/02/2014; Références de ces 7 litiges sur www.italaw.com + http://www.menachambers.com (Rubrique "Database ECT Disputes"): http://www.menachambers.com/wp-content/uploads/2016/01/Database-ECT-Disputes.pdf;

<sup>-</sup> Antaris Solar GmbH and others v. Czech Repulic, (2013), UNCITRAL.

<sup>-</sup> Voltaic Network GmbH v. Czech Republic, UNCITRAL.

<sup>-</sup> Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. Czech Republic (2013), UNCITRAL.

<sup>-</sup> Natland Invest. Group N.V., G.I.H.G. Limited, Radiance Energy Holding S.à.r.l. v. Czech Republic (2013), UNCITRAL.

<sup>-</sup> WA Investments-Europa Nova Limited v. Czech Republic (2013), UNCITRAL.

<sup>-</sup> Mr. Jürgen Wirtgen, Mr. Stefan Wirtgen, JSW Solar (zwei) v. Czech Republic (2013), UNCITRAL.

<sup>→</sup> URL: http://www.menachambers.com/wp-content/uploads/2016/01/Database-ECT-Disputes.pdf

Voir Peterson Luke Eric, "In shadow of mass solar claims, another UNCITRAL BIT Arbitration quietly mover forward against Czech Republic", in *Investment Arbitration Reporter*, 10/01/2014.

IAReporter, « Tribunals finalized in UNCITRAL and SCC Claims Arising out of solar-power controversies", in IAReporter, 17/04/2014.

<sup>&</sup>lt;sup>237</sup> CEO/TNI, "Le Paradis des pollueurs. Comment les droits conférés aux entreprises par les accords de libre-échange de l'UE sabotent la transition énergétique", CEO/TNI/ PowerShift/ AITEC, décembre 2015, 11 p.

<sup>&</sup>lt;sup>238</sup> Référence "Elektrogospodarstvo Slovenije – razvoj ininzeniring doo v Bosnia & Herzegovina" (2014), ICSID Case N° ABR/14/13 (concernant un projet de centrale électrique à l'énergie solaire thermique): *pending*.

<sup>&</sup>lt;sup>239</sup> "ALPIQ v Romania", ICSID Case No ABR/14/28: *pending*.

<sup>&</sup>lt;sup>240</sup> Heureusement, la Belgique (Région wallonne) qui avait mis en place en 2005-2007 un système similaire au «Feed-in-tariff» (FIT) en Espagne ne risque pas d'être concernée par les menaces d'arbitrage par des investisseurs étrangers car elle a limité l'octroi de certificats verts (sorte de FIT 'à la belge') aux investisseurs particuliers belges et pour des installations de puissance limitée. En effet, sa décision de limiter la durée de l'octroi de certificats verts a fait l'objet de recours au Conseil d'État par les investisseurs wallons lésés mais le Conseil d'État a rejeté leur recours fin mars 2017. L'annexe 12 donne plus d'explications à ce propos.

<sup>&</sup>lt;sup>241</sup> CEO/TNI, "Le Paradis des pollueurs. Comment les droits conférés aux entreprises par les accords de libre-échange de l'UE sabotent la transition énergétique", CEO/TNI/ PowerShift/ AITEC, décembre 2015, p. 9.
<sup>242</sup> Idem.

politique environnementale (soutien aux à la production d'électricité verte). Pour rappel, dans ce mémoire, nous nous focalisons sur les litiges entre investisseurs étrangers et des États portés devant un Tribunal d'arbitrage privé, ce qui n'est pas le cas de l'ORD<sup>243</sup>.

# 5.4.4 Le litige « Windstream c. Canada » (2013) <sup>244</sup>

Enfin, quelques mots encore à propos d'un énième litige portant sur un investissement dans les énergies renouvelables, au Canada cette fois et dont le verdict est particulièrement récent. La firme américaine « *Windstream Energy LLC* » attaque en novembre 2013 le gouvernement du Canada en vertu de l'ALENA car la Province d'Ontario a refusé de lui accorder un permis pour construire un parc éolien offshore dans la zone du Wolfe Island Shoals dans la province d'Ontario (au lac Ontario). Le Gouvernement régional de l'Ontario avait pourtant adopté en 2009 un large programme de soutien à la production d'énergie éolienne appelé « G.E.G.E.A. » aussi via un système de « *Feed-in-Tariff* »<sup>245</sup> dans lequel le projet de Windstream était censé s'insérer. Le Canada a invoqué la haute valeur ajoutée de la zone en terme de biodiversité et la nécessité de protéger ce biotope ce qui l'a amené à adopter en février 2011 un moratoire sur la construction de parcs éoliens offshore sur le Lac Ontario<sup>246</sup>.

Mais la sentence arbitrale rendue fin septembre 2016 a donné raison à Windstream car il a su démontrer que, dans ce cas, le Gouvernement n'avait pas assuré un « Traitement Juste Equitable » (TJE) à l'investisseur, ce qui est une infraction à l'article 1105 de l'ALENA. Le tribunal a donc considéré ce moratoire comme une expropriation indirecte de l'investissement de Windstream et le Canada a été condamné à lui verser une indemnité de 25.182.900 CAN\$<sup>247</sup>.

La particularité de ce litige réside dans le fait que le gouvernement du Canada a voulu interdire un investissement particulièrement durable (construction d'un champ d'éolienne offshore) <u>pour des raisons environnementales</u> – écologiques pour être exact. N'y a-t-il pas là une contradiction? Certains trouveront cela paradoxal mais il n'en reste pas moins que dans ce cas-ci le droit des investisseurs désireux de contribuer à la transition énergétique du Canada a prévalu sur la protection d'une partie de sa biodiversité<sup>248</sup>. Somme toute, avec cette affaire, il faut faire preuve d'autant plus de nuance lorsqu'on essaie de trouver des éléments de réponse à de notre question de départ : dans ce cas-ci, le recours au Tribunal arbitral doit sans doute être considéré comme une <u>opportunité</u> pour la transition énergétique du Canada mais aussi comme une <u>menace</u> pour la biodiversité de la zone concernée, ces deux enjeux faisant l'objet de mesures environnementales volontaristes mais conflictuelles de la part du Canada.

# 5.4.5 Conclusion ; une tendance lourde des litiges dans le secteur des énergies renouvelables

En conclusion, on peut dire qu'il s'agit donc d'une tendance lourde : les investisseurs recourent de plus en plus aux tribunaux arbitraux pour faire valoir leur volonté d'investir dans la transition énergétique, via la

<sup>&</sup>lt;sup>243</sup> Canal-Forgues Eric, « Le règlement des différends à l'OMC », Bruxelles, Bruylant, 2008, p.126.

<sup>244</sup> Référence « Windstream Energy LLC v. Government of Canada" (2013), PCA Rules, Case No. 2013-22, ALENA (sentence rendue le 27/10/2016).

<sup>&</sup>lt;sup>245</sup> « G.E.G.E.A. » pour « Green Energy and Green Economy Act » adopté en 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>246</sup> Voir la description factuelle du litige dans le chapitre « Factual background » de l'Award de ce litige, à consulter sur Italaw.com.

<sup>&</sup>lt;sup>247</sup> Voir le chapitre « VIII. The Tribunal's Decision" de l'Award, 27/10/2016, op.cit, p. 150-152.

<sup>&</sup>lt;sup>248</sup> Hepburn Jarrod, « Analysis: Failure to clarify regulatory uncertainty on offshore wind underpins NAFTA breach in Windstream v. Canada", in *Investment Arbitration Reporter*, 07/12/2016

production d'électricité verte' grâce aux énergies renouvelables (PV ou éolien); en Europe surtout mais, progressivement aussi au Canada et entre puissances traditionnelles et économies émergentes (pays BRICS). L'issue de la plupart de ces nombreux litiges est encore loin de voir le jour mais il conviendrait d'accorder la plus grande attention à celles-ci si l'on cherche à comprendre dans quelle mesure la possibilité de recourir à un Tribunal arbitral doit plutôt être considéré comme une menace où une opportunité pour le secteur PV et les politiques énergétiques durables plus généralement.

Cette observation est d'ailleurs assez bien corroborée par une observatrice attentive de l'évolution de la pratique de l'arbitrage international. Lors de son allocution à Varsovie en mai 2015, la Secrétaire Générale de la Chambre de Commerce de Stockholm, Annette Magnusson, fait en résumé un triple constat<sup>249</sup>:

- a. Un environnement meilleur et plus sûr pour nous et les générations futures nécessitent un apport massif d'investissements privés.
- b. les États jouent un rôle important pour fournir un environnement économique propice aux investissements, y compris en offrant un cadre légal prévisible et stable.
- c. Les TBI et mécanismes RDIE sont les instruments indispensables pour s'assurer que les États respectent leurs engagements internationaux.

Pour Annette Magnusson, la possibilité de recourir à un tribunal arbitral pour régler les litiges environnementaux/énergétiques est non seulement une **opportunité** pour les politiques environnementales mais c'est un **outil indispensable**, la pierre angulaire sans laquelle les États ne parviendront pas à réaliser l'urgente transition énergétique.

Cette vision est partagée par David Rivkin et ses collègues. En substance, ils énoncent dans un article de 2015 que les TBI et les mécanismes RDIE sont selon eux des composants vitaux pour l'industrie des énergies propres, des outils privilégiés pour contribuer durablement à notre sécurité énergétique<sup>250</sup>. Bien que nous trouvons leur argumentation peu convaincante et particulièrement peu rigoureuse pour une publication dans une revue académique, ils vont jusqu'à affirmer que les TBI et clauses RDIE sont des éléments fondamentaux de la paix mondiale et des adjuvants à la démocratisation des nombreux États en raison du rôle qu'ils jouent en faveur de la croissance économique, de l'État de droit et de la réduction de la pauvreté<sup>251</sup>.

#### 5.5 Remarques conclusives

L'analyse de ces litiges propres aux états européens apporte une perspective singulière à notre problématique suite aux constats posés dans le chapitre précédent qui portait uniquement sur des litiges relativement classiques en Amérique du Nord où les investisseurs ont à chaque fois contesté une mesure environnementale en raison de leur investissement potentiellement polluant ou néfaste pour l'environnement. Ici, sur le continent européen, hormis les deux premiers litiges (Maffezini, Vattenfall + Rockhopper), il en est tout autrement.

<sup>251</sup> Rivkin David, Lamb Sophie & Leslie Nicola, 2015, op.cit., p. 150-151.

73

<sup>&</sup>lt;sup>249</sup> Magnusson Annette, «How investment Protection regime can contribute to a better environment», Speech by Annette Magnusson, SCC Secretary General, «Roundtable: Challenges and Future of Investment Arbitration, Warsaw, 29/05/2015.

<sup>&</sup>lt;sup>250</sup> Rivkin David, Lamb Sophie & Leslie Nicola, "The future of investor-state dispute settlement in the energy sector: engaging with climate change, human rights and the rule of law", in *Journal of World Energy Law and Business*, Vol. 8, n° 2, 2015, pp. 132.

Dans l'affaire 'Maffezini', nous avons vu que la question de la juridiction du CIRDI était particulièrement délicate mais a été tranchée en faveur de l'investisseur suite à une interprétation particulièrement large et interpellante de la Clause de la Nation le Plus Favorisée (CNPF) par le Tribunal. Aussi, on a constaté que la compétence d'un tribunal est particulièrement délicate à établir quand l'instance 'parastatale' responsable du litige a un statut hybride, variable au fil du temps, et qui passe d'une entité gouvernementale et donc clairement publique à une entité commerciale, de nature privée. Ce qui aurait rendu le tribunal incompétent si la transformation avait eu lieu avant la décision litigieuse. Les répercussions de l'Analyse d'Impact Environnemental (AIE) semblent avoir joué un rôle clé dans le départ de l'investisseur (ce qui mènera au litige) même si l'attitude d'Espagne à ce propos est considérée irréprochable.

Dans ce verdict de nombreuses questions et non des moindres restent en suspens. Le raisonnement du tribunal est peu lisible, peu compréhensible. Surtout, ce document n'indique nulle part en quoi le transfert des 30 millions (dont l'irrégularité est démontrée) sur le compte de la société EAMSA a affecté la rentabilité de l'investissement de Maffezini. Et pourquoi l'investisseur a-t-il dépensé cet argent s'il estimait ce transfert inopportun?

Somme toute, une sentence arbitrale qui pose question et met en lumière les écueils classiques de l'arbitrage international : imprévisibilité de l'issue due à la subjectivité du tribunal et manque de transparence de la procédure.

L'affaire 'Vattenfall' est sans aucun doute le litige-fleuve le plus complexe et le plus long des litiges analysés ici. Cette affaire est aussi le différend dont les enjeux financiers sont les plus importants (Vattenfall réclame 1,4 milliards € à l'Allemagne). C'est l'exemple type d'un différend 'classique' où, en raison de l'impact environnemental potentiel de son investissement, l'investisseur conteste une réglementation environnementale qui lui paraît trop sévère et qui remet en question la rentabilité de son énorme investissement. Ce litige a pris fin (temporairement) suite à l'octroi de permis demandé par Vattenfall à des conditions environnementales beaucoup plus clémentes que celles exigées initialement, notamment par le droit européen. Alors qu'un settlement avait été trouvé en 2011, la procédure risque fort d'être rouverte car le PUE délivré par l'Allemagne vient d'être invalidé par la CJUE. Dans cette affaire, on est surtout frappé par l'intensité de la tension entre le droit des investissements étrangers et le droit européen de l'environnement au point que ce litige est toujours en cours après 8 ans de procédure. Et bien malin sera celui qui pariera sur son issue. Cette affaire n'est d'ailleurs pas sans rappeler sa 'grande-sœur', l'affaire « Vattenfall c. Allemagne »<sup>252</sup> n°2 initiée en 2012 suite à la décision de l'Allemagne de sortir de l'énergie nucléaire après la catastrophe de Fukushima. Vu les enjeux financiers encore plus importants<sup>253</sup>, nul doute que cet arbitrage générera un débat public aussi important que le premier opus de cette 'saga'.

Dans l'affaire 'Charanne & Construction Investments' en tant que tel, nous avons vu qu'un investisseur ne peut prétendre avoir été exproprié simplement en raison du fait qu'un État a adopté une mesure qui a eu pour effet de faire baisser la valeur des actions détenues par cet investisseur. Le Tribunal a constaté que cette mesure ne les a pas privés ou dépossédés du titre de propriété de leurs actions. Et l'Espagne a su faire valoir le fait que les investisseurs ne pouvaient évidemment pas détenir ou contrôler de futurs profits. Aussi, le

<sup>253</sup> Dans cette affaire, Vattenfall réclame 4,675 milliards € à l'Allemagne ; voir Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Brauch Martin Dietrich, "The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark", International Institute for

Sustainable Development, décembre 2014.

<sup>&</sup>lt;sup>252</sup> Référence : « Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany" (2012), ICSID Case N° ARB/12/12, ECT.

Tribunal a retenu que l'Espagne leur a bien accordé un traitement juste et équitable (TJE) dans le sens où la décision litigieuse espagnole a été prise de bonne foi, suite à la crise financière. En outre, les deux AR modifiés (de 2007-2008) ne contenaient pas de 'clause de stabilisation' ce qui aurait dû inciter les investisseurs à la prudence. Ceux-ci n'ont pu se prévaloir d'attentes légitimes frustrées car le principe du TJE ne signifie pas que l'État doit garantir l'immuabilité de sa législation. En outre, nous avons vu que dans cette affaire, c'est en quelque sorte la logique du respect des règles d'austérité budgétaire qui a prévalu et qui a permis à l'Espagne de ne pas se faire condamner. Et ce, peut-être grâce à l'intervention de la Commission européenne dans ce sens.

Enfin, nous avons vu que, comme dans d'autres litiges (*Lone Pine Resources* et *Isolux Infrastructure*), la définition d'un 'investisseur étranger' devrait sans doute être clarifiée à l'avenir dans l'ALENA ou le TCE car il semblerait que certains investisseurs non-étrangers passent par des sociétés-écrans établies dans des États à la juridiction complaisante (qui assure le secret bancaire) pour se faire passer pour des investisseurs étrangers et ainsi initier une procédure d'arbitrage devant un tribunal arbitral.

Par ailleurs, nous avons constaté que ce type de litige allait être le premier d'une longue série. A partir de 2012-2013, des litiges similaires ont en effet été initiés en Espagne, en Italie, en République Tchèque en Bulgarie et en Roumanie.

Autant de litiges que nous qualifions de 'litiges verts' dans le sens où ils concernent des investissements propres, respectueux de l'environnement (contrairement aux 'litiges classiques', cfr Chap. 4) et des États qui ont modifié ou mis fin à leur politique de soutien aux énergies renouvelables. Ces 'litiges verts' ont donc été initiés par des investisseurs désireux d'investir dans les énergies renouvelables et donc dans la transition énergétique.

Mais avec l'affaire 'Charanne & Construction Investments' et la prolifération de litiges similaires, nous avons surtout vu que, vis-à-vis de notre question de départ, le recours aux Tribunaux arbitraux offre des perspectives nouvelles pour les politiques environnementales, dans le secteur énergétique en particulier. La réponse trouvée jusqu'ici à notre question de départ doit à présent être fortement nuancée. Suite à l'analyse des 'litiges classiques' du chapitre 4 (contexte nord-américain), on avait vu que, dans ces cas, le recours aux TAP avait surtout été une **menace** pour les mesures environnementales. Ici, en revanche, en Europe, on a constaté – malgré quelques cas de 'litiges classiques' minoritaires selon notre recherche – une prolifération de 'litiges verts' qui représente une tendance lourde et pour lesquels le recours aux TAP représente surtout une **opportunité** car ils permettent aux investisseurs de faire valoir leur intention d'investir dans la transition énergétique.

Enfin, nous avons terminé ce chapitre par quelques commentaires concernant un litige très particulier. Dans l'affaire 'Windstream', le Canada a tenté de bloquer un projet de production d'électricité verte (via l'énergie éolienne) pour des raisons environnementales. Ce litige donne lieu à un troisième cas de figure par rapport aux réponses à apporter à notre question de départ dans le sens où dans ce cas, le recours aux TAP ou constitué une <u>opportunité pour la politique énergétique</u> du Canada\_mais en même temps une <u>menace pour les mesures de protection de la biodiversité</u> de la région du Lac Ontario.

Mais plus généralement, l'analyse et la présentation de cette dizaine de litiges portant spécifiquement sur des questions environnementales ont mis en lumière une série de critiques qui sont en fait régulièrement

adressées au mécanisme RDIE dans son ensemble. Ces dernières années, la recrudescence et la virulence de ces critiques a mené à ce que plusieurs analystes ont appelé « la crise de légitimité » de l'arbitrage international. Nous allons aborder cette problématique dans le chapitre 6.

### 6. La crise de légitimité plus générale de l'arbitrage international et l'appel aux réformes

Tel qu'on vient de le voir, ces différentes études de cas illustrent certains défauts récurrents des procédures RDIE. S'ils ne sont pas spécifiques aux mesures environnementales, plusieurs auteurs estiment qu'ils sont inhérents aux instruments juridiques adoptés et au contexte historique dans lesquels ils ont été mis en place. C'est pourquoi nombreux sont ceux qui estiment que la légitimité de cet instrument est considérablement entamée à ce jour.

"The so-called legitimacy crisis of the international arbitration system has, as yet, failed to impact significantly on its growth" <sup>254</sup>.

C'est ainsi que C.N. Brower et consort résument le paradoxe de l'arbitrage international dès 2003. En d'autres termes, ils s'étonnent du fait que malgré la crise de légitimité de l'arbitrage international, les États ne cessent de plébisciter cet instrument dans les traités bilatéraux d'investissement (TBI) et autres Accords Internationaux d'Investissement (AII). Susan D. Franck développera davantage cette critique dans un important article de 2005 en insistant sur le manque de cohérence entre les sentences arbitrales des TAP dû à la subjectivité des arbitres et à la marge de manœuvre trop importante des tribunaux pour interpréter le respect des grandes règles des TBI et AII<sup>255</sup>. Elle nous rappelle dans son article que les multiples demandes de réforme du système ne datent pas d'hier<sup>256</sup>. Waibel M., Kaushal A. et consort proposent également un remarquable inventaire tout en nuances des critiques des mécanismes RDIE en 2010<sup>257</sup>.

Le but de ce chapitre n'est pas de recenser les innombrables papiers qui décrivent de long en large les limites plus générales de ce système tant ils reviennent souvent avec le développement des mêmes écueils. Dans ce chapitre, nous proposons un aperçu des travaux de deux auteurs : Sabrina Robert-Cuendet et Gus Van Harten. Ce choix est en partie arbitraire mais s'explique partiellement par le fait que nous avons beaucoup parcouru leurs écrits pour nous familiariser avec le sujet de ce mémoire et pour mieux circonscrire le périmètre de l'étude. Dans un deuxième temps, nous passerons en revue les récentes propositions de réformes de la CNUDCI pour davantage de transparence et nous terminerons par quelques considérations concernant la réforme du mécanisme RDIE dans le cadre du CETA.

#### 6.1 Les critiques de deux auteurs : Sabrina Robert-Cuendet et Gus Van Harten

En raison des nombreuses tensions entre le droit des investissements internationaux et le droit de l'environnement, comment réconcilier l'inconciliable ?

<sup>&</sup>lt;sup>254</sup> Voir Brower C.N., Brower II C.H. and Sharpe J.K., "The Coming Crisis in the Global Adjudication", 19 Arbitration International, no. 415 (2003);

no. 415 (2003);
<sup>255</sup> Franck Susan D., «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions », 73 Fordham Law Review, no. 1521 (2005).

<sup>&</sup>lt;sup>256</sup> Voir « Previous suggestion for Reform » in Franck Susan D. 2005, op.cit., p. 1587-1610.

<sup>&</sup>lt;sup>257</sup> Waibel M., Kaushal A., Kyo-Hwa Chung L. and Balchin C. (eds.), « The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality », The Netherlands: Kluwer Law International, 2010;

Cette question est ancienne et Baughen l'a posée dès 2001, certes dans des termes très différents des enjeux actuels. Mais, selon son analyse, ces deux disciplines juridiques sont entrées en confrontation déjà au début des années 1990<sup>258</sup>. L'article de Baughen illustre bien que cette préoccupation animait déjà la communauté scientifique il y a près de 20 ans. Il faut croire que cet article a dû marquer Sabrina Robert-Cuendet car, en substance, elle en a fait le sujet de sa thèse de doctorat finalisée en 2010 dont nous proposons une synthèse de quelques idées clés ci-dessous.

# 6.1.1 Les constats de Sabrina-Robert Cuendet<sup>259</sup>

Ce serait une gageure que de prétendre résumer en deux pages près de 6 années de recherches académiques d'une chercheuse aussi brillante. Cette synthèse sera donc forcément lacunaire mais nous tentons ici de cerner la quintessence de certaines idées centrales qu'elle développe dans sa thèse de doctorat.

Un des objectifs de son analyse est de « montrer combien les règles et concepts qui interviennent dans la définition de l'expropriation sont entremêlés et confus » (p. 2).

Globalement, son analyse concorde avec les grandes observations des auteurs repris dans ce mémoire mais disons que l'originalité de ses recherches réside dans le fait qu'elle distingue schématiquement, et situe dans le temps, deux approches adoptées par les tribunaux d'arbitrage privé pour régler des litiges portant sur des questions environnementales à l'aide d'une analyse de la doctrine et d'une 'jurisprudence' embryonnaire qu'elle contribue elle-même à structurer. En somme, ce sont les importantes limites et manques de cohérence de la première approche (<u>l'approche classique</u>) qui l'ont amenée à s'interroger sur l'impasse à laquelle elle conduisait. La lecture et le 'brassage' d'une centaine de sentences arbitrales l'ont amenée à mettre en exergue et conceptualiser une seconde approche (<u>la nouvelle approche</u>) mieux à même d'intégrer les impératifs environnementaux et climatiques selon elle.

Suite à ses recherches, elle postule qu'un glissement de la 'jurisprudence' s'est opéré passant d'une approche classique/ traditionnelle vers une approche nouvelle, plus novatrice capable de mieux concilier les droits des investisseurs et la protection de l'environnement.

Selon elle, avec le temps et l'acuité des problèmes environnementaux, on est passé d'un 'contentieux focalisé sur l'expropriation stricto sensu' vers un 'contentieux focalisé sur les différentes responsabilités internationales des États. Elle remarque que pour basculer dans la nouvelle approche, les différentes responsabilités internationales des États ont dû être recontextualisées et ne pouvaient plus se focaliser uniquement sur leurs responsabilités internationales en matière de protection des investissements étrangers. Dans la nouvelle approche, le règlement du différend se focalise aussi sur le devoir de préserver l'environnement parallèlement à l'essor du droit environnemental qui est plus récent que le Droit des investissements internationaux.

<u>Dans l'approche classique</u>, les Tribunaux arbitraux adoptent en général une conception large, extensive de l'expropriation indirecte qui donne souvent lieu à une compensation en raison de la dépossession/neutralisation partielle du fruit de l'investissement qui découlerait de la mesure environnementale.

<sup>259</sup> Ce sous-chapitre se base sur différents passages de la thèse de doctorat de Sabrina Robert-Cuendet, intitulée, « Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte », Martinus Nijhof Publishers, Coll. Etudes de Droit International, mai 2010, 534 p.

 $<sup>^{258}</sup>$  Voir Baughen Simon, «Investor Rights and Environmental Obligations: Reconciling the irreconcilable?», Journal of Environemental Law, Vol. 13,  $n^{\circ}$  2, 2001.

Dans le cadre de cette approche classique, de nombreuses sentences se sont référées, entre autres, à la stabilité, voir l'immuabilité du cadre juridique que les États étaient censés assurer pour ne pas frustrer les attentes légitimes des investisseurs. Certains tribunaux en ont en effet déduit que toute modification significative de ce cadre portait atteinte aux attentes légitimes des investisseurs et impliquait que l'État les indemnise en raison de *l'ampleur*, de la gravité du préjudice financier découlant des répercussions de la mesure environnementale.

<u>Dans la nouvelle approche</u>, elle remarque que les Tribunaux commencent désormais à adopter une conception plus restrictive de l'expropriation indirecte qu'ils analysent au regard des droits et devoirs des États à réglementer la protection de l'environnement. Par conséquent, elle remarque que les États ont plus souvent gain de cause en raison de la légitimité de leur mesure environnementale à condition que celle-ci ne soit pas *déraisonnable* et qu'elle ait été *adoptée de bonne foi*.

Mais comment délimiter conceptuellement et juridiquement 'une mesure environnementale *raisonnable*? Selon son analyse, c'est une mesure adoptée par l'État dans l'exercice normal de ses compétences – et non pour déguiser ce qu'elle qualifie de 'protectionnisme vert' – et proportionnée au but de l'intérêt général (Rober-Cuendet, 2011, p. IX). En somme, une mesure *raisonnable* ne peut être arbitraire, imprévisible, démesurée/disproportionnée, discriminatoire ou inéquitable/injuste. Pour s'assurer le respect de ces critères, elle estime que les Tribunaux ne doivent pas hésiter à faire appel à la **science** (p. 308, 324).

L'appréciation d'une mesure 'raisonnable' peut certainement impliquer l'application d'un « test de proportionnalité » pour évaluer la licéité d'une mesure de dépossession résultant de l'activité réglementaire des États (p. 338).

Aussi, l'application du principe du 'traitement juste et équitable' doit être utilisée de manière plus pertinente dans le cadre de cette nouvelle approche pour déterminer quand une mesure environnementale sera déraisonnable, à condition toutefois que ce standard ne soit pas soumis à l'interprétation inflationniste (propre à l'approche classique, ndr) que lui ont parfois donné les tribunaux CIRDI ». (p. IX).

Elle prétend que cette nouvelle approche propose une « lecture plus équilibrée des attentes légitimes et de la **stabilité du cadre juridique**, soulignant que ce que l'État doit assurer c'est ce qu'elle appelle la « prévisibilité qualitative » de la réglementation, entendant par là que l'État doit garantir qu'il n'utilisera ses pouvoirs que dans certaines circonstances et pour certains objectifs, et qu'il ne les utilisera pas de manière déraisonnable.

Avec le temps, elle a observé un <u>renversement – résultant d'une lente évolution – de la présomption pesant sur les mesures environnementales des États qui permet d'affirmer que l'État n'est pas responsable des dommages résultant d'une mesure raisonnable, adoptée de bonne foi et dans l'intérêt général.</u>

Elle élabore aussi une théorie pour expliquer la grande confusion de la jurisprudence à propos du calcul de l'indemnisation éventuellement due en cas de mesure environnementale déraisonnable. A propos de l'obligation des tribunaux de faire la distinction entre l'indemnisation due en cas d'expropriation *licite* et celle due en cas d'expropriation *illicite*, l'auteur estime que, jusqu'ici, les tribunaux arbitraux appliquent de manière extrêmement confuse cette règle pour parvenir parfois à des situations où aucune distinction n'est faite. Au terme de son étude doctorale, l'auteur reconnaît que « les règles applicables sont encore si confuses

et si imprécises que les pistes de réflexion ébauchées (au terme de son étude) devront encore être confirmées par la consolidation de la jurisprudence arbitrale (p. X)

En définitive, Sabrina Robert-Cuendet estime déjà en 2010 que, dans le cadre de l'approche classique:

« il faut toutefois reconnaître que la dogmatique libérale qui exige de l'État qu'il n'interfère pas dans la conduite des acticités des investisseurs étrangers tout en assurant la protection de l'intégrité de leurs investissements a très largement pris le pas sur cette protection contre les seuls comportements anormaux de l'État. Toute entrave à la liberté de l'initiative économique privée peut dès lors apparaître comme une atteinte aux droits de l'investisseur étranger qui ouvre potentiellement droit à la réparation »<sup>260</sup>.

Aussi, elle démontre que, dans le contexte de l'approche classique, les APPI<sup>261</sup> créent un cadre juridique déséquilibré, en faveur des investisseurs étrangers :

« Les APPI assurent une protection asymétrique de l'investisseur contre l'État hôte. Il faut dire que les APPI ont très peu évolué depuis la rédaction des premiers TBI dans les années 1960 où ils constituent alors des instruments de politique commerciale des États, principalement des États du Nord., soucieux de protéger leurs capitaux contre certains risques spécifiques, tels que les mesures de spoliations dans les pays nouvellement indépendants. Dès lors, le droit de l'investissement était prédisposé à la protection des intérêts des investisseurs étrangers plutôt qu'à la prise en compte des intérêts des États hôtes. Cette empreinte historique est encore visible dans la philosophie libérale véhiculée par les APPI qui font, pour cette raison, souvent l'objet de critiques sévères » 262

En conclusion, Sabrina Robert-Cuendet soutient qu'à l'avenir, les Tribunaux devront s'inspirer davantage des principes de la nouvelle approche faute de quoi, c'est le système d'arbitrage international dans son ensemble qui risque de se voir définitivement décrédibilisé face aux urgences climatiques et environnementales.

### 6.1.2 Les analyses et critiques de Gus Van Harten

Gus Van Harten est sans conteste un des auteurs les plus prolifiques sur la problématique de l'arbitrage international et le régime international des traités d'investissement. Il a publié une dizaine de monographies et une quarantaine d'articles sur le sujet depuis le début des années 2000<sup>263</sup>. Nous avons choisi de présenter dans ce sous-chapitre les conclusions de ses deux publications les plus récentes.

En 2015, il a analysé les montants des indemnités reprises dans les sentences arbitrales les plus significatives publiées jusqu'en mai 2014 et le profil des 'investisseurs' qui en ont bénéficiés. Par cette étude, il démontre que ce sont clairement les grandes entreprises transnationales qui ont le plus bénéficié des indemnités les plus importantes. Son étude tend à démontrer que les procédures RDIE – très onéreuses à initier - ne bénéficient financièrement que très marginalement aux investisseurs particuliers et aux PME<sup>264</sup>. Voici la conclusion principale de cette étude :

Il a recensé 45 sentences arbitrales qui imposèrent chacune le versement d'une indemnité supérieur à 10 millions \$ à un investisseur. Ce qui correspond à un total de 6,5 milliards \$ d'indemnités réparti comme suit :

- 64% de ces 6,5 milliards ont été décernés aux entreprises ayant un chiffre d'affaire supérieur à 10 milliards \$/ an

size and wealth of the claimants", Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research paper n° 14, Volume 12, Issue 3, janvier 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>260</sup> Voir Robert-Cuendet Sabrina, 2010, op.cit., p. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>261</sup> « APPI » pour « Accords de promotion et de protection des Investissements » ce qui correspond aux AII dans notre étude.

<sup>&</sup>lt;sup>262</sup> Voir Robert-Cuendet Sabrina, 2010, op.cit., p. 10.

Et Fouchard Ph., «L'arbitrage et la mondialisation de l'Economie», in Philosophie du Droit et du Droit économique : quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat », Paris, Frison-Roche, 1999.

263 Un extrait de sa bibliographie personnelle peut être consulté sur le site web de la chair de droit dont il est titulaire à la Osgoode

<sup>&</sup>lt;sup>263</sup> Un extrait de sa bibliographie personnelle peut être consulté sur le site web de la chair de droit dont il est titulaire à la Osgoode Hall Law School, York University, au Canada: http://www.osgoode.yorku.ca/wp-content/uploads/2014/08/vanharten\_gus.pdf <sup>264</sup> Van Harten Gus & Malysheuski Pavel, "Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the

- 29% ont été décernés aux entreprises ayant un chiffre d'affaire supérieur compris entre 10 et 1 milliard \$/ an
- 7% ont été décernés aux entreprises ayant un chiffre d'affaire inférieur à 1 milliard \$/an.

En 2016, Van Harten publie un article où il examine une importante quantité de sentences arbitrales pour essayer de dégager certaines tendances concernant l'issue de ces sentences. Il opérationnalise numériquement et quantifie la propension (plutôt extensive ou restrictive<sup>265</sup>) qu'ont les arbitres lorsqu'ils doivent interpréter certains manques d'information ou des comportements ambigus des États et des investisseurs<sup>266</sup>. Il a réalisé une importante base de données en encodant systématiquement les données relatives à 14 critères juridictionnels de 123 litiges. Et tel qu'on pouvait s'y attendre selon lui, les arbitres ont eu une 'tendance potentiellement systématique', à prononcer leur verdict en faveur :

- des investisseurs étrangers (et en défaveur des États) en général
- des investisseurs ressortissants des États occidentaux (membres de l'OCDE) et proportionnellement moins en faveur des investisseurs 'non-occidentaux')<sup>268</sup>
- des États-Unis (et proportionnellement moins en faveur des autres États) lorsque ces verdicts ont été prononcés en faveur d'un État

Il estime que ce résultat était prévisible car les arbitres ont des motivations évidentes à prononcer des sentences arbitrales allant dans ce sens. Ces stimulants sont par exemple le fait qu'ils ont un intérêt à pouvoir être désignés à nouveau comme arbitre dans de futurs arbitrages. Or, si les investisseurs remarquent que leurs chances de remporter une procédure d'arbitrage sont relativement importantes, cela les incite à en initier d'autres. Les arbitres ont donc beaucoup à gagner à ce que l'industrie de l'arbitrage international prenne de l'ampleur.

Via cette étude, Van Harten a aussi démontré que plus un avocat d'affaires était désigné pour arbitrer une procédure RDIE, plus il avait tendance à interpréter de manière extensive (c-à-d en faveur des investisseurs) les critères retenus. C'est pourquoi il conclut que les mécanismes RDIE ne sont pas équitables ni indépendants (p. 6).

Voilà donc deux articles qui illustrent certaines raisons du discrédit actuel des mécanismes RDIE.

# 6.2 Propositions de réformes de la CNUDCI et de la CNUCED: pour plus de transparence, une meilleure prise en compte de l'environnement et du 'développement durable'

Pour répondre à ces observations académiques, notons que les Nations Unies n'ont pas attendu les protestations sans précédents de la société civile et de certains partis politiques contre la clause RDIE du CETA et du TTIP<sup>269</sup> pour entamer des travaux de modernisation des règles d'arbitrage de la CNUDCI. A

<sup>&</sup>lt;sup>265</sup> Dans cet article, la tendance extensive signifie 'en faveur des investisseurs'; la tendance restrictive signifie 'en faveur des États'.

<sup>&</sup>lt;sup>266</sup> Van Harten Gus, "Arbitrator behaviour in asymmetrical adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration », in Osgoode Hall Law Journal, Legal Studies Research Paper Series, Research paper n° 31, Volume 53, Issue 2, février 2016 (forthcoming).

267 « a potential systematic bias » dans le texte original.

<sup>&</sup>lt;sup>268</sup> Son étude statistique démontre que les investisseurs qui ont le plus les « faveurs » des arbitres sont les investisseurs des États-Unis, du Royaume-Uni, de la France et de l'Allemagne (cfr p. 5).

<sup>&</sup>lt;sup>269</sup> EurActiv, "Parliament's opposition to TTIP arbitration on the rise", 21/5/2015. EurActiv, "France and Germany to form united front against ISDS", 15/1/2015. Le Soir, "Une grande coalition belge unit ses forces contre le TTIP", 5/5/2015.

vrai dire, elles s'y attèlent depuis 2010 via l'élaboration de règles sur la transparence dans le cadre des mécanismes RDIE des AII.

Ces travaux ont abouti en 2013 par l'adoption de la <u>Résolution 68/109 (du 16 décembre 2013) de l'Assemblée Générale des Nations Unies<sup>270</sup> qui recommande l'utilisation des nouvelles **Règles d'Arbitrage** de la CNUDCI<sup>271</sup> (modifiées et adoptées en 2013) ainsi que l'utilisation des **Règles de la CNUDCI sur la Transparence relatives à l'arbitrage Investisseur-État basé sur les Traités<sup>272</sup>**, aussi adoptées en 2013.</u>

Ces nouvelles règles portent sur l'obligation des Tribunaux arbitraux de publier certains documents importants (e.a. les Demandes d'arbitrage, les transcriptions des auditions, les Sentences arbitrales), le moment auquel cette documentation doit être publiée, les TBI et AII concernés par ces nouvelles règles et les exceptions à ces règles de transparence.

En 2016, 16 États membres des N.U. ont signé la **Convention des N.U. sur la Transparence de l'Arbitrage Investisseurs-États basée sur les Traités<sup>273</sup>.** Cette convention entrera en vigueur dès que trois instruments de ratification auront été déposés. Cette convention prévoit aussi un 'registre de la transparence' qui sera un outil clé pour la publication d'informations et documents de premiers plans dans des affaires RDIE<sup>274</sup>.

Le « World Investment Report 2016 » de la CNUCED met en évidence les progrès réalisés récemment dans 10 modèles-types de TBI (qui servent de référence pour la négociation de futurs TBI) et dans 21 AII déjà signés et en vigueur en 2015<sup>275</sup>. En quelques mots, ces avancées importantes concernent entre autres une meilleure définition et prise en compte de l'environnement, du concept de 'traitement juste et équitable', du droit des États à réguler, du concept de 'responsabilités sociales des entreprises' et du développement durable.

# 6.3 La réforme du mécanisme RDIE dans le cadre du CETA

Quelles adaptations ont été apportées au mécanisme RDIE dans la nouvelle mouture du CETA et quels gages peut-on y trouver pour une meilleure protection des mesures environnementales ?

Les négociations relatives au CETA<sup>276</sup> se sont officiellement achevées en septembre 2014. Mais en raison d'une contestation populaire<sup>277</sup> sans précédent à l'échelle européenne<sup>278</sup>, dans la foulée de celles propres au TTIP, les États membres ont décidé de rouvrir la négociation de ce traité de libre-échange et d'investissement pour en proposer une nouvelle version. Cette nouvelle version focalisée sur une réforme du mécanisme RDIE a été publiée en février 2016<sup>279</sup>.

 $^{\rm 276}\,\rm CETA$  : Comprehensive Economic and Trade Agreement

<sup>&</sup>lt;sup>270</sup> United Nations General Assembly, "General Assembly resolution 68/109", New York, 16/12/2013.

<sup>&</sup>lt;sup>271</sup> UNCITRAL, «UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013», United Nations, New York, décembre 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>272</sup> UNCITRAL, «UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration», United Nations, New York, 2013
<sup>273</sup> UNCITRAL, "United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration", United Nations, New York, 2015.

<sup>&</sup>lt;sup>274</sup> UNCTAD, "World Investment Report", 2017, op.cit., p. 103.

<sup>&</sup>lt;sup>275</sup> UNCTAD, 2017, op.cit., p. 111-114.

<sup>&</sup>lt;sup>277</sup> CEO, « TTIP investor rights: the many voices ignored by the Commission", 3/2/2015.

Le Soir, "Une grande coalition belge unit ses forces contre le TTIP", 5/5/2015.

<sup>&</sup>lt;sup>278</sup> Et à la suite d'une importante consultation publique au sujet du mécanisme RDIE prévu dans le CETA et dans le TTIP.

<sup>&</sup>lt;sup>279</sup> Le texte intégral du CETA est à consulter sur le site de la DG Commerce international de la Commission européenne : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\_154329.pdf

Dans un article de décembre 2016<sup>280</sup>, August Reinisch propose un résumé du chapitre relatif au 'nouveau' mécanisme RDIE appelé "Système Juridictionnel d'Investissements" (SJI). En résumé, cette nouvelle version est à mi-chemin entre le mécanisme RDIE classique et une cour internationale permanente des investissements dans le sens où elle combine l'ancien modèle avec des caractéristiques propres aux tribunaux et juridictions nationales publiques <sup>281</sup>. Ce nouveau système s'inspire donc de la structure et du fonctionnement de l'ORD de l'OMC<sup>282</sup> et est conçu de manière à limiter l'influence des investisseurs dans les futurs arbitrages.

Les 11 principales caractéristiques de ce SJI sont présentées en annexe 15.

Gus Van Harten propose une analyse concise de ce SJI en quatre temps<sup>283</sup>. Il interroge ainsi quatre aspects de cette nouvelle mouture : (a) l'indépendance du système (b) son équité (c) l'équilibre dans l'allocation de droits et de responsabilités (d) le respect pour les tribunaux nationaux. En voici un résumé elliptique.

A propos de l'indépendance du système et de ses arbitres/magistrats, il note de considérables progrès mais il remarque que le système proposé ne résout pas les problèmes de risque de biais des arbitres concernant leur tendance à interpréter (clairement de manière extensive) des éléments ambigus ou des manques d'information, tel qu'il l'a démontré dans une étude précédente<sup>284</sup>.

A propos de l'équité relative aux procédures du système, il persiste à dire que le SJI est aussi inéquitable que son prédécesseur car il ne donne pas les mêmes opportunités à chacune des parties affectées par un litige de faire valoir ses droits. Alors qu'une clause reprise dans la proposition de mécanisme RDIE de l'UE datant de novembre 2015 permettait de répondre à cette critique, il remarque que cette disposition intéressante a finalement été abandonnée dans le texte officiel présentant le SJI en février 2016 (cfr l'explication de l'annexe 15).

A propos de l'équilibre dans l'allocation de droits et de responsabilités, Van Harten estime que les investisseurs vont acquérir des droits immenses sans contrepartie en terme de responsabilités (concernant le respect des législations environnementales, sociales, de protection des consommateurs, du marché du travail).

En effet, les États n'auront pas la possibilité de faire respecter via un système similaire – aussi puissant – leurs normes sociales ou environnementales par les investisseurs étrangers. Par ailleurs, la clause du CETA

<sup>&</sup>lt;sup>280</sup> Reinisch August, "Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? - The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration", in *Journal of International Economic Law*, Oxford, décembre 2016; voir chapitre II "An outline of the envisaged ICS", p. 2 à 5.

<sup>&</sup>lt;sup>281</sup> EFILA, "Task Force Paper regarding the proposed International Court System (ICS)", European Federation for Investment Law and Arbitration, ouvrage collectif, 01/02/2016, 61 p.

<sup>&</sup>lt;sup>282</sup> Baetens Freya, "The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges", in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 43, Issue 4, 2016, p. 367–384.

Titi Catharine, "The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead", in *Transnational Dispute Management*, Advanced publication, 25 May 2016, 44 p. <sup>283</sup> Van Harten Gus, « ISDS in the Revised CETA: Positive Steps, But Is It the "Gold Standard"? », Centre for International

<sup>&</sup>lt;sup>283</sup> Van Harten Gus, « ISDS in the Revised CETA: Positive Steps, But Is It the "Gold Standard"? », Centre for International Governance Innovation (CIGI), *Investor-State Arbitration Commentary Series No.* 6, 25/05/2016.

<sup>&</sup>lt;sup>284</sup> Van Harten Gus, "Arbitrator behaviour in asymmetrical adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration », in Osgoode Hall Law Journal, Legal Studies Research Paper Series, Research paper n° 31, Volume 53, Issue 2, février 2016 (forthcoming).

concernant le droit des États à réglementer est formulée de manière beaucoup trop vague. Cette formulation floue laisse à nouveau beaucoup de marge d'interprétation aux arbitres pour décider du bien-fondé de ce droit lorsque, une fois exercé, il affectera la rentabilité future d'un investissement.

A propos du respect pour les tribunaux nationaux, Van Harten déplore que ce système soit basé sur la supposition absurde (absurd assumption) que les cours et tribunaux nationaux du Canada et de l'UE manquent d'impartialité, qu'ils manquent de crédibilité ou ne sont pas assez indépendants. Ils seraient à ce point défaillants que les investisseurs ne devraient même pas démontrer pourquoi il serait déraisonnable pour eux de chercher réparation des futurs dommages encourus auprès des juridictions nationales, ce que Van Harten regrette. Selon lui, cette supposition est implicite au fait que le nouveau texte du CETA ne fait pas mention du devoir standard et habituel pour les investisseurs d'adresser leur doléances et demande de réparation auprès des tribunaux nationaux, avant d'initier une demande d'arbitrage devant un tribunal d'arbitrage privé.

C'est pourquoi il soutient que le SJI ne correspond certainement pas au « *Gold standard* » tel que les hauts représentants de l'UE et du Canada l'ont affirmé dans un communiqué de presse du 29 février 2016<sup>285</sup>.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>285</sup> Global Affairs Canada, "Joint statement by European Commissioner for Trade and Canada's Minister of International Trade on Canada-EU trade agreement", Press Release, 29/02/2016.

#### 7. Conclusions générales

Comme on a pu le découvrir au fur et à mesure des analyses de litiges présentées dans ce mémoire, la question de départ posée appelle une réponse nuancée à plusieurs niveaux. Il serait illusoire de proposer une réponse binaire à cette vaste question que nous avons nous-même choisi de décomposer en plusieurs questions de recherche secondaires (dans un premier temps).

Dans ces conclusions générales, il convient de synthétiser les éléments de réponse récoltés dans les différents chapitres et sous-chapitres de ce mémoire à notre question de départ.

Dans un premier temps, pour répondre synthétiquement et schématiquement à la question de départ mais sans apporter d'éléments de réponse concrets, on peut affirmer que la réponse à cette question dépend de trois facteurs :

A. la période considérée : avant 2010 ou après 2010 ?

B. la région considérée : en Amérique du Nord ou en Europe ?

C. la nature de l'investissement : s'agit-il d'un investissement polluant, à forte externalité négative sur l'environnement (ex : usine de production de produits chimiques) ? ou d'un investissement durable, favorable à l'environnement (ex : construction d'un champ d'éolienne ou l'installation de panneaux PV) ?

L'annexe 13 présente un important <u>tableau récapitulatif</u> des litiges analysés en détails ou commentés dans ce mémoire. Ce tableau attribue une couleur aux litiges analysés ou commentés dans ce mémoire selon la localisation de l'État attaqué (Amérique du Nord ou EU), et selon qu'il s'agisse d'un 'litige classique' ou d'un 'litige vert'.

Par 'litige classique', nous entendons un litige portant sur un investissement *polluant*, initié par un investisseur ayant investi dans un projet qui a un impact négatif évident sur l'environnement et qu'un État a voulu bloquer par une mesure réglementaire (avec ou sans succès).

Par 'litige vert' a contrario, nous entendons un litige portant sur un investissement *durable*, initié par un investisseur ayant investi dans un projet ayant un impact positif sur l'environnement et qu'un État a voulu bloquer par une mesure réglementaire diverse (avec ou sans succès): par manque de budget, par mesure protectionniste ou pour une autre raison technique (ou environnementale, cfr Windstream).

→ L'aspect clair ou foncé de la couleur (brun foncé/brun clair ou vert foncé/ vert clair) indique dans quelle mesure le litige en question a été analysé en détail dans ce mémoire :

foncé = litige analysé en détail <<<---->>> clair = litige brièvement commenté

Il convient à présent de présenter les résultats concrets de notre recherche consignés partiellement dans ce tableau récapitulatif afin répondre au mieux et mettre en perspective notre question de départ.

Après quelques considérations méthodologiques et de contextualisation (chapitre 2 et 3), dans le **chapitre 4,** nous avons analysé quatre litiges 'classiques' qui ont été initiés à partir de la moitié des années 1990 jusqu'à la moitié des années 2000 environ. Ces quatre litiges ont été remportés par les investisseurs mais nos recherches nous ont amené à faire des parallélismes et comparaisons avec 6 ou 7 autres litiges aussi liés à l'adoption d'une mesure ou décision environnementale par le Mexique, le Canada ou les États-Unis.

A une exception près (sur laquelle on revient plus bas), il ne s'agit que de litiges 'classiques'.

Dans ce cadre-là, et sans revenir sur les nuances et arguments retenus à tort ou raison par les tribunaux selon différents analystes dans le chapitre 4, on peut affirmer que le recours au tribunaux d'arbitrage privé (TAP) ont plutôt été une **menace** pour l'environnement entre 1996 et la fin des années 2000 en Amérique du Nord. En effet, sans la possibilité d'introduire une demande d'arbitrage, les investisseurs en question n'auraient même pas eu l'opportunité de contester la mesure de l'État qui visait à protéger l'environnement.

Nous renvoyons le lecteur aux conclusions du chapitre 4 pour en savoir davantage sur les critiques in extenso émises à l'endroit des sentences arbitrales prononcées, leur manque de cohérence et le manque de transparence des procédures. Nous avons constaté deux phénomènes de *chilling effect* (Ethyl, TransCanada) bien qu'il soit difficile d'établir avec certitude quel était le motif premier qui a amené un État de changer d'avis concernant l'octroi d'un permis qu'il a refusé d'octroyer durant plusieurs années. Nous avons aussi vu que grâce à certaines 'failles' de l'ALENA, une société canadienne (Lone Pine Ressources) a pu initier une demande d'arbitrage à l'encontre du Canada en sollicitant sa filiale établie dans le Delaware (États-Unis) alors qu'elle n'a aucune activité économique au Delaware. Cette filiale n'était donc qu'une société-écran.

Enfin, nous avons constaté un cas de forte <u>tension</u> entre le droit environnemental et le droit des investissements dans l'affaire S.D. Myers. Dans ce litige, le Canada a cru bien faire en interdisant l'exportation du PCB vers USA en vue de respecter au mieux les recommandations et limitations prescrites de la <u>Convention de Bâle</u>. Mais l'investisseur a su démontrer que l'antagonisme apparent de cette convention – ou plutôt sa lecture et sa mise en œuvre par le Canada – avec les obligations du Canada en vertu de l'ALENA devait être tranché en sa faveur.

Aussi, nous avons pu remarquer que les litiges 'classiques' liés à une mesure environnementale sont nombreux et bien documentés dans la littérature scientifique bien que la publicité de la documentation officielle (consignées dans les bases de données référencées dans chapitre 2) est encore loin d'être optimale.

Dans le **chapitre 5**, nous avons pu constater que la culture juridique, les objectifs des investisseurs et le contexte n'était pas le même qu'en Amérique du Nord, ce qui appelait à fortement nuancer notre réponse à la question de départ.

Premièrement, nous avons eu beaucoup de mal à trouver des litiges 'classiques'. Nous n'en avons trouvé que trois où la dimension environnementale est vraiment prégnante: Maffezini (2001), Vattenfall (2009) Rockhopper (2017). Deux de ces trois litiges ayant en plus été remportés par les investisseurs<sup>286</sup>, il est clair que, dans ces deux affaires, le recours aux TAP peut aussi être considéré comme une **menace** pour les mesures ou décisions environnementales avant 2010.

Mais à partir des années 2010, on observe une sorte de tournant dans l'histoire de l'arbitrage international lié à l'environnement. Tel qu'illustré en couleurs dans le tableau de synthèse (annexe 13), on voit qu'une série importante d'investisseurs introduisent des demandent d'arbitrages à partir du début des années 2010 pour contester la fin d'une politique de soutien au secteur PV ou éolien. Il s'agit donc d'investissements responsables, favorables à la transition énergétique et qui contribuent à une réduction des GES. Ce que nous avons appelé des 'litiges verts' puisqu'ils concernent des investissement qui ont une plus plus-value au niveau environnemental. En général, les États ont dû mettre fin à leur politique de soutien (via des systèmes

-

<sup>&</sup>lt;sup>286</sup> La troisième affaire « Rockhopper Exploration c. Italie » (2017) n'ayant pas encore été tranchée.

de feed-in-tariff ») par manque de budget (suite à la crise financière de 2008) car ils avaient sous-estimé le succès de cette politique (et parce que le prix de rétribution des certificats verts avaient été mal calibrés).

Dans ce contexte, **en Europe**, **et surtout à partir des années 2010**, on peut estimer que le recours aux TAP a été une **opportunité** en faveur des investissements dans les énergies renouvelables, et donc en faveur de l'environnement et la lutte contre les changements climatiques (même si de nombreux litiges n'ont pas encore été tranchés).

Cela étant dit, ce n'est pas pour autant que ces litiges verts se sont abstraits de certains écueils déjà rencontrés outre-Atlantique. Comme dans le chapitre 4 (dans l'affaire Lone Pine Ressources), nous avons remarqué deux cas de ce qu'on serait tentés de qualifier de 'fraude à l'identité' par abus de langage (Charanne & Construction Investments + Isolux Infrastructure). Il s'agissait de deux hommes d'affaires espagnols qui ont créé des sociétés-écrans aux Pays-Bas et au Luxembourg pour se faire passer pour des investisseurs étrangers et ainsi bénéficier des mécanismes RDIE du TCE.

Aussi, nous avons vu que des sociétés peu scrupuleuses ont investi dans des panneaux PV en Espagne après que l'Espagne ait modifié sa réglementation (mais avant son abrogation totale) en vue de spéculer sur la soi-disant non-conformité de la mesure espagnole vis-à-vis de ses obligations internationales en vertu du TCE.

Comme dans l'affaire SD Myers du chapitre 4, nous avons relevé dans le chapitre 5 un deuxième cas de <u>tension</u> particulièrement forte entre le droit environnemental européen et les droits des investisseurs en vertu du TBI Suède–Allemagne dans l'affaire Vattenfall. Dans cette affaire, l'Allemagne a opté pour un *settlement* en vue de mettre fin à la demande d'arbitrage de Vattenfall et a fini par lui accorder un permis pour la construction de sa centrale à charbon. Mais l'octroi de ce permis a été invalidé par le Cour de Justice de l'UE car ce faisant, l'Allemagne n'a pas appliqué correctement la <u>Directive-Cadre sur l'Eau</u> et la <u>Directive Habitat</u>, ce qui invalide à son tour le *settlement* de 2011 entre Vattenfall et l'Allemagne.

Un troisième cas de **tension** juridique a été observé dans l'affaire Charanne & Construction Investments, cette fois-ci entre droit des investisseurs et droit budgétaire européen. Ici, l'Espagne a invoqué le respect du Pacte budgétaire européen (sur les limitations d'endettement et de déficit budgétaire) pour justifier la modification puis l'abrogation de sa politique de soutien du secteur PV. On ne sait pas si l'intervention (comme *amicus curiae*) de la Commission européenne – gardienne du respect des Traités européens - a beaucoup influencé la décision du tribunal mais le fait est que dans ce cas, la logique d'austérité budgétaire chère à la Commission a prévalu sur les droits des investisseurs désireux d'investir dans la transition énergétique de l'Espagne.

Enfin, nous avons rencontré un troisième cas de figure, très récent et particulièrement intéressant. Le litige « Windstream Energy LLC c. Canada » a ceci d'intéressant que c'est le premier litige 'vert' en Amérique du Nord (que nous avons recensé) qui a fait l'objet d'une sentence arbitrale finale. Ce litige concerne un investisseur états-uniens qui attaque le Canada en vertu des règles de l'ALENA désireux de réaliser un investissement favorable aux énergies renouvelables. Mais il se fait que dans ce cas, le Canada a voulu s'opposer à la construction de ce champ d'éoliennes non pas parce qu'il n'avait pas le budget pour honorer ses promesses de rachat de l'électricité verte (comme dans Charanne et Co. en Espagne ou Blusun en Italie) ni par 'protectionnisme vert' mais pour protéger la biodiversité et la qualité de l'habitat du Lac Ontario.

On se retrouve donc ici dans une situation relativement paradoxale. En effet, dans cette affaire, la possibilité de recourir aux TAP doit être vue comme une <u>opportunité pour la transition énergétique du Canada</u> mais aussi comme une <u>menace pour l'écosystème et la diversité biologique du Lac Ontario</u>. Ces deux enjeux ont pourtant fait l'objet de lois et mesures réglementaires environnementales particulièrement volontaristes mais apparemment difficiles à concilier.

La sentence arbitrale rendue en faveur de l'investisseur Windstream pose plus largement la question de la hiérarchisation des enjeux environnementaux. D'un point de vue normatif, le Canada devrait se demander si en soi il est préférable de préserver un biotope unique – qui accueille des espèces d'oiseaux et de poissons protégées, qu'on ne retrouve que dans le bassin du Lac Ontario et qui ont un rôle clé à jouer pour l'équilibre de la chaine trophique de toute cette région – sans augmenter son pourcentage de production d'électricité verte ; ou d'augmenter celui-ci au détriment d'un biotope unique et de l'équilibre de sa chaine trophique.

La question est presque philosophique mais c'est en ces termes que le Canada pourrait la poser si l'ALENA devait être renégocié tel que le désire le nouveau président des États-Unis.

Somme toute, cette analyse nous a montré qu'on ne peut évidemment pas apporter de réponse dichotomique à la question de départ posée et que, si des tendances peuvent être dégagées par période et par zones géographiques considérées, il n'y a certainement pas de déterminisme.

Suite aux critiques plus classiques concernant les limites des mécanismes RDIE en générale (cfr chapitre 6), nous avons vu que les mécanismes d'arbitrage sont voués à évoluer considérablement ces prochaines années s'ils veulent s'affranchir de la crise de légitimité qu'ils connaissent depuis quelques années. Les propositions de réforme des mécanismes RDIE dans modèles-types de Traité Bilatéraux d'Investissements prônées par la CNUDCI, de certains experts académiques et les exigences de réformes de la part de certains États européens concernant la clause RDIE du CETA est une opportunité à saisir pour actualiser et démocratiser cet outil dont le fonctionnement ne semble plus en phase avec ses l'évolution des systèmes juridiques des États occidentaux (et des BRICS); ni avec les enjeux impérieux de la lutte contre les changements climatiques; ni avec l'existence de trous noirs de la finance mondiale que sont les paradis fiscaux (qui permettent de créer des sociétés écrans et ainsi dissimuler la véritable identité des investisseurs).

S'il veut continuer d'exister, cet outil doit être revu en profondeur et s'adapter au monde d'aujourd'hui afin de mieux concilier le droit international des investissements avec le droit de l'environnement.

Concernant les 6 questions de recherche secondaires, celles-ci nous ont incontestablement aidé à clarifier les enjeux de notre analyse et à structurer notre recherche dans une certaine mesure. Mais à nouveau, une réponse précise à ces questions nécessiterait des développements et nuances pour presque chaque litige. Ainsi, bien qu'elles nous aient parues pertinentes pour débroussailler et nous familiariser avec le sujet en début d'étude, il s'avère au final que certaines d'entre elles s'écartent du cœur de notre analyse et n'apportent pas d'éléments de réponse pertinents à la question de départ. C'est pourquoi, nous proposons d'esquisser une ébauche de réponse parfois assez générale à ces 6 questions secondaires en annexe 14.

Enfin, il semblerait à première vue que les limites de cet instrument mis en exergue dans notre mémoire et les adaptations nécessaires de cet outil trouvent un certain écho dans une autre thèse de doctorat brillante qui vient d'être publiée. Il s'agit de la thèse de doctorat de Barbara Alicja Warwas intitulée « *The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy Challenges and Functional Responses*" publié en 2017 (395 p.).

Mais par contrainte de temps et en raison de la publication récente de cet ouvrage (2017), nous n'avons pu lire et analyser cet ouvrage en détail bien que nous ayons pris connaissance de la problématique abordée, de la table des matières, de la méthodologie, des conclusions et de quelques passages clés. Nous aurions voulu confronter les constats de ce mémoire à ceux de l'ouvrage de Barbara Alicja Warwas mais ce travail devrait faire l'objet d'un autre mémoire à part entière.

A n'en point douter, cet ouvrage prolonge utilement les recherches et résultats de notre analyse bien qu'il ne se focalise pas sur les litiges environnementaux.

\* \* \*

Toutes remarques et propositions de correction d'éventuelles inexactitudes peuvent être transmises à Corentin Genin via cette adresse : <a href="mailto:cogenin@yahoo.fr">cogenin@yahoo.fr</a>

\* \* \*

La version électronique de ce mémoire est disponible ici : www.ethesis.net

\* \* \*

Suite à la défense orale de ce mémoire et à la délibération du jury qui ont eu lieu le 26 juin 2017 à la Faculté des Sciences de l'ULB, ce mémoire a reçu la cotation de 16,5/20.

\* \* \*

<sup>287</sup> Warwas Barbara Alicja, «The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy challenges and Fundamental Responses», Ed.

Springer, Asser Press, 2017, 395 p.

88

- 8. Bibliographie
- 9. Annexes

#### 8. Bibliographie

Allen Richard et Sun Chan Leng, "Comparative Chart of International Investment Arbitration Rules", in Global Arbitration News, 12 janvier 2017.

Anghie A., « Imperialism, Sovereignty and the making of International Law », Cambridge University Press, 2005.

Aslam Abid, "Corporations Use Trade Pact to Sue Countries", Global Policy Forum, septembre 1998;

Baetens Freya, "The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges", in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 43, Issue 4, 2016, p. 367–384.

Baughen Simon, «Investor Rights and Environmental Obligations: Reconciling the irreconcilable? », in Journal of Environmental Law, Vol. 13, n° 2, 2001.

Bernasconi Nathalie, "Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration", International Institute for Sustainable Development, 10 p., juillet 2009.

Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Johnson Lise, «International Investment Law and Sustainable Development Key cases from 2000–2010 », International Institute for Sustainable Development, 2011, 178 p. Bernasconi-Osterwalder Nathalie, Brauch Martin Dietrich, "The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark", International Institute for Sustainable Development, December 2014.

Blackaby Nigel, Partasides Constantine, et al., « An overview of International Arbitration », in "Redfern and Hunter on International Arbitration", Oxford University Press, 2009.

Canal-Forgues Eric, « Le règlement des différends à l'OMC », Bruxelles, Bruylant, 2008, p.126.

Carta Andrea, "Investor-to-state dispute settlement mechanisms: The Commission's "new EU approach", the European Parliament's "new system", five new questions and one old problem", in *Environmental Law Network International* (Elni Review), February 2015, p. 30-31.

Carta Andrea, "Do investor-to-state dispute mechanisms fit in the EU legal system?", in *Elni Review*, 2014, p. 30-38.

Center for International Environmental Law, "Lowest Common Denominator How the proposed EU-US trade deal threatens to lower standards of protection from toxic pesticides", janvier 2015.

Center for International Environmental Law, "Preempting the public interest. How the TTIP will limit US States Public Health and Environmental Protections", 2015, 25 pages.

CEO, « Profiting form injustee. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom », nov. 2012, 74 pages, Published by Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute

CEO/Council of Canadians/TNI, "The right to say no: EU-Canada trade agreement threatens fracking bans", 2013.

CEO/TNI, « Profiting from crisis: How Corporations and Lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries », CEO & Transational Institute, 46 p., mars 2014.

CEO, « Marchander La Démocratie. En quoi les règles de protection des investisseurs de l'AÉCG menacentelles le bien public au Canada et dans l'Union européenne? », 24 pages, novembre 2014.

CEO, « TTIP investor rights: the many voices ignored by the Commission", 3/2/2015.

CEO/ TNI/ Council of Canadians, « Oil Corporations VS Climate. How investors use trade agreements to undermine climate action. The Keystone XL Case », Breifing Paper, 2016. 7 p.

CEO/TNI, "Le Paradis des pollueurs. Comment les droits conférés aux entreprises par les accords de libre-échange de l'UE sabotent la transition énergétique", CEO/TNI/PowerShift/AITEC, décembre 2015, 11 p.

Charlotin Damien, « EU Court of Justice finds fault with Germany's Grant of a revised permit to Vattenfall, casting a cloud over earlier settlement of ICSID case », in *Investment Arbitration Reporter*, 28 avril 2017.

CIRDI, « Affaires du CIRDI – Statistiques. Numéro spécial – Union européenne », avril 2016, World Bank Group, 29 p.

Court of Justice of the European Union, aff. C-343/09, Aftan c. Secretary of State for Transport, 8/7/2010. Court of Justice of the European Union, "JUDGEMENT OF THE COURT (Second Chamber). Failure of a Member State to fulfil obligations — Environment — Directive 92/43/EEC — Article 6(3) — Conservation of natural habitats — Construction of a coal-fired power plant in Moorburg (Germany) — Natura 2000 areas situated upstream of that coal-fired power plant on the corridor of the Elbe river — Assessment of the implications of a plan or project for a protected site", 26 avril 2017.

Cross Ciaran, Schliemann Radbruch Christian, « When investment arbitration curbs domestic Regulatory Space: consistent solutions through Amicus Curiae submissions by regional organisations », in *Law and Development Review*, Vol 6, Issue 2, 2013; p. 67 – 110.

Doria Christina and Gibson Glenn, "Investor State Arbitration under CETA: Key Provisions and What to Watch for in 2017", in *Global Arbitration News*, 7 février 2017.

EFILA, "Task Force Paper regarding the proposed International Court System (ICS)", European Federation for Investment Law and Arbitration, article collectif, 01/02/2016, 61 p.

El Mundo, "Los 100 ricos de España", 7/12/2008; El Mundo, "Otros per les millonarios", 22/12/2013.

EurActiv, "Parliament's opposition to TTIP arbitration on the rise", 21/5/2015. EurActiv, "France and Germany to form united front against ISDS", 15/1/2015.

European Commission, "Factsheet on Investor-State Dispute Settlement", DG International Trade, 3/10/2013.

European Commission, « Directives de négociation concernant le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique », 9/10/2014.

European Commission, « Canada-EU Summit - A new era in Canada-EU relations: Declaration by the Prime Minister of Canada and the Presidents of the European Council and the European Commission » Statement, Ottawa, 26/9/2014.

European Commission, "Investment in TTIP and beyond – the path for reform: Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court", Concept Paper, mai 2015.

European Commission, "The EU's bilateral trade and investment agreements – where are we?" MEMO, 3/12/2013.

European Commission, "Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations", Press release, 16/09/2015.

European Commission, "Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between Canada and The European Union and Its Member States", Directorate General International Trade, 29/02/2016.

European Commission, "Trade Sustainability Impact Analysis on the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) between the EU and the USA", prepared by Ecorys, May 2016, Draft Interim Technical Report, 394 p.

European Court of Justice, "Opinion 2/13of the Court (Full Court)", 18/12/2014.

Fabry E. et Garbasso G., "ISDS dans le TTIP – Le diable se cache dans les détails", Institut Jacques Delors, Policy Paper, 13 janvier 2015

Financial Times, « Investors seek compensation for Spanish solar cuts », 17 novembre 2011.

Friends of the Earth Europe, "The TTIP of the anti-democracy iceberg. The risks of including investor-to-state dispute settlement in transatlantic trade talks", octobre 2013.

Friends of the Earth Europe, "The hidden cost of EU trade deals: Investor-State Dispute Settlement cases taken against EU Member States", 18 pages, décembre 2014.

Friends of the Earth Europe, "Investment Court System: ISDS in disguise. Ten reasons why the EU's proposal doesn't fix a fundamentally flawed system", décembre 2015.

Fouchard Ph., «L'arbitrage et la mondialisation de l'Economie», in «Philosophie du Droit et du Droit économique : quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat », Paris, Frison-Roche, 1999.

Gerstetter Christiane, « Regulatory cooperation under TTIP – a risk for democracy and national regulation? », Heinrich Böll Stiftung, TTIP Series, septembre 2014, 41 pages.

Global Arbitration Review, "Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charter Treaty", in "The Guide to Energy Arbitrations", 02/10/2015.

Global Affairs Canada, "Joint statement by European Commissioner for Trade and Canada's Minister of International Trade on Canada-EU trade agreement", Press Release, 29/02/2016.

Gosden Emily, « Rockhopper launches arbitration claim against Italy », in *Times*, 23 mars 2017.

Gouvernement Espagnol, « España estudia recurrir el laudo del CIADI. Reforma eléctrica", Communiqué de presse, 05/05/2017.

Hepburn Jarrod, "European Commission to pursue Germany under EU Law for failing to enforce environmental laws at Vattenfall power plant", in *Investment Arbitration Reporter*, 31 mars 2015.

Hepburn Jarrod, "In new pleading, Lone Pine questions 'environmental' bona fides of decision to cancel fracking exploration permit, and offers a DCF valuation of its losses", in Investment Arbitration Reporter, 07/05/2015.

Hepburn Jarrod, « Analysis: Failure to clarify regulatory uncertainty on offshore wind underpins NAFTA breach in Windstream v. Canada", in *Investment Arbitration Reporter*, 07/12/2016

Hepburn Jarrod, "NAFTA award in Windstream v. Canada is finally published", in *Investment Arbitration Reporter*, 06/12/2016.

Hodges B., «Where the grass is always greener: Foreign Investor Action Against Environmental Regulations Under NAFTA's Chapter 11, S.D. Myers c. Canada», in *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 14(2); p. 367 - 408; 2002.

Investment Arbitration Reporter, «Italy's ban on oil and gas development near its coastline leads to investment treaty arbitration claim », in *Investment Arbitration Reporter*, 23/03/2017.

Investment Arbitration Reporter, « Tribunals finalized in UNCITRAL and SCC Claims Arising out of solar-power controversies", in *Investment Arbitration Reporter*, 17/04/2014.

Iorio Fiorelli Gaetano, « Italy withdraws from Energy Charter Treaty », in Global Arbitration News, 6 mai 2015.

IPCC, « Rapport du Groupe de travail I - Les éléments scientifiques », by Solomon, S., D. Qin, M. Manning, Z. Chen, M. Marquis, K.B. Averyt, M. Tignor and H.L. Miller (eds.), Cambridge University Press, 2007.

Jadot Yannick, « Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP/TAFTA) – Le groupe socialiste se range derrière les conservateurs et libéraux pour privilégier les firmes », Communiqué de presse – Bruxelles, 28 mai 2015.

Jadot Yannick, « TTIP/ISDS – La Commission tente d'enfumer le débat très controversé sur les tribunaux arbitraux privés », Communiqué de presse, 6/5/2015.

Johnson Miles, « Investors seek compensation for Spanish solar cuts », in Financial Times, 17/11/2011.

Jones R.C., « NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Resolution : A shield to be embraced or a sword to be feared ? », in BYU Law Review, 2002, p. 527-559.

La Republica, "Las 70 familias de caciques que dominan España", 11/08/2013;

La Libre Belgique, « TTIP: le mécanisme des tribunaux d'arbitrage probablement débattu en automne », 7/5/2015.

Lalive, "Recent developments in solar energy sector across Europe", 09/02/2015.

Le Soir, "Une grande coalition belge unit ses forces contre le TTIP", 5/5/2015.

Leben Ch., « Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements », Paris, LGDJ, 2006.

Magnusson Annette, « How investment Protection regime can contribute to a better environment », Speech by Annette Magnusson, SCC Secretary General, in « Roundtable : Challenges and Future of Investment Arbitration, Warsaw, 29/05/2015.

Mann Howard, Von Moltke Konrad, « NAFTA's Chapter 11 and the Environment Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment », International Institute for Sustainable Development, 1999, 79 p.

Mann Howard, Von Moltke Konrad, Cosbey Aaron, Peterson Luke Eric, «Investment and Sustainable Development. A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements», International Institute for Sustainable Development, 2004.

Misonne Delphine, « Payer ou renoncer ? Les investisseurs à l'assaut de la protection de l'environnement », in Liber amicorum Francis Haumont, 2015.

Morgan Geoffrey, "Donald Trump approves TransCanada's Keystone XL pipeline after eight years of haggling", in Financial Post, 24/03/2017.

OCDE, « L' "expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement », Éditions OCDE, 2004.

OCDE, «Investor-State Dispute Settlement. A Scoping Paper for the Investment Policy Community", OECD Working Papers on International Investment 2012/3, 2013.

Peterson Luke Eric, "Early investment arbitrations against "improper" use of environmental laws uncovered", International Institute for Sustainable Development, in *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, 05/01/2004.

Peterson Luke Eric, "In shadow of mass solar claims, another UNCITRAL BIT Arbitration quietly mover forward against Czech Republic", in Investment Arbitration Reporter, 10/01/2014.

Peterson Eric Luke, "Transcanada says it has permit for Keystone Pipeline and ICSID Case is swiftly discontinued", in Investment Arbitration Reporter, 24/03/2017.

Peterson Luke Eric & Magraw Kendra, "Looking Back: In SD Myers v. Canada case, arbitrators rule that temporary ban on cross-border hazardous waste shipment had protectionist intent", in *Investment Arbitration Reporter*, 26 avril 2017.

Peterson Luke Eric, "Looking Back: Ethyl v. Canada case drew early public attention to previously obscure arbitration process, and settled after tribunal's jurisdiction", in *Investment Arbitration Reporter*, 21/03/2017. Peterson Luke Eric & Magraw Kendra, "Looking Back: At damages phase, arbitrators in SD Myers v. Canada case quantified foregone income due to border closure; role of NGO-driven political risk also touched upon", in *Investment Arbitration Reporter*, 26/04/2017.

Peterson Luke Eric & Williams Zoe, « Spain arbitral winning streak comes to a halt, as ICSID Tribunal awards 128 million Euro (plus interest) for changes made in solar sector », in *Investment Arbitration Reporter*, 05/05/2017.

Politico, "Malmström to unveil investment dispute plan for TTIP", 05/05/2015.

Powershift/TNI/SOMO, « The German Nuclear phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II) », 2013.

Redfern A., Hunter M., « An overview of international arbitration », 4th Edition, London: Sweet & Maxwell, 2004.

Redfern A., Hunter M., "Redfern and Hunter on International Arbitration", Fifth Edition, London: Sweet & Maxwell, avril 2016.

Reinisch August, "Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? - The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration", in *Journal of International Economic Law*, Oxford, décembre 2016.

Ripinsky S. and Williams K., "S.D. Myers Inc. v. Canada. Case summary", in *Damages in International Investment Law*, BIICL, 2008.

Riodev M., "Rising number of Arbitration procedures against the Government of Spain involving investments in Renewable energy", in *Global Arbitration News*, 07/05/2015.

Rivkin David W., Lamb Sophie J. & Leslie Nicola K., "The future of investor-state dispute settlement in the energy sector: engaging with climate change, human rights and the rule of law", in *Journal of World Energy Law and Business*, Vol. 8, n° 2, 2015, pp. 130-153.

Robert-Cuendet, Sabrina, « Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: Contribution a l'analyse de l'expropriation indirecte », Martinus Nijhof Publishers, Coll. Etudes de Droit International, mai 2010, 534 p.

Robert-Cuendet Sabrina, "Partenariat transatlantique: attention aux fausses inquiétudes", in Le Monde, 6/02/2015.

Robert-Cuendet Sabrina, "Accords d'investissement et développement durable : comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable?", in *Conventions – Réguler la mondialisation*, 17 octobre 2014.

Rocchi Jean-Michel, Terray Jacques, «Les Paradis Fiscaux. Analyses et Controverses », Arnaud Franel, Finance d'aujourd'hui, 2011, p. 316.

Rugman A., Vogel D. "Environmentally Related Trade Disputes between the United States and Canada », in *The Amercian Review of Canadian Studies*, Washington, vol. 27, 1997.

Salsas Eduard, « Arbitrage et énergies renouvelables : Charanne Construction Investments c. Espagne », in *Revue Squire Patton Boggs*, 10/052016, 5 p.

Schill Stephan, "The proposed TTIP Tribunal and the Court of Justice: What limits to Investor-State Dispute Settlement under EU Constitutional Law?", Verfassungsblog on Matters Constitutional, 29/09/2015.

Seattle to Brussels Network, «ISDS: Courting foreign investors. Why the Commission's proposal for an "Investment Court System" still fails to address the key problems of foreign investors' privileges", 29/09/2015.

Soloway J.A., "Environmental Trade Barriers Under Nafta: the MMT Fuel Controversy", in *Minnesota Journal of Global Trade* Vol. 8, 1999, p. 55-93.

Steptoe & Johnson, "Foreign Investors' Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector", septembre 2014.

Tienhaara Kyla, « Once BITten, twice shy?: The uncertain future of 'shared sovereignty' in investment treaty arbitration », in *Policy and Society*, Volume 30, Issue 3, Septembre 2011, p. 185–196.

Tienhaara Kyla, «Regulatory Chill and the threat of arbitration. A view form political science», in "Evolution in Investment Treaty Law And Arbitration", Chester Brown, Kate Miles, eds., Cambridge University Press, 2011, 28 pages.

Titi Catharine, "The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead", in *Transnational Dispute Management*, Advanced publication, 25 May 2016, 44 p.

UNCITRAL, "Guide de la CNUDCI. L'essentiel de la Commission des Nations Unies pour le Droite Commercial International", Nations Unies, Vienne, 2013.

UNCITRAL, « UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013 », United Nations, New York, décembre 2013.

UNCITRAL, « UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration », United Nations, New York, 2013.

UNCITRAL, "United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration", Vienne, février 2015.

UNCTAD, "Recent developments in investor-state dispute settlement", IIA Issues Note, 1/4/2014.

UNCTAD, « Investor-State Disputes Settlement : Review in developments in 2014 », IIA Issue Notes, n° 2, mai 2015.

UNCTAD, « Taking Stock of IIA Reform », IIA, Issues Note, March 2016, 20 p.

UNCTAD, "World Investment Report 2016: Investor Nationality. Policy Challenges", 2017, 232 pages.

United Nations General Assembly, "General Assembly resolution 68/109", New York, 16/12/2013.

Van Harten Gus, "The Emerging System of International Investment Arbitration", PhD in Law, London School of Economics & Political Science Doctoral thesis: supervised by M. Loughlin and D. Cass. 2005 Van Harten Gus, "Private authority and transnational governance: the contours of the international system of investor protection", in *Review of International Political Economy*, Vol. 12, n° 4, octobre 2005, p. 600-623.

Van Harten Gus & Martin Loughlin, "Investment treaty arbitration as a species of global administrative law", in *The European Journal of International Law*, Vol. 17, Issue n° 1, 2006.

Van Harten Gus, "Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion" (2010) 2(1) Trade, Law and Development 19, 2010, 40 p.

Van Harten Gus, "Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law" in S. Schill (ed.) *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, 28 p.

Van Harten Gus, "Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration" in M. Waibel et al (eds.) The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality (Kluwer Law International), 2010.

Van Harten Gus, "The Use of Quantitative Methods to Examine Possible Bias in Investment Arbitration" in *Columbia Yearbook on Investment Law 2010-2011*, 2011, 35 p.

Van Harten Gus, "Arbitrator behaviour in asymmetrical adjudication (Part One): an empirical study of investment treaty arbitration", in *Oosgoode Hall Law Journal*, Vol. 50; 1, 2012, p. 211-268.

Van Harten Gus, "Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration", Oxford University Press, 2013.

Van Harten Gus, "Why arbitrators not judges? Comments on the European Commission's approach to investor-state arbitration in TTIP and CETA", Osgoode Hall Law School, York University, 3 July 2014.

Van Harten Gus & Malysheuski Pavel, "Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants", Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research paper n° 14, Volume 12, Issue 3, janvier 2016.

Van Harten Gus, "Arbitrator behaviour in asymmetrical adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration », in Osgoode Hall Law Journal, Legal Studies Research Paper Series, Research paper n° 31, Volume 53, Issue 2, 2016 forthcoming.

Van Harten Gus, « ISDS in the Revised CETA: Positive Steps, But Is It the "Gold Standard"? », Centre for International Governance Innovation (CIGI), *Investor-State Arbitration Commentary Series No.* 6, 25/05/2016.

Vandevelde Kenneth. « The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty », in *The American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 4, octobre 1998, p. 621-641.

Warwas Barbara Alicja, « The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy challenges and Fundamental Responses », Ed. Springer, Asser Press, 2017, 395 p.

Weiler Todd, « Good faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico », in Weiler Todd, « International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law », Londres, Cameron May, 2005.

Weiler Todd, « A first Look at the Interim Merits Award in S.D. Myers Inc. V. Canada: Is it possible to balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection », in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001, p. 173-189.

# Références des différends entre Investisseurs et États analysés ou mentionnés

Investisseur étranger c. État (Année d'intro. de demande d'arbitrage) ; Instrument juridique invoqué : institution dont les Règles d'arbitrage ont été utilisées + Réf/code (le cas échéant).

AES Solar and others v. Spain (2011), TCE, CNUDCI.

ALPIQ v Romania (2014), TCE, CIRDI, Case No ABR/14/28:

Antaris Solar GmbH and others v. Czech Repulic, (2013), TCE, CNUDCI.

Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier et Michael Stein v. Italian Republic » (2014), TCE, ICSID Case No. ARB/14/3

Charanne and Construction Investments v. Spain (2012), ECT, AISCC.

Chemtura Corporation v. Government of Canada (2005), ALENA, CNUDCI. (formerly Crompton Corporation v. Government of Canada (2002)).

Elektrogospodarstvo Slovenije – razvoj ininzeniring doo v Bosnia & Herzegovina" (2014), TCE, CIRDI Case N° ABR/14/13.

Emilio Agustin Maffezini S.A. c. Royaume d'Espagne (1997), TBI Espagne-Argentine, CIRDI.

Ethyl Corp. c. Canada (1996), ALENA, CNUDCI.

Eiser Infrastructure Limited & Energía Solar Luxembourg S.A.R.L. v. Kingdom of Spain (2013), TCE, CIRDI.

Eureko B.V. c. Pologne (2003), TBI Pays-Bas-Pologne, Ad hoc Arbitration Rules.

Glamis Gold Ltd. v. The United States of America (2003), ALENA, CNUDCI/CIRDI.

Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, JSW Solar (zwei) v. Czech Republic (2013), TCE, CNUDCI.

Lone Pine Resources Inc. c. Canada » (2013), ALENA, CNUDCI/ ICSID Case N° UNCT/15/2

Metalclad c. États-Unis (1997), ALENA, CIRDI.

Methanex Corporation v. United States of America (1999), ALENA, CNUDCI.

Natland Invest. Group N.V., G.I.H.G. Limited, Radiance Energy Holding S.à.r.l. v. Czech Republic (2013), CNUDCI.

Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. Czech Republic (2013), TCE, CNUDCI.

Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic (2017), TCE, CIRDI, Case No. ARB/17/14.

Saar Papier Vertriebs GmbH c. Pologne (1994), TBI Pologne-Allemagne, CNUDCI.

S.D. Myers Inc. c. Canada (1998), ALENA, CNUDCI.

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique (2000), TBI Espagne–Mexique, CIRDI, Case  $n^{\circ}$  ARB(AF)/00/2;

TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. The United States of America (2016), ALENA, CIRDI, Case No. ARB/16/21.

Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany (2009), TCE, CIRDI.

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (2012), TCE, CIRDI, Case N° ARB/12/12.

Voltaic Network GmbH v. Czech Republic (2012), TCE, CNUDCI.

WA Investments-Europa Nova Limited v. Czech Republic (2013), TCE, CNUDCI.

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada (2008), UNCITRAL, PCA Rules, Case No. 2009-04.

Windstream Energy LLC v. Government of Canada (2013), ALENA, PCA Rules, Case No. 2013-22.

# 9. Annexes; Table des annexes:

9.1	Brève présentation des 7 grands traités à l'origine historique de l'arbitrage international	100
9.2	Schéma des 11 étapes d'une procédure d'arbitrage selon les règles du CIRDI	102
9.3 comm	Aperçu des travaux et publications de la CNUDCI à propos de l'arbitrage des litiges en matière de erce et d'investissements internationaux :	103
<b>9.4</b> 2.1 I	Caractéristiques des différents entre investisseurs et États : évolution et grandes tendances statistiq États les plus touchés et bases juridiques les plus souvent invoquées	
2.2 1	Bases juridiques les plus souvent invoquées	104
	Nationalité des investisseurs et nature des mesures contestées	
	Tendances relatives à l'issue des litiges Investisseurs-États	
	Conclusion de l'annexe 4	
9.5	Fiche technique du litige « S.D. Myers Inc. C. Gouvernement du Canada » (1999) + Liste des docum ls disponibles publiquement sur ce litige + Chronologie des différentes étapes	ents
9.6	$Fiche \ technique \ complète \ de \ l'affaire \ « \ Tecmedc. \ Mexique \ » \ (2000) + Chronologie \ de \ la \ procédure :$	119
9.7 procéd	Fiche technique du litige « Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne » (1997) + Chronologie lure + documents publiés	
9.8 I'archi	Fiche technique du litige « Vattenfall c. Allemagne » (2009) + Chronologie de la procédure + Schéma itecture du « Groupe Vattenfall »	
9.9 l'inten	Carte de la ville d'Hambourg (Allemagne) présentant le zoning de Moorbourg où Vattenfall avait tion de construire sa centrale à charbon	125
9.10 (2012)	Fiche technique du litige « Charanne B.V. et Construction Investments S.A.R.L. c. Royaume d'Espa + Documentation disponible	
9.11	Sept demandes d'arbitrage contre l'Espagne suite à l'arrêt de son soutien au secteur PV	127
9.12	La fin des primes CV du Gouvernement wallon et le rejet des recours par le Conseil d'État	130
9.13	Tableaux synthétique des litiges analysés et mentionnés dans ce mémoire	131
9.14	Ebauches de réponse aux 6 questions de recherche secondaires:	132
9.15	Les 11 principales caractéristiques du Système Juridictionnel d'Investissement (SJI)	133

#### 9.1 Brève présentation des 6 traités à l'origine historique de l'arbitrage international

Initialement, au début du XX<sup>ième</sup> siècle, un investisseur ne pouvait pas poursuivre en justice – en vertu du droit international - un État qui adoptait une législation défavorable à ses intérêts. Aucun tribunal international n'avait la compétence générale pour arbitrer un litige entre un investisseur et un État. Seul l'État où se trouvait le siège social de la société de cet investisseur pouvait introduire une demande d'arbitrage contre l'État en question à condition que l'investisseur lésé lui en fasse la requête explicitement (via une demande de protection diplomatique) et que celle-ci soit jugée recevable. A cet effet, formellement, l'affaire était alors portée devant un **tribunal international public** chargé d'arbitrer ce genre de litige qui opposait alors formellement deux États dont un chargé de défendre l'intérêt de l'investisseur<sup>288</sup>. Mais en général, avant les années 1960, ce genre de litige était réglé via des négociations menées par des représentants des deux États parties au litige. Et si l'investisseur lésé n'était pas satisfait de l'issue négociée, il ne disposait d'aucun autre moyen en droit international pour essayer d'obtenir une indemnisation du dommage encouru<sup>289</sup>.

Mais ce modus operandi a commencé a changé à partir des années 1960 avec l'adoption de plusieurs traités internationaux en matière de droit commercial (*lex mercatoria*). Ces traités se sont inspiré des méthodes de gouvernance du secteur privé pour octroyer de nouveaux droits aux détenteurs de capitaux et entreprises transnationales désireuses de s'établir dans un nouveau pays<sup>290</sup>.

Cette évolution du droit international public a donc donné lieu à un système d'arbitrage *hybride* entre deux systèmes préexistants : (a) un système de règlement de différends opposant deux parties privées (dans un litige de nature purement commerciale) et (b) un système d'arbitrage opposant deux États. Ce nouveau système d'arbitrage hybride met donc en présence une entreprise transnationale et un État en proie à un litige de nature commerciale et juridique/ politique. Se met en place ainsi un système de protection des investisseurs contre les législations – même si elles sont adoptées démocratiquement – qui pourraient affecter la rentabilité de leurs investissements et pourrait ainsi être assimilées à une expropriation indirecte déraisonnable nécessitant l'indemnisation de l'investisseur lésé. Dès le début, le but du système est bien de limiter la souveraineté des États dans le cadre du droit public international quand celle-ci est exercée à l'encontre des intérêts des investisseurs et même si c'est en faveur du bien commun<sup>291</sup>. Progressivement, les États adoptent une série de traités internationaux qui formalisent cette procédure d'arbitrage hybride pour lui donner la stature d'une institution légitime et internationalement reconnue<sup>292</sup>.

Concrètement, c'est le **Protocole de Genève** (1923) - signée par 17 États - qui constitue le premier pas vers l'instauration du système de protection des investisseurs. A ce stade, ce protocole ne concerne qu'un renforcement du système de règlement des différends entre deux investisseurs. Par l'adoption de ce protocole, les États signataires s'accordent à reconnaître officiellement (et à faire appliquer) les accords/contrats conclus entre deux investisseurs ressortissants de juridictions différentes. En cas de litiges, les États où sont établis les investisseurs s'engagent à faire appliquer (*enforce*) la sentence arbitrale sous peine d'utiliser la contrainte – suite à un litige de nature purement commerciale. Mais plusieurs exceptions et possibilités de contourner ces principes sont prévues.

Les engagements contenus dans ce protocole ont été repris et étendus dans la **Convention de Genève** (1927) par lequel les États signataires s'engagent davantage à faire exécuter sans exception possible le payement d'une indemnité reprise dans une sentence arbitrale – suite à un différend entre deux entreprises porté officiellement devant un tribunal de commerce ad hoc - par la partie privée perdante établie sur leur territoire. Ensuite, la Convention de Genève est remplacée par la « Convention pour la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales Etrangères », dite la "**Convention de New York**" en **1958**. Celle-ci procure encore plus de garanties juridiques pour l'application des sentences arbitrales (c-à-d le payement d'indemnités, ndr) par les parties privées perdantes. Sa couverture géographique est aussi beaucoup plus large : elle est ratifiée par 130 États. Mais si cette convention est considérée comme une véritable tournant, c'est parce que les États signataires abandonnent le principe selon lequel une sentence arbitrale prononcée à l'encontre d'une partie privée (établie sur leur territoire) doit être conforme aux lois du pays de la partie perdante et dans lequel la sentence est prononcée pour pouvoir être appliquée/imposée. Autrement dit, les États renoncent au contrôle judiciaire national concernant les sentences prononcées par d'autres juridictions.

<sup>&</sup>lt;sup>288</sup> Van Harten Gus, "Private authority and transnational governance: the contours of the international system of investor protection", in Review of International Political Economy, Vol. 12, n° 4, octobre 2005, p. 602.

<sup>&</sup>lt;sup>289</sup> Van Harten Gus, "Private authority and transnational governance: the contours of the international system of investor protection", in Review of International Political Economy, Vol. 12, n° 4, octobre 2005, p. 603.

<sup>&</sup>lt;sup>290</sup> Van Harten Gus, 2005, op. cit., p. 604.

<sup>&</sup>lt;sup>291</sup> Idem.

<sup>&</sup>lt;sup>292</sup> Van Harten Gus, 2005, op. cit., p. 605.

C'est surtout pour cette raison que la Convention de New York est décrite comme « le » premier pilier majeur sur lequel repose les prémisses du système de protection des investisseurs actuel. Mais cette Convention de New York ne concerne toujours que des litiges commerciaux entre deux parties privées (deux investisseurs)<sup>293</sup>.

Via la Convention de New York et ses prédécesseurs, les États ont instauré le système d'arbitrage commercial en tant qu'institution visant à résoudre des différends internationaux entre deux parties privées. Mais qu'on ne s'y trompe pas : ces systèmes intègrent des strictes règles de confidentialité (des sentences arbitrales par exemple, ndr); et la rémunération des arbitres se fait au cas par cas, ce qui est tout à fait contraire au fonctionnement des tribunaux publics. Par ailleurs, les situations où ces systèmes d'arbitrage pouvaient être utilisé pour résoudre des litiges publics (c-à-d impliquant une partie privée et un État) étaient initialement extrêmement limitées.

On va ensuite constater une nette extension de ce système d'arbitrage privé (pour les litiges entre deux investisseurs) à la sphère publique de manière à ce que des arbitres issus du secteur privé se voient octroyer la prérogative de statuer sur la légitimité et la légalité d'une mesure adoptée démocratiquement par un gouvernement et qui affecte les activités des entreprises transnationales<sup>294</sup>.

Sous le giron du Groupe Banque Mondiale, la « Convention de Washington » signée le 18 mars 1965 met en place la Convention Internationale sur le Règlement des Différends relatifs aux Investissements » (CIRDI)<sup>295</sup>. C'est le premier traité multilatéral qui systématise/ généralise le recours aux systèmes d'arbitrage privé pour régler des différends entre des États et des investisseurs étrangers. Cette Convention servira alors d'enceinte administrative pour le règlement de différend entre investisseurs et États (RDIE) pour toute une série d'Accords d'investissement internationaux (AII) et de traités bilatéraux d'investissements (TBI) qui comprennent des clauses de protection des investissements, l'interdiction d'expropriation directe et indirecte non-compensée, et un mécanisme de « règlement des différends entre investisseurs et États » (RDIE)<sup>296</sup>.

#### En résumé :

[1.18] The most important 'landmarks' are:

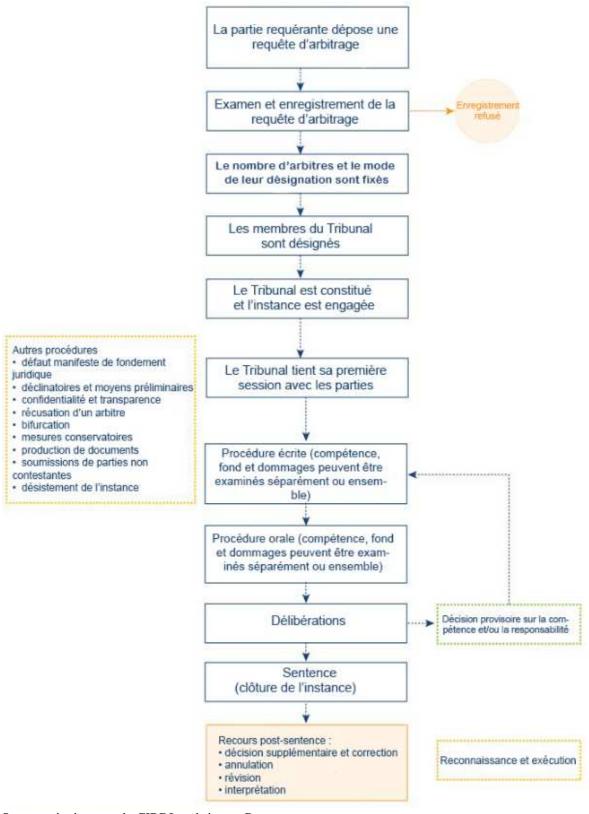
- the Geneva Protocol of 1923 (the '1923 Geneva Protocol');
- the Geneva Convention of 1927 (the '1927 Geneva Convention');
- the New York Convention of 1958 (the 'New York Convention');
- the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention of 1965 (the 'ICSID Convention');
- the UNCITRAL Arbitration Rules (the 'UNCITRAL Rules'), adopted in 1976 and revised in 2010;
- the UNCITRAL Model Law (the 'Model Law'), adopted in 1985; 19 and
- revisions to the Model Law (the 'Revised Model Law'), adopted in 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>293</sup> Gus Van Harten, 2005, op. cit., p. 605.

<sup>&</sup>lt;sup>295</sup> Convention Internationale sur le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, 18 mars 1965, RTNU, Vol. 575, p. 161.

<sup>&</sup>lt;sup>296</sup> Voir Robert-Cuendet Sabrina, « Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: Contribution a l'analyse de l'expropriation indirecte », Martinus Nijhof Publishers, Coll. Etudes de Droit International, mai 2010, p. 4.

# 9.2 Schéma des 11 étapes d'une procédure d'arbitrage selon les règles du CIRDI



Source : site internet du CIRDI : rubrique « Processus » : https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/process/Arbitration.aspx

# 9.3 Aperçu des travaux et publications de la CNUDCI à propos de l'arbitrage des litiges en matière de commerce et d'investissements internationaux :

#### **Conventions:**

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("Convention de New York") (1958)

#### Lois types:

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) avec les amendements adoptés en 2006 (2006)

# **Textes contractuels:**

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010)

# **Textes explicatifs:**

Recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1982)

Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996)

Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958 (2006) (2006)

Recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010) (2010)

#### Précis de jurisprudence :

UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration (2012)

# 9.4 Caractéristiques des différents entre investisseurs et États : évolution et grandes tendances statistiques

Cette annexe importante se veut complémentaire au Chapitre 3. Elle a pour but d'esquisser les grandes caractéristiques de ces litiges depuis l'essor des Accords Internationaux d'Investissement (AII) qui en sont à la base. Comment a évolué le recours aux mécanismes RDIE entre 1987 et 2015 ? Quels sont les États les plus touchés et quelles sont les bases juridiques le plus souvent invoquées ? Combien coûte ce genre de procédures ?

L'origine des investisseurs, la nature des mesures contestées et les tendances concernant l'issue de ces arbitrages seront aussi passées en revue afin de comprendre le contexte global des études de cas présentées dans les chapitre 4 et 5 du corps du mémoire.

Cette annexe doit aussi nous aider dans un second temps à appréhender les raisons pour lesquelles ce mécanisme RDIE fait l'objet de nombreuses critiques qui amènent certains à parler d'une crise de légitimité (chapitre 6). Et pourquoi ce mécanisme est amené aujourd'hui a évolué tel qu'on le verra dans le souschapitre sur la réforme du mécanisme de RDIE proposé dans la cadre du CETA (point 6.3).

# 2.1 États les plus touchés et bases juridiques les plus souvent invoquées

En ce qui concerne l'année 2014 et 2015, 40% de ces litiges ont impliqué des États occidentaux, dits 'développés'. Avant cela, les États développés étaient relativement moins concernés. En 2015, les deux États les plus touchés par ces demandes d'arbitrage furent l'Espagne et la Russie. Durant cette même année (2015), six États ont fait l'objet d'une demande d'arbitrage pour la toute première fois de leur Histoire : Autriche, Cameroun, Cap Vert, Kenya, Maurice et l'Ouganda<sup>297</sup>.

Aussi, entre 2013 et 2015, près d'un tiers des litiges Investisseurs-États a opposé un investisseur ressortissant d'un État européen à un autre État européen. On observe donc un essor de litiges commerciaux intra-européens. Et la grande majorité de ces demandes d'arbitrage (19 sur 26, soit 73%) ont été introduits en vertu du Traité de la Charte de l'Energie (TCE, cfr supra), les autres ayant été introduits en vertu des clauses de promotion et protections des investissements repris dans d'autres TBI signés entre deux États membres de l'EU. En tout, depuis le début de l'Histoire des RDIE jusqu'en 2015, pas moins de 130 différends ont opposés un investisseur européen à un État européen<sup>298</sup>.

#### 2.2 Bases juridiques les plus souvent invoquées

Concernant la base juridique invoquée, en 2015, à l'échelle mondiale, la majorité des demandes d'arbitrage ont été introduites en vertu de la clause de protections des investissements des AII alors que 33% d'entre elles l'ont été en invoquant la clause de protection des investissements du TCE. C'est d'ailleurs cet instrument juridique qui est le plus souvent invoqué par les investisseurs si on se penche sur l'ensemble de la période 1987-2015<sup>299</sup>: 87 litiges. Après le TCE, c'est le NAFTA<sup>300</sup> l'instrument juridique qui a le plus souvent été invoqué par les investisseurs pour contester une réglementation qui ne les arrangeait pas : 56 litiges. Les autres litiges ont en général été introduits sur base des mécanismes de protection des investissements inclus dans des TBI. Parmi ceux-ci, c'est le TBI entre l'Argentine et les États-Unis l'instrument juridique qui a le plus souvent été invoqué par des investisseurs étrangers sur la période 1987-2015 : 20 litiges. De manière peu surprenante, on constate que l'Argentine est assez logiquement de loin l'État qui a le plus souvent été menacé (et condamné) par une demande d'arbitrage de la part d'un investisseur étranger (cfr « Figure III.5 » ci-dessous). Concernant les États européens, ce sont les mesures réglementaires de la République Tchèque, l'Espagne et la Pologne qui ont le plus souvent fait l'objet d'une plainte RDIE de la part des investisseurs étrangers sur la même période (1987-2015)<sup>301</sup>.

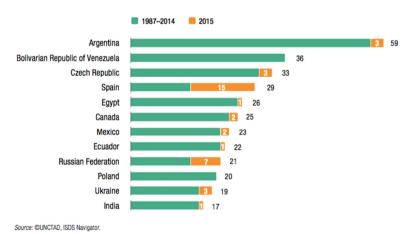
<sup>299</sup> UNCTAD, « World Investment Report 2016 », 2017, p. 105.

<sup>&</sup>lt;sup>297</sup> Voir UNCTAD, « World Investment Report 2016 », 2017, p. 105.

<sup>&</sup>lt;sup>298</sup> Idem, p. 105.

<sup>300</sup> NAFTA: North American Free Trade Agreement qui est un AMLE qui rassemble le Mexique, le Canada et les États-Unis.

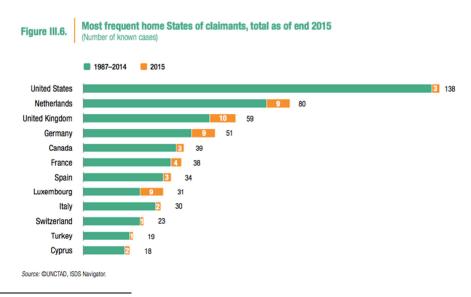
Most frequent respondent States, total as of end 2015



Ce graphe renseigne également le fait que près de la moitié des litiges auxquels l'Espagne a déjà dû faire face ont été initiés en 2015 (15 litiges sur 29). Nous verrons dans la 7<sup>ème</sup> étude de cas de ce mémoire (chapitre 5) que cette forte augmentation est liée aux nombreuses plaintes introduites par des entreprises spécialisées dans la production et l'installation de panneaux photovoltaïques (PV) suite à l'arrêt de sa politique de soutien du secteur PV via le rachat aux particuliers de l'énergie produite grâce à leurs panneaux PV.

#### 2.3 Nationalité des investisseurs et nature des mesures contestées

La grande majorité des 70 nouvelles plaints (demandes d'arbitrages) enregistrées en 2015 ont été initiées par des investisseurs issus des pays occidentaux, dits 'développés', conformément à la tendance historique selon laquelle en moyenne 80% des plaintes sont introduites par des investisseurs occidentaux. Durant l'année 2015, le Royaume-Uni, l'Allemagne, le Luxembourg et les Pays-Bas sont les pays d'où proviennent la majorité des investisseurs qui ont attaqués un État en 'justice' pour avoir adopté une mesure qui risquait de nuire à leur business<sup>302</sup>. Sur la période 1987-2015, sans grande surprise, ce sont les investisseurs états-uniens qui ont de loin fait le plus usage des tribunaux arbitraux (138 litiges engagés<sup>303</sup>), suivis de loin par les Pays-Bas (80 litiges), le Royaume-Uni (59) et l'Allemagne (51). Sur les 10 plus grands utilisateurs des tribunaux d'arbitrage, on remarque que sept d'entre eux sont européens<sup>304</sup> tel que l'indique la graphique « Figure III.6 » ci-dessous<sup>305</sup>.



<sup>&</sup>lt;sup>302</sup> Idem, p. 105.

<sup>305</sup> Voir UNCTAD, « World Investment report », 2017, p. 106.

<sup>&</sup>lt;sup>303</sup> La grande majorité de ces 138 litiges ont été introduits en vertu des clauses de protection des investissements de l'ALENA (Accord de Libre-Echange Nord-Américain).

304 sans prendre en compte la Suisse et si l'on considère que le Royaume-Uni fait toujours partie de l'UE évidemment.

En ce qui concerne le type de mesures contestées et les comportements incriminés aux États en 2015, les investisseurs ont principalement contestés les quatre comportements suivants :

- Réforme législative dans le secteur des énergies renouvelables (20 litiges minimum à ce propos)
- Plaintes pour expropriations directes d'investissements (6 litiges min.)
- Plainte pour traitements discriminatoires (6 litiges min.)
- d. La révocation, la non-prolongation ou le refus de permis ou licence d'exploitation diverse (5 litiges)

En dehors de l'année 2015, les autres mesures contestées comprennent des prétendues annulations ou violations de contrats et concessions, de nouvelles taxes, des procédures de liquidation d'entreprise soi-disant non-réglementaires, l'adoption de nouvelles mesures de protection de l'environnement et des zones occupées par des populations indigènes. Mais dans plusieurs affaires, on ne connaît pas précisément la nature des mesures gouvernementales contestées par des investisseurs lorsque ceux-ci ou les gouvernements concernés souhaitent que ces informations restent confidentielles<sup>306</sup>.

# 2.4 Tendances relatives à l'issue des litiges Investisseurs-États

De manière générale, les États ont tendance à gagner la première étape de la procédure qui est celle de la compétence de l'enceinte pour recevoir la plainte d'un investisseur étranger contre un État. Par contre, les investisseurs ont clairement tendance à gagner un litige une fois celui-ci arrivé dans sa deuxième phase, « at the merits stage »<sup>307</sup>. Cette observation peut illustrer la propension relativement débridée des investisseurs à introduire une demande d'arbitrage en vue de menacer un État ayant adopté une réglementation qui ne n'arrange pas l'investisseur.

En ce qui concerne l'année 2015 en particulier, 51 verdicts ont été rendus par des tribunaux arbitraux mais seuls 31 d'entre eux ont été rendus publics (31/51 = 61%). L'issue de ces 31 verdicts peut être répartie dans les trois grandes catégories suivantes et tel qu'illustré dans la « Figure III.7 » 308 ci contre:

- a. 10 demandes d'arbitrage ont été jugées irrecevables par l'enceinte à laquelle l'investisseur a adressé sa demande
- 15 demandes ont atteints le stade des merits<sup>309</sup>; 80% d'entre elles ont été rendues en faveur des investisseurs (12/15!). Les 3 autres verdicts ayant été rendus en faveur de l'État concerné.
- 6 demandes (jugées pourtant recevables) ont été annulées ou retirées pour diverses raisons.

En général, en 2015, lorsqu'un verdict a reconnu la non-conformité d'une réglementation adoptée par un État, les tribunaux arbitraux ont la plupart du temps estimé qu'il devait être condamné pour infraction au principe de « traitement juste et équitable » qui doit en principe être garanti aux investissements en vertu du TBI invoqué<sup>310</sup>. Results of concluded cases,

Sur la période 1987-2015, et sur base des informations rendues publiques, un total de 444 procédures de RDIE a été conclu (sur un total de 696 demandes d'arbitrage introduites)<sup>311</sup>. Sur ces 444 verdicts rendus, un peu plus d'un tiers (36%) été rendu a été rendu en faveur des États en raison d'un rejet de la plainte pour incompétence du Tribunal ou en raison de la légitimité reconnue de la mesure réglementaire concernée; un peu plus d'un quart (27%) de ces verdicts ont été rendus en faveur des investisseurs (impliquant donc le versement d'une compensation financière); et 26% de ces demandes d'arbitrages ont été réglés à l'amiable (settled) tel qu'indiqué dans la « Figure III.7 » ci-contre<sup>312</sup>.

Notons que, selon la CNUCED (UNCTAD, 2017, p. 106), dans la plupart des arrangements à l'amiable (settlements), les termes spécifiques de l'arrangement ne sont pas rendus publics, et que, quand ils le sont, on s'aperçoit que l'État incriminé accepte de verser une

(Per cent) Breach but 2 no damages Decided in favour of State Settled Decided in favour of investor

total as of end 2015

Figure III.7.

Source: @UNCTAD, ISDS Navigator. Decided in favour of neither party (liability found but no damages awarded).

307 C'est-à-dire le cœur de la procédure d'arbitrage constitué des plaidoiries, des auditions, la transmission de documents ayant valeurs de preuves, des réponses écrites aux questions des arbitres, etc., une fois que le forum sollicité s'est déclaré compétent pour recevoir la demande d'arbitrage.

308 Voir UNCTAD, « World Investment report », 2017, p. 107.

<sup>306</sup> Idem.

<sup>&</sup>lt;sup>309</sup> c-à-d que ces 15 demandes d'arbitrage ont été jugées recevables et ont donné lieu à un verdict (*Award*).

<sup>&</sup>lt;sup>310</sup> Voir UNCTAD, « World Investment report », 2017, p. 107.

<sup>311</sup> C'est-à-dire que sur les 696 demandes d'arbitrages introduites jusqu'à la fin 2015, 444 d'entre elles ont donné lieu à un verdict.

<sup>&</sup>lt;sup>312</sup> Voir UNCTAD, 2017, idem, p. 107.

indemnité importante à l'investisseur ou accepte de revoir – ou retirer – 'volontairement' la mesure contestée. Ce type d'issue est donc souvent considéré au final comme en faveur de l'investisseur bien que l'État ne soit pas officiellement condamné en tant que tel. Si l'on additionne l'occurrence de ces deux derniers cas de figure (favorables aux investisseurs), on constate que plus de la moitié (53%) des sentences arbitrales rendus par des tribunaux arbitraux ont fais prévaloir l'argumentation et les demandes d'indemnités des investisseurs (entre 1987 et 2015).

Par ailleurs, sur cette même période (1987-2015), si on se penche sur l'ensemble des sentences arbitrales qui ont été rendues et qui ont atteint le stade des *merits*<sup>313</sup>, on observe que **60%** des verdicts ont été rendus en faveur des **investisseurs** contre seulement 40% des verdicts prononcés en faveur des États.

La « Figure III.8 » ci-dessus rend bien compte de cette répartition assez inégale des sentences arbitrales « pro-investisseurs » et « pro-États » sur près de 30 années de RDIE. En 2014 uniquement, les tribunaux d'arbitrage ont prononcé au moins 43 sentences arbitrales dont 34 ont été rendues publiques. Le nombre total de litiges conclu s'est alors élevé à 356 (pour l'année 2014 uniquement) dont 37% ont été rendus en faveur des États ; 25% en faveur des investisseurs ; et 28% ont été réglés via un arrangement à l'amiable<sup>314</sup>.

Per cent)

Results of decisions on the merits, total as of end 2015

(Per cent)

Decided in favour of investor

Source: @UNCTAD, ISDS Navigator.

Note: Excluding cases (1) dismissed by tribunals for lack of jurisdiction, (2) settled, (3) discontinued for reasons other than settlement (or for unknown reasons) and (4) decided in favour of neither party (liability found but no damages awarded).

# 2.5 Focus sur les litiges impliquant des États européens : statistiques et tendances

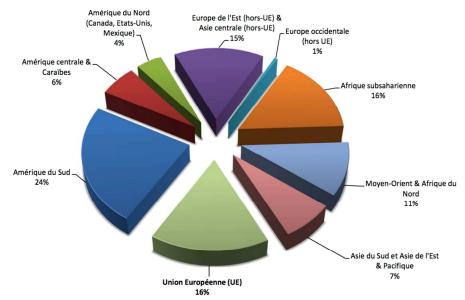
#### 2.5.1 Selon la base de données du CIRDI

Si l'on se base sur le « <u>Numéro spécial – Union européenne</u> » du CIRDI d'avril 2016<sup>315</sup>, on observe que, depuis l'entrée en vigueur de la Convention du CIRDI (1966) jusqu'à avril 2016, le CIRDI a enregistré 563 demandes d'arbitrage sur un total de 696 demandes introduites en tout auprès de l'entièreté des enceintes habilitées à les administrer (563/696 = **80,9%**). Sur ces 563 plaintes, <u>93 plaintes</u> ont impliqué un État membre de l'UE (93/563= 16%), ce qui en fait le deuxième zone géographique la plus touchée par les demandes d'arbitrages – en ex-aequo avec l'Afrique Sub-saharienne (16% aussi) tel que le **graphique 1.** cidessous l'indique (CIRDI, 2016, p. 6). La première région la plus menacée par les demandes d'arbitrage des investisseurs étrangers jusqu'à ce jour étant l'**Amérique latine** (24%). Les pays d'Europe de l'Est (hors EU) et d'Asie centrale sont la quatrième région du monde la plus touchée par les demandes d'arbitrages introduites auprès du CIRDI (15%).

<sup>313</sup> C'est-à-dire quand un tribunal arbitral s'est déclaré compétent, c-à-d qu'il a pu se déclarer en mesure de statuer sur la question de savoir si la mesure gouvernementale contestée a enfreint ou pas une obligation d'un TBI ou un ALE. Cette répartition exclut donc les demandes d'arbitrage rejetées par les enceintes sollicitées, les demandes d'arbitrages retirées, annulées ou réglées à l'amiable.

<sup>&</sup>lt;sup>314</sup> Voir UNCTAD, « <u>Investor-State Disputes Settlement : Review in developments in 2014</u> », IIA Issue Notes, n° 2, mai 2015.
<sup>315</sup> Voir CIRDI, « <u>Affaires du CIRDI – Statistiques. Numéro spécial – Union européenne</u> », N° 2016-1, avril 2016, World Bank Group, 29 p.

**Graphique 1:** Répartition géographique de l'ensemble des affaires enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire selon l'Etat partie au différend\* :



Source: CIRDI, 2016, p. 6.

Ce rapport nous renseigne aussi que, jusqu'à ce jour, l'Espagne, la Hongrie et la Roumanie sont les trois États-membres de l'UE qui ont le plus été menacés par une demande d'arbitrage introduite auprès du CIRDI. Ils ont respectivement été menacés par 26 plaintes, 13 plaintes et 12 plaintes 316 (CIRDI, 2016, p. 7).

Le tableau ci-contre liste chaque État-membre de l'UE et le nombre d'affaires dans lesquelles ils ont chacun été impliqués en tant que Défendeur dans le cadre d'un litige encadré par le CIRDI.

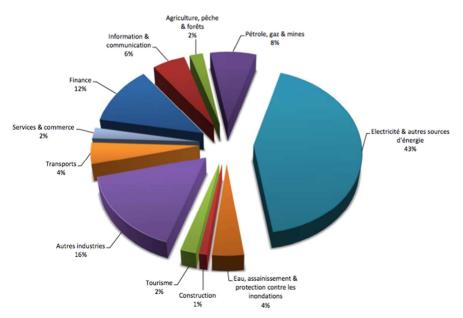
	Etat membre de l'UE	Nombre d'affaires CIRDI
1.	Allemagne	2
2.	Autriche	1
3.	Belgique	1
4.	Bulgarie	6
5.	Chypre	2
6.	Croatie	4
7.	Danemark	0
8.	Espagne	26
9.	Estonie	4
10.	Finlande	0
11.	France	1
12.	Grèce	2
13.	Hongrie	13
14.	Irlande	0
15.	Italie	5
16.	Lettonie	1
17.	Lituanie	2
18.	Luxembourg	0
19.	Malte	0
20.	Pays-Bas	0
21.	Pologne	3
22.	Portugal	0
23.	République slovaque	4
24.	République tchèque	1
25.	Roumanie	12
26.	Royaume-Uni	0
27.	Slovénie	3
28.	Suède	0

Source: CIRDI, 2016, p. 7.

<sup>316</sup> Notons que, parmi les États-membres de l'UE, la République Slovaque, la République Tchèque et la Bulgarie ont aussi été souvent menacés par des demandes d'arbitrage mais celles-ci ont surtout été introduites auprès d'une autre enceinte que le CIRDI. En l'occurrence, il s'agit surtout de la CNUDCI (cfr Corps du mémoire, point 3.4.2)

Ce rapport nous apprend aussi qu'une large majorité des 93 demandes d'arbitrage (58%) impliquant un Étatmembre de l'UE a été introduite auprès du CIRDI en vertu des clauses de protection des investissements stipulées dans des <u>Traités Bilatéraux d'Investissement</u> (TBI). Le <u>Traité sur la Charte de l'Energie</u> (TCE) est l'autre instrument juridique qui a servi le plus de base légale aux demandes d'arbitrage introduites auprès du CIRDI et impliquant un État européen (pour les 42% de plaintes restantes)<sup>317</sup>.

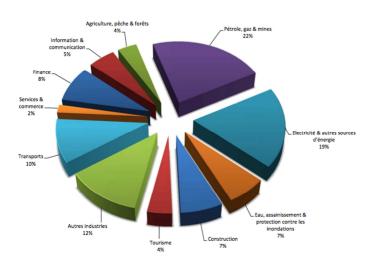
Les 93 différends impliquant un État-membre de l'UE ont été initiés par des investisseurs actifs dans une série de secteurs économiques assez variés. Le graphique ci-contre présente l'ampleur des différents secteurs dont sont issus les investisseurs qui ont menacé un **État européen** par une demande d'arbitrage auprès du CIRDI. On observe que les secteurs les plus sensibles sont la **production d'électricité** et d'autres sources d'énergie (43% des plaintes); les **productions industrielles 'autres'** (16%); et le secteur de la **finance** (12%)<sup>318</sup>.



Source: CIRDI, 2016, p. 10.

<sup>318</sup> Idem, p. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>317</sup> Voir CIRDI, « <u>Affaires du CIRDI – Statistiques. Numéro spécial – Union européenne</u> », N° 2016-1, avril 2016, World Bank Group, p. 9.



A ne pas s'y tromper, le camembert cicontre indique par contre la répartition sectorielle des investisseurs européens qui ont introduit une demande d'arbitrage auprès du CRDI contre des Étatsmembres et non-membres de l'UE. Dans ce cas-ci, on constate que les 3 secteurs les sensibles sont 1'exploitation plus pétrolière, gazière et minière (22% des plaintes); la production d'électricité et d'autres sources d'énergie (19%); les 'autres industries' (12%); et le secteur des transports (10%).

Source: CIRDI, 2016, p. 19.

Précisons que si ces deux derniers camemberts ont le mérite de donner une idée de l'ampleur des différents secteurs concernés par des litiges entre États et Investisseurs, il s'agit de ne pas de se tromper quant à l'interprétation à tirer de ces informations. En effet, ces camemberts ne renseignent pas la nature ni l'intention de la mesure réglementaire contestée par un investisseur. Ainsi, un litige qui 'concerne' le secteur « agriculture, pêche & forêts » (un secteur qui concerne a priori directement l'environnement) ne vise pas forcément une mesure qui a pour but de protéger l'environnement. Par exemple, si la mesure concernée concerne le salaire minimum des pêcheurs ou des sylviculteurs, on ne peut pas dire que l'État a adopté cette réglementation dans le but de défendre l'environnement. Un autre exemple est celui du secteur « production d'énergie renouvelable ». Nombre de litiges sont classés dans cette catégorie intuitivement assimilée à la « protection de l'environnement ». Mais c'est justement souvent la fin ou la suspension d'une mesure visant à protéger l'environnement - ce qui aura donc un effet moins positif sur l'environnement - qui a été contestée par des investisseurs spécialisés dans la production de panneaux PV (cfr infra, Chapitre 3; étude de cas 3).

A contrario, un litige qui concerne le « Tourisme » ou les « Transports » (secteurs qui semblent a priori distincts de l'environnement) est par contre susceptible de viser une mesure qui a pour objectif direct de protéger l'environnement (via le refus d'un permis d'urbanisme/ de construire suite à la réalisation d'une analyse d'impact environnementale trop défavorable par exemple). Ces répartitions sectorielles doivent donc être interprétées avec prudence. Ces camemberts ne sont donc pas directement pertinents pour donner des éléments de réponses aux questions de recherche mentionnées au début du Chapitre 2. Elles contribuent néanmoins à esquisser le contexte européen de cette problématique.

Le rapport du CIRDI nous informe en outre que l'énorme majorité (78%) des acteurs qui ont attaqué la réglementation d'un État européen est une firme qui a son siège social dans un des 28 États-membres de l'EU. Dans ce cas, on parle de 'différends intra-européens'. Seuls 22% des investisseurs qui ont attaqué un État européen ne sont pas des firmes européennes<sup>319</sup>. Par ailleurs, 80% des acteurs qui ont menacés un État européen auprès du CIRDI sont des personnes morales et non des personnes physiques (20%).

Concernant l'issue des litiges impliquant des États européens, 76% de ces 93 affaires ont atteint le stade des merits et se sont soldées par une sentence arbitrale - rendue en faveur de l'État ou de l'Investisseur - par le tribunal institué ad hoc pour régler le différend en question. Les 24% restant ont soit été réglés par un arrangement à l'amiable (settlement, souvent en faveur des investisseurs, cfr supra), soit le différend a pris fin pour une autre raison. C'est-à-dire que 24% des litiges impliquant un État européen ont soit fait l'objet d'une transaction financière volontaire entre les parties, soit pris fin durant la procédures avant que le Tribunal ne se prononce de manière définitive.

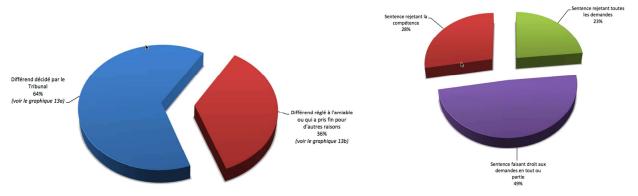
Mais parmi les affaires où une sentence arbitrale a été rendue (cfr 76% des 93 litiges précités), un quart (25%) des sentences ont déclaré le CIRDI incompétent pour recevoir la demande d'arbitrage; 46% de ces sentences ont été rendues en faveur des États (européens) en rejetant la totalité des plaintes des investisseurs et **29%** ont été rendues en faveur des **investisseurs**<sup>320</sup>.

<sup>319</sup> CIRDI, 2016, p. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>320</sup> CIRDI, 2016, p. 14.

En ce qui concerne les litiges initiés par des investisseurs européens (contre des État-membres et non-membres de l'UE), on observe que dans deux tiers des cas (65%), ils se sont appuyés sur les clauses de protections des investissements et de règlement des différends inclus dans des TBI. Dans 10% des cas, ils se sont basés sur les dispositions de protections des investissements stipulés dans le TCE. Dans les autres cas (25%), ils se sont soit appuyés sur une loi réglementant les investissements étrangers propres à l'État défendant, soit sur un Contrat d'investissement spécifique entre l'investisseur et l'État hôte<sup>321</sup>.

Enfin, les deux derniers camemberts ci-dessous présentent l'issue des arbitrages initiés par des **investisseurs européens** auprès du CIRDI. On constate dans le premier graphe que dans 36% des cas, ces litiges se sont **réglés à l'amiable** (ou ont pris fin pour d'autres raisons). Dans ce cas, la procédure d'arbitrage a pris fin avant que le tribunal ne prononce sa sentence arbitrale. Dans les 64% d'autres cas, le litige a pris fin en raison de la sentence arbitrale prononcée par un tribunal arbitral. Le deuxième graphe nous donne la répartition de la nature de la sentence arbitrale prononcée dans les 64% de cas précités. Dans ces cas : près de la moitié des sentences arbitrales (49%) ont été rendus en faveur des **investisseurs**; moins d'un quart (23%) de ces sentences ont été rendues en faveur des **États** (reconnaissant la conformité de la réglementation attaquée) ; et dans 28% des cas, le Tribunal s'est déclaré **incompétent** pour arbitrer le litige (*dissmissed*) en raison de l'incompétence du CIRDI pour administrer ces litiges.



Bien qu'ils ne concernent pas spécifiquement des mesures environnementales, ces deux derniers graphes ont ceci d'intéressants que - selon notre propre interprétation - ils sont susceptibles d'expliquer pourquoi une majorité de gouvernements européens se sont montrés si favorables ces derniers temps aux clauses de protections des investissements via l'arbitrage privé inclus dans les traités bilatéraux d'investissement (TBI) et accords de libre-échange (ALE) en cours de négociations en ce moment (CETA, TTIP, Accord EU-Singapour, Accord EU-Japon) malgré que ceux-ci soient fortement décriés par la société civile européenne. Celle-ci dénonce en effet le 'hold-up démocratique' - ou une confiscation partielle du pouvoir législatif par les investisseurs - qui résulte souvent de ces procédures d'arbitrage privé. Tel qu'illustré ci-dessus, ces tribunaux arbitraux condamnent régulièrement les États pour avoir pourtant adopté une mesure de manière démocratique en raison du fait que celle-ci serait contraire/ non-conforme à leurs propres obligations en vertu de certaines clauses de TBI ou ALE dont ils sont signataires. L'argument-phare des organisations de la société civile qui défendent cette thèse est qu'elles soupçonnent certains gouvernements européens au pouvoir – durant les négociation de ces traités qui sont en cours - de collusion d'intérêt avec les grands groupes industriels et financiers. Alors qu'on observe que ces systèmes d'arbitrages ont souvent tendance à condamner les États et donc à altérer leur droit à réguler selon certains analystes, les gouvernements européens semblent en effet plus préoccupés par la prospérité et la concrétisation sans embuche des plans d'affaires des grands groupes financiers et industriels vu qu'une majorité d'entre eux continuent d'exiger de telles dispositions (protection des investissements via l'arbitrage privé) dans les traités en cours de négociation même quand il est avéré que ce genre de dispositions sont souvent contraires à l'intérêt général. Cette thèse nécessiterait tout un développement pour l'étayer ou l'infirmer et cela ne correspond pas à notre sujet d'étude. Néanmoins, nous essayerons de voir dans le chapitre 6 du corps du mémoire dans quelle mesure la réforme du mécanisme RDIE proposés dans le cadre de la renégociation du CETA peut donner plus de gage pour une meilleure protection de l'environnement (cfr Chapitre 6 du mémoire).

\_

<sup>321</sup> Voir CIRDI, 2016, p. 18.

L'organisation non-gouvernementale "<u>Friends of the Earth – Europe</u>" suit depuis longtemps l'évolution de la politique économique et commerciale de l'UE. Elle porte une attention particulière aux répercussions socioenvironnementales des ALE et des traités d'investissement signés par des États-membres de l'UE.

Fin 2014, cette ONG environnementale publie une large étude sur la nature et l'impact des sentences arbitrales rendues par les tribunaux arbitraux en cas de litiges entre investisseurs et États européens. Par rapport aux statistiques du CIRDI décryptées plus haut – enceinte qui rappelons-le encadre env. 80% (563/696 litiges) des demandes d'arbitrage initiées à l'échelle mondiale – cette étude présente justement l'intérêt de ne pas se focaliser uniquement sur les demandes d'arbitrages introduites auprès du CIRDI.

Ce rapport mentionne que, entre 1994 et 2014, les États-membre de l'UE ont fait l'objet de <u>127 demandes</u> d'arbitrage introduites auprès du CIRDI et des quatre autres principaux fora habilités à administrer ce genre de demandes d'arbitrage<sup>323</sup>. Ces 127 demandes ont concerné en tout **20 États européens** dont la grande majorité est des 'jeunes' États membres de l'UE, c'est-à-dire qu'ils ont adhéré récemment à l'UE. Il ressort en effet de ce rapport que, durant la période considérée (1994-2014), **76%** des demandes d'arbitrage (97/127 litiges) ont été initiées à l'encontre d'une législation d'un État qui a accédé à l'Union européenne entre 2004 et 2007. Il s'agit des **10 États** suivants souvent identifiés comme appartenant à l'**Europe de l'Est**: République Tchèque, Pologne, République Slovaque, Hongrie, Roumanie, Lituanie, Estonie, Lettonie, Slovénie et Chypre.

Précisons d'emblée que ces litiges ont été initiés par des investisseurs européens **et** non-européens mais une majorité d'entre eux sont bien des ressortissants d'un des 28 États membres de l'UE ou des entreprises dont le siège social est enregistré dans un État européen. Il s'agit donc d'une majorité de **litiges intra-européens**. Selon ce rapport, les 'vieux' États membres de l'UE n'ont que rarement été concernés par une demande d'arbitrage de la part d'un investisseurs étrangers car ceux-ci n'ont pas encore conclu d'ALE avec d'autres poids-lourds de l'économie mondiale comme la Chine, le Canada ou les États-Unis<sup>324</sup>.

Ci-contre est présentée la répartition des 127 demandes d'arbitrages ayant impliqué des États européens entre 1994 et 2014, en fonction des issues qui a ont été réservées à ceux-ci :

Breakdown of ISDS case outcomes	127
Award in favour of the Investor	15
Settled cases	13
Pending cases	46
Award not made public/unknown outcome	18
Award in favour of the State	14
Claims rejected/dismissed/discontinuance of proceedings	21

On remarque d'emblée le nombre important d'affaire en cours (pending): 36% (46/127) bien que depuis lors (depuis fin 2014), il est probable qu'une demi-douzaine d'arbitrages aient été tranchés entre temps. On observe aussi le nombre relativement limité de sentences arbitrales qui ont été rendues en faveur des **États** (14/127 = 11%).

Source: Friends of the Earth – Europe, 2014, p. 7.

Aussi, ce rapport donne un éclairage particulier concernant les enjeux financiers et le niveau de transparence de ces procédures d'arbitrage. En effet, On y apprend entre autre que<sup>325</sup>:

- l'État le plus touché et celui qui a été le plus condamné suite à ces litiges est la **République Tchèque** : entre 1994 et 2014, elle a été attaquée 26 fois par des investisseurs étrangers.
- parmi les litiges qui ont pris fin et dont le verdict a été rendue public (c-à-d 63 litiges sur 127), 44% d'entre eux (28 litiges sur 63) ont été rendus **en faveur des investisseurs** via une sentence arbitrale (imposant à l'État condamné de verser une indemnité financière) ou via un *settlement* à l'avantage des investisseurs.
- à ce jour, **l'indemnité la plus importante** qui a été versée par un État européen suite à une demande d'arbitrage initiée par un investisseur étranger auprès du CIRDI s'est élevée à **2,2 milliard** €. Le

112

 <sup>&</sup>lt;sup>322</sup> Voir Friends of the Earth Europe, "<u>The hidden cost of EU trade deals: Investor-State Dispute Settlement cases taken against EU Member States</u>", 18 pages, décembre 2014.
 <sup>323</sup> En plus du CIRDI, il s'agit de la CNUDCI, la Chambre Internationale de Commerce (ICC), la Cour Permanente d'Arbitrage

<sup>(</sup>PAC) et de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (AISCC), voir Friends of the Earth Europe, 2014, p. 6.

324 A cet égard, l'éventuel aboutissement des négociations ou la ratification d'accords commerciaux comme le TTIP, le CETA ou l'accord UE-Chine sont fort susceptibles de changer cette donne. Nous revenons à cette question dans le chapitre 5 et 6 du corps du mémoire.

Voir Friends of the Earth Europe, 2014, p. 2.

versement de cette compensation résulté d'un arrangement à l'amiable (!) entre la **Pologne** et l'investisseur Eureko B.V. intervenu en août 2005<sup>326</sup>.

- Selon l'OCDE, ces litiges engendrent des frais d'avocats et de procédures qui s'élèvent en moyenne à **US\$ 8 millions par différend**<sup>327</sup>. Ces frais de procédures peuvent s'élever jusqu'à US\$ 30 millions.
- dans seulement 62 litiges sur 127 (48%) on connaît le montant des compensations financières demandées par les investisseurs plaignants. Autrement dit, dans plus de la moitié de ces litiges, on ne connaît pas le montant des indemnités demandées par les investisseurs plaignants (non-publicité des dommages encourus et des indemnités réclamées).
- Sur base des seules informations rendues publiques, le total des indemnités demandées par des investisseurs étrangers de 1994 à 2014 aux États européens s'est élevé à **30 milliard** €. Ca ne correspond pas au montant total des compensations effectivement versées par les États mais cela donne une idée de la menace financière « épée de Damoclès » selon l'expression de certains qui pèse sur les États lorsqu'ils considèrent l'adoption d'une nouvelle réglementation potentiellement défavorable à des investisseurs.
- le montant total qui a effectivement été versé comme compensation aux investisseurs plaignants durant cette période (1994-2014) n'a été rendu publics que dans 11% des cas (14 cas sur 127 litiges) et s'élèverait en tout à 3,5 milliards €.
- L'indemnité financière la plus élevée qu'un tribunal arbitral a imposé à un État européen (entre 1994-2014) s'élève à 553 millions € pour infraction à la clause de protection des investissement du TBI République Tchèque République Slovaque. Il s'agit du litige qui opposé la République Slovaque à la banque « Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. », initié en 1997<sup>328</sup>. Il s'agit d'ailleurs du tout premier litige réglé selon les Règles du CIRDI et qui a concerné un État européen (cfr CIRDI, 2016, p. 26).

En résumé, on peut affirmer que ces procédures sont loin d'être transparentes et extrêmement coûteuses pour les États – et donc les contribuables – qui assument souvent la plus grande charge du fardeau de la sentence.

Par ailleurs, ce rapport fait d'une information controversée selon notre analyse. Il stipule que, entre 1994 et fin 2014, **75 litiges** sur les 127 demandes d'arbitrage mentionnées plus haut ont 'concerné l'environnement'. Dans quelle mesure? Directement ou indirectement? Comment? On ne le sait pas. Ce rapport affirme néanmoins a trois reprises que **58%** de ces litiges (75 litiges sur 127) ont 'concerné' l'environnement<sup>329</sup>... Selon notre analyse, cette information est à prendre avec une extrême prudence – voir une réelle circonspection – car les auteurs de ce rapport ne précisent pas la méthodologie suivie pour établir dans quelle mesure un litige 'concerne' ou 'ne concerne pas' l'environnement. Au vu de la liste des secteurs présentée en p. 8 du rapport, nous supposons que les auteurs se sont basés sur la répartition sectorielle de l'activité des investisseurs. Or, tel que vu plus haut (point 2.5.1) et pour les raisons qui y sont développées, le secteur d'activité de l'investisseur plaignant n'est pas un indicateur fiable pour indiquer si le litige en question portent sur une mesure qui vise spécifiquement à protéger l'environnement ou pas.

Notons que ce rapport correspond à ce qu'on appelle de la 'littérature grise' émanant d'une association environnementale qui ne cache pas le parti-pris de ses publications et campagnes de sensibilisation. Il ne s'agit encore moins d'un article scientifique publié dans une revue ou un périodique spécialisé dans cette discipline. Nous nous permettons d'ailleurs de mettre en question cette donnée chiffrée (58%) car si on se base sur le résumé des 127 litiges présentés en annexe de ce rapport, on constate qu'une très petite partie de ces litiges a concerné une mesure réglementaire qui avait spécifiquement pour but de protéger l'environnement. Pour être précis, selon notre analyse du résumé de la centaine de litiges proposé en annexe de ce rapport<sup>330</sup>, il n'y aurait que 4 à 5 litiges sur les 127 où l'investisseur a clairement voulu attaquer une réglementation qui avait directement comme objectif de protéger l'environnement et qui portait prétendument atteinte à la rentabilité de son investissement.

<sup>&</sup>lt;sup>326</sup> Voir la documentation officielle du litige « <u>Eureko B.V. c. Pologne (2003) »</u> dans la banque de données <u>www.italaw.com</u>
Concernant les montants extrêmement élevés des indemnités imposées aux États par des sentences arbitrales (à la suite d'une procédure RDIE), voir le chapitre « When BITs bite: the high cost of investment treaty arbitration" p. 186-187, in Kyla Tienhaara, "Once BITten, twice shy? The uncertain future of 'shared sovereignty' in investment treaty arbitration", in *Policy and Society*, Vol. 30, Issue 3, Septembre 2011, Pages 185–196.

<sup>&</sup>lt;sup>327</sup> Voir OCDE, « <u>Investor-State Dispute Settlement. A Scoping Paper for the Investment Policy Community</u>", OECD Working Papers on International Investment 2012/3, 2013, p. 19 à 23.

<sup>328</sup> Voir l'affaire « Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. République Slovaque », initié auprès du CIRDI en 1997 (ARB/97/4).

<sup>&</sup>lt;sup>329</sup> Voir Friends of the Earth Europe, 2014, p. 2, 7 et 8.

<sup>&</sup>lt;sup>330</sup> Nous nous sommes tenus à la lecture du résumé présenté en annexe du rapport de l'ONG « Friends of the Earth ». Nous n'avons pas cherché à savoir si ces résumés ont été correctement et fidèlement réalisés en les confrontant aux résumés des affaires qui sont régulièrement – mais pas toujours – repris au début des demandes d'arbitrages quand celles-ci sont disponibles publiquement.

Par conséquent, il nous paraît préférable de ne pas prendre cette donnée chiffrée (58% de litiges 'concernent' l'environnement) en considération. Le titre du sous-chapitre 2 « Environment under attack » nous semble donc inapproprié. Cette affirmation n'est en tous cas pas démontrée au travers des informations présentées dans ce rapport.

En conclusion, force est de constater que ce corpus d'arbitrage ne donne pas lieu à une issue dichotomique ou binaire, comme on pourrait l'imaginer a priori (pro-investisseurs ou pro-États). L'opacité des procédures (non publicité des dommages encourus et des indemnités réclamées) et la non-publicité des sentences arbitrales ne permettent pas à l'heure actuelle de réaliser une analyse approfondie et dépassionnée. Il n'en reste pas moins que ce manque de transparence a en soi de quoi préoccuper. Cette étude confirme bien les tendances mise en exergue par les statistiques du CIRDI; une majorité de ces litiges est remportée par les investisseurs (suite à un *settlement* ou à une sentence arbitrale en leur faveur). Enfin, cette étude a aussi le mérite de donner une idée des enjeux financiers colossaux de ces procédures d'arbitrage. Aussi bien en raison des frais d'avocats et de procédures qu'en raison du montant des indemnités à verser par la partie condamnée.

Cela étant dit, contrairement à ce que prétend cette étude, la dimension environnementale reste à ce stade très compliquée à appréhender en ce sens que ce rapport ne met pas en évidence l'intention première et les objectifs socio-environnementaux des mesures contestées par les investisseurs. Malgré quelques exemples intéressants (cfr infra, chapitre 6), l'étude se limite à une catégorisation des litiges en fonction du secteur d'activité des investisseurs plaignants. Or, selon notre analyse, les États européens n'ont à ce jour que rarement (4 à 5 litiges sur 127) été 'poursuivis en justice' (privée) par des investisseurs étrangers en raison de leur réglementation environnementale.

#### 2.6 Conclusion de l'annexe 4

De ces nombreuses statistiques, graphiques et données chiffrées, on doit certainement retenir que le nombre de procédures RDIE connaît une augmentation relativement importante depuis 30 ans. Sur les 5 dernières années, ce nombre a atteint quatre fois un niveau record. Les États-membres de l'UE sont de plus en plus souvent attaqués par des investisseurs hostiles à certaines de leurs réglementations. Les instruments juridiques les plus souvent invoqués sont le TCE sur le long terme et les TBI pour l'année 2015. Le CIRDI est de loin l'enceinte la plus sollicitées pour encadrer ces procédures. Les États dits 'développés' (occidentaux) sont de plus en plus concernés par ces procédures. On assiste aussi à une augmentation des litiges 'intra-européens' dont les anciens pays d'Europe de l'Est sont le plus victimes. Ces procédures impliquent des frais de procédures et d'avocats très importants qui s'élèvent en moyenne à 8 millions US\$ par partie et par litige. Ces procédures souffrent aussi d'un manque de transparence important dans le sens où dans de nombreux cas, les indemnités réclamées et l'issue d'un litige ne sont pas rendues publiques.

Les mesures contestées concernent souvent la révocation ou non-prolongation d'un permis (licence ou contrat), de nouvelles taxes, la fin de certaines exonérations fiscales (ou subventions), la réforme du soutien au secteur de l'énergie renouvelable ou de nouvelles mesures de protection environnementale selon la CNUCED.

Il s'agit là d'enseignements contextuels précieux pour aborder cette problématique complexe de plus près. Mais surtout, gardons à l'esprit que ces litiges ont la plupart du temps été réglés en faveur des investisseurs ou à l'amiable sachant que les *settlements* correspondent souvent à l'assouplissement de la mesure contestée ou au versement volontaire d'une indemnité financière en faveur de l'investisseur plaignant.

Enfin, à ce stade, malgré la répartition sectorielle des litiges, la dimension environnementale de cette problématique reste très compliquée à appréhender. Les statistiques et grandes publications des institutions de références en matière de procédures RDIE (CNUCED, CIRDI, OCDE) ne nous permettent pas de dégager des tendances ou constats transversaux relatifs au sort réservé aux mesures visant à protéger l'environnement et qui auraient été contestées par des investisseurs étrangers. Selon notre analyse, jusqu'à ce jour, en Europe, ce cas de figure ne s'est encore présenté que rarement par rapport aux motifs de l'ensemble des autres demandes d'arbitrages à l'échelle européenne.

Il n'en reste pas moins que, même si de tels cas de figure ne sont pas légion en Europe, il en existe. Il conviendrait donc de se pencher en détail sur des exemples concrets pour apporter des éléments de réponse à nos questions de recherche (Recours aux Tribunaux arbitraux : menace ou opportunité pour la défense de l'environnement ?).

Les études de cas présentées dans les chapitres 5 et 6 dans le corps du mémoire devraient nous en apprendre davantage à ce propos. Quel raisonnement aura été suivi par les Tribunaux arbitraux pour trancher ces

litiges ? Quelle argumentation auront développée les investisseurs pour essayer de démontrer l'éventuelle non-conformité de la mesure contestée aux obligations des États ?

L'analyse des litiges ayant une dimension environnementale spécifique - impliquant des États non-européens (Chapitre 5) et européens (chapitre 6) - devraient nous permettre d'y voir plus clair à ce propos.

9.5 Fiche technique du litige « S.D. Myers Inc. C. Gouvernement du Canada » (1999) + Liste des documents officiels disponibles publiquement sur ce litige + Chronologie des différentes étapes

## S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL



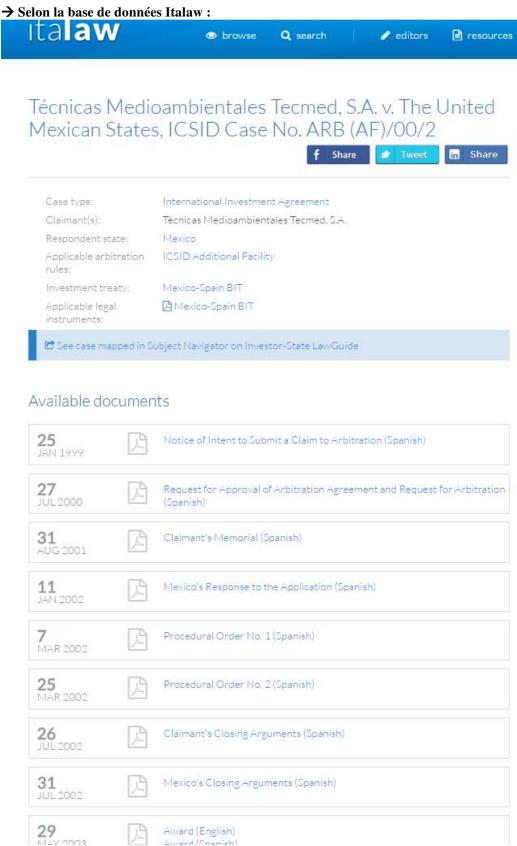
#### Available documents



<b>15</b> DEC 1999	Investor's Supplemental Memorial  B Details
<b>15</b> DEC 1999	Canada's Supplementary Memorial  B Details
<b>1</b> JAN 2000	Procedural Orders No. 1 through No. 16 (dates vary)  B Details
<b>24</b> JAN 2000	Investor's Reply to Respondent's Supplementary Memorial  B Details
<b>24</b> JAN 2000	Respondent's Reply to Claimant's Supplemental Memorial  B Details
<b>28</b> JAN 2000	Investor's Reply to the Submission of Mexico  B Details
<b>7</b> FEB 2000	Investor's Reply Memorandum on US Law Issues  B Details
<b>13</b> MAY 2000	Procedural Order No. 16 (concerning confidentiality in materials produced in the arbitration)  B Details
<b>12</b> NOV 2000	Separate Opinion by Dr. Bryan Schwartz (on the Partial Award)  B Details
<b>13</b> NOV 2000	Partial Award  B Details
<b>15</b> JAN 2001	Investor's Summary on Damages  B Details
<b>15</b> FEB 2001	Respondent's Application for a Stay of Proceedings Pending the Outcome of Canada's Federal Court Application to Set Aside  B Details
<b>19</b> FEB 2001	Investor's Reply to Respondent's Submission on Stay of Arbitration  B Details

<b>25</b> JUN 2001	Procedural Order No. 19  B Details
<b>20</b> JUL 2001	Supplementary Counter-Memorial of the Government of Canada (Damages Phase)  B Details
<b>9</b> AUG 2001	Investor's Reply Memorial (Damages Phase)  B Details
<b>25</b> AUG 2001	Procedural Order No. 20  B Details
<b>31</b> AUG 2001	Respondent's Rejoinder Memorial (Damages Phase)  B Details
<b>18</b> SEP 2001	Submission of the United States of America  B Details
<b>21</b> OCT 2002	Second Partial Award  B Details
<b>4</b> NOV 2002	Investor's Submission on Costs  B Details
<b>4</b> NOV 2002	Respondent's Memorial on Costs  B Details
<b>2</b> DEC 2002	Procedural Order No. 21 (concerning applications for correction and interpretation of the Tribunals Second Partial Award)  B Details
<b>30</b> DEC 2002	Final Award (concerning the apportionment of costs between the Disputing Parties)  B Details
<b>30</b> DEC 2002	Dissenting Opinion of Professor Bryan P. Schwartz (concerning the apportionment of costs between the Disputing Parties)  B Details
<b>13</b> JAN 2004	Reasons for Order (Review by Federal Court of Canada)  B Details

9.6 Fiche technique complète de l'affaire « Tecmedc. Mexique » (2000) + Chronologie de la procédure:



#### → Selon la base de données du CIRDI :



English

SERVICES - PROCESS -

CASES # ARBITRATORS # ICSID DOCUMENTS #

RESOURCES

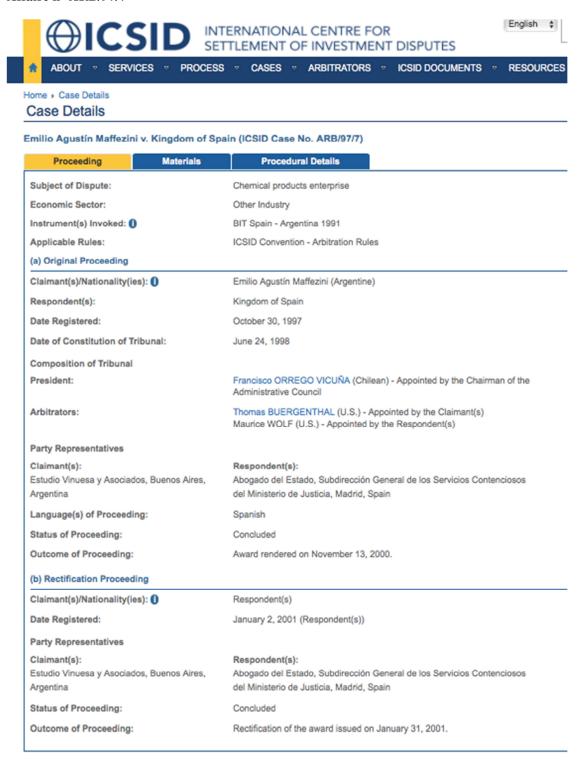
Home . Case Details

#### Case Details

#### Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2)

Proceeding	Materials	Procedural Details	
Subject of Dispute:		Waste disposal enterprise	
Economic Sector:		Water, Sanitation & Flood P	Protection
Instrument(s) Invoked: 0		BIT Spain - Mexico 1995	
Applicable Rules:		ICSID Additional Facility - A	rbitration Rules
Seat of Arbitration:		Washington, D.C.	
(a) Original Proceeding			
Claimant(s)/Nationality(ie	s): <b>()</b>	Técnicas Medioambientales	s Tecmed, S.A. (Spanish)
Respondent(s):		United Mexican States	
Date Registered:		August 28, 2000	
Date of Constitution of Tr	ibunal:	March 13, 2001	
Composition of Tribu	nal		
President:		Horacio A. GRIGERA NAÓ	N (Argentine) - Appointed by Co-Arbitrators
Arbitrators:			ROZAS (Spanish) - Appointed by the Claimant(s) lexican) - Appointed by the Respondent(s)
Initial Composition o	f Tribunal		
President:		Horacio A. GRIGERA NAÓ	N (Argentine)
Arbitrators:		José Carlos FERNÁNDEZ I Guillermo AGUILAR-ALVAR	
Reconstituted:		•	BERNAL VEREA (Mexican) appointed following the GUILAR-ALVAREZ (Mexican)
Party Representative	es		
	ella, Técnicas MED, S.A., Madrid, Spain gue Abogados, Madrid, Spain	Subsecretaria de Negociac	ultoría, Jurídica de Negociaciones Comerciales, iones Comerciales Internacionales, Secretaría de xico
Language(s) of Proceeding	ng:	Spanish	
Status of Proceeding:		Concluded	
Outcome of Proceeding:		Award rendered on May 29	, 2003.

- 9.7 Fiche technique du litige « Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne » (1997) + Chronologie de la procédure + documents publiés
- → Fiche technique de l'affaire Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne, ICSID, (1997), Affaire n° ARB/97/7<sup>331</sup>



→ Résumé de la procédure d'arbitrage de l'affaire Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne (1997) + Liste des documents de la procédure disponibles sur le site du CIRDI <sup>332</sup>:

Voir la banque de données des affaires du CIRDI en ligne : <a href="https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/7">https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/7</a>

English \$ Search t

ABOUT ♥ SERVICES ♥ PROCESS ♥

CASES ♥ ARBITRATORS ♥ ICSID DOCUMENTS ♥ RESOURCES

Home ▶ Case Details

#### Case Details

#### Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7)

Materials **Procedural Details** Proceeding

#### (a) Rectification Proceeding

#### **Published Decisions**

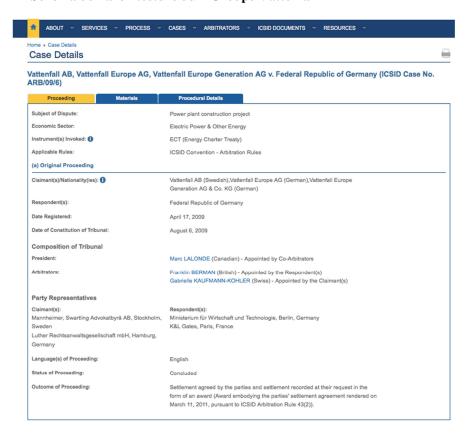
- Decision on Request for Provisional Measures of October 28, 1999, 16 ICSID Rev.—FILJ 207 (2001); 5 ICSID Rep. 387 (2002); 124 I.L.R. 6 (2003);
- Decision on Objections to Jurisdiction of January 25, 2000, 16 ICSID Rev.—FILJ 212 (2001); 5 ICSID Rep. 396 (2002); 124 I.L.R. 9 (2003);
  Award of the Tribunal of November 13, 2000, 16 ICSID Rev.—FILJ 248 (2001); 5 ICSID Rep. 419 (2002); 124 I.L.R. 35 (2003);
  Rectification of the Award of January 31, 2001, 16 ICSID Rev.—FILJ 279 (2001); 5 ICSID Rep. 440 (2002); 124 I.L.R. 58 (2003).

#### Available on the ICSID Website

- Introductory Note (October 28, 1999)
- Decision on Request for Provisional Measures (October 28, 1999) Spanish (Original); English (Translated)

- Decision on Jurisdiction (January 25, 2000) Spanish (Original) :English (Translated)
   Award of the Tribunal (November 13, 2000) Spanish (Original) ;English (Translated)
   Decision on the Rectification of the Award (January 31, 2001) Spanish (Original) ;English (Translated)

9.8 Fiche technique du litige « Vattenfall c. Allemagne » (2009) + Chronologie de la procédure + Schéma de l'architecture du « Groupe Vattenfall » 333



#### → Résumé de la procédure d'arbitrage Vattenfall c. Allemagne (ARB/09/6) :



#### → Schéma de l'architecture du « Groupe Vattenfall » 334 :

En résumé, le Groupe Vattenfall détient plusieurs filiales en Europe :

Vattenfall AB; maison-mère du « Groupe Vattenfall » établi à Stockholm, Suède.

Vattenfall Europe AG; filiale européenne de Vattenfall AB (actionnaire majoritaire, 95%), établie à Berlin, Allemagne.

Source: banque de données en ligne du **CIRDI** (Groupe Banque mondiale): https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/09/6

334 Source: « Demande d'arbitrage introduite par la Groupe Vattenfall contre la République Fédérale d'Allemagne »

Cette filiale a résulté de la fusion de 4 compagnies allemandes 'rachetées' par Vattenfall AB (devenu actionnaire majoritaire):

- Hamburgische Electricitätswerke in Hambourg (HEW): auparavant, HEW était une entreprise publique d'électricité géré par la ville d'Hambourg afin de fournir de l'électricité et du chauffage aux habitants de Hambourg. Cette centrale, établie à Moorburg, fonctionnait au gaz et au pétrole. Mais vu les prix élevés du gaz, Hambourg a mis fin a son approvisionnement via cette centrale en 2001 qui a alors été démantelée en 2004.
- Aktiengesellschaft Berlin (BEWAG)
- Verenigte Energiewerke AG (VEAG)
- Lausitzer Braunkhole AG (LAUBAG), producteur de charbon.

<u>Vattenfall Generation AG & Co KG</u>: filiale *allemande* de Vattenfall Europe AG (unique actionnaire) dont les bureaux sont établis à Cottbus en Allemagne. Cette firme gère la majeure partie des centrales électriques du Groupe Vattenfall en Allemagne. En ce sens, elle s'occupe de produire et de vendre l'électricité et de la chaleur à d'autres firmes.

#### → Liste de la documentations officielles disponibles dans la base de données www.italaw.com :

Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/09/6 (formerly Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG v. The Federal Republic of Germany)



#### Available documents



# 9.9 Carte de la ville d'Hambourg (Allemagne) présentant le zoning de Moorbourg où Vattenfall avait l'intention de construire sa centrale à charbon.



 $Source: Google maps.com \ (\underline{https://www.google.de/maps}\ )$ 

9.10 Fiche technique du litige « Charanne B.V. et Construction Investments S.A.R.L. c. Royaume d'Espagne » (2012) + Documentation disponible

→ Référence du litige : Arbitration n° : 062/2012 Référence lien URL : http://www.italaw.com/cases/2082



### Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC



#### Available documents



#### 9.11 Sept demandes d'arbitrage contre l'Espagne suite à l'arrêt de son soutien au secteur PV

Ce tableau résume les informations clés des litiges auxquels l'Espagne a du faire face suite à la modification puis suite à l'arrêt de sa politique de soutien au secteur des panneaux solaires (photovoltaïque et thermiques). Les différentes colonnes du tableau présente les informations suivantes :

Nom de	Règles	Date	Instrument	Cabinet	Cabinet	Nom des 3	Montant de	Type de
l'investis-	d'arbitrage d'	d'intro. de	juridique	d'avocats	d'avocats	arbitres	l'indemnité	panneaux
seur	application	la demande	invoqué	représentant	représentant	formant le	réclamée par	solaires
		d'arbitrage	(base légale)	l'investisseur	l'Espagne	tribunal	l'investisseur	
						arbitral		

#### Investor-State cases against Spain relating to renewable energy subsidies Law firm Case Court/Rules Date of Treaty Law firm **Arbitrators** Claim Sector representing lawsuit representing for the investor the State 15 PV **UNCITRAL** rules Nov Energy Allen & Overy Herbert Smith Gabrielle 600 milsolar PV investors<sup>23</sup> (United Nations 2011 Charter Freehills Kaufman-Kohler lion euros Commission Treaty (chair) on International Charles N. Brower Trade Law) (investor nominee) Bernardo Sepulveda-Amor (State's nominee) Charanne May Bird & Bird Herbert Smith Stockholm Energy Alexis Mourre 17 million solar PV Chamber of 2012 Charter Freehills (chair) euros Construction Commerce Treaty Guido Tawil (in-Shearman Investments (SCC) vestor nominee) & Sterling Claus von Wobeser (State's nominee) Bird & Bird Isolux Stockholm 2013 Energy N/A N/A N/A solar PV Infrastructure Chamber of Charter Netherlands Commerce (SCC) Treaty Energy Abengoa / Allen & Overy N/A Brigitte Stern 60 million International June solar **CSP Equity** Court in The 2013 Charter (investor nominee) euros Investment Hague/Stockholm Treaty per year Chamber of until the Others unknown Commerce (SCC) dispute is resolved<sup>24</sup> rules RREEF ICSID -22 Nov Energy Allen & Overy N/A N/A N/A solar International Centre 2013 Charter thermal (now renamed Deutsche for Settlement of Treaty Asset & Wealth Disputes (Case No. Management) ARB/13/30) Antin ICSID -22 Nov Energy Allen & Overy N/A N/A N/A solar International Centre 2013 Charter thermal for Settlement of Treaty Disputes (Case No. ARB/13/31) Eiser ICSID -23 Dec Allen & Overy N/A N/A Energy N/A Solar Infrastructure International Centre 2013 Charter Thermal for Settlement of Treaty Disputes (Case No. ARB/13/36)

Source: CEO, « Profiting from Crisis. How corporations and Lawyers are scavenging profits from E crisis countries », CEO-TNI, mars 2014, p. 28.

Ce tableau présente plus en détails le profil des investisseurs qui ont initié une procédure RDIE contre l'Espagne. Les colonnes de ce tableau présentent les informations suivantes :

Nom abrégé du	Nom de	Origine de	Type	Autres	Date de la
litige + forum	l'investisseur	l'investisseur	d'investisseur	investisseurs	réalisation de
d'encadrement			(secteur	impliqués	1'investissement
du litige			d'activité)		
(Règles					
d'arbitrage)					

ase	Company suing Spain	Where is the investor registered?	Type of investor	Other investors involved?	When did it invest in solar energy in Spain?
V nvestors UNCITRAL)	Ampere Equity Fund	Netherlands	etherlands Private equity fund Triodos Bank, Dutch pension funds APG and PGGM, Delta Lloyd Bank and Rabobank		2009, 2010
	NIBC Infrastruc- ture Partners	Benelux	Infrastructure Investment fund	Benelux based pension funds and financial institutions	2010
	European Energy	Denmark	Developer of renew- able energy farms	-	2007, 2008, 2010, 2012
	Foresight Group	UK/ltaly/US	Infrastructure and private equity investment	UK and international private and high net-worth individuals, family offices, pension funds and other institutional investors	2009, 2010
	Element Power	US/UK	Renewable energy developer	Owned by Private equity firm Hudson Clean Energy Partners	2008, 2009
	Eoxis Energy	UK	Renewable energy developer	Owned by private equity Platina	2009, 2010-2011
	Green Power Partners	Denmark	Private equity fund	Proark group (a Danish private investment firm) and AP Pension, PensionDanmark and PBU (three Danish pension providers)	2009
	GWM-Lux Energia Solar	Luxembourg	Wealth manage- ment company	Greentech Energy Systems	2010
	HgCapital	UK/Germany	Private equity investment fund	Private and public pension funds, endowments, insurance companies and fund of funds	2008, 2009, 2010
	Hudson Clean Energy	US/UK	Private equity firm	Invested through Element Power	2008, 2009, 2010
	Scan Energy	Denmark	Independent power producer that focuses on renewable energy sources in Europe.	Since 2012, a subsidiary of wealth management company Kaiser wetter Invest GmbH	2008
	Impax Asset Management	UK	Asset Management firm	Institutional and high net worth investors globally	2007-08
	KGAL GmbH & Co KG	Germany	Investment company	Owned by Francis Louvard 8 Gregory Ingram (90%) and Commerzbank, BayernLB, HASPA Finanzholding and Sal. Oppenheim (10%)	2008, 2010, 2011
	AES Solar	US/France/ Italy	Owners and opera- tors of utility-scale, solar PV power plants	Owned by AES Corporation and private equity firm Riverstone Holdings	2008, 2009

Source: CEO, 2014, op.cit., p. 32.

Suite du tableau de la page précédente :

Case	Company suing Spain	Where is the investor registered?	Type of investor	Other investors involved?	When did it invest in solar energy in Spain?
Case Charanne (SCC)	Charanne	Netherlands	Investment vehicle owned by Spanish investor	Spanish businessmen Luis Delso and José Gomis	2009, 2010
	Construction Investments	Luxembourg	Investment vehicle owned by Spanish investor	Spanish businessmen Luis Delso and José Gomis	2007, 2008, 2009, 2010
Case CSP Equity Investment (SCC)	CSP Equity Investment/ Abengoa	Luxembourg	Equity investment fund	Owned by Abengoa (Spanish company)	2009, 2010
Case RREEF (ICSID)	RREEF Infrastructure (G.P.) Limited (now renamed Deutsche Asset 8 Wealth Management)	UK	Private equity fund	Deutsche Bank	2011
Case Antin (ICSID)	Antin Infrastructure Partners	France	Private equity fund	BNP Paribas	2011
Case Eiser Infrastructure (ICSID)	Eiser Infrastructure Partners	UK	Private equity firm	Insurance companies, pension funds and other financial institu- tions in Europe and Japan	2007, 2011
Case Isolux (SCC)	Isolux Infrastructure Netherlands	Netherlands	Investment vehicle owned by Spanish investors	Isolux Corsan Concesiones and Infra-PSP Canada (Canadian pension fund)	2012

Source: CEO, 2014, op.cit., p. 33.

Pour information, à ce jour, le litige « Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne » est un des deux litiges qui ont connu une issue (dans ce cas-ci en faveur de l'Espagne : rejet de l'entièreté des demandes d'indemnisations de l'investisseur) suite à la sentence arbitrale prononcée le 21 janvier 2016 (cfr référence et fiche technique du litige en annexe 10.10).

La deuxième affaires ayant abouti récemment (en faveur de l'investisseur cette fois-ci!) est le litige *Eiser Construction Limited & Energia Solar Luxembourgc. Royaume d'Espagne (2017).*Référence du litige:

Voir le « Final award » du litige "Eiser Infrastructure Limited & Energía Solar Luxembourg S.A.R.L. v. Kingdom of Spain" (2013), ICSID Case  $N^{\circ}$  ARB/13/36 : Documentation de ce litige sur www.italaw.com: https://www.italaw.com/cases/5721

→ Voir les commentaires relatifs à ce litiges au point 5.4 dans le corps du mémoire

#### 9.12 La fin des primes CV du Gouvernement wallon et le rejet des recours par le Conseil d'État

En 2005-2007, le gouvernement de la Région wallonne (en Belgique) a aussi instauré une politique de soutien à l'installation de panneaux PV. Mais suite à la crise financière de 2008 et au succès difficile à prévoir de cette politique, le Gouvernement wallon s'est retrouvé dans de grandes difficultés pour financer une telle politique. C'est pourquoi, ce gouvernement a décidé de réduire la durée (de 15 ans à 10 ans) durant laquelle ces certificats verts<sup>335</sup> pouvaient être octroyés.

Mais cette décision a été contestée (via un recours devant le Conseil d'État) par des particuliers voyant dans cette mesure un traitement injuste et inéquitable qui mettait à mal leurs investissements dans ces panneaux PV.

Arrêts du Conseil d'État de Belgique, « <u>Rejet des recours concernant les panneaux solaires en Wallonie</u> », 30/03/2017.

« Par les arrêts n° 237.860 et n° 237.861 du 30 mars 2017, le Conseil d'État de la Belgique a rejeté les recours introduits contre les arrêtés wallons qui réduisent de 15 à 10 années la période pendant laquelle les propriétaires d'installations photovoltaïques de moins de 10 kW datant d'avant le 1er décembre 2011 peuvent obtenir des certificats verts. Ces arrêts jugent que la mesure n'est ni rétroactive, ni injustifiée, ni disproportionnée, quand bien même elle a pour origine une mauvaise évaluation du succès que ces installations, encouragées par l'attribution de certificats verts, allaient rencontrer. Selon le Conseil d'État, une réglementation qui crée des droits n'est pas intangible et les espérances qu'elle a légitimement fait naître ne sont pas pour autant des droits acquis ».

Il est donc heureux que le gouvernement wallon ait à l'époque réservé ses primes d'installation à des particuliers et que, par conséquent, des investisseurs étrangers n'aient pas pu attaquer le gouvernement wallon (en fait l'État belge) en raison de la modification de sa politique de soutien à l'installation de panneaux PV. Car s'ils l'avaient fait en invoquant par exemple le TCE ou un autre TBI, ces litiges auraient peut-être connu une autre issue que le cas de l'Espagne et qui n'aurait pas fait les affaires de l'État belge.

130

<sup>&</sup>lt;sup>335</sup> Les « certificats verts » sont une le nom de la rémunération via laquelle le gouvernement wallon s'est engagé à rétribuer les 'prosumers' wallons. C'est donc une sorte de 'Feed-in-Tariff' à la belge.

### 9.13 Tableaux synthétique des litiges analysés en détails et commentés dans ce mémoire

	Investisseur c. Etat	URL vers DB	Date intro. de demande d'arbitrge:	Date de sentence arbitrale:	Issue en faveur de:	Instrument juridique invoqué:	Règles d'Arbitrage:	# doc. dans DB:
Amérique	Ethyl Corp c. Canada	https:/	1996		Settlement/ invest	ALENA	CNUDCI	6
du Nord	Metalclad c. Mexique	https:/	1997	août 2000	invest	ALENA	CIRDI	18
	SD Myers c. Canada	https:/	1998	déc 2002	invest	ALENA	CNUDCI	36
	Tecmed c. Mexique	https:/	2000	2003	invest	TBI Espagne- M exique	CIRDI	9
	Methanex c. Etats-Unis	https:/	1999	2005	Etat	ALENA	CNUDCI	15
	Glamis Gold Ltd c. Etats-Unis	https:/	2003	juin 2009	Etat	ALENA	CNUDCI/CIRDI	22
	Clayton/Bilcon c. Canada	https:/	2009	2015	Invest	ALENA	CNUDCI/CPA	54
	Chemtura Corp. c. Canada	https:/	2002/2005	août 2010	Etat	ALENA	CNUDCI	23
	Windstream Energy LLC c. Canada	https:/	2013	sept 2016	invest	ALENA	CNUDCI	33
	Lone Pine Ressources c. Canada	https:/	2013	pending		ALENA	CNUDCI	11
	Transcanada c. Etats-Unis	https:/	2016	2017	Settlement/	ALENA	CIRDI	5
	Italiscanada C. Etats-Onis		2010	2017	invest	ALLIVA	CINDI	
Union europé-	Maffezini c. Espagne	https:/	1997	2001	invest	TBIEspagne- Argentine	CIRDI	5
enne	Vattenfall c. Allemagne	https:/	2009	2011	Settlement/ invest	TCE	CIRDI	2
	Charanne & Construction Invest. c.	https:/	2012	janv. 2016	Etat	TCE	SCC	2
	Blusun-Lecorcier-Stein c. Italie	https:/	2014	déc. 2016	Etat*	TCE	SCC	3
	Eiser Infrastructure-Energia Solar Lu	https:/	2013	mai 2017	Invest	TCE	CIRDI	1
	AES Solar and Others v. Spain + cfr annexe 12 pour les 15 autres litiges impliquant l'Espagne et dont la plupart n'a pas encore été tranchée:	https: //ww w.itala w.com	2011	pending		TCE	CNUDCI	1
	Antaris Solar GmbH and othersc. Répub. Tchèque	https: //ww w.itala	2013	pending		TCE	CNUDCI	1
	Voltaic Network GmbH c. Répub. Tchèque	https: //ww w.itala	2013	pending		TBIAllemagne- Répub. Tchèque	CNUDCI	0
	Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH c. Répub. Tchèque	http:// www. menac	2013	pending		TCE	CNUDCI	0
	Natland Invest. Group N.V., G.I.H.G. Limited, Radiance Energy Holding S.à.r.l. c. Répub. Tchèque	http:// www. menac	2013	pending		TCE	CNUDCI	0
	WA Investments-Europa Nova Limited c. Répub. Tchèque	http:// www. menac	2013	pending		TCE	CNUDCI	0
	Mr. Jürgen Wirtgen, Mr. Stefan Wirtgen, JSW Solar (zwei) c. Répub. Tchèque	http:// www. menac	2013	pending		TCE	CNUDCI	0
	Elektrogospodarstvo Slovenije – razvoj ininzeniring doo c. Bosnie & Herzegovine	https: //icsid .world	2014	pending		TCE	CIRDI	0
	ALPIQ v. Romania	https: //icsid .world	2014	pending		TCE	CIRDI	0
	Rockhopper Exploration c. Italie	https:	2017	pending		TCE	?	1
Légende	Litige 'classique' analysé en détail	dans	chap. 4 ou 5 po	rtant sur une pra	atique/ un inv	estissement	'polluant'	
	Litige 'classique' commenté dans c	hap. 4	1 ou 5 portant su	r une pratique/	un investisse	ment 'pollua	nt'	
	Litige 'vert' analysé en détail dans	chap.	4 ou 5 portant s	ur un investisse	ment durable	(énergies ve	rtes)	

#### 9.14 Ebauches de réponse aux 6 questions de recherche secondaires:

Rappel des 6 questions de recherche secondaire:

- A. quelles conditions une mesure environnementale peut-elle ou doit-elle être considérée comme non-conforme aux obligations des États en vertu des Accords Internationaux d'Investissements (AII) qu'ils ont signés ?
- B. Les tribunaux arbitraux disposent-ils d'une marge de manœuvre plus ou moins large pour interpréter et caractériser les mesures environnementales contestées par les investisseurs ? Les sentences arbitrales qu'ils prononcent sont-elles cohérentes entre elles et au fil du temps ?
- C. Peut-on constater une différence au niveau du raisonnement suivi par les tribunaux arbitraux (et au niveau du verdict prononcé par ceux-ci) lors du règlement d'un litige portant sur une mesure environnementale adoptée par un <u>État européen</u> ou par un <u>État nord-américain</u>?
- D. Remarque-t-on une différence concernant le type de mesure environnementale contestée par les investisseurs selon la période considérée ?
- E. Dans quelle mesure les réglementations environnementales contestées ont-elles plutôt été rendues en faveur des États ou des investisseurs ?
- F. Peut-on constater une amélioration des procédures et de la publicité de la documentation officielle des litiges portant sur des mesures environnementales?
- A. On a vu que Sabrina Robert-Cuendet (2010) a présenté en détail dans sa thèse de doctorat quand une mesure doit être assimilée à une expropriation indirecte qui nécessite une indemnité. Elle explique en détail quand et pourquoi une mesure environnementale (comme toute loi ou acte administratif) peut ou doit être considérée comme non-conforme aux clauses de promotion et protection des investissements des AII. En résumé, c'est quand ces mesures/ actes/ lois sont considéré par les tribunaux arbitraux comme déraisonnables, disproportionnés, illégitimes, injustes, inéquitables, arbitraires, abusives et/ou discriminatoires.
- **B.** et C. Oui, les tribunaux disposent d'une réel marge de manœuvre pour interpréter la conformité d'une mesure réglementaire, surtout dans les années 1990 et 2000, un peu moins maintenant. Mais notre impression au terme de cette analyse est qu'au fil du temps la cohérence entre les sentences arbitrales s'améliore et que les tribunaux font de moins en moins preuve de subjectivité dans les sentences arbitrales qu'ils prononcent. Celles-ci semblent plus complètes, plus compréhensibles (par un lecteur lambda en tous cas) même si le jargon juridique reste très technique.
- **D.** Oui, c'est pourquoi nous avons développé l'expression litiges 'classiques' propre à la période avant 2010. Dans le cas des litiges 'classiques', les investisseurs attaquaient surtout un refus d'octroi de permis ou une réglementation qui visait à protéger l'environnement à proprement dit. A partir des années 2010, on constate une forte augmentation des litiges 'verts' initiés par des investisseurs qui contestent surtout la fin d'une mesure environnementale.
- E. Voir le tableaux récapitulatif (annexe 14): sur les 14 litiges environnementaux tranchés à la fin mai 2017, 9 d'entre eux ont fait l'objet d'une sentence arbitrale en faveur de l'investisseur ou s'est réglé à l'amiable (en faveur de l'investisseur); 5 de ces litiges ont été tranchés en faveur des États. Cela correspond approximativement aux tendances présentées en annexe 4 (point 2.4).
- **F.** Cette question n'étant pas au coeur de notre analyse, notre recherche ne permet pas vraiment de répondre à cette question. Les chiffres du tableau récapitulatif (annexe 14, dernière colonne) montrent une forte variabilité à travers le temps. Et il serait imprudent de dégager des tendances au fil du temps car on peut supposer que la documentation est d'autant plus facilement rendue publique une fois que le litige a été tranché, et moyennant parfois le noircissement de certains passages délicats que les parties souhaitent garder confidentielles. Mais si ce tableau est une sorte de *snapshot* à la fin mai 2017, nous ne sommes pas en mesure de dire quelle quantité de documents étaient disponible en début de procédure des litiges initiés en 1999 ou 2005.

Aussi, notons que cet indicateur (Nbr de documents accessibles publiquement dans les bases de données du CIRDI ou d'Italaw) est loin d'être optimal pour renseigner la transparence des procédures et la publicité de la documentation officielle car un document X peu pertinent (ex : transcription de 3 p. de l'audition n°11) n'a évidemment pas la même valeur informationnelle qu'un document Y s'il s'agit d'une *Request of Arbitration* ou d'un *Final Award* qui stipule la décision finale du tribunal et le montant de l'indemnité à payer. On remarque néanmoins que lorsque la documentation d'un litige est abondante, en général, les deux documents principaux (*Notice of Arbitration* et *Final Award*) sont quasiment toujours rendus publics également.

#### 9.15 Les 11 principales caractéristiques du Système Juridictionnel d'Investissement (SJI)

- Ce SJI comprendra un Tribunal de première instance et une Cour d'appel.
- Les membres de ces deux tribunaux seront désignés par le 'Comité de haut niveau bilatéral conjoint du CETA' pour un mandat renouvelable de 5 ans. Les membres de ces tribunaux ne seront donc plus rémunérés au cas par cas comme dans le mécanisme RDIE classique.
- Sur les 15 membres de ces deux tribunaux ; 5 membres seront originaires du Canada ; 5 membres seront originaires de l'UE et les 5 autres seront originaires d'États-Tiers.
- Les qualifications nécessaires pour désigner ces membres seront similaires à celles requises pour la désignation des magistrats d'autres Cours internationales. Ils ne seront pas autorisés à exercer comme avocat dans d'autres affaires parallèlement à leur mandat au SJI.
- Les litiges seront régler par des 'équipes arbitrales' de 3 membres : 2 d'entre eux seront respectivement originaires du Canada et de l'UE; et l'arbitre président de l' 'équipe arbitrale' sera issu d'un État-tiers.
- Les 3 membres de ces 'équipes arbitrales' seront officiellement désignés par le Président du SJI mais ceux-ci seront en fait sélectionnés sur base d'un système de rotation imprévisible qui doit encore être spécifié.
- Le SJI intégrera les règles de transparence de la CNUDCI adoptées en 2013 (cfr point 6.2 du mémoire)
- Le SJI prévoit de permettre l'intervention d'un 'acteur concerné par le litige en question' <sup>336</sup> et la transmission d'une lettre *amicus curiae* d'une ONG, d'une institution régionale, nationale ou d'une organisation internationale <sup>337</sup>.
- Les jugements rendus par le Tribunal de première instance pourront être contestés en appel devant une Cour d'appel dans les 90 jours suivant leur publication.
- Le système d'appel élargit les motifs d'annulation prévus dans la Convention du CIRDI comprenant désormais la possibilité de rectifier les erreurs légales et les erreurs manifestes relatives à l'appréciation des faits. En cas d'erreurs manifestes et rectifiées, la Cour d'appel pourra modifier ou annuler le jugement.
- Si la Cour d'appel considère la demande d'appel infondée, le jugement du Tribunal sera considéré définitif.

Dans le « World Investment Report 2016 », la CNUCED synthétise les objectifs, avancées et défis relatifs à ce nouvel ICS de la sorte:

<sup>337</sup> Contrairement à ce que August Reinisch affirme dans son article, Gus Van Harten prévient que cette disposition existait bien dans la proposition de mécanisme RDIE de l'UE datant de <u>novembre 2015</u>. Mais apparemment, selon Gus Van Harten, cette clause intéressante a été abandonnée dans le texte officiel présentant le SJI en <u>février 2016</u>. Cfr point 6.3 du mémoire.

<sup>&</sup>lt;sup>336</sup> C'est-à-dire toute personne physique ou morale qui peut démontrer un intérêt direct et actuel dans le litige et la résolution de celui-ci.

#### Box III.6.

#### A new Investment Court System (ICS)

In 2015, the EU set out its new approach to substantive IIA clauses and ISDS. A key feature of this new approach is the establishment in all EU trade and investment agreements of a new Investment Court System (ICS), consisting of a first instance tribunal and an appeal tribunal, both composed of individuals appointed as "judges" by the contracting parties and subject to strict ethical standards.

This new approach has since been implemented with some slight variations, in the EU–Viet Nam FTA (for which negotiations were concluded in December 2015), and in the CETA (February 2016 text emanating from the legal review, following the conclusion of negotiations in 2014). The proposal has also been submitted by the EU to the negotiations for the TTIP (November 2015) and is part of ongoing EU negotiations with a number of other countries.

The ICS proposal is designed to

- Improve legitimacy and impartiality, by establishing in each EU trade and investment agreement an institutionalized dispute settlement system with independent and permanent judges
- Enhance the consistency and predictability of law, including by introducing an appeals facility, with the power to review with an eye to
  annul and/or correct a first-instance decision, on the basis of errors in the application or interpretation of applicable law, manifest errors
  in the appreciation of the facts, or ICSID grounds for annulment

Some critics note, however, that the ICS maintains a number of aspects of the current ISDS system and does not go far enough in addressing ISDS-related concerns. Others point to a number of potential challenges:

- Procedural challenges, such as those relating to efficiency, ease of access, and choice, appointment and remuneration of judges
- Systemic challenges, such as those relating to interpretative coherence
- Development challenges, e.g. how to ensure that "rule-taking" States are not overburdened by multiple coexisting dispute settlement mechanisms such as ICS and ISDS in their IIAs

The ICS is an important ISDS reform option that represents a critical step towards improving the dispute settlement system. Although it addresses a number of key concerns about ISDS, for the ICS to become fully operational and effective, a number of procedural and systemic challenges will need to be overcome.

Moreover, as part of its overall policy approach, the EU has also proposed to pursue with interested countries the establishment of a future Multilateral Investment Court to replace the existing ISDS mechanisms in current and future IIAs. The objective would be to address systemic challenges resulting from the current coexistence of multiple dispute settlement systems, such as interpretative coherence across IIAs, issues of cost efficiency and the legitimacy of the investment dispute settlement system.

Source: @UNCTAD, based on UNCTAD (2016) as well as the September 2015 EU Internal Proposal, the November 2015 EU TTIP Proposal to the United States, the February 2016 EU-Viet Nam FTA text and the February 2016 CETA (revised) text.

Source: UNCTAD, 2017, p. 129.

#### Sources de cette annexe 15:

Baetens Freya, "The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges", in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 43, Issue 4, 2016, p. 367–384.

EFILA, "<u>Task Force Paper regarding the proposed International Court System (ICS)</u>", European Federation for Investment Law and Arbitration, article collectif, 01/02/2016, 61 p.

Titi Catharine, "The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead", in *Transnational Dispute Management*, Advanced publication, 25 May 2016, 44 p.

Reinisch August, "Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? - The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration", in *Journal of International Economic Law*, Oxford, décembre 2016; voir chapitre II "An outline of the envisaged ICS", p. 2 à 5.

UNCTAD, "World Investment Report 2016: Investor Nationality. Policy Challenges", 2017, p. 129