

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE
RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS
AUX INVESTISSEMENTS (C.I.R.D.I.)**

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

Introduction

Durant ce premier semestre 2004, quatorze nouvelles affaires ont été enregistrées par le secrétariat du CIRDI¹. Treize de ces affaires seront instruites selon le Règlement d'arbitrage du CIRDI, tandis que la dernière se fonde sur le *Règlement du Mécanisme supplémentaire*. Cette dernière affaire est la seule à être fondée sur l'*Accord de libre-échange nord-américain*.

Fin juin, le Centre avait enregistré un total de 159 affaires depuis l'entrée en vigueur de la *Convention* en 1966. En outre, au 30 juin 2004, 72 affaires étaient toujours en cours. Il convient aussi de noter que deux des sentences commentées lors de la précédente édition de cette chronique font désormais l'objet d'une demande en annulation de l'application de l'article 52 de la *Convention de Washington*².

Au cours des six premiers mois de l'année 2004, neuf décisions ou sentences ont, en outre, été rendues dont sept ont été publiées³. Ces dernières font donc l'objet de nos commentaires.

* Maîtrise en Droit international et communautaire et D.E.J.A. II (Université Paris X – Nanterre); D.E.A. Droit des relations économiques internationales et communautaires (Université Paris X – Nanterre); LL.M. (McGill). L'auteur tient à remercier Loubna Farchakh Fouret pour sa relecture attentive et ses nombreux conseils.

Il est l'auteur des chapitres I, IV, V et VI de la présente chronique.

** 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). L'auteur tient à signaler que le cabinet dans lequel il exerce est intervenu en tant que conseil de la demanderesse dans l'affaire *SGS c. Philippines*.

Il est l'auteur des chapitres II, III et VII de la présente chronique.

¹ *Corn Products International, Inc. c. États-Unis du Mexique* (Affaire No. ARB/(AF)/04/1); *Total S.A c. République argentine* (Affaire No. ARB/04/1); *Western NIS Enterprise Fund. c. Ukraine* (Affaire No. ARB/04/2); *Cemex Asia Holdings Ltd c. Indonésie* (Affaire No. ARB/04/3); *Saur International. c. République argentine* (Affaire No. ARB/04/4); *Compagnie d'exploitation du chemin de fer transgabonais c. République du Gabon* (Affaire No. ARB/04/5); *OKO Osuuspankkiin Keskuspankki Oyj et autres c. République d'Estonie* (Affaire No. ARB/04/6); *Sociedad Anonima Eduardo Viera c. Chili* (Affaire No. ARB/04/7); *BP America Production Company et autres c. République argentine* (Affaire No. ARB/04/8); *CTI Group Inc. c. République argentine* (Affaire No. ARB/04/9); *Alstom Power Italia SpA et Alstom SpA c. République de Mongolie* (Affaire No. ARB/04/10); *Russell Resources International Limited c. République démocratique du Congo* (Affaire No. ARB/04/11); *ABCI Investments N.V. c. Tunisie* (Affaire No. ARB/04/12); *Jan de Nul N.V et Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte* (Affaire No. ARB/04/13).

² Ces deux affaires sont *CDC Group plc c. République des Seychelles* (Affaire No. ARB/02/14) et *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc* (Affaire No. ARB/00/6).

³ Les sentences non publiées sont *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo* (Affaire ARB/99/7) et *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* (Affaire No. ARB/01/10).

Nous tenons aussi à souligner la parution de deux excellents ouvrages en français sur la jurisprudence du CIRDI. Le premier est l'œuvre d'Emmanuel Gaillard : *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone. Il regroupe, sous une forme consolidée et augmentée, les décisions, sentences et commentaires parus au *Journal du droit international* depuis 1986. Le second ouvrage a été rédigé par Sébastien Manciaux et préfacé par Philippe Kahn : *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente ans d'activité du CIRDI*, Paris, Litec – CREDIMI.

Julien FOURET et Dany KHAYAT

I. *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine, décision du 14 janvier 2004*⁵

Composition du Tribunal : professeur Francisco Orrego Vicuña, Président; docteur Héctor Gros Espiell et monsieur Pierre-Yves Tschanz, arbitres.

La décision rendue par le Tribunal arbitral le 14 janvier 2004 résulte d'un différend entre un investisseur étranger, Enron Corporation and Ponderosa Assets, et l'Argentine. L'investisseur soutient avoir été victime de mesures fiscales discriminatoires. Il paraît nécessaire de souligner que cette décision arbitrale s'inscrit dans le cadre de la trentaine d'arbitrages déjà engagés contre ce pays devant le CIRDI⁶ à la suite de la crise financière débutant en l'an 2000.

Le Tribunal a rendu la présente décision relative à la compétence sur le fondement du désormais célèbre *Traité bilatéral de protection des investissements* conclu entre les États-Unis et l'Argentine le 14 novembre 1991 (le « BIT »)⁷.

L'Argentine soulève ici pas moins de huit exceptions d'incompétence⁸. Il est intéressant de noter que ces exceptions ont déjà été soulevées dans d'autres affaires sous l'égide du CIRDI. L'obstination de la défenderesse à soulever sans cesse les mêmes arguments nous permettra de juger de la continuité des décisions rendues par les différents tribunaux CIRDI. Leurs décisions vont-elles être cohérentes ou bien

⁵ Affaire No. ARB/01/3, décision sur la compétence, en ligne : Investment Treaty Arbitration http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Jurisdiction_000.pdf [Enron].

⁶ Voir la liste dressée par L.F. Castillo Argañaras, « Argentina before the ICSID » (October 2004) 1(4) *Transnat'l Disp. Managt.*, en ligne : <www.transnational-dispute-management.com>.

⁷ En effet, dans la Chronique du numéro 16.2 de cette revue, nous avons déjà commenté deux décisions fondées sur ce traité : *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, Affaire No. ARB/01/8, Décision du Tribunal du 17 juillet 2003 sur les exceptions d'incompétence, 42 I.L.M. 788, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf> [CMS] ; *Azurix Corp. c. République argentine*, Affaire No. ARB/01/12, Décision du 8 décembre 2003 sur la compétence, *International Law Brief*, en ligne : The American Society of American Law <<http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>> (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements).

⁸ Voir B. La démultiplication des exceptions d'incompétence soulevées par l'Argentine.

allons-nous assister à un désordre jurisprudentiel? Espérons, pour le bien et la crédibilité des tribunaux CIRDI, que ces derniers sauront opérer un choix judicieux.

La société de transport de gaz Enron Corporation and Ponderosa Assets, dont les activités sont situées sur le territoire de différentes provinces argentines, a engagé un arbitrage à l'encontre de l'Argentine en alléguant des violations du *BIT* conclu entre l'Argentine et les États-Unis le 14 novembre 1991. La demande fait suite à l'imposition, non justifiée selon Enron, de certaines taxes, les « Stamp taxes », par l'Argentine. Le Tribunal commence par analyser rapidement les intérêts que possède Enron dans diverses sociétés. Nous n'en donnerons donc qu'un aperçu concis.

Le demandeur possède ainsi 50% des actions d'une première société incorporée en Argentine, CIESA, qui contrôle, à son tour, une autre société, TGS, dont elle possède 55,30% des actions⁹. La participation du demandeur dans CIESA est gérée par deux autres sociétés que celui-ci possède, EPCA et EACH, qui détiennent aussi plus de 75% des parts de EDIDESCA, une autre entreprise argentine, détenant elle-même 10% des actions de TGS. L'investissement total du demandeur correspond donc à 35,263% des actions de TGS. Cette dernière, soit TGS, se voit réclamer par les autorités fiscales de différentes provinces un montant total de 800 millions de dollars argentins. Cela équivaut, selon Enron Corporation, à une expropriation, argument réfuté par l'Argentine¹⁰. Celle-ci, explorant toutes les possibilités pour contester la compétence du Tribunal, en vient même à arguer de sa non-responsabilité du fait d'actes de ses provinces. Néanmoins, il convient de rappeler la constante affirmation contraire du droit international public¹¹ reprise par l'article XIII du *BIT*.

Par ailleurs, il est important de noter que cette décision va uniquement s'attacher aux problèmes de fiscalité qu'a connu Enron. En effet, une demande accessoire, en application de l'article 40 du Règlement d'arbitrage, a été déposée par Enron concernant les « *tariffs, devaluation and other financial measures adopted by the Government of the Argentine Republic* »¹².

Nous examinerons donc dans un premier temps l'analyse donnée par le Tribunal sur le *jus standi* d'Enron (A) et ensuite nous nous attacherons à examiner le refus des arbitres de prendre en considération les exceptions d'incompétence soulevées par l'Argentine (B).

⁹ La structure complète des participations d'Enron dans les diverses entreprises argentines est expliquée au paragraphe 21 de la décision.

¹⁰ *Enron*, *supra* note 1 aux paras. 25-29.

¹¹ La responsabilité d'un État pour le fait de ses démembrements est très claire en droit international « [l']autonomie de ces démembrements en droit interne n'est qu'un fait pour le droit international : la sécurité juridique des autres sujets du droit international conduit à ne connaître que l'État comme sujet responsable » dans Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit International Public*, 7^e éd., Paris, LGDJ, à la p. 778, et les références jurisprudentielles aux pp. 778-779.

¹² *Enron*, *supra* note 1 au para. 22.

A. Qualité pour agir et droit des actionnaires, un *CMS Gas* bis?

Les exceptions d'incompétence soulevées en l'espèce rappellent celles de l'arbitrage *CMS c. Argentine*¹³ et nous donnent l'impression d'un déjà-vu.

Le *jus standi* est, bien entendu, l'objet du premier grief de l'Argentine. Nous sommes, à nouveau, face à l'idée qu'un actionnaire disposerait d'une qualité pour agir en raison de mesures fiscales discriminatoires visant la société dans laquelle il a des participations. Cependant, l'angle d'attaque de la défenderesse a changé : contrairement à l'affaire *CMS Gas*, ce n'est plus le problème de la qualité pour agir d'un actionnaire minoritaire qui fait l'objet du présent argument¹⁴. En effet, le Tribunal reconnaît à nouveau que cette qualité existe¹⁵, et l'Argentine abonde dans le même sens¹⁶. En revanche, cette dernière énonce que cette qualité est limitée :

[c]laims can only be made in respect of measures affecting the shares qua shares, as in the event of expropriation of the shares or other measures affecting directly the economic rights of the shareholders. Claims by minority shareholders concerning measures that affect the corporation as a separate legal entity cannot be admissible in the context of the Treaty.¹⁷

Enron réfute cet argument en arguant le fait que ses demandes concernent uniquement ce que lui, en tant qu'investisseur américain, a subi, et non pas ce qu'a subi la société TGS¹⁸. C'est donc cette dissociation, entre les droits des investisseurs protégés par le *Traité* et ceux de la société de droit local, que le Tribunal va en premier lieu tenter d'effectuer.

Comment déterminer quels sont les droits des actionnaires protégés par le *BIT*? Tout d'abord, en acceptant les définitions larges d'« investissement » et d'« investisseur » adoptées par de précédents tribunaux, relatives à la qualité pour agir¹⁹. De ce fait :

[t]his tribunal must accordingly conclude that under the provisions of the Bilateral Investment Treaty, broad as they are, claims made by investors that are not in the majority or in the control of the affected corporation

¹³ *CMS, supra* note 7 et nos commentaires au chapitre II de la présente chronique au numéro 16.2 de la RQDI.

¹⁴ *Ibid.* aux paras. 36-65.

¹⁵ Le tribunal n'entre pas en détail dans l'analyse des précédents mais affirme uniquement qu'il « believes that in essence the conclusions and reasons of those decisions are correct », *Enron, supra* note 1 au para. 40.

¹⁶ *Ibid.* au para. 35.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.* au para. 36.

¹⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine*, Affaire No ARB/97/3, Décision du Comité *ad hoc* du 3 juillet 2002, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), traduction française par Emmanuel Gaillard, 130 JDI 230 (2003) en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi_annul.pdf> [*Vivendi*]. Voir *Ibid.* au para. 44.

when claiming for violations of their rights under such treaty are admissible.²⁰

Le Tribunal reconnaît donc la qualité pour agir du demandeur grâce à l'analyse des dispositions du *BIT*. Cet examen a notamment été effectué à la lumière des éclairages fournis par les précédentes affaires ayant eu à statuer sur le sujet. Cette détermination achevée, il est nécessaire, dans un second temps, d'établir que le consentement à l'arbitrage a bien été donné pour des différends avec de tels investisseurs. Les invitations répétées du gouvernement argentin aux investisseurs privés pour qu'ils prennent des participations dans les sociétés en voie de privatisation suffisent au Tribunal à affirmer que « *their rights are protected under the Treaty as clearly established treaty-rights and not merely contractual rights related to some intermediary* »²¹. Nous pouvons donc en conclure que le demandeur a qualité pour agir devant ce Tribunal CIRDI puisque celui-ci, malgré son statut de simple actionnaire minoritaire, l'a qualifié d'investisseur à part entière.

B. La démultiplication des exceptions d'incompétence soulevées par l'Argentine

Il est permis de penser que le nombre important d'exceptions (huit) a peut-être atteint son paroxysme. La concision, quinze pages, avec laquelle certaines de ces demandes ont été examinées par le Tribunal laisse cependant peu de place au doute : l'Argentine a tenté tout ce qu'elle pouvait pour que le Tribunal ne se reconnaisse pas compétent. Il est permis de se demander si cette tactique de multiplication des exceptions n'a pas été choisie au détriment d'une approche plus judicieuse et plus succincte. Il nous faut néanmoins examiner chacune de ces exceptions tour à tour.

1. L'ABSENCE DE LIEN DIRECT AVEC UN INVESTISSEMENT

L'Argentine soutient, à nouveau, que les demandes d'Enron ne peuvent être accueillies. Le demandeur n'a pas le droit d'agir puisque les droits qu'il peut invoquer sont exclusivement liés à sa qualité d'actionnaire, « *qua shareholders* »²². Un différend fiscal, pour la défenderesse, n'a pas de lien direct avec un investissement, car il affecte uniquement les sociétés dans lesquelles les investisseurs possèdent des actions et non pas les actions en elles-mêmes. Le Tribunal rejette cette exception car il est possible de séparer les droits des demandeurs de ceux des sociétés TGS et CIESA²³.

²⁰ *Ibid.* au para. 49.

²¹ *Ibid.* au para. 56.

²² *Ibid.* au para. 58.

²³ *Ibid.* au para. 60.

2. L'EXCLUSION DES PROBLÈMES FISCAUX DU CHAMP D'APPLICATION DE LA CLAUSE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DU *BIT*

L'article XII du *BIT* semble très clair au sujet des problèmes fiscaux. Le paragraphe premier dispose que les parties contractantes, en matière fiscale, doivent « *strive to accord fairness and equity in the treatment of investment of nationals and companies of the other Party* ». Le paragraphe 2 dispose de son côté :

Nevertheless, the provisions of this Treaty, and in particular Article VII and VIII, shall apply to matters of taxation only with respect to the following:

- expropriation, pursuant to Article IV;
- transfers, pursuant to Article V; or
- the observances and enforcement of terms of an investment agreement or authorization as referred to in Article VII (1)(a) or (b).²⁴

Les deux parties s'accordent à dire que le différend concerne des mesures fiscales. En revanche, les premiers achoppements se font sentir au sujet de la nature des obligations découlant du *Traité*. Pour l'Argentine, l'article XII pose, en quelque sorte, une obligation de moyen. En effet, pour la défenderesse, il faut simplement « essayer » de traiter les investisseurs de manière juste et équitable ; ce n'est donc pas une obligation de résultat²⁵. Le demandeur s'oppose à cette vision. Selon Enron, il faut obligatoirement accorder un traitement juste et équitable, et non pas simplement tenter de le faire. En fait, il est nécessaire de souligner ici l'importance que revêt la question du degré de contrainte imposé par l'article XII. Si seule l'obligation de moyen devait être retenue, l'Argentine pourrait exproprier impunément, par le biais de ses mesures fiscales²⁶. Il apparaît donc qu'une simple obligation de moyen ne permettrait pas de faire de cet article un moyen de défense efficace.

C'est pourquoi le Tribunal arbitral s'oppose fermement à l'argument de la défenderesse car il n'est pas pensable que le *Traité* ne pose qu'une obligation de moyen en matière de traitement juste et équitable²⁷.

Les arbitres concluent enfin leur analyse de cette exception en utilisant une méthode devenue courante pour les tribunaux arbitraux statuant sur leur compétence, celle de l'analyse *prima facie* des arguments des parties²⁸. Les éléments factuels

²⁴ *Ibid.* au para. 61.

²⁵ « *Strive* » en anglais. *Ibid.* au para. 62.

²⁶ *Ibid.* au para. 64.

²⁷ *Ibid.* au para. 65.

²⁸ Ce test est souvent utilisé par les tribunaux statuant sur leur compétence, que ce soit sous l'égide du CIRDI ou dans les arbitrages utilisant les règles de la CNUDCI : *Emilio Augustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, Affaire No. ARB/97/7, Décision du 25 janvier 2000 sur les objections à la compétence, 16 ICSID Rev – Foreign Inv't L. J. 212 (CIRDI) ; *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc*, Affaire No. ARB/00/4, Décision du 23 juillet 2001 sur la compétence, 129 J.D.I. 196 (2002) [Original en Français] (Traduction en anglais dans 42 I.L.M. 609 (2003)) (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) ; *Methanex Corp c. États Unis d'Amérique*, Première sentence partielle du 7 août 2002, (Arbitrage CNUDCI), en ligne : U.S.

présentés²⁹, sans faire l'objet d'une analyse approfondie en matière de compétence, suffisent à ce que le Tribunal reconnaisse donc le droit d'agir des demandeurs sur ce fondement³⁰.

3. L'ABSENCE D'UNE AUTORISATION D'INVESTIR OU D'UN ACCORD SUR L'INVESTISSEMENT

Pour l'Argentine, l'absence d'autorisation d'investir, ou d'un accord sur l'investissement, empêche l'application mécanique du *Traité*. Les demandeurs ne considèrent pas l'accord de transfert des actions comme une autorisation ou un accord, au sens du *BIT*, mais plutôt comme faisant partie intégrante « *of the overall elements involved in the privatization and the investment in shares which cannot now be ignored* »³¹.

Le Tribunal rend une décision conforme aux positions prises par ses prédécesseurs. Les arbitres indiquent que l'investissement est constitué d'une multitude d'éléments comme, entre autres, les accords, les contrats ou les licences³². L'investissement est analysé par le Tribunal de manière large, « au sein d'une opération globale »³³. En effet, ce sera l'analyse conjointe de tous ces indices qui lui permettra de décider de quelle manière ces mesures fiscales ont affecté l'investissement protégé. Cette détermination devra être faite au fond et le Tribunal reconnaît *prima facie* sa compétence pour décider de cette question³⁴.

Department of State <<http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>>; *United Parcel Service of America c. Gouvernement du Canada*, Sentence du 22 novembre 2002 sur la compétence, (Arbitrage CNUDCI), en ligne : Ministères des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Jurisdiction%20Award.22Nov02.pdf>>; *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, Affaire No. ARB/01/8, Décision du Tribunal du 17 juillet 2003 sur les exceptions d'incompétence, 42 I.L.M. 788, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf> et les commentaires dans le numéro 16.2 de la RQDI; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République Islamique du Pakistan*, Affaire No. ARB/01/13, Décision du 6 août 2003 sur les objections à la compétence, 18 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 301 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) et les commentaires dans le numéro 16.2 de la RQDI; *Azurix Corp. c. République argentine*, Affaire No. ARB/01/12, Décision du 8 décembre 2003 sur la compétence, *International Law Brief*, en ligne : The American Society of American Law <<http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>> (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) et les commentaires dans le numéro 16.2 de la RQDI.

²⁹ Ces mesures équivalentes à une expropriation sont constituées, entre autres, par le manque de transparence ainsi que la non-possibilité de recours effectifs.

³⁰ *Enron*, *supra* note 1 au para. 67.

³¹ *Ibid.* au para. 69.

³² *Ibid.* au para. 70.

³³ Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004 aux pp. 898-899 [Gaillard].

³⁴ *Enron*, *supra* note 1 au para. 69.

4. LE CARACTÈRE HYPOTHÉTIQUE DU DIFFÉREND

Le fait pour l'Argentine de ne pas avoir collecté les taxes rend-il le différend hypothétique? Cette exception posée par la défenderesse est rejetée par le Tribunal.

Pour les arbitres, c'est la décision de collecter les taxes qui importe, et non pas la collecte en elle-même. En outre, puisque la protection du *BIT* a été demandée pour des agissements très précis, cela indique que le différend n'est pas hypothétique puisqu'il a un « fondement » factuel bien réel. Déterminer s'il y a eu une violation des termes du Traité, et, *a fortiori*, si une expropriation a eu lieu, relève du fond de l'affaire. Le Tribunal se reconnaît ainsi compétent pour pouvoir trancher ces points de fait et de droit³⁵.

5. LES RECOURS OFFERTS AUX DEMANDEURS ET LE POUVOIR D'INJONCTION DU TRIBUNAL

Cette cinquième exception contient en réalité deux objections. La première est rejetée d'emblée par le Tribunal. L'Argentine énonce, en effet, que toute possibilité de recours offerte à Enron bénéficie *de facto* à TGS, non partie à l'instance. Or, cela engendre, pour la demanderesse, l'incompétence du Tribunal, puisque cela reviendrait à accorder des bénéfices indus à un tiers à l'instance. La réponse du Tribunal est sans appel : « *[w]hether a remedy, in addition to protecting the investor's rights, benefits a separate but related corporate entity is not a ground for objection to jurisdiction* »³⁶.

La seconde objection est plus délicate car elle vise le pouvoir d'injonction d'un tribunal arbitral. Ce pouvoir n'existe pas selon l'Argentine, qui soutient que la *Convention de Washington* et le *BIT* n'accordent pas un tel droit. Le Tribunal pourrait donc uniquement émettre une déclaration de principe au sujet des mesures fiscales ou ordonner le paiement de dommages et intérêts. Les demandeurs s'accordent à dire, *a contrario*, que les arbitres peuvent effectuer non seulement une déclaration eu égard aux mesures fiscales, mais qu'ils possèdent aussi un pouvoir d'injonction.

La décision prise par le Tribunal est conforme aux décisions antérieures³⁷. Les arbitres possèdent un pouvoir d'injonction pour ordonner l'arrêt de mesures entraînant une violation du droit international ou une violation des obligations que l'État a contractées. Les arbitres ont donc compétence pour juger de ces demandes ; le type de mesures qu'il peut prendre sera déterminé ultérieurement au fond³⁸.

³⁵ *Ibid.* au para. 74.

³⁶ *Ibid.* au para. 75.

³⁷ *Ibid.* au para. 78.

³⁸ *Ibid.* au para. 81.

6. PÉRIODE DE CONSULTATION ET NOTIFICATION DES DEMANDES À L'ENCONTRE DE NOUVELLES PROVINCES

Cette exception donne lieu à une prise de position intéressante du Tribunal concernant la nature juridique des périodes de consultation incluses dans un traité.

Pour l'Argentine, Enron ne lui a notifié que les demandes relatives aux actes de deux provinces, Neuquén et Rio Negro, alors que son argumentation finale se fonde sur des violations engendrées aussi par deux autres provinces, La Pampa et Chubut. En omettant cette notification, les demandeurs violent ainsi, pour la défenderesse, la condition de la période de consultation de six mois inscrite dans le *BIT* avant d'engager un arbitrage³⁹.

Pour les demandeurs, ce sont les mêmes types de faits qui ont donné lieu à l'inclusion ultérieure de ces deux provinces et les demandes sont très exactement similaires⁴⁰.

Pour le Tribunal, « *[i]here can be no doubt in the present case about the fact that the dispute relates in identical terms to various Provinces* »⁴¹. S'appuyant une fois encore sur la jurisprudence antérieure⁴², les arbitres notent qu'il serait superflu, inefficace et injustifié d'ordonner qu'une procédure séparée soit engagée pour ces deux provinces. Au vu des nombreux arbitrages CIRDI enregistrés à l'encontre de l'Argentine, il nous semble plus que raisonnable de refuser une multiplication artificielle des procédures. Le Tribunal évite donc cet écueil en acceptant sa compétence.

Concernant le respect de la période de consultation de six mois, une décision n'est donc plus nécessaire au vu de l'analyse précédemment énoncée. Cependant, le Tribunal souhaite faire une mise au point. L'*obiter dictum* qui suit est intéressant car il constitue une prise de position ferme quant à la nature juridique de la période de six mois. S'agit-il d'une simple disposition procédurale de recevabilité ou d'une condition en matière de compétence? S'inscrivant en faux par rapport à la jurisprudence antérieure⁴³, ce qui constitue une nouveauté pour ce Tribunal, les arbitres indiquent que « *[a] failure to comply with that requirement would result in a determination of lack of jurisdiction* »⁴⁴. Nous pensons que cette affirmation n'est pas acceptable et semble réductrice.

Il faut se rappeler que, préalablement à l'analyse *stricto sensu* de la question de la qualité pour agir⁴⁵, le Tribunal a jugé nécessaire d'écarter, en un paragraphe, la différence que l'Argentine a tenté d'établir entre recevabilité d'une demande et

³⁹ *Ibid.* au para. 82.

⁴⁰ *Ibid.* au para. 83.

⁴¹ *Ibid.* au para. 84.

⁴² *Ibid.* aux notes 26, 27 et 28.

⁴³ Voir les jurisprudences citées, *Ibid.* à la note 29, ainsi que *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Les Philippines*, Affaire No. ARB/02/6, Décision du 29 janvier 2004 sur les exceptions d'incompétence, (CIRDI), commentée ci-après au chapitre II.

⁴⁴ *Ibid.* au para. 88.

⁴⁵ Analysée au 0 Qualité pour agir et droit des actionnaires, un *CMS Gas bis*?

compétence. Le Tribunal a repoussé cet argument en soulignant uniquement que la *Convention* CIRDI ne mentionne pas cette différenciation et que donc il n'est pas nécessaire de tenter de distinguer ces deux termes⁴⁶. Ceci ne nous semble pas convaincant. Nous sommes en accord avec Emmanuel Gaillard quand il affirme qu'

il ne nous semble pas exact que l'on puisse déduire du silence de la *Convention de Washington* sur la notion de recevabilité que celle-ci ne joue aucun rôle en matière d'arbitrage CIRDI [...]. Ainsi, par exemple, le non-respect, souvent allégué, de la phase de négociation préalable à la soumission d'une réclamation s'analyse-t-il en une simple question de recevabilité. L'absence de consentement à l'arbitrage, [...] l'absence d'investissement au sens de l'article 25 de la *Convention de Washington* sont, au contraire, des conditions de compétence.⁴⁷

La logique du Tribunal est claire car, refusant la distinction entre recevabilité et compétence, ce dernier analyse donc la condition de négociation préalable comme un élément de la compétence. Il nous semble simplement qu'il n'est pas exact de l'analyser ainsi et qu'elle correspond en fait à une simple condition de recevabilité de la requête, son importance étant bien moindre que les conditions de compétence données en exemple par le professeur Gaillard.

7. LES INDEMNISATIONS PRÉVUES PAR LE « TRANSFER AGREEMENT »

Le problème, furtivement évoqué par le Tribunal, se situe au niveau de l'invocation de dispositions contractuelles, en matière d'indemnisation fiscale, qui déclencherait ou non l'application de dispositions du *BIT*. Une fois encore, le Tribunal se contente de citer les sentences allant dans le sens de son argumentation sans reprendre leur raisonnement. Ces dernières ont « *upheld jurisdiction under the Convention to address violations of contracts which, at the same time, constitute a breach of the pertinent bilateral investment treaty* »⁴⁸.

Sans rejeter le caractère contractuel de la disposition, le Tribunal note simplement que la clause relative aux indemnités n'a pas de raison d'être si elle est séparée hermétiquement des dispositions du *Traité* relatives au traitement et au règlement des différends. Le Tribunal se reconnaît donc compétent pour statuer sur la question de l'indemnisation prévue par l'accord⁴⁹.

⁴⁶ *Ibid.* au para. 33.

⁴⁷ Gaillard, *supra* note 29 à la p. 812.

⁴⁸ *Enron*, *supra* note 1 au para. 91.

⁴⁹ *Ibid.* aux paras. 93-94.

8. ALLONS-NOUS VERS UNE ANALYSE DE L'OPTION DE COMPÉTENCE IRRÉVOCABLE, « FORK IN THE ROAD », EN PERMANENCE EN FAVEUR DE L'INVESTISSEUR?

Cette dernière exception n'en est pas pour autant la moins intéressante, la question étant de savoir si l'engagement de poursuites devant les juridictions argentines par TGS empêche qu'un tribunal CIRDI puisse se reconnaître compétent. Il semble que ce n'est pas le cas, et que cela ne semble plus devoir l'être pour l'instant. En effet, comme Claire Crépet l'affirme, le Tribunal paraît « s'engager vers une certaine souplesse » dans la détermination de la présente exception. « En l'espèce, la clause de choix définitif n'avait pas été enclenchée par la saisine des tribunaux internes puisque les recours internes n'étaient pas le fait de la demanderesse à la procédure internationale »⁵⁰. Le Tribunal différencie, à juste titre, TGS du demandeur à l'arbitrage CIRDI. En outre, le caractère défensif de la demande de TGS, en réaction aux mesures fiscales prises à son encontre, semble aussi être un motif de rejet de cette clause d'option irrévocable. TGS n'a pas engagé les procédures de son propre chef, ce qui aurait probablement engendré la mise en œuvre de la clause, mais l'a fait uniquement en réaction aux mesures prises à son encontre. La clause d'option irrévocable n'est donc pas actionnée en l'espèce par le Tribunal. Cela fait dire au professeur Fadlallah que les demandes d'application de ces dispositions « ont été largement résolues en faveur de l'investisseur »⁵¹.

Le Tribunal se reconnaît donc compétent et refuse toutes les exceptions soulevées par l'Argentine. Cette décision qui nous semble être dans la droite ligne des sentences rendues précédemment contre l'Argentine permettra d'asseoir un peu plus la légitimité et le sérieux des arbitrages CIRDI et d'éloigner le spectre d'une perte d'uniformité des sentences arbitrales en raison des (trop?) nombreuses soumissions à l'encontre de l'Argentine. La prophétie du professeur Stern qui indiquait que « *[y]ou have the potential [...] for 20 arbitrations, one problem, and 20 solutions* »⁵² semble ne pas se concrétiser. Tout du moins, nous ne pouvons que l'espérer.

J.F.

⁵⁰ Claire Crépet, « Treaty Claims/Contract Claims » dans Ibrahim Fadlallah et Charles Leben, dir., *Investissements Internationaux et Arbitrage*, Gaz. Pal., 5-7 décembre 2004, 3 à la p. 39.

⁵¹ Ibrahim Fadlallah, « La distinction "Treaty Claims-Contract Claims" et la compétence de l'arbitre (CIRDI: faisons-nous fausse route?) » dans Ibrahim Fadlallah et Charles Leben, dir., *Investissements Internationaux et Arbitrage*, Gaz. Pal., 5-7 décembre 2004, 3 à la p. 8.

⁵² Interviewée dans Michael D. Goldhaber, « Wanted: A World Investment Court » (Summer 2004) *The American Lawyer / Focus Europe*, en ligne : <<http://www.americanlawyer.com/focuseurope/investmentcourt04.html>>.

II. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Les Philippines, décision du 29 janvier 2004*⁵³

Composition du Tribunal : monsieur Ahmed El-Kosheri, président ; messieurs Antonio Crivellaro et James Crawford, arbitres.

La décision sur la compétence du Tribunal constitué dans l'affaire *SGS c. Philippines* retient l'attention par la densité de son texte et l'importance des questions qu'elle tranche. C'est en 68 pages d'une rédaction remarquable que les arbitres se prononcent sur pas moins de quatre questions, toutes d'une actualité brûlante dans l'arbitrage CIRDI.

Les lecteurs de cette chronique ne manqueront pas d'observer la proximité des faits et des sujets traités entre la présente décision et celle rendue le 6 août 2003 par un autre tribunal arbitral, dans l'affaire *SGS c. République du Pakistan*⁵⁴. Les parties, ainsi que le Tribunal, dans la présente affaire, ont d'ailleurs eux-mêmes consacré cette similitude en convenant d'un échange d'écritures spécialement dédié au commentaire de cette décision. On relèvera toutefois le peu de cas que fait, en l'espèce, le Tribunal de la décision rendue dans l'affaire sœur *SGS c. Pakistan*. Il marque sans hésiter son absence de déférence vis-à-vis des décisions du premier tribunal en indiquant que « *[t]here is no hierarchy of international tribunals, and, even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals* »⁵⁵.

SGS est une société suisse spécialisée en opérations de vérification, de certification et de surveillance de divers produits, pour le compte de clients privés ou institutionnels. En 1991, SGS a conclu un contrat avec les Philippines afin de moderniser les opérations de contrôle douanier dans ce pays. Sans critiquer les résultats de SGS, les Philippines ont résilié leur contrat avec cette société en 2000. SGS a alors présenté une demande en paiement aux Philippines pour plus de 140 millions de dollars, plus intérêts.

Le litige découle du refus des Philippines de régler les sommes réclamées par SGS. La société suisse a, pour cette raison, porté le différend devant un tribunal arbitral constitué en application du règlement du CIRDI, sur le fondement du *Traité bilatéral de protection réciproque des investissements* signé en 1997 entre la Confédération helvétique et la République des Philippines (le « *BIT* »). Saisis par les Philippines de plusieurs contestations relatives à leur propre compétence, les arbitres

⁵³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Les Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/02/6, Décision sur la compétence du 29 janvier 2004 et déclaration du professeur Crivellaro, en ligne sur le site du CIRDI, également publiée au 19 Int'l Arb. Rep. C1 (février 2004) [*SGS c. Les Philippines*] et en extraits traduits en français dans Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, pp. 865 et s. [Gaillard].

⁵⁴ Voir nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16.2 RQDI 257 [Fouret et Khayat, 2003].

⁵⁵ *SGS c. Les Philippines*, *supra* note 1 au para. 97.

ont rendu une décision, déjà commentée à plusieurs reprises⁵⁶, dont nous ne retiendrons que certains aspects : la confirmation d'une conception large tant de la notion d'investissement (A) que de la portée de la clause de règlement des différends du BIT (B), ainsi qu'une nouvelle interprétation de la clause dite de « respect des engagements » (C).

A. Une prestation de services réalisée en partie à l'étranger peut constituer un investissement au sens du BIT

L'activité de la société SGS aux Philippines avait ceci de particulier qu'elle était effectuée pour partie à l'étranger. En effet, si SGS réalisait ses prestations de soutien et d'amélioration des douanes philippines à partir d'un bureau de liaison à Manille, une part importante de ses activités se déroulait matériellement dans les pays d'où étaient expédiés les biens à destination des Philippines : SGS s'y livrait à certains contrôles et y dressait des rapports expédiés ensuite aux douanes philippines. Peut-on, dès lors, considérer que l'investissement de SGS a été réalisé aux Philippines au sens de l'article II du BIT, en vertu duquel le *Traité* ne s'appliquera qu'aux investissements réalisés dans le territoire de l'une des parties contractantes?

L'objection avait déjà été formulée dans l'affaire *SGS c. Pakistan*. Comme dans celle-ci, mais de manière plus directe, le Tribunal de l'affaire *SGS c. Philippines* a rejeté l'objection de l'État défendeur et considéré que l'investissement de SGS a bien été réalisé aux Philippines pour les besoins de l'application du BIT. Pour le Tribunal, la solution aurait été différente si SGS avait pour interlocuteur une représentation philippine à l'étranger au lieu des autorités douanières centrales⁵⁷ et si le bureau de Manille chargé de centraliser les activités de la société n'existait pas ou n'avait pas d'activités substantielles⁵⁸.

En rejetant l'objection des Philippines, le Tribunal retient l'argument déjà éprouvé dans l'affaire *CSOB c. Slovaquie*⁵⁹ selon lequel c'est le caractère global de

⁵⁶ Voir les observations de Gaillard, *supra* note 53 aux pp. 896 et s.; Ibrahim Fadlallah, « La distinction "Treaty Claims-Contract Claims" et la compétence de l'arbitre (CIRDI: faisons-nous fausse route?) » dans Ibrahim Fadlallah et Charles Leben, dir., *Investissements Internationaux et Arbitrage*, Gaz. Pal., 5-7 décembre 2004, 3 à la p. 3 [Fadlallah]; Judith Gill, Matthew Gearing et Gemma Birt, « Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. A Comparative Review of the SGS Cases » (2004) 21(5) J. Int'l Arb. 397 [Gill, Gearing et Birt]; Farouk Yala, « The notion of Investment in ICSID Case Law : a Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" thoughts on Salini, SGS & Mihaly » (Octobre 2004) 1(4) *Transnat'l Disp. Manag't*, en ligne <<http://www.transnational-dispute-management.com>> [Yala].

⁵⁷ *SGS c. Les Philippines*, *supra* note 1 au para. 102.

⁵⁸ *Ibid.* aux paras. 101, 105.

⁵⁹ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. c. République slovaque*, Affaire No. ARB/97/4, Décision du 24 mai 1999 sur la compétence, 14 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 251, (CIRDI), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob_decision.pdf> aux para. 80, 82, 88. Voir également l'affaire *Enron c. Argentine* Affaire No. ARB/01/3, décision sur la compétence, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm> [Enron], commentée au Chapitre I de la présente chronique.

l'opération d'investissement qui doit être envisagé, et non des aspects particuliers de celle-ci, qui pourraient, comme en l'espèce, être réalisés à l'étranger⁶⁰.

Cette interprétation a été critiquée⁶¹ en ce qu'elle contribue à élargir la compétence des tribunaux CIRDI de manière démesurée, pour plusieurs raisons, dont les deux suivantes nous paraissent être les plus déterminantes.

D'une part, on a reproché au Tribunal de s'être limité à l'étude des dispositions du *BIT* pour vérifier l'existence d'un investissement, en négligeant de vérifier si les conditions posées par l'article 25 de la *Convention de Washington* sont également remplies. La critique est parfois virulente⁶² mais à notre avis infondée. Il est vrai que l'article 25 pose les conditions de compétence des tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du Centre, mais il faut constater qu'il n'existe pas de définition de la notion d'investissement dans la *Convention*. Pour trancher une objection à cet égard, un tribunal n'aura d'autre choix que de se tourner vers l'instrument qui fonde sa compétence, un *BIT* par exemple, comme dans l'affaire *SGS c. Philippines*.

La critique porte d'autre part sur le fait que l'investissement de la société SGS n'a pas été réellement réalisé sur le territoire des Philippines, et qu'il n'est pas, comme l'impose le préambule de la *Convention CIRDI*, de nature « internationale ». Cet argument ne nous semble pas non plus pertinent en ce qui concerne l'affaire *SGS c. Philippines*. En effet, si l'investissement de SGS n'a pas été réalisé sur le territoire des Philippines, alors où a-t-il été réalisé? En réalité, la seule difficulté pourrait provenir du fait que l'investissement ait été réalisé en Suisse, mais cela n'a pas été soulevé en l'espèce. Par ailleurs, il nous semble que les activités exercées par SGS dans d'autres pays que les Philippines pour ce contrat confirment, plutôt qu'elles ne l'infirmement, le caractère international de l'investissement de la société suisse. Enfin, SGS et les Philippines ont-elles eu l'intention de s'engager sur un investissement international? Les faits de l'espèce militent sans doute en faveur d'une réponse positive.

⁶⁰ Voir également la décision du 6 août 2003 dans l'affaire *SGS c. Pakistan* qui parvient à la même conclusion par d'autres voies, sur le fondement, il est vrai, d'un *BIT* aux termes plus larges : *SGS c. Pakistan*, affaire No ARB/01/13, Décision du 6 août 2003 sur la compétence, 42 I.L.M. 1290 (CIRDI), en ligne : <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf>> [*SGS c. Pakistan*]. Voir nos observations dans Fourret et Khayat, 2003, *supra* note 2.

⁶¹ Voir en particulier Yala, *supra* note 56.

⁶² Pour Farouk Yala, « *there are serious problems with admitting an operation within the ambit of ICSID jurisdiction simply because it falls under a category of investments protected by a BIT containing an ICSID clause. In certain respects, one could submit that this amounts to a violation of the ICSID Convention. Should the Center lend its imprimatur to an award rendered in breach of the Convention in this way, it stands to reason that its responsibility could be engaged. Furthermore, defending States may be tempted to oppose the enforcement of such an award on the basis that it was rendered in violation of the treaty. In certain circumstances, respondents might even bring an action before the International Court of Justice against those Contracting States that permit or support enforcement of an award so rendered in violation of the ICSID Convention* », *Ibid.* à la p. 12.

B. La clause de règlement des différends du *BIT* permet, à elle seule et en principe, de soumettre un litige contractuel à un tribunal CIRDI

La question de la distinction entre litiges découlant du contrat par lequel l'investissement est réalisé et litiges découlant du *Traité* par lequel l'investissement est protégé devient classique. Cette fameuse opposition entre les « *contract claims* » et les « *treaty claims* » avait été formulée à titre d'*obiter dictum* par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi c. Argentine*⁶³ et a ensuite été reprise dans d'autres décisions rendues sous l'égide du CIRDI, dont les affaires *Salini c. Maroc*⁶⁴, *CMS c. Argentine*⁶⁵, *SGS c. Pakistan*⁶⁶, *RFCC c. Maroc* et *Azurix c. Argentine*⁶⁷. Cette question est aujourd'hui l'une des plus controversées en matière d'arbitrage CIRDI⁶⁸.

En l'espèce, les arbitres s'interrogent sur la portée de la clause de règlement des différends libellée à l'article VIII du *BIT*. Celle-ci vise, dans sa version française⁶⁹, les « différends relatifs à des investissements entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante ». Cette disposition permet-elle à un investisseur de soumettre au tribunal constitué en application de ce même article un litige contractuel avec l'État d'accueil, indépendamment de l'allégation d'une violation d'une disposition du *BIT*⁷⁰?

Le Tribunal répond par l'affirmative au terme d'une première analyse selon laquelle rien, dans le texte du *BIT*, ne permet d'exclure les litiges contractuels du champ d'application de la clause de règlement des différends. Il conclut que « *[p]rima facie, Article VIII is an entirely general provision allowing for the submission of all investment disputes by the investor against the host State* »⁷¹. La décision est d'importance pour *SGS*, qui plaidait la compétence du Tribunal pour

⁶³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine*, Affaire No. ARB/97/3, Sentence du 21 novembre 2000, 40 I.L.M. 426, (CIRDI) [*Vivendi*]. Voir nos commentaires sur la décision du comité *ad hoc* dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.) » dans Julien Fouret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 R.Q.D.I. 115 à la p. 192.

⁶⁴ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, décision du 23 juillet 2001, (2002) 129 JDI 196, avec les observations d'Emmanuel Gaillard.

⁶⁵ *CMS Gas Company c. République argentine*, Affaire No. ARB/01/8, Décision du Tribunal du 17 juillet 2003 sur les exceptions d'incompétence, 42 I.L.M. 788, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf>. Voir nos commentaires dans Fouret et Khayat, 2003, *supra* note 2.

⁶⁶ *SGS c. Pakistan*, *supra* note 60.

⁶⁷ *Azurix Corp. c. République argentine*, Affaire No. ARB/01/12, Décision du 8 décembre 2003 sur la compétence, *International Law Brief*, en ligne : The American Society of American Law <<http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>> (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). Voir nos commentaires dans Fouret et Khayat, 2003, *supra* note 2.

⁶⁸ Voir Gaillard, *supra* note 53, observations sous *Vivendi*, *supra* note 11 aux pp. 752 et s.; Fadlallah, *supra* note 56.

⁶⁹ Disponible en ligne sur le site de l'UNCTAD à l'adresse suivante : <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_philippines_fr.pdf>.

⁷⁰ *SGS c. Les Philippines*, *supra* note 1 au para. 129.

⁷¹ *Ibid.* au para. 131.

statuer sur ses demandes fondées sur des violations du contrat d'investissement par les Philippines.

Le Tribunal ne se contente pas de ce constat, qui aurait pu suffire à ce stade du raisonnement, et s'attache à prendre le contre-pied de la décision rendue dans l'affaire *SGS c. Pakistan*. Après avoir cité intégralement les attendus de cette décision afin, sans doute, de mieux s'en démarquer⁷², le Tribunal rejette le principe qui y était affirmé selon lequel la généralité de la clause de règlement des différends s'efface en présence d'une clause attributive de juridiction contenue dans le contrat d'investissement. Pour le Tribunal, une telle disposition, convenue entre l'investisseur et l'État d'accueil, ne saurait neutraliser les dispositions générales de la clause de règlement des différends du *BIT*. En conséquence, le Tribunal est d'avis que « *in principle (and apart from the exclusive jurisdiction clause of the CISS Agreement), it was open to SGS to refer the present dispute, as a contractual dispute, to ICSID arbitration, under Article VIII(2) of the BIT* »⁷³.

La décision a le mérite de la clarté, tout en contribuant sans doute à alimenter la controverse⁷⁴. Les investisseurs et les États n'ont pas fini de puiser, dans la jurisprudence du Centre, des arguments en faveur de l'inclusion ou de l'exclusion des différends purement contractuels de la compétence des tribunaux CIRDI. L'intervention d'un ou plusieurs comités *ad hoc* sur la question, tel celui qui examine actuellement la demande d'annulation de la sentence du 22 décembre 2003 dans l'affaire *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*⁷⁵ est, dès lors, particulièrement attendue.

C. Une reconnaissance inédite des effets de la clause de respect des engagements

Les arbitres ayant conclu, sous réserve de la question du sursis à statuer⁷⁶, qu'ils étaient *en principe* compétents à l'égard des manquements contractuels allégués par SGS, la question de la portée de la clause dite de « respect des engagements » pouvait paraître sans objet. Les arbitres ont pourtant statué sur la portée de cette clause, sans doute pour se démarquer une fois de plus de la décision rendue par le tribunal constitué dans l'affaire *SGS c. Pakistan* au sujet d'une clause dont la terminologie était proche.

La clause de respect des engagements, également appelée « clause d'effet miroir » ou « *umbrella clause* », est énoncée à l'article X(2) du *BIT* qui dispose que «

⁷² Il s'agit de la décision *SGS c. Pakistan*, *supra* note 8 aux paras. 161-162, telle que citée dans *Ibid.* au para. 133.

⁷³ *SGS c. Les Philippines*, *supra* note 1 au para. 135.

⁷⁴ Pour une appréciation critique de certaines dispositions de la décision, voir Gill, Gearing et Birt, *supra* note 56.

⁷⁵ *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, Affaire No ARB/00/6, sentence arbitrale du 22 décembre 2003, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award26>>. Voir nos commentaires dans Fourret et Khayat, 2003, *supra* note 2.

⁷⁶ Voir *infra*.

[c]haque des Parties contractantes se conformera à toutes ses obligations à l'égard d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur de l'autre Partie contractante ».

Alors que les arbitres de l'affaire *SGS c. Pakistan* avaient refusé d'accorder la moindre portée à la clause de respect des engagements du *Traité de protection des investissements* entre la Suisse et le Pakistan, au point d'en faire une « clause pour rien »⁷⁷, le Tribunal de l'affaire *SGS c. Philippines* abouti à une conclusion inverse⁷⁸. Après avoir relevé la généralité des termes employés, et le fait que des engagements donnés contractuellement par un État envers un investisseur sont « *incorporated and brought within the framework of the BIT by Article X(2)* »⁷⁹, les arbitres entreprennent une véritable déconstruction de la décision *SGS c. Pakistan* relative aux effets de cette clause pour décider que « *[n]ot only are the reasons given by the Tribunal in SGS v. Pakistan unconvincing : the Tribunal failed to give any clear meaning to the “umbrella clause”* ». Le Tribunal s'efforce donc de définir la fonction de la clause de respect des engagements. Elle consiste, selon lui, à « *provide assurances to foreign investors with regard to the performance of obligations assumed by the host State under its own law with regard to specific investments – in effect, to help secure the rule of law in relation to the investment agreement* »⁸⁰. Nous sommes donc loin de la clause creuse qui avait été identifiée dans l'affaire *SGS c. Pakistan*.

On pourrait conclure que la décision du 29 janvier 2004 recèle certaines avancées majeures en droit des investissements. Toutefois, les principes dégagés par le Tribunal en ce qui concerne tant la portée de la clause de règlement des différends que celle de respect des engagements sont paralysés par l'importance accordée à la clause attributive de juridiction stipulée dans le contrat entre SGS et les Philippines. Selon le Tribunal, une telle clause, en ce qu'elle a été spécifiquement convenue entre les parties, l'emporte sur la clause de résolution des différends du *BIT*, à l'égard de laquelle le Tribunal avait pourtant retenu qu'elle permettait de lui soumettre des litiges contractuels. Toutefois, le Tribunal ne va pas jusqu'à admettre qu'une telle clause s'applique à tous les litiges contractuels, ce qui aurait achevé de ruiner son raisonnement, mais uniquement pour ce qui concerne l'étendue des obligations qui en découlent. Dans ce cadre limité, le Tribunal décide de donner effet à la clause attributive de compétence estimant que « *the BIT did not purport to override the exclusive jurisdiction clause in the CISS Agreement, or to give SGS an alternative route for the resolution of contractual claims which it was bound to submit to the Philippines Courts* »⁸¹.

En donnant effet de manière limitée à la clause attributive de juridiction contenue dans le contrat, le Tribunal s'est engagé dans la voie du sursis à statuer en attendant la décision des juridictions compétentes. De fait, le Tribunal conclut que :

⁷⁷ *SGS c. Pakistan*, *supra* note 60.

⁷⁸ *SGS c. Les Philippines*, *supra* note 1 aux paras. 113 et s.

⁷⁹ *Ibid.* au para. 117.

⁸⁰ *Ibid.* au para. 126.

⁸¹ *Ibid.* au para. 143.

[u]ntil the question of the scope or extent of the Respondent's obligation to pay is clarified – whether by agreement of the parties or by proceedings in the Philippines courts as provided for in Article 12 of the CISS Agreement - a decision by this Tribunal would be premature.⁸²

Un coup d'épée dans l'eau : tel peut être le sentiment de l'observateur à la lecture des conclusions du Tribunal. Ce dernier affirme que « *the Tribunal should not exercise its jurisdiction over a contractual claim when the parties have agreed on how such claim is to be resolved, and have done so exclusively* »⁸³. Il décide en conséquence de surseoir à statuer. L'opinion individuelle du professeur Crivellaro, qui porte précisément sur cette conclusion, contribuera sans doute à relancer un débat loin d'être clos. **D.K.**

III. *Tokios Tokelès c. Ukraine, décision du 29 avril 2004*⁸⁴

Composition du Tribunal : monsieur Prosper Weil, président ; messieurs Piero Bernardini et Daniel Price, arbitres.

La décision sur la compétence du 29 avril 2004 dans l'affaire opposant la société lituanienne Tokios Tokelès à l'Ukraine⁸⁵ a été rendue par un tribunal arbitral amputé de son membre le plus éminent, son président, Prosper Weil. Ce dernier a en effet été mis en minorité par les arbitres nommés par les parties et a démissionné après avoir rendu une opinion dissidente.

Cette circonstance est rare en arbitrage international et inédite à notre connaissance dans l'arbitrage CIRDI. Elle souligne de façon nette les divergences de principe qui ont opposé monsieur Weil à messieurs Bernardini et Price. Deux conceptions de l'arbitrage « unilatéral »⁸⁶ en matière d'investissement se sont fait face dans cette affaire. D'une part, une position classique est défendue par le professeur Weil, qui s'inquiète de l'extension jugée dangereuse du champ d'application de la *Convention de Washington* :

The approach taken by the Tribunal on the issue of principle raised in this case for the first time in ICSID's history is in my view at odds with the object and purpose of the ICSID Convention and might jeopardize the

⁸² *Ibid.* au para. 155.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Affaire CIRDI n° ARB/02/18, Décision sur la compétence du 29 avril 2004, en ligne : Investment Treaty Arbitration : <http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm>[Tokios]. Des extraits de la sentence sont traduits en français par Emmanuel Gaillard à la chronique CIRDI au JDI en 2005 (à paraître) [Gaillard, 2005].

⁸⁵ Opinion dissidente du 29 avril 2004, en ligne : Investment Treaty Arbitration : <http://ita.law.uvic.ca/documents/tokios-dissenting_opinion.pdf> [Opinion dissidente]. Après la démission de Prosper Weil, Lord Mustill a été nommé président du Tribunal le 23 août 2004.

⁸⁶ Pour une étude complète, voir Walid Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral, Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris II, 2003 [non publiée].

future of the institution.⁸⁷ [...] It is regrettable, so it seems to me, to put the extraordinary success met by ICSID at risk by extending its scope and application beyond the limits so carefully assigned to it by the Convention.⁸⁸

La position du Tribunal est, quant à elle, plus « moderne » ou, pour certains, plus « progressiste », en ce qu'elle intègre le fait que le contentieux arbitral en matière d'investissements a changé de nature depuis que la multiplication des traités multilatéraux ou bilatéraux offre aux investisseurs de nouveaux fondements de compétence pour porter leurs différends devant un tribunal constitué en application de la *Convention de Washington*.

Le litige qui a mené à cette importante décision découle des activités menées par Tokios Tokelès en Ukraine, principalement dans le domaine de la publicité et de l'édition, à travers sa filiale de droit local, Taki spravy, créée en 1994. Tokios Tokelès prétend y avoir investi plus de 6,5 millions de dollars jusqu'en 2002. La société lituanienne se dit avoir été l'objet, à travers sa filiale, d'une campagne de dénigrement, de harcèlement procédural, de saisies administratives et d'accusations graves de la part des autorités ukrainiennes, qui ont compromis son activité et porté atteinte à son développement. Après diverses tentatives de règlement amiable, Tokios Tokelès a soumis son différend au CIRDI sur le fondement du *Traité bilatéral de protection des investissements* (le *BIT*) conclu entre la Lituanie et l'Ukraine le 8 février 1994 et entré en vigueur le 27 février 1995.

L'Ukraine a objecté à la compétence du Tribunal arbitral en soulevant deux principaux moyens qui ont cristallisé l'opposition de points de vue entre les membres du Tribunal. L'Ukraine considère en effet que la société Tokios Tokelès est en réalité contrôlée à 99% par des investisseurs ukrainiens et n'a jamais disposé que de capitaux ukrainiens pour financer sa filiale. Dès lors, elle ne saurait prétendre bénéficier de la protection offerte par le *BIT* pour résoudre un différend en définitive purement interne. Le Tribunal a donc dû se prononcer sur sa compétence à l'égard d'un investisseur, personne morale contrôlée par des ressortissants de l'État d'accueil, ayant effectué un investissement dont les fonds proviennent de l'État d'accueil (A). Les autres objections à la compétence soulevées par l'Ukraine sont plus classiques et ne mériteront qu'une brève mention (B).

A. Le fondement controversé de la compétence du Tribunal à l'égard d'un investisseur contrôlé par des ressortissants de l'État d'accueil : faut-il percer le voile social?

Le différend entre les parties quant à la qualité d'investisseur de Tokios Tokelès a au moins le mérite d'être fondé sur des faits clairs et pour la plupart non contestés. Tokios Tokelès est indéniablement une société formellement immatriculée

⁸⁷ Opinion dissidente, *supra* note 2 au para. 1.

⁸⁸ *Ibid.* au para. 30.

en Lituanie en 1991. Tout aussi indiscutable est le fait que le capital de cette société est contrôlé à 99% par des personnes physiques de nationalité ukrainienne qui composent également les deux tiers de sa direction. Tout au plus, les parties s'opposent sur le fait de savoir si Tokios Tokelès dispose ou non d'activités substantielles en Lituanie⁸⁹.

La lecture des décisions sur la compétence, rendues sous l'égide du CIRDI, nous instruit sur le fait que, pour se prononcer sur la qualité d'investisseur d'une entreprise, il faut se tourner *d'abord* vers le fondement de compétence invoqué par le demandeur, en l'occurrence le *BIT* entre la Lituanie et l'Ukraine.

C'est exactement cette démarche qu'adopte le Tribunal dans cette affaire, indiquant d'emblée la première étape de son raisonnement pour trancher l'objection de compétence : « [t]hus, we begin our analysis of this jurisdictional requirement by underscoring the deference this Tribunal owes to the definition of corporate nationality contained in the agreement between the Contracting Parties »⁹⁰.

La question de la priorité entre l'application des critères du *BIT* et de la *Convention* réglée, le Tribunal procède à une application très formelle des critères de nationalité, tels que définis dans l'instrument bilatéral, à la situation de Tokios Tokelès. L'article 1(2)(b) du *BIT* définit l'investisseur lituanien comme étant « *any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulation* », ni plus, ni moins. La conclusion du Tribunal est aisée, Tokios Tokelès remplit ces critères de manière incontestable.

Tous les arguments avancés par l'Ukraine pour infléchir le constat du Tribunal sont vains. Ainsi, celui-ci refuse d'accepter l'idée selon laquelle le critère du contrôle, utilisé dans le *BIT* pour déterminer si des sociétés de pays tiers peuvent être protégées, soit étendu aux sociétés lituaniennes ou ukrainiennes. Selon le Tribunal, rien dans le *BIT* ne permet de soumettre les personnes morales lituaniennes ou ukrainiennes au critère du contrôle pour les exclure du bénéfice du *Traité*. Au contraire, le *BIT* est, selon ses propres termes, destiné à accorder une protection « large » et le Tribunal voit dans son préambule une indication « *of the treaty's broad scope of investment protection* »⁹¹.

De même, pour les arbitres, rien dans le *Traité* ne permet d'exclure une société de son champ d'application sous le prétexte qu'elle n'exercerait pratiquement pas d'activité dans son pays d'incorporation. Il était pourtant loisible aux États contractants de prévoir de telles possibilités lors de la négociation du *Traité*, ce que fit par exemple l'Ukraine dans le *Traité de protection des investissements* qu'elle a négocié et signé avec les États-Unis en 1994⁹². Et le Tribunal d'en conclure que ce

⁸⁹ *Tokios*, *supra* note 84 au para. 21.

⁹⁰ *Ibid.* au para. 25.

⁹¹ *Ibid.* au para. 31.

⁹² Dans ce *Traité*, « [e]ach Party reserves the right to deny to any company the advantages of this treaty if nationals of any third country control such company and, in the case of a company of the other Party, that company has no substantial business activities in the territory of the other Party », dans *Ibid.* au para. 34.

Traité, comme d'autres, « *confirm[s] that state parties are capable of excluding from the scope of the agreement entities of the other party that are controlled by nationals of third countries or by nationals of the host country. [...] We regard the absence of such provision as a deliberate choice of the Contracting Parties* »⁹³.

Enfin, le Tribunal développe une argumentation similaire quant à l'origine des fonds utilisés pour l'investissement de Tokios Tokelès en Ukraine. C'est également au terme d'une analyse formelle que le Tribunal conclut que le *BIT* n'impose en aucune manière ni que les fonds utilisés par Tokios Tokelès pour son investissement en Ukraine soient d'origine lituanienne, ni qu'ils ne soient pas d'origine ukrainienne⁹⁴. Après s'être assuré que les dispositions du *BIT* sur cette question ne sont pas contradictoires avec celles de l'article 25 (1) de la *Convention CIRDI*, lequel ne contient pas non plus de telles distinctions, le Tribunal en conclut que l'origine du capital ne renseigne pas sur l'existence d'un investissement⁹⁵.

En considérant que Tokios Tokelès bénéficie sans aucun doute de la protection du *BIT* et en se déclarant donc compétent à son égard, le Tribunal explicite le fondement de son raisonnement. En l'absence de dispositions claires dans le *BIT*, instrument fondant sa compétence, « *it is not for tribunals to impose limits on the scope of BITs not found in the text, much less limits nowhere evident from the negotiating history* »⁹⁶. De même, le Tribunal rappelle que ce sont les États parties au *BIT* qui, en négociant le texte, définissent les éléments permettant de porter un différend devant le CIRDI, et s'accordent, en l'occurrence, sur une définition qui n'implique pas que les fonds utilisés pour l'investissement ne soient pas d'origine ukrainienne⁹⁷.

C'est le fondement du raisonnement du Tribunal et l'ordre dans lequel le *BIT* et la *Convention de Washington* sont étudiés que critique vivement Prosper Weil dans son opinion dissidente. Il affirme ainsi de manière très claire que

[t]o decide the jurisdictional issue the Decision should, therefore, have checked first whether the Tribunal has jurisdiction under Article 25 of the Convention – interpreted, as the Decision recalls, in light of its object and purpose – and then, in a second stage, whether it has jurisdiction also under the bilateral investment treaty.⁹⁸

L'opposition est on ne peut plus nette. Pour le professeur Weil, les parties – entendre ici les parties contractantes à la *Convention* – ne peuvent être libres de fournir, au cas par cas, une définition de la nationalité des sociétés,

because it is not for the Parties to extend the jurisdiction of ICSID beyond what the Convention provides for. It is the Convention which determines

⁹³ *Ibid.* au para. 36.

⁹⁴ *Ibid.* au para. 74.

⁹⁵ *Ibid.* au para. 80.

⁹⁶ *Ibid.* au para. 36.

⁹⁷ *Ibid.* au para. 82.

⁹⁸ Opinion dissidente, *supra* note 2 au para. 14 [italiques dans l'original].

the jurisdiction of ICSID, and it is within the limits of the ICSID jurisdiction as determined by the Convention that the Parties may in their BIT define the disputes they agree to submit to an ICSID arbitration.⁹⁹

Un argument central sous-tend le raisonnement développé par l'ex-président du Tribunal arbitral : la *Convention de Washington* doit être interprétée conformément à « son objet et son but » en application de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁰⁰. Elle ne saurait donc être utilisée pour résoudre des différends qui ne seraient pas réellement internationaux. Selon le professeur Weil, seul l'investissement international, c'est-à-dire l'investissement impliquant un flux transfrontalier de capitaux, est couvert par la *Convention*¹⁰¹. Toute approche trop laxiste de la part des tribunaux sur cette question est, à ses yeux, dangereuse. En faisant droit à des demandes telles celle de Tokios Tokelès, elle offre en effet à des entreprises le moyen d'échapper à la compétence normale de leurs tribunaux nationaux¹⁰². On ne peut éviter cette dérive, ajoute-t-il, qu'à la condition de lire les dispositions du *BIT* à la lumière de celles de la *Convention* et non l'inverse, comme c'est le cas dans la décision du Tribunal. Dans cette affaire, Tokios Tokelès étant contrôlée par des Ukrainiens, son litige avec l'Ukraine est en dehors du champ d'application de la *Convention de Washington*, quelle que soit la solution à laquelle aboutit l'application des dispositions du *BIT* :

The BIT cannot bestow jurisdiction on an ICSID tribunal beyond the jurisdiction bestowed on it by the ICSID Convention. As a consequence, once the conclusion is reached – as in my view it should have been – that the Tribunal has no jurisdiction under Article 25(2)(b) of the Convention, the question whether Article 1(2) of the BIT it to be read as giving it jurisdiction becomes moot.¹⁰³

La solution retenue par le Tribunal doit pourtant, croyons-nous, être approuvée¹⁰⁴.

Elle est d'abord confirmée, comme l'indique le Tribunal, par la *Convention de Washington* elle-même, dans son texte, son esprit et son application. Le Tribunal se montre en effet particulièrement soucieux, sans doute pour asseoir la légitimité d'une décision prise contre l'avis de son président - et sans lui - de démontrer que sa décision est en accord complet avec la *Convention* sous l'égide de laquelle il est constitué. L'article 25(2)(b) n'assigne de rôle au critère du contrôle que si les parties ont convenu de l'application d'un tel critère, ce qui n'est précisément pas le cas du

⁹⁹ *Ibid.* au para. 16.

¹⁰⁰ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 22 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31.

¹⁰¹ Opinion dissidente, *supra* note 2 au para. 19 [italiques dans l'original].

¹⁰² *Ibid.* au para. 24.

¹⁰³ *Ibid.* au para. 29.

¹⁰⁴ En ce sens également, voir les observations de Gaillard, 2005, *supra* note 1.

*BIT*¹⁰⁵. Par ailleurs, Broches, l'architecte de la *Convention*, indique lui-même que le critère du contrôle ne doit pas être utilisé pour restreindre le champ d'application de la *Convention*¹⁰⁶, contrairement à ce que l'Ukraine a soutenu. Enfin, la jurisprudence des tribunaux CIRDI confirme ces interprétations. Ainsi, dans l'affaire *Wena c. Égypte*, le Tribunal a retenu que « [t]he literature rather convincingly demonstrates that Article 25(2)(b) of the ICSID Convention – and provisions like Article 8 of the United Kingdom's model bilateral investment treaty – are meant to expand ICSID jurisdiction »¹⁰⁷. L'affaire *Autopista c. Venezuela*¹⁰⁸ a fourni une illustration similaire, tandis que dans l'affaire *CMS c. Argentine*¹⁰⁹, le Tribunal a retenu que le critère du contrôle ne saurait être utilisé pour déterminer la nationalité d'une partie si le *BIT* n'en a pas ainsi disposé. Et le Tribunal de citer d'autres affaires ainsi que la doctrine la plus autorisée à l'appui de son argumentation¹¹⁰.

Par ailleurs, la décision du Tribunal est également fondée au regard des règles de droit international public en matière de nationalité des sociétés, telles qu'établies par la Cour internationale de Justice dans la célèbre *Affaire Barcelona Traction*¹¹¹. Dans cette affaire, la Cour a statué sur la doctrine du voile social en considérant que « les nombreux précédents du droit interne montrent que le voile est levé, par exemple, pour empêcher qu'on abuse des privilèges de la personne morale, comme dans des cas de fraude ou d'agissements coupables, pour protéger des tiers tels que le créancier ou l'acheteur, ou pour assurer le respect de prescriptions légales ou d'obligations »¹¹². Or, il n'y a, dans l'affaire *Tokios Tokelès*, aucune allégation de mauvaise foi ou de volonté de fraude.

Enfin, la solution du Tribunal nous semble la plus cohérente en ce qu'elle correspond tant au contenu même de la *Convention* qu'à la manière avec laquelle l'arbitrage sous son égide s'est développé depuis une décennie. En effet, l'opinion dissidente de Prosper Weil perd de vue, selon nous, deux éléments essentiels.

D'une part, la *Convention* ne contient pas, en elle-même, de fondement de compétence permettant à un investisseur ou à un État de saisir un tribunal arbitral. L'article 25 de la *Convention de Washington* ne se suffit pas à lui-même : il ne peut être appliqué que si un autre instrument renvoie vers lui, tel un contrat, une loi sur les investissements, un traité bilatéral ou multilatéral. Ainsi, lorsqu'un investisseur envisage de saisir le CIRDI, celui-ci ne commence pas par vérifier que son litige entre dans le champ d'application de la *Convention de Washington*, mais plutôt dans celui d'un traité bilatéral de protection des investissements. Ce n'est qu'une fois les conditions d'un tel traité remplies qu'il se tournera vers celles de la *Convention*.

¹⁰⁵ *Tokios*, *supra* note 84 aux paras. 42-45.

¹⁰⁶ *Ibid.* au para. 46.

¹⁰⁷ *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte*, tel que cité dans *Tokios*, *Ibid.* aux paras. 47-49.

¹⁰⁸ *Autopista c. Venezuela*, tel que cité dans *Tokios*, *supra* note 84 au para. 49. Voir nos commentaires de la sentence au numéro 16.2 de la RQDI 257.

¹⁰⁹ *CMS c. Argentine*, tel que cité dans *Tokios*, *supra* note 84 au para. 50. Voir nos commentaires de la décision au numéro 16.2 de la RQDI 257.

¹¹⁰ *Tokios*, *supra* note 84 aux paras. 58-66, 67-71.

¹¹¹ *Affaire de la Barcelona Traction*, tel que citée dans *Tokios*, *supra* note 1 au para. 54.

¹¹² *Ibid.* au para. 58, tel que cité dans *Tokios*, *supra* note 84 au para. 56.

Procéder de manière inverse serait en réalité impossible. En présence d'un litige, il n'est pas possible de commencer par se demander si celui-ci est dans le cadre de la *Convention de Washington*, puisqu'on ne sait pas encore si celle-ci est applicable. Elle ne l'est que lorsqu'un autre instrument désigne le CIRDI. Il est donc indiscutablement logique de commencer par vérifier si les conditions d'un tel instrument sont remplies avant d'étudier l'application de la *Convention*. C'est cette méthode qu'a adoptée le Tribunal dans l'affaire *Tokelès* et il ne pouvait en être autrement, contrairement à ce qui est soutenu par le professeur Weil.

D'autre part, il nous semble que la position défendue par Prosper Weil repose sur une confusion quant à l'identité des parties : parties au *BIT* et à la *Convention* d'une part, et parties au litige soumis au Tribunal d'autre part. Dans son opinion dissidente, le professeur Weil défend l'argument suivant : « *[w]hile it may be for private parties within the framework of a private, purely commercial, contractual relationship "to chose their methods of defining corporate nationality", this does not hold true to the same extent when the application of the ICSID Convention is involved* »¹¹³ et, plus loin, « *[t]here can be no question of leaving unconditionally to the parties the task of determining the scope of application of the Convention along with the rights and duties it places upon both parties. This would frustrate the system by putting its extent in the hands of the parties and at their discretion* »¹¹⁴. Il nous semble que *les parties au litige* n'ont effectivement aucune possibilité d'avoir une influence sur les questions de compétence qu'elles soumettent à un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI. En revanche, *les parties au Traité de protection des investissements*, fondement de la compétence même du Centre, peuvent, elles, dans le cadre de leurs relations conventionnelles, aménager la manière avec laquelle une question peut, ou ne peut pas, être soumise à l'arbitrage CIRDI. La détermination de la nationalité des sociétés en fait, à notre avis, partie, sauf situation exceptionnelle non caractérisée en l'espèce. L'opinion du professeur Weil ne nous semble donc pas non plus convaincante sur ce point.

B. Bref aperçu des autres arguments développés par l'Ukraine pour contester la compétence du Tribunal ou la recevabilité de la demande

Comme c'est souvent le cas au stade de l'examen par le Tribunal de sa propre compétence, le défendeur multiplie les contestations, même les plus formelles.

L'argument selon lequel l'investissement de Tokios Tokelès n'a pas été réalisé conformément aux lois et règlements de l'Ukraine aurait pu avoir un intérêt si les faits sur lesquels s'est fondé l'Ukraine n'étaient pas si peu crédibles. Comme le souligne le Tribunal, la majorité des traités bilatéraux relatifs aux investissements ne protègent que les investissements réalisés conformément aux lois et règlements du pays d'accueil et ce « *to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal* »¹¹⁵. Les arbitres

¹¹³ Opinion dissidente, *supra* note 2 au para. 28.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Tokios*, *supra* note 84 au para. 84, citant la décision *Salini c. Maroc* au para. 46.

n'ont aucune peine à disposer des arguments ukrainiens et à considérer que l'investissement de Tokios Tokelès avait été réalisé conformément aux lois et règlements ukrainiens. Ils parviennent à leur conclusion sans qu'il leur ait été nécessaire d'analyser le droit ukrainien, mais simplement en prenant acte des reçus émis par les autorités de ce pays. La démarche consistant à éviter autant que possible d'appliquer le droit local en se contentant d'apprécier la conduite des autorités locales est classique¹¹⁶.

L'Ukraine a également soutenu que le différend qui l'oppose à Tokios Tokelès n'était pas « en relation directe avec un investissement » au sens de l'article 25. Contrairement à ce que l'Ukraine avait allégué, le différend n'a pas à être en relation directe avec l'investissement d'une manière « physique » ou formelle. Le différend peut découler de toutes « *deprivation or taking of property [which] may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits* »¹¹⁷. C'est en s'appuyant sur ces termes, repris également à l'article 10.3 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, que le Tribunal a décidé que tous les faits reprochés à l'Ukraine peuvent être considérés comme étant en relation directe avec un investissement.

En conclusion, cette décision vaut tant par ce qu'elle établit de manière positive que par ce qu'elle rejette et qui est contenu dans l'opinion dissidente du professeur Weil. Pour l'heure, le professeur Weil ayant préféré démissionner, la conception progressiste des arbitres Bernardini et Price a prévalu. Gageons cependant que dorénavant, les États parties à des arbitrages CIRDI tenteront de nommer des arbitres partageant la même sensibilité que le professeur Weil pour se dégager, dans certaines circonstances, de la compétence du CIRDI. Les nombreuses sentences et décisions encore à venir diront sans doute rapidement qui de la majorité du Tribunal ou du professeur Weil a été suivi. **D.K.**

¹¹⁶ Voir l'*Affaire Swembalt AB Sweden c. République de Lettonie*, sentence du 23 octobre 2000 rendue en application des règles de la CNUDCI, en ligne: Investment Treaty Arbitration: <http://ita.law.uvic.ca/documents/20040527-SwembaltAward_000.pdf > commentée dans 2005:1 Stockholm International Arbitration Review (à paraître).

¹¹⁷ *Tokios*, *supra* note 84 au para. 92, citant la décision du Tribunal des différends irano-américain du 22 juin 1984 dans l'affaire *Tippetts, Abbotts, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA*, Sentence No. 141-7-2, 6 Iran-US C.T.R. 219, à la p. 225.

IV. *Waste Management, Inc. c. États-Unis du Mexique (Numéro 2), sentence du 30 avril 2004*¹¹⁸

Composition du Tribunal : professeur James Crawford, président; messieurs Benjamin R. Civiletti et Eduardo Magallón Gómez, arbitres.

L'affaire résulte d'un investissement effectué il y a environ dix ans dans la région d'Acapulco, au Mexique. En 1995, le demandeur, Waste Management Inc., avait conclu un contrat de concession d'une durée de quinze ans avec la localité d'Acapulco et l'État de Guerrero. Ce contrat avait été conclu en faveur d'Acaverde, filiale de droit mexicain de l'investisseur. L'accord indiquait qu' « *Acaverde undertook to provide on an exclusive basis certain municipal waste disposal and street cleaning services in a specified area of Acapulco* »¹¹⁹. Cette zone couvrait des habitations se situant dans une partie très touristique de la ville. Ce contrat, à la clause 15, accordait un caractère exclusif à la concession puisque la municipalité ne pouvait accorder un même droit à une autre société¹²⁰. Cependant, cela ne garantissait pas *a priori* un monopole à Acaverde, dans la mesure où personne n'avait l'obligation d'utiliser les services de l'entreprise concessionnaire, malgré la clause de non-concurrence. L'accord contenait également une obligation pour la municipalité d'Acapulco de trouver un terrain à l'investisseur afin qu'il y construise une usine ultramoderne de retraitement des déchets¹²¹.

Cet investissement ne s'est pas révélé profitable pour Waste Management. En effet, les ramasseurs de déchets déjà établis étaient opposés à cet accord et ont continué, en majorité, malgré les tentatives de conciliation d'Acaverde, à ramasser et à revendre les déchets¹²². Cela a engendré, par conséquent, un manque à gagner non négligeable pour l'investisseur.

En outre, Banobras, une banque contrôlée par l'État, s'était engagée à pallier les possibles problèmes pécuniaires temporaires que la municipalité pourrait rencontrer vis-à-vis l'investisseur. Acapulco n'étant apparemment pas en mesure de payer toutes les factures, l'investisseur s'est alors tourné vers la banque, qui a décidé, à son tour, de ne régler qu'une partie des factures. Malgré les demandes répétées d'Acaverde, ni la ville, ni la banque n'ont infléchi leurs positions¹²³.

Comme nous l'avions indiqué lors de notre commentaire de la décision de ce Tribunal acceptant sa propre compétence, ce différend avait déjà été soumis, en 1998, à un tribunal, en application du Mécanisme supplémentaire¹²⁴. En raison des procédures engagées devant des juridictions internes et non encore résolues, le

¹¹⁸ Affaire No. ARB(AF)/00/3, (Mécanisme Supplémentaire), en ligne : Investment Treaty Arbitration : <http://ita.law.uvic.ca/documents/ laudo_ingles.pdf> [*Waste*].

¹¹⁹ *Ibid.* au para. 41.

¹²⁰ *Ibid.* au para. 42.

¹²¹ *Ibid.* aux paras. 45, 55.

¹²² *Ibid.* au para. 54.

¹²³ *Ibid.* aux paras. 62-66.

¹²⁴ Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » (2002) 15.2 RQDI 167 à la p.187 [Fouret et Khayat, 2002].

premier tribunal s'était déclaré incompétent. Faisant suite au refus des juridictions locales de faire droit à ses demandes, Waste Management a donc soumis à nouveau une requête en alléguant la violation des dispositions de l'*ALÉNA*. Le demandeur soutient que les actions ou inactions de la municipalité, de la banque ainsi que des juridictions mexicaines équivalent à une expropriation et qu'il n'a reçu aucun dédommagement en contrepartie. Ces agissements violeraient donc l'article 1110 de l'*ALÉNA*. De surcroît, ces trois entités étatiques, et paraétatiques, ne lui auraient pas accordé un traitement juste et équitable, en violation de l'article 1105. Par conséquent, Waste Management demande des dommages et intérêts au montant de 36 millions de dollars¹²⁵.

L'analyse faite par le Tribunal de ces deux dispositions de l'*ALÉNA* fera l'objet de notre commentaire. En premier lieu, l'article 1105, moyen subsidiaire soulevé par les parties, est remis au centre de l'argumentation par le Tribunal qui tente, entre autres, d'apporter une définition plus claire au standard de traitement (A). Dans un second temps, le Tribunal adopte une vision assez stricte et définitive quant aux critères à réunir afin de reconnaître une expropriation en violation de l'article 1110 (B).

A. Le traitement juste et équitable à l'article 1105 : entre définition et typologie, le cœur des tribunaux balance

Les tribunaux qui ont statué sur le fondement de l'*Accord de libre échange nord-américain* semblent toujours hésiter quand ils abordent l'examen de l'article 1105. Si certains en ont donné une interprétation plus que polémique¹²⁶, d'autres se sont contentés de reprendre la jurisprudence et les interprétations officielles antérieures¹²⁷. Il n'en demeure pas moins que tous ont essayé d'explicitier la notion de traitement juste et équitable en créant une typologie en perpétuelle évolution. En l'espèce, le Tribunal accepte le caractère autonome de la demande fondée sur l'article 1105 et transforme son caractère subsidiaire en « attention prioritaire »¹²⁸ comme nous l'indique, entre autres, la longueur de l'analyse¹²⁹. Deux éléments importants se dégagent. Tout d'abord la tentative de définition du standard de traitement juste et

¹²⁵ *Waste*, supra note 1 au para. 74.

¹²⁶ Voir *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence intérimaire du 26 juin 2000, (*ALÉNA* – CNUDCI) en ligne : Naftalaw <<http://www.naftalaw.org>> et les nombreux commentaires en réaction à cette sentence.

¹²⁷ Voir par exemple *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), Affaire No. ARB(AF)/00/1, 18 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 195, (Mécanisme supplémentaire – Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). Cette sentence est commentée dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16.1 RQDI. 223. [Fouret et Khayat, 2003].

¹²⁸ Axelle Lemaire, « Traitement juste et équitable », dans Ibrahim Fadlallah et Charles Leben, dir., *Investissements Internationaux et Arbitrage*, Gaz. Pal., 5-7 décembre 2004, 3 à la p. 41 [Lemaire].

¹²⁹ L'attention particulière portée par le Tribunal sur l'article 1105 est illustrée par les 21 pages qui lui sont consacré dans la sentence contre 15 pages pour l'article 1110, fondement principal de la demande.

équitable (1) ; l'émergence, également, de nouveaux critères à prendre en compte qui pourraient atténuer la responsabilité de l'État (2).

1. « DÉFINITION TYPOLOGIQUE » OU « TYPOLOGIE DÉFINISSANTE » ?

On pourrait penser que la différenciation entre typologie et définition est vaine et que cela importe peu qu'un tribunal tente d'effectuer l'une ou l'autre. Nous ne le pensons pas. La méthode employée par le Tribunal semble pencher du côté de la « définition typologique » et non de la « typologie définissante ». Étonnant mais encourageant.

En premier lieu, le Tribunal reprend l'interprétation de la *Commission du Libre-Échange* du 31 juillet 2001¹³⁰, ainsi que la jurisprudence antérieure analysant la question de la signification de l'article 1105¹³¹. Les arbitres réaffirment qu'il faut rejeter les critères traditionnellement admis et posés par la sentence de l'affaire *Neer*¹³². Le Tribunal synthétise tous ces éléments en ces quelques mots d'un grand intérêt :

the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to section or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representation made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.¹³³

Ceci est une définition du standard posé à l'article 1105. Elle est, de surcroît, acceptable, car il nous semble que cette formulation reflète parfaitement les multiples facettes du standard. Cependant, l'utilisation de cette définition et son application aux faits de l'espèce amènent forcément, et amèneront toujours, des éléments typologiques.

En effet, et pour la première fois, une définition du standard a été posée et les éléments typologiques ne devront plus être utilisés que de façon complémentaire. L'affirmation selon laquelle « *[o]ne of the challenges in this area of the law is to identify the main elements of this common standard* »¹³⁴ est enfin tempérée. D'une «

¹³⁰ Disponible en ligne : Ministère des affaires étrangères du Canada <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp>>.

¹³¹ *Ibid.* aux paras. 88-92. Le Tribunal cite notamment *Mondev, SD Myers, ADF et Loewen*.

¹³² *L.F. Neer c. États-Unis du Mexique*, 1927 (Arbitrage *ad hoc*), 21 A.J.I.L. 555.

¹³³ *Waste*, *supra* note 1 au para. 98.

¹³⁴ United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, Genève, UNCTAD Series on issues in international investment agreements – United Nations Publication, 1999 à la p. 5.

typologie définissante » nous passons, croyons-nous, à une « définition typologique ». L'intérêt de la différenciation entre ces deux approches réside dans le fait qu'avec la définition posée par le Tribunal, l'on dispose désormais d'un point d'ancrage auquel se référer pour déterminer si le traitement a été juste et équitable. Désormais, les éléments factuels de chaque affaire apporteront seulement de nouvelles précisions à cette définition. Ces éléments ne seront plus en eux-mêmes la « typologie définissante », comme auparavant, du traitement juste et équitable, mais uniquement des éléments additionnels à la définition posée ci-dessus. Quels sont donc ces éléments ?

Il convient en premier lieu de souligner l'abandon du critère, posé dans la sentence *RFCC*, de l'exercice d'une prérogative de puissance publique¹³⁵. Nous ne reviendrons pas sur notre opposition à cette incorporation, mais nous saluons les arbitres en l'espèce qui n'incluent pas cette obligation. Cependant, les arbitres évitent aussi d'ouvrir la boîte de Pandore en posant certaines limites à la reconnaissance d'une violation du standard de traitement juste et équitable. En effet, en application de l'*ALÉNA* une « rupture de contrat ne suffit pas à caractériser une violation de l'obligation de traitement »¹³⁶. Le Tribunal affirme que

[e]ven as to Article 1105, while it will be relevant to show that particular conduct of the host State contradicted agreements or understandings reached at the time of the entry of the investment, it is still necessary to prove that this conduct was breach of the substantive standards embodied in Article 1105. Showing that it was breach of contract is not enough.¹³⁷

Waste Management soutient que plusieurs éléments distincts ont engendré la violation du traitement. Nous les étudierons tour à tour pour comprendre quels éléments typologiques ont été inclus pour étoffer la définition.

Concernant Banobras et l'État de Guerrero, l'analyse du Tribunal est rapide car aucun élément concret ne permet de dire que ces entités ont violé le standard¹³⁸. Cela n'apporte donc aucun enseignement pour la définition du traitement.

En revanche, comme le Tribunal l'affirme : « *[t]he position in respect of the city is more complex, and there is certainly a case to answer with respect to Article 1105(1)* »¹³⁹. Le Tribunal reconnaît, en premier lieu, que la municipalité a violé certaines de ses obligations contractuelles, notamment celles relatives aux paiements mensuels dus à Acaverde. Comme nous le verrons, le Tribunal accepte que certains éléments puissent atténuer la responsabilité du défendeur¹⁴⁰. Malgré tout, afin de rejeter les prétentions du demandeur, les arbitres s'appuient aussi sur la définition du

¹³⁵ *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, Affaire No. ARB/00/6, Sentence du 22 décembre 2003, en ligne: CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/rfcc-award.pdf>> (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements).

¹³⁶ Lemaire, *supra* note 128 à la p. 41.

¹³⁷ *Waste*, *supra* note 1 au para. 73.

¹³⁸ *Ibid.* aux paras. 102-107.

¹³⁹ *Ibid.* au para. 108.

¹⁴⁰ 2. DE NOUVEAUX CRITÈRES ACCEPTABLES : COMMENT ATTÉNUER LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT ET CIRCONSCRIRE L'OBLIGATION DE TRAITEMENT

traitement juste et équitable qu'ils ont établie. Ils en concluent donc que les preuves apportées ne permettent pas d'arriver à la conclusion que la municipalité a agi de manière totalement arbitraire ou injuste¹⁴¹. En outre, cette absence de paiement de la part de la municipalité ne peut être qualifiée de violation du traitement juste et équitable, car des recours ont toujours été ouverts au demandeur pour remédier aux problèmes soulevés. De surcroît, « *[t]here is no evidence that it was motivated by sectoral or local prejudice* »¹⁴². Le Tribunal applique donc deux des conditions de sa définition du traitement pour refuser l'argumentation du demandeur.

L'aspect « typologique » se révèle dans l'analyse des procédures judiciaires internes, et plus particulièrement dans la recherche d'un déni de justice. Les procédures judiciaires ont été lancées à la fois en arbitrage interne et devant les juridictions fédérales mexicaines.

Concernant l'arbitrage interne, une violation du traitement juste et équitable n'a pas été retenue car le demandeur n'est pas allé au bout de la procédure qui lui était ouverte. Ainsi, aucune responsabilité de l'État ne peut être engagée¹⁴³.

Les procédures engagées devant les juridictions internes sont ensuite examinées. Les décisions des différentes juridictions sont analysées par le Tribunal, qui ne note aucune irrégularité dans les refus essayés par le demandeur. Les tribunaux auraient donc bien respecté toutes leurs obligations en matière procédurale ainsi qu'au fond¹⁴⁴.

Dans un troisième point, le demandeur affirme avoir été victime d'un déni de justice dans le cadre des procédures qu'il a engagées contre la banque Banobras. Néanmoins, les arbitres rejettent, à nouveau, l'accusation de déni de justice en raison du fait que le véritable différend concernait la relation avec la municipalité avec qui le contrat de concession a été passé¹⁴⁵. Banobras n'étant pas responsable pour toute la dette de la municipalité, mais uniquement pour une partie de celle-ci, Acaverde n'aurait donc pas été en mesure, de toute façon, d'obtenir entière satisfaction. Le Tribunal ne décèle aucun déni de justice dans le raisonnement suivi par les juridictions internes. Sans déni de justice, pas de violation de l'article 1105. Les sentences antérieures¹⁴⁶ servent de « caution » à la décision du Tribunal qui indique :

The Mexican court decisions were not, either ex facie or on closer examination, evidently arbitrary, unjust or idiosyncratic. There is no trace of discrimination on account of the foreign ownership of Acaverde, and no evident failure of due process. The decision were reasoned and promptly arrived at.¹⁴⁷

¹⁴¹ *Waste*, supra note 1 au para. 115.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.* aux paras. 120-123.

¹⁴⁴ *Ibid.* aux paras. 124-127 et particulièrement le tableau récapitulatif des procédures au paragraphe 127.

¹⁴⁵ *Ibid.* au para. 128.

¹⁴⁶ Le Tribunal cite pêle-mêle *Azinian*, *ADF*, *Mondev* et *Loewen*; voir *Ibid.* au para. 130.

¹⁴⁷ *Waste*, *Ibid.* au para. 130.

Le déni de justice n'est donc pas reconnu en l'espèce, mais est désormais intégré, d'une manière qui nous semble définitive, dans les éléments typologiques de la définition du traitement juste et équitable, au même titre qu'entre autres la non-discrimination, la proportionnalité des mesures prises¹⁴⁸, le respect des attentes légitimes de l'investisseur¹⁴⁹, agir de bonne foi ou encore agir de manière transparente¹⁵⁰.

Nous passerons sur l'élément intitulé « *termination phase* », en raison de son peu d'intérêt¹⁵¹, afin de nous appesantir un peu plus longuement sur la demande concernant une supposée conspiration à l'encontre du demandeur. Si cette formulation peut faire penser à un mauvais film d'espionnage, le demandeur n'en semble pas moins sérieux, persuadé que « *the various Mexican agencies conspired together to frustrate the concession, and that the sum of this conduct was greater than its various component parts in terms of causing a violation of Article 1105* »¹⁵². Le Tribunal accepte que l'on puisse, comme nouvel élément typologique façonnant un peu plus la notion de traitement juste et équitable, apporter la preuve d'une conspiration. Cela équivaldrait bien à une violation du traitement juste et équitable¹⁵³. Encore faudrait-il être en mesure de prouver la conspiration, ce qui n'est, bien entendu, pas le cas en l'espèce.

Par conséquent, la demande fondée sur la violation du traitement juste et équitable n'est pas acceptée. L'article 1110 est donc la dernière possibilité pour le demandeur de voir reconnaître les possibles torts de l'État mexicain.

2. DE NOUVEAUX CRITÈRES ACCEPTABLES : COMMENT ATTÉNUER LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT ET CIRCONSCRIRE L'OBLIGATION DE TRAITEMENT

Préalablement à l'analyse de l'expropriation, nous souhaitons revenir sur deux éléments nouveaux retenus par le Tribunal en matière de traitement juste et équitable. Inversement à ce que nous avons affirmé concernant les ajouts dans la sentence *RFCC*¹⁵⁴ lors de son commentaire, le Tribunal ajoute en l'espèce certains critères qui semblent plus que raisonnables. En opposition avec la typologie des

¹⁴⁸ Ces deux éléments posés notamment en doctrine nous semble inclus dans la notion : Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Blackwell Publishers, 1995 à la p. 625.

¹⁴⁹ *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) c. République Tchèque*, Sentence partielle, 13 septembre 2001 : en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf>> au para. 611.

¹⁵⁰ Ces deux derniers éléments sont posés dans la sentence : *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique*, Affaire No. ARB (AF)/00/2, Décision du 29 mai 2003, 43 I.L.M. 133, (CIRDI), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf>>. Voir *Waste*, *supra* note 1 au para. 154 et nos commentaires de cette sentence dans Fouret et Khayat, 2002, *supra* note 7 à la p. 237.

¹⁵¹ *Waste*, *supra* note 1 aux paras. 133-136.

¹⁵² *Ibid.* au para. 137.

¹⁵³ *Ibid.* au para. 138.

¹⁵⁴ Principalement l'ajout contestable portait sur la condition d'exercice d'une prérogative de puissance publique pour qu'une violation du standard de traitement juste et équitable puisse être reconnue : voir particulièrement le III.A. du commentaire dans Fouret et Khayat, 2003, *supra* note 10.

mesures entraînant une violation du traitement juste et équitable (déli de justice ou conspiration en l'espèce), les éléments que nous souhaitons évoquer ici concernent la possibilité d'atténuer la responsabilité de l'État si ce dernier n'a pas respecté ses obligations. Ces éléments permettent donc d'éviter une violation patente du standard de traitement et affinent les contours de la notion.

Comme l'indique cette auteure :

Le Tribunal insiste avant toute considération sur le fond, sur la crise financière traversée par le Mexique au moment des faits litigieux. Il explique qu'en raison du contexte politico-économique difficile, les recettes perçues par la municipalité d'Acapulco ont été fortement réduites, cependant que les charges financières de la ville, indexées sur le taux d'inflation, se sont alourdies.¹⁵⁵

Le paragraphe introduisant l'analyse des demandes met l'accent sur ce point. Il semble important pour le Tribunal d'analyser ces mesures de façon contextuelle et ainsi d'être en symbiose avec une réalité économique difficile et un environnement particulièrement pénible¹⁵⁶.

Nous pensons que le Tribunal a eu raison de prendre position de la sorte. La responsabilité d'un État ne doit pas être engagée à la légère. Si certaines circonstances peuvent expliquer et parfois atténuer des agissements étatiques, elles doivent être prises en considération. À ces facteurs économiques externes, l'on peut rajouter l'impopularité du contrat de concession. Cela n'a pas favorisé le développement attendu de l'investissement de Waste¹⁵⁷.

Enfin, la municipalité elle-même, grâce à ses agissements, a tenté de minimiser au maximum l'impact pour l'investisseur. Elle a encouragé les résidents à contracter avec Acaverde, a tenté de s'opposer aux ramassages « sauvages » des ordures qui faisaient du tort à la société, a cherché un lieu pour installer l'usine de retraitement et a même déployé des inspecteurs pour faire respecter ses directives¹⁵⁸.

Nous suivons la position du Tribunal, car ce dernier semble avoir tiré de ces éléments un principe devant s'ajouter à la liste de ceux composant le traitement juste et équitable : l'État peut se défendre des attaques portées à son encontre grâce à certains éléments hors de son contrôle – la situation économique-politique – ainsi que par le biais d'actes pris tendant à favoriser l'investisseur et son investissement. Cet élément, une sorte de « circonstance excluant l'illicéité », doit désormais faire partie de la « définition typologique » du traitement juste et équitable. Nous espérons que les prochains tribunaux assureront la pérennité de ces critères et ne tomberont pas dans le travers d'une surprotection des investissements, particulièrement ceux n'ayant pas fait l'objet d'une étude de viabilité économique préalable.

¹⁵⁵ Lemaire, *supra* note 128 à la p. 45.

¹⁵⁶ Waste, *supra* note 1 au para. 101.

¹⁵⁷ *Ibid.* au para. 111.

¹⁵⁸ *Ibid.* au para. 110.

B. Expropriation et mesures équivalentes : une analyse stricte mais didactique du Tribunal

La demande fondée sur l'article 1110 n'apporte que peu d'éléments nouveaux. L'interprétation de l'article apparaît être en droite ligne de la jurisprudence antérieure et l'apport pour la notion d'expropriation, de manière plus générale, ne semble pas fondamental. L'analyse de cet argument du demandeur, moyen principal de la demande, fera donc l'objet d'une analyse sommaire. Nous tenterons cependant d'en dégager les éléments les plus intéressants.

L'analyse a été menée en trois temps : définition du standard, expropriation de l'entreprise et enfin expropriation partielle des droits contractuels de cette entreprise¹⁵⁹.

Tout d'abord, les arbitres s'appuient sur les analyses antérieures offertes par les tribunaux. L'article 1110 est décortiqué pour montrer que ce dernier contient à la fois l'expropriation directe et les mesures équivalentes à une expropriation, c'est-à-dire l'expropriation indirecte¹⁶⁰. L'une ou l'autre de ces expropriations pourra donc être reconnue¹⁶¹.

Le Tribunal s'engage ensuite dans ce que nous n'hésiterons pas à qualifier de litanie énumératrice des décisions citées par le demandeur. Il ne nous semble pas nécessaire pour un tribunal de réitérer chacune de ces décisions et d'en faire un simple résumé, tel un cours magistral de droit international public sur la notion d'expropriation. Les arbitres examinent pêle-mêle des sentences CIRDI, des jugements du Tribunal des différends irano-américains ou encore des décisions sur le fondement de l'*ALÉNA*. En outre, notre développement quant à la non nécessité de cette analyse est renforcé par la reconnaissance par le Tribunal du non intérêt des deux premières décisions qu'il analyse pourtant sur deux pages entières¹⁶² : « *the two cases are of limited assistance : the statements to that effect, such as they are, were not relevant to the awards of these tribunals* »¹⁶³. Les autres affaires analysées ne sont pas non plus retenues car les caractéristiques factuelles sont trop éloignées des faits de l'espèce. En effet,

[the] combined conduct of Mexican public entities had an effect equivalent to the taking of the enterprise, in whole or substantial part. In considering this question it is necessary to distinguish between the measures affecting Acaverde as a whole and those concerning particular contractual rights under the Convenssion Agreement.¹⁶⁴

¹⁵⁹ *Ibid.* au para. 141.

¹⁶⁰ Voir particulièrement la récente étude sur l'expropriation indirecte et son évaluation dans W. Michael Reisman et Robert D. Sloane, « Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation » 74 *B.Yb.I.L.* 115.

¹⁶¹ *Waste, supra* note 1 aux paras. 142-145.

¹⁶² *Ibid.* aux paras. 146-149.

¹⁶³ *Ibid.* au para. 149.

¹⁶⁴ *Ibid.* au para. 155.

La nécessité de cette analyse jurisprudentielle n'est donc absolument pas flagrante et ne possède que peu d'intérêt pour le raisonnement du Tribunal.

Dans un second temps, les arbitres se penchent sur le standard de l'article 1110 appliqué à la société Acaverde. Le Tribunal réitère, et à juste titre nous semble-t-il, que certains des problèmes de Waste sont dus à une mauvaise analyse économique de la situation par l'investisseur, et non pas à des violations de l'article 1110¹⁶⁵.

En utilisant *Mondev* et *Metalclad*, le Tribunal constate qu'une des conditions nécessaires, pour qu'une mesure puisse être qualifiée d'expropriation, est qu'elle soit privative du contrôle et de l'utilisation de l'investissement. Cela n'a jamais été le cas en l'espèce, même si des violations contractuelles ont été commises par la municipalité. La différence entre les obligations contractuelles et celles dues en vertu de l'ALENA est parfaitement soulignée :

An enterprise is not expropriated just because its debts are not paid or other contractual obligations towards it are breached. There was no outright repudiation of the transaction in the present case, and if the City entered into the Concession Agreement on the basis of an over-optimistic assessment of the possibilities, so did Acaverde. It is not the function of Article 1110 to compensate for failed business ventures, absent arbitrary intervention by the State amounting to a virtual taking or sterilising of the enterprise.¹⁶⁶

Si l'on devait retenir une idée de cette analyse de l'article 1110 par le Tribunal, ce devrait être cette dernière phrase. Elle énonce de la manière la plus claire qu'il ne faut pas abuser de cette disposition car l'investisseur ne peut, et ne doit, attribuer à l'État ses erreurs d'appréciation quant à la rentabilité de son investissement. Acaverde, en tant qu'entreprise, n'a donc pas été expropriée.

Dans un troisième et dernier temps, ce sont les droits résultants du contrat qui sont analysés. Le Tribunal revient sur les tentatives de la municipalité pour améliorer la situation. À nouveau, les arbitres réaffirment que la municipalité n'a jamais mis un terme au contrat. La question est donc la suivante : « *whether a persistent breach and serious breach of a contract by a State organ can constitute expropriation of the right in question, or at least conduct tantamount to expropriation of that right, for the purposes of Article 1110* »¹⁶⁷.

En se fondant sur les décisions antérieures évoquées par Waste¹⁶⁸, le Tribunal établit une distinction d'importance « *between mere failure or refusal to comply with a contract, on the one hand, and conduct which crosses the threshold of*

¹⁶⁵ *Ibid.* au para. 158.

¹⁶⁶ *Ibid.* au para. 160.

¹⁶⁷ *Ibid.* au para. 165.

¹⁶⁸ *Ibid.*, aux paras. 167-170.

taking or expropriation, on the other hand »¹⁶⁹. En l'espèce, il s'agit d'une simple violation contractuelle, mais non pas une expropriation, car il n'y a pas eu de refus de paiement de manière définitive, mais uniquement une négligence qui n'empêchait pas le contrat de se poursuivre. Par conséquent, « *[t]hat does not pass the test for an expropriatory taking of contractual rights as it emerges from the decisions analysed above* »¹⁷⁰.

Le Tribunal ne reconnaît donc aucune violation de l'article 1110.

Cette décision marquera donc, si ce n'est par sa procédure longue et à nombreux rebondissements, un changement d'approche pour la notion de traitement juste et équitable posée à l'article 1105. Une définition, contenant des éléments typologiques, nous semble être en effet la voie à suivre pour enfin dégager des contours clairs et précis à cette notion, n'en déplaise à ceux qui pensent que « *the strength of the principle lies precisely in its indeterminate character* »¹⁷¹. Nous espérons à l'inverse que l'on fera désormais de ce standard un moyen autonome et principal pour agir et qu'il ne constituera peut-être plus cette « cinquième roue du carrosse » des argumentaires désespérés de certains investisseurs. **J.F.**

V. *LG&E c. République argentine, décision du 30 avril 2004*¹⁷²

Composition du Tribunal : Tatiana B. de Maekelt, présidente; messieurs Francisco Rezek et Albert Van Den Berg, arbitres.

Il est d'usage, depuis quelques années, que l'Argentine conteste, à titre préliminaire, la compétence des tribunaux CIRDI chargés de trancher les différends auxquels elle est partie. Les arbitres disjoignent donc de façon récurrente la compétence du fond¹⁷³. Nous observons ainsi l'émergence d'une véritable jurisprudence propre à ces décisions « disjointes » en matière de compétence, distincte de la jurisprudence CIRDI relative au fond¹⁷⁴.

¹⁶⁹ *Ibid.* au para. 171.

¹⁷⁰ *Ibid.* au para. 176.

¹⁷¹ Roy Preiswerk, « New Developments in Bilateral Investment Protection – with special reference to Belgian Practice » (1967) 3 Rev. B.D.I. 173 à la p. 186.

¹⁷² Affaire No ARB/02/1, décision sur la compétence, en ligne : Investment Treaty Arbitration : <<http://ita.law.uvic.ca/documents/LGE-DecisiononJurisdiction-English.pdf>> [LG&E].

¹⁷³ Cette éventualité est prévue à l'article 41 de la *Convention de Washington* qui dispose :

(1) Le Tribunal est juge de sa compétence.

(2) Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal doit être examiné par le Tribunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond.

¹⁷⁴ Sur l'analyse des décisions en matière de compétence, l'on peut se référer à l'intéressant article d'Omar E. Garcia-Bolivar, « Foreign Investment Disputes under ICSID – A Review of Its Decisions on Jurisdiction » (2004) 5 J'l World Inv't & Trade 187. S'il est vrai qu'il n'existe pas de règle de *stare decisis* en matière d'arbitrage, les arbitrages antérieurs ont une influence indéniable : « *[T]here is no doctrine of stare decisis in international economic law, although it would be inaccurate to claim that cases decided by respected arbitration tribunals [...] would not have considerable influence on future tribunals. This phenomenon of persuasion will likely be even more apparent when a particular*

La décision rendue le 30 avril 2004 dans l'affaire *LG&E c. République argentine* est de ce point de vue relativement classique et confirme un certain nombre de principes bien établis en matière de compétence du Tribunal. Elle ne nécessite pas d'analyse extensive. Quelques points suscitent toutefois un relatif intérêt.

Comme dans l'affaire *CMS*¹⁷⁵, nous nous trouvons face à un investissement dans le domaine gazier. Les demandeurs de nationalité américaine, LG&E, sont actionnaires de trois sociétés ayant des licences pour mener à bien des opérations de distribution gazière en Argentine¹⁷⁶. Les demandeurs soutiennent que la fin de l'indexation du peso sur le dollar, la dévaluation du peso ainsi que d'autres mesures adoptées par le gouvernement argentin ont été prises en violation du *BIT* en vigueur entre l'Argentine et les États-Unis. Ces mesures comprennent, entre autres, la fin des prix garantis pour les producteurs américains et l'augmentation de certains droits de douane¹⁷⁷. LG&E demandent donc réparation pour rupture des engagements contractés lors de la création de l'investissement, pour violation du traitement juste et équitable, mais aussi en raison de mesures arbitraires et discriminatoires ayant engendrées une expropriation indirecte¹⁷⁸. Le Tribunal examine, dans la présente décision, les exceptions d'incompétence soulevées par l'Argentine. Celles-ci sont au nombre de quatre : la qualité pour agir ou *jus standi* (I.), l'existence d'un différend juridique et en relation directe avec un investissement (II.), le consentement exprès à l'arbitrage (III.) et enfin un ensemble d'autres conditions posées par la *Convention* et le *BIT* (IV.).

A. Le *jus standi* de l'investisseur : l'inspiration des décisions antérieures

Pour qu'un tribunal constitué sous l'égide du CIRDI soit compétent, il doit être établi, rappelons-le, que le demandeur possède qualité pour agir. Une question précède souvent toutes les autres en la matière : les actionnaires étrangers d'une société peuvent-ils saisir le CIRDI afin d'obtenir réparation pour un dommage subi par cette société? Le cas d'espèce n'échappe pas à la règle et le Tribunal a été appelé, à titre liminaire, à déterminer dans quelle mesure les actionnaires américains possédaient qualité pour agir au nom des trois sociétés de droit argentin. Il s'agit, donc, et de façon assez classique, de se pencher sur la signification de l'article

decision is cited with approval by a subsequent tribunal, generating even further authority for subsequent cases », dans Todd Weiler, « Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA precedents : Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation » (March 2003) 1(2) *Oil, Gas & Energy L. Intelligence*, en ligne : <<http://www.gasandoil.com/ogel>>.

¹⁷⁵ *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, Affaire No. ARB/01/8, Décision du Tribunal du 17 juillet 2003 sur les exceptions d'incompétence, 42 I.L.M. 788, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf> [*CMS Gas Transmission Company*]. Voir nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16.2 *RQDI* 257.

¹⁷⁶ *LG&E*, *supra* note 1 au para.19.

¹⁷⁷ *Ibid.* au para. 23.

¹⁷⁸ *Ibid.* au para. 2.

25(2)(b) de la *Convention de Washington*, qui, à propos du *jus standi* des personnes morales, dispose

(2) « Ressortissant d'un autre État contractant » signifie : [...]

(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.

Le Tribunal écarte, dans un premier temps, l'objection soulevée quant à la question des actionnaires dits « minoritaires », c'est-à-dire ne possédant pas de majorité absolue au sein de la société. Il estime, comme en l'affaire *CMS*, que la qualification des actionnaires, en tant que « minoritaires » ou « majoritaires », n'a aucune influence quant à sa compétence pour connaître du différend¹⁷⁹.

Il s'agit ensuite pour le Tribunal de déterminer dans quelle mesure LG&E ont qualité pour agir, étant donné que seules les compagnies argentines, et non les actionnaires américains eux-mêmes, jouissent de la licence d'exploitation délivrée par le gouvernement argentin. Ce faisant, le Tribunal s'attache aux termes du *BIT* américano-argentin, ainsi qu'aux dispositions pertinentes du droit argentin, pour conclure que les actionnaires ont bien qualité pour agir en leurs noms propres¹⁸⁰. En effet, l'article I(1)(a)(ii) du Traité dispose qu'

'investment' means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts ; and includes without limitation [...] (ii) a company or shares of stock of other interests in a company or interests in the assets thereof.¹⁸¹

La conclusion du Tribunal nous semble donc on ne peut plus logique.

Enfin, le troisième point d'intérêt concerne ce que le Tribunal désigne comme la « *proper distinction between a national company having the license and the investors* »¹⁸². Ceci donne l'occasion au Tribunal de s'appuyer sur trois affaires à l'encontre de l'Argentine : *CMS*¹⁸³, *Vivendi*¹⁸⁴ et *Lanco*¹⁸⁵. La jurisprudence

¹⁷⁹ *CMS Gas Transmission Company, supra* note 175 au para. 58. Voir nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16.2 RQDI 257.

¹⁸⁰ *LG&E, supra* note 1 aux paras.53-55.

¹⁸¹ Reproduit dans *Ibid.* au para. 53.

¹⁸² *Ibid.* au para. 60.

¹⁸³ *CMS Gas Transmission Company, supra* note 175.

¹⁸⁴ *Compañia de Aguas del Aconquija, S.A. et Compagnie Générale des Eaux (Vivendi Universal) c. République argentine* (21 novembre 2000), Affaire No. ARB/97/3, 40 I.L.M. 426 (Centre international

antérieure suggère une réponse très claire : on doit considérer les demandeurs comme des investisseurs étrangers bien qu'ils ne soient pas directement acteurs lors de création de l'investissement. LG&E agissent à travers des sociétés qui ont été créées afin d'atteindre des buts qui leurs ont été fixés par les demandeurs. Cela suffit pour reconnaître ces actionnaires comme des investisseurs, eu égard aussi aux sommes qu'ils ont investies.

B. Un différend en relation directe avec un investissement *prima facie*

La question de la relation directe du différend avec un investissement est une exception d'incompétence très souvent soulevée. Il est toujours malaisé pour un tribunal de déterminer très précisément si le différend, même juridique par nature, est en relation directe avec un investissement. En matière de compétence, les tribunaux font appel à un test *prima facie*. Cela leur permet d'analyser le problème avec concision, car ce test consiste, pour les arbitres, à simplement constater que les faits qui leurs sont présentés pourraient engendrer une violation du *BIT*, alléguée par le demandeur, s'ils étaient avérés.

En l'espèce, notant que les demandes de LG&E sont fondées sur le *BIT*¹⁸⁶, le Tribunal déclare que

[t]he fact that the Claimants have demonstrated *prima facie* that they have been adversely affected by measures adopted by the Respondent is sufficient for the Tribunal to consider that the dispute, as far as this matter is concerned, is admissible and that it has jurisdiction to examine the merits.¹⁸⁷

Cela ne souffre d'aucune contestation possible, tout du moins en matière de décision sur la compétence.

C. Le consentement à l'arbitrage CIRDI comme fondement de la compétence

Une fois établi le *jus standi* du demandeur, ainsi que la relation directe entre le différend et l'investissement, reste encore pour le Tribunal à s'assurer que les parties ont bien consenti à l'arbitrage CIRDI. Le principe du consentement préalable à l'arbitrage, principe général de droit international, est posé au paragraphe premier de l'article 25 de la *Convention de Washington* :

pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ada_AwardoftheTribunal.pdf>.

¹⁸⁵ *Lanco International Inc. c. République argentine* (8 décembre 1998), Affaire No. ARB/97/6, décision préliminaire du tribunal, 40 I.L.M. 457 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements).

¹⁸⁶ *LG&E, supra* note 1 au para. 66.

¹⁸⁷ *Ibid.* au para. 68.

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.

En l'espèce, le *BIT* contient une clause donnant compétence, entre autres, au CIRDI pour régler les différends pouvant en résulter¹⁸⁸. Les États parties ont donc accepté la compétence. Il est cependant prévu, concernant l'investisseur, qu'il devra faire un choix, par écrit et en respectant les conditions de l'article VII(3), entre les différentes possibilités qui lui sont ouvertes¹⁸⁹. Cet accord ne pourra plus être retiré par la suite, comme l'indique la dernière phrase du premier paragraphe de l'article 25¹⁹⁰.

Cette condition pose une difficulté particulière en l'affaire, puisque, si LG&E ont bien choisi de soumettre leurs différends à l'arbitrage CIRDI, les sociétés de droit argentin, bénéficiaires des licences d'exploitation, ont, pour leur part, décidé de recourir aux tribunaux locaux pour obtenir réparation. Le Tribunal doit alors déterminer si la clause de choix de compétence irrévocable, «*fork in the road*», de l'article VII du *BIT*, n'est pas actionnable en l'espèce. Si tel est le cas, le choix opéré par les sociétés détentrices des licences de porter le différend devant les juridictions argentines fera obstacle, vu son caractère «*irrévocable*», à l'exercice de sa compétence par le Tribunal CIRDI.

Les arbitres tiennent toutefois à différencier les investisseurs et les détenteurs de la licence. Il s'agit, précisent-ils, de deux personnes juridiques distinctes, et le choix des uns ne limite pas celui des autres : «*the Claimants chose to submit their investment disputes to ICSID and are therefore not restricted by the fact that the Licensees have resorted to local tribunals*»¹⁹¹. Les actions des investisseurs ne sauraient donc être confondues avec celles, clairement distinguées, des détenteurs de la licence. Le consentement des investisseurs étrangers à l'arbitrage CIRDI n'est pas privé d'effet par les actions en justice engagées en Argentine.

D. Autres conditions et volonté d'homogénéité jurisprudentielle du Tribunal

Le Tribunal est, enfin, relativement bref dans son analyse des conditions supplémentaires prévues dans le *BIT* autant que dans la *Convention de Washington*. Concernant, tout d'abord, le supposé différend supplémentaire invoqué par l'Argentine, ainsi que la période de six mois s'étant écoulée depuis la naissance du différend, le Tribunal estime qu'ils ne permettent pas de s'opposer à la compétence du

¹⁸⁸ *Ibid.* au para. 72.

¹⁸⁹ *Ibid.* au para. 73, posant aussi les conditions de l'article du *BIT*.

¹⁹⁰ *Ibid.* aux paras. 73-74.

¹⁹¹ *Ibid.* au para. 75.

Tribunal. Pour les arbitres, même si aucune négociation n'a eu lieu entre les parties, l'écoulement d'une période de six mois permet à la procédure arbitrale de se dérouler normalement¹⁹². De plus, et de manière fort intelligente, le Tribunal refuse d'accepter la possibilité de lancer un nouvel arbitrage pour des demandes supplémentaires soumises par LG&E, car celles-ci découlent des premières demandes¹⁹³. Même si cette demande a été soulevée par l'Argentine, il semble raisonnable et plus efficace pour ce pays déjà acculé par plus de trente procédures qu'un nouvel arbitrage ne soit pas mis en place.

En conclusion, il convient, croyons-nous, d'accorder un intérêt tout particulier au paragraphe 82 de cette décision. Il illustre une volonté clairement affichée d'homogénéiser l'ensemble des décisions successives rendues à l'encontre de l'Argentine, au sein du CIRDI. Au moment de conclure sa sentence, le Tribunal invite en effet les autres tribunaux à ne pas négliger l'impact que pourraient avoir les négociations en cours entre l'Argentine et les détenteurs de licence. Le Tribunal pense que les résultats de cette négociation devront donc être pris en compte et il exhorte donc ses collègues, dans des arbitrages similaires, à suivre sa voie : « *[t]his may also apply to the outcome of cases brought by other investors in the Licensees under the Bilateral Treaty against the Respondent* ». L'invitation est discrète, et peu pressante. C'est toutefois une invitation et nous ne manquerons pas de souligner, dans nos futurs commentaires, si elle a porté ses fruits. **J.F.**

VI. *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chili*, sentence du 25 mai 2004¹⁹⁴

Composition du Tribunal : monsieur Andrés Rigo Sureda, président; messieurs Marc Lalonde et Rodrigo Oreámuno Blanco, arbitres.

Le litige résulte d'un différend entre un investisseur malaisien, MTD Equity, et l'entreprise de droit local qu'il avait créé, MTD Chile, avec le Chili. MTD avait un projet de construction dans une zone de développement urbain située au sud de la capitale, Santiago¹⁹⁵. Le litige est né en raison de la prétendue « attitude contradictoire et arbitraire des entités étatiques impliquées dans le projet »¹⁹⁶. Cette attitude contradictoire consiste en la fourniture d'informations sur le plan d'occupation des sols de la zone convoitée. La zone supposément agricole aurait dû être « rezonnée » en zone constructible, comme promis par certaines autorités ainsi que par le vendeur, mais cela n'a finalement jamais été le cas. MTD, en se fondant sur le *BIT* malaiso-argentin décide donc de soumettre une requête d'arbitrage au secrétariat du CIRDI en juin 2001.

¹⁹² *Ibid.* aux paras. 79-80.

¹⁹³ *Ibid.* au para. 81.

¹⁹⁴ Affaire No. ARB/01/7, en ligne : Investment Treaty Arbitration : <<http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Award.pdf>> [*MTD*].

¹⁹⁵ Les faits sont énoncés dans *Ibid.* aux paras. 39-85.

¹⁹⁶ Axelle Lemaire, « Traitement juste et équitable » dans Ibrahim Fadlallah et Charles Leben, dir., *Investissements Internationaux et Arbitrage*, Gaz. Pal., 5-7 décembre 2004, 3 à la p. 39 [Lemaire].

Deux points nous semblent intéressants à soulever. Tout d'abord, l'utilisation faite de la clause de la nation la plus favorisée (« NPF »), qui ne nous apparaît pas être la plus judicieuse (A). Ensuite, et surtout, le point le plus important est le rôle central donné à la violation du traitement juste et équitable (B).

A. Clause de la nation la plus favorisée : une erreur d'interprétation de la disposition contenue dans le BIT

La clause NPF est posée à l'article 3(1) du BIT entre la Malaisie et le Chili :

Investments made by investors of either Contracting Party in the Territory of the other Contracting Party shall receive treatment which is fair and equitable, and not less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State.¹⁹⁷

Cet article contient donc à la fois l'obligation de traitement juste et équitable et la clause NPF. Les demandeurs se fondent sur cette disposition pour requérir l'application de différents articles des traités chiliens avec le Danemark et la Croatie. Le Tribunal tranche cette question préalablement à l'analyse des prétentions au fond, afin de savoir quelle disposition il pourra appliquer. Malheureusement, l'analyse retenue nous semble erronée et aurait pu être dommageable pour l'investisseur.

Le Tribunal annonce que la véritable question qui lui est soumise est la suivante :

[W]hether the provisions of the Croatia BIT and the Denmark BIT which deal with the obligation to award permits subsequent to approval of an investment and to fulfillment of contractual obligations, respectively, can be considered to be part of fair and equitable treatment.¹⁹⁸

Ce dernier membre de phrase est le résultat d'une confusion. S'il est vrai, comme nous l'avons dit précédemment, que la clause NPF est contenue dans le même article que le traitement juste et équitable, cela ne la limite pas uniquement à ce standard de traitement. La conjonction de coordination « and » utilisée entre les deux standards ne signifie donc pas que les dispositions invoquées dans d'autres traités devront forcément être rattachées, ou rattachables, au traitement juste et équitable. En effet, l'analyse littérale de l'article 3(1) n'engendre pas cette vision réductrice car la rédaction s'adresse en fait à tous les standards de traitement. Le « and » ajoute la clause NPF et ne l'inclut pas dans le premier membre de phrase. Elle fait donc référence à l'application de tous les autres standards de traitement. La position du Tribunal aurait pu être néfaste et nous pensons qu'« une telle interprétation aurait pu

¹⁹⁷ Telle que citée dans *MTD*, *supra* note 1 au para. 101.

¹⁹⁸ *Ibid.* au para. 103.

conduire à exclure du jeu de la clause les matières ne relevant pas du traitement juste et équitable, mais relatives au traitement de l'investissement plus généralement »¹⁹⁹.

Comme nous le verrons ci-après, le Tribunal a reconnu la violation du traitement juste et équitable et cette interprétation n'a donc heureusement pas eu de conséquences pratiques. D'un point de vue théorique, on ne peut cependant que la juger sévèrement en raison des conséquences potentielles qu'elle aurait pu avoir.

B. Autonomie et définition : le traitement juste et équitable tente de trouver sa place

Le traitement juste et équitable a toujours eu du mal à trouver sa place au sein des argumentaires des investisseurs. La récente décision *Waste* rationalise l'utilisation de ce standard au sein de l'*ALÉNA* comme nous l'avons indiqué ci-dessus²⁰⁰. *MTD* peut-il servir de catalyseur pour le traitement juste et équitable hors du schéma de l'*Accord nord-américain*? Le Tribunal met ce standard au centre de son analyse. Nous pensons qu'il tente d'en rationaliser l'utilisation autonome et son rapport aux obligations contractuelles violées (A.). Une tentative plus ou moins heureuse de définition est ensuite entreprise, nous en étudierons les principaux éléments (B.).

1. UN MODE D'EMPLOI DU STANDARD : OBLIGATION CONVENTIONNELLE, PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET AUTONOMIE

« [U]nder international law the breach of a contractual obligation is not *ipso facto* a breach of a treaty »²⁰¹. Comment alors arriver à faire appliquer le traitement juste et équitable lorsqu'une disposition contractuelle est violée?

En l'espèce, le contrat que *MTD* avait signé avec le Chili indiquait l'emplacement du terrain, à Pirque²⁰², mais ne garantissait en aucun cas l'obtention des autorisations et des permis aux fins de démarrer la construction²⁰³. « Le manquement à l'obligation de traitement juste et équitable ne résulte pas de la violation de cette clause, mais du fait d'autoriser un investissement dont l'existence même est incompatible avec la politique gouvernementale en matière d'urbanisation », comme l'affirme Axelle Lemaire²⁰⁴. Cela permet de comprendre que l'obligation de traitement juste et équitable n'est pas une obligation commerciale,

¹⁹⁹ Claire Crépet, « Traitement de la nation la plus favorisée » dans Ibrahim Fadlallah et Charles Leben, dir., *Investissements Internationaux et Arbitrage*, Gaz. Pal., 5-7 décembre 2004, 3 à la p. 36.

²⁰⁰ *Waste Management, Inc. c. États-Unis du Mexique (Numéro 2)*, Affaire No. ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, (CIRDI - Mécanisme Supplémentaire), en ligne : Investment Treaty Arbitration : <http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf> [*Waste*], et commentée au chapitre IV de cette chronique.

²⁰¹ *MTD*, *supra* note 1 au para. 187.

²⁰² *Ibid.* au para. 180.

²⁰³ Pour toute l'analyse traité\contrat, voir *Ibid.* aux paras. 179-189.

²⁰⁴ Lemaire, *supra* note 196 à la p. 41.

contractuelle, mais qu'elle doit être liée à une obligation conventionnelle. Le standard doit être, dans tous les cas de figure, lié à la protection de l'investissement garantie par le *BIT*. C'est donc la violation d'une obligation conventionnelle qui doit être soulevée pour appliquer l'article 3(1) et non pas une violation d'une obligation contractuelle.

Plus intéressant encore est le statut autonome qu'a acquis le standard, et ce, de manière définitive, nous semble-t-il. Le Tribunal analyse prioritairement et longuement le standard. Prioritairement, car c'est la première analyse sur le fond de l'affaire qu'il mène. Longuement, car ce sont près de trente-cinq pages sur les cinquante analysant le fond qui lui sont consacrées. Son importance, à défaut de son autonomie, est donc illustrée ici. Cependant, une des phrases introductives indique « *there is an obligation to treat investments fairly and equitably* »²⁰⁵. Elle constitue donc une obligation en elle-même et c'est ce qui va lui donner toute son importance. Le Tribunal prend position face au standard en rejoignant certaines positions doctrinales²⁰⁶. Le traitement juste et équitable porte donc en lui-même des obligations précises et concrètement applicables. Son autonomie n'est intéressante que si elle peut être mise à profit pour l'investisseur.

Les arbitres semblent prompts à accepter cette autonomie mais la définition semble plus difficile à se dessiner malgré une application ferme du standard aux faits de l'espèce.

2. UNE DÉFINITION ENCORE MARQUÉE PAR UNE TYPOLOGIE ÉNUMÉRATRICE

Le traitement juste et équitable doit donc être doté d'une définition claire et précise aux fins d'offrir à son caractère autonome une opportunité d'utilisation raisonnable et raisonnée. Au paragraphe 113 de la sentence, le Tribunal tente une interprétation littérale des termes afin d'atteindre une définition plus précise du standard. Il indique qu'

in the terms of the BIT, fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a proactive statement – “to promote”, “to create”, “to stimulate” – rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors.²⁰⁷

Cette définition est vague. De surcroît, le Tribunal effectue uniquement une interprétation des termes du *BIT* et ne tente pas d'apporter une définition claire,

²⁰⁵ *MTD*, *supra* note 1 au para. 109 [nous soulignons].

²⁰⁶ Stephen Vasciannie affirmait que « the fair and equitable stands independently of the most-favoured-nation and national treatment standards, and *vice versa* » dans Stephen Vasciannie, « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice » (1999) 70 *Brit. Y.B. Int'l L.* 99 à la p. 133.

²⁰⁷ *MTD*, *supra* note 1 au para. 113.

précise et générale du standard. Cependant, aux fins d'améliorer cette approche générale, les arbitres s'appuient sur la description donnée dans *Tecmed*, qui était quant à elle plus précise²⁰⁸. Ils vont l'appliquer aux faits de l'espèce.

Toutefois, sans donner de définition du standard, le Tribunal émaille son analyse d'éléments s'ajoutant à la vision qu'il s'en fait.

En effet, pour en revenir aux faits de l'affaire, les demandeurs tentent de faire condamner le Chili pour ses inconstances entre les différentes branches gouvernementales qui lui ont coûté son investissement. Pour le Tribunal,

the ministerial membership of the FIC [Foreign Investment Commission] is by itself proof of the importance that Chile attributes to its function, and it is consequent with the objective to coordinate foreign investment at the highest level of the Ministries concerned. [...] Approval of a Project in a location would give prima facie to an investor the expectation that the project is feasible in that location from a regulatory point of view.²⁰⁹

Nous pouvons donc en déduire une obligation d'efficacité administrative, car l'absence de coordination entre différentes entités conduit à une violation du standard. C'est donc un nouvel élément dans la typologie du traitement juste et équitable qui est annoncé :

it is the responsibility of the investor to assure itself that it is properly advised, particularly when investing abroad in an unfamiliar environment. However, in the case before us, Chile is not a passive party and the coherent action of the various officials through which Chile acts is the responsibility of Chile, not of the investor.²¹⁰

²⁰⁸ Cette longue description est la suivante : « *to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation.* » dans *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique*, Affaire No. ARB (AF)/00/2, décision du 29 mai 2003, 43 I.L.M. 133, (CIRDI), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf>>, au para. 154 [*Tecmed*], tel que cité dans *MTD*, *supra* note 1 au para. 114. Voir nos commentaires dans Julien Fourret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.) » dans Julien Fourret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 RQDI 115 à la p. 237.

²⁰⁹ *MTD*, *supra* note 1 au para. 163.

²¹⁰ *Ibid.* au para. 164.

On peut penser, à l'instar de certains auteurs, que ce n'est pas l'obligation de transparence, souvent retenue, qui nous est soumise ici mais plutôt le problème de « cohérence de l'action gouvernementale » ou « l'univocité » des différentes entités administratives²¹¹. Cela permet que l'investisseur étranger ne soit pas traité de manière injuste et inéquitable en raison, entre autres, de sa non connaissance de certains paramètres juridiques de l'État dans lequel il investit. MTD voit donc reconnu la violation du traitement juste et équitable pour cette raison. Une circonstance cependant atténuera cette condamnation logique du Chili.

En effet, les demandeurs se sont fiés principalement aux conseils et à la compétence du propriétaire du terrain, monsieur Fontaine. Ils n'ont pas fait preuve de *due diligence* : « *they relied on self-serving statements of Mr. Fontaine that the land was unproductive and could be readily re-zoned, "particularly if it would attract foreign investment" »*²¹². En outre, aucun expert de développement urbain n'a été contacté par les demandeurs antérieurement à la conclusion du marché²¹³. Ces erreurs sont impardonnables pour le Tribunal et atténuent la responsabilité, pour le moindre pécuniaire, du Chili. Pour le Tribunal, les investisseurs ont commencé trop hâtivement leur investissement²¹⁴. Cependant, et en conformité avec des affaires précédemment analysées²¹⁵, le *BIT* ne doit pas être vu comme une police d'assurance couvrant tous les risques économiques. Ces risques sont inhérents à la vie des investisseurs et ne doivent pas faire l'objet d'une protection systématique du *BIT*. Par conséquent,

the Claimants should bear the consequences of their own actions as experienced businessmen. Their choice of partner, the acceptance of a land valuation based on future assumption without protecting themselves contractually in case the assumptions would not materialize, including the issuance of the required development permits, are risks that the Claimants took irrespective of Chile's actions.²¹⁶

Nous ne pouvons qu'agréer avec cette position du Tribunal, déjà soutenue par la doctrine²¹⁷. Il ne serait pas bon de surprotéger l'investisseur, au risque de prêter le flanc à des critiques.

Le Tribunal reconnaît donc la violation du traitement juste et équitable, notamment en raison de l'absence de coordination entre autorités administratives

²¹¹ Lemaire, *supra* note 196 aux pp. 42-43.

²¹² *MTD*, *supra* note 1 au para. 169.

²¹³ *Ibid.* au para. 176.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Waste*, *supra* note 200 au para. 174, lors de l'analyse sur l'expropriation, et commentée au chapitre IV de cette chronique.

²¹⁶ *MTD*, *supra* note 1 au para. 178.

²¹⁷ I.A. Laird, « MTD Equity Sdn. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile – Recent Developments in the Fair and Equitable Treatment Standard » (October 2004) 1(4) *Transnat'l Disp. Managt*, en ligne : <www.transnational-dispute-management.com> : « [T]he concept of legitimate expectations continues to develop in investment treaty case law. BITs and other investment instruments are no panacea for investor woes ».

ayant émis des avis contradictoires. Toutefois, les demandeurs ne peuvent réclamer d'indemnités pour certaines des pertes dues à leur manque de précaution, toujours nécessaire avant tout investissement.

D'un point de vue théorique, la conclusion concernant l'analyse par le Tribunal du traitement juste et équitable est décevante. Les arbitres s'appuient exclusivement sur l'interprétation donnée dans la sentence *Tecmed* et ne s'engagent pas dans une définition générale et poussée du standard. Ils se contentent d'y rajouter un élément, « l'univocité », et de limiter les possibles demandes se fondant sur le traitement. L'ALENA paraît avoir trouvé une définition satisfaisante grâce à *Waste*²¹⁸ mais il ne semble pas que les arbitrages fondés sur des *BIT* aient atteint ce niveau, se contentant de préceptes vagues et d'une typologie aléatoire des éléments contenus dans le standard. Ce dernier continue donc à être un simple « étalon de mesure, en ce sens qu'il sert à évaluer le degré de conformité du droit interne au droit international »²¹⁹.

C. Conclusion

Il nous semble important de noter que le Tribunal ait donc condamné le Chili sur le fondement du traitement juste et équitable, reconnu partiellement, et que l'État devra donc payer plus de 5,8 millions de dollars de dédommagement à MTD²²⁰. Deux points en conclusion sont intéressants. En premier lieu, les arbitres accordent des intérêts composés considérant qu'ils correspondent mieux à la réalité des transactions financières internationales et que cela est plus proche de la valeur réelle des pertes subies par l'investisseur²²¹. Il a été constamment affirmé qu'une telle obligation n'existe pas en droit international et les tribunaux arbitraux choisissent donc au cas par cas d'accepter ou de rejeter son application²²².

En second lieu, nous souhaitons aussi souligner qu'en raison du manque de précaution de l'investisseur lors de l'évaluation des risques, le montant remboursé pour la valeur résiduelle de l'investissement a été diminué. En effet, 50% des dommages subis seront supportés par les demandeurs en raison du choix déficient de

²¹⁸ *Waste*, *supra* note 200.

²¹⁹ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, 4^e édition, Paris, L.G.D.J., à la p. 456.

²²⁰ Pour le raisonnement concernant les dommages et intérêts, voir *MTD*, *supra* note 1 aux paras. 215-251.

²²¹ *Ibid.* au para. 251.

²²² Otto Sandrock, « Compound Interest in International Arbitration », dans Jacques Haldy, Jean-Marc Rapp et Phidias Ferrari, dir., *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999 à la p. 537; Jérôme Ortscheidt, « La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international », Dalloz-La nouvelle Bibliothèque de Thèse, Paris, 2001 à la p. 275; Natasha Affolder, « Awarding Compound Interest in International Arbitration » (2001) 12 *Am. Rev. Int'l Arb.* 45, aux pp. 68-69; Philippe Pinsolle, « Les intérêts composés dans l'arbitrage international – Exemple de sentences récentes rendues en matière d'expropriation » (2003), R.D.A.I. – IBLJ 583. *Contra* ce Tribunal, voir la sentence *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (« Aucoven ») c. République du Venezuela*, Affaire No. ARB/00/5, Décision du 23 septembre 2003, 16 *ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J.* 469, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/Award_Total.pdf> (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), au para. 395.

monsieur Fontaine, choix ne pouvant être imputé au Chili. Cette prise en compte est à noter car le Tribunal applique aux considérations pécuniaires ce qu'il a déterminé lors de l'analyse du traitement juste et équitable : l'investisseur se doit d'être prudent et avisé quant aux risques encourus. **J.F.**

VII. *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation et Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. République de Turquie, décision du 4 juin 2004*²²³

Composition du Tribunal : monsieur Francisco Orrego Vicuña, président ; monsieur L. Yves Fortier, madame Gabrielle Kaufmann-Kohler, arbitres.

Cette affaire, la première impliquant la Turquie devant le CIRDI²²⁴, se situe dans le contexte de la mise en œuvre du programme de privatisation du secteur de l'électricité en Turquie, initié à partir du milieu des années 1980. Depuis cette période, un certain nombre de textes législatifs a été voté afin d'organiser ce secteur et y attirer les investisseurs étrangers qui souhaiteraient y obtenir des concessions.

La société américaine (droit du New Jersey) PSEG Global Inc. (« PSEG ») s'est montrée intéressée par la construction et l'exploitation d'une centrale de production d'électricité alimentée par lignite et d'une mine de ce minerai situées à proximité de la ville de Konya, dans le centre de la Turquie. Les premières négociations avec les autorités turques ont eu lieu en 1994. Elles aboutirent à un accord de principe en août 1996 sous la forme d'un projet de contrat de concession basé sur une centrale d'une puissance donnée et une tarification de l'électricité également déterminée. À cette date, le montant de l'investissement projeté par PSEG était évalué à plus de 800 millions de dollars.

Pour des raisons techniques et fiscales, de nouvelles études ont dû être entreprises en 1997 et 1998. Au même moment, la société américaine (droit du Delaware) The North American Coal Corporation (« NACC ») s'est rapprochée de PSEG pour l'assister dans les aspects miniers du projet. À l'issue de ces études, un nouveau dossier basé sur une structure de coûts différente a été soumis aux autorités turques. Le montant total de l'investissement s'élevait désormais à plus de 1,7 milliard de dollars. La puissance de la centrale et le prix de vente de l'électricité ont également été ajustés.

Le 30 mars 1998, le Danistay, Conseil d'État turc, approuvait le projet sous la forme d'un contrat de concession qui allait faire l'objet de diverses négociations tarifaires durant l'année 1998. Finalement, le 10 décembre 1998, PSEG signait le

²²³ *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation et Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. République de Turquie*, Affaire CIRDI No ARB/02/5, décision sur la compétence du 4 juin 2004, en ligne : < <http://ita.law.uvic.ca/documents/psegdecision.pdf> > [*PSEG Global*].

²²⁴ Récemment, une nouvelle affaire a été portée contre la Turquie devant le CIRDI (*Motorola Credit Corporation, Inc. c. République de Turquie*, Affaire CIRDI No ARB/04/21, qui en est encore à ses débuts). La Turquie avait signé la *Convention de Washington* le 24 juin 1987 et celle-ci était entrée en vigueur à son égard le 2 avril 1989.

contrat de concession et, émettait, en février 1999, une garantie de bonne fin. C'est alors que les véritables difficultés apparaissent.

En réalité, dès la signature du contrat, PSEG et le ministère de l'Énergie ont eu des positions différentes quant aux aspects techniques et commerciaux du projet, les autorités turques craignant de devoir faire supporter à leurs concitoyens une augmentation des tarifs de l'électricité dans la région concernée par le projet. Malgré la constitution d'une filiale de droit turc, également partie à l'arbitrage, en août 1999, les relations entre les co-contractants se sont rapidement détériorées à la faveur de divers changements législatifs. Dès la fin de l'année 2000, les investisseurs ont cherché à se désengager en demandant formellement le remboursement de leurs pertes et des frais qu'ils ont supportés. En vain, puisqu'en mars 2002, ceux-ci ont porté leur différend devant le CIRDI.

Les investisseurs ont invoqué le *Traité de protection et d'encouragement réciproque des investissements*, signé entre les États-Unis et la Turquie du 3 décembre 1985, entré en vigueur le 18 mai 1990 (le « *BIT* ») comme fondement de la compétence du CIRDI pour connaître du différend. En résumé, les demandeurs considèrent que la Turquie a détruit leur investissement dans ce pays par diverses mesures législatives et réglementaires ainsi qu'en refusant de leur accorder la marge commerciale indispensable à la mise en place de la structure de financement du projet et à sa rentabilité.

En revanche, pour la Turquie, le contrat signé n'était qu'une coquille qui cachait l'absence totale d'accord sur les modalités commerciales et financières du projet. En définitive, selon cet État, les investisseurs tentent d'obtenir le remboursement de dépenses préparatoires à un investissement qui n'a jamais vu le jour, ce que le *BIT* et la *Convention* CIRDI ne leur permettent pas. Sur la base de cette interprétation des faits, la Turquie a soumis au Tribunal arbitral plusieurs exceptions d'incompétence tranchées à titre préliminaire par les arbitres dans la décision sur la compétence objet du présent commentaire.

Le déclinatoire à la compétence du Tribunal présenté par la Turquie s'articule autour de plusieurs moyens, dont deux seront analysés dans le présent commentaire : selon l'État turc, les demandeurs ne sauraient bénéficier de la protection du *BIT* puisqu'ils n'auraient pas réalisé d'investissement en Turquie (**A**). Au surplus, la Turquie n'a pas consenti à la compétence d'un tribunal CIRDI en soumettant une notification excluant certaines catégories d'investissements de la compétence du Centre (**B**). D'autres moyens d'intérêt plus limité pour les besoins de ce commentaire ont également porté sur le fait que le différend ne serait pas « en relation directe avec un investissement »²²⁵, sur des questions d'interprétation de la clause de règlement des différends du *BIT*²²⁶ et sur la qualité d'investisseur de NACC et de la filiale turque de l'investisseur²²⁷.

²²⁵ PSEG Global, *supra* note 223 aux paras. 106-124.

²²⁶ *Ibid.* aux paras. 148-174.

²²⁷ *Ibid.* aux paras. 175-194.

Dans sa décision du 4 avril 2004, le Tribunal arbitral a rejeté la majorité de ces exceptions et s'est déclaré compétent pour statuer sur le fond du litige, sauf en ce qui concerne NACC²²⁸.

A. Précisions sur la notion d'investissement en présence de contrats conclus mais non mis en œuvre

Il convient de rappeler le fait central de ce dossier : le contrat de concession signé fin 1998 entre PSEG et l'État turc par le biais de son ministère de l'Énergie n'a pas été mis en œuvre. En effet, la centrale électrique, objet du contrat en question, n'a pas été construite et la concession ne s'est jamais matérialisée. Un contrat non exécuté constitue-t-il un investissement au sens de l'article 1 (1)(c) du *BIT*²²⁹ et de l'article 25 (1) de la *Convention de Washington*? Telle est la question, inédite en ces termes dans la jurisprudence publiée du CIRDI, que le Tribunal doit trancher afin de statuer sur sa propre compétence.

Les arguments des parties étaient clairs : d'un côté, l'État considère qu'il n'y a pas eu accord des volontés sur les conditions, en particulier commerciales, du contrat dont seul le cadre général était accepté. Par ailleurs, les propositions de prix faites par les investisseurs après la signature du contrat n'ont jamais été acceptées par la Turquie, qui en déduit que le contrat n'était même pas susceptible d'être mis en œuvre²³⁰. Au contraire, pour les investisseurs, la notion d'investissement a été interprétée de manière suffisamment large par les tribunaux CIRDI²³¹ pour qu'un contrat de concession dûment signé et créant des obligations dans le chef des deux parties et, au demeurant, compris dans la définition donnée dans le *BIT*, puisse être considéré comme un investissement au sens de la *Convention* et du *BIT*²³².

²²⁸ NACC a été considérée par le Tribunal comme n'ayant aucun lien en termes contractuels ou de participation sociale avec l'investissement réalisé par PSEG en Turquie.

²²⁹ Voir Article 58: « "Investment" means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled, directly or indirectly, by nationals or companies of the other Party, including assets, equity, debt, claims and service and investment contracts and includes (i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges; (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof; (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value and associated with an investment; (iv) intellectual and industrial property rights, including rights with respect to copyrights, patents, trademark, trade names, industrial designs, trade secrets and know-how, and goodwill; (v) any right conferred by law or by contract, and any licenses and permits pursuant to law; and (vi) reinvestment of returns, and of principal and interest payments arising under loan agreements ».

En ligne : site d'Investments Instruments Online de l'UNCTAD, <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx>.

²³⁰ *PSEG Global*, supra note 223 aux paras. 66-73.

²³¹ Au soutien de ses arguments, PSEG mentionne les affaires *Fedax c. Venezuela*, Affaire CIRDI No ARB/96/3, décision sur la compétence du 11 juillet 1997, 37 ILM 1378 (1998) ; en traduction française dans Emmanuel Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004 à la p. 463 avec ses observations ; *CŠOB c. République Slovaque*, Affaire CIRDI No ARB/97/4, décisions sur la compétence des 24 mai 1999 et 1^{er} décembre 2000, en ligne : site du CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award30>> ; en traduction française dans Emmanuel Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004 aux pp. 576 et 599.

²³² *PSEG Global*, supra note 223 aux paras. 74-78.

C'est par une démonstration claire et méthodique que le Tribunal arbitral rejette les arguments de la Turquie et retient sa compétence pour connaître du fond du litige.

Les arbitres relèvent en premier lieu que l'existence même du contrat de concession n'est pas discutable²³³. Cette prémisse établie, la seconde étape consiste à vérifier que le contrat est valable et qu'il crée bien des droits et obligations à la charge de chaque partie. Selon les arbitres, le contrat contenait un certain nombre de mécanismes d'ajustement, en particulier en ce qui concerne ses aspects techniques et commerciaux, qui lui permettaient d'évoluer en fonction de la situation et des contraintes ultérieures des parties sans qu'il ne soit nécessaire de le renégocier entièrement. De plus, les arbitres relèvent que le fait que le contrat soit difficile à mettre en œuvre ou économiquement aléatoire n'enlève rien au caractère contraignant des obligations qu'il met à la charge des parties, et ce y compris en droit turc²³⁴. Le Tribunal en conclut que les parties avaient l'intention d'être liées par ce contrat, en ces termes : « *both the language of the Contract as well as the circumstances, as they are reviewed below, demonstrate an intent by the Parties to be bound in spite of the fact that certain terms still needed to be agreed upon at a later date* »²³⁵.

Selon les arbitres, ces considérations suffiraient à faire reconnaître leur compétence pour trancher le litige au fond²³⁶. Le Tribunal s'engage pourtant, dès ce stade préliminaire, à trancher la question de savoir si les parties s'étaient également accordées sur les aspects commerciaux du litige, dans le contrat de concession ou en dehors de celui-ci. Aux termes d'une analyse détaillée des échanges entre les parties, les arbitres en concluent que de très nombreuses négociations ont suivi la conclusion du contrat, ce qui confirme encore, à leurs yeux, l'existence, la validité et la nature contraignante du contrat²³⁷.

La décision des arbitres étend-elle encore un peu plus la notion d'investissement dont on a récemment dit qu'elle prend des proportions dangereuses pour le droit des investissements internationaux? Dans l'affaire *PSEG*, les parties ont abondamment commenté la sentence rendue par un précédent tribunal constitué sous l'égide du CIRDI dans l'affaire *Mihaly c. Sri Lanka*²³⁸, chacune y trouvant des éléments en sa faveur. On se rappellera que dans cette affaire, aucun contrat ni engagement définitif n'avait été signé par les parties. Plus encore, les différentes lettres d'intention ou d'engagement qui y avaient été échangées contenaient des clauses excluant expressément l'existence de toute obligation entre les parties²³⁹. La

²³³ *Ibid.* aux paras. 80-81.

²³⁴ *Ibid.* au para. 85.

²³⁵ *Ibid.* au para. 88.

²³⁶ *Ibid.* au para. 90.

²³⁷ *Ibid.* au para. 102.

²³⁸ *Mihaly International Corporation c. République démocratique socialiste du Sri Lanka*, Affaire CIRDI No ARB/00/2, sentence du 15 mars 2002 sur la compétence, 41 ILM 867 (2002) [*Minhaly*]. Voir nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.) » dans Julien Fouret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 RQDI 115 à la p. 176.

²³⁹ *Minhaly, Ibid.* au para. 48.

sentence rendue dans l'affaire *Zhinvali c. Georgie*, non publiée mais néanmoins produite par la Turquie, semble également aller dans le même sens puisqu'on apprend que les parties avaient expressément reconnu que le demandeur n'avait pas d'investissement²⁴⁰. La situation est toute autre dans l'affaire *PSEG* comme le relèvent tant l'investisseur que le Tribunal²⁴¹.

En définitive, eu égard aux faits de l'espèce, le raisonnement du Tribunal nous semble être parfaitement fondé. Le contrat de concession est l'instrument par lequel les parties ont matérialisé leur relation et par lequel la partie privée allait réaliser son investissement, sous réserve, il est vrai, de négociations ultérieures destinées à préciser celui-ci. Le contrat existe donc, il a fait l'objet de négociations longues et délicates avant et après sa conclusion, il constitue l'investissement au sens du *BIT* et de la *Convention de Washington*. Au stade de la compétence, il n'est pas nécessaire de statuer sur l'ampleur de l'investissement en question ou sur la mise en œuvre de celui-ci. Il s'agit là de questions de fond : le tribunal pourrait ultérieurement rejeter au fond toutes les demandes de l'investisseur qui pourrait avoir des difficultés à prouver son préjudice puisque le contrat ne s'est pas matérialisé après sa signature. Pour le Tribunal, si le contrat seul suffit à fonder sa compétence, l'examen du contexte général des négociations entre les parties et des accords tarifaires auxquels ils ont, ou non, abouti est une manière de répondre à leur attente légitime consistant à aborder le fond de la manière la plus claire possible.

Ainsi comprise, la décision *PSEG* ne peut être considérée comme étant un jalon supplémentaire dans l'élargissement de la notion d'investissement. Elle apporte plutôt des précisions bienvenues dans un langage clair et décisif. Les critiques portées sur certaines décisions, considérées comme pouvant dévoyer la finalité de l'arbitrage CIRDI²⁴², ne devraient ainsi pas se porter sur la décision des arbitres dans l'affaire *PSEG*. La sentence finale, qu'il faudra lire en parallèle avec certains passages de la décision sur la compétence, apportera quant à elle son lot de réponses quant à l'évaluation du préjudice subi par l'investisseur.

B. La portée d'une notification d'un État au sens de l'article 25(4) de la *Convention de Washington* sur le consentement de celui-ci

La *Convention de Washington* prévoit, à son article 25(4), la possibilité pour les États signataires de « faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'ils considéreraient comme pouvant être soumis ou non à la compétence du

²⁴⁰ *Zhinvali Development Ltd. c. République de Géorgie*, Affaire CIRDI No ARB/00/1, sentence du 24 janvier 2003 sur la compétence [non publiée].

²⁴¹ *PSEG Global*, *supra* note 223 aux paras. 81, 103.

²⁴² Voir en particulier l'étude très complète de Farouk Yala au sujet des décisions *Salini c. Maroc*, *SGS c. Pakistan* et *SGS c. Philippines*, dans Farouk Yala, « The notion of Investment in ICSID Case Law : a Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" thoughts on Salini, SGS & Mihaly » (Octobre 2004) 1(4) *Transnat'l Disp. Manag't*, en ligne : <www.transnational-dispute-management.com>.

Centre »²⁴³. Sur les 154 États ayant signé la *Convention* à la fin de l'année 2004, seuls huit États²⁴⁴ ont saisi l'opportunité qui leur est présentée par l'article 25(4). Il s'agit de la République populaire de Chine, du Guatemala, de la Jamaïque, de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, de l'Arabie Saoudite et... de la Turquie.

Le texte de la notification de la République de Turquie, en date du 3 mars 1989, est le suivant :

I also have the honour to hereby notify, pursuant to Article 25(4) of the « Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States » concerning classes of dispute considered suitable or unsuitable for submission to the jurisdiction of the Centre that only the dispute arising directly out of investment activities which have obtained necessary permission, in conformity with the relevant legislation of the Republic of Turkey on foreign capital, and that have effectively started shall be subject to the jurisdiction of the Center. However, the disputes, related to the property and real rights upon the real estates are totally under the jurisdiction of the Turkish courts and therefore shall not be submitted to the jurisdiction of the Center.²⁴⁵

Il n'était donc pas étonnant que la Turquie soulève, en l'affaire, un moyen fondé sur cette notification pour contester la compétence du Tribunal. Elle le fit en considérant, de manière cohérente avec son appréciation des faits, que, dès lors que le projet n'a jamais « effectivement commencé », le consentement à l'arbitrage est absent²⁴⁶. Pour la Turquie, la date de début du projet aurait été la date à laquelle la construction de la centrale électrique ou de la mine aurait débuté. Pour la Turquie, la notification, qui a été une condition préalable à l'entrée en vigueur de la *Convention* à son égard²⁴⁷, n'est certes pas une réserve au sens du droit des traités, mais a des conséquences sur l'étendue du consentement donné par la Turquie, en avisant les autres États contractants des « *limits and scope of its subsequent consent to arbitration under the Treaty* »²⁴⁸.

Le Tribunal a tranché la question de la portée des notifications au sens de l'article 25(4) au terme d'une analyse de droit international public indiscutable²⁴⁹.

²⁴³ Voir Article 25 (4) : « Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la *Convention* ou à toute autre date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les États contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1) », sur le site du CIRDI : <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap02.htm>>.

²⁴⁴ Israël et le Guyana avaient également déposé des notifications qu'ils ont par la suite retirées.

²⁴⁵ Sur le site du CIRDI : <<http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-d.htm>> [nous soulignons].

²⁴⁶ *PSEG Global*, *supra* note 223 au para. 126.

²⁴⁷ *Ibid.* au para. 127.

²⁴⁸ *Ibid.* au para. 126.

²⁴⁹ Il s'agit de la première affaire dans laquelle la question de la portée des notifications au sens de la *Convention de Washington* est tranchée. Auparavant, dans les affaires *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. c. Jamaïque*, Affaire No ARB/74/2, décision sur la compétence du 6 juillet 1975, (1979) 4 Yb Comm. Arb. 206 (extraits) ; *Kaiser Bauxite Company c. Jamaïque*, Affaire No ARB/74/3, décision sur la

Si les travaux préparatoires, le *Rapport des Administrateurs sur la Convention*²⁵⁰ et, surtout, la dernière phrase de l'article 25(4) ne laissent pas subsister de doute sur le fait qu'une notification n'a pas de conséquence sur le consentement que les États peuvent ou non donner à l'arbitrage sur le fondement de la *Convention*, le débat était quelque peu troublé par les affaires *Fedax* et surtout *CSOB* sur lesquelles s'est fondée la Turquie.

Dans l'affaire *CSOB* en effet, les arbitres avaient décidé qu'en ne soumettant pas une notification au sens de l'article 25(4) de la *Convention*, la République slovaque avait entendu se soumettre au sens large au domaine d'application de la *Convention*. *A contrario*, selon la Turquie, lorsqu'un État soumet une notification, c'est qu'il a entendu limiter le champ d'application de la *Convention* à son égard.

Le Tribunal n'a toutefois pas retenu l'argument et a jugé que les notifications ne sont pas des réserves au Traité au sens du droit international public, même s'ils constituent indéniablement des actes unilatéraux et ont, à ce titre, des effets juridiques²⁵¹. Toutefois, dans le mécanisme de la *Convention de Washington*, il ne s'agit pas d'actes autonomes, détachables du reste de la *Convention*. Ils ne lient pas l'État qui peut, au cas par cas, décider de ne pas donner effet à sa propre notification. Le Tribunal en conclut que les notifications ne sont que de simples moyens d'information à destination des autres États et de leurs investisseurs, des expressions de la politique économique de ces États, « *it is a matter of information, normally resorted to for domestic needs* »²⁵². Les arbitres rappellent d'ailleurs que cette information donnée par les États était particulièrement importante à l'époque où le consentement des États à l'arbitrage CIRDI était donné dans des conventions d'arbitrage, avant ou après la naissance du litige. Les investisseurs pouvaient se référer à ces notifications pour connaître, à l'avance, les catégories d'investissements pour lesquels un État donné ne consentirait probablement pas à l'arbitrage CIRDI. À titre d'illustration, il est fort peu probable que l'Arabie Saoudite accepte d'insérer une clause d'arbitrage CIRDI dans un contrat portant sur l'exploitation de ses ressources pétrolières, la notification qu'elle a soumise en application de l'article 25(4) excluant expressément cette catégorie d'investissements²⁵³.

La position du Tribunal est en définitive entièrement justifiée si l'on prend en compte le fait que le consentement des États à l'arbitrage CIRDI n'est pas donné

compétence du 6 juillet 1975, 1 ICSID Rep. 296 (1993), l'argument avait été soulevé par la Jamaïque mais rejeté par le Tribunal sans qu'il soit abordé au fond, les notifications de la Jamaïque ayant été faites après que l'investissement ait été réalisé.

²⁵⁰ « [L'article 25(4)] précise que la déclaration par un État contractant qu'il envisagerait de soumettre une certaine catégorie de différends au Centre serait faite à titre d'information seulement et ne constituerait pas le consentement requis pour qu'un différend relève de la compétence du Centre. Bien entendu, une déclaration excluant certaines catégories de différends ne serait pas considérée comme une réserve apportée à la *Convention* par l'État intéressé », *Rapport des Administrateurs sur la Convention*, au para. 31, en ligne : site du CIRDI : <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partB-section05.htm#05>>.

²⁵¹ *PSEG Global*, *supra* note 223 aux paras. 141-142.

²⁵² *Ibid.* au para. 144.

²⁵³ Le texte de la notification de l'Arabie saoudite est disponible sur le site du CIRDI : <<http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-d.htm>>.

lorsque ceux-ci adhèrent à la *Convention de Washington*. La *Convention* fournit un cadre de règlement des litiges auquel les États adhèrent mais ils ne se soumettent à l'arbitrage qu'en exprimant leur consentement, en application de l'article 25 de la *Convention*, par divers moyens (convention ou compromis d'arbitrage, traité bilatéral ou multilatéral ou loi sur les investissements faisant référence au CIRDI), en dehors du cadre de la *Convention*. Dès lors, la notification ne peut apporter ou retrancher quoi que ce soit au consentement des États à l'arbitrage, ce consentement étant fourni en dehors du cadre de la *Convention*. Il faut donc réitérer le contenu de la notification dans l'acte qui contient le consentement de l'État, comme l'illustre la pratique de la Chine qui reprend dans les *BIT* auxquels elle est partie le contenu de sa notification²⁵⁴.

D.K.

²⁵⁴ *PSEG Global, supra* note 223 au para. 146. Le texte de la notification chinoise est le suivant : « [P]ursuant to Article 25(4) of the Convention, the Chinese Government would only consider submitting to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes disputes over compensation resulting from expropriation and nationalization. » Sur le site du CIRDI : <<http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-d.htm>>.