

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

*Par Julien Fouret**
*et Dany Khayat***

Durant l'année 2002, huit décisions ont été rendues utilisant les mécanismes du CIRDI, que ce soit la *Convention de Washington* ou le Mécanisme supplémentaire.

Nous vous proposons donc une analyse complète de ces huit décisions qui contribuent à renforcer le droit en matière de protection et de garantie des investissements.

I. *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte*¹

*Composition du Comité ad hoc : M. Konstantinos D. Kerameus, Président;
Andreas Bucher et Francisco Orrego Vicuña.*

Le 5 février 2002, un Comité *ad hoc* constitué en application de l'article 52 de la *Convention de Washington* a rendu une importante décision dans l'affaire *Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Égypte*².

Au terme d'une procédure relativement rapide -la décision a été rendue à peine plus d'un an après l'enregistrement de la requête en annulation par le secrétariat du CIRDI, le 24 janvier 2001-, le Comité *ad hoc* a rejeté la requête formée par la République arabe d'Égypte (Égypte) à l'encontre de la sentence arbitrale rendue le 8 décembre 2000 par un Tribunal constitué de Messieurs M. Leigh, Président, I. Fadlallah et D. Wallace Jr³ (Tribunal).

Les faits ayant mené à la procédure initiée devant le CIRDI trouvent leur origine dans un différend entre Wena Hotels Ltd. (Wena), une société constituée au Royaume-Uni, et une société publique égyptienne relatif aux contrats de bail à long

* Assistant d'enseignement et étudiant en LL.M., Institut de Droit Comparé, Faculté de Droit – Université McGill; Maîtrise et D.E.J.A. II (Université Paris X – Nanterre); D.E.A. Droit des relations économiques internationales et communautaires (Université Paris X – Nanterre).

** Avocat au Barreau de Paris, Shearman & Sterling LLP (Paris). Diplômé de l'Institut d'Études Politiques de Paris; Maîtrise (Université Panthéon-Sorbonne – Paris I); D.E.A Droit international (Paris II).

¹ 5 février 2002, Décision du Comité ad hoc, Affaire No. ARB/98/4, 41 ILM 933, traduite en français au 130 JDI 167.

² *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte* [2002], Décision du Comité *ad hoc*, Affaire No. ARB/98/4, 41 ILM 933, traduite en français - avec les observations d'Emmanuel Gaillard - au 130 JDI 167, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements). Dans ce commentaire, les citations de cette décision proviennent de la traduction en français d'Emmanuel Gaillard au *Journal du droit international*. Le lecteur peut se référer aisément à la version originale en langue anglaise publiée dans les *International Legal Materials* grâce aux numéros de paragraphe.

³ *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte* (2000), 41 ILM 896, Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI). Une décision sur la compétence du 29 juin 1999 avait précédé la sentence. Elle est également publiée à 41 ILM 881.

terme de deux hôtels exploités par Wena au Caire et à Louxor. Ces deux hôtels ont été saisis une première fois en 1991 avant d'être rendus à Wena en 1992. En 1995, Wena était à nouveau expulsé du Nile Hotel au Caire, avant que l'hôtel situé à Louxor ne soit placé sous administration judiciaire en 1997. Une procédure d'arbitrage locale s'en est suivie. À l'issue de celle-ci, Wena a attiré l'Égypte devant un Tribunal constitué en application des règles du CIRDI pour obtenir réparation de son préjudice sur le fondement de l'*Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements* signé le 11 juin 1975 entre l'Égypte et le Royaume-Uni (BIT). Dans la sentence du 8 décembre 2000, le Tribunal avait condamné l'Égypte à payer à Wena plus de 20 millions de dollars principalement en réparation du préjudice subi par cette dernière en raison des manquements de l'Égypte aux dispositions du BIT. Le Tribunal a jugé que l'Égypte avait « violé ses obligations envers Wena en n'accordant pas à ses investissements en Égypte un traitement juste et équitable et une protection et sécurité pleine et entière » et que les mesures prises par cet État « étaient équivalentes à une expropriation sans indemnité prompte, adéquate et effectivement réalisable » en violation du BIT⁴.

L'Égypte saisit alors le secrétariat du CIRDI d'une requête en annulation de la sentence du 8 décembre 2000 pour « excès de pouvoir manifeste » (article 52(1)(b)), « inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure » (article 52(1)(d)) et « défaut de motifs » (article 52(1)(e)), soit trois des cinq chefs d'annulation énumérés à l'article 52(1) de la *Convention*. L'ensemble de ces demandes a été rejeté par le Comité *ad hoc*.

La décision du Comité *ad hoc* a tout d'abord un intérêt historique dans le système de règlement des différends mis en place par la *Convention de Washington*. Il s'agit en effet de la première décision d'un Comité *ad hoc* rejetant une requête en annulation initiale. Les décisions des deuxièmes comités *ad hoc* constitués dans les affaires *Klöckner c. Cameroun* et *Amco c. Indonésie*, respectivement le 4 juin 1990⁵ et 17 décembre 1992⁶, avaient en effet rejeté les requêtes en annulation formées dans ces affaires, mais celles-ci étaient intervenues alors qu'un premier Comité *ad hoc* avait, dans chaque affaire, prononcé une première fois l'annulation des sentences sur le fond⁷. Ces premières décisions de comités *ad hoc* avaient été largement critiquées en doctrine. Il leur était reproché de confondre recours en annulation et procédure

⁴ *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte* (2000), *supra* note 2 aux para. 134-135.

⁵ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* [1990], Affaire No. ARB/81/2, Décision du Comité *ad hoc*, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) [Non publiée].

⁶ *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie* [1992], Affaire No. ARB/81/1, Décision du Comité *ad hoc*, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) [Non publiée].

⁷ Les sentences annulées sont celles du 21 octobre 1983 dans l'affaire *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* [1983], 2 ICSID Rep. 9 (1994), (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et celle du 20 novembre 1984 dans l'affaire *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie* (1984), 1 ICSID Rep. 413, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements); et extraits traduits en langue française à 114 J.D.I. 145 avec les observations d'Emmanuel Gaillard.

d'appel en procédant à une quasi-réformation des sentences sur le fond⁸. Quant à la décision du Comité *ad hoc* ayant annulé la sentence rendue dans l'affaire *MINE c. Guinée*⁹, celle-ci n'avait pas désamorcé les critiques : la sentence annulée était elle-même trop déficiente pour que la décision d'annulation puisse être citée en exemple. L'efficacité de l'ensemble du système de règlement des différends mis en place par la *Convention de Washington*, et en particulier sa procédure d'annulation « interne » unique en son genre en matière d'arbitrage international, avait alors été remis en cause¹⁰. La décision parfaitement motivée et structurée rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena c. Égypte* va sans doute atténuer ces critiques¹¹.

Mais c'est surtout sur le fond que la décision rendue par le Comité *ad hoc* devrait marquer la jurisprudence du CIRDI. Celui-ci prend en effet position d'une façon remarquable sur la question de l'application du droit international dans une procédure fondée sur un BIT (**B**), après avoir clarifié avec autorité les motifs d'annulation énumérés à l'article 52 de la *Convention de Washington* (**A**).

A. Une explication de texte didactique de l'article 52(1)

Le Comité *ad hoc* rejette la demande d'annulation présentée par l'Égypte en assortissant sa décision sur chacun des motifs d'annulation d'explications et commentaires détaillés.

1. Le grief de l'excès de pouvoir manifeste

C'est en premier lieu le grief d'excès de pouvoir manifeste de la part du Tribunal (Article 52(1)(b)) qui est écarté par le Comité *ad hoc*. Comme nous le verrons plus en détail ci-dessous¹², l'Égypte alléguait que le Tribunal n'avait pas

⁸ Voir, parmi de nombreux commentaires, Christopher T. Curtis, « Amco v. Indonesia » [1989], 83 A.J.I.L.106; Emmanuel Gaillard, « Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.): chronique des sentences arbitrales » (1987), 114 J.D.I. 184; Jan Paulsson, « ICSID's Achievements and Prospects » (1991), 6 ICSID Rev. – Foreign Inv't L.J. 380; Patrick Rambaud, « De la compétence du tribunal CIRDI saisi après une décision d'annulation » (1988) 34 A.F.D.I. 209. À comparer avec Ahmed S. El Kosheri, « The Klöckner Case and the Finality of ICSID Arbitral Awards », dans *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday* 103 (1998).

⁹ *Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée* [1989], Décision du Comité *ad hoc*, Affaire No. ARB/84/4, 4 ICSID Rep. 79, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et traduction française d'extraits de la décision au 118 J.D.I. 166 (1991) avec les observations d'Emmanuel Gaillard.

¹⁰ Voir, par exemple, Lawrence W. Craig, « Uses and Abuses of Appeals from Awards », [1988] 4 Arb. Int'l 174; Georges R. Delaume, « The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments » [1989], 5 Arb. Int'l 21; Alan Redfern, « ICSID - Loosing its Appeal? » [1987], 3 Arb. Int'l 98; W. Michael Reisman, « The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration » [1989], 1989 Duke L. J. 739. À comparer avec Aron Broches, « Observations on the Finality of ICSID Awards » [1991], 6 ICSID Rev. - Foreign Inv't L.J. 321.

¹¹ Voir Emmanuel Gaillard, « Landmark in ICSID Arbitration: Committee Decision in *Wena Hotels* » (04/04/2002) N.Y.L.J. 3.

¹² Voir *infra*, au II.

appliqué le droit égyptien alors que les parties l'avaient choisi, contrairement aux dispositions de l'article 42(1) de la *Convention de Washington*.

La non application de la loi compétente constitue, comme l'ont constaté les décisions des comités *ad hoc* ayant statué dans les affaires Klöckner¹³, Amco¹⁴ et MINE¹⁵, un grief susceptible d'être soulevé au titre de l'excès de pouvoir manifeste. La doctrine avait également confirmé cette possibilité¹⁶. Toutefois, le Comité *ad hoc* pose, en l'espèce, les limites d'un tel grief en rappelant la distinction posée dans la décision d'annulation dans l'affaire *Klöckner c. Cameroun* entre « le défaut d'application du droit normalement applicable et l'*error in iudicando* effectuée [...], ainsi qu'à la nécessité qui en résulte d'éviter une réouverture des débats au fond ayant pour effet de transformer la procédure d'annulation en procédure d'appel »¹⁷. Il s'agit, comme l'indique la décision d'annulation dans l'affaire *MINE c. Guinée*, d'éviter de considérer qu'une « mauvaise » application des règles de droit vaut motif d'annulation, même si cette application est « manifestement injustifiée »¹⁸.

C'est en se fondant sur ces principes que le Comité *ad hoc* rejette les prétentions égyptiennes relatives à un excès de pouvoir manifeste du Tribunal au regard de l'application d'intérêts composés¹⁹, des droits de l'investisseur découlant des contrats de bail²⁰ et de la validité de ceux-ci²¹.

2. Le grief de l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure

Les griefs égyptiens fondés sur l'article 52(1)(d) de la *Convention de Washington* sont également rejetés après une explication tout aussi claire des principes posés par cet article selon laquelle l'annulation de la sentence peut être prononcée en cas d' « inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ».

¹³ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* [1985], Affaire No. ARB/81/2, Décision du Comité *ad hoc* 2 ICSID Rep. 95, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et en extraits au 114 J.D.I. 163, avec les observations d'Emmanuel Gaillard, voir spécialement le paragraphe 58 de la Décision, cité dans la décision objet du présent commentaire.

¹⁴ *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie* [1986], Affaire No. ARB/81/1, Décision du Comité *ad hoc*, 25 ILM 1439, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et en extraits au 114 J.D.I. 174, avec les observations d'Emmanuel Gaillard, voir spécialement le paragraphe 23 cité dans la décision objet du présent commentaire.

¹⁵ *Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée*, *supra* note 8 au para. 5.03, cité dans la décision objet du présent commentaire.

¹⁶ Voir Aron Broches, *supra* note 9 aux pp. 331 et s. [1991].

¹⁷ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* [1985], *supra* note 12 au para. 22.

¹⁸ *Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée*, *supra* note 8 au para. 5.04. Pour une analyse de la distinction entre annulation et appel, voir David D. Caron, « Reputation and Reality in the ICSID Annulment process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal » (1992), 7 ICSID Rev. – Foreign Inv't L.J. 21.

¹⁹ *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Egypte* (2002), *supra* note 1 aux para. 50-53. voir également *infra*, au II. B.

²⁰ *Ibid.* au para. 48.

²¹ *Ibid.* au para. 47.

Le Comité *ad hoc* reprend à son compte la définition déjà posée dans l'affaire *MINE c. Guinée* au sujet de l'article 52(1)(d). Selon la décision du Comité *ad hoc* dans cette dernière affaire, l'inobservation d'une règle fondamentale de procédure est grave lorsqu'elle est « substantial and be such as to deprive a party of the benefit or the protection which the rule was intended to provide »²² et la décision objet du présent commentaire d'indiquer que « la méconnaissance d'une telle règle doit avoir conduit le Tribunal à prendre une décision substantiellement différente de celle qu'il aurait prise s'il avait respecté ladite règle »²³. Quant au caractère fondamental de la règle de procédure en question, la décision *MINE c. Guinée* avait donné « a clear example of such a fundamental rule »²⁴ en citant l'article 18 la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international qui dispose que « [l]es parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits ».

Sans statuer sur l'allégation égyptienne selon laquelle les règles de procédure relatives au fardeau de la preuve font partie des règles fondamentales de procédure au sens de l'article 52(1)(d), le Comité *ad hoc* dans *Wena c. Égypte* se fonde sur les principes décrits ci-dessus pour rejeter l'ensemble des griefs d'annulation soulevés par l'Égypte²⁵, y compris celui selon lequel il incombe au Tribunal de demander d'office aux parties de présenter certaines preuves importantes. Pour le Comité *ad hoc* et conformément au Règlement d'arbitrage du CIRDI (Article 33), c'est aux parties de faire une demande en ce sens auprès du Tribunal²⁶.

3. Le grief du défaut de motifs

Le contrôle du défaut de motifs (Article 52(1)(e)) s'effectue, comme en ce qui concerne l'excès manifeste de pouvoir, en évitant de réviser la sentence au fond. En effet, exercé de façon trop approfondie, ce contrôle pourrait conduire le Comité *ad hoc* à « réexaminer les motifs ayant fondé la décision du Tribunal pour déterminer s'ils étaient justes ou non, convaincants ou non »²⁷, ce qui serait inacceptable. Le contrôle du défaut de motifs ne doit en effet pas concerner

the adequacy of the reasoning [which] is not an appropriate standard of review under paragraph 1(e), because it almost inevitably draws an ad hoc Committee into an examination of the substance of the tribunal's decision, in disregard of the exclusion of the remedy of appeal by Article 53 of the Convention.²⁸

²² *Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée*, *supra* note 8 au para. 5.05, cité dans la décision objet du présent commentaire au para. 58.

²³ *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte* (2002), *supra* note 1 au para. 58

²⁴ *Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée*, *supra* note 8, au para. 5.06.

²⁵ *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte* (2002), *supra* note 1, aux para. 59-74.

²⁶ *Ibid.* au para. 73.

²⁷ *Ibid.* au para. 79.

²⁸ *Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée*, *supra* note 8, au para. 5.08, cité dans la décision objet du présent commentaire au para. 77.

C'est sur ces bases que le Comité *ad hoc* parvient à reconstruire la logique des décisions prises par le Tribunal dans la sentence du 8 décembre 2000, laquelle « enables one to follow how the Tribunal proceeded from Point A to Point B, and eventually to its conclusion [...] »²⁹. En ce qui concerne la décision du Tribunal de s'abstenir de statuer sur les obligations découlant des contrats de bail, sur la détermination du montant alloué à Wena comme sur la question des intérêts ou de l'absence d'omission dans les conclusions du Tribunal, le Comité *ad hoc* ne retient aucun grief présenté par l'Égypte et considère que le Tribunal a effectivement motivé sa sentence³⁰.

B. La position du Comité *ad hoc* sur la coordination du droit de l'État d'accueil et du droit international

La décision du Comité *ad hoc* est particulièrement remarquable pour son analyse de la relation entre le droit national de l'État d'accueil et le droit international, tant en ce qui concerne la distinction de la responsabilité internationale de l'État et de celle découlant de litiges purement contractuels, que pour la détermination de la loi applicable au sens de l'article 42(1) de la *Convention de Washington*. On rappellera que celui-ci dispose que

[l]e Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière.

1. Une stricte séparation entre les litiges contractuels et les litiges relevant de l'Accord sur la protection et l'encouragement réciproque des investissements

Le Comité *ad hoc* examine la question de l'étendue respective des litiges contractuels et des litiges relevant du BIT car l'Égypte soutient que le Tribunal aurait manifestement excédé ses pouvoirs en ne retenant pas que les parties avaient effectué un choix de loi, en l'occurrence la loi égyptienne, conformément à la première phrase de l'article 42(1) de la *Convention*. Pour l'Égypte, le litige portait sur les effets des contrats de bail à long terme relatifs aux hôtels et soumis au droit égyptien. Les parties se seraient donc accordées sur cette loi pour régler leurs différends.

Le Comité *ad hoc* réfute cet argument qui aurait eu pour effet de soumettre le litige porté devant le CIRDI au droit égyptien exclusivement. En effet, s'il est indéniable que les contrats de bail sont soumis au droit égyptien, cette constatation est inopérante pour les besoins de la procédure soumise à un Tribunal constitué en application de la *Convention CIRDI*. Le Comité *ad hoc* pose clairement que le litige

²⁹ *Ibid.* au para. 5.09, cité dans la décision objet du présent commentaire au para. 77.

³⁰ *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte* (2002), *supra* note 1, aux para. 84-111.

dont était saisi le Tribunal se situe juridiquement sur un autre plan. Selon le Comité, le différend ne porte pas sur les relations entre Wena et la société publique égyptienne, son co-contractant, mais sur les obligations de l'État égyptien envers Wena, un national du Royaume-Uni, en vertu du BIT. Pour le Comité *ad hoc*, « Wena, en tant que ressortissante d'un État contractant, pouvait invoquer les dispositions du BIT pour des litiges [...] relatifs au traitement des investisseurs étrangers par l'Égypte »³¹, distinct des litiges l'opposant à la société publique égyptienne en vertu des contrats de bail.

Le Comité *ad hoc* distingue ainsi nettement les litiges et les sources de droit qui leur sont applicables en retenant que « la question faisant l'objet des contrats de bail soumis au droit égyptien est différente de la question soumise à l'arbitrage CIRDI en application du BIT ». S'agissant de litiges distincts, ils sont soumis à deux ordres juridiques différents et la loi applicable à ceux-ci n'est pas nécessairement la même. Si les contrats de bail sont clairement régis par la loi égyptienne, la relation de Wena avec l'État égyptien n'a pas fait pas l'objet d'un choix de loi entre les parties³². Le Comité *ad hoc* approuve donc la position retenue par le Tribunal dans la sentence du 8 décembre 2000, lequel énonce qu'« [i] en résulte qu'il ne peut être soutenu que les parties au présent litige ont choisi une loi applicable au sens de la première phrase de l'article 42(1) de la Convention CIRDI »³³. Le Comité *ad hoc* distingue ainsi de façon tranchée la sphère des relations contractuelles privées qu'un investisseur peut entretenir avec d'autres parties de la sphère des relations de droit international qui le lie avec l'État d'accueil en vertu du BIT³⁴. Les principes ainsi posés auront des conséquences importantes sur la jurisprudence à venir des tribunaux constitués sous l'égide du CIRDI sur le fondement de BIT³⁵, ces traités constituant d'ailleurs la source de la très grande majorité des nouvelles affaires portées devant le CIRDI depuis la fin des années 1990.

L'apport de la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena c. Égypte* ne se limite pas à la clarté et à la précision de la distinction qui vient d'être exposée. En effet, le Comité *ad hoc* prend également position sur l'interprétation de l'article 42(1) de la Convention.

³¹ *Ibid.* au para. 31.

³² À comparer avec la sentence *Middle East Cement c. Égypte* qui retient que le BIT Égypte-Grèce sur lequel s'est fondé l'investisseur contient un choix de loi : *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Égypte* (2002), Affaire No. ARB/99/2, en ligne : <<http://www.worldbank.org>>, au para. 86, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements), commentée par ailleurs dans cette chronique.

³³ *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte* (2002), *supra* note1 au para. 36.

³⁴ Ou d'autres traités ouvrant des droits dans le chef des ressortissants des États parties. Voir, pour une analyse approfondie de ces questions les observations d'Emmanuel Gaillard, « Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.): Chronique des sentences arbitrales » (2000), 130 J.D.I. 191.

³⁵ Voir, déjà, la décision du 3 juillet 2002 du comité *ad hoc* constitué dans l'affaire opposant Vivendi à la République argentine, publiée originalement en langue anglaise à 41 *ILM* 1135 (2002) et en traduction française à 130 J.D.I. 195 (2003) avec les observations d'Emmanuel Gaillard. Cette décision est également commentée par ailleurs dans cette chronique.

Le Comité *ad hoc* ayant approuvé le Tribunal d'avoir considéré que les parties n'avaient pas effectué de choix de loi, la deuxième phrase de l'article 42(1) est applicable. Encore fallait-il en déterminer la portée.

2. L'interprétation libérale de l'article 42(1) et la place du droit international

L'interprétation de la deuxième phrase de l'article 42(1) fait en effet l'objet d'une controverse doctrinale portant sur le rôle du droit international, en l'absence de choix de loi par les parties. Le Comité *ad hoc* rappelle lui-même les diverses opinions exprimées sur cette question³⁶. La controverse porte principalement sur le sens de la dernière préposition de la phrase de l'article 42(1) : « ainsi que les principes de droit international en la matière » [nous soulignons].

Pour certains, la place du droit international doit être limitée au point qu'il n'ait à jouer qu'un rôle correctif, dans le cas où les règles du droit national ne seraient pas conformes au droit international général³⁷ ou, de manière encore plus restrictive, uniquement dans le cas où ces dernières règles viendraient à heurter des principes de *jus cogens*, ou normes fondamentales du droit international³⁸. Il est également une opinion selon laquelle le droit international trouverait à s'appliquer, en l'absence de choix de loi par les parties en présence de lacunes du droit national applicable. Il s'agit là des tenants d'une application supplétive du droit international³⁹. Ces conceptions ont en commun de privilégier le droit national qui doit être examiné systématiquement en premier lieu, laissant au droit international la portion congrue⁴⁰.

Pour d'autres, le droit international détient une place propre dans le système mis en place par la *Convention de Washington*. Il constitue « un ensemble de normes dans lesquelles, à défaut de choix de la loi applicable par les parties, les arbitres peuvent puiser librement »⁴¹. Dans cette conception plus libérale et plus ouverte aux

³⁶ *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte* (2002), *supra* note 1 aux para. 38-39.

³⁷ C'est l'une des conceptions retenues par le premier comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (1985), *supra* note 12 à la p. 122, et en extraits au 114 J.D.I. 163, avec les observations d'Emmanuel Gaillard.

³⁸ Pour cette opinion, voir W. Michael Reisman, « The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold » (2000), 15 ICSID Rev. – Foreign Inv't L.J. 362.

³⁹ C'est l'autre conception à laquelle la première décision d'annulation dans l'affaire *Klöckner* fait référence, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (1985), *supra* note 12.

⁴⁰ Voir la première décision d'annulation dans l'affaire *Klöckner c. Cameroun* dans laquelle le Comité *ad hoc* relève que « [...] les arbitres ne peuvent recourir aux principes de droit international qu'après avoir recherché et établi le contenu du droit de l'État partie au différend (contenu qui ne saurait être réduit à un principe), et après avoir appliqué les règles pertinentes du droit étatique. Il est donc certain que l'article 42(1) ne permet pas à l'arbitre d'asseoir sa décision sur les seuls principes du droit international » (*Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (1985), *supra* note¹³. En français dans 114 J.D.I. 163, à la p.167, observations d'Emmanuel Gaillard, italiques dans l'original).

⁴¹ Emmanuel Gaillard, « Observations sous la décision du Comité *ad hoc* du 5 février 2002, *Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Égypte* » dans « Centre International pour le Règlement des Différends

normes internationales, le droit international n'est pas cantonné à un rôle éventuel et subsidiaire mais constitue bien une source de droit à part entière, disponible en tous cas. On peut rapprocher le rôle du droit international en cette matière à celui qu'il joue en matière de détermination du consentement à la compétence du Centre, les tribunaux ayant déjà affirmé qu'ils se situent dans l'ordre international puisqu'ils ne sont constitués sous l'empire d'aucune loi nationale en particulier⁴². Une conception extensive du rôle du droit international au titre de la loi applicable en l'absence de choix des parties est conforme à l'esprit de telles décisions.

Dans sa décision du 5 février 2002, le Comité *ad hoc* retient cette dernière position en jugeant que « [l]e droit de l'État d'accueil peut en effet être appliqué conjointement avec le droit international lorsque cela se justifie. De la même manière, le droit international peut être appliqué de façon autonome lorsque la règle appropriée relève de son champ d'application »⁴³. Le Comité *ad hoc* approuve donc le Tribunal arbitral qui, dans sa sentence, avait appliqué à titre principal les dispositions du BIT et d'autres principes de droit international et non le droit égyptien.

Ainsi posée, l'« autonomie » du droit international au titre du droit applicable fonde justement pour le Comité *ad hoc*, le rejet des trois chefs d'annulation présentés par l'Égypte au titre de l'article 52(1)(b) selon lesquels le Tribunal aurait commis un excès de pouvoir en n'appliquant pas le droit égyptien.

Parmi ceux-ci, l'examen de l'octroi par le Tribunal d'intérêts composés est le plus intéressant, puisque le droit égyptien contient des dispositions limitant les intérêts d'une manière générale et ne reconnaît pas, en tout état de cause, les intérêts composés⁴⁴. De plus, le BIT dans son article 5, ne se réfère qu'à une obligation de compensation de manière « prompte, adéquate et effective » et correspondant « à la valeur réelle des investissements au jour de l'expropriation »⁴⁵, sans contenir de dispositions plus précises quant aux intérêts. Le Comité *ad hoc* approuve le Tribunal pour avoir puisé l'octroi des intérêts composés dans les principes de droit international, sans s'en remettre au droit égyptien, dès lors que ceux-ci « et la pratique du CIRDI, contrairement au Code civil égyptien, offrent diverses solutions compatibles »⁴⁶ avec les principes de compensation du BIT.

Si la décision *Wena c. Égypte* a le retentissement qu'on lui prévoit, les principes du droit international figureront désormais de façon autonome parmi les

relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.): Chronique des sentences arbitrales » (2003), 130 J.D.I. 191, à la p. 197. Voir déjà, Emmanuel Gaillard, Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.): Chronique des sentences arbitrales » (1991) 118 JDI 181.

⁴² Voir par exemple, *Mihaly International Corporation c. République démocratique socialiste du Sri Lanka* (2002), Affaire No. ARB/00/2, 41 ILM 867, au para. 19 (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements), commentée par ailleurs dans cette chronique; ou encore *Ceskoslovenska obchodni banka c. République Slovaque* (1999), décision sur la compétence, Affaire No. ARB/97/4, 14 ICSID Rev. – Foreign Inv't L.J. 251, aux pp. 263-264 (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

⁴³ *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte* (2002), *supra* note 1 au para. 40.

⁴⁴ *Ibid.* Au para. 50.

⁴⁵ *Ibid.* Au para.52.

⁴⁶ *Ibid.* Au para.53.

sources du droit directement applicables au litige devant un Tribunal CIRDI, en l'absence de choix de loi par les parties. On concèdera que la *Convention de Washington* ne prévoit pas de règles relatives à l'effet obligatoire de la jurisprudence du Centre. Il n'en reste pas moins que « [t]he expansive nature of the reasoning in the decisions on annulment would indicate that the ad hoc committees saw it as part of their mission to give guidance to new tribunals after annulment »⁴⁷. La décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena c. Égypte*, méticuleusement structurée et argumentée, constituera sans doute une référence en matière d'arbitrage CIRDI et probablement au-delà, en arbitrage international d'une manière générale.

II. *Mihaly International Corporation c. République démocratique socialiste du Sri Lanka*⁴⁸

Composition du Tribunal : M. Sompong Sucharitkul, Président; M. Andrew Rogers et M. David Suratgar.

En statuant sur l'interprétation des articles 25(1) et 25(2) de la *Convention de Washington*⁴⁹, la sentence rendue dans le litige opposant une société américaine, Mihaly International Corporation (Mihaly) à la République du Sri Lanka contribue à affiner la jurisprudence des tribunaux CIRDI en matière de détermination de la compétence. Cette sentence est d'autant plus intéressante que le Tribunal décline sa compétence pour trancher le différend.

Le litige découle d'un appel d'offres lancé en 1992 pour la construction et l'exploitation d'une centrale électrique au Sri Lanka. Mihaly avait été sélectionné par le Sri Lanka pour mener à bien ce projet sous le régime du « Build Operate Transfer » (BOT) au moyen d'une lettre d'intention émise en février 1993 et destinée à garantir

⁴⁷ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary, - a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, à la p. 1069, au para. 508.

⁴⁸ Affaire n° ARB/00/2, 15 mars 2002, 41 ILM 867 (2002)

⁴⁹ Article 25

(1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

(2) « R ressortissant d'un autre État contractant » signifie:

(a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend;

b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

une certaine exclusivité à Mihaly pendant la période de précontractuelle. Celle-ci s'est déroulée sur près de 18 mois durant lesquels un certain nombre de documents ont été échangé entre les parties. Toutefois, ces négociations n'ont jamais abouti et, en définitive, aucun contrat n'a été signé entre les parties.

Mihaly a alors saisi le CIRDI d'une requête d'arbitrage destinée à obtenir le remboursement des dépenses encourues lors de la phase de négociation. La demande était fondée sur le *Traité d'encouragement et de protection réciproque des investissements* référence conclu entre les États-Unis et le Sri Lanka le 20 septembre 1991. Dans ses écritures, Mihaly joignait la consultation d'un expert attestant que les dépenses précontractuelles s'élèvent généralement de 2 à 4% du coût estimé du projet, d'un montant de 400 millions de dollars dans cette affaire. En réponse, le Sri Lanka a contesté la compétence du Tribunal tant *rationae personae* que *rationae materiae*. Ce sont donc ces deux questions que le Tribunal examine successivement.

A. La compétence *rationae personae*

La compétence *rationae personae* du Tribunal est contestée par le Sri Lanka du fait de la prétention de Mihaly, société incorporée selon les lois de l'État de Californie, de présenter ses demandes en son nom propre ainsi qu'au nom de Mihaly International Corporation (Canada), (Mihaly Canada), son partenaire au sein d'une *joint venture* sans personnalité morale. Mihaly soutient en effet qu'en vertu des lois californiennes régissant la *joint venture*, l'un des membres de ce groupement pouvait soumettre des demandes au nom de ses autres partenaires. Mihaly soutenait au surplus être le cessionnaire des droits de Mihaly Canada, y compris ses droits à l'encontre du Sri Lanka.

Le Canada n'étant pas partie à la *Convention de Washington*, le Sri Lanka soutient que, conformément à l'article 25(1), Mihaly Canada ne saurait être partie à un litige devant un Tribunal CIRDI et, a fortiori, ne pourrait céder de tels droits à Mihaly⁵⁰.

Le Tribunal n'a pas de mal à écarter l'argumentation du demandeur et à rejeter toute demande que Mihaly pourrait formuler au nom de Mihaly Canada.

Les arbitres estiment en effet en premier lieu que l'analyse des dispositions du droit de l'État de Californie relativement aux règles de fonctionnement des *joint ventures* n'a aucune pertinence. Le Tribunal pose en effet que c'est uniquement sur le fondement de la *Convention de Washington* et des règles de droit international général

⁵⁰ L'unique alternative pour la société canadienne aurait été d'utiliser les règles du Mécanisme supplémentaire comme pour les arbitrages sur le fondement de l'ALENA : voir *infra* note 3 les commentaires sur la sentence *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique* (2002), Affaire No. ARB(AF)/99/2, 42 ILM 85, (Mécanisme Supplémentaire – Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

qu'il examinera sa propre compétence puisqu'il « does not operate under any national law in particular »⁵¹.

Dès lors, pour le Tribunal, « [a] claim under the ICSID convention with its carefully structured system is not a readily assignable chose in action as shares in the stock exchange market or other types of negotiable instruments »⁵². Les droits que Mihaly Canada pourrait détenir à l'encontre du Sri Lanka ne pourraient en aucune manière faire l'objet d'une demande devant un Tribunal CIRDI, le Canada n'étant pas partie à la Convention, même s'ils venaient à être cédés à une société satisfaisant aux critères de nationalité énoncés à l'article 25(2) de la Convention. Il s'agit là d'une simple application du principe selon lequel nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même. La solution est claire et se passe de commentaire⁵³.

En revanche, Mihaly étant une société américaine, la demande formulée en son nom propre n'en reste pas moins admissible, si tant est qu'elle soit « en relation directe avec un investissement », au sens de l'article 25(1) de la Convention relatif à la compétence *rationae materiae* du Centre.

B. La compétence *rationae materiae*

En l'absence de définition de la notion d'investissement dans l'article 25(1) de la *Convention*, la jurisprudence des tribunaux CIRDI a traditionnellement été favorable à une interprétation large de ce concept essentiel. À titre d'exemple, dans l'affaire *Fedax c. Venezuela*, le Tribunal s'est déclaré compétent alors que le litige portait sur des billets à ordre⁵⁴. Il en va de même dans l'affaire *CSOB c. République Slovaque*, dans laquelle litige portait sur des prêts, alors même qu'il n'y avait pas de transfert de fonds vers le pays d'accueil⁵⁵. Dans l'affaire *Salini c. Maroc*, le Tribunal avait accepté de considérer qu'un contrat de construction était un investissement au sens de la *Convention*, même si l'investisseur n'était pas rémunéré par le projet lui-même⁵⁶.

⁵¹ *Mihaly International Corporation c. République démocratique socialiste du Sri Lanka* (2002), Affaire n° ARB/00/2, 41 ILM 867, au para. 19 (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

⁵² *Ibid.* Au para. 24.

⁵³ Pour une analyse de l'article 25(1) et particulièrement des critères de nationalité pour les nationaux d'un État partie, Christoph Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 » (1996) 11 ICSID Rev. – Foreign Inv't L.J. 318, aux pp. 391 – 400; Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary, - a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, aux pp. 265 – 334, au para. 422-607.

⁵⁴ *Fedax N.V. c. République du Venezuela* (1997), Affaire No. ARB/96/3, 37 ILM 1378 (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

⁵⁵ *Ceskoslovenska obchodni banka c. République slovaque* (2000), Affaire ARB/97/4, 26 Y.B. Comm. ARB. 87 (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

⁵⁶ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc* (2001), Affaire No. ARB/00/4, 129 J.D.I. 189, à la p. 196 (avec les observations d'Emmanuel Gaillard, aux pp. 209 et s.) (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

Dans ces affaires, il existait bel et bien un contrat ou un lien juridique entre l'investisseur et l'État d'accueil, même si la qualification de celui-ci faisait l'objet d'une contestation de la part de l'État d'accueil.

La situation était moins évidente dans l'affaire *Mihaly c. Sri Lanka*. En fait de lien juridique, ce que Mihaly considère être son « investissement » au Sri Lanka consiste plutôt en des dépenses engagées au soutien du projet d'investissement, projet qui ne s'est jamais matérialisé.

Mihaly soutenait que le Sri Lanka avait accepté, ou à tout le moins reconnu, son projet d'investissement, et donc, également, la prise en compte des dépenses pour la préparation de ce projet à travers divers documents contractuels. Le Tribunal n'a eu aucune difficulté à retenir l'argumentation du Sri Lanka selon laquelle ces documents ne contenaient pas le moindre engagement à l'égard du projet définitif. En effet, tant la *Letter of Intention* que la *Letter of Agreement* et la *Letter of Extension* échangées par les parties contenaient toutes des clauses très claires selon lesquelles il n'existait aucun lien contractuel entre celles-ci relativement à la construction, la propriété et la mise en œuvre de la centrale électrique projetée. Comme le souligne le Tribunal, « what else could the Respondent have said to exclude any obligations which might otherwise have attached to interpret the expenditure of the moneys as an admitted investment »⁵⁷. Le Sri Lanka n'a donc pu consentir à ce que les dépenses encourues puissent faire partie d'un investissement puisqu'il n'y a pas eu de consentement à l'investissement lui-même.

En définitive, le Tribunal décline sa compétence *rationae materiae* à l'égard des dépenses encourues par Mihaly au Sri Lanka pour une raison simple. En l'absence d'investissement, il ne saurait, *a fortiori*, y avoir de litige relatif à des dépenses *en relation directe avec un investissement* au sens de l'article 25(1). Si des dépenses « annexes » à l'investissement peuvent être prises en compte par les tribunaux⁵⁸, il est indispensable que l'investissement ait effectivement eu lieu. C'est la raison pour laquelle le Tribunal ne rejette pas le principe que ces dépenses puissent être considérées, « in other circumstances », « if the negotiations [...] had come to fruition »⁵⁹, comme faisant partie d'un investissement.

La solution ne semble pas particulièrement sévère dès lors qu'on accorde une importance au fait que l'investissement pour lequel des dépenses ont été engagées n'a jamais existé. Certes, comme le souligne M. Suratgar dans son opinion individuelle, « [i]t does appear for example that investment insurance can be obtained for development costs »⁶⁰ dans certains instruments internationaux tels que l'Agence multilatérale pour la garantie des investissements. Toutefois, en l'absence de

⁵⁷ *Mihaly International Corporation c. République démocratique socialiste du Sri Lanka*, *supra* note 49 au para. 48.

⁵⁸ *Tradex Hellas c. République d'Albanie* (1996), Affaire ARB/94/2, 5 ICSID Rep. 47, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

⁵⁹ *Mihaly International Corporation c. République démocratique socialiste du Sri Lanka*, *supra* note 49 aux para. 49-50.

⁶⁰ *Mihaly International Corporation c. République démocratique socialiste du Sri Lanka*, *supra* note 49, Opinion individuelle de M. David Suratgar au para. 6.

consentement du Sri Lanka à ce sujet, il semble que les coûts de développement de projets n'ayant pas abouti ne remplissent pas les critères classiques de l'investissement⁶¹, ne serait-ce que celui de la contribution au développement économique de l'État contractant⁶².

III. *Alex Genin, et autres c. République d'Estonie*⁶³

Composition du Tribunal: Yves Fortier, Président; Professeur Meir Heth et Professeur Albert Van Den Berg.

Afin de connaître le contexte de l'affaire mais de façon concise, il est nécessaire de procéder à un rapide survol des faits. Le litige résulte de la vente d'une banque par la Banque Centrale d'Estonie à l'Estonian Innovation Bank (EIB) contrôlée par les trois demandeurs, Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc et A.S. Baltoil. Suite à la vente, l'acheteur a constaté que certaines propriétés ou avoirs financiers de la banque achetée n'existaient pas ou plus. Du fait de ce manque à gagner conséquent, l'EIB tenta donc de se faire rembourser mais au cours de la procédure, entre autres dû à des problèmes passagers, elle est dépossédée de sa licence bancaire ce qu'il l'encourage donc à contester toutes ces décisions comme arbitraires et contraires au traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et l'Estonie⁶⁴. Suite à la sentence du 25 juin 2001, et en conformité avec les articles 49 du Règlement d'arbitrage et de la *Convention de Washington*⁶⁵, les demandeurs ont décidé de faire une requête afin d'obtenir une décision supplémentaire et des corrections pour la sentence d'origine qui leur était défavorable.

⁶¹ Voir pour ces critères, Christoph H. Schreuer, *supra* note 51 aux pp. 139 – 141, aux para. 119 – 124.

⁶² Voir par exemple *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, *supra* note 54 au para. 52.

⁶³ Décision supplémentaire et corrections de la sentence suivant la requête du demandeur, Affaire No. ARB/99/2, 4 avril 2002, en ligne: <<http://www.worldbank.org>>

⁶⁴ Pour des faits plus complets, voir la sentence *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil c. la République d'Estonie* (2001), Affaire No. ARB/99/2, en ligne: <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>>, aux para. 42 – 61, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

⁶⁵ Ces deux articles, dans leurs passages pertinents, disposent :
RÈGLEMENT D'ARBITRAGE

Article 49 : Décisions supplémentaires et corrections

1. Dans les 45 jours suivant le prononcé de la sentence, chacune des parties peut demander, conformément à l'Article 49(2) de la Convention, une décision supplémentaire ou la correction de la sentence. Une telle requête doit être adressée par écrit au Secrétaire Général.

CONVENTION DE WASHINGTON

Article 49

[...]

2. Sur requête d'une des parties, à présenter dans les 45 jours de la sentence, le Tribunal peut, après notification à l'autre partie, statuer sur toute question sur laquelle il aurait omis de se prononcer dans la sentence et corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence. Sa décision fait partie intégrante de la sentence et est notifiée aux parties dans les mêmes formes que celle-ci.

Ces deux articles se trouvent sur le site du CIRDI: <<http://www.worldbank.org/icsid>>.

Cette décision est relativement courte et donc ne fera l'objet que d'un bref commentaire en deux temps : l'analyse du refus d'accorder une décision supplémentaire aux demandeurs (A) puis le refus d'effectuer une correction de la sentence originelle (B).

A. L'absence d'utilité d'une décision supplémentaire

Les demandeurs, ayant l'impression de ne pas avoir été entendus pour certains de leurs arguments, ont donc décidé de demander une décision supplémentaire. Pour ces derniers, trois des dispositions supposées violées du traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et l'Estonie n'auraient pas été analysées par le Tribunal lors de la sentence. Pour les investisseurs, les dispositions concernant l'expropriation, la liberté de transfert des investissements et des capitaux et, l'interdiction d'imposer des formalités administratives indues n'ont pas été évoquées dans le raisonnement du Tribunal⁶⁶.

Le Tribunal, d'une manière assez ferme, réfute très clairement ces arguments. Pour ce dernier, le problème central du litige était le manque d'équité dans le traitement d'EIB ainsi que l'absence d'une procédure juste par la Banque Centrale d'Estonie⁶⁷. Les dispositions invoquées par le demandeur n'ont fait qu'être évoquées par ce dernier au cours de la procédure et ne nécessitaient pas de traitement extensif. Cependant leur analyse a été sérieuse et si elle a été implicite pour certains, elle a été explicite pour d'autres⁶⁸. Le Tribunal conclut donc que l'analyse ayant été faite et qu'aucune violation du traité bilatéral d'investissement n'ayant été constatée lors de la première sentence, il ne lui incombe aucunement d'émettre une décision supplémentaire.

B. Des corrections non nécessaires

La réponse à la demande de corrections est formulée de façon quasiment lapidaire. Un paragraphe et demi suffit à débouter les demandeurs. La correction avait été demandée pour le paragraphe 356 de la sentence, plus particulièrement pour les phrases:

In its report dated 27 June 1997, the Banking Supervision Department of the Bank of Estonia reported to the Governor of the Bank of Estonia on EIB's transactions in the shares of Landmark and Tollycraft. *The prudence of these investments was, without a doubt, highly questionable.* The amount invested was

⁶⁶ *Alex Genin et autres c. République d'Estonie* (2002), décision supplémentaire et corrections, Affaire No. ARB/99/2, en ligne: <<http://www.worldbank.org>>, au para. 11 (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements); pour un aperçu plus exhaustif du Traité voir la sentence *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil c. la République d'Estonie* (2001), *supra* note 61 aux para. 9 –18.

⁶⁷ *Alex Genin et autres c. République d'Estonie* (2002), *supra* note 63 au para. 12.

⁶⁸ *Ibid.* Aux para. 13 -14.

excessive in relation to EIB's capital, the prices of the shares fluctuated widely and Mr. Genin was associated with the promoters of both⁶⁹.

Le demandeur s'était concentré sur les termes « highly questionable » car, selon lui, la sentence ne donnait pas un éclaircissement quant à la signification de ces termes. Pour le Tribunal, la signification de ces termes est donnée dans le paragraphe 356 et les éléments présentés, aussi bien lors des audiences que dans les mémoires des parties, permettent de comprendre, de manière pleine et entière, la signification de ces termes. Par conséquent le Tribunal a, à juste titre, refusé d'apporter une correction à sa sentence.

À des fins de conclusion, nous pensons que le Tribunal semblait entièrement fondé à refuser les demandes qui lui étaient soumises. Toute révision de la sentence par une sentence additionnelle ne peut avoir lieu que dans des circonstances exceptionnelles, de même que les corrections qui ne sont qu'un moyen, à notre avis extraordinaire, afin d'éclaircir ou de modifier un raisonnement peu clair ou non justifié. Le fait pour le Tribunal d'affirmer que les demandeurs « had their 'day in court' »⁷⁰ illustre une sorte d'exaspération, bien compréhensible, du Tribunal à l'égard de ces derniers tentant toutes les voies judiciaires imaginables afin de contester un verdict qui leur a été défavorable. Cela semble déplorable et a engendré bien des désagréments pour la procédure d'annulation, qui semblent toutefois être en voie de résolution. Toute systématisation de l'utilisation des articles 49 doit être évitée et ce Tribunal, par sa décision, l'affirme clairement.

IV. *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Égypte*⁷¹

Composition du Tribunal : M. Karl-Heinz. Böckstiegel, Président; M. Piero Bernardini et M. Don Wallace Jr

La sentence rendue le 12 avril 2002 retiendra l'attention pour la méthode d'évaluation du préjudice et de la réparation accordée au demandeur à la suite de l'expropriation de ses investissements en Égypte ainsi que par sa prise de position relative à la prise en compte des règles de droit international au titre de la loi applicable.

En novembre 1999, le secrétariat du CIRDI a enregistré la requête d'arbitrage déposée par Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A., une société grecque (Middle East Cement), contre la République arabe d'Égypte (l'Égypte), sur le fondement du *Traité bilatéral de protection des investissements* signé entre l'Égypte et la Grèce en 1993 (BIT). On notera, par ailleurs, que l'Égypte figure parmi les États qui ont le plus souvent comparu devant le CIRDI puisqu'au 15

⁶⁹ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil c. la République d'Estonie* (2001), supra note 61 au para. 356. [nous soulignons].

⁷⁰ *Alex Genin et autres c. République d'Estonie* (2002), supra note 63, au para. 19.

⁷¹ 12 avril 2002, Affaire No. ARB/99/2, en ligne : <<http://www.worldbank.org>>.

juillet 2003, le Centre avait enregistré 7 affaires contre l'Égypte, dont 3 toujours pendantes.

Middle East Cement avait développé une activité de négoce de ciment à partir d'un silo flottant amarré au port de Suez. Le ciment importé par cette société était stocké sur un navire spécialement conçu à cet effet pour être revendu à des entreprises du secteur public ou privé égyptiennes. Cette activité avait fait l'objet d'une autorisation de la part des autorités égyptiennes dès 1982 sous le régime de la *Loi n°43 de 1974 relative aux investissements*. Un décret promulgué en 1983 disposait que l'investissement de Middle East Cement était protégé pour une période de 10 ans.

Le 25 mai 1989, un nouveau décret promulgué par le Ministère égyptien de la Construction interdisait toute importation du type de ciment utilisé par le demandeur, paralysant son activité. Par ailleurs, la réexportation des biens de Middle East Cement, en particulier celle du navire ayant servi de silo de stockage pour le ciment, était ultérieurement bloquée par les autorités égyptiennes. Le 28 novembre 1999, en application d'une décision de justice égyptienne, le navire était mis aux enchères et vendu. Middle East Cement a dès lors attiré l'Égypte devant le CIRDI pour obtenir réparation des préjudices qu'elle a subi du fait de ces mesures, et d'autres mesures accessoires, qu'elle estime équivalentes à une expropriation.

L'Égypte ayant formulé des objections à la compétence du Tribunal, une première décision sur la compétence a été rendue le 28 novembre 2000, au terme d'une procédure chaotique durant laquelle l'Égypte n'était pas représentée lors des audiences⁷². Cette décision n'a pas été publiée et seule sa partie opératoire, dans laquelle le Tribunal retient sa compétence sur le fondement du BIT, est reproduite dans la sentence du 12 avril 2002⁷³.

La sentence *Middle East Cement c. Égypte*, objet du présent commentaire est intéressante pour sa prise de position au sujet de la loi applicable au litige **(A)**. Par ailleurs, après avoir statué sur le principe de la violation des normes du BIT **(B)**, la sentence se distingue par une certaine rigueur dans l'appréciation du préjudice subi par le demandeur **(C)**.

A. La détermination de la loi applicable par le Tribunal

L'article 42(1) de la *Convention de Washington*, objet de nombreux débats doctrinaux⁷⁴, dispose que

⁷² Cette procédure est décrite en détail dans la sentence *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Égypte* (2002), Affaire No. ARB/99/2, en ligne : <<http://www.worldbank.org>>, aux para. 8-50, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

⁷³ *Ibid.* Au para. 50.

⁷⁴ Voir, entre autres, P. Fuerle, « International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes » (1977), 4 *Yale Studies in World Public Order* 89; W. Michael Reisman, « The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold » (2000), 15 *ICSID Rev – Foreign Inv't L.J.* 362; Ibrahim F. Shihata et

Le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique les règles de droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives au conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière.

La controverse au sujet de cet article concerne la place du droit international et sa prise en compte par les arbitres en absence d'accord sur le droit applicable (deuxième phrase de l'article 42(1)). Doit-il être considéré comme n'ayant qu'un rôle correctif des dispositions du droit national si celui-ci devait se départir des normes les plus impératives du droit international ? Dans une autre acception, le droit international devait-il simplement combler les éventuelles lacunes du droit national ou, au contraire dans une troisième acception, devait-il avoir un rôle général, applicable dans tous les cas?⁷⁵

Après s'être estimé compétent sur le fondement du BIT dans sa décision du 28 novembre 2000, le tribunal arbitral relève, dans sa sentence au fond, que l'article 11 du BIT constitue un choix de loi par les parties au sens de l'article 42(1) de la *Convention de Washington*. L'article 11 dispose en effet que les règles applicables aux litiges qui découlent du BIT sont celles du BIT ainsi que les dispositions plus favorables du droit grec et égyptien et celles découlant du droit international⁷⁶.

Ayant ainsi relevé l'existence d'un choix de loi par les parties, le Tribunal arbitral aurait pu se satisfaire de l'application la première phrase de l'article 42(1). Les arbitres ont pourtant choisi de ne pas en rester là. Ils relèvent que :

according to the 2nd sentence of Art. 42(1) of the ICSID Convention as 'rules of international law as may be applicable', the reference to and application of the BIT implies that the tribunal may have recourse to the rules of general international law to supplement those of the BIT.⁷⁷

En statuant ainsi, le Tribunal décide sans équivoque de donner au droit international une place plus importante que ne l'aurait laissé entrevoir l'article 11 du BIT. Il ne s'agit en effet pas simplement d'avoir recours aux dispositions plus favorables du droit international mais plus systématiquement d'y puiser des règles pour compléter celles du BIT.

Le Tribunal constitué dans cette affaire se place ainsi indéniablement dans la lignée du comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *Wena Hotels Ltd c. République arabe*

Antonio R. Parra, « Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties : The Case of Arbitration under the ICSID Convention » (1994), 9 ICSID Rev – Foreign Inv't L.J.183.

⁷⁵ Pour plus d'éléments sur cette controverse, voir un des commentaires précédent, *Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Egypte* (2002), Décision du comité *ad hoc*, 41 I.L.M. 933, (Centre International pour le Règlement international des Différends relatifs aux Investissements). Voir déjà, Emmanuel Gaillard, Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.): Chronique des sentences arbitrales » (1991) 118 JDI 181.

⁷⁶ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Egypte*, *supra* note 68 au para. 86.

⁷⁷ *Ibid.* Au para. 87

d'Égypte⁷⁸. On relèvera à cet égard que la sentence s'appuie sur le droit international au soutien de sa décision d'appliquer un taux d'intérêt composé au montant des réparations attribuées à Middle East Cement en l'absence de disposition précise dans le BIT. Le Tribunal relève en effet que les intérêts composés sont « at present deemed appropriate as the standard of international law in such expropriation cases »⁷⁹ et de s'appuyer sur les précédents de diverses affaires CIRDI dont *Compañia del Desarrollo de Santa Helena, S.A. c. République du Costa Rica*⁸⁰ et *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte*⁸¹.

B. Le principe de la violation des normes du BIT

Le Tribunal arbitral résout aisément la principale question de fond relative aux deux catégories de demandes formulées par l'investisseur, les premières concernant les effets du décret de 1989 ayant interdit l'importation du ciment utilisé par Middle East Cement et les secondes la légalité de la procédure de vente aux enchères du navire-silo.

Pour ce qui est de la première catégorie de demandes, les arbitres devaient statuer sur l'existence d'une expropriation des biens de l'investisseur au sens de l'article 4 du BIT à la suite de la promulgation du décret de 1989. Ils aboutissent à leur décision sans difficultés en relevant que l'Égypte « concedes that, at least for a period of 4 months, Claimant was deprived, by the Decree, of rights it had been granted under the License, there is no dispute between the Parties that, in principle, a taking did take place »⁸².

De même, le Tribunal conclut que la procédure de mise aux enchères du navire propriété de Middle East Cement n'a pas été effectuée « under due process of law », au sens de l'article 4.a du BIT⁸³ et que l'investissement du demandeur, ici matérialisé par ce bâtiment, n'a pas reçu le « traitement juste et équitable » et n'a pas « enjoy full protection and security » au sens de l'article 2.2 du BIT⁸⁴.

⁷⁸ *Wena Hotels Ltd. c. République Arabe d'Égypte (2002)*, Décision du comité *ad hoc*, 41 I.L.M. 933, (Centre International pour le Règlement international des Différends relatifs aux Investissements).

⁷⁹ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Égypte*, *supra* note 68 au para. 174.

⁸⁰ *Compañia del Desarrollo de Santa Helena, S.A. c. République du Costa Rica* (2000), 39 ILM 1317 et en extraits dans Emmanuel Gaillard, « Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.): Chronique des sentences arbitrales » (2001) 128 J.D.I. 149, à la p. 150.

⁸¹ *Wena Hotels Ltd. c. République Arabe d'Égypte (2002)*, *supra* note 71.

⁸² *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Égypte*, *supra* note 68 au para. 107.

⁸³ *Ibid.* Au para. 143.

⁸⁴ *Ibid.*

C. Les modalités de détermination du préjudice subit par l'investisseur

Une fois posée la responsabilité de l'Égypte envers Middle East Cement, le Tribunal devait encore statuer sur l'étendue de la réparation due par l'Égypte du fait de ses manquements aux dispositions du BIT.

Pour déterminer le montant des pertes encourues du fait de la promulgation du décret de 1989, le Tribunal se fonde sur les contrats en cours à la date du décret et uniquement sur ceux-ci. En effet, si le Tribunal pose le principe que le demandeur ait pu perdre des chances de conclure de nouveaux contrats et qu'il ait pu avoir « a legitimate expectation that it could have earned additional profits »⁸⁵, il souligne que le demandeur n'a pas apporté la preuve qu'il a perdu des opportunités de conclure des contrats et des profits qui en auraient découlé.

Le Tribunal devait également statuer sur la valeur du navire-silo mis aux enchères selon des modalités contraires aux engagements pris par l'Égypte dans le BIT. Sans surprise, les parties s'opposaient celle-ci. L'estimation du prix du navire fournie par Middle East Cement dans ses écritures a pourtant fluctué. Estimé une première fois à un montant plus de cinquante fois supérieur au prix de la vente aux enchères, Middle East Cement l'a également estimé, dans les mêmes écritures, à près de treize fois ce prix, pour finalement indiquer, dans les écritures échangées après les audiences, que ce prix ne serait que d'un peu plus de neuf fois le prix obtenu lors de la vente aux enchères⁸⁶. Le Tribunal retient ce dernier montant, le plus bas, et estime la valeur du navire à la moyenne entre ce prix et celui obtenu lors de la vente aux enchères.

Même si le Tribunal constitué dans l'affaire *Middle East Cement c. Égypte*, a retenu la responsabilité de l'Égypte et attribué une réparation à l'investisseur, on relèvera, comme ne manquera pas de le faire le demandeur, la modicité des dommages et intérêts octroyés par rapport aux montants réclamés. On pourrait croire que le système mis en place par la *Convention de Washington* ne convient pas aux demandes de faible ampleur en raison de la longueur et des coûts de la procédure. Ce serait oublier qu'il s'agit parfois du seul recours efficace ouvert aux investisseurs. Le recours au CIRDI, avec le mécanisme de reconnaissance « automatique » des sentences prévu à l'article 54⁸⁷ de la *Convention de Washington* reste en effet souvent le plus intéressant pour l'investisseur.

⁸⁵ *Ibid.* Au para. 127.

⁸⁶ *Ibid.* Au para. 148.

⁸⁷ Article 54 : (1) Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État. Un État contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des États fédérés. [...].

V. *Waste Management c. États-Unis du Mexique*⁸⁸

Composition du Tribunal : Professeur James Crawford, président; Benjamin R. Civiletti; Eduardo Magallón Gómez.

Afin d'appréhender entièrement les enjeux de cette affaire, il est nécessaire de remonter quelques années en arrière car pour les juristes experts du CIRDI, les parties et les faits de l'espèce donnent une impression de déjà vu. En effet, en 1998, la compagnie qui se dénommait alors USA Waste Services, une compagnie de retraitement de déchets, avait soumis une plainte contre l'État du Mexique sur le fondement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI arguant d'une violation de l'ALENA et plus particulièrement des articles 1105 – norme minimale de traitement – et 1110 – expropriation et indemnisation –. La demande d'arbitrage indiquait par ailleurs que l'État de Guerrero et la ville d'Acapulco avaient conclu en 1995 un contrat de concession pour une durée de 15 ans en faveur d'Acaverde, filiale mexicaine de USA Waste Services. Cependant les co-contractants n'avaient pas respecté leurs obligations, notamment, celle de paiement de la société comme indiqué dans le contrat de concession, alors qu'Acaverde avait rempli ses obligations. La compagnie américaine affirmait en outre qu'une banque mexicaine, Banobras, qui avait accepté de se porter garant pour tout paiement, avait refusé d'honorer cette garantie de paiement. USA Waste Services demandait donc des dédommagements à hauteur de 60 millions de dollars américains.

Une audience sur la compétence s'est tenue le 31 janvier 2000 et le Tribunal a rendu, à l'issue de celle-ci, une sentence rejetant les prétentions du demandeur le 2 juin 2000 car il ne s'estimait pas compétent. En effet, Waste Management n'avait pas rempli les conditions posées à l'article 1121 de l'ALENA qui énonce les « conditions préalables à la soumission d'une plainte à l'arbitrage ». Celles-ci englobent, entre autres, un renoncement pour le demandeur à toute action devant les juridictions de l'État attrait devant le Tribunal, ce qui n'était pas le cas de manière explicite pour Waste Management à l'époque. Le Tribunal avait donc, à juste titre, refusé d'entendre l'affaire sur le fond⁸⁹.

Après avoir renoncé à toute prétention interne, il semblait logique que Waste Management saisisse à nouveau le CIRDI pour les mêmes parties et pour les mêmes faits. Ce fut donc fait le 27 septembre 2000. Le Mexique, mécontent de la nouvelle saisine a donc choisi de contester la compétence de ce nouveau Tribunal et la décision devant nous est donc la décision du Tribunal quant à sa compétence. Deux questions majeures et extrêmement intéressantes sur différents plans, ainsi qu'une plus annexe, sont donc traitées par le Tribunal afin de répondre à la demande mexicaine. Tout d'abord, il est nécessaire pour le Tribunal, mais aussi pour tous les autres tribunaux CIRDI sur le fondement de l'ALENA, de savoir s'il est possible ou non selon l'article

⁸⁸ Décision, Affaire No ARB(AF)/00/3, 26 juin 2002, 41 ILM 1315, (Mécanisme supplémentaire)

⁸⁹ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (2000), Affaire No. ARB(AF)/98/2) 40 ILM 56 (Mécanisme supplémentaire - Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et les commentaires d' Emmanuel Gaillard, «Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.): Chronique des sentences arbitrales» (2001) 128 J.D.I. 149, à la p. 150.

1121 d'initier un second arbitrage sur des faits quasi similaires avec les mêmes parties, fait extrêmement rare jusqu'à aujourd'hui mais très important pour le futur des arbitrages découlant du traité de l'ALENA (A). Ensuite, de manière fort générale et intéressante pour le droit international public, le Tribunal se lance, avec un ton presque didactique, dans l'« examen des conditions pour qu'une matière soit considérée comme *res judicata* en droit international »⁹⁰ (B). Enfin, de manière assez concise, le Tribunal, appuyant son raisonnement sur de la jurisprudence générale, analyse, à la demande du Mexique, si Waste Management n'a pas commis d'abus de procédure (C).

A. L'article 1121: une protection explicite contre la litispendance

L'argumentation autour de l'article 1121⁹¹ a été soulevée par le Mexique qui déclare fermement que « a disputing investor may have one but only one attempt at an international arbitration under Chapter 11. To put it in colloquial terms, a Claimant may have only one bite of the apple »⁹². Cette affirmation catégorique est cependant immédiatement remise en question par le Tribunal qui constate que le « Chapter 11 does not say this in so many words »⁹³ et que par conséquent l'analyse se doit d'être plus minutieuse.

À cette fin, le Tribunal tient à remettre cet article dans le contexte plus large des arbitrages en matière d'investissements qui utilisent de telles dispositions pour d'éviter les multiplications des procédures dans une même affaire, mais sans en accepter pour autant la vision du Mexique. Pour le Tribunal, ces clauses sont proches, même si moins strictes en l'espèce, de celles de certains traités bilatéraux⁹⁴.

Pour l'instance arbitrale, le traité opère une sorte de conciliation entre les différentes approches des traités bilatéraux, car il n'interdit pas tout recours aux

⁹⁰ Emmanuel Gaillard, «Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.): Chronique des sentences arbitrales » (2003) 130 J.D.I. 161, à la p. 166.

⁹¹ Article 1121 : Conditions préalables à la soumission d'une plainte à l'arbitrage : [...]

2. Un investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, aux termes de l'article 1117, uniquement si lui-même et l'entreprise
 a) consentent à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord, et
 b) renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation interne d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends [...].

dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, sur le site du secrétariat de l'ALENA : <<http://www.nafta-sec-alena.org>>. L'article 1121 a aussi été au centre du premier arbitrage, entraînant le tribunal à ne pas se reconnaître compétent; afin de comprendre les enjeux, voir R. Doak Bishop et William W. Russell, « Survey of Arbitration Awards Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement » (2002), 19 J. Int'l Arb. 505, aux pp. 512 – 519.

⁹² *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (2002), Affaire No. ARB(AF)/00/3) 41 ILM 1315, au para. 26 (Mécanisme supplémentaire - Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

⁹³ *Ibid.* Au para. 27.

⁹⁴ *Ibid.* Au para. 29.

juridictions internes, mais uniquement dans le cas où un arbitrage sous l'égide du CIRDI est en cours. De plus, et à toutes fins utiles, le Tribunal tient à préciser qu'il n'y a aucune obligation d'extinction des voies de recours internes avant de porter l'affaire devant un Tribunal arbitral⁹⁵. Ces précisions permettent pour ce dernier d'asseoir, de manière définitive, l'interprétation de ces paragraphes de l'article 1121 qui avait fait l'objet de nombreuses controverses notamment à la lumière la première sentence *Waste Management*⁹⁶. Gageons que cette interprétation concise et lumineuse sera réutilisée par tout Tribunal recherchant un modèle afin d'interpréter cette disposition de l'ALENA.

Toutefois, les arbitres tentent aussi d'explicitier les dispositions de l'article 1121 1(b)⁹⁷ qui signifient, selon ces derniers, « that the waiver contemplated by article 1121 (1)(b) is definitive in its effect, whatever the outcome of the arbitration »⁹⁸. Quelle est la nécessité d'une telle explicitation? Pourquoi le Tribunal a-t-il jugé nécessaire de s'engager dans une telle démonstration ?

Il nous apparaît que sa démarche est justifiée par une raison majeure: cela lui permettra de décider s'il est possible ou non de porter une seconde demande d'arbitrage devant un Tribunal CIRDI si, comme en l'espèce, la première n'a pas abouti. Pour les arbitres, il semble évident que l'article 1121 n'interdit de nouveaux recours que lorsque la première demande a eu un résultat effectif, quand les conditions de l'article 1121 ont été remplies et que la procédure d'arbitrage a pu avoir lieu de manière normale⁹⁹. Trois raisons sont avancées pour préférer cette vision à une position négative.

Tout d'abord, c'est une analyse méthodologique des termes employés par l'article 1121 qui permet de comprendre la position du Tribunal: la phrase « Un investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, aux termes de

⁹⁵ *Ibid.* Au para. 30.

⁹⁶ Voir entre autres, Jacob S. Lee, « No 'Double-Dipping' Allowed: an Analysis of *Waste Management v. United Mexican States* and the Article 1121 Waiver Requirement for Arbitration under Chapter 11 of NAFTA » (2000-2001) 69 *Fordham L. Rev.* 2655.

⁹⁷ Article 1121 : Conditions préalables à la soumission d'une plainte à l'arbitrage

1. Un investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, aux termes de l'article 1116, uniquement

a) s'il consent à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord, et
 b) dans les cas où la plainte porte sur des pertes ou dommages subis par une personne qui a des intérêts dans une entreprise d'une autre Partie qui est une personne morale qu'il possède ou contrôle directement ou indirectement, si lui-même et l'entreprise renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif aux termes de la législation d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 1116, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante.

dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <<http://www.nafta-sec-alena.org>>.

⁹⁸ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (2002), *supra* note 87 au para. 31.

⁹⁹ *Ibid.* Au para. 32.

l'article 1116, uniquement » illustre parfaitement la volonté des rédacteurs de n'utiliser cette clause « uniquement » si les deux conditions antérieures de (a) et (b) sont remplies. En l'absence des ces conditions « the dispute may not be submitted to arbitration »¹⁰⁰. Pour les arbitres, un problème de compétence résultant d'un litige procédural, de conformité avec l'article 1121, doit pouvoir être résolu par le demandeur et lui permettre de revenir de manière effective devant un Tribunal.

La deuxième justification du Tribunal est liée à la première car si le défaut de remplir les conditions de 1121 empêchait tout nouveau recours, comme en l'espèce, cela nuirait en quelque sorte à l'esprit d'arbitrabilité des litiges découlant de l'ALENA, à la volonté d' « établir des procédures efficaces pour la mise en oeuvre et l'application du présent accord, pour son administration conjointe et pour le règlement des différends »¹⁰¹. En effet, le demandeur ayant abandonné toute possibilité de recours devant les juridictions nationales se verrait aussi refuser toute possibilité de voir son litige résolu sur le fond par un arbitrage et donc perdrait tout recours contentieux effectif. C'est pourquoi, pour le Tribunal « [s]uch a situation should be avoided if possible »¹⁰² et cela semble être la justification nécessaire à toute situation d'impasse juridictionnelle comme en l'espèce afin que le droit contenu dans l'ALENA à voir son litige entendu par une juridiction soit respecté.

De plus, pour renforcer encore son argumentation, et l'on sent l'influence de l'internationaliste publiciste présidant la procédure, le Tribunal s'attache donc à prouver qu'aucune règle de droit international public n'existe car « the withdrawal of a claim does not, unless otherwise agreed, amount to a waiver of any underlying rights of the withdrawing party »¹⁰³. L'appui apporté par l'abondante jurisprudence internationale permet donc au Tribunal de conclure au bien fondé de sa position et d'affirmer que celle-ci est conforme à tous les standards en la matière. De plus le Tribunal, respectant son mandat quant au droit applicable au litige, s'est montré clair, précis et organisé quant à la présentation de son argumentation, qualité appréciable pour un organe arbitral.

B. Une approche didactique face à la notion de *Res Judicata*

La notion de *res judicata*, ou d'autorité de la chose jugée, est une notion importante qui est acceptée comme un principe général de droit consacré par la jurisprudence internationale¹⁰⁴ mais le soin apporté par le Tribunal afin de donner une définition la plus exhaustive et la plus précise possible doit être notée. En effet, l'instance arbitrale semble mettre un point d'honneur à ce que la notion ne soit pas

¹⁰⁰ *Ibid.* Au para. 33.

¹⁰¹ Article 102(1)(e) du *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <<http://www.nafta-secalena.org/french/index.htm>>.

¹⁰² *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (2002), *supra* note⁹², au par. 35.

¹⁰³ *Ibid.* Au para. 36.

¹⁰⁴ Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 2002, à la p. 353.

détournée de son utilité première: l'impossibilité de remettre en cause une jurisprudence pour des faits et des parties donnés. Le Mexique avait lui argumenté qu'en l'espèce, pour le Tribunal d'accepter sa compétence et de juger l'affaire serait la négation même de ce principe car le premier Tribunal aurait donné son opinion non seulement sur des problèmes de compétence mais aussi sur le fond de l'affaire. Cette argumentation ne sera pas suivie à juste titre.

De fait, le Tribunal ne conteste pas que la décision de 2000 soit *res judicata*, mais ce dernier ne considère pas que la procédure en l'espèce soit en contradiction avec ce principe. Pour cela, c'est vers le droit international public général que se tourne le Tribunal pour affirmer, lui aussi, que ce dernier est un principe général de droit international comme posé par l'article 38(1)(c) du *Statut de la Cour internationale de justice*. Mais le Tribunal, afin de ne pas se retrouver dans une situation embarrassante, réitère très clairement les conditions pour faire appel au principe : « if it is between the same parties and concerns the same question as previously decided »¹⁰⁵. À l'appui de son raisonnement, le Tribunal fournit une importante jurisprudence aussi bien arbitrale que de la Cour permanente de justice internationale pour déterminer que, de manière logique, cette règle et les interprétations données doivent s'appliquer dans le cadre du chapitre 11 de l'ALENA.

Afin de conclure que le principe *res judicata* ne s'oppose pas à la compétence du Tribunal, ce dernier fait donc une distinction inévitable, à des fins de justification, entre une décision sur le fond et une décision sur la compétence. Pour le Tribunal, sans renier le principe et avec même une volonté farouche de le préserver, toute décision sur la compétence, même si pour les besoins de la détermination de sa compétence y a parfois recours, n'analyse aucunement le fond de l'affaire et que donc une telle sentence « does not constitute *res judicata* as to those merits »¹⁰⁶. À l'instar de la Cour suprême du Mexique, et en utilisant un faisceau d'indices jurisprudentiels et doctrinaux, le Tribunal ne reçoit pas la demande du défendeur car il n'y a pas d'indices, ni de raison de croire d'après la première sentence, que certains problèmes au fond sont *res judicata*. Les évocations du fond dans la première affaire ne l'ont été qu'à des fins téléologiques, afin d'atteindre le but poursuivi: celui de la détermination de la compétence et en aucune manière que ce soit à des fins de résolution de manière définitive des problèmes de fond du litige.

La réaffirmation du principe *res judicata* ainsi que l'argumentation déployée par le Tribunal inscrit cette démonstration comme une référence en matière d'utilisation jurisprudentielle, malgré l'absence d'obligation découlant d'un quelconque *stare decisis*, et de la doctrine pour l'application de ce principe lors de conflit juridictionnels internationaux. L'effort de clarté ainsi que d'exhaustivité dans une argumentation concise doit de même être salué.

¹⁰⁵ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (2002), *supra* note 87 au para. 39.

¹⁰⁶ *Ibid.*, au para. 43.

C. L'abus de procédure comme argument de la dernière chance

Le Mexique a donc tenté de faire condamner Waste pour abus de procédure, car ce dernier aurait commis une telle violation en engageant des procédures multiples devant des juridictions nationales et devant un Tribunal arbitral¹⁰⁷. L'interrogation première, et à notre avis majeure, concerne les pouvoirs du Tribunal en la matière, car aucune disposition précise et explicite n'est présente dans le mécanisme supplémentaire ou dans l'ALENA. Cependant, si un tel pouvoir existe, il est évident que pour le Tribunal, son utilisation doit être très stricte et réservée à des situations exceptionnelles. La jurisprudence de la Cour internationale de justice sert de calque afin de déterminer si le demandeur a pu commettre un tel abus ; la réponse est négative puisque ce dernier s'est uniquement contenté d'utiliser les voies de droits qui lui étaient ouvertes : « within the framework of the remedies open to it ».

Aucun exemple de mauvaise foi ou de demandes incompatibles avec un tel principe n'ayant été constatées, il semble donc logique que les arbitres refusent de recevoir une telle demande du Mexique.

Ce dernier se voit donc débouter de toutes ses demandes, et ce à juste titre.

Le Tribunal arbitral a effectué, nous semble-t-il, un travail efficace pour traiter de demandes qui n'étaient pas forcément aisées. L'analyse unique à ce jour, mise à part lors du premier arbitrage mais à des fins différentes, de l'article 1121 sera vraisemblablement une référence en la matière. De plus, l'exposé sur le principe de *res judicata* pourrait être donné comme exemple pour des étudiants soucieux d'approfondir cette matière somme toute peut traitée en droit international public.

VI. *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine*¹⁰⁸

Composition du Comité ad hoc: M. Yves Fortier, Président; M. James Crawford et M. José Carlos Fernández Rozas.

La décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine (Vivendi c. Argentine)* est la septième décision rendue sur le fondement de l'article 52 de la *Convention de Washington*¹⁰⁹ qui permet aux parties de requérir l'annulation d'une sentence rendue par un Tribunal constitué sous l'égide du CIRDI.

¹⁰⁷ *Ibid.* Au para. 48.

¹⁰⁸ Affaire No. ARB/97/3, 3 juillet 2002, Décision du Comité ad hoc, 41 ILM 1135, traduction française au 130 JDI 195. Dans ce commentaire, les citations de cette décision proviennent de la traduction en français d'Emmanuel Gaillard au Journal du droit international. Le lecteur peut se référer aisément à la version originale en langue anglaise publiée à *International Legal Materials* grâce aux numéros de paragraphe.

¹⁰⁹ Au 15 juillet 2003, il n'y avait plus de procédure en annulation pendantes le CIRDI, le Comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *Philippe Gruslin c. Malaisie* (ARB/99/3) ayant rendu une ordonnance mettant fin à l'instance d'annulation pour défaut de paiement des frais, le 2 avril 2002 (non publiée).

La *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal* (Vivendi) ou « les Demandeurs »- avaient formé une demande en annulation à l'encontre de la sentence rendue le 21 novembre 2000 (Sentence) par un Tribunal composé de M. F. Rezek, Président, Th. Buergethal et P. Trooboff¹¹⁰ (Tribunal). Dans cette Sentence, les arbitres avaient retenu leur compétence sur le fondement de l'Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements conclu le 3 juillet 1991 entre la France et l'Argentine (BIT). Au fond, la Sentence rejetait toutefois l'ensemble des demandes formulées par les Demandeurs à l'encontre de l'Argentine.

Le différend entre les parties avait pour objet l'interprétation et l'exécution d'un contrat de concession, signé en 1995 pour une durée de 30 ans, relatif à l'exploitation du réseau de distribution et d'assainissement des eaux de la province de Tucumán, signataire de ce contrat avec les Demandeurs. Pour ces derniers, les agissements de la province de Tucumán et de l'État argentin ayant eu pour conséquence de mettre un terme au contrat de concession constituent une violation des obligations souscrites par l'Argentine en application du BIT.

Dans sa décision du 3 juillet 2002, le Comité *ad hoc* annule partiellement la sentence du 21 novembre 2000. En premier lieu, les membres du Comité *ad hoc* approuvent la décision du Tribunal de se reconnaître compétent pour connaître du litige. Ils rejettent également les griefs d'annulation portant sur les demandes relatives aux actes de l'autorité fédérale argentine. En revanche, le Comité *ad hoc* retient que « le Tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs en n'examinant pas au fond les demandes concernant les actes des autorités de la Province de Tucumán en vertu du BIT et sa décision est annulée pour ce qui les concerne »¹¹¹. Le litige entre Vivendi et l'Argentine n'est donc pas clos à l'issue de cette procédure d'annulation. Il reste loisible à l'une ou l'autre partie de soumettre à nouveau leur différend à Tribunal constitué sous l'égide du Centre mais uniquement pour ce qui a trait aux parties annulées de la sentence, conformément à l'article 55(3) de la *Convention*¹¹².

La décision du 3 juillet 2002 est, par son importance et ses conséquences juridiques, dans la lignée de celle rendue par un autre Comité *ad hoc* dans l'affaire

¹¹⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2000), Affaire No. ARB/97/3, 40 ILM 426 (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements). On peut également noter la publication d'une décision du 3 octobre 2001 sur la demande formée par l'Argentine de récusation du Président du Comité *ad hoc* publiée en 2002 17 ICSID Rev. – *Foreign Inv't L.J.* 168. Cette demande n'a pas abouti. Enfin, postérieurement à la décision du Comité *ad hoc*, une décision sur une demande de décision supplémentaire et de corrections a été rendue le 28 mai 2003 (non publiée).

¹¹¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2002), Affaire No. ARB/97/3, Décision du Comité *ad hoc*, 41 ILM 1135, traduction française au 130 JDI 195 (Voir aussi les observations d'Emmanuel Gaillard, (Centre International pour le Règlement international des Différends relatifs aux Investissements), au para. 119.

¹¹² Au 15 juillet 2003, le secrétariat du CIRDI n'avait pas enregistré de nouvelle requête d'arbitrage entre ces parties.

*Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Égypte*¹¹³. Dans l'affaire Vivendi, le Comité *ad hoc* reconnaît que la requête en annulation de l'Argentine « a soulevé une question d'importance générale difficile et nouvelle concernant le CIRDI et le fonctionnement des accords tendant à la protection de l'investissement sur le modèle du BIT »¹¹⁴. Cette question, au centre de la décision d'annulation du Comité *ad hoc*, porte sur l'articulation entre les recours qu'un investisseur peut exercer devant les juridictions locales de l'État d'accueil et ceux qui lui sont ouverts devant une juridiction arbitrale internationale en vertu d'un traité (B). Cette étude intervient après que le Comité *ad hoc* ait analysé la sentence et défini les principes régissant son action d'une manière exemplaire (A).

A. L' « office » du Comité *ad hoc*

La décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire Vivendi retient l'attention par une analyse particulièrement rigoureuse et méthodique de la sentence examinée (1) et par ses développements sur le rôle de la procédure d'annulation dans le système de règlement des différends issu de la *Convention de Washington*.

1. UN EXAMEN MÉTHODIQUE DE LA SENTENCE OBJET DE LA DEMANDE EN ANNULATION

La volonté des membres du Comité *ad hoc* de procéder à une analyse extrêmement rigoureuse de la sentence du 21 novembre 2000 est exprimée sans équivoque dans la décision elle-même : « Il ne fait aucun doute que le Comité doit prendre de grandes précautions pour s'assurer que le raisonnement d'un Tribunal arbitral est bien compris [...] »¹¹⁵. De fait, l'argumentation du Tribunal est, sur les points essentiels, entièrement décrite par le Comité *ad hoc*.

Il en est ainsi par exemple de la longue présentation du raisonnement du Tribunal ayant trait aux demandes visant les actes de la province de Tucumán¹¹⁶. Le Comité synthétise l'intégralité de l'analyse du Tribunal, notes de bas de page, observations accessoires et rappels compris¹¹⁷. De ce point de vue, l'un des aspects de la méthodologie¹¹⁸ de ce Comité *ad hoc* consiste à exposer la sentence du Tribunal de la manière la plus claire et la plus logique possible, prenant de « grandes

¹¹³ *Wena Hotels Ltd. c. République Arabe d'Égypte* (2002), Décision du comité *ad hoc*, 41 I.L.M. 933, (Centre International pour le Règlement international des Différends relatifs aux Investissements), commentée par ailleurs dans cette chronique.

¹¹⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale de s Eaux) c. République argentine* (2002), *supra* note ¹¹¹, au para. 117.

¹¹⁵ *Ibid.* Au para. 62.

¹¹⁶ *Ibid.* Aux para. 23-43.

¹¹⁷ Voir pour une illustration de la volonté du Comité *ad hoc* d'exposer le raisonnement du Tribunal de la manière la plus complète possible, son explication du contenu de l'expression du Tribunal « selon la même analyse », *ibid.* Au para. 37.

¹¹⁸ Le terme est emprunté à Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary.- a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, à la p. 894.

précautions » pour justifier que l'interprétation retenue est bien celle que le Tribunal avait voulue¹¹⁹. La formule d'un autre Comité *ad hoc* selon laquelle la sentence doit « enables one to follow how the tribunal proceeded from Point A to Point B, and eventually to its conclusion »¹²⁰ bien qu'énoncée pour les besoins de l'examen du grief de défaut de motif au sens de l'article 52(1)(e) de la Convention CIRDI, semble sous-tendre l'ensemble de la démarche du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi c. Argentine*.

2. LA CONCEPTION RETENUE DU RÔLE DU COMITÉ AD HOC

Le Comité *ad hoc* choisit de faire précéder l'examen des griefs d'annulation proprement dits par « quelques brèves remarques sur le rôle de la procédure d'annulation dans le système CIRDI »¹²¹.

Le poids des critiques émises à l'encontre des décisions des premiers comités *ad hoc* constitués sous l'égide du CIRDI dans les affaires *Klöckner c. Cameroun* et *Amco c. Indonésie*¹²² continue à se faire sentir, la décision *Vivendi* rappelant « qu'un comité *ad hoc* n'est pas juridiction d'appel »¹²³. Par ailleurs, la jurisprudence des comités *ad hoc*¹²⁴ est encore trop peu fournie pour que certaines questions relatives aux pouvoirs de ces comités ne soient plus abordées.

Dans l'affaire *Vivendi c. Argentine*, le Comité *ad hoc* est revenu d'une part sur l'étendue de l'examen d'une sentence critiquée pour « défaut de motifs » et, d'autre part, sur le principe de l'annulation partielle de la sentence.

Sur la première question, la décision du Comité *ad hoc* est conforme aux principes déjà établis en jurisprudence et en doctrine. Pour qu'une sentence soit

¹¹⁹ Voir l'insistance du Comité *ad hoc* à justifier son interprétation de la Sentence: « Le fait que ce qui précède reflète une interprétation correcte de la décision du Tribunal à propos de l'article 8(2) est confirmé par la discussion incluse dans la note de bas de page de la page 19, au paragraphe 53 de la sentence [...] », *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2002), *supra* note 106 au para. 39.

¹²⁰ *MINE c. Guinée*, Décision du Comité *ad hoc* du 22 décembre 1989, 4 ICSID Rep. 79 (1997) au para. 5.09.

¹²¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2002), *supra* note ¹¹¹, au para. 61.

¹²² *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (1985), Affaire No. ARB/81/2, Décision du Comité *ad hoc* 2 ICSID Rep. 95, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et en extraits au 114 J.D.I. 163, avec les observations d'Emmanuel Gaillard, et *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie* (1986), Affaire No. ARB/81/1, Décision du Comité *ad hoc*, 25 ILM 1439, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et en extraits au 114 J.D.I. 174, avec les observations d'Emmanuel Gaillard.

Voir, pour des références à des commentaires sur ces décisions, la note 7 sous le commentaire dans cette chronique de la Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Égypte*.

¹²³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2002), *supra* note 106 au para. 62.

¹²⁴ Voir, sur l'existence de cette notion, Christoph H. Schreuer, *supra* note 113 aux pp. 1069-1071, aux para. 508-512.

annulée sur le fondement du grief de « défaut de motifs » (Article 52(1)(e) de la Convention CIRDI), ce défaut doit être compris comme « l'absence de toute motivation concernant tout ou partie de la sentence, et non l'absence de motivation juste ou convaincante »¹²⁵, la justesse des motifs donnés par un Tribunal « est sans pertinence au regard de l'article 52(1)(e) »¹²⁶. Cette interprétation est conforme tant au principe selon lequel le Comité *ad hoc* est une instance d'annulation et non d'appel qu'à celle déjà retenue dans de précédentes instances d'annulation¹²⁷. Le fait que ce grief ne soit pas examiné¹²⁸ par le Comité *ad hoc* – la sentence ayant été partiellement annulée pour d'autres raisons par ailleurs – indique bien la volonté de celui-ci de confirmer les précédents jurisprudentiels.

La deuxième question, relative au principe même de l'annulation partielle de la sentence, semble réglée par l'article 52(3) *in fine* qui dispose que « Le Comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa (1) du présent article ». Toutefois, une difficulté procédurale est apparue lorsque l'Argentine a soutenu de façon subsidiaire devant le Comité *ad hoc* que si celui-ci devait prononcer l'annulation d'une partie de la Sentence, c'est la Sentence dans son ensemble qui devrait être annulée, y compris la partie dans laquelle le Tribunal s'était déclaré compétent. L'Argentine cherchait ainsi à obtenir que Vivendi soit contrainte de recommencer l'ensemble de la procédure si elle devait l'emporter devant le Comité *ad hoc*. Restait à savoir si l'Argentine pouvait, en tant que défendeur à la présente instance, demander l'annulation d'autres parties de la Sentence pour d'autres motifs.

Le Comité *ad hoc* a rejeté la prétention argentine en décidant que « lorsqu'un motif d'annulation est établi, il appartient au comité *ad hoc*, et non à la partie demanderesse, de déterminer l'étendue de l'annulation »¹²⁹. Pour autant, le Comité *ad hoc* accepte d'examiner la demande d'annulation subsidiaire de l'Argentine. En effet, conformément à l'Article 52(1), « chacune des parties peut demander par écrit au Secrétaire général l'annulation de la sentence ». Les Demandeurs avaient contesté la demande argentine considérant qu'il s'agissait en fait d'une demande en annulation reconventionnelle qui n'est pas recevable dans le mécanisme de la *Convention*. Pour le Comité *ad hoc*, même présentée de manière subsidiaire dans les mémoires échangés en cours de procédure, une demande d'annulation subsidiaire doit être examinée en tant que telle.

¹²⁵ *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2002), *supra* note 106 au para. 64.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Voir sur cette question la description de Christoph H. Schreuer, *supra* note 113 aux pp. 984-1008.

¹²⁸ *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2002), *supra* note 106 au para. 116.

¹²⁹ *Ibid.* Au para. 69.

B. L'articulation entre les recours locaux et l'arbitrage CIRDI

L'apport majeur de la décision d'annulation partielle du 3 juillet 2002 consiste en son analyse de l'articulation des recours qu'un investisseur peut détenir conjointement devant les juridictions locales de l'État d'accueil et devant un Tribunal constitué sous l'égide du CIRDI.

Il importe ici de décrire certains éléments de fait du litige. Le contrat de concession signé entre les Demandeurs et la Province de Tucumán comportait en son article 16.4 une clause attributive de juridiction selon laquelle la résolution des litiges contractuels, qu'il s'agisse de leur interprétation ou de leur application, doit être soumise à la compétence exclusive des juridictions administratives de la Province de Tucumán¹³⁰.

L'article 8 du BIT, quant à lui, dispose en substance qu'un investisseur peut porter un différend relatif à un investissement devant un Tribunal constitué en application des règles de la *Convention de Washington*. Par ailleurs, l'article 8.2 du BIT dispose qu'« une fois qu'un investisseur a soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée, soit à l'arbitrage international, le choix de l'une ou l'autre de ces procédures reste définitif »¹³¹.

Or, le litige découlant du contrat de concession n'a jamais été soumis par les demandeurs à un Tribunal administratif argentin, contrairement à la clause attributive de juridiction stipulée dans ce contrat, mais directement à un Tribunal mis en place sous l'égide du CIRDI, conformément au BIT.

C'est donc la combinaison de la clause attributive de juridiction issue du contrat de concession, de la clause de résolution de litiges issue du BIT et de clause dite d'« option irrévocable »¹³² de l'article 8.2 qui constitue le cœur de la problématique que devait trancher le Tribunal et que doit contrôler le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi c. Argentine*.

Cette juxtaposition de clauses qui semblent s'exclurent mutuellement est pourtant relativement commune en droit des investissements internationaux. Il est en effet fréquent que le contrat d'un investisseur soit soumis aux juridictions de l'État d'accueil et les litiges contractuels qui en découlent y seraient logiquement soumis. Quant aux différends découlant d'un BIT, s'il existe et s'il contient une clause de résolution des différends par voie d'arbitrage international, ils seraient tout aussi logiquement soumis au mécanisme de résolution des différends issus du traité. Cette distinction, simple en théorie, se complique lorsque l'objet du litige est difficile à déterminer, ou s'il relève tant du contrat que du BIT.

¹³⁰ Sentence du 3 juillet 2000, citée dans *ibid.* Au para. 11.

¹³¹ Cité dans *ibid.* Au para. 53.

¹³² L'expression est empruntée à Emmanuel Gaillard qui, dans son commentaire de cette Décision au 130 JDI 230, la préfère à celle de « bifurcation et voie unique » parfois utilisée pour traduire l'expression anglaise « fork in the road » décrivant ce type de clauses et la situation à laquelle est confronté un investisseur au moment de choisir sa stratégie contentieuse (voir spécialement à la p. 231).

Le Tribunal constitué dans l'affaire *Vivendi c. Argentine* s'est heurté à cette difficulté sans la résoudre d'une manière satisfaisante au regard des principes contemporains régissant le droit des investissements internationaux.

On rappelle que, dans un premier temps, le Tribunal s'était reconnu compétent pour trancher le litige estimant que les prétentions des Demandeurs « n'ont pas à être soumises à la compétence des juridictions administratives de la Province de Tucumán pour la seule raison que, par hypothèse, ces demandes ne sont pas fondées sur le contrat de concession mais reposent sur un droit d'action découlant du BIT »¹³³. Cette distinction entre le droit d'action relevant d'un contrat et celui issu du BIT est également établie dans deux autres décisions de tribunaux CIRDI contemporaines de l'affaire *Vivendi*. Il s'agit de la décision préliminaire sur la compétence du 8 décembre 1998 dans l'affaire *Lanco c. Argentine*¹³⁴ et de la décision sur la compétence du 23 juillet 2001 dans l'affaire *Salini c. Maroc*¹³⁵. Ce n'est donc pas au stade la compétence que le Tribunal ne parvient pas à délier le nœud des compétences concurrentes issues du contrat et du BIT mais, de façon surprenante, lors de l'examen du fond du litige.

Le Comité *ad hoc* relève lui-même « la conclusion essentielle du Tribunal » qui a décidé que,

en raison du lien crucial existant dans cette affaire entre les dispositions du contrat de concession et les prétendues violations du BIT, la République Argentine ne peut être reconnue responsable à moins que et jusqu'à ce que, comme l'exige l'article 16.4 du contrat de concession, les demanderessees n'aient fait valoir leurs droits dans des procédures devant les juridictions administratives de la Province de Tucumán et que leurs droits n'aient pas été reconnus, procéduralement ou au fond.¹³⁶

Ce faisant, le Tribunal adopte une conception restrictive de son rôle de juridiction régulatrice en matière d'investissements internationaux. Il limite son intervention dans le litige en cause, sous prétexte de l'enchevêtrement des prétentions découlant tantôt du contrat et tantôt du BIT, au contrôle du déni de justice. L'évolution du droit des investissements internationaux avait pourtant permis aux tribunaux arbitraux internationaux de dépasser ce contrôle minimal et largement insuffisant. Pourtant, le

¹³³ *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2000), *supra* note 105 au para. 53, citée dans *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2002), *supra* note 106 au para. 14.

¹³⁴ *Lanco International Inc. c. République argentine*, décision préliminaire sur la compétence du 8 décembre 1998, dans 40 ILM 457, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) et en extraits traduits en français dans 129 JDI 212 (2002) avec les observations d'Emmanuel Gaillard.

¹³⁵ *Salini Costruttori S.P.A. et Italstrade S.P.A. c. Royaume du Maroc*, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements), dans 129 JDI 196 (2002) avec les observations d'Emmanuel Gaillard.

¹³⁶ *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2000), *supra* note ¹¹⁰, au par. 78, citée dans *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2002), *supra* note 106 au para. 32.

Tribunal arbitral ne tire pas les conséquences de la compétence qu'il s'est lui-même reconnu et rejette les demandes formulées sur le fondement du BIT par les demandeurs contre la Province de Tucumán.

Pour soutenir sa demande d'annulation partielle devant le Comité *ad hoc*, Vivendi a invoqué trois griefs d'annulation. Le grief de l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (Article 52(1)(d) de la *Convention de Washington*) sera écarté par le Comité *ad hoc*¹³⁷ tandis que celui reposant sur le défaut de motifs (Article 52(1)(e) de la *Convention de Washington*) ne sera pas examiné¹³⁸. C'est donc à travers le troisième grief invoqué par Vivendi, l'excès de pouvoir manifeste au sens de l'Article 52(1)(b) de la *Convention de Washington*, que le Comité *ad hoc* examinera la Sentence.

Les membres du Comité *ad hoc* rappellent dans un premier temps les principes posés par la *Décision Woodruff*¹³⁹ rendue par la Commission Mixte Américano-Vénézuélienne en 1903 selon lesquels une clause attributive de compétence exclusive « n'excluait pas et ne pouvait pas exclure »¹⁴⁰ une compétence concurrente sur le terrain international si la demande porte sur une prétention de violation du droit international.

C'est sur ce fondement que le Comité *ad hoc*

ne comprend pas comment, s'il y avait eu en l'espèce une violation du BIT (ce qui est une question de droit international), l'existence de l'article 16(4) du contrat de concession aurait pu empêcher sa qualification comme telle. Un État ne peut s'abriter derrière une clause attributive de compétence exclusive d'un contrat pour éviter la qualification de son comportement comme internationalement illicite en application d'un traité.¹⁴¹

Cette distinction des ordres juridiques à l'origine de la demande, acceptée en droit international, avait pourtant été reprise par le Tribunal lors de l'examen de sa compétence. Néanmoins, celui-ci s'est départi de cette conception au fond. C'est précisément cette « démission » du Tribunal au fond que le Comité *ad hoc* critique en relevant que la décision essentielle du Tribunal de rejeter les demandes formulée par Vivendi à l'égard de la Province de Tucumán est rédigée « non en termes de décision, mais d'impossibilité de décision »¹⁴² et d'en conclure que « le Tribunal [...] n'a pas en réalité jugé si le comportement en question était constitutif d'une violation du BIT »¹⁴³. Pour le Comité *ad hoc*, les demandresses « n'auraient pas dû être privées d'une décision, dans un sens ou dans un autre, au seul motif que les juridictions

¹³⁷ *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2002), *supra* note 106 aux para. 82-85.

¹³⁸ *Ibid.*, au para. 116.

¹³⁹ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, p. 213, citée *ibid.*, au para. 99.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.* Au para. 103.

¹⁴² *Ibid.* Au para. 110 (italiques dans l'original).

¹⁴³ *Ibid.* Au para. 111.

nationales auraient pu leur fournir une solution, en tout ou partie. Elles avaient, en vertu du BIT, le choix du recours »¹⁴⁴.

Au terme d'un raisonnement d'une rigueur remarquable, le Comité *ad hoc* en conclut que le Tribunal a excédé ses pouvoirs en n'examinant pas les demandes relatives aux actes de la Province de Tucumán alors qu'il s'était reconnu compétent pour le faire¹⁴⁵.

La décision du Comité *ad hoc* et son analyse de l'articulation des compétences locales et arbitrales en matière d'investissements internationaux est fondamentale¹⁴⁶. Appelée à faire jurisprudence, elle confirme et étend d'ores et déjà la position de principe comparable que les tribunaux constitués dans les affaires *Lanco c. Argentine* et *Salini c. Maroc* avaient déjà ébauchée¹⁴⁷.

Surtout, cette décision et ses motifs posent de manière ferme et durable le principe de la séparation entre les demandes qui relèvent de la sphère contractuelle et celles qui relèvent de la sphère internationale dans le droit des investissements internationaux. Cette distinction n'est pas théorique puisque l'ensemble de la matière est imprégné de ces deux ordres juridiques : une clarification s'imposait pour tout investisseur, et ils sont nombreux, ayant signé des contrats dans un État d'accueil et se trouvant protégé par un BIT¹⁴⁸.

De là, on peut mesurer les conséquences de cette décision sur la compétence du CIRDI. Il est en effet permis de penser que la décision *Vivendi c. Argentine* contribuera à élargir encore la palette des affaires qui pourraient relever du CIRDI. L'extension de la compétence du CIRDI se confirme dans plusieurs domaines - accroissement du nombre de BIT contenant des clauses CIRDI, extension de la notion d'investissement et, comme le montre la décision *Vivendi c. Argentine*, séparation stricte entre les procédures CIRDI et les procédures locales - et semble être le maître mot de la jurisprudence du CIRDI. Si le CIRDI était une juridiction nationale, on aurait pu parler de « politique jurisprudentielle » tant la tendance semble marquée. Reste à savoir si cette tendance satisfait les États signataires de la *Convention* « consommateurs » d'investissements étrangers. L'Argentine, État le plus souvent cité devant le CIRDI avec vingt affaires dont quinze pendantes (au 15 juillet 2003), aura, à n'en pas douter, un point de vue très critique sur cette évolution.

¹⁴⁴ *Ibid.* Au para. 113.

¹⁴⁵ *Ibid.* Au para. 115.

¹⁴⁶ Sur l'ensemble de la question, voir Emmanuel Gaillard, « *Vivendi* and Bilateral Investment Treaty Arbitration » (6/02/2003) *N.Y.L.J.* 3.

¹⁴⁷ Voir, pour une analyse de ces décisions et de leurs limites, les observations d'Emmanuel Gaillard sous la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi c. Argentine*, dans 130 *J.D.I.* 238 (2003) et sous la décision *Salini c. Maroc*, au 129 *J.D.I.* 196 (2002)

¹⁴⁸ La multiplication des BIT à travers le monde a pour conséquence que cette situation est en passe de devenir la norme.

VII. *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*¹⁴⁹

Composition du Tribunal: Sir Ninian Stephen, président; Professeur James R. Crawford et le Juge Stephen M. Schwebel.

Cette affaire résulte d'un litige opposant une entreprise, nationale d'un État partie, aux États-Unis, État partie à l'Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALENA)¹⁵⁰. L'utilisation du Mécanisme supplémentaire s'explique par le fait que ni le Canada, ni le Mexique, ne sont parties à la *Convention de Washington* et qu'ils n'ont, par conséquent, pas accès aux procédures de cette *Convention* ce qui ne leur donne pas les mêmes garanties en matière procédurale notamment avec l'impossibilité d'avoir recours à la procédure d'annulation¹⁵¹. Ce litige, de fait, illustre une nouvelle utilisation des mécanismes du CIRDI: son incorporation dans des traités multilatéraux comme mode de règlement des différends entre pays développés, comme dans la Charte de l'Énergie par exemple¹⁵². Il est intéressant de noter qu'à l'origine du Centre, sa vocation plus ou moins avouée était de protéger les investisseurs des pays développés, et de leur apporter une garantie dans les pays en voie de développement, plus enclins à effectuer des expropriations ne respectant pas les standards du droit international ou ayant des systèmes juridiques parfois déficients en matière de protection des investissements. Si l'affaire devant nous ne servira pas de précédent pour le mécanisme de la *Convention de Washington*, elle sera sûrement d'une grande utilité pour les futures utilisations du Mécanisme supplémentaire entre parties de l'ALENA car elle réaffirme les principes et les interprétations de l'accord déjà établis par d'autres arbitrages et permet d'ancrer de manière croissante une sorte de jurisprudence propre à ce mécanisme au sein de l'ALENA.

Les faits de l'affaire sont relativement clairs et simples. Mondev est donc une entreprise canadienne de développement immobilier. En 1978, une filiale de Mondev, *Lafayette Place Associates* – ci-dessous « LPA » – a signé un accord avec la ville de Boston et la *Boston Redevelopment Authority* – ci-dessous « BRA » – afin de développer un centre commercial.

En 1990, une banque américaine a entrepris des saisies sur le centre commercial et la filiale de Mondev a donc engagé en 1992 des poursuites contre la ville et la BRA pour, entre autres, la rupture de leur contrat de concession immobilière. La filiale a obtenu gain de cause en première instance en 1994 et ce verdict, rendu par un jury, a été confirmé par un juge de première instance (*trial judge*) à l'encontre de la ville de Boston mais rejeté concernant la BRA du fait de

¹⁴⁹ 11 Octobre 2002, Affaire No. ARB(AF)/99/2, 42 ILM 85, (Mécanisme supplémentaire)

¹⁵⁰ *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington les 8 et 17 décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 Décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <<http://www.nafta-sec-alena.org>>.

¹⁵¹ Voir le recours devant une juridiction nationale contre la sentence prise sur le fondement de l'ALENA en utilisation du Mécanisme supplémentaire, éventualité impossible en utilisant la Convention de Washington, *The United Mexican States c. Metalclad Corp* (2001), [2001] 89 B.C.L.R. (3^e) 359 (Cour Suprême C.-B.).

¹⁵² Voir l'article 26 du *Traité sur la Charte de l'Énergie*, 17 décembre 1994, J.O.C.E. L-380-49 du 31 décembre 1994.

l'immunité de juridiction qui lui est conférée en matière contractuelle pour les délits intentionnels (*intentional torts*). En appel de ces jugements, la Cour Suprême du Massachusetts a réaffirmé le jugement à l'encontre de BRA mais a accepté l'appel de la ville concernant la demande relative au contrat, refusant donc de donner droit à toutes les demandes de LPA. Les autres demandes engagées par LPA, notamment à l'endroit de la Cour Suprême des États-Unis par un *certiorari*, ont été toutes rejetées.

Ces refus répétés ont convaincu Mondev, en 1999, de porter la présente affaire devant un Tribunal arbitral, en application de l'article 1116 de l'ALENA qui offre la possibilité d'utiliser le Mécanisme supplémentaire du CIRDI, « on its own behalf for loss and damages caused to its interests in LPA »¹⁵³. Mondev argue que les États-Unis ont failli à leurs obligations découlant du Chapitre 11 de l'ALENA en n'accordant ni le traitement national à LPA de l'article 1102, ni la norme minimale de traitement de l'article 1105 et ont également violé l'obligation de l'article 1110 en expropriant l'investissement sans compensation. De ce fait, Mondev réclame des dommages et intérêts d'un minimum de 50 millions de dollars américains¹⁵⁴.

Il faut donc analyser les deux étapes de la contestation de Mondev des décisions de justice américaine pour lesquelles le Tribunal arbitral établit sa compétence en premier lieu¹⁵⁵. Ces deux étapes sont reprises par l'instance arbitrale lors de sa sentence: tout d'abord l'affirmation claire et précise des notions incluses dans l'article 1105 de l'ALENA, article central de la contestation, en utilisant et explicitant de manière extrêmement intéressante l'interprétation donnée par la Commission du libre-échange (ci-dessous « CLE ») (A), et ensuite l'analyse de son respect, ou non, par les décisions rendues par les Cours du Massachusetts ainsi que celles prises par les co-contractants (B).

A. **L'interprétation de l'article 1105: une nécessité au vu de la rédaction de cette disposition**

L'article 1105, en ses passages pertinents, dispose que :

Article 1105 : Norme minimale de traitement

1. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.¹⁵⁶

La rédaction de l'article 1105 est claire mais large et donc sujette à interprétation car le contenu de la norme minimale de traitement n'apparaît pas

¹⁵³ *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique* (2002), Affaire No. ARB(AF)/99/2, 42 ILM 85 (2003), à la p 86, (Mécanisme Supplémentaire – Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

¹⁵⁴ *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, supra note 147 à la p. 86.

¹⁵⁵ *Ibid*, à la p. 93 - 102.

¹⁵⁶ *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, supra note 114.

comme explicite: qu'entendent les rédacteurs de l'accord par « traitement juste et équitable » et par « protection et sécurité intégrales »¹⁵⁷? De nombreux arbitrages ont eu à faire face à la demande des parties de trouver une définition claire et précise de ces concepts. Cependant, ces précisions n'ont pas été données de manière générale ou sans équivoque : les arbitres se sont généralement contentés de trouver une définition casuistique du concept, simplement pour l'affaire qui leur était soumise. En l'espèce, le Tribunal allait se trouver dans une position rare car deux « interprétations » de ces termes allaient avoir lieu durant la procédure.

En effet, le 31 juillet 2001, la CLE a rendu une décision à des fins, entre autres, d'interprétation de l'article 1105(1) tant sujet à controverse¹⁵⁸. La CLE a donc analysé les termes « traitement juste et équitable » et « protection et sécurité intégrales » à des fins d'explicitation et les parties en l'espèce ont donc réagi à cette interprétation ainsi qu'à son application faite dans la sentence *Pope & Talbot*¹⁵⁹.

Pour la CLE, ces garanties minimales ne sont pas un traitement « supplémentaire ou supérieur » par rapport à ce qui est requis par les principes coutumiers du droit international en matière de standard minimal de traitement pour les étrangers. L'utilisation de cette interprétation en milieu de procédure a été contestée par *Mondev* qui était « somewhat bewildered »¹⁶⁰ par l'introduction d'un changement de sens pour la disposition du traité au cœur du litige et a demandé à ce que l'on ignore cette interprétation, qui était plus un amendement qu'une simple interprétation, comme l'avait affirmé, de façon indirecte il est vrai, le Tribunal de l'affaire *Pope & Talbot* en appliquant, de manière plus ou moins réticente, l'interprétation de la CLE¹⁶¹.

Le Tribunal n'a pas suivi la démonstration du national canadien. En effet, il a rejoint l'argument américain car pour lui le Tribunal arbitral ne doit, ni ne devrait, appliquer « its own idiosyncratic standard in lieu of the standard laid down in article 1105(1) »¹⁶². Le Tribunal est tenu de respecter les textes, les interprétations officielles données, et d'utiliser ses pouvoirs en conséquence.

¹⁵⁷ Voir les tentatives d'explicitation de la doctrine, entre autres, J.C. Thomas, « *Reflections on Article 1105 of NAFTA: History State Practice and the Influence of Commentators* », 17 *ICSID Rev – Foreign Inv. L.J.* 21.

¹⁵⁸ Reproduit sur le site Internet du Ministère des Affaires Étrangères et du Commerce Extérieur du Canada: <<http://www.dfaet-maeci.gc.ca>> : Norme minimale de traitement conforme au droit international

1. L'article 1105(1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie.

2. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers.

3. La constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALENA ou d'un accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation de l'article 1105(1).

¹⁵⁹ *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, Sentence pour les dommages-intérêts, sur le site: <<http://www.naftalaw.org>>, 31 mai 2002.

¹⁶⁰ *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, *supra* note 147 à la p. 104.

¹⁶¹ *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, *supra* note 153 aux para. 47 – 65.

¹⁶² *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, *supra* note 147 à la p. 108.

En outre, le Tribunal a aussi noté que l'interprétation de la CLE clarifiait les termes de l'article 1105(1) en indiquant qu'ils constituaient une référence directe à un standard préexistant du droit coutumier et que d'aucune manière que ce soit il ne fallait faire référence à des standards établis par d'autres traités auxquels sont parties les membres de l'ALENA et qui ont « their own systems of implementation »¹⁶³. En conséquence, les arbitres ont décidé qu'en l'absence d'une « clear indication » contraire au texte de l'ALENA, il n'y avait pas de raison d'incorporer « by reference extraneous treaty standards » dans l'article 1105 et de rendre le chapitre 11 de l'ALENA applicable à ceux-ci, dans une volonté que certains ont exprimé mais que le Tribunal refuse sans ambiguïté¹⁶⁴.

Enfin, quant à la « norme minimale de traitement » elle-même, le Tribunal a noté que ce standard a « historically been understood as a reference to a minimum standard under customary international law, whatever controversies there may have been over the content of that standard »¹⁶⁵ et que donc la contestation de *Mondev* du fait du changement de sens des termes n'était pas fondée. Enfin, le Tribunal a donné aussi son appréciation sur les termes « customary international law ». Sa décision semble évidente et limpide car pour lui ces termes utilisés par la CLE faisaient référence au droit coutumier « as it stood no earlier than at the time at which NAFTA came into force »¹⁶⁶.

Quelles leçons tirer de cette utilisation de l'interprétation de la CLE, de l'article 1105 ? Les tribunaux arbitraux ne semblent pas suivre la même articulation intellectuelle quant à l'utilisation des travaux de la CLE. Une vision légèrement réactionnaire ou protectrice des prérogatives arbitrales semble s'opposer à une vision d'ouverture et d'utilisation de tous les outils juridiques à la disposition des arbitres. La vision de ce Tribunal semble être la bonne, respectant les prérogatives fixées par l'article 1131 de l'ALENA¹⁶⁷, justifiant sa prise de position par des principes généraux du droit international ou des jurisprudences bien établies et en ayant une approche se voulant exhaustive quant aux solutions proposées pour éclaircir des notions théoriques du droit international, mais passablement obscurcies par la rédaction de l'ALENA. Cette réflexion semble donc tracer une voie royale pour une application « juste et équitable » du droit devant le Tribunal en l'espèce.

¹⁶³ *Ibid.* à la p. 108.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.* à la p. 109.

¹⁶⁷ Article 1131 : Droit applicable

1. Un tribunal institué en vertu de la présente section tranchera les points en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international.

2. Une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section. [Nos soulignés]

B. De la bonne application du droit ou une utilisation pertinente et intransigeante des principes interprétés

Les trois arbitres ont donc, probablement du fait de leur grande expérience en matière de règlement pacifique des différends internationaux, appliqué de manière stricte, mais juste, des principes juridiques clairement énoncés dans la sentence en raisonnant d'une manière qui nous apparaît comme la bonne méthode à suivre. Le Tribunal a procédé en trois étapes principales et distinctes: l'affirmation du respect du droit international par la Haute Cour du Massachusetts **(1)**, la compatibilité de l'immunité juridictionnelle accordée à BRA avec le droit international **(2)**, et enfin la non violation du principe de l'application rétroactive de principes découlant de l'ALENA **(3)**.

1. L'ABSENCE DE DÉNI DE JUSTICE

Pour *Mondev*, les règles de procédure du Massachusetts obligeaient la Cour Suprême à renvoyer l'affaire devant un jury pour déterminer certaines questions factuelles et ne pas l'avoir fait contrevenait aux principes énoncés à l'article 1105(1)¹⁶⁸.

Le Tribunal n'a pas suivi le demandeur sur cette piste « glissante » qu'est la révision de décisions de droit interne mais a affirmé, en s'appuyant sur les principes processuels, « the tribunal does not understand how the application of local procedural rules about such matters as remand, or decisions as to the function of juries vis-à-vis appellate courts, could violate the standards in article 1105(1) »¹⁶⁹. C'est donc afin de protéger la procédure de l'ALENA pour qu'elle ne se transforme pas en « court of appeals » que des telles demandes doivent être rejetées. Pour le Tribunal, il y avait « no trace of a procedural denial of justice »¹⁷⁰.

L'interprétation du Tribunal de l'article 1105(1) sur ce point est extrêmement intéressante car elle pose explicitement les limites de l'utilisation de l'article afin de ne pas tomber dans d'interminables procédures de contestation de décisions mineures de droit interne. Le Tribunal, par ce biais, évite sûrement une multiplication inutile des procédures du Chapitre 11 fondées sur l'article 1105(1).

2. DU DROIT D'ACCORDER UNE IMMUNITÉ JURIDICTIONNELLE À UNE ADMINISTRATION PUBLIQUE ET SA CONFORMITÉ AVEC LES STANDARDS DE L'ARTICLE 1105

Mondev ne conteste pas la décision judiciaire sur ce point de droit mais plutôt l'impossibilité à son avis d'immuniser une autorité administrative de poursuites judiciaires en application de l'ALENA. La réponse apportée à cet argument par le Tribunal est une sorte d'exemple. C'est sûrement celle qui demande une analyse plus

¹⁶⁸ *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, supra note 147 à la p. 111.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

poussée car un panorama rapide de la jurisprudence internationale doit être effectué et ensuite être appliqué en l'espèce. La rédaction de cette conclusion est un modèle de précision et de concision en matière d'immunité juridictionnelle.

En effet, le Tribunal engage en premier lieu une analyse de la jurisprudence internationale en matière d'immunités et notamment celle de la Cour européenne des Droits de l'homme¹⁷¹ pour conclure que leur application, à moins d'utiliser un raisonnement par analogie, serait difficile du fait de leur utilisation dans des domaines extrêmement éloignés du droit des investissements et certainement à des domaines procéduraux d'accès à la justice, alors qu'en l'espèce, l'immunité acceptée par le droit du Massachusetts « was arguably to be classified as a matter of substance rather than procedure »¹⁷². Cependant, l'analyse ce panorama jurisprudentiel en matière d'immunité était fait afin de s'assurer une quasi exhaustivité et la démonstration était claire.

Néanmoins, après avoir analysé minutieusement les raisons pour accorder une telle immunité en droit interne et étudié les comparaisons avec d'autres systèmes juridiques proposés par les arguments américains, le Tribunal conclut qu'une immunité générale pour tout délit intentionnel serait incompatible avec l'article 1105 mais qu'en l'espèce, cette immunité ne tenait que devant des juridictions internes. La non application de manière explicite d'une telle législation à des litiges de l'ALENA lui permet donc d'échapper à la violation de l'article 1105.

Cette analyse extrêmement fine entre les différents niveaux de juridictions, entre le niveau interne et les arbitrages de l'ALENA, fait donc de ces quelques pages, de l'avis des auteurs, un modèle de réflexion en matière de compatibilité entre normes d'application purement interne et normes internes ayant une influence importante et désastreuse sur le système international multilatéral de l'ALENA.

3. LE PROBLÈME DE L'APPLICATION RÉTROACTIVE DU DROIT

À nouveau, le Tribunal exerce de manière modérée, et dans l'exercice le plus stricte de ses fonctions, la vérification de la décision de la Cour Suprême du Massachusetts. Il ne semble pas approprié pour un Tribunal de dire et juger si cette Cour a outrepassé ses compétences en matière de détermination du droit applicable à l'affaire, que ce soit une nouvelle disposition ou non.

En outre, dans son approche comparativiste, le Tribunal a une nouvelle fois recours, et ce à bon escient, à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme afin de justifier son refus d'accepter l'argument de l'entreprise canadienne en utilisant une analogie, pouvant être perçue comme audacieuse, avec une procédure criminelle où se pose le problème de la rétroactivité d'une nouvelle loi. Pour le

¹⁷¹ Voir la nombreuse jurisprudence découlant de l'application de l'article 6(1) de la Convention européenne, entre autres, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (2002) 34 E.H.R.R. 273 (Cour Européenne des Droits de l'Homme) et *Fogarty c. Royaume-Uni* (2002) 34 E.H.R.R. 302 (Cour Européenne des Droits de l'Homme).

¹⁷² *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, *supra* note 147 aux pp. 112-113.

Tribunal, ces standards n'étaient simplement pas violés par la procédure dénoncée par Mondev¹⁷³.

Le Tribunal a donc rejeté, le 11 octobre 2002, toutes les plaintes de Mondev à l'encontre des États-Unis¹⁷⁴. Comme nous le pensons, cette décision ne sera pas une décision d'importance majeure pour la juridiction du CIRDI car elle interprète une disposition conventionnelle bien particulière et son application en l'espèce. *A contrario*, cette sentence illustre une volonté toujours plus grande des tribunaux composés sur le fondement du Chapitre 11 de l'ALENA, de construire leur propre jurisprudence, notamment pour l'article 1105(1), afin de créer un corps jurisprudentiel homogène et crédible. La justesse et la finesse de l'analyse des problèmes de droit de l'espèce nous font penser que cette sentence devrait avoir un avenir prometteur en matière de norme minimale de traitement des investissements dans le cadre de l'accord nord-américain.

VIII. *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. États-Unis du Mexique*¹⁷⁵

Composition du Tribunal: Professeur Konstantinos D. Kerameus, président; M. Jorge Covarrubias Bravo et Professeur David A. Gantz.

Cette affaire résulte de la demande d'un citoyen américain, Marvin Feldman, agissant pour le compte de la *Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V.* –ci-dessous «CEMSA»–, contre le Mexique en application du mécanisme supplémentaire du CIRDI. C'est une affaire que l'on pourrait qualifier de banale car c'est exactement le genre d'affaires rendues sur le fondement de l'ALENA que les instances arbitrales sont amenées régulièrement à traiter afin de résoudre des problèmes liés à l'application de législations nationales à des ressortissants des autres membres de l'accord. Les faits de l'espèce sont assez longs et donc, à des fins de clarté, nous vous présentons une version abrégée et éditée par nos soins¹⁷⁶.

En l'espèce, le Mexique taxait l'exportation de produits dérivés du tabac fabriqués par CEMSA, une société appartenant à Marvin Roy Feldman Karpa. CEMSA avait commencé à exporter ses cigarettes en 1990 et avait reçu des dégrèvements d'impôts jusqu'en 1991, date à laquelle le Mexique a passé une législation, l'IEPS, limitant les dégrèvements aux producteurs et aux embouteilleurs. L'IEPS a été modifiée en 1992 afin de permettre ces dégrèvements pour les exportateurs de cigarettes tels CEMSA mais, en 1993, les autorités mexicaines, particulièrement le SHCP – le ministère des Finances et du Trésor Public –, lui ont à nouveau refusé la réduction du fait de son non-respect des procédures quant à la

¹⁷³ *Ibid.* à la p. 112.

¹⁷⁴ *Ibid.* Aux pp. 115 – 116.

¹⁷⁵ 16 décembre 2002, Affaire No. ARB(AF)/99/1, sur le site du CIRDI: <<http://www.worldbank.org>>, (Mécanisme supplémentaire).

¹⁷⁶ Pour les faits complets: *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique* (2002), Affaire No. ARB(AF)/99/1, sur le site du CIRDI: <<http://www.worldbank.org>>, aux para. 6 – 23, (Mécanisme Supplémentaire – Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

facturation détaillée des taxes posées par l'IEPS. Cette facturation détaillée, faisant apparaître les taxes de façon claire et non équivoque, est donc au centre des débats entre les deux parties car elle est une condition ferme et non dérogeable de la loi IEPS en contrepartie de l'obtention de dégrèvements. En 1993, la Cour suprême du Mexique a rendu un arrêt en faveur de CEMSA en arguant que les mesures qui permettaient les dégrèvements d'après l'IEPS, uniquement pour les producteurs et distributeurs, étaient contraires aux principes d'équité fiscale et de non-discrimination. En décembre 1997, la loi fut à nouveau modifiée limitant les dégrèvements à l'achat directement auprès du fabricant de cigarettes au Mexique entraînant, par là-même, l'impossibilité de recevoir des dégrèvements pour les sociétés exportatrices comme CEMSA qui passent quasi-obligatoirement par des intermédiaires. De plus, cette dernière s'est vue refuser l'accréditation comme exportateur agréé de cigarettes et de boissons alcoolisées.

L'argumentation du demandeur a donc été la suivante: le refus du Mexique d'accorder à CEMSA des dégrèvements est une mesure équivalente à une expropriation et constitue aussi, mais de manière moins évidente comme nous le verrons, un déni de justice en violation du droit international et de l'article 1110 de l'ALENA. Le demandeur affirme de plus que les compagnies mexicaines engagées dans le même commerce, c'est-à-dire celui de la revente de cigarettes, obtenaient des dégrèvements fiscaux alors qu'à l'instar de CEMSA elles étaient dans une incapacité similaire de fournir les factures requises par l'IEPS. Une telle différence de traitement, un tel décalage entre les sociétés permettrait, selon le demandeur, de constater une violation de l'article 1102 par le Mexique car CEMSA aurait été traitée de manière moins favorable qu'une société mexicaine dans les mêmes circonstances. L'entreprise demande donc approximativement 40 millions de dollars américains de dommages et intérêts.

Avant la soumission de la demande d'arbitrage, les États-Unis et le Mexique s'étaient entendus, en conformité avec l'article 2103 de l'ALENA - une disposition de l'accord sur les exceptions en matière de mesures fiscales¹⁷⁷ - pour que l'une des demandes de CEMSA, fondée sur certaines législations fiscales mexicaines, ne puisse se poursuivre et ne soit pas analysée lors de l'arbitrage.

Cependant, comme nous l'avons annoncé précédemment, deux enjeux véritables sont posés par cette sentence. En premier lieu, c'est le très controversé article 1110 en matière d'expropriation qui est analysé par le Tribunal afin de déterminer précisément si les mesures fiscales mexicaines peuvent entraîner la violation de cette disposition, principalement l'IEPS, et engendrer la seconde sentence, après S.D. Myers¹⁷⁸, condamnant un État sur le fondement de cet article (A). En second lieu, le Tribunal, grâce à certaines informations sur des entreprises mexicaines similairement impliquées dans l'exportation et la revente de cigarettes, va

¹⁷⁷ Le texte complet de l'article peut être trouvé sur le site du secrétariat de l'ALENA : <<http://www.worldbank.org> >

¹⁷⁸ S.D. Myers, Inc c. Gouvernement du Canada (2000), sentence partielle, sur le site: <<http://www.naftalaw.org>>, (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

déterminer si ces dernières ont reçu un traitement plus favorable que CEMSA et si le Mexique a violé l'article 1102 eu égard aux activités de cette dernière (B).

A. L'analyse de l'article 1110 ou un examen mesuré et exhaustif pouvant permettre d'apaiser l'ire des opposants à cette disposition de l'ALENA

Si le Chapitre 11 de l'ALENA a connu son lot d'opposants farouches, l'article 1110¹⁷⁹ en est le paradigme et la nombreuse littérature en la matière, principalement en relation avec la protection environnementale, en atteste¹⁸⁰. Cette disposition est contestée pour le risque qu'elle fait peser sur toute législation nationale qui peut avoir un effet sur les investissements.

Cet article semble, à première vue, nécessaire dans un chapitre sur la protection des investissements car la protection contre l'expropriation est une mesure logique, légitime et dont les auteurs arrivent à cerner relativement aisément les contours¹⁸¹. Le problème se situerait donc au niveau de la rédaction de l'article et essentiellement des termes « mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement ». En effet, peu d'auteurs contestent l'idée d'une possibilité de protection contre une expropriation indirecte, elle est même parfois vue comme une coutume en droit international public¹⁸², mais les termes de l'article 1110 semblent donner un autre angle d'attaque qui pourrait paraître dangereux. Cependant,

¹⁷⁹ L'article dispose en ses passages pertinents:

Article 1110 : Expropriation et indemnisation

1. Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement (« expropriation »), sauf :

a) pour une raison d'intérêt public;
b) sur une base non discriminatoire;
c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1); et
d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6.

dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <<http://www.nafta-sec-alena.org>>.

¹⁸⁰ Charles N. Brower and Lee A. Steven, « *Who Then Should Judge?: Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11* », (2001) 2 *Chicago J. Int'l L.* 193; Joseph de Pencier, « *Investment, Environment and Dispute Settlement: Arbitration Under NAFTA Chapter eleven* » (1999-2000) 23 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 409; Howard Mann and Konrad von Moltke, *NAFTA's Chapter 11 and the environment: Addressing the impacts of the Investor-State Process on the Environment*, International Institute for Sustainable Development Working Paper (1999), online at : <<http://iisd1.iisd.ca>>; J. Martin Wagner, « *International Investment, Expropriation and Environmental Protection* » (1999) 29 *Golden Gate U. L. Rev.* 465; Todd Weiler, « *A First Look at the Interim Merits Award in S.D. Meyers, Inc. v. Canada: It is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection* » (2000-2001) 24 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 173 et *PRIVATE RIGHTS, PUBLIC PROBLEMS: A guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2001.

¹⁸¹ Rosalyn Higgins, « The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law » (1982), 176 *RCADI* 259 et Jean-Pierre Lavieq, *Protection et promotion des investissements: Études de droit international économique*, Genève, Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Études Internationales – P.U.F., 1985, aux pp. 159 – 172.

¹⁸² Rudolf Dolzer, « Indirect expropriation of Alien Property » (1986) 1 *ICSID Rev – Foreign Inv. L. J.* 41

la précision et le sérieux de l'analyse menée par le Tribunal en l'espèce, analysant toute la jurisprudence relative à cet article afin d'éviter les controverses antérieures, démontre une volonté d'apaisement et de clarification quant au rôle réel de cet article et de son articulation avec les autres dispositions du Chapitre 11. La demande de CEMSA par le biais de M. Feldman est claire :

the various actions of Mexican authorities, particularly SHCP, in denying the IEPS rebates on cigarette exports to CEMSA, resulted in an indirect or 'creeping' expropriation of the Claimant's investment and were tantamount to expropriation under article 1110.¹⁸³

Ces mesures seraient même équivalentes à un déni de justice pour le demandeur, ce qui peut sembler légèrement exagéré ou, tout du moins, engendrer une extension extrême de la notion.

Avant d'analyser les quatre points développés par le Tribunal qui mèneront au refus de la demande de CEMSA, il est nécessaire de mentionner que l'instance arbitrale prend le temps d'analyser le droit applicable. Elle pose tout d'abord que la définition qu'elle utilisera d'un investissement est celle de l'article 1139¹⁸⁴, qui est extrêmement large et que CEMSA correspond parfaitement à cette définition, cette dernière étant une entreprise appartenant à un citoyen américain. De plus, afin de préciser les notions « of such generality »¹⁸⁵ de l'article 1110 les arbitres expriment leur besoin d'avoir recours au droit international général mais aussi aux décisions antérieures prises sur le fondement du Chapitre 11, tout en précisant l'inexistence d'une règle de type *stare decisis* comme dispose l'article 1136(1)¹⁸⁶. Pourquoi parler

¹⁸³ *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique* (2002), *supra* note 169 au para. 89.

¹⁸⁴ L'article pose en ses passages pertinents : Article 1139: Définitions

[...] investissement désigne :

a) une entreprise;

b) un titre de participation d'une entreprise;

c) un titre de créance d'une entreprise

(i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou

(ii) lorsque l'échéance originelle du titre de créance est d'au moins trois ans, mais n'englobe pas un titre de créance, quelle que soit l'échéance originelle, d'une entreprise d'État;

d) un prêt à une entreprise

(i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou

(ii) lorsque l'échéance originelle du prêt est d'au moins trois ans, mais n'englobe pas un prêt, quelle que soit l'échéance originelle, à une entreprise d'État;

e) un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de participer aux revenus ou aux bénéfices de l'entreprise;

f) un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de recevoir une part des actifs de cette entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de créance ou qu'un prêt exclu de l'alinéa c) ou d);

g) les biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales; [...]

dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <<http://www.nafta-sec-alena.org>>.

¹⁸⁵ *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique* (2002), *supra* note¹⁷⁶, au par. 98.

¹⁸⁶ Article 1136 : Irrévocabilité et exécution d'une sentence

de cette explication somme toute simple du Tribunal? Cela nous apparaît entrer dans sa stratégie de se démarquer des autres tribunaux qui ont parfois eu une attitude plus ou moins opaque, ou peu explicite, sur des points de droit extrêmement sensibles. Cette démarche didactique du Tribunal simplifie à la fois la lecture, mais permet aussi de suivre parfaitement son argumentation qui s'articule en quatre points clairs et précisément établis qui consistent en des conditions cumulatives afin de prouver qu'il n'y pas eu réellement d'expropriation.

1. LES PROBLÈMES ÉCONOMIQUES D'UNE ENTREPRISE NE SONT PAS SYNONYMES D'EXPROPRIATION

Il peut sembler étonnant que le Tribunal s'attache, même brièvement, à une telle démonstration, mais ils nous semble à nouveau que cet exercice s'inscrit dans la droite ligne de la tentative d'apaisement des controverses eu égard aux sentences antérieures, ou tout au moins de ne pas en créer de nouvelles, grâce à une volonté d'être exhaustif quant aux questions posées mais aussi pour une meilleure compréhension de la part des milieux économiques et contestataires. Il apparaît en effet évident que les problèmes économiques rencontrés par des sociétés étrangères ne sont ni des expropriations *per se* ni des expropriations rampantes – « creeping expropriations »¹⁸⁷ –. Le Tribunal reconnaît que la société CEMSA a eu des difficultés dues, entre autres, aux fonctionnaires de SHCP et aux nouvelles législations introduites. Néanmoins, ces imprévus ne sont pas en violation des standards de l'article 1110 car pour le Tribunal, même si celui-ci semble d'ailleurs le regretter, « tax authorities in most countries do not always act in a consistent and predictable way »¹⁸⁸. Cette démonstration effectuée par le Tribunal précise en outre que CEMSA aurait dû réagir plus rapidement si elle était convaincue du caractère biaisé des interventions du SHCP et ne pas attendre de se retrouver quasiment acculée à la faillite du fait des refus de dégrèvements. L'État du Mexique ne peut donc être tenu responsable pour ces faits.

2. DE LA NÉCESSITÉ DE RÉGULER LES MARCHÉS PARALLÈLES

Le Tribunal, à nouveau de manière évidente selon nous, affirme que ni l'ALENA, ni les principes du droit international « require a state to permit cigarette

1. Une sentence rendue par un tribunal n'aura aucune force obligatoire si ce n'est entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée.

[...]

dans *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 Décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 Décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <<http://www.nafta-sec-alena.org>>.

¹⁸⁷ *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique* (2002), *supra* note ¹⁷⁶, au par. 112 ainsi que la référence jurisprudentielle *Azinian c. États-Unis du Mexique* (1999) 14 *ICISID Rev. – Foreign Inv. L. J.* 538, au para. 83 (Mécanisme Supplémentaire – Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

¹⁸⁸ *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique* (2002), *supra* note 169 au para. 113.

exports by unauthorized resellers (gray market exports) »¹⁸⁹. En effet, un État semble autorisé à réglementer le marché de la vente et de la revente de cigarettes pour éviter tous les abus et trafics sur son territoire, entre autres par le biais de mesures fiscales. Donner des dégrèvements fiscaux aux compagnies qui achètent les cigarettes « in the first sale » uniquement afin de ne pas voir se multiplier les revendeurs indirects est une aspiration légitime, selon le Tribunal, pour garder un certain contrôle sur le marché et ne viole aucunement l'article 1110.

3. L'OBJET DE TOUTES LES ATTENTIONS: L'ARTICLE 4(III) DE L'IEPS

Après ces deux éclaircissements nécessaires et concis, le Tribunal rentre dans le cœur du problème avec cette disposition législative tant contestée. Tout d'abord, le Tribunal rappelle qu'il n'y avait pas d'interdiction d'exporter pour les revendeurs devant simplement être en conformité avec les dispositions de la loi IEPS, notamment les dispositions relatives aux factures, afin d'obtenir le dégrèvement fiscal qui leur permettait de rester compétitifs. Les arbitres notent cependant que, du fait de sa position de revendeur, il était difficile à la CEMSA de remplir les conditions de la loi car l'entreprise n'avait pas accès aux documents originels en matière de taxes. Cela paraissait donc difficile de faire figurer précisément ces taxes sur les factures afin d'obtenir le dégrèvement car ni les vendeurs en gros de cigarettes, ni les producteurs ne voulaient fournir l'information nécessaire¹⁹⁰. Le problème central est donc posé explicitement par le Tribunal : « whether the denial of IEPS rebates for failure to meet the invoice requirement constituted expropriation of the Claimant's investment (a right to export cigarettes) »¹⁹¹.

Le Tribunal note de manière préalable que les conditions concernant les factures ne sont pas récentes et qu'elles n'ont pas été changées uniquement à des fins de contrarier le demandeur mais qu'elles existaient bien depuis 1987, avant l'enregistrement de la CEMSA. Il est donc impossible pour le demandeur d'affirmer que l'IEPS détruit son investissement car les conditions sont préexistantes à l'investissement lui-même. Le demandeur argumente donc, en se fondant sur la décision de la Cour Suprême, que celle-ci a condamné les différences de taxations entre producteurs et simples revendeurs, mais aussi les conditions posées quant aux factures. Pour le Tribunal « if the claimant were correct, this would be a strong argument for finding a creeping expropriation or denial of justice »¹⁹² car la décision n'aurait donc pas été appliquée.

Cependant, l'article 4 tant décrié, et source du conflit car source des obligations en matière de factures, n'est même pas mentionné dans l'arrêt de la Cour qui s'arrête uniquement à la différence de traitement pour l'application du taux de 0% des taxes de l'IEPS pour les « producers and bottlers » en affirmant qu'il y a une discrimination fiscale en la matière. Cette décision était donc bénéfique au demandeur

¹⁸⁹ *Ibid.* Au para. 115.

¹⁹⁰ *Ibid.* Aux para. 117 – 118.

¹⁹¹ *Ibid.* Au para. 119.

¹⁹² *Ibid.* Au para. 120.

mais ne lui permettait en aucun cas de résoudre le problème de l'article 4 qui restait entier, notamment de par son fait car il n'avait même pas soulevé le « problème » de l'article 4 devant la Cour¹⁹³.

En outre, toujours à des fins de preuve de la violation de ses droits, le demandeur affirme qu'un accord oral avait été conclu avec le SHCP pour permettre les dégrèvements mais ce dernier ne l'a pas respecté. Le Tribunal, de façon astucieuse, ne tente pas d'affirmer ou d'infirmer l'existence d'un tel accord, qui paraît plausible mais difficilement prouvable, mais questionne l'étendu d'un tel accord : était-ce sur le taux à 0%, sur un passe droit pour l'article 4(III) ou sur les deux? Le champ d'action d'un tel accord n'ayant pas été prouvé, il est donc impossible de l'appliquer.

Enfin, le Tribunal croit en l'utilité d'une telle disposition législative qui ne lui semble pas déraisonnable car elle est nécessaire pour toute administration fiscale afin d'apprécier de manière précise les taxes incluses dans un prix de vente ou de revente et d'accorder, ou non, un dégrèvement. C'est donc une politique nécessaire et une mesure raisonnable pour une telle politique. Si, pour le Tribunal, un manque de transparence dans les activités de SHCP est indéniable, cette constatation, si regrettable qu'elle soit, n'est pas suffisante pour conclure à une violation de l'ALENA. L'affaire *Metalclad* (en appel devant la Cour Suprême de Colombie-Britannique), citée en l'espèce, en avait donné l'exemple antérieurement¹⁹⁴.

Le Tribunal affirme donc qu'en l'absence d'une décision de la Cour Suprême sur l'article 4, qu'en l'absence de preuve du champ d'application de l'accord oral – qui ne serait sûrement que difficilement applicable dans tous les cas de figure –, la contestation de l'article 4 est donc vouée à l'échec.

4. ORDRE PUBLIC, NON DISCRIMINATION ET APPLICATION CORRECTE DE LA LOI: UN RÔLE MINEUR POUR LE TRIBUNAL

La volonté du Tribunal est de ne pas tomber dans une sorte d'angélisme. Le poids accordé aux alinéas (a), (b), et (c) de l'article 1110 par d'autres tribunaux arbitraux a parfois été hors de proportion alors que ces justifications ne sont qu'un second recours pour motiver une véritable mesure légitime d'expropriation. Sans expropriation, nul besoin de recours à ces dispositions mais, pour certains, il semble plus simple d'accepter quasiment *de facto* l'expropriation et ensuite de trouver une sorte de justification avec ces dispositions déroatoires. Le Tribunal ne tombe donc pas dans ce travers.

L'intérêt du public pour une réglementation stricte en matière de tabac est nécessaire pour la protection de la santé publique sur laquelle son impact ne peut être réfuté. Le Mexique a donc effectué une entreprise louable pour le Tribunal¹⁹⁵.

¹⁹³ *Ibid.* Au para. 122.

¹⁹⁴ *The United Mexican States v. Metalclad Corp* (2001), [2001] 89 B.C.L.R. (3^e) 359 (Cour Suprême C.-B.), aux para. 70 - 74.

¹⁹⁵ *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique* (2002), *supra* note 169, aux para. 135-136.

L'interrogation relative à la non discrimination est uniquement évoquée car cette clause peut aussi être soulevée concernant la violation de l'article 1102.

Enfin, la dernière cartouche du demandeur est l'argumentation d'un déni de justice, du non respect de la loi, du fait de la non application par SHCP de la décision de la Cour Suprême. Le problème étant que le déni de justice ne résulte pas d'une inaction juridictionnelle mais « relate to actions of SHCP »¹⁹⁶. En utilisant le standard posé par la jurisprudence antérieure dans l'affaire *Azinian*, c'est à juste titre que le Tribunal ne conclut pas à un déni de justice car le demandeur a toujours eu toutes les possibilités juridictionnelles ouvertes à lui et, à aucun moment, il n'a jugé utile de s'en servir pour s'assurer de ce qu'il croyait être l'application de son bon droit.

On peut donc noter l'extrême précision et l'attention particulière portée par le Tribunal afin d'analyser quels étaient les enjeux de l'article 1110¹⁹⁷ et ne pas tomber dans les écueils du passé. La crainte posée par les farouches opposants au chapitre 11 était la suivante:

[o]ne of the most disturbing aspects of NAFTA, however, is the current tendency of Chapter 11 tribunals to ignore traditional approaches to expropriation law in a manner that ultimately threatens to severely narrow or even extinguish the doctrine of legitimate police powers.¹⁹⁸

On peut affirmer que la vision de ce Tribunal, pouvant poser les jalons pour le futur, devrait les rassurer car même si le Tribunal se dit dans le droit fil des arbitrages antérieurs sur le fondement du Chapitre 11 de l'ALENA, sa volonté d'expliquer clairement tous ses choix en fait une innovation notable et sa volonté de préserver une législation nationale légitime semble bien alors une « traditional approach to expropriation law ».

Le respect de l'article 1110 par le Mexique ne clôt pourtant pas les débats car si aucune expropriation n'est constatée, c'est désormais le problème du traitement national qui fait l'objet d'un second développement dans la sentence

B. L'application de l'article 1102 entraîne la condamnation logique des actes du Mexique

Le Tribunal commence, comme de coutume, par l'annonce des arguments avancés par les parties, particulièrement l'argument du demandeur concernant le non respect de l'article 1102 du fait de l'accord de dégrèvements à des revendeurs mexicains pendant le laps de temps durant lequel CEMSA ne pouvait en obtenir.

L'article 1102 dispose en ses passages pertinents.

¹⁹⁶ *Ibid.* Au para. 139.

¹⁹⁷ Pour un très rapide tour d'horizon de tous les enjeux importants de l'article 1110: Daniel M.Price, « *Some observations on Chapter Eleven of NAFTA* » (1999-2000) 23 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 421, aux pp. 424 – 426.

¹⁹⁸ *Private Rights, Public Problems*, *supra* note 173 à la p. 32.

Article 1102 : Traitement national

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.¹⁹⁹

Pour toute analyse de l'article 1102 il est donc nécessaire de procéder en trois étapes distinctes, comme dans l'affaire *S.D. Myers*²⁰⁰, telles qu'indiquées dans l'article lui-même: établir l'analogie des circonstances entre les investisseurs pour ensuite prouver l'existence d'une discrimination et enfin démontrer que cette discrimination est due à la nationalité de l'investisseur. C'est donc une étude cumulative qu'il faut mener si l'on souhaite déterminer la conformité ou non des agissements mexicains avec l'article 1102.

1. MÊME MARCHÉ, MÊMES PRODUITS : LES CIRCONSTANCES SONT DONC SIMILAIRES

En l'espèce, le débat est de courte durée car CEMSA se trouve bien évidemment dans les mêmes circonstances que les entreprises mexicaines du *Poblano Group* car tous agissent en tant que revendeurs de cigarettes. La différence étant que la première est « foreign-owned » et les secondes « domestic-owned »²⁰¹ mais elles sont toutes actives sur le même marché d'achat de cigarettes mexicaines pour les exporter à l'étranger. Il ne fait donc aucun doute que la condition « des circonstances analogues » est remplie.

2. DE L'ÉVIDENCE DE LA DISCRIMINATION

Le Tribunal se contente ici d'énoncer les faits pertinents de l'affaire qui suffisent à démontrer la discrimination dont CEMSA a fait l'objet car pour le Tribunal c'est une discrimination *de facto* mais pas *de jure*:

- durant la même période donnée, les entreprises mexicaines ont reçu des dégrèvements, ceux-là même qui ont été refusés à CEMSA ;

¹⁹⁹ *Canada-Mexique-États-Unis: Accord de Libre-Échange Nord Américain*, fait à Washington 8 et 17 décembre 1992, à Ottawa 11 et 17 décembre 1992 et à Mexico City 14 et 17 décembre 1992, Sur le site du secrétariat de l'ALENA : <<http://www.nafta-sec-alena.org>>.

²⁰⁰ *S.D. Myers, Inc c. Gouvernement du Canada* (2000), sentence partielle, sur le site: <<http://www.naftalaw.org>>, (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

²⁰¹ *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique* (2002), *supra* note 166 au para. 171.

- CEMSA s'est vu refuser le droit de s'enregistrer comme une « export trading company » en partie du fait de sa demande d'arbitrage.

Cependant, peu de documents écrits confirment ces faits mais pour la majorité du Tribunal, c'était au défendeur de prouver qu'il n'avait pas discriminé, la charge de la preuve ayant basculé sur ses épaules. C'est en effet la majorité du Tribunal qui a approuvé cette discrimination, malgré le peu de documents, car M. Jorge Covarrubias Bravo s'est désolidarisé de ses collègues, en ajoutant une opinion dissidente à la sentence. En effet, pour lui, CEMSA n'a pas prouvé qu'il y avait eu une violation de l'article 1102 et que la charge de cette preuve lui incombait. Pour ce dernier, « claimant failed to prove violation of this principle. Neither did it demonstrate the existence of a differential, less favourable treatment »²⁰². Cependant, l'opinion du Tribunal semble mieux articulée et plus convaincante.

En effet, si le reversement du fardeau de la preuve peut être contesté, certains faits ne le peuvent. S'il est impossible pour CEMSA de produire certaines factures du fait de son statut de revendeur, comment cela pourrait-il être possible pour les entreprises du groupe Poblano qui ont reçu des dégrèvements? En outre, comment ces entreprises ont-elles pu bénéficier de dégrèvements lors de périodes données ou le demandeur n'en recevait plus ?

Ces questions rhétoriques, appuyées par des faits concrets, semblent faire pencher la balance en faveur d'une violation. Quant à la charge de la preuve, le demandeur a apporté au moins des commencements de preuve permettant de faire peser un doute sérieux sur les pratiques mexicaines alors que le défendeur « failed to introduce any credible evidence into the record to rebut that presumption »²⁰³ qui aurait permis de démentir les preuves de CEMSA.

La position du Tribunal semble donc logique et juridiquement fondée: CEMSA a bien été discriminée par le gouvernement mexicain par rapport à ses homologues mexicains.

3. LA NATIONALITÉ DE L'INVESTISSEUR COMME ORIGINE DE LA DISCRIMINATION

De manière déductive, le Tribunal affirme que l'origine de la discrimination est la nationalité de l'entreprise : « the differential treatment is a result of the Claimant's nationality, at least in absence of any evidence contrary »²⁰⁴. Le lien entre les deux éléments semble clair et aucune raison autre que la nationalité du demandeur et de son propriétaire, un « outspoken foreigner », ne peuvent expliquer la discrimination dont CEMSA a fait l'objet. Cette méthode de détermination de la

²⁰² *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique* (2002), Affaire No.ARB(AF)/88/1, sur le site du CIRDI: <<http://www.worldbank.org>>, opinion dissidente de M. Jorge Covarrubias Bravo, à la p. 4, (Mécanisme Supplémentaire – Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements).

²⁰³ *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique* (2002), *supra* note 169 au para. 177.

²⁰⁴ *Ibid.* Au para. 182.

discrimination des étrangers *de facto* est, de plus, soutenu par des jurisprudences antérieures, notamment *Pope & Talbot*²⁰⁵, qui ne font que renforcer l'idée de sérieux du travail accompli par le Tribunal.

Ces trois éléments cumulés confirment donc la violation par le Mexique de l'article 1102 et en conséquence le Tribunal a ordonné au Mexique de verser la somme de 9 464 627,50 *pesos* mexicains en dédommagement, plus les intérêts cumulés.

Cette sentence nous semble donc être une sentence d'une bonne qualité car elle tente de ne pas renouveler certaines erreurs du passé, comme pour l'article 1110. Le seul véritable reproche pouvant être fait à cet arrêt est son trop grand attachement au *Restatement of the Law* comme source de certaines définitions, voire d'obligations du droit international général. Cet écrit, si brillant soit-il, n'est que le reflet du droit tel qu'interprété et analysé par des théoriciens d'un pays donné. Cette vision un peu trop restrictive aurait mérité d'être soutenue par d'autres écrits ou de plus nombreuses références jurisprudentielles internationales.

²⁰⁵ Voir citation : *Ibid.* Au para. 184.