

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS (CIRDI)

*Par Julien Fourret**
*et Dany Khayat***

L'année 2005 amorce-t-elle l'entrée de la *Convention de Washington*¹ dans une nouvelle phase²? Ce n'est pas tant l'évolution du nombre d'États ayant adhéré à son mécanisme qui interpelle (on pourra rappeler cependant que la Syrie a rejoint l'écrasante majorité des pays ayant signé la *Convention* en devenant le 155^e État à y adhérer le 25 mai 2005 et qu'elle est entrée en vigueur à l'égard du Cambodge le 19 janvier 2005, comme pour 141 autres États avant lui³). Ce n'est pas non plus la désignation d'un nouveau président de la Banque mondiale en la personne de monsieur Paul Wolfowitz, lequel est également, *ex officio*, président du conseil administratif du CIRDI en application de l'article 5 de la *Convention de Washington*, qui modifie substantiellement la donne.

L'élément marquant réside plutôt dans le fait que le nombre d'affaires enregistrées par le secrétariat du CIRDI n'a pas progressé. En effet, en 2005, vingt-sept nouvelles affaires ont été enregistrées – vingt-quatre de ces affaires seront instruites en application de la *Convention de Washington* et du *Règlement d'arbitrage du CIRDI* tandis que deux seront fondées sur le *Règlement du mécanisme supplémentaire*⁴ et qu'une affaire de conciliation a été enregistrée par le Centre, la

* Maîtrise en droit international et communautaire et DÉJA II (Université Paris X – Nanterre); DÉA en droit des relations économiques internationales et communautaires (Université Paris X – Nanterre); LL.M. (Université McGill). L'auteur tient à remercier Loubna Farchakh Fourret pour sa relecture attentive et ses nombreux conseils. Julien Fourret est l'auteur des chapitres I, III, V, VII, VIII, X, XI, XIII et XIV 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); DÉA en droit international (Paris II). L'auteur tient à signaler que le cabinet dans lequel il exerce intervient en tant que conseil de la demanderesse dans les affaires *Plama*, *infra* note 27 et *Wena c. Égypte* *infra* note 163, et est intervenu de manière limitée dans l'affaire *Bayindir*, *infra* note 166. Dany Khayat est l'auteur des chapitres II, IV, VI, IX, XII et XV de la présente chronique.

¹ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 19 mars 1965, 575 R.T.N.U. 169 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966) [*Convention de Washington*].

² On pourra se référer à l'excellent ouvrage de l'OCDE sur certaines questions centrales du droit des investissements permettant d'appréhender l'évolution de la matière : *International Investment Law: A Changing Landscape – A Companion Volume to International Investment Perspectives*, Paris, OCDE, 2005.

³ L'ensemble de ces informations, ainsi que tous les règlements, se trouvent en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid>>.

⁴ *Daimler Chrysler Services AG c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/05/1; *Compañía General de Electricidad SA et CGE Argentina SA c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/05/2; *LESI SpA et Astaldi SpA c. Algérie* (2005), Affaire n° ARB/05/3; *I&I Beheer B.C. c. Venezuela* (2005), Affaire n° ARB/05/4; *TSA Spectrum de Argentina SA c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/05/5; *Funnekotter c. Zimbabwe* (2005), Affaire n° ARB/05/6; *Saipem SpA c. Bangladesh* (2005), Affaire n° ARB/05/7;

seule en cours actuellement⁵. Le nombre de nouvelles affaires est identique à celui de l'année 2004 et confirme ainsi le tassement des nouvelles demandes, en progrès permanent entre 1999 et 2003, et ce, même si le nombre d'affaires en cours continue d'augmenter. Le nouveau barème des frais, qui porte à vingt-cinq mille dollars américains le montant du droit pour le dépôt des requêtes, ainsi que le contrôle de plus en plus sévère exercé par le secrétariat du CIRDI avant l'enregistrement des nouvelles affaires ont certainement eu des répercussions sur les velléités de certains investisseurs⁶. En revanche, plusieurs années seront encore nécessaires avant de pouvoir conclure à un réel ralentissement pérenne de l'activité du Centre.

À la fin décembre 2005, le Centre avait enregistré un total de 199 affaires depuis l'entrée en vigueur de la *Convention* en 1966. En outre, au 31 décembre 2005, 102 affaires étaient toujours en cours. Il convient aussi de noter que deux des sentences rendues durant le second semestre 2004, commentées dans la précédente édition de cette chronique, font désormais l'objet d'une demande en annulation en application de l'article 52 de la *Convention de Washington*⁷. Cela porte donc à sept le nombre de procédures d'annulation actuellement en cours. Il est également intéressant de relever que cinq arbitrages et une conciliation ont aussi été clos durant cette période, après un règlement du différend à l'amiable entre les parties⁸.

Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie (2005), Affaire n° ARB/05/8; *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. c. Équateur* (2005), Affaire n° ARB/05/9; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie* (2005), Affaire n° ARB/05/10; *Asset Recovery Trust SA c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/05/11; *Bayview Irrigation District et autres c. Mexique* (2005), Affaire n° ARB(AF)/05/1; *Noble Energy Inc. et Machala Power Cía. Ltd. c. Équateur et Consejo Nacional de Electricidad* (2005), Affaire n° ARB/05/12; *ÉDF (Services) Ltd. c. Roumanie* (2005), Affaire n° ARB/05/13; *RSM Production Corporation c. Grenade* (2005), Affaire n° ARB/05/14; *Siag et Vecchi c. Égypte* (2005), Affaire n° ARB/05/15; *Cargill, Inc. c. Mexique* (2005), Affaire n° ARB(AF)/05/2 [Cargill]; *Rumeli Telekom AS et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c. Kazakhstan* (2005), Affaire n° ARB/05/16; *Desert Line Projects LLC c. Yémen* (2005), Affaire n° ARB/05/17; *Kardossopoulos c. Géorgie* (2005), Affaire n° ARB/05/18; *Helnan International Hotels A/S c. Égypte* (2005), Affaire n° ARB/05/19; *Micula c. Roumanie* (2005), Affaire n° ARB/05/20; *African Holding Company of America, Inc. et Société africaine de construction au Congo SARL c. Congo* (2005), Affaire n° ARB/05/21; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd.Ltd. c. Tanzanie* (2005), Affaire n° ARB/05/22; *Ares International SRL et MetalGeo SRL c. Géorgie* (2005), Affaire n° ARB/05/23; *Hrvatska Elektroprivreda c. Slovénie* (2005), Affaire n° ARB/05/24.

⁵ *Togo Électricité c. Togo* (2005), Affaire n° CONC/05/1.

⁶ Pour un aperçu rapide et statistique des différends en matière d'investissement, voir CNUCED, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, Genève, NU, 2005, disponible en ligne : CNUCED <http://www.unctad.org/en/docs/webiteiit20052_en.pdf>.

⁷ Ces deux affaires sont *Soufraki c. Émirats arabes unis* (2002), Affaire n° ARB/02/7 et *Joy Mining Machinery Ltd. c. Égypte* (2003), Affaire n° ARB/03/11 [Joy Mining]. Cette dernière affaire a finalement fait l'objet d'un règlement à l'amiable entre les parties le 16 décembre 2005.

⁸ L'affaire de conciliation est *TG World Petroleum Ltd. c. Niger* (2003), Affaire n° CONC/03/1 et les cinq décisions arbitrales sont *Pioneer Natural Resources Co. c. Argentine* (2003), Affaire n° ARB/03/12; *Joy Mining, supra* note 7, Affaire n° ARB/03/11; *Cargill, Inc. c. Pologne* (2004), Affaire n° ARB(AF)/04/2 pour laquelle la transaction est intervenue, comme l'indique le site du CIRDI; sur les questions de compétence tandis que l'affaire était portée devant le même tribunal constitué, en application des règles de la CNUDCI, *Interbrew Central European Holding BV c. Slovénie* (2004), Affaire n° ARB/04/17 et *Motorola Credit Corporation, Inc. c. Turquie* (2004), Affaire n° ARB/04/21.

Enfin, vingt-cinq décisions, sentences ou ordonnances ont été rendues durant l'année 2005, parmi lesquelles vingt et une ont été publiées. Dans la continuité de nos précédentes chroniques, nous ferons une analyse de l'ensemble de ces vingt et une décisions⁹.

Julien FOURET (J.F.) et Dany KHAYAT (D.K.)

I. *LESI-Dipenta c. Algérie*¹⁰

Composition du tribunal : Pierre Tercier, président; André Faurès et Emmanuel Gaillard, arbitres.

La sentence sur la compétence rendue le 10 janvier 2005 opposait le consortium LESI-Dipenta, un investisseur italien, à l'Algérie. La compétence du tribunal était fondée sur la clause de règlement des différends de l'*Accord bilatéral sur la promotion et la protection des investissements entre l'Algérie et l'Italie (BIT)*¹¹, entré en vigueur en novembre 1996. Il est à noter de manière préliminaire que cette sentence est aussi l'unique décision de l'année rendue en français, toutes les autres l'ont été en anglais, ou en anglais et en espagnol pour les décisions touchant à l'Argentine.

Le tribunal annonce en préambule que les faits ne seront présentés que sommairement, car l'analyse détaillée ne sera effectuée qu'en cas de discussion du fond de l'affaire¹². En septembre 1992, le ministère de l'Équipement algérien, par le biais de l'Agence nationale des barrages (ANB), a lancé un appel d'offres pour la réalisation du barrage de Koudiat Acerdoune, dans la wilaya de Bouira. En novembre de la même année, les entreprises LESI et Dipenta ont signé un protocole d'accord pour constituer un groupement momentané d'entreprises, et ont soumis leur offre commune pour la réalisation de cet équipement. L'ANB a annoncé en octobre 1993 que le « groupement d'entreprises LESI-Dipenta » l'avait remporté. Après cette annonce, les deux entreprises italiennes se constituèrent en consortium, mais le contrat relatif à la constitution du barrage fut signé par le « groupement LESI-Dipenta »¹³. La défenderesse soutient en outre que la constitution du consortium ne lui avait pas été signifiée et qu'elle avait toujours notifié ses documents au

⁹ Les quatre décisions non publiées sont les suivantes, selon les informations communiquées par le CIRDI sur son site : *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/97/3, décision sur la compétence du tribunal saisi de la nouvelle soumission du différend; *Camuzzi International c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/03/07, ordonnance de procédure n° 5; *Mimico LLC c. Congo* (2005), Affaire n° ARB/03/14, ordonnance de procédure n° 1; *El Paso Energy c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/03/15, ordonnance de procédure n° 1.

¹⁰ *LESI-Dipenta c. Algérie* (2005), Affaire n° ARB/03/8, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>> [*LESI-Dipenta*].

¹¹ *Accord bilatéral sur la promotion et la protection des investissements entre l'Algérie et l'Italie*, 18 mai 1991, en ligne (en italien) : CNUCED <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_algeria_it.pdf>.

¹² *Ibid.* au préambule.

¹³ *Ibid.* aux para. 3-9.

« groupement LESI-Dipenta ». L'acte constitutif et les statuts du consortium n'ont été fournis à l'ANB qu'en avril 1994¹⁴.

La demanderesse fait état de nombreux désagréments ayant entravé la bonne exécution du marché, notamment des problèmes de libération d'emprise, de sécurité et de changement de méthode de construction du barrage par l'ANB. Le contrat a été résilié en 2001, mais les parties n'ont pas réussi à s'accorder sur les montants à allouer à l'investisseur, ce qui entraîna le dépôt d'une requête d'arbitrage le 3 février 2003 pour un montant de 115 millions d'euros¹⁵.

L'Algérie conteste la compétence du tribunal arbitral sur le fondement de l'article 25(1) de la *Convention de Washington*, mais aussi sur le fondement des dispositions du *BIT*.

Selon la défenderesse, les quatre conditions de l'article 25(1) subordonnant la compétence du tribunal ne sont pas réunies (**A**). En outre, trois fins de non-recevoir sont soumises au cas où le tribunal jugerait que les conditions de l'article 25(1) sont réunies (**B**).

A. La reconnaissance provisoire de sa compétence par le tribunal au vu des quatre conditions posées par l'article 25(1)

Les quatre conditions posées par l'article 25(1) exigent que le différend soit d'ordre juridique (**1**), en relation directe avec un investissement (**2**), qu'il découle d'un différend entre un État contractant et un ressortissant d'un autre État contractant (**3**) ou encore que l'État ait consenti par écrit (**4**). Selon les arbitres, toutes ces conditions sont remplies.

1. DE LA DÉFINITION D'UN DIFFÉREND D'ORDRE JURIDIQUE

L'Algérie soutient que le différend est « de nature purement 'comptable ou financière' » car il ne concerne que la méthode de détermination du préjudice subi par la demanderesse, le principe de l'indemnisation n'étant pas contesté¹⁶. Pour la demanderesse, la détermination du préjudice qu'elle a subi est suffisante, car ce sont bien des critères juridiques qui seront appliqués pour déterminer le *quantum* des dommages.

Le tribunal arbitral se range derrière la position de l'investisseur. Le terme « juridique » doit être entendu largement et « le fait que le litige ne porte pas sur le principe de l'indemnisation, lequel n'est pas contesté, mais sur le montant n'y change rien »¹⁷. Le tribunal doit en effet déterminer les préjudices dont a souffert LESI-Dipenta et ensuite les évaluer. Le tribunal réfute donc cette prétention de l'Algérie et

¹⁴ *Ibid.* aux para. 12-14.

¹⁵ *Ibid.* aux para. 27-39.

¹⁶ *LESI-Dipenta*, *supra* note 10 aux para. 5-6.

¹⁷ *Ibid.* au para. 8.

suit la jurisprudence antérieure du CIRDI, même s'il n'en fait mention à aucun moment¹⁸.

2. LA CARACTÉRISATION D'UN MARCHÉ DE CONSTRUCTION EN UN INVESTISSEMENT

La défenderesse soutient qu'un marché de construction ne pourrait être un investissement au sens de l'article 25 (1)¹⁹.

Pour le tribunal arbitral, la difficulté réside en l'absence de définition de la notion d'investissement dans la *Convention CIRDI*²⁰. Cependant, de nombreux tribunaux ont eu à se pencher sur la question; les arbitres invoquent d'ailleurs plusieurs affaires sur la question : *Salini*, *Fedax*, *CSOB* ou encore les affaires *SGS*²¹. Si aucune définition claire d'« investissement » n'est donnée, certains critères objectifs sont cependant posés : l'apport par l'investisseur dans le pays concerné, la durée de cet apport et enfin la présence d'un risque²². Ces éléments, qui éliminent consciemment le développement du pays dans lequel a lieu l'investissement, semblent en effet correspondre à la réalité actuelle des critères, de sorte que l'idée de développement économique peut désormais être incluse dans les trois critères précédemment retenus.

Concernant le critère de l'apport, le tribunal adopte une vision large englobant les prêts, les services ou encore les matériaux, ce qui signifie qu'il faut simplement des dépenses de la part de l'investisseur. Les moyens utilisés par *LESI-Dipenta* pour le projet d'espèce remplissent cette condition *prima facie*²³.

¹⁸ Voir notamment *Compañiá del Desarrollo de Santa Elena SA c. Costa Rica* (2000), Affaire n° ARB/96/1, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#awardARB053>>, et notamment au para. 56 : « *Thus, the sole issue in the present arbitration could not be more simply stated: What is the amount of compensation now owed to CDSE for the expropriation of the Property by Costa Rica?* ».

¹⁹ *LESI-Dipenta*, *supra* note 10 au para. 10.

²⁰ *Ibid.* au para. 13. La notion d'« investissement » a fait l'objet de nombreuses tentatives de définition, ou de conjectures, en doctrine. Les écrits les plus récents comptent notamment Ali Bencheneb, « Sur l'évolution de la notion d'investissement », dans Charles Leben, Éric Loquin et Mahmoud Salem, dir., *Souveraineté étatique et marchés internationaux – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, 177; Ibrahim Fadlallah, « La notion d'investissement : vers une restriction de la compétence du CIRDI? » dans *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, Chambre de commerce internationale, 2005 [*Global Reflections*], 259; Martin Hunter et Alexei Barbuk, « Reflection on the Definition of an Investment » dans *Global Reflections* (voir *Ibid.* à la p. 2381); Sébastien Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États – 30 ans d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004 aux pp. 37-104; Noah Rubins, « The Notion of Investment », dans Norbert Horn et Stephan Kröll, dir., *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, 283 [Horn et Kröll, *Arbitrating*] ou encore Farouk Yala, « The Notion of Investment in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? » (2005) 22:2 J. Int'l Arb. 105.

²¹ Voir les références à *LESI-Dipenta*, *supra* note 10 au para. 13.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.* au para. 14(i).

La détermination de la durée est moins aisée car aucun critère objectif ne peut être apporté. Cependant, en raison de l'envergure du projet et de sa durée minimale de cinquante mois, cette condition semble remplie²⁴.

Enfin, pour les risques, ceux-ci existent et « se sont précisément réalisés à la suite de la résiliation du contrat »²⁵. La relation directe avec un investissement est par conséquent bien présente dans le différend en l'espèce.

3. ANB-ALGÉRIE, UN TEST *PRIMA FACIE* POUR DÉTERMINER SI LE DIFFÉREND CONCERNE UN ÉTAT

La défenderesse soutient que c'est l'ANB qui a conclu le contrat et non pas l'Algérie elle-même. Pour le tribunal, « il suffit que l'action ait été intentée à l'encontre d'un État »²⁶ pour que celui-ci soit concerné. Cette exigence purement formelle et cette analyse *prima facie* illustrent parfaitement l'utilisation désormais récurrente de cette méthode par les tribunaux lors de la phase de détermination de leur compétence²⁷. Toutefois, les arbitres modèrent leur affirmation en évoquant la possibilité qu'ils ne retiennent pas cette compétence si le lien recherché avec un État est à l'évidence inexistant et si l'action a de ce fait « un caractère abusif »²⁸. Le tribunal reconnaît en l'espèce l'indépendance de l'ANB en tant que personne morale. Néanmoins, l'Algérie semble s'être mêlée d'une partie de ses décisions et paraît disposer sur celle-ci d'une « influence importante »²⁹. *Prima facie*, le tribunal considère cette condition comme remplie.

4. DE LA COUVERTURE DU DIFFÉREND PAR LE *BIT*

Pour la défenderesse, le différend n'est pas couvert par le *BIT* et le tribunal n'est donc pas compétent³⁰.

Le tribunal s'attache particulièrement à l'article 1(1) du *BIT* afin de déterminer la définition donnée d'un investissement, car l'Algérie n'a accepté sa compétence que pour des différends y étant liés. Ce paragraphe de l'article dispose que « [l]e terme 'investissement' désigne tout élément d'actif quelconque et tout apport en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti, dans tout secteur

²⁴ *Ibid.* au para. 14(ii).

²⁵ *Ibid.* au para. 14(iii).

²⁶ *Ibid.* au para. 19(i).

²⁷ Voir entre autres en 2005, *Impregilo c. Pakistan (compétence)* (2005), Affaire n° ARB/03/3, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>> [*Impregilo*]; *AES Corp. c. Argentine (compétence)* (2005), Affaire n° ARB/02/17 aux para. 44-45 et 47, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm> [*AES Corp.*], ou encore *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie (compétence)* (2005), Affaire n° ARB/03/24 aux para. 118-120, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>>, commentées aux chapitres V, VI et X de la présente chronique.

²⁸ *LESI-Dipenta*, *supra* note 10 au para. 19 (ii).

²⁹ *Ibid.* au para. 19(iii).

³⁰ *Ibid.* au para. 21.

d'activité économique, quel qu'il soit »³¹. Le tribunal répète que le contrat pouvait être considéré comme un investissement, en ajoutant que la liste non exhaustive de l'article 1(2) incluait le type de contrat de l'espèce³². Cependant, et ce afin de limiter son champ d'analyse, le tribunal n'étend pas sa compétence de manière illimitée sur le contrat contrairement au cas de figure d'une *umbrella clause*, la clause de respect des engagements. En effet, le tribunal ne retient que les cas de figure où les « mesures prises reviennent à une violation de l'Accord bilatéral, ce qui signifie en particulier qu'elles soient de nature injustifiée ou discriminatoire, en droit ou en fait. Ce n'est donc pas nécessairement le cas de toute violation d'un contrat »³³. Cela n'est pas sans raison puisque la doctrine peine à s'entendre sur les effets à donner à ces clauses « larges » de règlement des différends³⁴. Nous pensons que la vision plus « restrictive » du tribunal de ces clauses « larges », contrairement à celles pouvant permettre l'invocation de toutes les dispositions contractuelles, respecte la volonté des parties au *BIT* qui, si elles l'avaient désiré, auraient inclus une *umbrella clause* pour remédier plus clairement à ce problème³⁵.

Les quatre conditions de l'article 25(1) sont donc remplies, mais le tribunal doit également se pencher sur les fins de non-recevoir³⁶.

B. Trois fins de non-recevoir mais la qualité pour agir de la demanderesse fait seule tomber la compétence du tribunal

La première et la troisième fin de non-recevoir seront écartées d'emblée de notre analyse car elles n'ont que de peu d'intérêt. La première, qui soulève le respect des délais pré-arbitraux relatifs au règlement amiable du différend, est traitée rapidement par le tribunal qui, calendrier à l'appui, réfute les arguments de la défenderesse et pose en outre l'absence de caractère absolu d'une telle clause à laquelle il est donc possible de déroger³⁷. Le tribunal ne traite pas de la troisième fin de non-recevoir qui lui est présentée et qui est liée à procédure de marché public, car la deuxième lui suffit³⁸. Cette deuxième fin de non-recevoir est en effet centrale dans les motifs du tribunal et capitale pour sa décision finale, qui s'attarde sur le défaut de qualité pour agir de la demanderesse³⁹. L'Algérie soutient que l'ANB n'avait pas été avertie que LESI et Dipenta formaient un consortium depuis le 20 décembre 1993, et qu'elles auraient continué à se présenter comme un groupement momentané dépourvu de personnalité juridique en droit italien. En outre, le marché aurait été signé avant le

³¹ Tel que cité dans *LESI-Dipenta*, *supra* note 10 au para. 21.

³² *Ibid.* au para. 24(ii).

³³ *Ibid.* au para. 25(i).

³⁴ Voir l'analyse d'Emmanuel Gaillard, « La compétence fondée sur les traités de protection des investissements : les clauses 'larges' de règlement des différends » (2005) 71 *Décideurs* : Stratégie, finance et droit 134.

³⁵ *Ibid.* à la p. 135 et *LESI-Dipenta*, *supra* note 10 au para. 25.

³⁶ Celles-ci sont énumérées dans *LESI-Dipenta*, *supra* note 10 au para. 28.

³⁷ *Ibid.* au para. 32.

³⁸ *Ibid.* au para. 42.

³⁹ *Ibid.* au para. 34.

20 décembre 1993 et le consortium n'aurait été formé qu'aux fins de l'exécution du contrat.

La demanderesse ne conteste pas que les parties ayant signé l'accord et celles qui sont parties à l'arbitrage ne sont pas identiques. Cependant, le consortium soutient que si ce sont les entreprises qui ont signé individuellement le contrat, la réunion en véritable consortium, ayant repris le contrat, aurait été dûment notifiée à l'Algérie qui l'aurait acceptée⁴⁰. Le tribunal examine donc les dispositions de droit interne italien, car « [l]a nature juridique [du consortium] [...] est déterminée par la loi qui le régit »⁴¹. Rien, dans ce que le tribunal analyse, ne permet de conclure à la possibilité pour le consortium de reprendre à son compte les droits et obligations de tiers tels que LESI et Dipenta. Cela signifie par conséquent qu'une décision rendue en faveur ou en défaveur du consortium ne pourra être opposable à ces entreprises, qui seront libres de se lancer par la suite dans des procédures à l'encontre de l'Algérie⁴². Le tribunal est conscient des difficultés que cette incompétence cause aux parties, qui seront obligées de soumettre chacune de leur demande séparément, mais le choix inverse « ferait planer sur la présente procédure le risque de recours, eux aussi sources de complications et de prolongations, d'autant que l'issue en serait incertaine »⁴³.

Cette fin de non-recevoir condamne donc la procédure en l'espèce, car les arbitres jugent la demande irrecevable. Nonobstant, ils ne manquent pas de préciser que cela ne porte pas préjudice « à la faculté pour les sociétés titulaires des droits et obligations nés du contrat d'initier en leur nom et pour leur propre compte une instance CIRDI »⁴⁴. Le choix du tribunal peut paraître orthodoxe, voire rigoriste, mais il prévient toute critique éventuelle sur l'absence de réel filtre des demandes lors de la phase de compétence. La sentence permet d'apprécier le bon respect du droit garanti par cette procédure menée à son terme par trois juristes d'une grande précision. Leurs conseils ont par ailleurs été partiellement suivis et LESI a déposé en son nom une requête d'arbitrage trois mois après cette sentence, le tribunal arbitral restant inchangé⁴⁵.

J.F.

⁴⁰ *Ibid.* aux para. 37-38.

⁴¹ *Ibid.* au para. 39.

⁴² *Ibid.* au para. 39(iv-vi).

⁴³ *Ibid.* au para. 40.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *LESI SpA and Astaldi SpA c. Algérie* (2005), Affaire n° ARB/05/3 (la requête d'arbitrage a été enregistrée par le secrétariat le 18 mars 2005).

II. *Tokelès c. Ukraine*⁴⁶

Composition du tribunal : Michael Mustill; Daniel M. Price et Piero Bernardini, arbitres.

L'ordonnance n° 3 du (nouveau) tribunal arbitral constitué dans cette affaire⁴⁷ porte sur plusieurs demandes de mesures provisoires formulées par l'investisseur, sur une demande de production de documents et sur une objection de l'Ukraine relative à l'exercice par la Lituanie de la protection diplomatique à l'égard de Tokios Tokelès. Seule cette dernière question nous occupera brièvement.

La demande de l'Ukraine, qui soutient que la Lituanie a exercé sa protection diplomatique auprès de l'Ukraine à l'égard de Tokios Tokelès en intervenant par le biais de lettres, est inhabituelle dans l'arbitrage du CIRDI. Le tribunal rappelle que les articles 26 et 27 de la *Convention de Washington* interdisent, respectivement, aux investisseurs de rechercher et aux États parties d'octroyer la protection diplomatique à leurs ressortissants⁴⁸. Le tribunal adopte une conception large de la protection diplomatique en soulignant que

*[t]he term 'diplomatic protection' includes not only espousing the claim of a national, but also a variety of other actions—such as formal diplomatic interventions of the type at issue here—that may be undertaken by a State to protect its national's interests in respect of a matter in dispute.*⁴⁹

Le tribunal considère en l'espèce que l'intervention de la Lituanie correspond à l'exercice de sa protection diplomatique. Il qualifie ainsi les demandes d'intervention de l'investisseur auprès de la Lituanie comme étant « *inconsistent with*

⁴⁶ *Tokelès c. Ukraine* (2005), Affaire n° ARB/02/18, Ordonnance n° 3, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/tokios-order3.pdf>> [*Tokelès (ordonnance)*].

⁴⁷ Le précédent président du tribunal arbitral, Prosper Weil, avait en effet démissionné à l'issue de la phase d'examen de la compétence après avoir rendu une opinion dissidente, ce qui ne s'était jamais produit dans l'histoire du CIRDI. Voir nos commentaires sur la décision sur la compétence du 29 avril 2004 dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2004) 17: 1 R.Q.D.I. 157, 159 à la p. 176 [Fouret et Khayat, 17: 1].

⁴⁸ *Convention de Washington*, *supra* note 1 à l'art. 26 : « Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente *Convention* est Sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente *Convention*, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés. » On peut lire à l'art. 27 : « (1) Aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente *Convention* Sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend. (2) Pour l'application de l'alinéa (1), la protection diplomatique ne vise pas les simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend ».

⁴⁹ *Tokelès (ordonnance)*, *supra* note 46 au para. 21.

its obligations under article 26 »⁵⁰ même si la procédure arbitrale a été suspendue après la démission du président du tribunal⁵¹.

Le tribunal se contente de ce constat, en soulignant que les demandes de l'investisseur ont cessé, et rejette la demande de l'Ukraine visant à mettre un terme à l'ensemble de la procédure arbitrale. Il n'en reste pas moins que le tribunal a fait preuve, sur cette question, d'une sévérité, à notre avis justifiée. Les décisions de tribunaux du CIRDI ayant eu à connaître des questions relatives à l'exercice de la protection diplomatique étant peu nombreuses⁵², cette sévérité nous semble, en l'espèce, motivée afin de donner le ton aux investisseurs tentés de multiplier les démarches pour améliorer leurs chances d'être indemnisés.

D.K.

III. *Lucchetti SA c. Pérou*⁵³

Composition du tribunal : Thomas Buergenthal, président; Bernardo Cremades et Jan Paulsson, arbitres.

Le différend opposant deux investisseurs chiliens, Empresas Lucchetti SA et Lucchetti Perú SA, au Pérou était fondé sur le *Traité bilatéral relatif aux investissements conclus entre le Chili et le Pérou*⁵⁴ (BIT), entré en vigueur le 3 août 2001. La concision extrême de cette sentence (vingt-cinq pages), nous conduira à n'en faire qu'une analyse rapide.

Les demandeurs ont soumis le différend le 24 décembre 2002 à la suite de problèmes rencontrés lors d'un projet d'usine fabriquant des pâtes dans la municipalité de Lima⁵⁵. Les investisseurs soutiennent qu'ils ont obtenu toutes les autorisations nécessaires auprès des autorités dûment autorisées dans le respect des règles juridiques locales. En 1998, la municipalité a annulé le permis, ce qui a fait l'objet de procédures devant les juridictions internes péruviennes. Des jugements ont été rendus en faveur de l'investisseur chilien et sont désormais, selon le droit péruvien, *res judicata*⁵⁶. Une deuxième usine, construite à proximité de Pantanos de Villa, une zone humide protégée, a de même obtenu une licence pour exercer ses activités en décembre 1999, licence qui a été révoquée en août 2001⁵⁷. À la fin du mois d'août 2001, la ville de Lima promulgua deux décrets, les décrets 258 et 259,

⁵⁰ *Ibid.* au para. 22.

⁵¹ Voir *supra* note 47.

⁵² Voir *Banro American Resources, Inc. et Société aurifère du Kivu et du Maniema SARL c. Congo* (2000), Affaire n° ARB/98/7, extraits en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/banro-excerpts.pdf>>.

⁵³ *Lucchetti SA c. Pérou* (2005), Affaire n° ARB/03/4, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>> [*Lucchetti*].

⁵⁴ *Traité bilatéral relatif aux investissements conclu entre le Chili et le Pérou*, en ligne (en espagnol) : CNUCED <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

⁵⁵ *Lucchetti*, *supra* note 53 au para 3.

⁵⁶ *Ibid.* au para. 18.

⁵⁷ *Ibid.* aux para. 19-20.

afin de proposer à la législature péruvienne de prendre des mesures pour exproprier les demandeurs de ces lieux en raison d'une nécessité publique de protection écologique. Pour les investisseurs, ces décrets violent des dispositions du *BIT* en matière de traitement et de protection des investissements étrangers. L'État-hôte, de son côté, s'objecte à la compétence du tribunal pour trois raisons : compétences *ratione temporis* et *ratione materiae*, mais aussi en raison de la soumission préalable du différend aux juridictions internes péruviennes⁵⁸. C'est uniquement cette première objection qui fait l'objet de la présente sentence.

Le Pérou soutient que « *the request for arbitration relates to a continuing dispute that arose in 1997 and is therefore outside the scope of the Peru-Chile BIT. According to claimants the dispute arose as a result of the promulgation of decrees 258 and 259 after the BIT entered into force* »⁵⁹. C'est donc autour de ce problème que va se cristalliser toute la sentence⁶⁰. La seule exception à l'application des dispositions du *BIT* à des violations de celui-ci commises avant son entrée en vigueur est envisagée à l'article 14 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* de la Commission du droit international⁶¹. Cet article, reconnu comme ayant valeur coutumière, pose des conditions précises. Il n'a pourtant été invoqué ni par Lucchetti pour sa défense, ni par les arbitres.

Le tribunal se contente, en premier lieu, d'énumérer toutes les mesures ayant affecté l'investisseur depuis 1997 pour déterminer à quel moment le différend a débuté⁶². Il analyse ensuite les procédures engagées et résolues devant les juridictions internes péruviennes⁶³. Pour les demandeurs, ces décisions sont définitives, et le différend avec la municipalité de Lima est résolu; pour le défendeur, le différend est continu et n'a aucunement été clos par ces procédures internes. La question porte donc sur l'interprétation de l'article 2 du *BIT*, qui s'applique aux investissements effectués avant son entrée en vigueur, mais pas aux différends nés avant celle-ci⁶⁴.

⁵⁸ *Ibid.* aux para. 23-25.

⁵⁹ *Ibid.* au para. 27.

⁶⁰ « ICSID Tribunal: Chilean Company's Claim Existed Before BIT » (2005) 20.3 Mealey's Int. Arb. Rep. 8.

⁶¹ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés. AG 56/83, Doc. off. AGNU, 56^e sess., supp. n° 10, Doc. NU A/56/10 (2001) à l'art. 14, en ligne : http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d%27articles/9_6_2001_francais.pdf [Projet d'articles sur la responsabilité de l'État] : « Article 14 : extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale. 1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent. 2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale. 3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation ».

⁶² Lucchetti, *supra* note 53 au para 29.

⁶³ *Ibid.* aux para. 31-35.

⁶⁴ *Ibid.* aux para. 37-38.

En s'appuyant sur la jurisprudence des cours mondiales, le tribunal retient que le différend est né entre l'investisseur et la municipalité de Lima en 1998⁶⁵. En s'appuyant sur la décision dans l'affaire *CMS*⁶⁶, les arbitres énoncent que l'élément critique de la détermination, est de savoir si les différends portent sur le même sujet, sur la même matière, « *the same subject matter* »⁶⁷. Après une analyse poussée des faits, le tribunal constate que les décrets 258 et 259 sont directement liés aux différends de 1997 et 1998. Par conséquent, « *the present dispute crystallized by 1998* »⁶⁸. Le temps qui s'est écoulé entre les jugements et les décrets n'est pas un élément suffisant pour qu'en résultent deux différends distincts⁶⁹. Si cela peut paraître extrêmement strict pour les demandeurs et s'il semblerait logique de penser qu'un différend clos devant ces juridictions l'est de manière générale, il n'en reste pas moins que ce n'est pas ce qu'envisageaient les entités infra-étatiques. Le tribunal affirme par conséquent que « *[t]he res judicata status of these judgements, standing alone, does not compel that result since the facts before the tribunal indicate, as has already been shown, that the original dispute continued* »⁷⁰.

Dès lors, le tribunal refuse de se reconnaître compétent *ratione temporis*. Les autres objections relatives à la compétence ne sont donc pas analysées. Les arbitres sont conscients que leur décision peut paraître difficile à admettre pour l'investisseur qui n'a donc plus de recours au niveau international, avant même de pouvoir être entendu sur le fond, mais cela semble pourtant se situer dans la logique des choses. S'il nous apparaît que le tribunal a correctement raisonné, l'investisseur ne semble pas convaincu, car ce dernier a soumis une demande d'annulation de cette sentence auprès du secrétariat du CIRDI le 1^{er} juillet 2005.

J.F.

⁶⁵ *Ibid.* aux para. 48-49.

⁶⁶ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine (exceptions d'incompétence)* (2003), Affaire n° ARB/01/8, 42 I.L.M. 788, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf> et nos commentaires, Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16.2 R.Q.D.I. 256 à la p. 261 [Fouret et Khayat, 16:2].

⁶⁷ *Lucchetti*, *supra* note 53 au para 50.

⁶⁸ *Ibid.* au para. 53.

⁶⁹ *Ibid.* au para. 56.

⁷⁰ *Ibid.*

IV. *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie (compétence et mesures provisoires)*⁷¹

Composition du tribunal : Carl Salans, président; Albert Jan van den Berg et Van Vechten Veeder, arbitres.

La décision sur la compétence rendue le 8 février 2005 dans le litige qui oppose la société chypriote Plama Consortium Ltd. (Plama) à la Bulgarie a comme particularité d'être la première décision d'un tribunal du CIRDI rendue sur le fondement du *Traité sur la Charte de l'énergie*⁷².

Ce jugement témoigne de l'élargissement des possibilités de saisine d'un tribunal constitué en application de la *Convention de Washington*. Après les conventions d'arbitrage classiques et les lois nationales sur l'investissement permettant le recours au CIRDI, le Centre a connu une augmentation importante du nombre d'affaires qu'il pouvait entendre grâce à la mise en œuvre des clauses de règlement des différends issues des très nombreux traités de protection des investissements. L'évolution est connue⁷³. Quant aux conventions multilatérales donnant compétence au CIRDI, seul l'ALÉNA avait, jusqu'à ces dernières années, été utilisé par des investisseurs pour porter leur litige devant le Centre. L'application du *Traité sur la Charte de l'énergie* dans l'affaire *Plama* retient donc l'attention.

Le *Traité sur la Charte de l'énergie*, signé en 1994 et entré en vigueur en 1998, est un instrument multilatéral global dans le domaine énergétique. Il est destiné à faciliter la coopération énergétique en assurant un cadre juridique stable et fiable. À ce titre, il comporte, dans sa partie III, des dispositions spécifiques et détaillées relatives aux investissements réalisés par les investisseurs, ressortissants d'un État contractant sur le territoire d'un autre État contractant. Les obligations prises par les États contractants aux articles 10 à 17 sont similaires à celles que l'on retrouve dans nombre de traités bilatéraux de protection des investissements. Par ailleurs, l'article 26 du *Traité sur la Charte de l'énergie* permet à un investisseur de porter son différend devant un tribunal constitué selon les règles de la *Convention de Washington*, parmi d'autres possibilités. À ce jour, cinquante et un États, en plus de l'Union européenne, ont signé le *Traité* et quarante-six de ces États l'ont ratifié. La

⁷¹ *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie (compétence)* (2005), Affaire n° ARB/03/24, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/plama-decision.pdf>> [*Plama (compétence)*] et Ordonnance, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/Order-090605-Prov-Measures.pdf>> [*Plama (ordonnance)*]. Des extraits de la décision sont traduits en français et commentés par Emmanuel Gaillard dans « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales » (2006) 132 J.D.I. 219 à la p. 251 [Gaillard, « CIRDI (2006) »]. Voir aussi Emmanuel Gaillard, « Energy Charter Treaty: International Centre for Settlement Decision » 233 N.Y. Law J. 6.

⁷² *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, J.O. L 380/24, en ligne : Energy Charter Treaty <<http://www.encharter.org/upload/1/ECT-French.pdf>> [*Traité sur la Charte de l'énergie*].

⁷³ Voir à ce sujet l'introduction de l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, A. Pedone, 2004 aux pp. 1-9 [Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*].

Biélorussie et la Russie, qui n'ont pas ratifié le *Traité*, ont indiqué qu'elles l'appliquaient provisoirement⁷⁴.

Le *Traité sur la Charte de l'énergie* avait déjà été invoqué comme fondement de la compétence d'un tribunal du CIRDI, mais l'affaire⁷⁵ avait été transigée avant qu'une décision n'ait été rendue. Par ailleurs, deux sentences ont déjà été rendues sur le fondement du *Traité sur la Charte de l'énergie* dans l'affaire *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*⁷⁶ et *Petrobart Ltd. c. Kirghizistan*⁷⁷, toutes deux instruites sous l'égide de la Chambre de commerce de Stockholm. À ce jour et à notre connaissance, six affaires seraient en cours sur le fondement du *Traité* : l'affaire *Plama*, objet du présent commentaire et qui en est au stade de l'examen des demandes au fond, l'affaire *Alstom Power Italia SpA et Alstom SpA c. Mongolie*⁷⁸ et l'affaire *Hrvatska Elektroprivreda dd c. Slovénie*⁷⁹, qui suivent leur cours devant des tribunaux constitués en application de la *Convention de Washington* et les affaires opposant les sociétés Hulley Entreprises Yukos Universal et Veteran Petroleum à la Russie.

L'affaire *Plama*, relative aux diverses mesures ayant affecté la prise de participation d'un investisseur chypriote dans une raffinerie de pétrole en Bulgarie, est intéressante pour les deux questions qui y sont soulevées : l'interprétation du *Traité sur la Charte de l'énergie* et la question plus controversée de la portée d'une clause de la nation la plus favorisée (NPF).

En premier lieu, le tribunal se prononce sur l'interprétation d'importantes dispositions du *Traité sur la Charte de l'énergie*. Nous étudierons plus particulièrement l'interprétation que le tribunal donne de l'article 26 du *Traité*, puisqu'elle contient des prises de positions intéressantes pour le droit des investissements.

La clause de règlement des différends figurant à l'article 26 du *Traité sur la Charte de l'énergie* est classique en matière d'investissements internationaux. Elle permet à l'investisseur, partie à un différend avec l'État contractant où il a réalisé son investissement de saisir, à son choix, une juridiction nationale ou un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI, en application du règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou de la Chambre de commerce de Stockholm. La particularité de l'affaire *Plama* réside dans le fait que la Bulgarie a entendu se prévaloir de l'article 17(1) du *Traité* pour se délier du consentement à l'arbitrage qu'elle était réputée avoir donné aux investisseurs en signant et ratifiant le *Traité*. L'article 17(1) permet en effet à un

⁷⁴ Ces informations sont disponibles sur le site du secrétariat du *Traité sur la Charte de l'énergie*, en ligne : Energy Charter Treaty <<http://www.encharter.org>>.

⁷⁵ *AES Summit Generation Ltd c. Hongrie* (2001), Affaire n° ARB/01/4.

⁷⁶ Affaire n° SCC 49/2002, sentence du 16 décembre 2003 (Stockholm Chamber of Commerce), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Nykomb-Finalaward.doc>>.

⁷⁷ Affaire n° SCC 126/2003, sentence du 29 mars 2005 (Stockholm Chamber of Commerce), en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/petrobart_kyrgyz.pdf>.

⁷⁸ Affaire n° ARB/04/10. La source de cette information est la liste de diffusion électronique Investment Treaty News ou Invest SD, disponible sur abonnement : International Institute for Sustainable Development <<http://www.iisd.org/investment/itn/>>.

⁷⁹ Affaire n° ARB/05/24, *Ibid*.

État de refuser l'application de la Partie III sur la promotion et la protection des investissements notamment à des entités détenues ou contrôlées par des ressortissants d'États tiers, personnes morales ou physiques⁸⁰.

Le tribunal a rejeté sans ambiguïté l'objection bulgare. Il est vrai que sa tâche était facilitée par le fait que l'article 17(1), invoqué par la Bulgarie, ne visait que les dispositions de la Partie III relatives à la protection des investissements, et non la clause de règlement des différends qui se trouve dans la Partie V. Cet argument de texte retenu par le tribunal ne nous semble pas convaincant, puisque les différends susceptibles d'être soumis en vertu de l'article 26 sont ceux « qui portent sur un manquement allégué à une obligation de la première partie contractante au titre de la Partie III ».

C'est un autre aspect de la décision, relatif à l'appréciation que le tribunal donne à la clause de règlement des différends, qui retient l'attention. Pour le tribunal, « article 26 ECT [Energy Charter Treaty] provides to a covered investor an almost unprecedented remedy for its claim against a host State »⁸¹, ce qui en fait « a very important feature of the ECT »⁸². Le tribunal en retient que le *Traité sur la Charte de l'énergie* est un instrument de droit international public majeur, « a very significant treaty for investors, marking another step in their transition from objects to subjects of international law »⁸³. Plus loin, le tribunal rajoute que « [u]nder the ECT, the covered investor is more than an object of international law »⁸⁴.

Le tribunal tire de ces conclusions un argument de plus pour dénier à la Bulgarie le droit de refuser l'application de l'article 26 aux investisseurs, en des termes très généraux qui feront autorité, du moins dans un premier temps, en matière d'interprétation du *Traité sur la Charte de l'énergie*. Le tribunal affirme en effet avec vigueur que si un État pouvait, unilatéralement et quand bon lui semble, invoquer l'article 17(1) et retirer aux investisseurs la possibilité de porter leurs litiges devant un tribunal international, cela reviendrait à leur accorder une « license for injustice »⁸⁵. Il en résulte, pour le tribunal, que l'invoication par la Bulgarie de l'article 17(1) n'a aucun effet sur la possibilité pour un investisseur de soumettre un différend contre cet État en application de la clause de règlement des différends. La solution est heureuse dès lors que, comme le rappellent les arbitres, en décider autrement reviendrait à permettre à la Bulgarie d'être « judge of its own cause »⁸⁶.

⁸⁰ *Traité sur la Charte de l'énergie*, supra note 72 à l'art. 17 portant sur la non-application de la Partie III dans certaines circonstances : Chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la présente partie : 1) à toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un État tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles dans la zone de la partie contractante dans laquelle elle est constituée.

⁸¹ *Plama (compétence)*, supra note 71 au para. 141.

⁸² *Ibid.* aux para. 141 et 148.

⁸³ *Ibid.* au para. 141.

⁸⁴ *Ibid.* au para. 150.

⁸⁵ *Ibid.* au para. 149.

⁸⁶ *Ibid.* En définitive, le tribunal n'a pas seulement tranché la question de l'application autonome de la clause de règlement des différends puisqu'il s'est également prononcé, à la demande des parties, sur le caractère rétroactif de l'application de l'article 17(1) en décidant que cet article ne pouvait recevoir application que pour l'avenir. Cette solution, qui n'est pas critiquable, laisse intactes les chances de

Il nous semble que la valeur que le tribunal accorde, dans sa décision, à la clause de règlement des différends du *Traité sur la Charte de l'énergie* est importante pour l'ensemble du droit des investissements. En l'érigeant en clause centrale des traités de protection des investissements, les arbitres consolident encore un peu plus la jurisprudence dégagée depuis quelques années par les tribunaux du CIRDI et qui se caractérise par la recherche de l'efficacité et de la fiabilité des clauses de règlement des différends entre investisseur et État.

En deuxième lieu, le tribunal tranche, de manière moins convaincante, la question de l'invocation de la clause NPF du *Traité d'encouragement et de protection mutuelles des investissements* entre Chypre et la Bulgarie⁸⁷ (*BIT*) par l'investisseur.

La question n'est pas nouvelle⁸⁸ et a d'ailleurs été traitée dans ces colonnes⁸⁹. Pour résumer, certains tribunaux ont admis qu'en principe cette clause pouvait être invoquée de manière extensive par les investisseurs, tant pour se prévaloir de dispositions de fond que de procédures plus favorables puisées dans d'autres traités. La décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Siemens c. Argentine* illustre cette position. D'autres tribunaux ont adopté une approche plus restrictive en retenant que les clauses NPF ne pouvaient être utilisées par les investisseurs que pour invoquer des dispositions d'ordre procédurales, issues d'autres traités. La décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Salini c. Jordanie*⁹⁰ est une application de cette deuxième tendance. Une troisième voie est illustrée par l'affaire *Maffezini c. Espagne*⁹¹; les arbitres avaient accepté de donner effet à la clause NPF du traité en cause afin de permettre à l'investisseur de bénéficier d'une période de négociation à l'amiable obligatoire plus courte que celle à laquelle il aurait été soumis en application du *BIT* liant l'État dont il est ressortissant et l'Espagne. Les arbitres

l'investisseur d'obtenir gain de cause, au fond, en soutenant que la Bulgarie a violé les dispositions de la Partie III du *Traité sur la Charte de l'énergie*.

⁸⁷ *Traité d'encouragement et de protection mutuelles des investissements*, Bulgarie et Chypre, 12 novembre 1987 (entrée en vigueur : 18 mai 1988), en ligne : UNCTAD <http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/bulgaria_cyprus.PDF>.

⁸⁸ Voir Ruth Teitelbaum, « Who's Afraid of *Maffezini*? Recent Developments in the Interpretation of Most Favoured Nation Clauses » (2005) 22.3 *J. Int'l Arb.* 225; Jurgен Kurtz, « The Delicate Extension of Most-Favoured-Nation Treatment To Foreign Investors: *Maffezini v. Kingdom of Spain* » dans Todd Weiler, dir., *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, 523 [Weiler]; Chris Newmark et Edward Poulton, « Most favoured Nation Clause: Is The *Siemens v. Argentina* Decision the High-Water Mark? » (2005) 20 *Int'l Arb. Rep.* 39, ainsi que Emmanuel Gaillard, « Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause » (2005) 233 *N.Y.L.J.* 3.

⁸⁹ *Siemens A.G. c. Argentine (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/02/8, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/SiemensJurisdiction-English-3August2004.pdf>> et nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « *Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements* (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2004) 17:2 *R.Q.D.I.* 183, 231 à la p. 249 [Fouret et Khayat, 17:2]; *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Jordanie (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/02/13, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>> [Salini c. Jordanie] et nos commentaires, Fouret et Khayat, 17:2, *Ibid.* à la p. 268.

⁹⁰ *Salini c. Jordanie, Ibid.*

⁹¹ *Maffezini c. Espagne (compétence)* (2000), Affaire n° ARB/97/7, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#awardARB053>>.

avaient toutefois assorti cette position de limites importantes, tenant à des considérations d'ordre public auxquelles les États auraient souhaité ne pas déroger, comme, par exemple, le recours à des systèmes d'arbitrage institutionnels comme le CIRDI.

Le tribunal choisit dans *Plama* la voie la plus restrictive. *Plama* pouvait-elle, par le biais de la clause NPF du *BIT*, invoquer la clause de règlement des différends d'autres traités relatifs aux investissements signés par la Bulgarie? Le tribunal répond par la négative. En se fondant sur les limites dégagées par le tribunal constitué dans l'affaire *Maffezini*, le tribunal arbitral se dit soucieux des risques de « *treaty shopping* », qu'une interprétation trop large des clauses NPF pourrait entraîner. Il considère que le choix, par des États parties à un traité, d'un mode de règlement des différends et non d'un autre est bien l'une des illustrations des considérations d'ordre public que la décision *Maffezini* avait dégagées et qu'à ce titre, ce choix devait être protégé. En conclusion, pour le tribunal,

*an MFN [most favored nation] provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the contracting parties intended to incorporate them.*⁹²

Le tribunal se place ainsi résolument dans la conception restrictive de l'interprétation des clauses de la nation la plus favorisée, ce qui ne nous convainc pas⁹³. En effet, s'il fallait que ces clauses contiennent expressément la mention qu'elles ne s'appliquent qu'à certaines dispositions, bien peu d'entre elles pourraient être invoquées, tant elles sont rédigées de manière générale. Limiter leur efficacité, alors que le tribunal avait par ailleurs considéré que la clause de règlement des différends du *Traité sur la Charte de l'énergie* était « *a procedural remedy* »⁹⁴, nous semble quelque peu incohérent. S'il s'agit d'une disposition d'ordre procédural, il est d'autant plus nécessaire que la clause de la nation la plus favorisée puisse s'y appliquer.

L'analyse de la décision *Plama* ne serait pas complète si nous n'évoquions pas l'ordonnance rendue par le tribunal le 6 septembre 2005 sur les mesures provisoires demandées par l'investisseur⁹⁵. *Plama* a ainsi demandé au tribunal qu'il enjoigne à la Bulgarie d'interrompre toutes les procédures judiciaires en cours et de s'abstenir d'en initier contre Nova *Plama*, l'entité de droit bulgare dans laquelle l'investisseur avait pris une participation.

⁹² *Plama (compétence)*, *supra* note 71 au para. 223.

⁹³ Voir nos observations sur les décisions *Siemens c. Argentine* dans Fourret et Khayat, 17:2 *supra* note 89 et *Salini c. Jordanie* dans Fourret et Khayat, 17:2, *supra* note 89.

⁹⁴ *Plama (compétence)*, *supra* note 71 au para. 148.

⁹⁵ *Ibid.*

L'octroi de mesures provisoires est régi, dans le système du CIRDI, par l'article 47 de la *Convention de Washington*⁹⁶ et l'article 39 du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*⁹⁷. Les arbitres ne voient pas d'opposition de principe à l'application de ces articles. Ceux-ci refusent pourtant de faire droit à la demande de l'investisseur. Ils estiment en effet que, d'une part, les mesures réclamées ne visent pas à prévenir un dommage irréparable dès lors que le demandeur, Plama Consortium Ltd, ne se confond pas avec sa filiale de droit local. En d'autres termes, Plama pourrait sans difficulté poursuivre son action devant le tribunal, puisque les mesures bulgares ne visent pas directement l'investisseur. D'autre part, le tribunal distingue les demandes de Plama, fondées sur le *Traité sur la Charte de l'énergie*, qui ne sont pas applicables à sa filiale bulgare, des mesures envisagées à l'encontre de cette dernière. Le tribunal relève que la demande de mesures provisoires de Plama ne s'appuie pas sur les mêmes fondements que son action devant le CIRDI, et rejette, par conséquent, les premières comme n'étant pas de son ressort.

D.K.

V. *Impregilo SpA c. Pakistan*⁹⁸

Composition du tribunal : Gilbert Guillaume, président; Bernardo M. Cremades et Toby T. Landau, arbitres.

Cette décision sur la compétence résulte d'une demande d'arbitrage transmise au secrétariat du CIRDI le 21 janvier 2003 par Impregilo SpA, un investisseur italien, contre le Pakistan. Cette demande était fondée sur l'*Accord sur la promotion et la protection des investissements*⁹⁹ entre l'Italie et le Pakistan (*BIT*).

La demande découle d'une prétendue violation de deux contrats conclus entre GBC – une entité non enregistrée, mais dont l'organisation est régie par le droit suisse – et la WAPDA – l'Autorité pakistanaise de développement de l'eau et de l'énergie – ainsi que de violations du *BIT*. Impregilo possède 57,8% de la *joint venture* GBC¹⁰⁰.

Les contrats concernés étaient des contrats de construction évalués, au moment de leur conclusion en 1995, à 500 millions de dollars. Le mécanisme de

⁹⁶ *Convention de Washington, supra* note 1, art. 47 : « Sauf accord contraire des parties, le tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties ».

⁹⁷ *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 524 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partF.htm>> [*Règlement d'arbitrage du CIRDI*], art. 39(1) : Une partie peut à tout moment, au cours de la procédure, requérir que des mesures provisoires pour la conservation de ses droits soient recommandées par le tribunal. La requête spécifie les droits devant être préservés, les mesures dont la recommandation est sollicitée et les circonstances qui rendent ces mesures nécessaires.

⁹⁸ *Impregilo, supra* note 27.

⁹⁹ *Accord sur la promotion et la protection des investissements*, Italie et Pakistan, 19 juillet 1997, en ligne (en anglais) : CNUCED <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/pakistan_italy.pdf>.

¹⁰⁰ Les faits de l'affaire et les prétentions des parties dans *Impregilo, supra* note 27, aux para. 8-90.

règlement des différends de ces contrats prévoyait la soumission des demandes à un ingénieur, chargé du contrôle, qui devait prendre une décision en vingt-huit jours. Si l'une ou l'autre des parties n'était pas satisfaite par la décision, un comité de résolution des différends (*Dispute Review Board*, DRB) composé de trois membres (chaque partie nommant un représentant et ces deux derniers nommant conjointement le troisième) réexamine le litige. Si cela n'est toujours pas satisfaisant pour une des parties, un arbitrage peut être lancé à Lahore sous quatorze jours. Tout semblait donc prévu.

Les travaux ont commencé au début de l'année 1996. Il était prévu qu'ils se termineraient en mars 2000. Cependant, de nombreux problèmes matériels et obstacles humains semblent s'être dressés sur la route de la coentreprise. Le refus systématique des demandes d'extension des délais et de remboursement des frais effectués par GBC auprès de la WAPDA et de l'ingénieur désigné en application des règles FIDIC a entraîné un grand nombre de différends. Impregilo soutient que les contrats ont été retardés, car l'ingénieur et la WAPDA n'ont pas respecté leurs obligations prévues par les contrats, notamment en matière de délais et de travaux supplémentaires à effectuer. En outre, toutes les demandes de GBC auprès du DRB auraient été biaisées en raison des manœuvres de WAPDA. Cette saisine était une condition préalable et obligatoire à l'arbitrage. Sans fonctionnement du DRB, l'arbitrage semblait en conséquence impossible, même si GBC n'était de toute façon aucunement convaincue par cette procédure.

En outre, à la suite des problèmes de sécurité découlant des attentats du 11 septembre 2001, les employés expatriés quittèrent le sol pakistanais entre le mois de décembre 2001 et le mois d'avril 2002. La WAPDA a donc demandé des dommages-intérêts pour ces retards après avoir refusé la demande préalable de GBC de suspendre les travaux. En janvier 2002, Impregilo a fait une première demande d'arbitrage auprès du CIRDI, mais l'a retirée après le début des négociations pour résoudre le différend à l'amiable. Celles-ci n'aboutissant pas, l'investisseur a été forcé de soumettre la demande à l'origine de la présente affaire.

L'État d'accueil a contesté la compétence du tribunal arbitral sur trois points. Tout d'abord, c'est la compétence *ratione personae* qui est contestée car Impregilo n'aurait pas, entre autres, la capacité pour soumettre une demande au nom de GBC (A). De plus, la compétence *ratione materiae* du tribunal est remise en question en raison de la nécessité de distinguer entre demandes fondées sur un traité, *treaty claims*, et demandes fondées sur un contrat, *contract claims* (B). Enfin, l'incompétence *ratione temporis* est aussi soulevée (C).

A. Compétence *ratione personae* : différencier les demandes d'Impregilo de celles de la *joint venture*

Si les parties sont toutes deux d'accord pour reconnaître qu'Impregilo a réalisé un investissement, qu'il peut être défini comme un investisseur et qu'il est un national d'un État partie au sens à la fois du *BIT* et de la *Convention de*

*Washington*¹⁰¹, le Pakistan conteste cependant la compétence *ratione personae* sur trois points distincts dont deux seront traités¹⁰². D'une part, Impregilo n'aurait pas la capacité de soumettre un différend au nom de GBC (1) et, d'autre part, il ne pourrait pas non plus le faire proportionnellement à ses intérêts dans la *joint venture* (2).

1. SÉPARER LES ENTITÉS POUR RETENIR LA COMPÉTENCE

Le nœud du problème réside dans la détermination de la qualification juridique de la coentreprise GBC. Cette dernière est composée de cinq entreprises : l'italienne Impregilo, une société française qui s'est retirée en 1998, une allemande et deux pakistanaises¹⁰³. Cette coentreprise est régie par le droit suisse qui ne prévoit pas de régime particulier pour ce type de montage. Par ailleurs, le droit pakistanais ne lui reconnaît pas la personnalité juridique¹⁰⁴. L'accord créant cette entité prévoyait de surcroît que les entreprises la composant seraient responsables conjointement et solidairement envers la WAPDA, mais ce sont les dirigeants d'Impregilo qui représentaient la *joint venture*. Par conséquent, « *Impregilo claims [are] in respect of all losses suffered by the Joint Venture as a whole* »¹⁰⁵. Cependant, l'investisseur ne sera pas suivi entièrement par le tribunal qui considère que les demandes au nom de GBC ne sont pas recevables.

En s'appuyant sur la doctrine¹⁰⁶ et sur l'article 25(2)(b) de la *Convention de Washington*, le tribunal retient que GBC ne répond pas d'un « ressortissant d'un autre État contractant ». Il importe peu que la demande soit faite au nom de GBC par Impregilo puisque la demande est bien celle de la *joint venture* et non pas celle du demandeur. Par ailleurs, Impregilo ne peut également pas soumettre de demande en lieu et place de ses partenaires dans la coentreprise car deux des investisseurs sont pakistanais, nationalité du défendeur¹⁰⁷. En outre, les autres ne sont pas des investisseurs italiens et ne sont pas protégés, par conséquent, par le *BIT* italo-pakistanais. Qu'Impregilo ait un pouvoir de représentation au sein de la *joint venture* est une affaire purement interne et ne peut avoir d'effet sur l'étendue du consentement

¹⁰¹ *Ibid.* au para. 111.

¹⁰² La question de savoir si Impregilo avait été dûment autorisée à engager un arbitrage et avait respecté l'article 2(1)(f) du *Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage* n'a que peu d'importance. Elle est analysée par le tribunal aux para. 175-184 d'*Impregilo*, *supra* note 27.

¹⁰³ *Ibid.* aux para. 115-116.

¹⁰⁴ *Ibid.* aux para. 115-120.

¹⁰⁵ *Ibid.* au para. 125.

¹⁰⁶ Principalement sur Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, qui retient aux pp. 276-227 que « *this indicates that legal personality is a requirement for the application of art. 25(2)(b) and that a mere association of individuals or of juridical persons would not qualify. In such a case, the individuals might be brought under art. 25(2)(a) or the juridical persons forming the association would have to be brought separately under article 25(2)(b). [...] for the purposes of the Convention the quality of legal personality is inherent in the concept of 'juridical person' and is part of the objective requirement for jurisdiction* ».

¹⁰⁷ *Impregilo*, *supra* note 27 aux para. 144-147.

du Pakistan au titre du *BIT*¹⁰⁸. Le tribunal n'accepte donc pas de se reconnaître compétent pour les demandes de GBC et se tourne ensuite vers l'analyse de la capacité d'Impregilo à soumettre une demande d'arbitrage du fait de ses propres pertes proportionnellement à sa participation dans la joint venture.

2. IMPREGILO, UN INVESTISSEUR SE VOYANT ATTRIBUER LE DROIT DE RÉCLAMER 57,8% DES PERTES

Sans être identiques, la participation d'une société dans une *joint venture* se rapproche de la situation d'un simple actionnaire dans une société¹⁰⁹. Le Pakistan allègue qu'Impregilo ne peut agir lui-même que pour réclamer sa part de dédommagement proportionnelle à son implication dans la *joint venture*¹¹⁰.

Pour le tribunal, le fait que par le passé des demandeurs aient joint leur demande ne crée cependant pas d'obligation de faire de la sorte à chaque occasion : Impregilo peut agir¹¹¹. En effet, pour les arbitres, on peut distinguer les violations fondées sur le *BIT* de celles fondées sur les contrats, comme nous le verrons ci-dessous, mais aussi de celles des autres partenaires de la *joint venture*¹¹². En poussant le raisonnement plus loin, si cette possibilité n'était pas reconnue à Impregilo, cet investisseur ne pourrait jamais voir ses demandes accueillies par un quelconque tribunal. Impregilo peut donc poursuivre l'arbitrage pour les violations du *BIT* à son encontre au *pro rata* de sa participation dans la *joint venture*¹¹³, tout comme cela avait été similairement reconnu dans une affaire récente que nous avons commentée¹¹⁴. La cohérence de la jurisprudence du CIRDI en matière de compétence se construit progressivement¹¹⁵.

La compétence *ratione personae* du tribunal ayant été établie et délimitée à la stricte proportion des droits d'Impregilo dans GBC, il faut désormais s'attacher à circonscrire la compétence *ratione materiae*.

¹⁰⁸ *Ibid.* au para. 151.

¹⁰⁹ Sur le sujet, voir Stanimir A. Alexandrov, « The 'Baby Boom' of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction *Ratione Temporis* » (2005) 4 Law & Prac. Int'l Courts & Trib. 19.

¹¹⁰ *Impregilo*, *supra* note 27 aux para. 158-162.

¹¹¹ Voir notamment *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. Cameroun et Société camerounaise des engrais* (1983), Affaire n° ARB/81/2, 2 ICSID Reports 9 [*Klöckner c. Cameroun*] et les commentaires de Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, *supra* note 73 aux pp. 129-138 et *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Maroc* (2001), Affaire n° ARB/00/4, (2002) 129 J.D.I. 196 et commentaires à la p. 209 et s. [*Salini c. Maroc*].

¹¹² *Impregilo*, *supra* note 27 au para. 172.

¹¹³ « ICSID Arbitrators Will Consider Portion of Italian Company Claims » (2005) 20.5 Mealey's Int. Arb. Rep. 7.

¹¹⁴ *Enron Corporation et Ponderosa Assets, LP c. Argentine (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/01/3, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Jurisdiction_000.pdf> et nos commentaires, Fouret et Khayat, 17:1, *supra* note 47 à la p. 160.

¹¹⁵ Voir la seule étude à notre connaissance traitant uniquement des décisions sur la compétence : Omar E. García-Bolívar, « Foreign Investment Disputes under ICSID – A Review of its Decisions on Jurisdiction » (2004) 5.1 J.W.I.T. 187.

B. Compétence *ratione materiae* : une analyse complexe du triptyque *contract claims, treaty claims* et clause de la nation la plus favorisée

Le tribunal se trouve, dans cette affaire, face au dilemme actuel des arbitrages du CIRDI. Comment appréhender les demandes concernant des violations des deux contrats entre GBC et la WAPDA (1)? En outre, comment analyser certaines violations du contrat et la mesure dans laquelle elles seraient concomitantes aux violations du *BIT* (2)? L'analyse du tribunal sur ces points nous semble bien menée.

1. LES DEMANDES FONDÉES SUR LES CONTRATS, LA NÉCESSAIRE ORTHODOXIE DU TRIBUNAL

En premier lieu, et préalablement à l'analyse de ce point, les arbitres s'attachent à souligner qu'il n'existe pas de clause de respect des engagements, d'*umbrella clause*, dans le *BIT*, ce qui ôte ainsi une possibilité de voir une violation du contrat être assimilée à une violation du traité¹¹⁶. Les articles du *BIT* qui seront pris en compte sont les articles 3 et 9¹¹⁷.

Le premier élément à déterminer est de savoir quel est le statut de la WAPDA, et si ses actes peuvent être attribués au Pakistan, dès lors que c'est elle qui a conclu les contrats en cause. Le tribunal analyse donc les liens organiques et les attributions de la WAPDA et notamment la loi de 1958 l'établissant¹¹⁸. Concernant le critère organique, les conditions d'emploi des membres de la WAPDA sont réglementées par le gouvernement, puisqu'ils sont considérés comme des fonctionnaires pour les tribunaux internes et le programme de l'autorité est soumis pour approbation au gouvernement¹¹⁹. Cependant, la WAPDA possède un patrimoine indépendant et la responsabilité de l'État est limitée en ce qui concerne ses engagements financiers¹²⁰. Le tribunal en conclut que cette entité est « *an autonomous corporate body, legally and financially distinct from Pakistan* »¹²¹. Le tribunal insiste sur la distinction entre les actes de l'entité pris en violation du droit international et les actes pris en violation du droit interne. Cette distinction reprise de la décision du

¹¹⁶ Les *umbrella clauses* ont fait récemment l'objet d'une abondante littérature et l'on retiendra principalement sur le sujet Anthony C. Sinclair, « The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection » (2004) 20.4 *Arb. Int'l* 411 [Sinclair]; Christoph Schreuer, « Travelling the BIT Route — Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road » 5.2 *J.W.I.T.* 231; Thomas W. Wälde, « The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration — A Comment on Original Intentions and Recent Cases » (2005) 6.2 *J.W.I.T.* 183 et les commentaires d'Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI, supra* note 73 aux pp. 832-835 et 903-905.

¹¹⁷ Ces deux articles portent sur le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée (article 3) ainsi que sur le règlement des différends entre les investisseurs privés et un État partie (article 9).

¹¹⁸ *Impregilo, supra* note 27 au para. 200 et s.

¹¹⁹ *Ibid.* aux para. 201-204.

¹²⁰ *Ibid.* aux para. 205-206.

¹²¹ *Ibid.* au para. 209.

comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi*¹²² résulte à l'origine d'une décision de la CIJ dans l'affaire *ELSI*¹²³ et a également été reprise dans les commentaires sur le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* de la CDI¹²⁴. Ce ne sont donc que les actes pris en violation du droit international qui entraînent l'application du droit international de la responsabilité¹²⁵.

De plus, l'article 9 du *BIT* ne couvre que les différends entre une partie contractante et un investisseur ressortissant de l'autre État. Les arbitres suivent l'interprétation donnée dans l'affaire *Salini c. Maroc*¹²⁶ et n'acceptent pas que la compétence accordée par le *BIT* soit étendue aux violations du contrat auquel une entité autre que l'État est partie¹²⁷. La WAPDA étant une entité distincte du Pakistan, il est normal que l'article 9 du *BIT* ne couvre pas les violations desdits contrats, et que les demandes d'Impregilo fondées exclusivement sur ces contrats ne soient pas accueillies. La brièveté de l'analyse effectuée par le tribunal n'enlève rien à la clarté du raisonnement.

En guise de conclusion, il nous faut revenir rapidement sur la tentative d'utilisation par le demandeur de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans l'article 3 du *BIT*. Impregilo tente par ce biais de faire entrer dans le champ conventionnel les dispositions d'autres *BIT* – comme celui entre la Suisse et le Pakistan, notamment la clause de respect des engagements. Le refus du tribunal de suivre l'investisseur dans cette voie est justifié et plus complexe qu'un simple refus ferme et définitif. Celui-ci note en effet que dès lors que les contrats avaient été conclus entre Impregilo et WAPDA, et non avec le Pakistan, l'article 3 ne pouvait plus avoir d'effet¹²⁸.

2. LES DEMANDES FONDÉES SUR LE *BIT* : UNE LIGNE JURISPRUDENTIELLE TOUTE TRACÉE

Puisque les demandes contractuelles ont été refusées *in integrum*, les demandes fondées sur le *Traité*, voire les violations contractuelles engendrant une violation du *BIT*, doivent désormais être envisagées. Le tribunal pose donc diverses questions auxquelles son analyse devra répondre : quel est le seuil à atteindre pour que les demandes d'Impregilo puissent être qualifiées de demandes fondées sur le *Traité*? Si elles existent, entrent-elles dans le champ d'application du *BIT*? Et enfin,

¹²² *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal c. Argentine* (2002), Affaire n° ARB/97/3, Décision du comité *ad hoc*, 6 ICSID Reports 340 au para. 96 et les commentaires d'Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, *supra* note 73 aux pp. 752-765.

¹²³ *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (États-Unis c. Italie)*, [1989] C.I.J. rec. 15 aux para. 73 et 124.

¹²⁴ CDI, *Commentaires du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, 2001, sous l'art. 3 aux para. 4 et 7, en ligne : CDI <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf>.

¹²⁵ *Impregilo*, *supra* note 27 au para. 210.

¹²⁶ *Salini c. Maroc*, *supra* note 111 aux para. 59-61.

¹²⁷ *Impregilo*, *supra* note 27 au para. 214.

¹²⁸ *Ibid.* aux para. 220-223.

quel est l'impact des dispositions de règlement des différends contenues dans les contrats et le risque que de multiples *fora* existent pour régler un même litige¹²⁹?

Sur la première question, le tribunal considère qu'il doit donner une interprétation objective des dispositions du *Traité* qui sera définitive, car « *if the facts asserted by the claimants are capable of being regarded as alleged breaches of the BIT consistently with the practice of ICSID tribunals, the claimant should be able to have them considered on their merits* »¹³⁰. Il s'agit de vérifier *prima facie* si les faits présentés peuvent correspondre à une violation du *BIT*. Dans le cas contraire, le tribunal doit refuser de se reconnaître compétent¹³¹.

La finesse de l'analyse des arbitres est visible lorsqu'ils affirment que « *the fact that a breach may give rise to a contract claim does not mean that it cannot also—and separately—give rise to a treaty claim. Even if the two perfectly coincide, they remain analytically distinct, and necessarily require different enquiries* »¹³². Pour que les deux coïncident, il faut bien évidemment que les actes de la partie violant le contrat aillent bien au-delà de ce qu'effectuerait un cocontractant ordinaire, que ce soient des actes de puissance publique¹³³. Le tribunal se replace ainsi dans la lignée jurisprudentielle des tribunaux du CIRDI.

Les demandes d'Impregilo fondées sur le *Traité* s'appuient en premier lieu sur l'article 2(2) du *BIT*¹³⁴, que ce soit pour la manière dont les contrats ont été mis en œuvre, la frustration quant aux actions de l'ingénieur et de la WAPDA ainsi que pour l'attitude du Pakistan lui-même. Le tribunal estime donc que « *if it is assumed pro tem that Impregilo can establish the facts upon which it relies, it is possible, at least in theory, that Impregilo might establish breaches of the BIT in this regard* »¹³⁵. Le seuil requis pour établir que des violations des contrats sont des violations du *Traité* est donc très élevé, car la qualification en actes de « puissance publique » est difficile à atteindre. En effet, le tribunal refuse en toute logique que les conditions géologiques imprévues rentrent dans cette catégorie, car elles ne concernent que des problèmes d'application des contrats.

Les autres demandes fondées sur l'article 5 du *BIT*¹³⁶ comportent l'allégation qu'une violation suffisamment grave des droits contractuels pourrait avoir un effet équivalent à une expropriation. En l'espèce, ce ne pourrait cependant être qu'une

¹²⁹ *Ibid.* au para. 235.

¹³⁰ *Société générale de surveillance SA c. Pakistan (compétence)* (2003), Affaire n° ARB/01/13 au para. 144, voir aussi la p. 157, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>>. Voir nos commentaires, Fouret et Khayat, 16:2, *supra* note 66 à la p. 277 et ceux d'Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, *supra* note 73 aux pp. 828-835.

¹³¹ *Impregilo*, *supra* note 27 aux para. 252-255.

¹³² *Ibid.* au para. 258. Cela concorde avec de récentes décisions arbitrales comme *Consortium RFCC c. Maroc* (2003), Affaire n° ARB/00/6 au para. 48 et s., en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases.htm>> et nos commentaires, Fouret et Khayat, 16:2, *supra* note 66 à la p. 312 et s.

¹³³ *Impregilo*, *supra* note 27 au para. 260.

¹³⁴ Citées dans *Ibid.* au para. 109.

¹³⁵ *Ibid.* au para. 266.

¹³⁶ Citées dans *Ibid.* au para. 109.

expropriation indirecte car aucune nationalisation « traditionnelle » n'a eu lieu¹³⁷. Si le demandeur s'appuie sur une jurisprudence arbitrale antérieure, les arbitres soulignent une grande différence : les mesures incriminées avaient été prises par des entités étatiques ou provinciales, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. C'est la WAPDA qui est la source des problèmes d'Impregilo et non le Pakistan dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. La demande fondée sur les conséquences géologiques imprévues n'entre donc pas non plus dans le champ d'application de l'article 5 du *BIT*.

Les seules demandes pour lesquelles le tribunal se reconnaît compétent sont fort limitées : « *the Treaty claims relating to the frustration of the dispute resolution mechanism, the tribunal will determine its jurisdiction when considering the merits* ». Les demandes de l'investisseur se limitent presque, par conséquent, à une coquille vide.

C. Compétence *ratione temporis* : du principe de non rétroactivité du *BIT*

Le Pakistan soutient que les violations alléguées par Impregilo n'ont pas de date précise et qu'il est impossible de déterminer le moment auquel elles se sont produites. En outre, ces violations ne seraient pas continues, et le tribunal ne serait par conséquent compétent que pour les demandes postérieures à l'entrée en vigueur du *BIT*.

Le tribunal analyse très succinctement cet argument et indique qu'il faut faire une distinction entre « (1) *the jurisdiction ratione temporis of an ICSID tribunal and (2) the applicability ratione temporis of the substantive obligations contained in a BIT* »¹³⁸.

En l'espèce, le *BIT* ne prévoit pas d'application rétroactive de ses dispositions. Seuls les actes du Pakistan après le 22 juin 2001, date d'entrée en vigueur du *BIT*, sont en conséquent justiciables devant un tribunal du CIRDI. Impregilo, s'appuyant sur l'article 14 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État* de la CDI¹³⁹, affirme que des actes perpétrés avant l'entrée en vigueur du *BIT* ont eu des effets après cette entrée en vigueur. Le tribunal n'est pas de cet avis, car les actes contestés n'avaient pas de caractère continu, condition d'application de l'article 14. Ce ne seront donc que les actes commis après le 22 juin 2001 qui seront pris en compte.

¹³⁷ *Ibid.* au para. 274.

¹³⁸ *Ibid.* au para. 309.

¹³⁹ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 61, art. 14 sur l'extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale : « 1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent. 2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale. 3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation ».

On se doit de constater que les demandes d'Impregilo ont été, à juste titre, réduites à la portion congrue par le tribunal. Il n'est pas surprenant de constater que les parties ont mis fin à la procédure après avoir abouti à un règlement à l'amiable le 26 septembre 2005. L'investisseur, appréhendant les coûts d'une procédure s'annonçant peu compensatrice pour lui, aura en toute logique renoncé à s'engager dans cette voie.

J.F.

VI. Commentaire comparé

AES Corp. c. Argentine (compétence), décision du 26 avril 2005¹⁴⁰

Composition du tribunal : Pierre-Marie Dupuy, président; Karl-Heinz Böckstiegel et Domingo Bello Janeiro, arbitres.

Sempra Energy International c. Argentine (compétence), décision compétence du 11 mai 2005¹⁴¹

Composition du tribunal : Francisco Orrego Vicuña, président; Sandra Morelli Rico et Marc Lalonde, arbitres.

Camuzzi International SA c. Argentine (compétence), décision du 11 mai 2005¹⁴²

Composition du tribunal : Francisco Orrego Vicuña, président; Sandra Morelli Rico et Marc Lalonde, arbitres.

Camuzzi International SA c. Argentine (compétence), décision du 10 juin 2005¹⁴³

Composition du tribunal : Enrique Gómez-Pinzón, président; Héctor Gros Espiell et Henri C. Alvarez, arbitres.

Gas Natural SDG, SA c. Argentine (compétence), décision du 17 juin 2005¹⁴⁴

Composition du tribunal : Andreas F. Lowenfeld, président; Henri C. Alvarez et Pedro Nikken, arbitres.

¹⁴⁰ *AES Corp. c. Argentine (compétence)* (2005), Affaire n° ARB/02/17, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/AES-Argentina-Jurisdiction_001.pdf> [*AES Corp.*].

¹⁴¹ *Sempra Energy International c. Argentine (compétence)* (2005), Affaire n° ARB/02/16, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/sempra-en.pdf>> [*Sempra*]. La décision, qui a également été rendue en espagnol, est dans cette langue sur le site du CIRDI.

¹⁴² *Camuzzi International SA c. Argentine (compétence)* (2005), Affaire n° ARB/03/2, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/camuzzi-en.pdf>> [*Camuzzi I*]. La décision, qui a également été rendue en espagnol, figure aussi dans cette langue sur le site du CIRDI.

¹⁴³ *Camuzzi International SA c. Argentine (compétence)* (2005), Affaire n° ARB/03/7, en ligne (en espagnol) : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/camuzzi-decision.pdf>> [*Camuzzi II*].

¹⁴⁴ *Gas Natural SDG SA c. Argentine (compétence)* (2005), Affaire n° ARB/03/10, en ligne : American Society of International Law <<http://www.asil.org/pdfs/GasNat.v.Argentina.pdf>> [*Gas Natural*].

Les décisions sur la compétence rendues à quelques semaines d'intervalle dans cinq affaires instruites contre l'Argentine, *AES*, *Sempra Energy*, *Camuzzi* (deux affaires) et *Gas Natural*, présentent des similitudes importantes.

Lors de la rédaction de ces lignes, le bilan des affaires impliquant l'Argentine et pendantes au rôle du CIRDI s'établit comme suit. Sur trente-six affaires encore en cours contre l'Argentine devant le CIRDI¹⁴⁵, trente-cinq d'entre elles seraient entièrement ou partiellement liées aux mesures d'urgence économique adoptées par ce pays en 2001-2002¹⁴⁶. Dix tribunaux ont déjà retenu leur compétence pour statuer sur le fond du litige, comme il résulte des décisions rendues dans les affaires *CMS*¹⁴⁷, *Enron*¹⁴⁸, *LG&E*¹⁴⁹, *Azurix*¹⁵⁰ et *Siemens*¹⁵¹ et des cinq affaires analysées ci-après. Un seul tribunal a, pour l'instant, rendu une sentence sur le fond, dans l'affaire *CMS*, qui fait l'objet d'un commentaire séparé dans le présent numéro. L'Argentine a rapidement introduit une demande d'annulation de cette sentence devant un comité *ad hoc*.

Ce constat chiffré révèle une situation originale en arbitrage international, y compris en matière d'investissements, consistant en l'existence de nombreux précédents publiés portant sur des questions presque identiques (A). Ce sujet relègue au second plan le contenu des décisions prises par les arbitres sur les objections à la compétence présentées par l'Argentine, qui reprend largement des solutions déjà admises (B).

¹⁴⁵ L'affaire *Pioneer c. Argentine* (2003), Affaire n° ARB/03/12, a fait l'objet d'une transaction en juin 2005.

¹⁴⁶ Un doute subsiste quant au contenu des demandes de l'investisseur dans l'affaire *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal (ex Compagnie générale des eaux) c. Argentine (comité ad hoc)* (2002), Affaire n° ARB/97/3, 41 I.L.M. 1135, traduction française dans 130 J.D.I. 195 [*Vivendi c. Argentine*], enregistrée au CIRDI en 1997 et soumise à un nouveau tribunal en avril 2004 après qu'une sentence ait été annulée par un comité *ad hoc*. Une décision sur la compétence a été rendue le 14 novembre 2005, mais celle-ci n'a pas été publiée.

¹⁴⁷ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine (exceptions d'incompétence)* (2003), Affaire n° ARB/01/8, 42 I.L.M. 788, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf>, commentée dans Fouret et Khayat, 16:2, *supra* note 66 à la p. 261.

¹⁴⁸ *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/01/3, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Jurisdiction_000.pdf> et nos commentaires dans Fouret et Khayat, 17:1, *supra* note 47 à la p. 160.

¹⁴⁹ *LG&E c. Argentine (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/02/1, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/LGE-DecisiononJurisdiction-English.pdf>> et nos commentaires dans Fouret et Khayat, *Ibid.* à la p. 193.

¹⁵⁰ *Azurix Corp. c. Argentine (compétence)* (2003), Affaire n° ARB/01/12, en ligne : American Society of International Law <<http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>>, commentée dans Fouret et Khayat, 16:2, *supra* note 66 à la p. 302.

¹⁵¹ *Siemens A.G. c. Argentine (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/02/8, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/SiemensJurisdiction-English-3August2004.pdf>> et nos commentaires dans Fouret et Khayat, 17:2, *supra* note 89 à la p. 249.

A. Le développement d'un corpus de décisions et l'illusion du précédent obligatoire

La situation créée par les nombreuses affaires impliquant l'Argentine devant le CIRDI est originale à plus d'un titre. La conjonction de la spécificité de l'arbitrage en matière d'investissement et du nombre considérable d'affaires impliquant le même État (l'Argentine), pour les mêmes faits (les mesures prises dans le contexte de la crise qui a frappé ce pays), sur le même fondement (les traités bilatéraux de protection des investissements) a créé une situation peu commune. À cela s'ajoute la publication quasi immédiate des décisions et sentences et leur exploitation tout aussi rapide par les conseils des parties dans les instances en cours. Seule l'expérience du tribunal des différends irano-américains peut être comparable et pourrait, d'ailleurs, servir d'exemple pour appréhender l'importance de l'Argentine dans le rôle du CIRDI. Ces affaires portent également une franche similitude factuelle, ce qui facilite considérablement la comparaison.

Dans les cinq affaires faisant l'objet du présent commentaire, les investisseurs avaient pris des participations plus ou moins importantes dans des entreprises récemment privatisées et dotées d'une mission de service public : AES, une société américaine, a investi dans le domaine de la production d'électricité, Sempra, également américaine, a investi dans le domaine de la distribution de gaz; Camuzzi, une société luxembourgeoise, a également investi dans le domaine de la distribution d'électricité, tout comme Gas Natural, une société espagnole.

Dans ces cinq affaires, les investisseurs réclament l'indemnisation des pertes qu'ils estiment avoir subies du fait des mesures d'urgence prises par l'Argentine lors de la crise économique qui l'a frappée en 2001-2002, notamment la modification d'autorité de la parité du dollar vis-à-vis du peso, l'instauration d'un contrôle des changes et le gel des tarifs des opérateurs¹⁵². Dans les cinq affaires, le fondement de la compétence du tribunal arbitral est tiré d'un traité bilatéral de protection des investissements (*BIT*), soit celui signé entre l'Argentine et les États-Unis en 1991 dans le cas des affaires *Sempra* et *AES*¹⁵³, entre l'Argentine et l'Espagne en 1991 dans le cas de l'affaire *Gas Natural*¹⁵⁴ et entre l'Argentine et la Belgique et le Luxembourg en 1990 dans le cas des deux affaires *Camuzzi*.

Il reste que c'est surtout le caractère quasi identique des objections à la compétence formulées par l'Argentine qui accentue considérablement la proximité entre ces affaires, ainsi qu'entre celles-ci et les affaires *CMS*, *Azurix*, *Siemens*, *Enron* et *LG&E* déjà citées. À quelques nuances près, l'Argentine a en effet presque systématiquement soulevé les mêmes motifs d'incompétence dans toutes ces affaires, provoquant ainsi pratiquement les mêmes débats lors des échanges d'écritures et lors des audiences.

Ce sont d'ailleurs les mêmes arguments qui ont été soumis aux arbitres, les conseils des parties s'empressant de les leur soumettre et de les inviter à les exploiter.

¹⁵² Il en était de même pour les cinq autres affaires précitées.

¹⁵³ Comme pour les affaires *Enron*, *LG&E* et *Azurix*.

¹⁵⁴ Comme pour l'affaire *CMS*.

En conséquence, toutes les sentences commentées citent, parfois largement, les décisions antérieurement rendues par d'autres tribunaux du CIRDI dans des affaires argentines.

Or, comme on le sait, l'arbitrage international en général et l'arbitrage en matière d'investissement en particulier n'admettent pas la règle du *stare decisis* ou du précédent obligatoire en l'absence d'une autorité unique chargée de dire le droit et d'harmoniser l'application de celui-ci. Pour autant, la multiplication des décisions rendues sur les mêmes questions et dans le même sens, comme c'est le cas avec les affaires argentines, autoriserait-elle une remise en question de cette conception?

Face à cette question, les arbitres ont, à plusieurs reprises dans les décisions commentées, pris les devants pour préciser la valeur qu'ils entendent accorder aux décisions d'autres tribunaux du CIRDI, quitte parfois à s'en justifier. Ainsi, le tribunal constitué dans l'affaire *Gas Natural* prend-il la peine d'assurer qu'il a rendu sa décision « *independently, without considering itself bound by any other judgments or arbitral awards* »¹⁵⁵. La précaution nous paraît quelque peu superflue.

L'affaire *AES Corp.* a quant à elle fourni une illustration de certaines dérives causées à des parties qui se sentent confortées jusqu'à l'extrême dans leurs convictions par l'accumulation des décisions. En effet, dans cette affaire, l'investisseur a tenté de faire l'économie d'un débat sur la compétence en soutenant *in limine litis* que « *each of Argentina's five objections are based on similar or identical arguments presented by it in other factually similar arbitrations in which Argentina is the respondent* ». AES en déduit que « *Argentina's objections to the jurisdiction of this tribunal are moot if not even useless since these tribunals have already determined the answer to be given to identical or similar objections to jurisdiction* ». Cette position, par trop extrémiste, a donné l'occasion au tribunal de développer de manière très convaincante sa conception de la valeur des précédents du CIRDI.

Après avoir rappelé que chaque *BIT* possède ses caractéristiques propres et que la terminologie de ceux-ci, proche en apparence, peut receler des différences importantes, le tribunal convient, avec raison, que l'Argentine a le droit de soulever les objections qu'elle souhaite dans chaque affaire¹⁵⁶. Il ne s'interdit pas de prendre en considération les décisions d'autres tribunaux et considère même qu'il peut y puiser son « *inspiration* » dans la mesure où, statuant sur des questions identiques ou très similaires, ces décisions « *indicate some line of reasoning of real interest* »¹⁵⁷.

La conclusion du tribunal dans l'affaire *AES Corp.* est parfaitement claire : si les arbitres confrontés à une série de décisions arbitrales rendues dans un même sens ne sont pas obligés de s'y conformer, ils ne peuvent non plus y être indifférents. C'est aux « *control mechanisms provided for under the ICSID Convention* » de contribuer au « *developement of a common legal opinion or jurisprudence constante, to resolve*

¹⁵⁵ *Gas Natural*, *supra* note 144 au para. 36. Voir aussi *Camuzzi II*, *supra* note 143 au para. 19.

¹⁵⁶ *AES Corp.*, *supra* note 140 aux para. 24-26.

¹⁵⁷ *Ibid.* au para. 30.

some difficult legal issues discussed in many cases, inasmuch as these issues share the same substantial features »¹⁵⁸.

Le rappel du rôle du comité *ad hoc* par les arbitres de l'affaire *AES Corp.* est ici pertinent. Le mécanisme institutionnel de l'annulation dans le cadre de la *Convention de Washington* a précisément pour fonction, parmi d'autres, d'assurer une convergence des solutions jurisprudentielles. Nommés par le président du conseil administratif du CIRDI, et non par les parties comme les arbitres, les membres d'un comité *ad hoc* contrôlent l'application de la *Convention de Washington* et leurs décisions sont, elles, empreintes d'une autorité particulière. C'est en réalité à cet échelon que devraient se dégager les convergences qu'appelle de ses vœux Gabrielle Kaufmann Kohler lorsqu'elle décrit les risques dérivant de la multiplication d'affaires similaires susceptibles d'être tranchées différemment d'un tribunal à l'autre¹⁵⁹. Ce risque ne s'est jusqu'à présent pas matérialisé, et les comités *ad hoc* ont été très peu enclins, ces dernières années, à annuler les sentences.

La publication aujourd'hui quasi systématique des sentences et décisions du CIRDI est un instrument de création de la jurisprudence en devenir du Centre. Le fait qu'un tribunal décide de ne pas la suivre ne semble pas devoir remettre en cause l'ensemble. À ce sujet, nous ne partageons pas l'opinion de ceux qui souhaitent une révision de la *Convention de Washington* pour y intégrer un mécanisme d'appel qui entraînera, à notre avis, une juridictionnalisation excessive. Au contraire, nous pensons que l'arbitrage CIRDI, certes institutionnel, devrait être capable de survivre à de telles incohérences jurisprudentielles. À trop vouloir aplanir les différences d'un tribunal à l'autre, il nous semble que l'arbitrage y perdrait de sa spécificité.

B. Le rejet des objections argentines

L'examen des objections à la compétence présentées par l'Argentine est en passe de devenir classique. D'une affaire à l'autre, les griefs argentins ont été méthodiquement rejetés par les arbitres en application du droit international (*Convention de Washington* et *BIT*) et non du droit argentin, autre solution classique en matière de loi applicable à la détermination de la compétence des tribunaux du CIRDI¹⁶⁰. Les principales objections sont brièvement examinées ci-après.

1. PRÉTENDUE IMPOSSIBILITÉ POUR UN ACTIONNAIRE MINORITAIRE DE FAIRE VALOIR SES DROITS DEVANT LE CIRDI

La position argentine est connue : en leur qualité d'actionnaires minoritaires dans des sociétés argentines, les investisseurs étrangers ne sauraient avoir la

¹⁵⁸ *Ibid.* au para. 33.

¹⁵⁹ Gabrielle Kaufmann-Kohler, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité, entre intérêts privés et intérêt public » (2004) 32 *Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international* 9.

¹⁶⁰ *AES Corp.*, *supra* note 140 aux para. 34-39; *Camuzzi I*, *supra* note 142 aux para. 15-18; *Sempra*, *supra* note 141 aux para. 25-27; *Camuzzi II*, *supra* note 143 aux para. 20-27. Voir, déjà, *Azurix*, *supra* note 150 aux para. 48-50.

possibilité de se prévaloir de la *Convention de Washington*, et ne pourraient se substituer aux droits des sociétés dont ils sont actionnaires¹⁶¹. Cette interprétation hardie de l'article 25(2)(b) de la *Convention de Washington* est rejetée par les tribunaux saisis de l'objection. Comme ils le rappellent, l'article 25(2)(b) envisage deux définitions distinctes – et non cumulatives – de la notion de « ressortissant d'un autre État contractant » aux fins de la compétence du Centre, la première visant l'investisseur de la nationalité de l'autre État contractant et la seconde visant une personne morale ressortissante de l'État partie au litige, mais contrôlée par des « intérêts étrangers ». Dès lors, pour l'application de l'article 25(2) il suffit que l'investisseur soit étranger, comme c'est le cas des sociétés *Sempra* et *Camuzzi*, au sens du *BIT* pour que le Centre soit compétent à leur égard, ce qui est bien le cas en l'espèce.

2. PRÉTENDUE IMPOSSIBILITÉ POUR UN ACTIONNAIRE D'OBTENIR COMPENSATION POUR DES PERTES QU'IL N'A PAS SUBIES DIRECTEMENT

L'argumentation de l'Argentine sur cette question est, en quelque sorte, le corollaire de la précédente discussion. Selon elle, ce n'est que dans le cas où l'investisseur peut démontrer un dommage direct qu'il peut bénéficier de la protection du *BIT*. Or, pour l'Argentine, les éventuels dommages qui pourraient avoir été occasionnés par les mesures d'urgence économique n'affectent que l'entité argentine et non ses actionnaires. En application des définitions larges des *BIT* en cause dans les affaires analysées, les arbitres n'ont aucune difficulté à retenir qu'un investissement peut également avoir lieu au moyen d'une prise de participation dans une société et que, dès lors, les mesures affectant cette société peuvent avoir des répercussions sur la valeur des titres et donc sur l'investissement lui-même. La solution est incontestable¹⁶².

3. PRÉTENDUE INCOMPÉTENCE DU TRIBUNAL POUR TRANCHER DES RÉCLAMATIONS CONTRACTUELLES

Une autre objection argentine, également classique, consiste à considérer que les réclamations des investisseurs découlent en réalité de manquements contractuels dont seules pourraient se plaindre les entités argentines dans lesquelles la participation a eu lieu. Là encore, les réponses des tribunaux sont unanimes : depuis les apports des décisions des comités *ad hoc* constitués dans les affaires *Wena*¹⁶³ et *Vivendi*¹⁶⁴, la distinction entre les litiges contractuels et les litiges résultant de l'application de dispositions du *BIT* est consacrée. Comme le rappellent justement les

¹⁶¹ *Sempra*, *supra* note 141 au para. 29 et s.; *Camuzzi I*, *supra* note 142 au para. 28 et s. et *Camuzzi II*, *supra* note 143 au para. 29 et s.

¹⁶² *Gas Natural*, *supra* note 144 aux para. 32-35; *Sempra*, *supra* note 141 aux para. 59-79; *Camuzzi I*, *supra* note 142 aux para. 45-67; *Camuzzi II*, *supra* note 143 aux para. 35-46.

¹⁶³ *Wena Hotels Ltd. c. Égypte (comité ad hoc)* (2002), Affaire n° ARB/98/4, 41 I.L.M. 933 [*Wena c. Égypte*].

¹⁶⁴ *Vivendi c. Argentine (comité ad hoc)*, *supra* note 146.

tribunaux, dans la mesure où les investisseurs présentent des demandes fondées sur des manquements aux *BIT*, ils doivent se reconnaître compétents et examiner, au fond, la réalité de ces prétentions¹⁶⁵. L'examen *prima facie* ici réalisé tranche avec l'examen beaucoup plus lourd et approfondi réalisé par le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan*¹⁶⁶.

4. PRÉTENDUE NÉCESSITÉ DE PORTER LES DIFFÉRENDS DEVANT LES JURIDICTIONS LOCALES ARGENTINES

Conséquence logique de l'objection fondée sur la distinction *contract claim/treaty claim*, l'Argentine considère que les réclamations formulées par les investisseurs sont régies par les clauses attributives de juridiction figurant dans les contrats signés par les sociétés argentines dans lesquelles ils ont investi. Pour rejeter cette objection, les tribunaux arbitraux ont utilisé le même raisonnement que celui évoqué précédemment : dans la mesure où les investisseurs se plaignent de manquements aux *BIT* et non au contrat, ce sont les clauses de règlement de différend des premiers qui s'appliquent¹⁶⁷. La solution est exempte de critiques.

5. CARACTÈRE PRÉTENDUMENT NON-JURIDIQUE DU DIFFÉREND

L'Argentine a également soutenu que le différend porté devant le tribunal n'était pas juridique et qu'en conséquence, la compétence du CIRDI devait être écartée en application de l'article 25(1) de la *Convention*. Selon l'Argentine, les investisseurs contesteraient en réalité l'opportunité et la légitimité des mesures législatives et réglementaires prises par l'État, griefs qui ne sauraient être tranchés par un tribunal arbitral. Les arbitres n'ont aucune difficulté à rejeter cette interprétation. Ainsi, le tribunal saisi de l'affaire *AES Corp.* relève que

*what is at stake in the present case, as it was in the CMS one, are not the measures of a general economic nature take, by Argentina in 2001 and 2002 but their specific negative impact on the investments made by AES. As a sovereign State, the Argentine Republic had a right to adopt its economic policies; but this does not mean that the foreign investors under a system of guarantee and protection could be deprived of their respective rights under the instruments providing them with these guarantees and protection.*¹⁶⁸

¹⁶⁵ *Sempra*, supra note 141 au para. 80 et s.; *Camuzzi I*, supra note 142 au para. 78 et s.; *Camuzzi II*, supra note 143 au para. 55 et s.; *AES Corp.*, supra note 140 au para. 90 et s.; *Gas Natural*, supra note 144 au para. 24 et s.

¹⁶⁶ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistan (compétence)* (2005), Affaire n° ARB/03/29, commentée, par ailleurs, dans cette chronique au chapitre XV.

¹⁶⁷ *Sempra*, supra note 141 au para. 80 et s.; *Camuzzi I*, supra note 142 au para. 105 et s.

¹⁶⁸ *AES Corp.*, supra note 140 au para. 57.

La précision, même si elle n'est ni nouvelle ni révolutionnaire, n'en reste pas moins la bienvenue.

Gageons que l'année 2006, qui devrait voir la publication d'un certain nombre d'autres décisions sur la compétence, ne donnera pas lieu à des changements majeurs dans la jurisprudence du CIRDI à l'égard des objections argentines dans la mesure, toutefois, où la défense de ce pays ne sera pas modifiée dans l'avenir.

D.K.

VII. *Archer Daniels Midland Co. et Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique; Corn Products International, Inc. c. Mexique*¹⁶⁹

Composition du tribunal : Bernardo M. Cremades, président; Arthur W. Rovine et Eduardo Siqueiros, arbitres.

L'article 1126 de l'ALÉNA a été au centre de deux des décisions rendues sur le fondement de l'ALÉNA cette année. Cet article pose le régime et la procédure applicables à la jonction d'affaires arbitrales¹⁷⁰. Les décisions des tribunaux ont cependant pris des directions opposées. Le tribunal formé en application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, à la suite des différends entre les entreprises canadiennes et le gouvernement des États-Unis relatifs aux législations sur le bois

¹⁶⁹ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique* (2005), Affaire n° ARB(AF)/04/5 et *Corn Products International, Inc. c. Mexique* (2005), Affaire n° ARB(AF)/04/1, Ordonnances du tribunal de consolidation du 20 mai 2005, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>> [*Archer/Corn*].

¹⁷⁰ *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2, (entrée en vigueur : 1 janvier 1994) [ALÉNA]. Ci-après, les cinq premiers alinéas : « Article 1126 : Jonction 1. Un tribunal établi en vertu du présent article sera constitué aux termes des règles d'arbitrage de la CNUDCI, et mènera ses procédures conformément aux dites règles SAuf dans la mesure où elles sont modifiées par la présente section. 2. Un tribunal établi aux termes du présent article qui est convaincu que les plaintes soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 1120 portent sur un même point de droit ou de fait pourra, dans l'intérêt d'un règlement juste et efficace des plaintes, et après audition des parties contestantes, par ordonnance a) se saisir de ces plaintes et en connaître simultanément, en totalité ou en partie, ou b) se saisir de l'une ou de plusieurs des plaintes dont le règlement, selon le tribunal, faciliterait le règlement des autres, et en connaître. 3. Une partie contestante qui cherche à obtenir une ordonnance visée au paragraphe 2 devra demander au secrétaire général d'instituer un tribunal, et indiquer dans la demande a) le nom de la partie contestante ou des investisseurs contestants contre lesquels l'ordonnance est demandée, b) la nature de l'ordonnance demandée, et c) les motifs de l'ordonnance demandée. 4. La partie contestante signifiera une copie de la demande à la partie contestante ou aux investisseurs contestants contre lesquels l'ordonnance est demandée. 5. Dans les soixante jours de la réception de la demande, le secrétaire général instituera un tribunal comprenant trois arbitres. Il choisira l'arbitre en chef à partir de la liste mentionnée au paragraphe 1124(4). Si aucun arbitre en chef figurant sur cette liste n'est disponible pour assumer cette fonction, le secrétaire général choisira, dans le Groupe d'arbitres du CIRDI, un arbitre en chef qui n'est un ressortissant d'aucune des parties. Il choisira les deux autres membres à partir de la liste mentionnée au paragraphe 1124(4) ou, si aucune des personnes figurant sur cette liste n'est disponible, dans le Groupe d'arbitres du CIRDI. L'un des membres devra être un ressortissant de la partie contestante et l'autre, un ressortissant d'une partie dont relèvent les investisseurs contestants ».

d'œuvre, a accepté de joindre, ou de consolider les trois affaires pendantes sur le même sujet. Les arbitres reconnaissent que les conditions de l'alinéa 2 de l'article 1126 sont remplies¹⁷¹. Les trois affaires *Canfor*, *Tembec* et *Terminal* contre les États-Unis sont jointes et le tribunal, composé de messieurs Albert Jan van den Berg, président, Armand L.C. de Mestral et Davis R. Robinson, aura désormais la lourde tâche de trancher ce différend épiqueux.

Devant le CIRDI, ce ne fut pas le bois d'œuvre, mais les deux affaires faisant suite à l'adoption par le Mexique d'une taxe sur le sirop de sucre à forte teneur en fructose qui étaient soumises pour être jointes. En effet, en octobre 2003 et en août 2004 respectivement, *Corn Products* et *Archer Daniels Midland Co.* (ADM) et *Tate & Lyle* initièrent un arbitrage en application du Mécanisme supplémentaire du CIRDI à l'encontre du Mexique à la suite de l'adoption de cette législation fiscale. Les investisseurs arguaient que les législations mexicaines étaient protectionnistes et obligeaient les fabricants mexicains de boissons non alcoolisées à utiliser le sucre produit dans ce pays au détriment de sirops de sucre à forte teneur en fructose produits à l'étranger. Il est important de noter que le Mexique est aussi le second pays au monde en matière de consommation de boissons non alcoolisées par habitant, faisant de ces différends un enjeu majeur¹⁷².

Le gouvernement mexicain a demandé la création d'un tribunal de consolidation afin de déterminer s'il était possible de joindre ces deux affaires. Cette demande de consolidation fut vaine, le tribunal, dans la présente décision du 20 mai 2005, refusa de joindre les affaires *Archer Daniels Midland Co.* et *Corn Products*.

Dans une décision de dix pages seulement, en comparaison avec les quarante-quatre pages de la décision dans les affaires de bois d'œuvre, les arbitres ont considéré qu'il n'y avait pas lieu de joindre les affaires, les conditions de l'article 1126 n'étant pas réunies. Deux principales raisons ont motivé le tribunal pour refuser la demande formulée par le Mexique¹⁷³ : tout d'abord, la forte concurrence existant entre les demandeurs dans les deux affaires serait un obstacle pratique à la résolution conjointe des différends (A). Ensuite, certains aspects fiscaux, de *quantum* et de responsabilité de l'État s'opposent aussi à cette consolidation (B).

A. Difficultés pratiques d'une procédure consolidée mêlant deux compétiteurs acharnés

Le tribunal accepte aisément que les demandes ont en commun « un même point de droit ou de fait »; le problème pour les arbitres va donc être de déterminer si « l'intérêt d'un règlement juste et efficace des plaintes » justifie cette consolidation¹⁷⁴.

¹⁷¹ *The Softwood Lumber Cases (Canfor, Tembec and Terminal v. USA)*, ordonnance du 7 septembre 2005 au para. 221, en ligne : Département d'État américain <<http://www.state.gov/s/l/c14432.htm>>.

¹⁷² *Investment Law and Policy News Bulletin*, 30 juin 2005, en ligne : International Institute for Sustainable Development <http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_investsd_june30_2005.pdf>.

¹⁷³ Pour les arguments du Mexique, voir *Archer/Corn*, *supra* note 169 aux para. 2-3.

¹⁷⁴ *Ibid.* au para. 5.

Les demandeurs dans les deux affaires sont, comme l'affirme le tribunal et l'acceptent les parties, de « *fierce competitors* »¹⁷⁵. Cela signifie par conséquent que les deux entreprises se refusent à communiquer certaines informations sur la nature de leurs investissements, leurs coûts de production ou encore l'effet des taxes sur leurs investissements. Le tribunal en conclut donc que « *the parties would not be in a position to work together and share information* »¹⁷⁶. Ces éléments s'opposent, pour les arbitres, à une consolidation qui ne pourrait prendre en compte tous les éléments des litiges en présence et ainsi ne serait pas non plus un règlement juste et efficace des plaintes. Cette solution est justifiée dès lors que les investisseurs se sont opposés de manière frontale à cette consolidation et que « *confidential information among competitors is much more easily protected in separate proceedings* »¹⁷⁷.

En outre, le risque dénoncé par le Mexique de se retrouver face à des sentences incohérentes, s'il est bien réel, n'engendrera pas d'iniquité pour ce dernier, car les faits de chaque affaire sont suffisamment différents pour ne pas créer de confusion néfaste dans la jurisprudence du CIRDI. Comme le tribunal, nous considérons que la consolidation des affaires engendrerait en revanche une injustice pour l'une ou l'autre des entreprises et, de plus, l'inefficacité des procédures en raison des problèmes de communication des informations par les demandeurs lors d'une possible consolidation ne permettrait pas de respecter les standards de justice posés par l'ALÉNA¹⁷⁸. Si la situation des entreprises sur le marché mexicain est d'importance pour la prise de décision du tribunal, les différences entre les demandes et les disparités quant à certaines conséquences des mesures fiscales plaident aussi en défaveur d'une consolidation.

B. Responsabilité de l'État et *quantum* des dommages : deux questions différentes pour les demandeurs

Le tribunal ne réfute pas en bloc et *a priori* les arguments du Mexique quant à la similarité de certaines demandes des investisseurs. Le Mexique énonce en effet que les demandes

*are very much the same, that the merits issues of state responsibility would be the same, and that while there might be important differences between the claimants with respect to damages, those differences did not justify separate proceedings.*¹⁷⁹

Les arbitres acceptent qu'il existe une similarité entre certaines demandes mais retiennent que les questions de responsabilité et de *quantum* sont trop différentes pour justifier une jonction des instances. L'implantation sur le marché mexicain, les

¹⁷⁵ *Ibid.* au para. 7.

¹⁷⁶ *Ibid.* au para. 8.

¹⁷⁷ *Ibid.* au para. 10.

¹⁷⁸ *Ibid.* au para. 17.

¹⁷⁹ *Ibid.* au para. 13.

stratégies économiques et l'impact des mesures fiscales étant extrêmement différents pour les trois investisseurs, le tribunal ne peut accepter la consolidation¹⁸⁰. Les conséquences quant à la responsabilité de l'État et le calcul des dommages-intérêts devront être abordés selon des angles différents prenant en considération les situations particulières à chacun des investisseurs.

Enfin, le tribunal souligne qu'il ne faut pas non plus que la procédure soit rallongée pour l'investisseur *Corn Product*, ce qui aurait été le cas à la suite de la jonction. Ce dernier avait soumis sa demande d'arbitrage près de dix mois avant ADM, et la consolidation nécessiterait en premier lieu une concertation entre le tribunal dans l'affaire *Corn* et le tribunal de consolidation avant tout déroulement de la procédure jointe. Cela apparaît donc comme un rallongement injustifié de la procédure pour les arbitres¹⁸¹.

Il nous semble important de noter, en conclusion, que ces affaires importent plus pour la jurisprudence de l'ALÉNA que pour le CIRDI, en illustrant les mécanismes existant dans le traité nord-américain. Elles mettent néanmoins en lumière le risque parfois élevé d'incohérence dans les décisions des tribunaux du CIRDI. En effet, ni la *Convention de Washington*, ni le Mécanisme supplémentaire ne contiennent de dispositions sur la jonction d'affaires¹⁸², la multiplication des demandes à l'encontre de l'Argentine étant le parfait exemple de cette absence. Finalement, il nous semble intéressant de noter qu'une troisième affaire concernant la législation mexicaine sur le sirop de sucre à forte teneur en fructose a été enregistrée cette année par le CIRDI¹⁸³. Le feuillet du sirop de sucre est donc loin d'être terminé.

J.F.

VIII. *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine*¹⁸⁴

Composition du tribunal : Francesco Orrego Vicuña, président; Marc Lalonde et Francisco Rezek, arbitres.

Cette sentence du CIRDI a certainement été la plus attendue de l'année, et ce, pour une raison majeure : il s'agit de la première sentence sur le fond statuant sur les répercussions de la crise argentine en matière d'investissements étrangers. Sa

¹⁸⁰ *Ibid.* au para. 14.

¹⁸¹ *Ibid.* aux para. 18-19.

¹⁸² Voir en particulier la conclusion d'Éloïse Obadia, « ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues » *ICSID News* 18:2 (automne 2001) 4, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/news/n-18-2-4.htm>> : « Unlike article 1126 of the NAFTA, the ICSID Convention and the Additional Facility Rules do not contain a provision establishing a framework for consolidation of claims ».

¹⁸³ *Cargill*, *supra* note 4, enregistré le 30 août 2005.

¹⁸⁴ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/01/8, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>> [*CMS Gas*]. Pour un résumé rapide de la sentence, voir « CMS Gas Awarded \$133.2 Million in Dispute With Argentina » (2005) 20:5 *Mealey's Int. Arb. Rep.* 4.

longueur s'explique, entre autres, par la volonté affichée des arbitres de se préserver de toute critique et de trancher de la manière la plus sereine un différend à forte connotation politique.

Pour revenir à l'affaire elle-même, nous nous contenterons de rappeler les faits que nous avons évoqués lors du commentaire de la décision du tribunal ayant reconnu sa compétence¹⁸⁵.

L'origine du différend est similaire aux autres arbitrages portés devant le Centre contre l'Argentine du fait de l'effondrement de son économie et de sa devise. Le fondement de cet arbitrage est le fameux *Traité bilatéral de protection des investissements américano-argentin*¹⁸⁶ (*BIT*), qui a donné lieu à de nombreux arbitrages devant le CIRDI et à d'importants développements en droit des investissements internationaux¹⁸⁷. Quant aux faits, ce sont les mesures de privatisation des secteurs publics et des industries étatiques dans lesquels ont investi les investisseurs étrangers qui ont engendré par la suite des problèmes avec ces investisseurs susmentionnés¹⁸⁸.

C'est dans ce contexte que Transportadora de Gas del Norte (TGN) a obtenu une autorisation de transport de gaz. Grâce à un nouvel appel d'offres en 1995, CMS a acheté 25% de TGN, puis 4,42% supplémentaires par la suite¹⁸⁹. Le calcul des droits de douane était prévu en dollars, mais exprimé en pesos, avec une réévaluation, tous les six mois, du montant. Cependant,

*[f]ollowing a major economic and financial crisis, the Republic of Argentina enacted, starting late 1999, various measures which had, in the claimant's view, an adverse impact on its business and breached the guarantees which protected its investment in TGN. These measures later led to the devaluation of the currency and the adoption of additional financial and administrative measures also alleged to have an adverse impact on the investor.*¹⁹⁰

En raison de tous ces facteurs, CMS soutient que l'Argentine l'a exproprié en violation de l'article 4 du *BIT*, qu'elle a violé l'article 2(2)(a) du *BIT* en matière de traitement juste et équitable et enfin qu'elle a pris des mesures arbitraires et discriminatoires en violation de l'article 2(2)(b) du *BIT*. La demanderesse souhaite donc obtenir une réparation d'un montant de 261,1 millions de dollars¹⁹¹. À l'opposé,

¹⁸⁵ Fouret et Khayat, 16:2, *supra* note 66 à la p. 261.

¹⁸⁶ *Traité bilatéral de protection des investissements*, États-Unis et Argentine, 14 novembre 1991 (entrée en vigueur : 20 octobre 1994), en ligne (en anglais) : CNUCED <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_us.pdf>.

¹⁸⁷ « Jurisprudence – Introduction to the Case Law Section » *ASA Bulletin* 22:1 (2004) 65.

¹⁸⁸ *CMS Gas*, *supra* note 184 au para. 53.

¹⁸⁹ *Ibid.* au para. 58.

¹⁹⁰ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine (compétence)* (2003), Affaire n°ARB/01/8, 42 I.L.M. 788 au para. 20, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf> [*CMS-Compétence*]. Voir aussi *CMS Gas*, *supra* note 184 aux para. 59-67.

¹⁹¹ *CMS Gas*, *supra* note 184 aux para. 88-89.

l'Argentine réfute ces arguments en soutenant que les critères pour l'expropriation indirecte et pour la violation des standards de traitement ne sont pas réunis. Subsidiairement, au cas où le tribunal en viendrait à retenir les violations du *BIT* susmentionnées, l'Argentine soutient qu'elle est excusée en raison de l'état de nécessité dans lequel elle se serait trouvée à l'époque et du caractère urgent de ses mesures¹⁹².

Que faut-il retenir de ces cent quarante-sept pages? Quatre éléments majeurs méritent d'être soulignés dont notamment la solution apportée au problème du droit applicable au litige (**A**). Une fois cette détermination effectuée, il faudra s'attacher à analyser les principales violations du *BIT* invoquées par la demanderesse (**B**) auxquelles feront écho les excuses avancées par l'Argentine (**C**). Enfin, il sera possible de tirer les conséquences de ces déterminations, que ce soit sur le plan pécuniaire, pour les parties, ou sur le plan doctrinal, pour la jurisprudence future du CIRDI relative aux affaires argentines (**D**).

A. Droit applicable : une solution conforme aux récentes évolutions

Les parties n'ayant pas déterminé un droit applicable au différend, c'est l'éventualité prévue à l'article 42(1) de la *Convention* qui s'applique. Cet article, amplement commenté par la doctrine¹⁹³, est essentiel dans l'architecture de la *Convention de Washington*. Il est en effet le rempart contre l'application du droit interne de l'État partie au différend, à défaut de choix de droit applicable, ce qui pourrait parfois se révéler problématique pour l'investisseur. La place réservée au droit international est, nous le pensons, centrale et permet au mécanisme arbitral du CIRDI de fonctionner de la manière la plus efficiente et la plus juste pour les parties, comme cela est le cas à l'heure actuelle.

En l'espèce, le tribunal revient sur les différentes prises de position doctrinales, une application marginale du droit international, en cas de lacune du droit interne, ou une application conjointe des deux droits¹⁹⁴. Reprenant ce que nous avons

¹⁹² *Ibid.* aux para. 98-99.

¹⁹³ L'article le plus récent et probablement le plus complet concernant notamment la place du droit international étant Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, « The Meaning of 'land' in Article 42(1), Second Sentence of the *Washington Convention*: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process » (2003) 18 ICSID Rev. – F.I.L.J. 375 [Banifatemi et Gaillard, « The meaning of 'and' »]. Voir, entre autres, Emmanuel Gaillard, « The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration » dans Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, dir., *Annulment of ICSID Awards*, IAI series on International Arbitration n° 1, Huntington, Juris, 2004, 221 à la p. 223 [Banifatemi et Gaillard, *Annulment of ICSID Awards*]; W. Michael Reisman, « The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold » (2000) 15 ICSID Rev. – F.I.L.J. 362; Schreuer, *The ICSID Convention*, *supra* note 106 au pp. 558 et s.; Ibrahim Shihata et Antonio R. Parra, « Applicable Substantive Law in Dispute between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under ICSID Convention » (1994) 9 ICSID Rev. – F.I.L.J. 183.

¹⁹⁴ *CMS Gas*, *supra* note 184 au para. 115.

qualifié d'apport remarquable du comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena*¹⁹⁵, le tribunal refuse une concurrence des droits en démontrant l'interaction entre les sphères juridiques impliquées en l'espèce¹⁹⁶. De surcroît, l'utilisation par les parties des deux systèmes juridiques illustre parfaitement la complémentarité de ces deux sphères¹⁹⁷.

Il est donc logique que le tribunal conclut sur le sujet en indiquant que « *[t]he specific domestic legislation of Argentina and rules of international law applied by the tribunal will be discussed in connection with the issues contended* »¹⁹⁸. La décision dans l'affaire *Wena* avait été décrite comme devant faire date pour l'arbitrage CIRDI¹⁹⁹; c'est désormais une évidence.

Ayant déterminé quel devait être le droit applicable, le tribunal analyse donc les faits de l'espèce pour juger de leur conformité avec les règles de droit applicable : le droit argentin tout d'abord²⁰⁰, le *BIT* ensuite et enfin le droit international. Ces deux derniers éléments méritent particulièrement d'être explorés.

B. Expropriation et traitement juste et équitable : les deux principales violations alléguées du *BIT*

Après l'analyse de la législation argentine, du permis ainsi que des réglementations internes, sur lesquels nous ne reviendrons pas en raison de leur faible intérêt pour la jurisprudence du CIRDI, la question qui se pose au tribunal est donc « *what is the legal situation in terms of the protection granted by the Treaty to the investor* »²⁰¹. Nous n'analyserons pas la question des mesures arbitraires et discriminatoires, trop brièvement évoquées par le tribunal²⁰², et nous nous contenterons de deux questions : celle de l'expropriation (1) et celle du traitement juste et équitable (2).

1. LES CRITÈRES DE L'EXPROPRIATION RAMPANTE AU CENTRE DES DÉBATS

L'article 4(1) du *BIT* est la disposition protégeant l'investisseur contre les éventuelles expropriations de l'État d'accueil²⁰³. Les parties s'accordent pour affirmer qu'aucune expropriation directe n'a eu lieu²⁰⁴. C'est plutôt la question de l'expropriation indirecte ou des *regulatory takings*, des « dépossessions opérées à la

¹⁹⁵ Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 R.Q.D.I. 117, 167 à la p. 172 [Fouret et Khayat, 15:2].

¹⁹⁶ *CMS Gas*, *supra* note 184 au para. 117.

¹⁹⁷ *Ibid.* au para. 118.

¹⁹⁸ *Ibid.* au para. 122.

¹⁹⁹ Banifatemi et Gaillard, « The meaning of 'and' », *supra* note 193 aux pp. 410-411.

²⁰⁰ *CMS Gas*, *supra* note 184 aux para. 200-251.

²⁰¹ *Ibid.* au para. 252.

²⁰² De surcroît, le tribunal lie leur « destin » à celui du traitement juste et équitable (*Ibid.* aux para. 285-295).

²⁰³ Cité dans *CMS Gas*, *supra* note 184 au para. 253.

²⁰⁴ *Ibid.* au para. 260.

suite d'une activité normative générale »²⁰⁵, qui, elle, fait l'objet d'une opposition entre les parties. Le tribunal, tout comme pour la détermination du droit applicable, s'appuie abondamment sur les précédents arbitraux en la matière²⁰⁶.

Bien que ce test ait parfois été dénoncé comme étant trop réducteur et qualifié de « *litmus test for expropriation* »²⁰⁷, le tribunal utilise, pour déterminer s'il y a eu une expropriation indirecte, le critère de la privation substantielle de droits²⁰⁸. Nous pensons malgré tout que ce test est un bon étalon de mesure pour s'assurer qu'une législation *bona fide* ne soit pas écartée. Cela ne nous empêche cependant pas de croire qu'il faut prendre garde, pour la détermination d'une expropriation indirecte, de préserver l'idée que les « *regulatory expropriation claims are fundamentally about the proper allocation of risk in the modern regulatory state [...] Underlying this risk calculus are value judgments on the proper balancing of sovereign powers and foreign investors' right* »²⁰⁹. Ces deux positions ne nous semblent cependant pas antinomiques en matière d'expropriation, contrairement à ce qu'affirme Andrew Newcombe²¹⁰.

En l'espèce, le tribunal refuse de reconnaître une violation de l'article 4(1) du *BIT* en examinant la situation de l'investisseur. Il vérifie ainsi que ce dernier contrôle toujours son investissement, que le gouvernement ne le gère pas et que CMS le possède toujours²¹¹. Cette analyse traditionnelle, mais toujours efficace, des critères de l'expropriation indirecte convainc les arbitres que CMS n'a pas été exproprié. Cela ne signifie pas pour autant que d'autres standards, de traitement notamment, n'ont pas été violés.

2. LE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE COMME STANDARD « SUBSTANTIEL » À PRÉSERVER

Si une expropriation n'a pas été reconnue, le tribunal retient cependant qu'il y a eu une ingérence (« *interference* »²¹²) dans les affaires de la demanderesse. Ce sont ces ingérences qui sont examinées pour déterminer si une violation du traitement juste et équitable a eu lieu. Ce traitement est prévu par l'article 2(2)(a) du *BIT*²¹³.

La demanderesse souhaite que l'on reconnaisse que les mesures prises par l'Argentine ont altéré la stabilité et la prévisibilité de l'environnement juridique des investissements, un paramètre essentiel dans la décision d'investir, et que le

²⁰⁵ Charles Leben, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte » dans Colloque IHEI du 3 mai 2004 sur les nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relativement à l'investissement international, Paris [non publié].

²⁰⁶ Les affaires *Lauder et Pope & Talbot* notamment; *CMS Gas*, *supra* note 184 aux para. 261-262.

²⁰⁷ Andrew Newcombe, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law » (2005) 20:1 *ICSID Rev. – F.I.L.J.* 1 à la p. 54.

²⁰⁸ « *Substantial deprivation* » dans le texte de la sentence, *CMS Gas*, *supra* note 184 au para. 262.

²⁰⁹ *Ibid.* à la p. 7.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.* au para. 263.

²¹² *Ibid.* au para. 265.

²¹³ Cité dans *Ibid.* au para. 266.

traitement juste et équitable a donc été violé²¹⁴. L'Argentine, de son côté, utilise le subterfuge classique pour nier toute autonomie et toute application du standard à savoir l'idée que le standard est tellement vague que la vérification de son application s'avère impossible :

*In the respondent's view, the standard of fair and equitable treatment is too vague to allow for any clear identification of its meaning and, in any event, it only provides for a general and basic principle found in the law of the host State which at the same time is compatible with an international minimum standard. A deliberate intention to ignore an obligation or even bad faith would be required to breach the standard, the argument adds.*²¹⁵

Cette argumentation rappelle les premières sentences arbitrales sur le sujet²¹⁶, ainsi que les écrits doctrinaux farouchement opposés à toute autonomie, et donc à toute véritable application, de ce standard de traitement en dehors de toute référence au standard minimum de traitement garanti par le droit international coutumier²¹⁷. Elle nous semble aujourd'hui dépassée, et si la nature même de ce concept ou de ce standard est qu'il n'y ait pas de définition précise pour permettre d'en faire un étalon de mesure, son utilisation autonome et son application, afin d'analyser le traitement de l'investissement et de l'investisseur, ne peuvent plus être contestées.

Le tribunal ne tombe d'ailleurs pas dans ce piège qui aurait fait revenir la jurisprudence du CIRDI plusieurs années en arrière. Il reconnaît que le standard est vague mais que, comme le traité l'indique dans son préambule, il faut « *maintain a stable framework for investments and maximum effective use of economic resources* »²¹⁸. Les arbitres analysent donc avec précaution les faits de l'espèce.

Les mesures prises par l'Argentine ont en premier lieu affecté et modifié profondément l'environnement juridique et commercial dans lequel a été effectué cet investissement²¹⁹. Cela a donc pesé sur la stabilité et sur la prévisibilité du marché et

²¹⁴ *Ibid.* au para. 267.

²¹⁵ *Ibid.* au para. 270.

²¹⁶ Voir notamment l'assimilation du standard avec les autres standards de traitement et, par conséquent, son absence d'autonomie : *American Manufacturing & Trading c. Zaïre* (1997), Affaire n° ARB/93/1 aux para. 6.4-6.11.

²¹⁷ Voir notamment « Comments of the *OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property* » (1961) 2 I.L.M. 241 à la p. 244; Maximo Romero Jimenez, « Considerations of NAFTA Chapter 11 » (2001) *Chicago J. Int'l L.* 243 à la p. 244 ou encore Huu-Tru Nguyen, « Le réseau suisse d'accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements » (1998) 92 R.G.D.I.P. 577 aux pp. 604-614. *Contra* nos commentaires dans Julien Fouret, *The Notion of Fair and Equitable Treatment of Foreign Direct Investment*, mémoire de maîtrise en droit, Université McGill, 2003 aux pp. 40-45 [non publié].

²¹⁸ *CMS Gas, supra* note 184 au para. 273.

²¹⁹ *Ibid.* au para. 275. Ce critère de transparence et de stabilité dans les réglementations internes sur les investissements avait déjà été soulevé précédemment, notamment par un tribunal CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Mexique* (2000), Affaire n° ARB(AF)/00/2 au para. 154, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf>>. Voir aussi nos commentaires dans Fouret et Khayat, 15:2 *supra* note 195 à la p. 237.

par conséquent violé le traitement juste et équitable. Cependant, et pour s'opposer à toute critique potentielle, ce traitement ne gèle pas toute évolution normative de l'État qui peut adapter sa législation, mais « *neither it is a question of whether the framework can be dispensed with altogether when specific commitments to the contrary have been made* »²²⁰.

En suivant toujours la voie tracée par les décisions antérieures, notamment celles réfutant la condition de la mauvaise foi posée dans l'affaire *Neer* en 1926, le tribunal considère que les modifications subies par le « *tariff regime and its relationship with a dollar standard* »²²¹ ont altéré de manière injustifiée l'environnement qui a déterminé CMS à investir. Par conséquent, et après une analyse succincte, mais fort probante de ce standard de traitement, le tribunal considère qu'il y a eu violation de l'article 2(2)(a).

La question de l'état de nécessité, dans lequel se serait retrouvée l'Argentine après la crise et qui n'est qu'un argument subsidiaire en cas de reconnaissance par le tribunal de violations du *BIT*, est ensuite longuement analysée.

C. État de nécessité et mesures d'urgence ou les excuses avancées par l'Argentine

La justification avancée par l'Argentine pour excuser les mesures drastiques prises lors de la crise financière du pays est donc l'état de nécessité, notion bien connue du droit international public, et plus particulièrement du droit de la responsabilité de l'État. Cette excuse a été codifiée par la Commission du droit international (CDI) comme étant une circonstance excluant l'illicéité dans l'article 25 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*²²².

À la lecture de cet article, on constate le caractère restrictif et les nombreuses exigences posées afin d'empêcher une utilisation abusive de cette excuse, qualifiée de « [s]imple soupape de sécurité » pour l'État²²³, qui viderait de tout sens grand nombre d'engagements internationaux. Le tribunal est lui-même conscient de la situation dans laquelle se trouve l'Argentine et exprime quasiment de la compassion à son égard en déclarant notamment que

Argentina was affected by a deep crisis of an economic, social and political nature. The downturn in the economy commencing in 1999, the

²²⁰ *CMS Gas*, supra note 184 au para. 277.

²²¹ *Ibid.* au para. 280 et l'affaire *Neer c. Mexique* (1927), 21 A.J.I.L. 555 à la p. 556.

²²² *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, supra note 61, art. 25 : 1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait : a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble. 2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité: a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation.

²²³ Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002 à la p. 787.

*rising levels of property and the rapid turnover of politicians occupying the highest offices in the nation, coupled with social upheaval and civil disobedience, was a dramatic reality. [...] Needless to say, also the tribunal has the greatest sympathy for the plight of the Argentine people under the circumstances and respects its efforts to overcome the situation.*²²⁴

Ceci étant pris en compte et connu par le tribunal, ce dernier analyse donc cette excuse sous deux angles : tout d'abord au regard du droit international coutumier de l'état de nécessité (1) et ensuite eu égard à la clause du traité prévoyant l'état d'urgence (2).

1. L'ABSENCE D'ÉTAT DE NÉCESSITÉ DE L'ARGENTINE

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le tribunal débute son analyse en soulignant le caractère exceptionnel de la reconnaissance de l'état de nécessité en rappelant l'article 25 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État* de la CDI²²⁵.

Le tribunal essaie en premier lieu de déterminer si la crise était suffisamment grave pour qu'un intérêt vital de l'État soit en jeu. Les arbitres rappellent, à bon escient, l'absence de caractère automatique de la qualification de circonstance excluant l'illicéité, « *situations of this kind are not given in black or white but in many shades of grey* »²²⁶. Il serait en effet catastrophique d'accepter un quelconque automatisme, eu égard à certains types de faits, quant à la qualification de l'état de nécessité tant cette exception est perturbatrice pour la stabilité et la prévisibilité de l'environnement juridique international. Pour le tribunal, et même si ce dernier compatit avec le traumatisme subi par l'Argentine, les circonstances ne suffisent pas pour exclure l'illicéité, car il ne reconnaît pas qu'un intérêt essentiel de l'État était en jeu²²⁷.

Le tribunal s'attache ensuite à la deuxième partie de la phrase de l'article 25(1)(a), à savoir l'existence ou non d'un péril imminent. Même si les arbitres reconnaissent que « *the situation was difficult enough to justify the government taking action to prevent a worsening of the situation and the danger of total economic collapse. But neither does the relative effect of the crisis allow here for a finding in terms of preclusion of wrongfulness* »²²⁸. Si le tribunal utilise parfaitement les critères imposés par la CDI, il nous semble que les explications auraient pu être plus fournies, car l'on ne saisit pas forcément les critères nécessaires pour écarter le péril imminent,

²²⁴ *CMS Gas*, supra note 184 au para. 211.

²²⁵ *Ibid.* au para. 317 et les commentaires relatifs au *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, supra note 124 à la p. 208 : « désigner les cas exceptionnels où le seul moyen qu'a un État de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent est, momentanément, l'inexécution d'une obligation internationale dont le poids ou l'urgence est moindre ».

²²⁶ *CMS Gas*, supra note 184 au para. 320.

²²⁷ *Ibid.* au para. 321.

²²⁸ *Ibid.* au para. 322.

critères qui auraient pu sembler satisfaits en l'espèce au vu du sérieux de la crise argentine.

En troisième lieu, le tribunal souhaite déterminer si les mesures prises par l'Argentine étaient « le seul moyen » pour préserver ses intérêts. Les arbitres se demandent par conséquent si une alternative aurait été envisageable, ou si les mesures prises auraient pu l'être d'une autre manière²²⁹. Cependant, tout comme pour l'élément précédent, le tribunal affirme simplement que les mesures n'étaient pas les seules à la disposition de l'Argentine, sans donner l'exemple d'autres mesures envisageables, ni véritablement justifier sa décision, hormis pour citer une phrase des commentaires relatifs au *Projet d'articles* de la CDI qui n'explique pas vraiment la situation. Il est donc permis de se sentir un peu frustré par cette analyse du premier paragraphe de l'article 25 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*. Qu'en est-il du second paragraphe?

Le tribunal n'analyse que l'alinéa (b) du second paragraphe concernant la contribution de l'État argentin à un potentiel état de nécessité. Les arbitres rappellent en outre que la contribution doit être, selon les commentaires de Crawford, « substantielle et non pas simplement accessoire ou secondaire »²³⁰. Ne s'opposant pas à l'idée que le contexte international d'une économie globalisée a favorisé la chute de l'économie argentine²³¹, le tribunal énonce que les politiques mises en œuvre par les gouvernements successivement au pouvoir ont contribué significativement aux problèmes de l'Argentine²³². Si cette solution peut être contestée, et est parfois contestable à bien des égards tant certaines solutions prises par l'Argentine lui étaient dictées de l'extérieur, il n'en reste pas moins que la gestion à l'interne a été catastrophique et que les différentes politiques argentines n'ont, à tout le moins, guère amélioré la situation.

En guise de conclusion, le tribunal ajoute, surabondamment, que ces éléments auraient dû être réunis cumulativement afin d'accepter l'état de nécessité et la présence uniquement parcellaire de certains éléments oblige à écarter cette circonstance excluant l'illicéité issue du droit international coutumier²³³.

2. LA CLAUSE D'URGENCE DU *BIT* : JUSTIFICATION AUX MESURES ARGENTINES?

L'article 11 du *BIT* dispose que

*[t]his treaty shall not preclude the application by either party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.*²³⁴

²²⁹ *Ibid.* au para. 323.

²³⁰ Commentaires relatifs au *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 124 à la p. 220.

²³¹ *CMS Gas*, *supra* note 184 au para. 328.

²³² *Ibid.* au para. 329.

²³³ *Ibid.* aux para. 330-331.

²³⁴ Cité dans *Ibid.* au para. 332.

L'application de ces clauses protectrices de l'ordre public de l'État d'accueil se prête toujours aux critiques les plus acerbes en raison de l'existence d'un risque d'invocation automatique en cas de crise économique passagère qui ne justifierait pourtant pas l'utilisation de cette disposition. Tout comme l'état de nécessité, « [b]eaucoup plus contestée que les [autres] circonstances »²³⁵ excluant l'illicéité, cette disposition de décharge est donc souvent contestable. Pour le tribunal, l'analyse se portera sur le degré de gravité des problèmes économiques affectant l'Argentine,

*The Treaty in this case is clearly designed to protect investments at a time of economic difficulties or other circumstances leading to the adoption of advers measures by the government. The question is, however, how grave these economic difficulties might be.*²³⁶

Cette appréciation de la crise amène le tribunal à voir la crise Argentine par le prisme des autres crises économiques contemporaines pour en déduire que ces dernières, du même type que celle en l'espèce, n'ont pas permis de dérogations aux obligations internationales de l'État. Les seules possibilités étant une renégociation ou une adaptation des obligations, rien de plus, car aucune situation de force majeure n'est présente en l'espèce et aucun intérêt essentiel de l'État n'est non plus menacé²³⁷.

En outre, le tribunal s'interroge pour savoir quelle doit être la gravité de la crise pour être qualifiée, selon les termes du BIT, d'« essential security interest »²³⁸. Même si, *a priori*, l'on pense en premier lieu aux mesures concernant la paix et la sécurité internationale, il ne faut pas exclure les aspects économiques qui peuvent avoir, dans certains contextes, de forts effets déstabilisants²³⁹. Toute la question va se concentrer sur le caractère automatique, « *self-judging* », de ces clauses pour savoir si l'État est le seul juge de l'utilisation et de l'étendue de cette clause, ou si cela peut être vérifié par un tiers impartial, quel qu'il soit²⁴⁰. Les États-Unis ont, par exemple, toujours été de fervents soutiens en faveur du caractère automatique afin de déterminer eux-mêmes la dangerosité d'une situation pour leurs intérêts essentiels²⁴¹. Cependant, le tribunal va prendre le contre-pied de cette interprétation. Tout en acceptant la possibilité offerte à l'État de prendre des mesures de préservation en cas de situation grave, ces dernières feront *a posteriori* l'objet d'un examen par la juridiction saisie²⁴². Cela nous semble plus que logique, tant le risque de laisser l'appréciation de telles clauses à une des parties peut être dangereux. Logiquement, c'est donc à la suite du refus de reconnaître l'état de nécessité issu du droit

²³⁵ Daillier et Pellet, *supra* note 223 à la p. 786.

²³⁶ *CMS Gas*, *supra* note 184 au para. 354.

²³⁷ *Ibid.* aux para. 355-358.

²³⁸ *Ibid.* aux para. 360-361.

²³⁹ *Ibid.* à la n. 186 et s.

²⁴⁰ *CMS Gas*, *supra* note 184 au para. 363-366. Voir l'utilisation de ce concept et sa définition par la CIJ pour la première fois dans l'*Affaire Interhandel (Suisse c. États-Unis)*, [1959] C.I.J. rec. 6 aux pp. 116-119.

²⁴¹ Mentionné notamment dans *CMS Gas*, *Ibid.* au para. 368.

²⁴² *Ibid.* au para. 373.

international coutumier que l'utilisation de la clause d'urgence n'est pas acceptable en l'espèce.

Ces justifications exclues par le tribunal, il lui faut donc désormais déterminer les conséquences pécuniaires de la violation du *BIT* par l'Argentine, notamment concernant le traitement juste et équitable.

D. De lourdes conséquences pécuniaires contestées par l'Argentine

En analysant en près de vingt-cinq pages les modes de réparation en droit international puis le montant en l'espèce, le tribunal tente d'explicitier le plus didactiquement possible la solution qu'il retient. L'analyse de ce raisonnement n'a que peu d'intérêt, dans la mesure où il porte essentiellement sur des questions économiques et sur des rapports d'experts.

Le tribunal décide ainsi d'allouer dans un premier temps la somme de 133,2 millions de dollars en compensation des violations du *BIT*. En outre, le tribunal oblige la demanderesse à transférer ses actions à l'Argentine, pour éviter toute nouvelle déconvenue, contre lesquelles cette dernière versera plus de deux millions de dollars²⁴³.

Comme nous l'avons soulevé pour certaines analyses du tribunal, et même si nous pensons que l'ensemble de la sentence et les raisonnements suivis sont d'une remarquable clarté et d'une grande justesse juridique, des explications font défaut à cette sentence, notamment pour l'argumentation concernant l'état de nécessité. L'Argentine conteste aussi ce manque d'explications ainsi que le mode de calcul des dommages-intérêts, arguant que les arbitres ont outrepassé leur compétence. Elle a, par conséquent, déposé une demande d'annulation le 8 septembre 2005²⁴⁴. Si le comité *ad hoc* venait à suivre cette demande, gageons que l'Argentine serait confortée dans sa position et que la trentaine de procédures à son encontre, si elles s'avéraient toutes négatives pour l'État d'accueil, engendreraient probablement et automatiquement une demande d'annulation. Les risques soulevés il y a quelques années pourraient-ils refaire surface²⁴⁵?

J.F.

²⁴³ *Ibid.* aux para. 395-472.

²⁴⁴ « Argentina Challenges \$133.2 Million Award to CMS Gas » (2005) 20.11 Mealey's Int'l Arb. Rep. 8.

²⁴⁵ Voir notamment dans la pléthore d'écrits sur le sujet dont la publication de l'IAI, Banifatemi et Gaillard, *Annulment of ICSID Awards*, *supra* note 193. Voir aussi, entre autres, les articles d'Alan Redfern, « ICSID – Losing its Appeal? » (1987) 3 Arb. Int'l 98 [Redfern, « ICSDI »]; W. Michael Reisman, « The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration » (1989) Duke L.J. 739.

IX. *Aguas Argentinas, SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*²⁴⁶

Composition du tribunal : Jeswald W. Salacuse, président; Gabrielle Kaufmann-Kohler et Pedro Nikken, arbitres.

L'ordonnance rendue par la tribunal arbitral le 19 mai 2005 dans cette affaire²⁴⁷ est la première décision d'un tribunal CIRDI publiée sur la question de la participation d'*amicus curiae* à une procédure d'arbitrage²⁴⁸. Elle intervient après que cinq associations (actives dans divers domaines : environnement, défense des consommateurs, social) eurent saisi le tribunal d'une demande visant à les autoriser à participer aux audiences, à soumettre des mémoires au soutien de leurs arguments et à avoir accès aux pièces versées au dossier.

Le tribunal a rapidement écarté les première et troisième demandes. Constatant que l'article 32(2) du *Règlement d'arbitrage du CIRDI* dispose que l'accès aux audiences à des personnes tierces à la procédure ne peut être autorisé par le tribunal qu'avec l'accord exprès des deux parties²⁴⁹, le tribunal a rejeté cette demande en raison de l'opposition des investisseurs²⁵⁰. Le texte de l'article 32(2) étant parfaitement clair, le tribunal pouvait difficilement l'interpréter dans un sens plus libéral et la solution doit être approuvée. On relèvera que, dans d'autres affaires, les investisseurs ne se montrent pas systématiquement opposés à la participation de personnes tierces aux audiences, ni même à leur ouverture au public, comme en témoignent les affaires *Methanex c. États-Unis*²⁵¹ et *UPS c. Canada*²⁵².

Par ailleurs, sur la question de l'accès des associations aux pièces de la procédure, le tribunal a reporté sa réponse à une phase ultérieure, décision non sans lien avec celle sur les mémoires d'*amici curiae*²⁵³.

²⁴⁶ *Aguas Argentinas SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/03/19, ordonnance, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0319-AC-en.pdf>> [*Aguas Argentinas (ordonnance)*].

²⁴⁷ Aucune décision du tribunal n'a été rendue à ce jour dans cette affaire enregistrée au CIRDI le 17 juillet 2003 et qui porte sur un litige relatif à l'exploitation d'une concession de distribution d'eau et de collecte d'eaux usées.

²⁴⁸ Après la publication de cette ordonnance, la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Aguas del Tunari SA c. Bolivie* (2005), Affaire n° ARB/02/3, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/AdT_Decision-en.pdf> [*Aguas del Tunari*] a été publiée et contient, en annexe 3, une lettre du tribunal à une association qui avait souhaité participer à la procédure en qualité d'*amicus curiae*. Le Tribunal a refusé la demande de cette association. Nous y reviendrons plus bas. Sur cette décision, voir nos commentaires dans cette chronique.

²⁴⁹ *Règlement d'arbitrage du CIRDI*, *supra* note 97 à l'art. 32(2) : « Le tribunal décide, avec le consentement des parties, quelles personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du tribunal, peuvent assister aux audiences ».

²⁵⁰ *Aguas Argentinas (ordonnance)*, *supra* note 246 aux para. 4-7.

²⁵¹ *Methanex Corporation c. États-Unis* (2005), (ALÉNA) en ligne : Naftaclaims <http://www.naftaclaims.com/disputes_us_6.htm> pour le détail complet de la procédure menant à la sentence finale du 9 août 2005.

²⁵² *United Parcel Service c. Canada* (2005), (ALÉNA) en ligne : Naftaclaims <http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_ups.htm> pour le détail complet de la procédure.

²⁵³ *Aguas Argentinas (ordonnance)*, *supra* note 246 aux para. 30-32.

La question de la participation des associations en tant qu'*amicus curiae* est plus intéressante. Avec le tribunal, nous pouvons rappeler que :

*An amicus curiae is, as the Latin words indicate, a 'friend of the court,' and is not a party to the proceeding. Its role in other forums and systems has traditionally been that of a nonparty, and the tribunal believes that an amicus curiae in an ICSID proceeding would also be that of a nonparty. The traditional role of an amicus curiae in an adversary proceeding is to help the decision maker arrive at its decision by providing the decision maker with arguments, perspectives, and expertise that the litigating parties may not provide. In short, a request to act as amicus curiae is an offer of assistance – an offer that the decision maker is free to accept or reject. An amicus curiae is a volunteer, a friend of the court, not a party.*²⁵⁴

La participation d'*amicus curiae* n'est pas expressément régie, comme le rappelle le tribunal, par la *Convention de Washington*, ni par le *Règlement d'arbitrage du CIRDI* qui donnent au tribunal arbitral la possibilité de trancher toute question de procédure qui n'est pas régie par ces textes (article 44 de la *Convention*).

C'est en application de ces principes que le tribunal retient dans un premier temps que, quand bien même le litige concernerait la responsabilité internationale de l'Argentine et le traitement de l'investisseur, les associations en question ont un intérêt à participer à la procédure qui concerne l'alimentation en eau potable et le réseau des eaux usées de la capitale fédérale argentine, Buenos Aires²⁵⁵. Cette interprétation assez large de « l'intérêt à participer » des associations argentines est néanmoins doublé d'un correctif dès lors que le tribunal a conclu que s'il est effectivement disposé en principe à recevoir les mémoires d'*amicus curiae*, il ne le fera qu'après s'être assuré que les associations « *establish to the tribunal's satisfaction that they have the expertise, experience, independance to be of assistance in this case* »²⁵⁶.

Le tribunal a ainsi fourni, de manière heureuse, un cadre aux interventions d'*amicus curiae*. Sa position tranche avec celle, beaucoup plus rigide, qu'avait énoncé le président du tribunal dans l'affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie*, lequel avait retenu que le tribunal n'avait pas les pouvoirs pour admettre la participation d'*amicus curiae* dans la procédure²⁵⁷.

Nous approuvons entièrement la position du tribunal dans l'affaire *Aguas Argentinas* qui nous apparaît équilibrée. Elle nous semble prendre en compte la tendance contemporaine à la participation de plus en plus marquée de la société civile dans les questions qui la concerne tout en établissant un régime strict destiné à encadrer ce type d'intervention et à préserver le principe de la confidentialité de l'arbitrage, dans la mesure du nécessaire. C'est ce que soutient le professeur

²⁵⁴ *Ibid.* au para. 13.

²⁵⁵ *Ibid.* aux para. 18-23.

²⁵⁶ *Ibid.* au para. 24.

²⁵⁷ *Aguas del Tunari*, *supra* note 248 au para. 17.

Kaufmann-Kohler, qui estime qu'« il faut aller dans le sens d'une transparence suffisante pour tenir compte de l'intérêt public, sans pour autant compromettre une gestion efficace de la procédure »²⁵⁸.

C'est également le sens général de l'évolution de la procédure arbitrale du CIRDI. À ce titre, cette question fait partie des propositions de modification du *Règlement d'arbitrage du CIRDI* soumis à discussion par le secrétariat du CIRDI en mai 2005²⁵⁹, qui concerne, entre autres, la procédure d'admission de tierces parties à l'arbitrage.

D.K.

X. *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile SA c. Chili*²⁶⁰

Composition du comité ad hoc : Gilbert Guillaume, président; James Crawford et Sara Ordoñez Noriega, arbitres.

Nous avons commenté, dans un numéro précédent, la sentence au fond de cette affaire²⁶¹ qui a fait l'objet d'une demande en annulation. Le Chili a en effet transmis une demande d'annulation au secrétariat du CIRDI le 30 septembre 2004, pour faire suite à la sentence du 25 mai 2004, qui l'avait condamné au paiement de 5,87 millions de dollars²⁶². Cependant, préalablement à toute décision définitive, le comité *ad hoc* a été appelé à statuer sur une demande de continuation de suspension de la sentence au fond en conformité avec l'article 54 du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*.

Comme dans les décisions précédentes sur le sujet, on constate que la question principale est toujours celle de l'octroi d'une garantie bancaire en cas de suspension d'exécution²⁶³. Ainsi que le relève Paul Friedland en 2004, « [m]ost ICSID *ad hoc* committees that have considered the issue have found that there are stronger

²⁵⁸ Gabrielle Kaufmann-Kohler, *supra* note 159.

²⁵⁹ Disponibles en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/highlights/052405-sgmanual.pdf>>.

²⁶⁰ *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile SA c. Chili* (comité ad hoc) (2005), Affaire n° ARB/01/7, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>> [*MTD c. Chili*].

²⁶¹ Fourret et Khayat, 17:1, *supra* note 47 à la p. 198.

²⁶² *MTD c. Chili*, *supra* note 260 au para. 1.

²⁶³ *In favorem*, *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie* (comité ad hoc) (1986), Affaire n° ARB/81/1, 25 I.L.M. 1439; *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie* (1992), Affaire n° ARB/81/1, décision rejetant la demande d'annulation de la sentence et annulant la décision pour un décision supplémentaire et une rectification, [non publiée]; *Southern Pacific Properties Ltd. c. Égypte* (1993), Affaire n° ARB/84/3, ordonnance dans laquelle les parties se sont mises d'accord sur une suspension d'exécution en l'échange d'une garantie [non publiée]; *Wena c. Égypte*, *supra* note 163 Ltd. plus particulièrement les para. 5-6; *CDC Group plc c. Seychelles (annulation)* (2004), Affaire n° ARB/02/14, décision sur la continuation de la suspension de l'exécution de la sentence du 14 juillet 2004. *Contra*, *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinée* (comité ad hoc) (1989), Affaire n° ARB/84/4, ICSID Rev. – F.I.L.J. 95 et *Mitchell c. Congo (annulation)* (2004), Affaire n° ARB/99/7, Décision sur la suspension d'exécution de la sentence du 30 novembre 2004 [*Mitchell*].

arguments on the investors' side in favor of the requirement of a bond»²⁶⁴. Cependant, si cinq de ces décisions sur sept se sont déclarées en faveur de l'obligation de déposer une garantie pour obtenir une suspension, le comité en l'espèce refuse d'y voir une obligation inconditionnelle et automatique. Pour ce dernier, il faut que la procédure d'annulation soit « *without any basis under the Convention, i.e., that it is dilatory* »²⁶⁵. Il faut en outre que l'État demandant la suspension donne des garanties suffisantes quant à l'exécution de la sentence si elle n'est pas annulée. Il est donc nécessaire de trouver un équilibre entre les intérêts des parties en cause. Toutefois, suivant les argumentations développées dans *Mitchell* et dans *Mine*, précitées, le tribunal soutient que le demandeur serait dans une meilleure position en cas de garantie que s'il n'y avait pas eu de procédure d'annulation²⁶⁶. En outre, même si les arbitres reconnaissent que cela peut causer des inconvénients pour les demandeurs, ils jugent que ces désagréments peuvent en tout état de cause être réglés par l'octroi d'intérêts si la procédure d'annulation s'avérait infructueuse.

De plus, constatant que le droit interne chilien a pris en considération les obligations posées à l'article 54 de la *Convention de Washington*²⁶⁷, quant au respect et à l'application des décisions rendues par des tribunaux du CIRDI, le comité se veut confiant dans la volonté du Chili de respecter son propre droit ainsi que le droit international sans qu'il y ait besoin de lui imposer cette obligation financière supplémentaire²⁶⁸.

Le changement que nous avons esquissé lors de notre précédente chronique dans les commentaires des affaires *CDC* et de *Mitchell*²⁶⁹, particulièrement pour cette dernière, semble se confirmer. Il apparaît de plus en plus difficile d'obtenir une garantie bancaire en cas de suspension d'exécution de la sentence, comme en attestent les deux dernières décisions rendues, et cela ne nous semble pas souhaitable. Le maintien d'un équilibre toujours précaire entre les droits d'un État et ceux d'un investisseur privé, non-sujet du droit international, peut s'en trouver troublé. On en veut pour preuve la suspension de la procédure dans *Mitchell*, depuis le 21 septembre

²⁶⁴ Paul Friedland, « Stay of Enforcement of the Arbitral Award Pending ICSID Annulment Proceedings » dans Banifatemi et Gaillard, *Annulment of ICSID Awards*, *supra* note 193 à la p. 182.

²⁶⁵ *MTD c. Chili*, *supra* note 260 au para. 28.

²⁶⁶ *Ibid.* au para. 30 et *Mitchell*, *supra* note 263 au para. 42.

²⁶⁷ *Convention de Washington*, *supra* note 1, art. 54 : « (1) Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente *Convention* comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État. Un État contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des États fédérés. (2) Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un État contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le secrétaire général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit État contractant aura désigné à cet effet. Chaque État contractant fait savoir au Secrétaire général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels. (3) L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'État sur le territoire duquel on cherche à y procéder ».

²⁶⁸ *MTD c. Chili*, *supra* note 260 au para. 35.

²⁶⁹ Fourret et Khayat, 17:2, *supra* note 89 à la p. 239.

2005, en cours de procédure d'annulation, pour non-paiement des frais de la part d'une des deux parties²⁷⁰. Nous supputons que la RDC en est à l'origine, ce qui laisse donc l'investisseur avec une sentence en sa faveur mais rien de plus... C'est une maigre consolation et un danger pour l'efficacité des sentences, car il faudra attendre au moins six mois à compter de cette suspension pour retourner au *statu quo ante*, avant la procédure d'annulation, en application de l'article 14(3)(d) du *Règlement administratif et financier du CIRDI*²⁷¹.

J.F.

XI. CDC Group c. Seychelles²⁷²

Composition du comité ad hoc : Charles N. Brower, président; Michael Hwang et David A.R. Williams.

Cette décision n'est que la septième décision d'un comité *ad hoc*. En prenant en considération que les quatre premières décisions résultaient de deux affaires seulement, ce n'est en fait que le cinquième différend faisant l'objet d'une décision en quarante années d'existence du CIRDI. Cette rareté tendra probablement à disparaître en raison de l'existence de sept procédures similaires actuellement pendantes²⁷³.

S'il est vrai que les deux premières décisions ont fait l'objet de nombreux commentaires en raison principalement de tentatives de détournement de la procédure d'annulation en procédure d'appel²⁷⁴, les décisions plus récentes de 2002 ont semblé réhabiliter la procédure d'annulation et ont pu permettre au CIRDI de garder sa crédibilité en tant que mode satisfaisant de règlement des différends entre un investisseur privé et un État hôte. Ces deux dernières décisions, dans les affaires *Wena* et *Vivendi*²⁷⁵, dites de « troisième génération »²⁷⁶ serviront-elle d'inspiration à celle-ci?

²⁷⁰ Informations en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>>.

²⁷¹ *Règlement administratif et financier* tel que modifié le 10 avril 2006, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partC.htm>>.

²⁷² *CDC Group c. Seychelles (annulation)* (2005), Affaire n° ARB/02/14, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm> [*CDC (annulation)*].

²⁷³ *Mitchell c. Congo* (1999), Affaire n° ARB/99/7; *Consortium RFCC c. Maroc* (2000), Affaire n° ARB/00/6; *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile SA c. Chili* (2001), Affaire n° ARB/01/7; *CMS Gas Transmission Company c. Argentine* (2001), Affaire n° ARB/01/8; *Repsol YPF Ecuador SA c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* (2001), Affaire n° ARB/01/10; *Soufraki c. Émirats arabes unis* (2002), Affaire n° ARB/02/7; *Lucchetti SA et Lucchetti Perú SA c. Pérou* (2003), Affaire n° ARB/03/4.

²⁷⁴ Les sentences annulées sont celles du 21 octobre 1983 dans l'affaire *Klückner c. Cameroun*, *supra* note 112, et celle du 20 novembre 1984 dans l'affaire *Amco Asia Corp. c. Indonésie* (1984), 1 ICSID Rep. 413; Extraits traduits en langue française à 114 J.D.I. 145 avec les observations d'Emmanuel Gaillard. Dans la multitude de commentaires on pourra lire Banifatemi et Gaillard, *Annulment of ICSID Awards*, *supra* note 193; Patrick Rambaud, « L'annulation des sentences *Klückner* et *AMCO* » (1986) 32 A.F.D.I. 259; Redfern, « ICSID », *supra* note 245; David D. Caron, « Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction between Annulment and Appeal » (1992) 7 ICSID Rev.-F.I.L.J. 21 [Caron].

²⁷⁵ *Wena c. Égypte*, *supra* note 163 traduction française avec les observations d'Emmanuel Gaillard dans (2002) 130 J.D.I. 167 et *Vivendi c. Argentine*, *supra* note 164, traduction française dans (2002) 130

Un bref rappel des faits, renvoyant à la sentence au fond, est nécessaire²⁷⁷. Ce différend est fondé sur un contrat et concerne la mise en œuvre de deux garanties bancaires souveraines émises par la défenderesse pour couvrir des prêts émis par le défendeur. Ces prêts avaient été effectués en faveur d'une entreprise locale en charge de l'expansion et de l'amélioration de deux centrales électriques²⁷⁸. L'arbitre unique, Sir Anthony Mason, avait ordonné aux Seychelles de payer ces garanties avec intérêts, ne reconnaissant aucune des défenses avancées par cet État²⁷⁹.

Si nous avons salué la précision et la justesse de l'analyse de l'arbitre, nous n'avons pas manqué de nous demander « si les motifs avancés par l'arbitre pour justifier sa décision résisteront à une procédure d'annulation »²⁸⁰ en raison de l'extrême concision de la sentence au fond. Le raisonnement de l'arbitre unique résiste bien à cette procédure de contestation et la décision d'espèce est seulement la seconde décision n'annulant pas tout ou partie de la sentence au fond²⁸¹.

Nous reprendrons donc l'analyse du tribunal linéairement pour constater la volonté de ce comité de s'inscrire dans la lignée des dernières procédures d'annulation desquelles il s'inspire en permanence sans véritablement innover²⁸². Trois des cinq motifs de l'article 52 de la *Convention de Washington* qui sont invoqués seront examinés : tout d'abord 52(1)(b) du fait de la non application, ou de la mauvaise application, du droit anglais (**A**), ensuite 52(1)(d) en raison de divers problèmes procéduraux soulevés par les Seychelles (**B**) et enfin 52(1)(e) en raison de l'absence de motifs dans la sentence pour justifier certaines prises de positions (**C**).

A. De l'application du droit anglais comme excès de pouvoir manifeste

Comme pour chacun de ces motifs, le tribunal débute par un résumé des « épisodes précédents » en matière d'annulation afin de se situer dans la continuité des décisions de 2002 et d'éviter les écueils du passé²⁸³.

Pour les Seychelles, l'arbitre n'a pas appliqué le droit anglais ou a plus exactement « *improperly relied on an inapplicable English legal authority* » et en a

J.D.I. 195. Nos commentaires des deux décisions : Fouret et Khayat, 15:2, *supra* note 195 aux pp.167 et 192.

²⁷⁶ Christoph Schreuer, « Three Generations of ICSID Annulment Proceedings » dans Banifatemi et Gaillard, *Annulment of ICSID Awards*, *supra* note 193, 17 [Schreuer, « Three Generations »].

²⁷⁷ *CDC Group c. Seychelles* (2003), Affaire n° ARB/02/14, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/CDCvSeychellesAward_001.pdf> [CDC] et nos commentaires dans Fouret et Khayat, 16:2, *supra* note 66 à la p. 307. Pour un résumé du fond de la sentence, voir aussi le premier tiers de la décision du Comité *ad hoc*, *CDC annulation*, *supra* note 272 aux para. 19-31.

²⁷⁸ *CDC*, *Ibid.* aux para. 1-16.

²⁷⁹ *Ibid.* au para. 61.

²⁸⁰ Fouret et Khayat, 16:2, *supra* note 66 à la p. 307.

²⁸¹ *Wena c. Égypte* étant la première, voir *supra* note 275.

²⁸² Le comité résume en cinq paragraphes toutes les prises de positions eu égard aux procédures d'annulation afin d'en faire une synthèse la plus précise possible, voir *CDC annulation*, *supra* note 272 aux para. 33-37.

²⁸³ *Ibid.* aux para. 39-43, 48-50 et 66-72.

ignoré d'autres²⁸⁴. Pour le professeur Schreuer, ce sont principalement les demandes et les solutions apportées par les premiers comités relatives à ce motif qui ont conduit à d'importantes critiques²⁸⁵. En effet, la différence entre une annulation et un appel tend à s'amenuiser, voire à se confondre si l'on s'attache aux motivations du tribunal et au bon choix fait par celui-ci en matière de droit applicable.

Les demandes des Seychelles tendent véritablement à remettre en cause le choix de décisions utilisées par l'arbitre. Le comité ne retiendra pas cette vision en notant de son côté qu'Anthony Mason a énoncé et a appliqué de manière explicite le droit anglais et qu'il ne lui appartient donc pas d'évaluer la teneur des éléments appliqués²⁸⁶. C'est une décision qui ne porte pas tant sur la teneur du droit applicable que sur la preuve qu'il a bien été appliqué²⁸⁷. En ce sens, le comité respecte la lettre et l'esprit de la *Convention de Washington*, sans tomber dans les affres proposées par l'État hôte. Les membres se tournent donc ensuite vers les problèmes procéduraux qui leur sont soumis.

B. L'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, souvent invoquée mais à nouveau non couronnée de succès

Statistiquement, l'article 52(1)(d) est l'unique motif invoqué dans chacune des procédures, mais c'est aussi celui qui a le moins souvent été reconnu²⁸⁸. Cinq moyens sont examinés par le comité.

Le premier moyen découle du supposé manque d'impartialité de l'arbitre en raison, entre autres, de problèmes relatifs à des témoignages²⁸⁹. Pour le comité, les Seychelles ont renoncé à cette « exception d'impartialité » en ne la soulevant qu'après l'obtention de la sentence alors que les faits reprochés étaient tous antérieurs à celle-ci. Pour les membres, « *[t]he Republic must be deemed to have waived any such objection* » en ne la soulevant pas plus tôt. Par conséquent, aucun des actes de l'arbitre ne peut être dénoncé comme étant partial car Anthony Mason était « *an unbiased, independent sole arbitrator whose conduct was entirely appropriate* »²⁹⁰.

Le deuxième moyen concerne l'absence de réponse aux questions posées au tribunal. Plus précisément, les Seychelles soutiennent que l'arbitre a répondu à une mauvaise question et qu'il n'a donc pas abordé les véritables questions. Le comité s'inscrit en faux face à cette affirmation de la République car, selon lui, Anthony Mason a répondu à la question qui était nécessaire à la résolution du litige et ce, de manière négative, contrairement aux intérêts de l'État hôte. Ce faisant, il n'a donc pas violé une règle fondamentale de procédure²⁹¹.

²⁸⁴ *Ibid.* au para. 44.

²⁸⁵ Schreuer, « Three Generations », *supra* note 276 à la p. 28.

²⁸⁶ *CDC annulation*, *supra* note 272 au para. 45.

²⁸⁷ *Ibid.* au para. 46.

²⁸⁸ Pour les statistiques, voir Schreuer, « Three Generations », *supra* note 276 aux pp. 22 et 29.

²⁸⁹ *CDC annulation*, *supra* note 272 au para. 51.

²⁹⁰ *Ibid.* aux para. 53-54.

²⁹¹ *Ibid.* aux para. 56-57.

Le troisième moyen invoqué est le défaut de délibération sur le « *multifaceted argument* » présenté par les Seychelles²⁹². Il est analysé conjointement avec l'article 52(1)(e).

Le quatrième moyen est que l'arbitre n'a pas suivi les règles s'imposant à lui en matière de preuve. Toutefois, la défenderesse n'apporte pas la preuve que ces règles sont fondamentales et, lors du fond de l'affaire, elle n'avait pas non plus apporté *prima facie* les éléments qui auraient engendré les recherches de preuve qu'elle envisageait²⁹³.

Enfin, le cinquième moyen sur ce motif conteste le temps mis par l'arbitre pour rendre la sentence. Un délai de cent vingt jours, pouvant être rallongé de soixante jours, est posé par l'article 46 du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*. Le comité constate qu'il n'y a pas eu de clôture formelle de la procédure, mais que, même en étudiant toutes les possibilités de date de fin de la procédure, aucune violation de cet article ne peut être constatée. De plus, aucun préjudice n'est avancé par la République, ce qui discrédite ce moyen²⁹⁴.

Cette énumération fastidieuse des contestations soulevées par l'État hôte sur le fondement de ce motif nous permet de constater le caractère creux de la plupart de ces demandes qui ne requièrent que très peu d'analyse juridique de la part du comité, ce dernier se contentant essentiellement de reprendre et de relire les éléments énoncés dans la sentence. Qu'en est-il du défaut de motif qui semblait être la raison la plus logique à invoquer étant donné la longueur de la sentence?

C. Le défaut de motifs comme réponse, entre autres, à la concision de la sentence au fond

« *Failure to state reason is the most difficult ground for annulment to apply and analyze* »²⁹⁵. En effet, il est souvent difficile de déterminer ces motifs sans s'attacher au fond car, comme le CDC l'a soulevé pour contredire les Seychelles, la demande de cette dernière est « *in substance an appeal as to the substantive correctness of the tribunal's reasons* »²⁹⁶, risque ultime en cas de vérification trop poussée du comité *ad hoc*.

Le premier moyen sur ce motif concerne un problème d'interprétation de clauses de l'accord de prêts. Pour le comité, l'article 52(1)(e) pose simplement une obligation de motivation au tribunal afin de pouvoir suivre son raisonnement jusqu'aux conclusions. Il n'est pas nécessaire que ce raisonnement paraisse convaincant. Ce premier moyen est ainsi rejeté, car rien n'indique l'existence d'un défaut de motifs en l'espèce²⁹⁷.

²⁹² *Ibid.* au para. 58.

²⁹³ *Ibid.* aux para. 59-61.

²⁹⁴ *Ibid.* aux para. 62-65.

²⁹⁵ Schreuer, « Three Generations », *supra* note 276 à la p. 33.

²⁹⁶ *Contre-mémoire de CDC* au para. 323, cité dans *CDC (annulation)*, *supra* note 272 au para. 73.

²⁹⁷ *CDC (annulation)*, *Ibid.* aux para. 75-76.

Le deuxième moyen porte sur de supposées contradictions, incompatibilités ou encore sur l'absence d'analyse de questions pertinentes. Après avoir tenté de comprendre le raisonnement des Seychelles, le tribunal ne saisit pas comment l'on peut soutenir que la décision n'expose pas les raisons la motivant²⁹⁸. Pour le comité *ad hoc*, et nous abondons dans son sens, c'est en réalité la défenderesse qui est confuse : « *there seems to be confusion about the difference between evidence offered to the tribunal and conclusions about that evidence reached by the tribunal after full consideration* »²⁹⁹. Les incompatibilités, tout comme les problèmes de contradiction, n'émanent donc pas de l'arbitre, mais plutôt de certains témoignages fournis. Ce moyen est de ce fait rejeté puisque la demanderesse s'appuyait principalement sur des citations partielles de la sentence sorties de leurs contextes respectifs et perdants, de ce fait, toute la logique du raisonnement d'Anthony Mason.

Le troisième moyen porte sur l'absence de motifs, eu égard à la condamnation pécuniaire ordonnée. Le rejet par le comité est immédiat, car il soutient en premier lieu qu'il est normal pour un tribunal de ne pas développer ses raisonnements sur le sujet et qu'en outre, l'article 52(1)(e) ne couvre pas de tels griefs. Même si cela avait été le cas, cela ne justifierait aucunement l'annulation³⁰⁰.

En refusant ce dernier motif, le comité a respecté le sens et la portée de la *Convention de Washington*, évitant les écueils parce que « *the annulment ground of failure to state reasons can, if one is not careful, shade into appeal-like inquiry of the substantive correctness of the award* »³⁰¹.

Il nous semble que, comme lors de la sentence au fond, les Seychelles n'ont pas forcément été des plus convaincantes, voire des plus convaincues, lors de cette procédure. Les moyens soulevés, au nombre de dix-neuf³⁰², n'étaient pas loin d'être dilatoires. Le comité a confirmé que la procédure d'annulation ne constituait pas une nouvelle occasion pour une des parties de voir ses demandes accueillies. Enfin, la décision du comité de faire supporter tous les coûts de la procédure aux Seychelles illustre cette volonté de fermeté envers les demandes mettant en danger, pour de futiles raisons, la finalité des sentences du CIRDI³⁰³. À bon entendre pour les sept procédures d'annulation en cours...

J.F.

²⁹⁸ *Ibid.* aux para. 77-86.

²⁹⁹ *Ibid.* au para. 83.

³⁰⁰ *Ibid.* au para. 87.

³⁰¹ Caron, *supra* note 274 à la p. 45.

³⁰² *CDC (annulation)*, *supra* note 272 au para. 38.

³⁰³ *Ibid.* aux para. 88-90.

XII. *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*³⁰⁴

Composition du tribunal : Karl-Heinz Böckstiegel, président; Jeremy Lever et Pierre-Marie Dupuy, arbitres.

La sentence rendue le 12 octobre 2005 dans le litige opposant la société américaine Noble Ventures Inc. à la Roumanie est exemplaire, tant par sa rédaction que par son contenu.

D'un point de vue formel tout d'abord, la sentence frappe par sa rigueur. Suivie de très près par les arbitres, comme l'indiquent les vingt-quatre pages d'historique de la procédure, cette affaire s'est terminée sur une sentence parfaitement rédigée, d'une lecture aisée et d'une précision remarquable.

Du point de vue des solutions dégagées, si la sentence n'est porteuse d'aucune solution nouvelle sur les questions qu'elle tranche, elle n'en reste pas moins extrêmement didactique et convaincante sur les points que les arbitres ont jugés. Pour cette raison, il est fort probable que cette sentence marque la jurisprudence ultérieure, en particulier sur la principale question juridique tranchée, c'est-à-dire celle de la portée des clauses de respect des engagements.

Les faits peuvent être résumés de la manière suivante : en 2000, à la faveur de la libéralisation économique de la Roumanie et de la privatisation de certaines industries, la société américaine Noble Ventures, spécialisée dans les activités de conseil dans la sidérurgie, a pris une participation s'élevant à la quasi-totalité du capital de la plus grande usine d'acier roumaine, alors en grande difficulté financière. Le contrat de privatisation était signé, côté roumain, par une institution publique chargée de la privatisation des entreprises d'État.

Des difficultés sont apparues très rapidement. Noble Ventures a notamment reproché à la Roumanie de lui avoir délibérément caché l'existence de contrats onéreux conclus avec des tiers et venant grever les finances de l'usine. Par ailleurs, l'investisseur a soutenu que la Roumanie a manqué à ses obligations en vertu de l'accord de privatisation en n'acceptant pas de renégocier la dette de l'usine acquise comme initialement prévu. Enfin, Noble Ventures a également reproché à la Roumanie de ne pas avoir protégé son investissement, alors que l'activité de l'usine était gravement perturbée par d'importantes grèves du personnel. D'autres demandes connexes ont également été formulées.

Pour Noble Ventures, les actes et omissions de la Roumanie sont constitutifs de manquements aux obligations prises par la Roumanie en application du *Traité bilatéral de protection des investissements*³⁰⁵ conclu entre les États-Unis et la Roumanie le 28 mai 1992 et entré en vigueur le 15 janvier 1994 (*BIT*). Noble

³⁰⁴ *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie* (2005), Affaire n° ARB/01/11, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com/decisions/Noble-Ventures-Final-Award.pdf>> [*Noble*]. Des extraits de la sentence sont traduits en français et commentés dans Gaillard, « CIRDI (2006) », *supra* note 71.

³⁰⁵ *Traité bilatéral de protection des investissements*, États-Unis et Roumanie, 28 mai 1992 (entrée en vigueur : 15 janvier 1994), en ligne (en anglais) : CNUCED <http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/us_romania.pdf> [*TBI États-Unis et Roumanie*].

Ventures a notamment soulevé le fait que la Roumanie n'a pas accordé à son investissement un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité pleines et entières, au sens du *BIT*. Il en résulte, selon la société américaine, que la Roumanie a, en réalité, procédé à une expropriation de son investissement sans indemnisation.

La Roumanie, qui a contesté au fond toutes les allégations de Noble Ventures, a soutenu que l'investisseur, déçu des performances d'une entreprise qu'il avait pourtant sérieusement étudiée avant de l'acquérir, et réticent à l'idée d'y injecter ses propres fonds, a cru pouvoir utiliser les dispositions du *BIT* pour corriger ses erreurs de calcul. *In limine litis*, la Roumanie a également soulevé deux exceptions à la compétence du tribunal arbitral : la première tenait à la nature contractuelle des demandes de l'investisseur, que la Roumanie a considéré exclues du champ du *BIT*, même en présence d'une clause de respect des engagements; la seconde se rapportait à la nécessité de distinguer entre l'État et l'entité qui a signé le contrat de privatisation avec l'investisseur, ce qui aurait pour effet de rendre irrecevables les demandes de Noble Ventures à l'égard de l'État. Ce sont ces questions que nous étudierons plus particulièrement.

La première exception d'incompétence soulevée par la Roumanie est en passe de devenir classique. La question de savoir si une clause de respect des engagements stipulée dans un traité relatif aux investissements permet à un investisseur d'invoquer des manquements contractuels devant un tribunal constitué, comme en l'espèce, en application des règles de la *Convention de Washington* est encore, en l'état du droit des investissements internationaux, controversée³⁰⁶. On rappellera que cette clause contient un engagement – plus ou moins étendu, c'est tout le débat – pris par l'État de respecter les engagements contractuels pris avec les investisseurs. La question est de savoir si cette clause permet de soumettre à un tribunal arbitral constitué en application d'un traité de protection des investissements des demandes relatives aux contrats en cause. Pour Noble Ventures, la question était d'importance, car certaines de ses demandes étaient directement et exclusivement liées à des manquements de la Roumanie à ses obligations contractuelles. Il était donc capital, à ses yeux, que le tribunal accepte de donner plein effet à l'article 2(2)(c) du *BIT* qui dispose que « *[e]ach party shall observe any obligation it may have entered into with regards to investments* »³⁰⁷.

³⁰⁶ Voir notamment *SGS c. Pakistan (compétence)* (2003), affaire n° ARB/01/13, 42 I.L.M. 1290 [*SGS c. Pakistan*] et nos commentaires dans Fouret et Khayat, 16:2, *supra* note 66 à la p. 277; *SGS c. Philippines (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/02/6, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>> [*SGS c. Philippines*] ainsi que dans Fouret et Khayat, 17:1, *supra* note 47 à la p. 174; *Salini c. Jordanie*, *supra* note 89 et nos commentaires dans Fouret et Khayat, 17:2, *supra* note 89 à la p. 268. Pour une discussion sur l'ensemble de la question, voir Emmanuel Gaillard, « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered » dans Weiler, *supra* note 87, 325; Sinclair, *supra* note 115; Bernardo M. Cremades et David J. A. Cairns, « Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes » dans Horn et Kröll, *Arbitrating*, *supra* note 20, 324; Eric Teynier, « Les *umbrella clauses* », (5-7 décembre 2004) 340 *Gaz. Pal.* à la p. 29; Christoph Schreuer, « Traveling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road » (2004) 5 *J.W.I.T.* 231; pour une approche historique, Prosper Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier » (1969) 128 *Rec. des Cours* 95.

³⁰⁷ *TBI États-Unis et Roumanie*, *supra* note 305 à l'art. 2(2)(c).

Pour statuer sur la question, les arbitres se sont appuyés sur les décisions déjà citées en la matière et, comme elles, se sont intéressés principalement au libellé de la clause. Selon le tribunal, la rédaction de l'article 2(2)(c) est claire et révélatrice de la force de l'engagement pris par les États-Unis et la Roumanie lorsqu'ils ont négocié le *BIT*. La terminologie employée est ferme et ne laisse aucune place à l'interprétation : l'article 2(2)(c) est indéniablement source d'obligation pour l'État signataire, celui-ci devant respecter les « *obligations entered into with regards to investments* », c'est-à-dire les contrats d'investissements, comme l'a parfaitement démontré le tribunal³⁰⁸.

Les arbitres ont par ailleurs conforté leur analyse en relevant qu'une telle interprétation est conforme au but et à l'objet du *BIT*, conformément à l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*³⁰⁹. Les arbitres relèvent que la clause de respect des engagements « *is naturally to be understood as protecting investors also with regard to contracts with the host State generally in so far as the contract was entered into with regard to an investment* »³¹⁰, dans une formule que d'autres investisseurs ne manqueront pas d'apprécier.

L'analyse du tribunal sur la clause de respect des engagements dans l'affaire *Noble Ventures* est importante pour deux raisons. D'une part, dès lors que la question de l'effet d'une clause de respect des engagements se mesure en fonction de sa rédaction, comme l'a confirmé le tribunal, c'est qu'il n'y a plus de difficulté de principe relative à son efficacité. Il est désormais possible, dès lors que la clause est rédigée de manière juridiquement contraignante, de considérer sans heurter les principes du droit international que le manquement contractuel d'un État peut être « élevé » au niveau d'un manquement à une obligation internationale. C'est là une première avancée, énoncée de manière fort convaincante, qui semble devoir clore les débats initiaux sur le contenu de cette clause : en négociant une telle clause, les États ont sciemment admis que « *the breach of contract being thus 'internationalized'* »³¹¹ soit assimilé à un manquement au *BIT*.

D'autre part, le tribunal a clairement voulu appuyer ce constat par une démonstration de droit international public destinée à renforcer la solution qu'il a retenue. Comme le soulignent les arbitres, s'il est vrai qu'en théorie, la sphère du droit international et la sphère du droit privé, telle qu'elle résulte de contrats, ne se rejoignent pas, il reste loisible aux États, acteurs du droit international et souverains dans leurs décisions, de modifier cette donne et de restreindre les domaines qui leur sont exclusivement réservés pour des raisons qui leur sont propres. Ainsi, si des États négociant un traité de protection des investissements jugent utile d'étendre le bénéfice de cette protection aux contrats d'investissement, rien ne les empêche de le faire. C'est ce qu'exprime très judicieusement le tribunal en relevant que le droit international repose sur le principe de la

³⁰⁸ *Noble*, *supra* note 304 au para. 51.

³⁰⁹ *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 [*Convention de Vienne*].

³¹⁰ *Noble*, *supra* note 304 au para. 52.

³¹¹ *Ibid.* au para. 54.

*respective autonomy of the [municipal and international] systems each one with regard to the other. However, that being said, none of the above mentioned general rules is peremptory in nature. This means that, when negotiating a bilateral investment treaty, two States may create within the scope of their mutual agreement an exception to the rules deriving from the autonomy of municipal law, on the one hand and public international law on the other hand.*³¹²

Les États sont ainsi libres de négocier ces clauses, qui s'imposent donc aux arbitres, à condition, selon le tribunal, de les manier avec circonspection. Celui-ci a en effet relevé que, si les États peuvent donc, par le biais des clauses de respect des engagements, et s'ils le désirent, faire figurer la sphère du droit privé au rang des domaines soumis au droit international et donc aux dispositions du *BIT*, ceux-ci doivent exprimer très clairement cette volonté. En effet, le mécanisme de la clause de respect des engagements « *introduces an exception to the general separation of States obligations under municipal and international law* »³¹³. Et le tribunal de rappeler l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI* selon lequel « *an important principle of international law should not be held to have been tacitly dispensed with by international agreement, in the absence of words making clear an intention to do so* »³¹⁴.

Cette démonstration justifie pour la première fois – et à notre avis de manière extrêmement convaincante – le principe selon lequel il est possible de donner effet utile aux clauses de respect des engagements à condition d'en examiner le contenu et la rédaction de manière stricte. L'appréciation des clauses de respect des engagements dispose désormais de la solide assise juridique qui, selon nous, lui faisait défaut.

L'intérêt de cette sentence réside également dans le fait que, pour la première fois dans la jurisprudence du CIRDI, le tribunal a accepté de tirer les conclusions de sa décision au regard des litiges contractuels et a effectivement examiné ceux-ci. En effet, si d'autres tribunaux avaient retenu le principe selon lequel une réclamation contractuelle pouvait être « élevée » au rang d'une violation d'un traité de protection des investissements, y compris par le jeu d'une clause de règlement des différends dite large³¹⁵, aucun n'avait examiné ces réclamations au fond. Dans l'affaire *SGS c. Philippines* par exemple, le tribunal avait fait sienne cette conception sans toutefois la mettre en application en renvoyant, dans un premier temps, les parties à purger leur différend devant les juridictions locales des Philippines, désignées dans le contrat³¹⁶. Dans l'affaire *Salini c. Maroc*³¹⁷, comme dans l'affaire *Impregilo c. Pakistan*³¹⁸, une

³¹² *Ibid.*, au para. 54.

³¹³ *Ibid.*, au para. 55.

³¹⁴ *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (États-Unis c. Italie)*, [1989] C.I.J. rec. 4, cité dans *Noble*, *supra* note 304 au para. 55.

³¹⁵ Sur ces clauses, voir Emmanuel Gaillard, « Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses » (2005) 234 N.Y. Law J. 5.

³¹⁶ *SGS c. Philippines*, *supra* note 306.

³¹⁷ *Salini SpA c. Maroc*, *supra* note 111, extraits et avec commentaires dans Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, *supra* note 73 à la p. 621 et s.

transaction est intervenue entre les parties avant que le tribunal n'examine le fond de l'affaire³¹⁹. Signalons également que, hors du système du CIRDI mais toujours sur le fondement d'un traité de protection des investissements, le tribunal constitué dans l'affaire *Eureko BV c. Pologne*, instruite selon les règles de la CNUDCI, après avoir retenu sa compétence vis-à-vis des litiges contractuels entre les parties dans une décision du 19 août 2005³²⁰, devrait ultérieurement rendre sa sentence sur le fond.

On retiendra également que, dans l'affaire *Noble Ventures*, le tribunal a également examiné le statut de l'entité publique de droit roumain en charge de la privatisation litigieuse de l'usine sidérurgique pour juger, au terme d'une analyse convaincante, que cette entité n'était en réalité qu'une émanation de l'État roumain. Ce n'est qu'après ce constat que le tribunal a pu examiner chacune des réclamations de Noble Ventures, y compris, et c'est là que réside la nouveauté, celles qui trouvaient leur fondement dans une violation du contrat.

Au fond, le tribunal a rejeté une à une toutes les demandes de l'investisseur, les considérant infondées pour des raisons de fait qu'il n'est pas utile de développer ici. Cette issue affaiblit-elle la portée de cette sentence? Il nous semble que non : les principes juridiques ont été si clairement posés par les arbitres que leur valeur dépasse, et de loin, les faits de cette affaire.

Il reste toutefois une zone d'ombre : les arbitres ont-ils entendu limiter leur compétence à certains litiges contractuels à l'exclusion d'autres? En effet, certains passages de la sentence pourraient laisser à penser qu'en principe, le tribunal ne s'est considéré saisi que des questions contractuelles intéressant l'État ou l'une de ses émanations. En effet, le tribunal n'a pas répondu directement à la question de savoir si *tout* litige contractuel pouvait entrer dans son champ de compétence ou s'il fallait se limiter à ceux qui opposent l'investisseur et l'État ou l'une de ses émanations. Le tribunal estime ainsi qu'il n'a pas besoin d'entrer dans un débat dont l'issue ne porterait pas à conséquence :

*on the facts of the present case, as will appear from what follows, the tribunal's ultimate conclusions would not be affected one way or another by the resolution of that question, the tribunal proceeds on the basis that, in including article II(2)(c) in the BIT, the parties had as their aim to equate contractual obligations governed by municipal law to international treaty obligations as established in the BIT.*³²¹

Toutefois, plus loin, le tribunal semble limiter sa compétence aux manquements contractuels résultant d'un engagement signé entre l'investisseur et

³¹⁸ *Impregilo*, *supra* note 27 commentée par ailleurs dans cette chronique au chapitre V.

³¹⁹ Dans ces deux affaires toutefois, les tribunaux ont restreint l'étendue de leur compétence au regard des litiges contractuels en la limitant aux seuls litiges avec l'État ou l'une de ses émanations.

³²⁰ *Eureko B.V. c. Pologne* (2005), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Eureko-PartialAwardandDissentingOpinion.pdf>>.

³²¹ *Noble*, *supra* note 304 au para. 60.

l'État ou l'une de ses émanations³²². Il nous semble possible d'en conclure qu'en l'état, la question de savoir si, en présence d'une clause de respect des engagements rédigée de manière contraignante, un litige purement contractuel entre l'investisseur et une entité autre que l'État ou l'une de ses émanations, tout en étant relatif à l'investissement, n'est toujours pas tranchée par un tribunal du CIRDI.

D.K.

XIII. *Aguas del Tunari SA c. Bolivie*³²³

Composition du tribunal : David D. Caron, président; José Luis Alberro-Semerana et Henri C. Alvarez, arbitres.

L'affaire soumise au tribunal arbitral constitue ce que l'on pourrait appeler une affaire « médiatique », tout du moins en raison de l'intérêt plus qu'intense porté par les organisations non gouvernementales à son égard³²⁴. Ce différend a en effet cristallisé les oppositions en raison de son sujet : la privatisation du secteur de l'eau suite aux campagnes d'encouragement de la Banque mondiale. Des ONG, représentées par Earthjustice³²⁵, ont tenté d'intervenir dans la procédure par le biais d'*amici curiae*, d'être parties à la procédure et enfin d'être présentes aux audiences qu'elles voulaient publiques. Le tribunal a jugé que les interventions de tiers n'étaient pas nécessaires pour statuer sur sa compétence. En revanche, il n'écarte pas la possibilité de faire appel à des *amici curiae* de ces organismes lors du jugement du fond de l'affaire. Pour les deux dernières demandes, les parties n'ayant pas donné leur accord pour de telles interventions, le tribunal n'a pas le mandat pour accorder un tel privilège³²⁶. L'importance politique de cette question était réelle, mais qu'en est-il en matière juridique?

À première vue, la décision sur la compétence illustre aussi ces divergences de vues. Cette décision a en effet été prise à la majorité de deux contre un, l'arbitre nommé par la Bolivie, José Luis Alberro-Semerana, s'étant opposé sur plusieurs points à la reconnaissance de la compétence retenue par le tribunal. Cependant, les faits présentés ne posent pas véritablement de problème³²⁷. *Aguas del Tunari* (AdT), la demanderesse, est une entreprise de droit bolivien. La concession conclue par AdT en novembre 1999 résulte d'un « *Contract for Concession of Use of Water and for the*

³²² « [W]here the acts of a governmental agency are to be attributed to the State for the purposes of applying an umbrella clause, such as article 2(2)(c) of the BIT, breaches of a contract into which the State has entered are capable of constituting a breach of international law by virtue of the breach of the umbrella clause », *Ibid.* au para. 85.

³²³ *Aguas del Tunari*, *supra* note 248.

³²⁴ Voir notamment Economic Justice News Online aux numéros 5.3 et 7.1 en ligne : Fifty Years Is Enough Network <<http://www.50years.org>> ; les campagnes en cours de l'association Agir Ici et notamment « Cochabamba : la guerre de l'eau n'est pas finie! », en ligne : Agir Ici <<http://www.agirici.org>> et enfin, pour des informations sur l'affaire : Earthjustice <<http://www.earthjustice.org>>.

³²⁵ Voir l'annexe III de la sentence, *Aguas del Tunari*, *supra* note 248.

³²⁶ *Ibid.* aux para. 15-18.

³²⁷ *Ibid.* aux para. 50-73.

Public Potable Water and Sewer Service for the City of Cochabamba », Cochabamba étant la troisième ville en importance de Bolivie. En septembre 1999, AdT était détenue à 55% par une entreprise des îles Cayman qui était elle-même possédée à 100% par *Bechtel*, une multinationale américaine³²⁸.

Durant l'automne 1999, la société civile bolivienne s'est indignée de cette privatisation du service public de l'eau ainsi que du manque de transparence lors de l'attribution de cette concession. À la même période, *Bechtel* a annoncé son alliance avec *Edison*, entreprise italienne, pour tous ses projets en matière de gestion de l'eau³²⁹. Cette modification engendra en décembre 1999 un changement dans la structure de possession d'AdT et une complexification de celle-ci. *Bechtel* crée *Baywater*, une entreprise de droit néerlandais qui s'associe avec *Edison* pour créer *International Water Holdings BV (IWHBV)*, toujours de droit néerlandais. Cette dernière ayant une filiale, *International Water (Tunari) BV (IWTBV)*, entièrement possédée par elle et également néerlandaise, possède elle aussi une filiale à 100%, *International Water (Tunari) SARL (IWASARL)*, de droit luxembourgeois, gérant les 55% dans AdT. Trois étapes pour remonter aux propriétaires véritables ont donc été rajoutées et cette complexité sera un des points d'achoppement entre les arbitres.

Pour AdT, la Bolivie a, par ses actions, prétendument violé l'*Accord d'encouragement et de protection réciproque* entre les Pays-Bas et de la Bolivie (*BIT*). L'investisseur soutient que la Bolivie, la défenderesse, a, de par ses actes et ses omissions, engendré la fin de la concession en avril 2000. AdT a donc démarré la procédure arbitrale en novembre 2001 avec la soumission d'une requête d'arbitrage au secrétariat du CIRDI³³⁰. La Bolivie a cependant soulevé deux exceptions à la compétence du tribunal. Avant tout, celui-ci doit déterminer le droit applicable (**A**), puis s'attacher à analyser l'exception en vertu de laquelle la Bolivie n'aurait pas donné son accord à la compétence du CIRDI (**B**), pour enfin décider de la véritable nationalité de l'investisseur qui, selon la défenderesse, n'est pas néerlandais (**C**).

A. Le droit applicable, une détermination purement formelle

Les articles 1(b)(iii), 2 et 9(6) du *BIT* traitent du droit applicable aux problèmes substantiels. L'article 9(6) porte précisément sur l'accord pour un arbitrage du CIRDI³³¹. En outre, l'interprétation qui sera faite des dispositions conventionnelles devra également être en conformité avec le droit international coutumier, codifié à

³²⁸ Voir le tableau dans *Aguas del Tunari*, *supra* note 248 au para. 61.

³²⁹ *Ibid.* au para. 67.

³³⁰ Pour un résumé concis voir « ICSID Majority Rules It Has Jurisdiction Over Public Water Dispute » (2005) 20:12 *Mealey's Int. Arb. Rep.* 6.

³³¹ Les dispositions du *BIT* citées par le tribunal sont reproduites dans l'annexe 2 de la sentence.

« *If both contracting parties have acceded to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States of 18 March 1965, any disputes that may arise from investment between one of the contracting parties and a national of the other contracting party shall, in accordance with the provisions of that convention, be submitted for conciliation or arbitration to the international Center for Settlement of Investment Disputes* ».

l'article 31 de la *Convention de Vienne*³³². Le tribunal analyse extrêmement longuement les dispositions de ladite convention, explicitant ainsi la méthode d'interprétation qu'il utilisera. En outre, les arbitres comptent aussi s'appuyer sur l'article 32, intitulé « Moyens complémentaires d'interprétation », pour affiner leur examen du différend.

Si cette détermination par le tribunal peut paraître superflue, tout lecteur de cette sentence appréciera cette analyse des arbitres qui permet de mettre en place le cadre de leur raisonnement sur des questions en fait très pointues et complexes.

B. Une exception en six parties : les dispositions en matière de compétence du CIRDI à travers le *BIT* et le contrat

Six points distincts sont soulevés alternativement par la Bolivie afin d'écarter la compétence du tribunal. Tout d'abord, la rédaction du contrat de concession empêcherait la compétence d'un tribunal du CIRDI (1) et la Bolivie ne serait donc pas la partie qui devrait être défenderesse en l'espèce (2). De plus, le droit bolivien poserait des limites excluant la compétence du CIRDI en l'espèce (3) et le contrat de concession serait un frein à la compétence faisant suite à la réorganisation d'AdT fin décembre 1999 (4). Enfin, les obligations juridiques en matière de transferts de participations n'auraient pas été respectées par AdT (5) et l'accord donné par la Bolivie pour le *BIT* ne couvrirait pas la situation de l'espèce (6).

1. LE CONTRAT DE CONCESSION COMME OBSTACLE À LA COMPÉTENCE DU CIRDI

La question centrale de cette exception est celle des clauses de choix de *forum*, des clauses attributives de compétence contenues dans le contrat. L'innovation n'est pas de mise, car le tribunal « *agrees with the direction taken by previous tribunals, although the reasoning employed here differs in several aspects* »³³³. Les tribunaux arbitraux entraient « en terrain miné » jusqu'à très récemment quand ils tentaient de déterminer si l'investisseur pouvait renoncer ou non à la compétence du CIRDI³³⁴. Désormais, les questions du choix des parties, ou encore de la protection diplomatique ont fait l'objet d'une jurisprudence relativement abondante et il a été reconnu qu'il était possible, en respectant le droit applicable notamment, de renoncer à l'arbitrage international³³⁵. Cependant, comme l'affirme le tribunal, il faut déterminer le seuil à atteindre pour pouvoir renoncer aux clauses du *BIT*. En premier lieu, il est cumulativement nécessaire que le document, le contrat de concession en

³³² Reproduit dans *Aguas del Tunari*, *supra* note 248 au para. 90.

³³³ *Ibid.* au para. 109.

³³⁴ Ole Spiermann, « Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties », (2004) 20 Arb. Int'l 179. Il est intéressant de relire aussi l'article « historique » sur les dispositions visant le règlement des différends en droit des investissements; Antonio R. Parra, « Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment » (1997) 12:1 ICSID Rev.-F.I.L.J. 287.

³³⁵ Spiermann, *Ibid.* aux pp. 208-209.

l'espèce, ait le même objet et les mêmes parties que le traité, mais aussi qu'il ne contienne pas d'obligation contradictoire à laquelle il est interdit de déroger. Dans un second temps, si conflit il y a, il faut examiner l'effet de ce document sur la compétence du tribunal³³⁶.

L'une des deux premières conditions tombe, car l'article 41.2 du contrat de concession ne pose absolument aucune obligation de recours aux juridictions boliviennes, la clause attributive de compétence n'étant aucunement exclusive³³⁷. Comme l'affirme Ole Spiermann, « *[a] forum clause that is not expressly to the exclusion of other forums will probably have no effect on ICSID's jurisdiction* »³³⁸.

Quant à la question de l'effet du document sur la compétence du tribunal, tout est affaire de volonté des parties, comme les décisions des tribunaux arbitraux antérieurs en attestent³³⁹. Cependant, il est nécessaire que l'abandon de la compétence du CIRDI soit explicite, qu'il soit clairement exprimé pour être effectif. L'expression de cet abandon étant difficile à déterminer, le tribunal ne voit pas quelle raison pourrait l'empêcher de se reconnaître compétent au vu du peu d'éléments tangibles et déterminants pour s'opposer à sa compétence : « *[t]he tribunal will not read an ambiguous clause as an implicit waiver of ICSID jurisdiction; silence as to the question is not sufficient* »³⁴⁰.

2. LA BOLIVIE NE SERAIT PAS LA DÉFENDERESSE ADÉQUATE POUR CET ARBITRAGE

Le Water Superintendency serait la bonne partie pour cet arbitrage selon la Bolivie³⁴¹. Le tribunal réfute l'interprétation comparative de la défenderesse en utilisant les critères d'une affaire peu citée par les tribunaux du CIRDI, l'affaire *Cable TV*³⁴². En effet, le fondement de l'espèce est un BIT alors que, dans l'affaire *Cable TV*, il s'agissait d'une clause dans un contrat de concession. Le tribunal rejette cet exemple jurisprudentiel et, par conséquent, cette exception. En effet, le tribunal est satisfait *prima facie* des éléments présentés sans avoir à s'appesantir sur les problèmes d'attribution et de responsabilité de l'État en raison des relations entre le superintendant et la Bolivie³⁴³.

³³⁶ *Aguas del Tunari*, *supra* note 248 au para. 111.

³³⁷ *Ibid.* au para. 112.

³³⁸ Spiermann, *supra* note 334 à la p. 211.

³³⁹ *Aguas del Tunari*, *supra* note 248 aux para. 115-118.

³⁴⁰ *Ibid.* aux para. 119-122.

³⁴¹ *Ibid.* au para. 133.

³⁴² *Cable Television of Nevis Ltd. et Cable Television of Nevis Holdings Ltd. c. Saint-Kitts-et-Nevis* (1997), Affaire n° ARB/95/2, (1998) 13 ICSID Rev.—F.I.L.J. 328.

³⁴³ *Aguas del Tunari*, *supra* note 248 au para. 137.

3. LE DROIT BOLIVIEN SERAIT LE SEUL APPLICABLE EN RAISON DE L'ARTICLE 2 DU *BIT*

Pour la Bolivie, l'article 2 du *BIT* placerait de manière irréfutable le différend sous l'empire de la loi bolivienne³⁴⁴. Le tribunal reconnaît la référence au droit bolivien dans le *BIT*, mais ne lui accorde qu'une portée limitée³⁴⁵. En effet, accorder l'effet escompté par la Bolivie aurait vidé de sens et de portée le *BIT* qui n'aurait plus été d'aucune efficacité en raison de l'application de ce droit interne : cela aurait « *defeat the object and the purpose of the Treaty* »³⁴⁶. Par conséquent, l'utilisation du droit bolivien doit rester dans les limites fixées par le *BIT* et ne doit pas nuire à l'application de ce dernier.

4. LE TRANSFERT DES ACTIONS D'ADT EST UN FREIN À LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL

Nous nous trouvons face au premier problème controversé de la décision. Le contrat de concession, en son article 37.1, prévoit que chaque actionnaire fondateur doit conserver 50 % du pourcentage originel en voix durant les sept premières années³⁴⁷. La Bolivie soutient que cette obligation avait pour but d'assurer une stabilité dans l'organisation du contrôle de l'entreprise pendant quelques années et que le changement de l'organisation d'AdT est en violation de cette clause. Pour le tribunal, la restriction de 37.1 s'applique aux actionnaires fondateurs, mais pas aux actionnaires du premier niveau, passés d'une nationalité des îles Cayman à une nationalité luxembourgeoise³⁴⁸. En l'espèce, il s'agit d'un problème rare de migration d'une société entre deux États où l'État de départ et celui d'arrivée de la migration acceptent ce changement. Les deux systèmes juridiques acceptent même la continuité de la personnalité juridique de la société malgré le changement de nationalité³⁴⁹. Par conséquent, l'article 37.1 du contrat de concession n'est pas violé et l'exception à la compétence du tribunal arbitral est rejetée³⁵⁰.

5. LES DÉCLARATIONS ERRONÉES DES REPRÉSENTANTS DE L'INVESTISSEUR OU L'IMPOSSIBILITÉ POUR LE TRIBUNAL DE SE RECONNAÎTRE COMPÉTENT

La défenderesse fonde cette exception sur deux lettres de l'investisseur portant sur le changement d'actionnariat d'AdT. Ces lettres évoquaient des possibilités qui ne se sont pas réalisées et qui n'ont par conséquent aucune implication

³⁴⁴ *Ibid.* au para. 142. L'article 2 dispose : *Either contracting party shall, within the framework of its law and regulations, promote economic cooperation through the protection in its territory of investments of nationals of the other contracting party. Subject to its right to exercise powers conferred by its laws or regulations, each contracting party shall admit such investments.*

³⁴⁵ *Ibid.* au para. 148.

³⁴⁶ *Ibid.* au para. 153.

³⁴⁷ *Ibid.* au para. 160.

³⁴⁸ *Ibid.* aux para. 164-165.

³⁴⁹ *Ibid.* au para. 174.

³⁵⁰ *Ibid.* au para. 178.

juridique³⁵¹. Il serait en effet trop aisé de se voir condamné pour des faits envisagés, fussent-ils en violation du droit applicable, mais non accomplis. Le tribunal refuse donc de reconnaître cette exception.

6. L'INVOCATION DU *BIT* NÉERLANDO-BOLIVIEN PAR L'INVESTISSEUR EST HORS DU CHAMP DE COMPÉTENCE ACCEPTÉ PAR LA BOLIVIE EN MATIÈRE D'ARBITRAGE

La première opposition de l'arbitre nommé par la Bolivie apparaît en l'espèce, car ce dernier juge que le changement de structure n'avait pas été autorisé par la Bolivie et que cela viole en outre le principe général de réciprocité des accords internationaux. Les attentes de la Bolivie seraient bafouées en raison de l'absence de stabilité de ses interlocuteurs³⁵². Cette analyse, demandant de plus amples preuves de la part de la demanderesse, nous semble acceptable tant la compétence du tribunal fondée sur le *BIT* semble fragile. Le changement de structure a conditionné l'utilisation du *BIT* et il était nécessaire d'obtenir un maximum de preuves permettant d'accepter sans doute aucun la compétence du tribunal. Cela n'a pas entièrement été le cas et l'on peut le déplorer.

Les deux autres arbitres refusent de s'appesantir sur cette demande qui a été, selon eux, traitée dans les quatre premières questions de cette première exception. Le rejet est donc automatique. La seconde exception à la compétence va désormais être examinée, aboutissant à une solution controversée et contestable à bien des égards.

C. La reconnaissance contestée de la nationalité néerlandaise d'AdT

C'est en raison du titre de compétence invoqué par l'investisseur, à savoir le *BIT* néerlando-bolivien, que cette seconde exception a été soulevée. Cette exception cristallise en outre l'essentiel des oppositions entre les arbitres. En effet, la question de la nationalité d'AdT se pose, particulièrement celle de savoir si la demanderesse est de nationalité néerlandaise. En guise d'introduction, il nous semble approprié que le tribunal énonce qu'un « *investor of one of the State parties may incorporate an entity in the other State party as a vehicle for its investment activity* »³⁵³. Les arbitres ont donc à répondre à deux questions d'importance pour la détermination de leur compétence. Tout d'abord, il faut, en application du *BIT*, qu'AdT soit contrôlée directement ou indirectement par l'une des deux entités de droit néerlandais IWTBV ou IWHBV, mais le tribunal s'appesantira essentiellement sur des considérations sémantiques, soit sur la signification de contrôle direct ou indirect (1). Ensuite, ce sera la question de l'interférence causée par la société de droit luxembourgeois, IWSARL, qui se posera, toujours afin de déterminer le degré de contrôle des entreprises néerlandaises (2).

³⁵¹ *Ibid.* aux para. 188-190.

³⁵² *Declaration of Jose Luis Alberro-Semerena dans Aguas del Tunari (compétence)*, *supra* note 323 à la p. 81.

³⁵³ *Ibid.* au para. 216.

1. DE LA NOTION DE CONTRÔLE, UNE RECHERCHE SÉMANTIQUE DU TRIBUNAL

C'est une véritable opposition de principe, frontale et irréconciliable quant à la notion de contrôle direct ou indirect qui oppose les parties. La Bolivie soutient que le terme contrôle est différent du terme possession. Alors que ce dernier signifie une possession à 100 % et équivaut au contrôle pour la demanderesse, la défenderesse indique qu'un contrôle, qu'elle qualifie de « contrôle réel », signifie un véritable exercice des pouvoirs de direction et non pas simplement une possession d'actifs³⁵⁴.

Le tribunal tente de définir les termes « contrôlés directement ou indirectement » énoncés à l'article 1(b)(iii) du *BIT*³⁵⁵. Sémantiquement, les arbitres relèvent que contrôle « *would seemingly encompass both actual exercise of powers or direction and the rights arising from the ownership of shares* »³⁵⁶. En utilisant l'article 31(4) de la *Convention de Vienne*³⁵⁷, le tribunal indique qu'un sens particulier peut être donné à certaines dispositions si les parties l'ont souhaité, mais cela ne semble pas être le cas en l'espèce. Le tribunal retient une première définition négative : « *there is no indication from any of the dictionaries consulted that 'control' necessarily entails a degree of active exercise of powers or direction* »³⁵⁸. Cet élément déterminé, les arbitres vont désormais rechercher les deux autres éléments fondamentaux pour la méthode d'interprétation choisie : le contexte d'adoption de la disposition ainsi que le but et l'objet du *BIT*.

Concernant le but et l'objet du *BIT*, le tribunal en utilise le préambule, qui encourage les échanges et les mouvements de capitaux en s'accordant sur le traitement à donner aux investisseurs étrangers. Cet élément ne sera donc pas forcément déterminant en l'espèce, hormis l'idée que d'accepter une vision large et globale du contrôle permettrait de placer sous l'empire du *BIT* un grand nombre d'investisseurs³⁵⁹.

Le critère contextuel, lui, est lui très amplement analysé, ce qui semble logique. C'est un critère essentiel et ancien, « [l]e texte est [...] indissociable du contexte »³⁶⁰, bien antérieur à la codification du droit des traités par le biais de la *Convention de Vienne*³⁶¹. Par conséquent, le tribunal tente de comprendre « *how the*

³⁵⁴ *Ibid.* aux para. 222-223.

³⁵⁵ Cet alinéa de l'article dispose que des ressortissants des Pays-Bas peuvent être des « *legal persons controlled directly or indirectly, by nationals of the contracting party, but constituted in accordance with the law of the other contracting party* ».

³⁵⁶ *Aguas del Tunari*, *supra* note 248 au para. 227.

³⁵⁷ *Convention de Vienne*, *supra* note 309 : « 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

³⁵⁸ *Aguas del Tunari*, *supra* note 248 au para. 234.

³⁵⁹ *Ibid.* au para. 241.

³⁶⁰ Daillier et Pellet, *supra* note 223 à la p. 261.

³⁶¹ Voir notamment l'avis de la CPJI, *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, (1922) C.P.J.I. (sér. B) n° 2 à la p. 22 : « à la lumière même des termes du *Traité*, il faut évidemment lire celui-ci dans son ensemble, et l'on ne saurait déterminer sa signification sur la base de quelques phrases détachées de leur milieu et qui, séparées de leur contexte, peuvent être interprétées de plusieurs manières ».

term 'controlled' [...] is meant to qualify 'ownership' » dans le contexte du *BIT*. En premier lieu, le contexte juridique, en utilisant une méthode de droit comparé, indique que le contrôle est une qualité qui accompagne généralement la possession d'actifs dans une société. En second lieu, le tribunal soulève l'idée que dès lors que l'on admet la possibilité de plusieurs personnes morales ayant une part du contrôle, « *such actual control, becomes problematic* »³⁶². Le critère du « *actual control* » développé par la défenderesse ne tient donc plus, faute de test permettant de l'évaluer.

En outre, utilisant toutes les possibilités qui lui sont offertes, le tribunal, pour la première fois dans l'histoire du CIRDI, pose des questions aux experts juridiques du ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas. Ce faisant, le tribunal a donc effectué la « *first inquiry of a non-disputing state party to a BIT* »³⁶³. Par ce biais, le tribunal espérait utiliser les moyens énoncés à l'article 31(3) de la *Convention de Vienne*³⁶⁴. Cependant, les réponses apportées par les représentants des Pays-Bas ne contenaient pas des informations telles qu'indiquées à l'article 31 susmentionné et n'étaient donc d'aucune utilité. Par conséquent, le tribunal, ne trouvant aucune interprétation concordante du *BIT* par les parties, interprète lui-même les faits de l'affaire à la lumière des dispositions dudit traité dans le sens qu'il juge le plus approprié. Cela signifie, pour deux arbitres sur trois, que le contrôle direct ou indirect implique simplement qu'une entité soit présumée contrôler une autre entité si elle en a la capacité juridique; le *BIT* ne semblant pas rendre obligatoire un contrôle au jour le jour³⁶⁵.

José Luis Alberro-Semerena s'inscrit en faux par rapport au tribunal et refuse d'accepter cette interprétation. Pour lui, les preuves d'un contrôle néerlandais ne sont pas réunies en l'espèce³⁶⁶. Il n'a pas été prouvé que les prises de décision émanaient d'entreprises néerlandaises et se traduisaient en vote lors des conseils d'administration d'AdT. L'appartenance du contrôle d'AdT dans la cascade de sociétés n'a pas été déterminée de manière irréfutable et nous sommes donc d'accord avec l'arbitre. L'examen sémantique et les pérégrinations analytiques du tribunal n'apportent pas de preuve incontestable de l'origine des choix d'AdT. Ces choix et ces indications auraient pu venir du premier, du second ou du dernier niveau de la pyramide et les entreprises ne sont dès lors plus néerlandaises. Les demandes de preuve de la défenderesse, soutenues par l'arbitre, ont toutes été refusées alors

³⁶² *Aguas del Tunari, supra* note 248 au para. 246.

³⁶³ *Ibid.* au para. 258. La lettre du tribunal est à l'annexe IV.

³⁶⁴ *Convention de Vienne, supra* note 309, art. 31(3) : « 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établie l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité; c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

³⁶⁵ *Aguas del Tunari, supra* note 248 au para. 264. Le tribunal confirme cette vision dans une analyse vérifiant ce qu'elle a démontré précédemment. Nous jugeons que cette analyse est superfétatoire car elle reprend, outre l'historique de la négociation du *BIT*, la jurisprudence sur l'article 25(1) de la *Convention de Washington*, les décisions de tribunaux arbitraux sur le critère de « contrôle » et les pratiques des deux États pour leurs BIT, tous ces éléments confirmant, bien évidemment, la première analyse. Cet examen se trouve aux para. 266-314.

³⁶⁶ *Declaration of Jose Luis Alberro-Semerena* reproduite dans *Aguas del Tunari, supra* note 248 aux pp. 82-87.

qu'elles auraient probablement été d'une grande utilité. Mais le tribunal, confiant dans son analyse théorique, l'applique aux faits de l'espèce.

2. LA PYRAMIDE SOCIÉTALE ET L'APPLICATION DU RÉSULTAT THÉORIQUE AUX FAITS : QUI CONTRÔLE QUI?

L'analyse conceptuelle ayant donc été effectuée, le tribunal met ses conclusions théoriques au service des faits de l'espèce. Qui contrôle AdT? IWTBV ou IWHBV?

Le premier étage de la pyramide est clair : IWSARL entreprise incorporée au Luxembourg, possède 55% d'AdT³⁶⁷. Cependant, lorsque l'on remonte la structure entière de possession, les choses se compliquent avec deux sociétés néerlandaises, IWTBV et IWHBV, la première contrôlant IWSARL et la seconde contrôlant IWTBV. En outre, IWHBV est elle-même contrôlée à 50% par Edison, entreprise de droit italien, et par Baywater Holdings, cette dernière étant incorporée aux îles Cayman et entièrement contrôlée à 100% par Bechtel, société de droit américain. La chaîne est longue et inclut une pléthore de nationalités. Cependant, selon les preuves présentées au tribunal, IWHBV n'est pas une simple coquille vide créée pour les besoins d'un arbitrage du CIRDI, mais est plutôt une véritable *joint venture* qui agit suivant les décisions conjointes d'Edison et de Baywater Holdings et qui gère de nombreux contrats et emploie environ une cinquantaine de salariés³⁶⁸.

Par conséquent, les deux entreprises de droit néerlandais contrôlent indirectement AdT selon l'interprétation donnée par le tribunal de l'article 1(b)(iii) du BIT³⁶⁹. Toutes les exceptions ayant été rejetées, le tribunal se reconnaît compétent pour trancher le différend entre AdT et la Bolivie³⁷⁰.

En conclusion, on peut tout d'abord saluer la décision sur l'*amicus curiae* qui fait preuve de consensualisme et qui n'écarte pas de manière définitive cette possibilité pour le fond de l'affaire. En revanche, on peut penser que le tribunal a versé dans une certaine facilité ou a fait preuve de beaucoup de largesse en se reconnaissant compétent, « plus faibles sont les risques, meilleure est l'entreprise »³⁷¹. Toutefois, il n'est pas forcément bénéfique pour le système du CIRDI d'étendre ainsi le critère de contrôle pour des entreprises en cascade, sans véritablement déterminer quel est, dans les faits, ce critère. L'analyse du fond de l'affaire, qui s'annonçait passionnante à tant d'égards, ne verra cependant jamais le jour. Bechtel a en effet renoncé à ses demandes après avoir passé un accord avec la Bolivie qui, en contre-

³⁶⁷ *Ibid.* au para. 316 (cf. le tableau).

³⁶⁸ *Ibid.* aux para. 318-322.

³⁶⁹ *Ibid.* au para. 323.

³⁷⁰ *Ibid.* aux para. 328-337.

³⁷¹ Sophocle, *Philoctète* dans *Théâtre complet*, trad. par Robert Pignarre, Paris, Garnier-Flammarion, 1964 à la p. 223.

partie, empêche toute mise en cause de la responsabilité de l'entreprise américaine³⁷². La guerre de l'eau de Bolivie n'aura pas lieu devant le CIRDI.

J.F.

XIV. *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*³⁷³

Composition du tribunal : Klaus Sachs, président; Ibrahim Fadlallah et Carl F. Salans, arbitres.

Le différend entre l'investisseur, Wena Hotels, et l'État d'accueil, l'Égypte, restera l'affaire des « premières ». Tout d'abord, il y eut la première décision d'un comité *ad hoc* n'annulant pas tout ou partie de la sentence du tribunal arbitral³⁷⁴. Désormais, cette affaire sera aussi la première durant laquelle une procédure d'interprétation de la sentence arbitrale a eu lieu³⁷⁵.

Cette procédure d'interprétation est prévue à l'article 50 de la *Convention de Washington* et les conditions quant à son admissibilité sont posées notamment par l'article 50(1) du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*³⁷⁶. Il est intéressant de constater dans un premier temps que le tribunal arbitral est différent de celui ayant statué au fond, le professeur Fadlallah étant le seul présent dans les deux procédures. En effet, l'article 50 de la *Convention de Washington* conseille de conserver le même tribunal, mais le président du premier tribunal étant décédé, ce sont finalement deux nouveaux arbitres qui statuent sur cette affaire.

³⁷² Hal Weitzman, « Bechtel Drops Bolivian Compensation Claim » *Financial Times* (19 janvier 2006), en ligne : [Financial Times <http://www.ft.com>](http://www.ft.com) et *Latin Petroleum* <http://www.latinpetroleum.com/article_5154.shtml>; Damon Vis-Dunbar et Luke Eric Peterson, « Bolivian Water Dispute Settled, Bechtel Forgoes Compensation », *Investment Treaty News* (20 Janvier 2005), en ligne : International Institute for Sustainable Development <<http://www.iisd.org/investment/itn>>.

³⁷³ *Wena c. Égypte (interprétation)* (2005), Affaire n° ARB/98/4, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm> [*Wena (interprétation)*]. Pour un résumé extrêmement concis de l'affaire, voir « ICSID Arbitrators Issue Decision on Meaning of Expropriation » (2005) 20:12 *Mealey's Int. Arb. Rep.* 8.

³⁷⁴ *Wena Ltd. c. Égypte*, *supra* note 163 et nos commentaires, Fouret et Khayat, 15:2, *supra* note 195 à la p. 167 [*Wena (annulation)*]. Elle n'est désormais plus la seule depuis la décision *CDC* commentée au chapitre XI de cette chronique.

³⁷⁵ S'il est vrai qu'une décision d'interprétation et de correction a déjà été rendue en application du Mécanisme supplémentaire, celle-ci, comme nous l'avions commenté, s'attache presque uniquement aux problèmes de correction de la sentence et aucunement à l'interprétation : *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. Mexique (interprétation et rectification)* (2003), Affaire n° ARB(AF)/99/1, (2003) 18 *ICSID Rev. – F.I.L.J.* 595, et nos commentaires Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16:1 *R.Q.D.I.* 125, 224 à la p. 245 [Fouret et Khayat, 16:1].

³⁷⁶ *Règlement d'arbitrage du CIRDI*, *supra* note 97, art. 50: « La demande : (1) Une demande en interprétation, révision ou annulation d'une sentence est adressée par écrit au Secrétaire général et doit : (a) préciser la sentence visée; (b) indiquer la date de la requête; (c) mentionner de façon détaillée : i) dans une demande en interprétation, les points précis en litige; [...] (d) être accompagnée du paiement du droit de dépôt de la demande ».

Les faits de l'affaire ont été extensivement analysés dans une chronique précédente³⁷⁷, nous ne reviendrons donc que sur certains éléments d'importance. L'État égyptien avait été condamné par le tribunal arbitral pour des mesures équivalentes à une expropriation, sans indemnisation prompte et effective. Pour Wena, un nouveau différend est apparu avec l'Égypte concernant la signification de la sentence arbitrale³⁷⁸. En effet, la *Egyptian General Company for Tourism and Hotels* (EGOTH), contrôlée par l'Égypte, a réclamé des loyers impayés pour les hôtels alors que la sentence arbitrale avait reconnu que l'investisseur en avait été exproprié à cette période-là³⁷⁹. Wena souhaite donc que le tribunal interprète la sentence afin de déterminer très clairement que l'Égypte l'a exproprié de ses droits sur les hôtels et l'a privé de ses « *fundamental rights of ownership* », ce qui implique une privation totale et permanente des droits de l'investisseur et suppose donc son impossibilité de tirer partie de ses investissements³⁸⁰. *A contrario*, l'Égypte indique qu'elle ne peut être tenue pour responsable des faits et gestes de l'EGOTH, ne contrôlant pas cette entité. Elle demande donc de son côté le rejet de la demande, car aucune ambiguïté ne subsiste quant à la signification de la sentence et le demandeur tente uniquement de « *subvert the interpretation process* »³⁸¹.

L'intérêt de cette décision d'interprétation réside dans deux points principaux : la question de l'admissibilité de cette demande d'interprétation, première du genre (A), et celle du caractère définitif d'une mesure d'expropriation, nouvelle pierre à l'édifice définitionnel de cette notion (B).

A. De l'existence d'un différend sur le sens et la portée de la sentence

« *The request for interpretation must relate to the meaning or scope of an existing award. It must not concern new points which go beyond the limits of the award* »³⁸². Il y a donc deux conditions à remplir pour qu'une demande d'interprétation soit jugée recevable : que ce soit un différend entre les parties à l'arbitrage sur le sens ou la portée de la sentence, mais aussi que le but de la demande soit d'obtenir une interprétation de ladite sentence³⁸³. Ces conditions, contenues dans la *Convention de Washington* et issues de la jurisprudence internationale³⁸⁴, permettent que cette procédure ne dérive pas vers une nouvelle décision sur de nouveaux éléments ou que d'autres parties se saisissent du litige.

Concernant la notion de différend sur le sens et la portée de l'arrêt, le tribunal, afin de préserver le caractère exceptionnel d'une telle procédure, se veut très

³⁷⁷ Fouret et Khayat, 16:1, *supra* note 374 aux pp. 167-168.

³⁷⁸ *Wena (interprétation)*, *supra* note 373 au para. 17.

³⁷⁹ *Ibid.* aux para. 20-22.

³⁸⁰ *Ibid.* au para. 33.

³⁸¹ *Ibid.* aux para. 45-52.

³⁸² Schreuer, *The ICSID Convention*, *supra* note 106.

³⁸³ Voir *Wena (interprétation)*, *supra* note 373 au para. 76.

³⁸⁴ Les différentes affaires de la CPIJ, notamment l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (1928), C.P.I.J. (sér. A) n° 17 et de la CIJ à l'appui de cette vision sont citées par le tribunal, *supra* note 383 aux para. 77-79.

ferme : « *general complaints about the award lack of clarity do not suffice* »³⁸⁵. Il est donc nécessaire d'avoir une forte divergence de vues entre les parties sur l'étendue de la sentence qui a été rendue. Le tribunal posant en outre la nécessité de l'existence d'un intérêt pratique pour l'exécution de la sentence, de simples considérations théoriques devant être écartées³⁸⁶. Qu'en est-il en l'espèce?

L'existence du différend doit être en premier lieu analysée : pour l'investisseur, le différend repose sur l'interprétation des conséquences relatives à son expropriation, principalement sur le caractère définitif et permanent de l'expropriation. L'Égypte s'inscrit en faux contre cette approche de la notion d'expropriation. Le tribunal est donc satisfait, car la condition d'existence d'un différend est remplie : les parties ne s'accordent pas quant au sens à donner au terme « expropriation »³⁸⁷.

Dans un second temps, les arbitres s'attachent à comprendre le but de cette interprétation car pour ces derniers, « *the purpose of an interpretation is to obtain a clarification of the meaning or scope of an award* »³⁸⁸. C'est en accord avec les prétentions des parties que les arbitres concluent que le but du tribunal est de clarifier les points décidés avec force exécutoire par la sentence, et non pas de statuer sur de nouveaux points de droit qui iraient au-delà des limites posées par ladite sentence³⁸⁹.

Acceptant leur compétence au vu des prétentions des parties, les arbitres analysent dès lors les demandes d'interprétation de la sentence soulevées par l'investisseur, principalement la définition de l'expropriation.

B. Du caractère définitif et permanent d'une expropriation

La question centrale, au risque d'être redondant, est donc « *whether the expropriation constituted a total, permanent deprivation of Wena's rights in the Luxor Lease* »³⁹⁰. Les questions connexes concernent la confirmation de la date exacte de l'expropriation, ainsi que les conséquences éventuelles de l'expropriation, comme l'impossibilité d'action juridique ultérieure de l'Égypte ayant pour but de remettre en question l'interprétation précitée.

Le tribunal reprend le raisonnement du « tribunal originel » et reconnaît que ce dernier n'a pas explicitement énoncé que l'expropriation de Wena était totale et permanente. Pour le tribunal, au vu des actions de l'Égypte, « *there was no doubt in the tribunal's mind that the deprivation of Wena's fundamental rights of ownership was so profound that the expropriation was indeed a total and permanent one* »³⁹¹. La

³⁸⁵ *Ibid.* au para. 81.

³⁸⁶ *Ibid.* au para. 87.

³⁸⁷ *Ibid.* aux para. 96-100.

³⁸⁸ *Ibid.* au para. 104.

³⁸⁹ *Ibid.* au para. 106.

³⁹⁰ *Ibid.* au para. 109.

³⁹¹ *Ibid.* au para. 120.

saisie par la force des hôtels, le vandalisme effectué en ces lieux ainsi que le refus d'octroyer un permis d'exploitation des hôtels sont des éléments déterminants.

Le fait que Wena ait pu réutiliser l'hôtel pendant une très courte période après la véritable expropriation n'a pas eu de conséquence pour la prise de décision finale. Les arbitres, en l'espèce, utilisent un faisceau d'indices pour accepter le caractère total et permanent de l'expropriation, et notamment les dommages-intérêts payés qui excluent cette réutilisation temporaire des investissements par Wena³⁹².

Sans hésitation, ni même d'atténuation, le tribunal assure qu'en l'espèce l'expropriation était totale et permanente. Si l'on se doit de saluer la solution choisie, on ne peut que regretter que le tribunal n'ait pas eu plus d'audace en acceptant par exemple qu'une expropriation était toujours définitive et que le caractère temporaire d'une expulsion est difficilement qualifiable d'expropriation *per se*. En raisonnant de la sorte, ce tribunal se serait aligné *de facto* sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ou encore sur celle du tribunal des différends irano-américains³⁹³. Le premier pas est fait, il revient à d'autres arbitres d'aller plus avant.

Concernant les deux autres points, l'investissement a tout d'abord bien été exproprié à la date à partir de laquelle sont calculés les dommages-intérêts, malgré le retour momentané sur les lieux de l'investisseur. Enfin, le tribunal affirme avec force et détermination que l'Égypte est « *indeed precluded from legal actions that would presume the contrary of the tribunal's determination in the award* »³⁹⁴.

En conclusion, l'on se doit de noter que le tribunal a refusé de reconnaître une responsabilité supplémentaire de l'Égypte en raison des conséquences d'une expropriation. Cela est, comme le tribunal l'affirme, hors de son champ de compétence, l'argument n'ayant pas été soulevé lors des débats au fond de l'affaire³⁹⁵. Il aurait en effet été fort déplacé pour ce tribunal « d'inventer » des conséquences, principalement pécuniaires, de l'expropriation alors que le tribunal au fond avait calculé les dommages-intérêts correspondant à la violation du *BIT* anglo-égyptien sans l'évoquer. Il aurait outrepassé sa compétence. Il ne l'a pas fait et cette première sentence en interprétation sera donc le modèle, le maître étalon, de futurs tribunaux

³⁹² *Ibid.* au para. 123.

³⁹³ Voir pour la CEDH, entre autres, les affaires : *Handyside c. Royaume-Uni* (1976), 24 Cour Eur. D.H. (Sér. A) aux para. 62-63; *Sporrong et Lönnroth c. Suède* (1982), 52 Cour Eur. D.H. (Sér. A) au para. 63; *Papamichalopoulos c. Grèce* (1993), 260-B Cour Eur. D.H. (Sér. A) aux para. 44-45; *Matos e Silva, Lda. c. Portugal* (1996) 52 Cour Eur. D.H. (Sér. A) au para. 85. Toutes les décisions sont disponibles en ligne : CEDH <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>>; pour le tribunal des différends irano-américains voir notamment *Tippets, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran* (1984), Affaire n° 141-7-2, (1984-II) 6 IUSCTR 219 à la p. 225; *Payne c. Iran* (1986), Affaire n° 245-335-2, (1986-III) 12 IUSCTR 3 aux pp. 9-11; *Birnbaum c. Iran* (1993), Affaire n° 549-967-2, (1993) 29 IUSCTR 260 aux pp. 268-269.

³⁹⁴ *Wena (interprétation)*, *supra* note 373 au para. 125.

³⁹⁵ *Ibid.* aux para. 127-131.

pour son analyse rigoureuse, sans excès aucun, et pour son interprétation qui lève tous les doutes pouvant subsister sur le règlement de cette très longue affaire³⁹⁶.

J.F.

XV. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi, A.S. c. Pakistan*³⁹⁷

Composition du tribunal : Gabrielle Kaufmann-Kohler, présidente; Franklin Berman et Karl-Heinz Böckstiegel, arbitres.

C'est une décision sur la compétence particulièrement riche que les arbitres saisis du litige entre la société turque Bayindir Insaat Turizm Ticaret V^e Sanayi (Bayindir) et le Pakistan ont rendue le 14 novembre 2005. Elle tranche un grand nombre de questions, toutes d'actualité, méthodique et en portant une grande attention à la décomposition des arguments présentés et à la construction des réponses apportées.

Le différend entre les parties découle d'un contrat de construction (FIDIC) d'une autoroute reliant Islamabad à Peshawar signé en 1993 entre Bayindir et une entité pakistanaise publique, la National Highway Authority (NHA). Le contrat, ultérieurement amendé, puis nové dans un autre engagement en 1997, contenait une clause de règlement des différends complexe, permettant à Bayindir de saisir, *in fine*, un tribunal arbitral pakistanaise.

Le contrat a connu une exécution mouvementée avec des réclamations de part et d'autre. En définitive, le 23 avril 2001, la NHA a résilié le contrat et l'armée pakistanaise, déployée sur le site de construction, a expulsé les employés de Bayindir. En décembre 2002, la construction de l'autoroute a été confiée à une entreprise pakistanaise. Entre-temps, le 15 avril 2002, Bayindir saisissait le CIRDI d'un différend avec le Pakistan, sur le fondement du *Traité de protection et de promotion réciproque des investissements*³⁹⁸ entre le Pakistan et la Turquie (*BIT*).

Le Pakistan a formulé de nombreuses objections tenant tant à la compétence du tribunal arbitral qu'à la recevabilité des demandes de l'investisseur. Sur la compétence, le Pakistan soutient que Bayindir n'a pas réalisé d'investissement au Pakistan au sens du *BIT* et de la *Convention de Washington*, et que Bayindir n'allègue aucune violation du *BIT* ou, subsidiairement, que ces allégations sont *prima facie* infondées. Les fins de non-recevoir du Pakistan sont relatives au non-respect de la période de négociation amiable prévue au *BIT*, à la nécessité de surseoir à statuer en attendant que la procédure d'arbitrage interne pakistanaise aboutisse, au conflit de

³⁹⁶ Sur l'interprétation des sentences arbitrales de manière générale et sur la nécessité d'une telle procédure pour la clarté de l'arbitrage, voir Wolfgang Kühn, « Rectification et interprétation des sentences arbitrales » (1996) 7.2 Bull. Cour Int'l d'Arb. de la CCI 80.

³⁹⁷ *Bayindir*, *supra* note 166. Des extraits de la sentence sont traduits en français et commentés dans Gaillard, « CIRDI (2006) », *supra* note 71.

³⁹⁸ *Traité de protection et de promotion réciproque des investissements*, Pakistan et Turquie, 16 mars 1995 (entrée en vigueur : 3 septembre 1997) : CNUCED <http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/pakistan_turkey.pdf> [*BIT Pakistan-Turquie*].

conventions potentiel entre la *Convention de Washington* et la *Convention de New York* sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères à laquelle le Pakistan venait d'adhérer, et enfin, à l'impossibilité pour l'investisseur de soumettre des demandes fondées sur une violation du *BIT* alors qu'ils les avaient antérieurement caractérisées comme étant une violation du contrat d'investissement.

Nous suivrons, comme les arbitres, l'ordre des principales objections formulées par le Pakistan, sans faire de distinction entre les objections à la compétence et les fins de non-recevoir puisque, comme l'a rappelé la sentence intervenue dans l'affaire *LESI-Dipenta c. Algérie*³⁹⁹, citée par le tribunal : « *dans les procédures CIRDI, la distinction est sans portée pratique [...]; en effet, les recours à l'encontre de décisions rendue à propos de l'une ou de l'autre question ne sont pas différents, dans le système de la Convention* »⁴⁰⁰.

A. L'investisseur a-t-il respecté la période de négociation amiable prévue dans le *BIT*?

L'argument selon lequel l'investisseur n'a pas respecté la période de négociation amiable figurant généralement dans les traités de protection des investissements est souvent repris par les États dans les procédures du CIRDI. Ces traités contiennent en effet le plus souvent une période, plus ou moins longue, que les parties doivent respecter avant de soumettre leur différend au CIRDI. Ces traités imposent parfois aux parties une obligation de négociation durant cette période, également appelée « *cooling-off period* ». Les investisseurs cherchent souvent des moyens d'éviter d'attendre l'expiration de ce délai⁴⁰¹ en avançant divers arguments : caractère inutile des négociations, connaissance par l'État des difficultés sans qu'il soit nécessaire de l'en aviser formellement, etc. Les arbitres sont divisés sur l'attitude à adopter vis-à-vis du respect de ces exigences. Si certains imposent aux parties le respect scrupuleux des périodes de négociations amiables, la plupart, surtout en matière d'investissement où l'État n'est pas un partenaire comme un autre, appliquent une méthode plus souple (les exigences formelles des mises en demeure adressées à l'État sont interprétées largement) et plus pragmatique (lorsqu'il est établi que la négociation aurait été inutile). C'est cette dernière voie que le tribunal arbitral a choisi en soulignant que « *the requirement of notice contained in article 7 of the BIT should not be interpreted as a precondition to jurisdiction* ». En effet, pour le tribunal,

preventing the commencement of the arbitration proceedings until six month after [April 4] 2002 notification would, in the circumstances of this

³⁹⁹ *Consortium Groupement LESI – DIPENTA c. Algérie* (2005), Affaire n° ARB/03/8, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award32>> et également dans (2004) 19 ICSID Rev. – F.I.L.J. 427 [avec renvois au ICSID Rev. – F.I.L.J.], commentée par ailleurs dans cette chronique.

⁴⁰⁰ *Ibid.* à la p. 441.

⁴⁰¹ Voir par exemple la décision *Maffezini*, *supra* note 91, dans laquelle une question débattue était de savoir si l'investisseur chilien pouvait se prévaloir d'une clause de la nation la plus favorisée pour éviter d'attendre l'expiration d'une période de négociation amiable de dix-huit mois stipulée dans le traité de protection des investissements Chili/Espagne.

case, amount to an unnecessary, overly formalistic approach which would not serve to protect the any legitimate interests of the parties.

Nous ne pouvons qu'approuver cet aspect de la décision qui favorise la célérité de la procédure.

B. Bayindir a-t-elle réalisé un investissement au Pakistan?

Le tribunal a ensuite aisément écarté l'objection du Pakistan selon laquelle Bayindir n'aurait pas réalisé d'investissement au Pakistan, ni au sens du *BIT*, ni au sens de l'article 25(1) de la *Convention de Washington*. Le tribunal a retenu en premier lieu que la définition d'un investissement au sens du *BIT*, laquelle inclut « *every kind of assets* »⁴⁰², est très large. À ce sujet, le tribunal rappelle que certains auteurs ont même considéré qu'il s'agissait probablement de la plus large définition qui se retrouve dans les traités de protection des investissements⁴⁰³. La démonstration de Bayindir selon laquelle son projet au Pakistan comprenait bien des « *assets* » au sens du *BIT* est aisément adoptée par le tribunal⁴⁰⁴. Celui-ci a jugé, en second lieu, que la construction d'une autoroute par Bayindir est bien un investissement au sens de la *Convention de Washington*. Celle-ci ne définissant pas le terme, le tribunal, dont le président a déjà eu à connaître d'une affaire dans laquelle la construction d'une autoroute avait déjà été considérée comme étant un investissement⁴⁰⁵, applique ce qu'il appelle lui-même le « *Salini Test* ». On se souvient que, dans l'affaire *Salini c. Maroc*⁴⁰⁶, qui concernait également une question de construction d'autoroute, les arbitres avaient considéré que, pour pouvoir être qualifié d'investissement au sens de la *Convention de Washington*, un projet devait satisfaire aux exigences cumulatives suivantes : apports substantiels, certaine durée d'exécution, participation aux risques de l'opération et contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investisseur⁴⁰⁷. Le tribunal fait siennes ces conditions et les juge toutes remplies en l'espèce⁴⁰⁸. Sur cette question également, la démarche du tribunal doit être approuvée. Elle s'inscrit dans une conception médiane de la notion d'investissement au sens de la jurisprudence du CIRDI : ni trop libérale, ni trop stricte, la position du tribunal permet de résister à l'extension de la compétence du Centre que bien des investisseurs appellent de leurs vœux, tout en permettant des évolutions ultérieures, en fonction des projets soumis aux arbitres.

⁴⁰² *BIT Pakistan-Turquie*, supra note 398 art. 1(2).

⁴⁰³ *Bayindir*, supra note 166 au para. 113, citant Noah Rubins, « The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration » dans Horn et Kröll, *Arbitrating*, supra note 20, 292.

⁴⁰⁴ *Ibid.* aux para. 114-121.

⁴⁰⁵ Il s'agit de l'affaire *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (« Aucoven ») c. Venezuela* (2003), Affaire n° ARB/00/5 au para. 101, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/Award_Total.pdf>. Voir nos commentaires sur cette décision dans Fouret et Khayat, 16:2, supra note 66 à la p. 288.

⁴⁰⁶ *Salini SpA c. Maroc* (2001), supra note 111, extraits et commentaires dans Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, supra note 73 à la p. 621 et s., spécialement les pp. 637-639.

⁴⁰⁷ Voir *Salini SpA c. Maroc*, supra note 111 au para. 52 et le commentaire d'Emmanuel Gaillard, supra note 406 à la p. 636 et s., spécialement la p. 639.

⁴⁰⁸ *Bayindir*, supra note 166 aux para. 130-137.

C. Bayindir allègue-t-elle des violations du contrat d'investissement ou des violations du *BIT* par le Pakistan? Ces allégations sont-elles suffisamment soutenues par des arguments de fait et de droit?

La question est familière, sinon récurrente en droit des investissements⁴⁰⁹. L'argument du Pakistan, prévisible pour qui suit la matière, consiste à soutenir que les demandes de Bayindir, bien que fondées en apparence sur des violations du *BIT*, pour lesquelles le tribunal serait compétent, ne sont en réalité fondées *que* sur le contrat d'investissement. Dans ce dernier cas, selon le Pakistan, seul le juge désigné dans ce contrat serait compétent, en l'occurrence un tribunal arbitral pakistanais.

Si l'argument est classique, l'affaire *Bayindir c. Pakistan* contient néanmoins une particularité intéressante. Alors que l'investisseur turc avait, dans un premier temps, formulé des demandes contractuelles et, subsidiairement, soutenu qu'elles consistaient également en des violations du *BIT*, il a ensuite renoncé, à un stade très avancé de la procédure – au début de l'audience sur la compétence – à ses demandes contractuelles « pures ». L'affaire s'est donc trouvée amputée d'une partie de son intérêt sur cette question. S'il ne subsiste que des demandes fondées sur le *BIT*, il ne fait *a priori* pas de doute que le tribunal doit se déclarer compétent.

C'est effectivement ce que retiennent les arbitres, non sans avoir au préalable examiné les demandes de l'investisseur afin d'évaluer si, comme le demandait le Pakistan, il s'agissait effectivement de demandes fondées sur le *BIT* et non de réclamations contractuelles camouflées. En effet, dans certains cas, des investisseurs abordent les tribunaux du CIRDI avec des demandes contractuelles plus ou moins « habillées » en réclamations fondées sur le *BIT*. Dans l'affaire *Bayindir*, les arbitres ont visiblement cherché à prendre les devants en pratiquant un examen *prima facie* des demandes de l'investisseur qui dépasse le niveau généralement pratiqué par les

⁴⁰⁹ Voir parmi les nombreuses références : *Vivendi c. Argentine*, *supra* note 164. Voir nos commentaires sur la décision du comité *ad hoc* dans Fourret et Khayat, 15:2, *supra* note 195 à la p. 192; *Salini SpA c. Maroc*, *supra* note 111, commentaires d'Emmanuel Gaillard, *supra* note 73 à la p. 621; *CMS Gas Company c. Argentine (compétence)* (2003), Affaire n° ARB/01/8, 42 I.L.M. 788, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf> et nos commentaires, Fourret et Khayat, 16:2, *supra* note 66 à la p. 261; *SGS c. Pakistan*, *supra* note 306, Fourret et Khayat, *supra* note 66 à la p. 277; *Azurix Corp. c. Argentine (compétence)* (2003), Affaire n° ARB/01/12, en ligne : American Society of American Law <<http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>>, et nos commentaires, Fourret et Khayat, *Ibid.* à la p. 302; *Consortium R.F.C.C. c. Maroc* (2003), Affaire n° ARB/00/6, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award26>> et nos commentaires, Fourret et Khayat, *Ibid.* à la p. 312. Et en doctrine : Cremades et Cairns, *supra* note 306 à la p. 325; Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, *supra* note 73 aux pp. 815 et s. et 865 et s.; Emmanuel Gaillard, « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contractual Claims : The SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines Precedents » dans Weiler, *supra* note 87, 325; Stanimir Alexandrov, « Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines » (2004) 5: 4 J. World Inv't & Trade 555; J. Gill, M. Gearing, G. Birt, « Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. A Comparative Review of the SGS Cases » (2004) 21 J. Int'l Arb. 397; 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, Paris II, 2003 [à paraître].

tribunaux du CIRDI⁴¹⁰. L'effort du tribunal est louable. Il considère que la simple formulation de demandes fondées sur le *BIT* ne suffit pas pour qu'il se reconnaisse compétent. Au contraire, il confronte les demandes de Bayindir aux termes des dispositions du *BIT* soulevées par l'investisseur et en conclut à l'existence bien réelle de demandes fondées sur le *BIT*.

Mais il y a plus : le tribunal accède en effet à la demande pakistanaise d'examiner de manière encore plus détaillée les demandes de Bayindir afin de déterminer si elles sont suffisamment soutenues par des arguments factuels et juridiques. Certes, le tribunal ne se départit pas de la règle selon laquelle, au stade de l'examen de la compétence, sa fonction est de déterminer sa compétence sur le litige *tel que présenté* par l'investisseur. Selon les propres termes de la décision, « *the tribunal should be satisfied that, if the facts or the contentions alleged by Bayindir are ultimately proven true, they would be capable of constituting a violation of the BIT* »⁴¹¹.

L'examen qui s'ensuit est toutefois délicat. Il s'agit pour le tribunal d'établir si les allégations de Bayindir seraient constitutives de manquements pakistanais au *BIT* si elles étaient prouvées⁴¹². Un exemple permettra de saisir toute la difficulté de l'exercice : en conclusion de l'analyse – *prima facie* nous dit le tribunal – des demandes de Bayindir au regard de l'obligation d'accorder à son investissement un traitement juste et équitable, le tribunal relève que « *under these circumstances, the tribunal considers that, if proven, Pakistan's alleged change in its general policy towards Bayindir's investment is capable of constituting a breach of Pakistan's obligations to accord fair and equitable treatment* ». Il nous semble qu'en statuant ainsi, le tribunal a d'ores et déjà examiné la partie juridique de l'argumentation de Bayindir et l'a de surcroît validée. En effet, le seul aspect que le tribunal n'ait pas encore examiné est celui des preuves avancées par les parties. Si ces preuves sont convaincantes, elles viendront, au fond, soutenir l'analyse juridique déjà posée dans la décision sur la compétence. Or, si nous comprenons aisément que les tribunaux du CIRDI ont de plus en plus intérêt à ce que les demandes des investisseurs soient *prima facie* viables, il n'en reste pas moins que l'instruction de l'aspect juridique de ces demandes dès le stade de la compétence nous semble quelque peu prématuré. Il y a en effet fort à parier que la sentence sur le fond ne pourra pas se délier de l'analyse déjà posée par la décision sur la compétence. Cette dépendance de la sentence sur la décision, sur des questions de fond, ne nous semble pas utile.

D. La compétence du tribunal entraînera-t-elle un manquement du Pakistan à ses obligations en vertu de la *Convention de New York*?

Le tribunal n'a aucune difficulté à écarter l'argument pakistanais selon lequel la compétence du tribunal du CIRDI, qu'il estime concurrente à celle du tribunal arbitral de droit local saisi du litige contractuel, aura des conséquences directes sur les

⁴¹⁰ *Bayindir*, *supra* note 166 aux para. 152-167.

⁴¹¹ *Ibid.* au para. 194.

⁴¹² *Ibid.* aux para. 200-264.

engagements pris par le Pakistan en application de la *Convention de New York* sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Le tribunal a en effet rappelé que, d'une part, le litige porté devant lui et devant les arbitres pakistanais n'est pas le même, le second étant purement contractuel tandis que le premier, depuis que l'investisseur a abandonné ses demandes au titre du contrat, est exclusivement relatif à l'application du *BIT*. Par ailleurs, quand bien même le tribunal ordonnerait aux parties d'obtenir une suspension de l'arbitrage local, cette ordonnance n'imposerait en aucune manière au Pakistan de renier ses engagements internationaux vis-à-vis de la sentence de ce tribunal. L'analyse est efficace et mérite une approbation complète. Le Pakistan cherchait visiblement à faire feu de tout bois en soulevant cet argument, certes inhabituel, mais néanmoins bien peu convaincant.

E. Le tribunal doit-il surseoir à statuer en attendant que le tribunal arbitral local se prononce sur le litige contractuel?

À titre subsidiaire, le Pakistan a soutenu que, si le tribunal devait se reconnaître compétent, il devra alors surseoir à statuer en attendant que le tribunal arbitral local se prononce sur le principe et l'étendue de la responsabilité éventuelle du Pakistan à l'égard de Bayindir, sur le fondement du contrat. En se prévalant de la sentence *SGS c. Philippines*⁴¹³, le Pakistan a argué qu'il s'agissait là du seul moyen d'éviter une double indemnisation de l'investisseur au cas où il convaincrerait les deux tribunaux du bien-fondé de ses arguments. Le tribunal n'a justement pas retenu cet argument : dans la droite ligne de la distinction entre les demandes issues du contrat et celles issues du *BIT*, il a conclu que, d'une part, aucune disposition de la *Convention* ne lui impose un tel sursis et surtout qu'il ne saurait y avoir double indemnisation dès lors que les préjudices sont distincts. En décider autrement, selon le tribunal qui cite Emmanuel Gaillard, reviendrait à vider le mécanisme de règlement des différends du CIRDI de son sens⁴¹⁴.

En conclusion, la décision rendue dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan* ne renouvelle pas fondamentalement les principes établis par la jurisprudence dans les domaines abordés. Il nous semble toutefois que l'examen à notre avis trop détaillé du caractère « plausible » des demandes de l'investisseur a empiété quelque peu sur la sentence au fond à venir, laquelle se contenterait de reprendre les arguments juridiques déjà développés et se limiterait à l'évaluation des preuves apportées par les deux parties. Même si cette méthode devrait contribuer à limiter le nombre d'affaires qui sont examinées au fond, elle nous semble porteuse d'une analyse prématurée à ce stade.

D.K.

⁴¹³ *SGS Société générale de surveillance SA c. Philippines* (2004), Affaire no ARB/02/6, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>> et nos commentaires dans Fouret et Khayat, 17:1, *supra* note 47 à la p. 170.

⁴¹⁴ *Bayindir*, *supra* note 166 au para. 273.

