

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

Par Julien Fouret et
Me Dany Khayat***

Plusieurs éléments marquants illustrent cette année 2006 au CIRDI. Tout d’abord, comme annoncé dans le numéro 18.2, le CIRDI connaît désormais un rythme d’enregistrement des affaires quasiment stable avec près de vingt-cinq affaires par an depuis deux ans, confirmant le tassement des nouvelles demandes. En 2006, vingt-trois nouvelles affaires ont été enregistrées, dont deux fondées sur le *Règlement du Mécanisme supplémentaire*¹.

Le deuxième élément marquant ne concerne pas l’entrée en vigueur de la *Convention de Washington*² à l’égard d’un 143^e État, la Syrie, le 24 février 2006, conséquence logique de la signature par ce pays de la *Convention* en date du 25 mai 2005. C’est plutôt le 156^e État à signer ce traité, à savoir le Canada, en date du 15 décembre 2006, qui retient l’attention. Le Canada faisait partie des États ayant participé à la négociation de la *Convention* dans les années 1960, mais le

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

** 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 Droit international (Paris II).

¹ *Spyridon Roussalis c. Roumanie* (2006), Affaire n° ARB/06/1 (CIRDI); *Quimica e Industrial del Borax Ltda. et autres c. Bolivie* (2006), Affaire n° ARB/06/2 (CIRDI); *The Rompetrol Group N.C. c. Roumanie* (2006), Affaire n° ARB/06/3 (CIRDI); *Vestey Group Ltd c. Venezuela* (2006), Affaire n° AB/06/4 (CIRDI); *Phoenix Action Ltd c. République tchèque* (2006), Affaire n° ARB/06/5 (CIRDI); *Rail World LLC et autres c. Estonie* (2006), Affaire n° ARB/06/6 (CIRDI); *Togo Electricité c. Togo* (2006), Affaire n° ARB/06/7 (CIRDI); *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. Kirghizistan* (2006), Affaire n° ARB(AF)/06/1 (CIRDI); *Libananco Holdings Co. Limited c. Turquie* (2006), Affaire n° ARB/06/8 (CIRDI); *Branimir Mensik c. Slovaquie* (2006), Affaire n° ARB/06/9 (CIRDI); *Chevron Block Twelve & Chevron Blocks Thirteen and Fourteen c. Bangladesh* (2006), Affaire n° ARB/06/10 (CIRDI); *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. Équateur* (2006), Affaire n° ARB/06/11 (CIRDI); *Scancem International ANS c. Congo* (2006), Affaire n° ARB/06/12 (CIRDI); *Aguaytia Energy, LLC c. Pérou* (2006), Affaire n° ARB/06/13 (CIRDI); *Shell Brands International AG et Shell Nicaragua S.A. c. Nicaragua* (2006), Affaire n° ARB/06/14 (CIRDI); *Azpetrol International Holdings B.C., Azpetrol Group B.C. et Azpetrol Oil Services Group B.C. c. Azerbaïdjan* (2006), Affaire n° ARB/06/15 (CIRDI); *Barmek Holding A.S. c. Azerbaïdjan* (2006), Affaire n° ARB/06/16 (CIRDI); *Técnicas Reunidas, S.A. and Eurocontrol, S.A. c. Équateur* (2006), Affaire n° ARB/06/17 (CIRDI); *Cementownia « Nowa Huta » S.A. c. Turquie* (2006), Affaire n° ARB(AF)/06/2 (CIRDI); *Joseph C. Lemire c. Ukraine* (2006), Affaire n° ARB/06/18 (CIRDI); *Nations Energy, Inc. et autres c. Panama* (2006), Affaire n° ARB/06/19 (CIRDI); *Newmont USA Limited et Newmont (Uzbekistan) Limited c. Ouzbékistan* (2006), Affaire n° ARB/06/20 (CIRDI); *City Oriente Limited c. Équateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (2006), Affaire n° ARB/06/21 (CIRDI).

² *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 [Convention de Washington].

gouvernement fédéral avait décidé de prendre le temps qu'il jugeait nécessaire pour consulter les provinces et les territoires afin d'obtenir un consensus avant de signer la *Convention*. C'est aujourd'hui chose faite, comme l'illustre l'adoption en 2006, par trois provinces, de législations destinées à mettre en œuvre la *Convention*³. Les acteurs économiques ont été largement consultés avant cette signature et sont désormais, tout comme les provinces, largement en faveur d'une telle adhésion⁴. L'adhésion du Canada permettra donc probablement au CIRDI de devenir le mode de règlement le plus utilisé dans les différends relevant de l'*ALÉNA*⁵, avec bientôt deux États sur trois parties à la *Convention de Washington*. Il ne reste plus qu'au Mexique à suivre le même chemin.

Le troisième élément marquant est l'arrivée d'un nouveau secrétaire général du CIRDI. Après la démission de Roberto Daniño le 31 janvier 2006, on désigna Scott White à titre d'*acting secretary-general* pour éviter une période de vacance. La nomination du nouveau secrétaire général a été effectuée en juin par le président de la Banque mondiale et son élection par le Conseil administratif s'est déroulée le 20 septembre 2006 : il s'agit d'Ana Palacio, ancienne ministre des Affaires étrangères de l'Espagne. Nous ne pouvons toutefois déplorer que celle-ci ne soit toujours pas à plein temps au CIRDI puisque ses occupations principales sont au sein de la Banque mondiale⁶.

Le quatrième élément marquant est l'entrée en vigueur du *Règlement d'arbitrage* modifié le 10 avril 2006. Six articles ont été amendés afin d'améliorer la rapidité des procédures, la transparence et enfin donner un cadre juridique à la possibilité pour les tribunaux arbitraux de recevoir des *amicus curiae*⁷.

À la fin décembre 2006, le Centre avait enregistré un total de deux cent vingt-deux affaires depuis l'entrée en vigueur de la *Convention* en 1966. En outre, au

³ La Colombie-Britannique, la Saskatchewan et Terre-Neuve-et-Labrador sont les trois provinces qui ont adopté ces législations en 2006. L'Ontario et le Nunavut avaient déjà pris des dispositions similaires. Le gouvernement fédéral annonce par conséquent qu'il continuera « d'encourager les provinces et les territoires qui n'ont pas encore passé de loi de mise en œuvre de la *Convention* à le faire ». Voir le communiqué de presse émis lors de la signature de la *Convention* : Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada, Communiqué n° 160, « Le Canada signe la *Convention internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements* » (19 décembre 2006), en ligne : Affaires étrangères et Commerce international Canada <http://w01.international.gc.ca/minpub/Publication.aspx?isRedirect=True&publication_id=384696&Language=F&docnumber=160>.

⁴ Voir le numéro spécial de la *Global Arbitration Review* de mars 2007 sur le Canada et l'arbitrage et particulièrement les questions à Meg Kinnear : (2007) 2.1 *Global Arbitration Review* 14.

⁵ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2 (entrée en vigueur : 1 janvier 1994) [*ALÉNA*].

⁶ Voir David Samuels et James Clasper, « ICSID Deserves a Full-Time Leader » (2006) 1.4 *Global Arbitration Review* 8 à la p.14 et, plus largement, les problématiques liens entre la Banque mondiale et le CIRDI dans Julien Fouret, « The World Bank and ICSID : Family or Incestuous Ties? » (2007) 4.1 *International Organizations Law Review* (à paraître, 1^{er} semestre 2007) [Fouret, « World Bank »].

⁷ Ce sont les articles 6, 32, 37, 39, 41 et 48. Pour un commentaire sur ces amendements, voir Fouret, *ibid.*; Abby Cohen Smutny et Erika Serran, « The Amended ICSID Rules – In Brief », (2006) 1.4 *Global Arbitration Review* 29; Emmanuel Gaillard, « Amended Arbitration Rules Now in Effect for Investment Disputes » (2006) N.Y.L.J. 3.

31 décembre 2006, cent huit autres étaient toujours pendantes. Si l'enregistrement de nouvelles affaires est demeuré stable, le nombre des décisions, ordonnances et sentences rendues en 2006 est très important et reflète l'augmentation de l'activité du centre par rapport aux années précédentes. En effet, douze décisions sur la compétence, onze ordonnances de procédure d'importance, sept sentences au fond, une décision de rectification et enfin une décision d'annulation ont été publiées cette année⁸. Ces trente-deux « décisions » seront abordées, individuellement ou conjointement, dans la présente chronique.

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

I. Ordonnances du 22 décembre 2005 et du 22 février 2006

Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador), Affaire n° ARB/01/10 (CIRDI)⁹

Comité ad hoc : Judd Kessler, président; Piero Bernardini et Gonzalo Biggs, membres.

À titre liminaire, nous devons mentionner deux éléments qui surprennent *prima facie*. En premier lieu, ces ordonnances sont les premiers éléments rendus publics dans cette procédure démarrée en 2001. La sentence sur le fond n'ayant pas été publiée, il est intéressant de noter que certaines parties choisissent désormais de donner leur aval pour la publication lors de la phase d'annulation¹⁰. Cela ne nous permet cependant ni d'avoir une idée précise des faits ni d'obtenir de précisions sur le raisonnement juridique du tribunal arbitral. Le second élément que l'on peut noter

⁸ Deux sentences, une décision d'annulation, une décision sur la compétence et un rapport de conciliation n'ont pas été publiés : *Consortium R.F.C.C. c. Maroc* (2006), Affaire n° ARB/00/6 (CIRDI), décision du comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de la sentence présentée par le demandeur du 18 janvier 2006, en ligne : International Centre for Settlement of Investment Disputes <<http://www.worldbank.org/icsid>>; *F-W Oil Interests, Inc. c. Trinidad & Tobago* (2006), Affaire n° ARB/01/14 (CIRDI), en ligne : International Centre for Settlement of Investment Disputes <<http://www.worldbank.org/icsid>>; *Togo Electricité c. Togo* (2005), Affaire n° CONC/05/1 (CIRDI), rapport de la commission de conciliation du 6 avril 2006, en ligne : International Center for Settlement of Investment Disputes <<http://www.worldbank.org/icsid>>; *Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique* (2003), Affaire n° ARB(AF)/02/1 (CIRDI), sentence du 17 juillet 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>>; *Helnan International Hotels A/S c. Égypte* (2006), Affaire n° ARB/05/19 (CIRDI), décision sur la compétence du 17 octobre 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>>.

⁹ *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* (2005-2006), Affaire n° ARB/01/10 (CIRDI), ordonnances de procédure n°1 du 22 décembre 2005 et n°4 du 22 février 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Repsol*].

¹⁰ Cette « anomalie » est déjà apparue précédemment dans l'affaire *Patrick Mitchell c. Congo* (2004), Affaire n° ARB/99/7 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Mitchell*] dans laquelle toute la procédure d'annulation a été rendue publique, contrairement au fond. Voir nos commentaires sur la décision du comité au chapitre XVIII et nos commentaires sur la demande de suspension d'exécution ci-dessous; Julien Fourret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fourret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2004) 17.2 R.Q.D.I. 183 aux pp. 231-239 [Fourret et Khayat 17.2].

concerne le contenu de ces ordonnances. En effet, elles portent sur des demandes de suspension d'exécution de la sentence au fond. Généralement, cette question est traitée dans des décisions¹¹ et non pas dans des ordonnances, mais nous pensons que, dans la pratique, cela ne changera pas forcément la portée de ces dernières. Il ne s'agit que d'un choix terminologique effectué arbitrairement par le comité¹².

La première ordonnance de décembre 2005 est intéressante au point de vue de la « jurisprudence » en matière de suspension d'exécution d'une sentence arbitrale et d'octroi d'une garantie de paiement. Nous pensons, et déplorons, qu'au vu des décisions dans *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo* ou dans *MTD c. Chili*, rendues en 2004 et en 2005, il devenait de plus en plus difficile d'obtenir une garantie bancaire malgré la quasi-automaticité de la suspension d'exécution¹³. La jurisprudence antérieure était pourtant majoritairement favorable à un équilibre entre les parties, permettant d'accéder aux demandes de chacune¹⁴. La présente ordonnance affirme que les errements récents étaient justifiés par les faits respectifs de chaque affaire. Autrement dit, si les dernières décisions n'ont pas accordé de garanties bancaires, c'est parce que les montants en jeu étaient faibles et qu'une garantie devenait donc superflue¹⁵. Si l'on peut contester cette approche purement financière, niant la symbolique de l'équilibre entre les parties, il n'en reste pas moins qu'il faut saluer la décision qui suspend l'exécution mais conditionne cette suspension à une garantie de paiement « inconditionnelle et irrévocable », incluant les intérêts dus, déposée dans une banque internationale¹⁶. Si certains ont fortement déploré le manque d'argumentation explicite et la transformation de la garantie d'une conséquence de la suspension à une condition de l'octroi de celle-ci, nous ne pensons pas que cela soit entièrement justifié¹⁷. On aurait pu s'attendre à plus de motivation mais la préférence donnée à une ordonnance au détriment d'une décision est vraisemblablement la première explication à cette concision choisie sciemment, à notre avis, par le comité. Quant à la détermination de la nature des garanties, nous pensons qu'elle a souvent été plus proche d'une condition de la suspension, ce qui est souhaitable, que d'une conséquence de celle-ci. Cela permet, en outre, de mettre en

¹¹ L'utilisation du terme « décision » fait peut-être écho aux termes de l'article 52 (5) de la *Convention de Washington*, *supra* note 2, qui stipule que le comité « décide » de suspendre.

¹² Voir par exemple ci-dessous la section XII de la présente chronique dans laquelle c'est une décision pour la suspension d'exécution qui est rendue.

¹³ Voir nos commentaires sur *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chili S.A. c. Chili* (2005), Affaire n° ARB/01/7 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*MTD*] 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 (2005) 18.2 R.Q.D.I. 271 à la p. 361 [Fouret et Khayat 18.2]. Voir aussi Julien Cazala, « Exécution provisoire des sentences et procédures d'annulation » dans Ibrahim Fadlallah, Charles Leben et Éric Teynier, « Investissements internationaux et arbitrage » (2006) 348 *Gazette du Palais* 30 [Fadlallah, Leben et Teynier], 35 [Cazala].

¹⁴ Paul Friedland, « Stay of Enforcement of the Arbitral Award Pending ICSID Annulment Proceedings » dans Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, dir., *Annulment of ICSID Awards: A Joint IAI-ASIL Conference, Washington, DC, April 1, 2003*, Huntington, Juris; New York, International Arbitration Institute, 2004 [Banifatemi et Gaillard] aux pp. 177-185.

¹⁵ *Repsol*, *supra* note 9, ordonnance n° 1 au para. 9.

¹⁶ *Ibid.* au para. 10.

¹⁷ Cazala, *supra* note 13 à la p. 36.

place les sanctions de l'Ordonnance n° 4 décrite ci-après. Ce retour à l'équilibre doit, nous semble-t-il, être salué et les termes péremptaires, présentant la nécessité logique d'un équilibre entre les parties, sauront inspirer de futurs comités.

La seconde ordonnance commentée date de février 2006 et symbolise la nécessité de la garantie en cas de suspension. Cette ordonnance est en fait la quatrième du comité, les deux précédentes ayant été rendues afin d'accorder des délais supplémentaires à Petroecuador pour déposer sa garantie de paiement dans une banque. Le comité a accepté cette extension en raison de l'importance de cette garantie pour les deux parties¹⁸. Cependant, au 1^{er} février 2006, la date fixée par le comité, la garantie n'avait toujours pas été déposée. En toute logique, les membres décident de ne plus accorder la suspension d'exécution à l'État car ce dernier n'a pas respecté les conditions qui étaient posées pour qu'elle lui soit accordée¹⁹. Cette décision est dialectique et réaffirme très clairement que la suspension d'exécution n'est pas accordée de droit mais est une possibilité offerte aux comités et que les conditions posées doivent être respectées de manière impérative. Le comité aurait pu faire sienne la phrase de Paul Friedland : « *[a] discretionary stay of enforcement pending an annulment application should be obtainable only at cost. The cost should be a bond* »²⁰. Ceci est en effet nécessaire afin de respecter l'équilibre de puissance entre les parties à un arbitrage CIRDI.

J.F.

II. Sentences du 31 janvier 2006

Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Jordanie, Affaire n° ARB/02/13 (CIRDI)²¹

Composition du tribunal : Gilbert Guillaume, président; Bernardo Cremades et Ian Sinclair, arbitres.

La sentence *Salini* est originale en matière de décisions arbitrales rendues sous l'égide du CIRDI en ce qu'elle est fondée presque exclusivement sur une analyse de droit international public. Si les solutions dégagées ne sont ni nouvelles ni surprenantes, la sentence montre bien à quel point les arbitrages dans le domaine des investissements internationaux, dans lesquels un État est partie au différend, sont imprégnés de cette matière, par exemple pour ce qui est de l'interprétation des traités ou des engagements internationaux des États, mais également des relations internationales. La sentence *Salini* reflète bien ce constat.

¹⁸ *Repsol*, *supra* note 9, Ordonnance n° 4 aux para. 17-18.

¹⁹ *Ibid.* au para. 19.

²⁰ *Friedland*, *supra* note 14 à la p. 185.

²¹ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Jordanie* (2006), Affaire n° ARB/02/13 (CIRDI), sentence du 31 janvier 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Salini*].

Rappelons que les sociétés Salini et Italstrade, de nationalité italienne, avaient initié un arbitrage contre la Jordanie sur le fondement du *Traité de protection des investissements* conclu en 1996 entre l'Italie et la Jordanie (le *BIT*)²². Le litige portait sur l'application d'un contrat pour la construction d'un barrage conclu entre les investisseurs italiens et le ministère jordanien de l'Eau et de l'Irrigation. Bien que les travaux aient été intégralement réalisés, les parties étaient en désaccord sur le paiement de certains montants restant dus.

Dans une décision sur la compétence rendue le 29 novembre 2004, le tribunal arbitral ne s'était reconnu compétent que sur une partie des demandes des investisseurs²³. Le tribunal refusait en effet de connaître des réclamations au titre du contrat malgré la présence d'une *umbrella clause*²⁴. Il n'acceptait de statuer que sur l'allégation selon laquelle la Jordanie aurait manqué à ses engagements au titre du *BIT* en refusant de respecter un accord conclu avec l'Italie. Pour les demanderesses, cet accord aurait comporté le consentement de la Jordanie à soumettre le différend avec les investisseurs à l'arbitrage international. En reniant son engagement, la Jordanie aurait donc manqué à son obligation résultant du *BIT* de leur assurer un traitement juste et équitable ainsi que de garantir le respect de bonne foi des engagements pris.

Les investisseurs italiens accèdent ainsi au fond amputés de leurs demandes contractuelles, c'est-à-dire d'une partie substantielle de leur dossier. C'est pour cette raison qu'au lendemain du prononcé de la décision sur la compétence, les investisseurs écrivaient au tribunal pour indiquer qu'elles n'étaient pas sûres de maintenir leurs demandes dans les limites très étroites fixées par la décision sur la compétence. En effet, s'il était aisé pour les investisseurs de prouver et de quantifier le préjudice subi au titre de l'inexécution contractuelle, la détermination du préjudice résultant de l'opposition de la Jordanie à soumettre le litige à un tribunal arbitral international – seule demande dans le champ de compétence du tribunal – était autrement plus délicate. En définitive, les sociétés italiennes n'ont maintenu qu'une demande symbolique en ne réclamant d'autre indemnisation que le paiement des coûts de la procédure.

Les sociétés italiennes se prévalaient d'une entente qui aurait été conclue lors d'une réunion tenue en février 2000 entre D'Alema, le premier ministre italien, et

²² *Agreement Between the Government of Haschemite Kingdom of Jordan and the Government of the Italian Republic on the Promotion and Protection of Investment*, 21 juillet 1996, en ligne : Investment Instruments Online, <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

²³ Voir nos observations dans Fourret et Khayat 17.2, *supra* note 10 à la p. 268.

²⁴ Sur la question des *umbrella clauses* ou clauses de respect des engagements, voir les commentaires des décisions *El Paso Energy International Company c. Argentine* (2006), Affaire n° ARB/03/15 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*El Paso*]; *Pan American Energy LLC, and BC Argentina Exploration Company c. Argentine* (2006), Affaire n° ARB/03/13 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Pan American I*] et *LG&E c. Argentine* (2006), Affaire n° ARB/02/1 (CIRDI), sentence du 4 octobre 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*LG&E*] commentées dans la présente chronique. Il est à noter que la décision sur la compétence du 29 novembre 2004 reflétait une position médiane sur la question – encore controversée – à l'effet de donner aux clauses de respect des engagements dans la mesure où le libellé de la clause du BIT en question (article 2 (4)) était peu contraignant.

Rawabdeh, son homologue jordanien. Un accord oral serait alors intervenu entre les deux États en vertu duquel les autorités jordaniennes acceptaient de soumettre le différend à l'arbitrage international. Pour la Jordanie, bien au contraire, il n'a été question que d'arbitrage local, en application du droit jordanien, lors de cet entretien.

La question que devait trancher le tribunal était ainsi bien circonscrite : dans quelle mesure y avait-il eu accord entre l'Italie et la Jordanie sur la soumission du litige entre les investisseurs et la Jordanie à l'arbitrage international?

Comme indiqué précédemment, la réponse à cette question intéresse exclusivement le droit international public. On ne manquera d'ailleurs pas de relever la marque du président du tribunal, le juge Gilbert Guillaume, ancien président de la Cour internationale de justice (CIJ), dans la rédaction de la sentence.

De manière tout à fait classique et justifiée, le tribunal a jugé que les preuves invoquées par les investisseurs étaient insuffisantes pour retenir que l'Italie et la Jordanie étaient parvenues à un accord contraignant sur la question de la soumission du différend entre Salini, Italstrade et la Jordanie à l'arbitrage international.

Le raisonnement et les arguments du tribunal sont convaincants. Après avoir déterminé que le fardeau de la preuve reposait sur les demanderesse²⁵, le tribunal a retenu qu'un accord oral pouvait, en droit international public, être créateur d'obligations même s'il reconnaissait que la pratique était peu développée sur cette question²⁶. Il était toutefois nécessaire que la preuve du consentement des deux États à l'accord soit rapportée. La précision était cruciale dans la mesure où la réunion de février 2000 entre le premier ministre italien et le premier ministre jordanien n'a donné lieu à aucun communiqué commun. Le contenu même de la réunion n'ayant pas fait l'objet d'une retranscription officielle, les parties ont dû se contenter de témoignages et de preuves indirectes.

Le tribunal n'a pas été convaincu par la présentation des investisseurs. Ceux-ci ont dû se contenter de preuves émanant uniquement des autorités italiennes. Dans ces conditions, les attestations et témoignages en sens contraire présentés par la Jordanie ont suffi pour que le tribunal retienne qu'il était face à « *a situation in which the unilateral declarations or letters submitted to it give a completely different picture of the result of the meeting between the two prime ministers* ». Il en conclut que

*[t]he Claimants thus fail to prove that a binding agreement had been orally concluded in February 2000 between the prime minister of Italy and the prime minister of Jordan to submit the dispute between Salini Costruttori S.p.A. and JVA to arbitration.*²⁷

La solution est entièrement justifiée et repose sur la notion admise de longue date que l'engagement unilatéral d'un État est insuffisant à créer une obligation à la

²⁵ *Salini*, supra note 21 aux para. 70-75.

²⁶ *Ibid.* aux para. 76-80.

²⁷ *Ibid.* aux para. 99-100.

charge d'un autre État. Comme le rappellent Patrick Daillier et Alain Pellet, « [l]e principe est évidemment que les actes unilatéraux de l'État ne sont pas opposables aux autres États sans le consentement de ces derniers, les rapports entre souverains ne pouvant être des relations de subordination »²⁸. L'application de ce principe aux faits de l'espèce est à approuver intégralement et le tribunal a été unanime sur la question.

Concluons en mentionnant la déclaration qu'Ian Sinclair a souhaité joindre à la sentence. Il y estime que les coûts de la procédure au fond, qui ont été répartis équitablement entre les parties, auraient dû être mis à la charge des investisseurs dont toutes les demandes ont été rejetées. Il est vrai que cette solution sévère aurait pu être préférable au vu de l'issue sans équivoque de cette affaire.

D.K.

III. Décision du 1^{er} février 2006 (compétence)

Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c. Pérou, Affaire n° ARB/03/28 (CIRDI)²⁹

Composition du tribunal : L.Y. Fortier, président; Pedro Nikken et Guido Tawil, arbitres.

La décision sur la compétence rendue le 1^{er} février 2006 dans l'affaire *Duke* résulte d'un litige opposant l'investisseur, Duke Energy International Peru Investments (ci-après « DEI »), une société immatriculée aux Bermudes, au Pérou dans le contexte de la privatisation, à la fin des années 1990 d'Electroperu, une société jusqu'alors détenue par l'État et chargée de la production, de la distribution et de la vente d'électricité dans ce pays.

Les conditions de la privatisation d'Electroperu et de l'investissement de DEI sont relativement complexes. Pour les besoins du présent commentaire, il suffit de dire que DEI a acquis en 1999 près de 99 % du capital d'Egenor, une société issue du démembrement d'Electroperu. Un contrat de stabilisation a été conclu entre DEI et l'État péruvien par lequel ce dernier garantissait notamment que le cadre juridique existant au moment de l'investissement ne serait pas modifié unilatéralement³⁰.

Le contrat de stabilisation contenait une clause de règlement des différends renvoyant les parties à l'arbitrage CIRDI en cas de litige. C'est cette clause qui fonde, selon l'investisseur, la compétence du tribunal. Il s'agit là de l'une des rares affaires portées devant le CIRDI sur le fondement d'une clause contractuelle de règlement des

²⁸ Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002 au para. 240 [Daillier et Pellet].

²⁹ *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c. Pérou* (2006), Affaire n° ARB/03/28 (CIRDI), décision sur compétence du 1^{er} février 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [Duke].

³⁰ Le contenu exact de cette clause est cité par le tribunal au para. 85 de la décision.

différents, la majorité des affaires étant fondées sur les dispositions de traités bilatéraux de protection des investissements³¹.

DEI a initié un arbitrage après avoir été l'objet d'un redressement fiscal confirmé par les tribunaux péruviens qui l'ont condamné à payer une somme de plus de vingt-six millions de dollars. C'est ce redressement fiscal et cette condamnation qui sont contestés devant le tribunal en tant que violation des dispositions du contrat de stabilisation conclu avec l'État péruvien.

Notons qu'il est aussi relativement exceptionnel qu'un litige résultant de l'application d'un contrat de stabilisation soit porté devant le CIRDI³². Le tribunal ayant retenu sa compétence dans la décision commentée, la sentence au fond à intervenir sera probablement intéressante pour ce qui est de l'application de ce type de contrats dont la validité est aujourd'hui admise sans difficulté³³.

À ce stade de la procédure, les arbitres n'ont eu à se pencher que sur les objections à la compétence présentées par le Pérou. Si la question de la compétence *ratione temporis* du tribunal et de l'admissibilité de demandes déjà soumises par l'investisseur à des juridictions péruviennes sont aisément écartées et ne présentent pas d'intérêt particulier³⁴, celle de la compétence *ratione materiae* du tribunal mérite une analyse succincte.

³¹ Sur le sujet du nombre croissant d'affaires fondées sur des traités bilatéraux de protection des investissements, voir l'introduction de l'ouvrage d'Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, A. Pedone, 2004 aux pp. 1-9 [Gaillard, *Jurisprudence*].

³² Voir surtout l'affaire *Liberian Eastern Timber Corporation c. Liberia* (1986), Affaire n° ARB/83/2 (CIRDI), dont la sentence rendue le 31 mars 1986 est publiée au (1987) 26 I.L.M. 647, et en extraits traduits en français avec les commentaires d'Emmanuel Gaillard, notamment quant à la question des clauses de stabilisation, dans Gaillard, *Jurisprudence*, *ibid.* aux pp. 214-215.

³³ Voir, sur la question de la validité des clauses de stabilisation au regard du principe de souveraineté des États, Prosper Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérés dans les accords de développement économique » dans *La communauté internationale - Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, A. Pedone, 1974 à la p. 301; Jean-Flavien Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées : Développements récents » (1983) 181-III Rec. des Cours 9. Plus généralement, sur les clauses de stabilisation en arbitrage international, voir Abdullah Faruque, « Validity and Effects of Stabilization Clauses » (2006) 23 J. Int'l Arb. 317; Andrea Giardina, « Clauses de Stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire? » 2003 3 Rev. Arb. 647; Sébastien Manciaux, « Changement de législation fiscale et arbitrage international » (2001) 2 Rev. Arb. 311; Abba Kolo et Thomas W. Wälde, « Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects » (2000) 5 J. World Inv't 47; Piero Bernardini, « The Renegotiation of the Investment Contract » (1998) *Foreign Investment Law Journal* 411; S.K. Chatterjee, « The Stabilisation Clause Myth in Investment Agreements » (1988) 5.4 J. Int'l Arb 97; Muthucumaraswamy Sornarajah, « Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts » (1988) 5.2 J. Int'l Arb. 97; Pierre Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État » (1986) 113 J.D.I. 5.

³⁴ Le tribunal retient de manière classique, sur la question de la compétence *ratione temporis*, que la date à prendre en compte est bien celle à laquelle le litige est né et non celle où les faits litigieux se sont déroulés : *Duke*, *supra* note 29 aux para. 146-150, et cette solution est transposable en matière de BIT. Sur la question de l'admissibilité, le raisonnement, tout aussi classique, consiste à distinguer entre ce qui a été demandé devant les juridictions péruviennes et ce qui est demandé devant les arbitres et à constater qu'il n'y a aucune correspondance, *Duke*, *supra* note 29 aux para. 152-167.

L'objection à la compétence *ratione materiae* du tribunal peut se résumer de la manière suivante : selon le Pérou, le contrat de stabilisation ne concerne que l'investissement de DEI dans un véhicule de droit péruvien détenu par l'État à 100 % (DEI Peru Holdings). Or, cet investissement n'est nullement concerné par le redressement fiscal qui a affecté Egenor, l'entreprise acquise par DEI dans le cadre de la privatisation. Dès lors, la clause de règlement des différends visant le CIRDI, contenue dans le contrat de stabilisation, ne pouvait concerner le redressement fiscal et le tribunal devait de ce fait se déclarer incompétent sur cette question.

Au contraire, pour l'investisseur, le tribunal doit considérer l'opération d'investissement au Pérou dans son ensemble sans s'attarder aux subtilités du montage créé à cette occasion. Ce faisant, l'investisseur appelle le tribunal à dépasser le cadre formel du contrat de stabilisation dont les effets devraient, à son avis, s'étendre à l'investissement de DEI dans son ensemble et, par conséquent, aux mesures fiscales qui l'ont affecté.

Au terme d'une analyse très détaillée de l'opération d'investissement en cause, le tribunal admet la position de l'investisseur et se reconnaît compétent pour trancher au fond la question de savoir si le redressement fiscal qui a affecté DEI est contraire aux clauses du contrat de stabilisation. Les arguments du tribunal sont au nombre de quatre.

En premier lieu, le tribunal relève qu'en application de la réglementation locale, le Pérou n'a autorisé DEI à investir lors de la privatisation d'Electroperu que si cet investissement devait contribuer au développement de l'économie péruvienne. Or, la simple prise de participation de DEI dans DEI Peru Holdings ne remplit pas cette condition. Dès lors, pour le tribunal, il est clair que la protection accordée par le Pérou, par le biais des contrats de stabilisation, ne se limitait pas à cette simple prise de participation mais portait sur l'opération d'investissement de DEI dans son ensemble³⁵. L'argument est loin d'être décisif mais il est révélateur du contexte de l'opération et contribue à asseoir la décision du tribunal³⁶.

Au titre du contexte de l'opération, le tribunal retient également que l'analyse de la privatisation elle-même, ainsi que les termes de la demande présentée aux autorités péruviennes pour l'obtention du contrat de stabilisation, ne laissent aucun doute sur le fait que le Pérou a considéré l'opération de manière globale. Pour le tribunal, il en résulte que cet État a volontairement entendu accorder une protection « complète » à l'investisseur dont il été admis qu'il avait réalisé « *a single concerted*

³⁵ Voir *Duke*, *supra* note 29 aux para. 94-99.

³⁶ À ce titre, la législation péruvienne est à comparer avec la position adoptée par le tribunal constitué dans l'affaire *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Algérie* (2006), Affaire n° ARB/05/3 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [ASTALDI], commentée par ailleurs dans la présente chronique, et dans laquelle, sur le fondement d'un traité bilatéral de protection des investissements, le tribunal a retenu qu'« [i] ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte » par les autres conditions de la notion d'investissement au sens du droit international.

effort »³⁷. Les arguments retenus par le tribunal montrent effectivement qu'il serait très restrictif de limiter l'effet du contrat de stabilisation à une opération isolée alors que celle-ci s'inscrit clairement, au vu des faits, dans un contexte plus global.

Restait au tribunal à soutenir son analyse par une étude de la jurisprudence sur la notion d'unité de l'investissement, ce qui est réalisé sans difficulté. Le tribunal relève que les décisions *Holiday Inns c. Maroc*³⁸, *CSOB c. Slovaquie*³⁹ et *SOABI c. Sénégal*⁴⁰ militent clairement dans le sens d'une approche unitaire de la notion d'investissement et rejettent la propension des États à fragmenter l'opération réalisée par l'investisseur étranger. Le tribunal n'a aucune hésitation

*in applying the unity-of-the-investment principle to refute respondent's argument that the narrow description of the transaction in Clause Two of the [DEI Legal Stabilization Agreement] necessarily determines the scope of the "investment".*⁴¹

Là encore, il nous semble adopter une position parfaitement justifiée même si nous aurions préféré une distinction plus nette entre la question de l'extension de la clause compromissoire (qui est en cause dans l'affaire *SOABI c. Sénégal*) et l'application du principe de l'unité de l'investissement.

En définitive, ceux qui s'inquiètent de l'élargissement de la notion d'investissement en matière d'arbitrage CIRDI porteront sans doute un regard critique sur la décision rendue dans l'affaire *Duke*. Le fait qu'elle ait été rendue sur le fondement d'une clause compromissoire (comme, d'ailleurs, les décisions citées dans les affaires *Holiday Inns*, *CSOB* et *SOABI*) ne devrait pas affaiblir la critique. Nous pensons pourtant qu'en se reconnaissant compétent, le tribunal a adopté une position tout à fait justifiée au regard tant des faits que des dispositions contractuelles en cause. Une décision contraire aurait sans doute semblé particulièrement restrictive au regard de l'ampleur et du caractère unitaire de l'investissement réalisé par *Duke* au Pérou.

D.K.

³⁷ *Duke*, *supra* note 29 aux para. 100-110 pour l'analyse de la privatisation et aux para. 111-119 en ce qui concerne la demande d'obtention du contrat de stabilisation.

³⁸ *Holiday Inns S.A. et autres c. Maroc* (1974), Affaire n° ARB/72/1 (CIRDI), en ligne : International Centre for Settlement of Investment Disputes <<http://www.worldbank.org/icsid>>, affaire citée dans Pierre Lalive, « The First "World Bank" Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems » (1980) 51 Brit. Y.B. Int'l L. 123.

³⁹ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovaquie* (2004), Affaire n° ARB/97/4 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>>.

⁴⁰ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Sénégal* (1988), Affaire n° ARB/82/1 (CIRDI), en ligne : International Centre for Settlement of Investment Disputes <<http://www.worldbank.org/icsid>>, publiée dans (1991) 6 ICSID Rev. 125. Voir également les observations d'Emmanuel Gaillard dans Gaillard, *Jurisprudence*, *supra* note 31 aux pp. 277 et s.

⁴¹ *Duke*, *supra* note 29 au para. 131.

IV. Analyse comparée

DÉCISION DU 22 FÉVRIER 2006 (COMPÉTENCE)

Continental Casualty Company c. Argentine, Affaire n° ARB/03/9 (CIRDI)⁴²

Composition du tribunal : Giorgio Sacerdoti, président; V.V. Veeder et Mitchell Nader, arbitres.

DÉCISION DU 27 AVRIL 2006 (COMPÉTENCE)

El Paso Energy International Company c. Argentine, Affaire n° ARB/03/15 (CIRDI)⁴³

Composition du tribunal : Lucius Caflisch, président; Brigitte Stern et Piero Bernardini, arbitres.

DÉCISION DU 27 AVRIL 2006 (COMPÉTENCE)

Metalpar S.A. & Buen Air S.A. c. Argentine, Affaire n° ARB/03/5 (CIRDI)⁴⁴

Composition du tribunal : Rodrigo Oreamuno Blanco, président; Duncan H. Cameron et Jean-Paul Chabaneix, arbitres.

DÉCISION DU 17 MARS 2006, ORDONNANCE DE PROCÉDURE N° 1 DU 14 AVRIL 2006 ET DECISION DU 16 MAI 2006 (SUR L'AMICUS CURIAE ET LA COMPÉTENCE)

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua c. Argentine, Affaire n° ARB/03/17 (CIRDI)⁴⁵

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

DÉCISION DU 27 JUILLET 2006 (COMPÉTENCE)

Pan American Energy LLC et BP Argentina Exploration Company c. Argentine, Affaire n° ARB/03/13 (CIRDI)⁴⁶

⁴² *Continental Casualty Company c. Argentine* (2006), Affaire n° ARB/03/9 (CIRDI), décision sur la compétence du 22 février 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [Continental].

⁴³ *Affaire El Paso*, supra note 24. Des extraits de la décision sont traduits en français et commentés dans Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales » (2007) 134 J.D.I. 255 à la p. 288 [Gaillard, « CIRDI (2007) »].

⁴⁴ *Metalpar S.A. & Buen Air S.A. c. Argentine* (2006), Affaire n° ARB/03/5 (CIRDI), décisions sur la compétence du 27 avril 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [Metalpar].

⁴⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua c. Argentine* (2006), Affaire n° ARB/03/17 (CIRDI), décisions sur la compétence du 16 mai 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [Suez I].

⁴⁶ *Pan American I*, supra note 24, décision sur la compétence du 27 juillet 2006.

Composition du tribunal : Lucius Caflisch, président; Brigitte Stern et Albert Jan van den Berg, arbitres.

ORDONNANCES DE PROCÉDURES N^o 1 ET 2 DU 14 AVIL ET DU 3 AOÛT 2006,
DÉCISION DU 3 AOÛT 2006 (COMPÉTENCE)

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A. c. Argentine et AWG Group Ltd c. Argentine, Affaire n^o ARB/03/19 (CIRDI)⁴⁷

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

DÉCISION DU 25 AOÛT 2006 (COMPÉTENCE)

Total S.A. c. Argentine, Affaire n^o ARB/04/01 (CIRDI)⁴⁸

Composition du tribunal : Giorgio Sacerdoti, président; Luis Herrera Marciano et Henri C. Alvarez, arbitres.

Comme il était prévisible, l'activité des tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du CIRDI pour juger des affaires impliquant l'Argentine a été très élevée en 2006. Le rôle du CIRDI est aujourd'hui constitué pour près d'un tiers d'affaires initiées par des investisseurs ayant subi des pertes résultant généralement, selon eux, de la crise économique qui a touché l'Argentine dans les années 2000⁴⁹.

Parmi ses affaires, trois ont déjà donné lieu à des sentences sur le fond, telles les affaires *CMS*⁵⁰, *Azurix*⁵¹ et *LG&E*⁵². Dans d'autres cas, les tribunaux arbitraux ont rendu des décisions dans lesquelles ils se sont systématiquement reconnus compétents pour connaître du fond du litige en tranchant des questions très semblables, comme c'est le cas des sept décisions qui font l'objet de ce commentaire commun⁵³.

Comme nous l'indiquons dans notre précédente chronique, le « cas » argentin au CIRDI soulève de nombreuses questions. Parmi celles-ci figure celle de la consolidation des affaires ayant des traits communs, comme c'est le cas pour les

⁴⁷ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A. c. Argentine et AWG Group Ltd c. Argentine* (2006), Affaire n^o ARB/03/19 (CIRDI), décisions sur la compétence du 2 août 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Suez II*].

⁴⁸ *Total S.A. c. Argentine* (2006), Affaire n^o ARB/04/01 (CIRDI), décision sur la compétence du 25 août 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Total*].

⁴⁹ Au 31 janvier 2007, trente-quatre affaires sur cent-dix en cours au rôle du CIRDI concernent l'Argentine.

⁵⁰ Fourret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 348.

⁵¹ *Azurix Corp. c. Argentine* (2006), Affaire n^o ARB/01/12 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Azurix*]. Cette sentence fait l'objet d'un commentaire séparé dans la présente chronique.

⁵² La sentence sur le montant de l'indemnisation due n'est pas encore intervenue dans *LG&E*, *supra* note 24. La décision au fond rendue dans cette affaire fait l'objet d'un commentaire séparé dans la présente chronique.

⁵³ On notera qu'une décision sur la compétence intéressant l'Argentine dans l'affaire *SAUR International c. Argentine* (2006), Affaire n^o ARB/04/4 (CIRDI), en ligne : International Centre for Settlement of Investment Disputes <<http://www.worldbank.org/icsid>> rendue en 2006, n'était pas publiée en date du 31 janvier 2007.

« affaires argentines ». Le fait même qu'il soit possible de procéder à un commentaire commun de ces décisions dans la livraison de la présente chronique, ainsi que dans la précédente, montre bien que cette question n'est pas hors de propos. L'économie de temps et d'argent qui résulte d'une consolidation de ces affaires serait conséquente même si cet argument n'est pas suffisant en soi. C'est plutôt l'harmonisation des solutions qui est recherchée par ceux qui prônent cette approche. En réalité, en l'absence de mécanisme formel, le CIRDI a déjà réalisé des consolidations *ad hoc* avec certaines affaires argentines. C'est le cas, par exemple, de l'affaire *Pan American*, issue de deux instances distinctes, qui a été jugée par un même tribunal⁵⁴. Dans un autre effort d'harmonisation, le CIRDI a nommé, en accord avec les parties, un même président pour cette affaire et l'affaire *El Paso*. Il en a résulté, et c'était le but, des décisions très proches⁵⁵. Les affaires *Suez I* et *Suez II* ont également été jugées par deux tribunaux composés de manière identique et qui ont rendu deux décisions similaires. Par des biais informels, une certaine harmonisation peut ainsi être atteinte⁵⁶.

La question de la cohérence des décisions rendues sous l'égide du CIRDI est liée à celle de la consolidation. Sur ce sujet, l'année 2006 aura tranché avec les précédentes. Jusqu'ici, les tribunaux arbitraux saisis d'affaires concernant l'Argentine avaient dégagé des solutions communes sinon identiques. C'est encore le cas cette année pour un certain nombre de questions qui seront brièvement détaillées ci-après. Il en est ainsi de la question du poids à accorder au corpus des précédents⁵⁷. Relevons à ce sujet avec intérêt la méthode suivie par le tribunal constitué dans l'affaire *El Paso* qui, pour décrire les faits de la crise argentine, cite de manière intégrale la description qu'en a fait la décision *Gas Natural*⁵⁸.

Pourtant, les solutions ne sont plus aussi harmonieuses cette année tant en ce qui concerne les sentences rendues sur le fond que les décisions sur la compétence. Pour les premières, l'opposition entre les décisions rendues dans les affaires *LG&E* et

⁵⁴ *Pan American I*, *supra* note 24 et *BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuegoina, SRL et Pan American Continental SRL c. Argentine* (2006), Affaire n° ARB/04/8 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Pan Americana II*].

⁵⁵ On remarquera également la consolidation opérée avec l'accord des parties entre une procédure CIRDI et une procédure CNUDCI dans *Suez II*, *supra* note 47 du CIRDI et l'affaire CNUDCI *AWG Group Ltd c. Argentine* qui a donné lieu à la décision *Suez II* du 3 août 2006.

⁵⁶ Sur l'ensemble de la question, voir Walid Ben Hamida, « La consolidation des procédures arbitrales » (2006) 348 *Gazette du Palais* à la p. 30. Voir également Gabrielle Kaufmann-Kohler, Laurence Boisson de Chazournes, Victor Bonnin et Makane Mbengue, Rapport préliminaire « Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Questions Be Handled Efficiently? », Colloque de Genève, Université de Genève, 22 avril 2006 [non publié]. Transcription disponible en ligne : Geneva colloquium <<http://www.unige.ch/droit/colloques/conproinvarb>> tel que cité par Walid Ben Hamida.

⁵⁷ Voir par ex., *Pan American I*, *supra* note 24 et *Pan American II*, décision finale, *supra* note 54 au para. 42; *El Paso*, décision finale, *supra* note 24 au para. 39; *Metalpar*, décision finale, *supra* note 44 au para. 50.

⁵⁸ *Gas Natural SDG, S.A. c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/03/10 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Gas Natural*]. Voir également nos observations dans Fourt et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 338.

CMS sur la question de l'état de nécessité est flagrante⁵⁹. Pour les secondes, le présent commentaire commun est l'occasion d'analyser les décisions *Pan American* et *El Paso* qui adoptent une position à notre avis fort discutable sur la question controversée de la portée des clauses de respect des engagements.

Nous évoquerons brièvement les solutions communes et aujourd'hui classiques dégagées dans ces sept décisions avant d'analyser de manière plus détaillée la question de la portée des clauses de respect des engagements telle qu'elle résulte des décisions *Pan American* et *El Paso*.

A. Les solutions communes

Pour l'ensemble de ces affaires, le fondement de la compétence allégué par l'investisseur est un traité bilatéral de protection des investissements (« BIT ») : le *BIT France-Argentine*⁶⁰ et *Espagne-Argentine*⁶¹ pour les affaires *Suez I* et *Suez II* (dans laquelle le *BIT Royaume-Uni-Argentine*⁶² est également invoqué pour la partie de l'affaire fondée sur les règles de la CNUDCI), le *BIT France-Argentine* pour l'affaire *Total*, le *BIT États-Unis-Argentine*⁶³ pour les affaires *Pan American*, *El Paso* et *Continental* et finalement le *BIT Chili-Argentine*⁶⁴ pour l'affaire *Metalpar*.

Les investissements concernés par ces affaires relevaient du secteur de la distribution et du traitement de l'eau (affaires *Suez* et *Suez II*) ou de l'électricité et des hydrocarbures (affaires *Pan American* et *El Paso*), de la production d'énergie (affaire *Total*), des assurances (affaire *Continental*) ou de l'industrie automobile (affaire *Metalpar*).

Les arbitres ont eu à statuer, dans ces affaires, sur la question de savoir si l'investissement en cause était « en relation directe avec un investissement » au sens de l'article 25 (1) de la *Convention de Washington*. Elles ont toutes répondu par

⁵⁹ Voir *LG&E*, *supra* note 24, commentée par ailleurs dans cette chronique et *CMS Gas Transmission Company c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/01/8 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [CMS] et nos observations dans Fouret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 348.

⁶⁰ *Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, 3 juillet 1991, en ligne : Investment Instruments Online <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_argentina_fr.pdf>.

⁶¹ *Accord pour la promotion et la protection des investissements entre le Roi d'Espagne et la République argentine*, 3 octobre 1991, en ligne : Investment Instruments Online <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_spain_sp.pdf>.

⁶² *Agreement between the Government of United Kingdom and the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment*, 11 décembre 1990, en ligne : Investment Instruments Online <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_argentina.pdf>.

⁶³ *Treaty Between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 14 novembre 1991, en ligne : Investment Instruments Online <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_us.pdf>.

⁶⁴ *Traité entre la République argentine et la République du Chili sur la promotion et la protection réciproques des investissements*, 2 août 1991, en ligne : Investment Instruments Online <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_argentina_sp.pdf>.

l'affirmative en des termes classiques en rappelant qu'il n'était pas nécessaire que les mesures argentines aient visé l'investissement en question de manière spécifique dès lors que l'investissement était affecté par ces mesures⁶⁵.

Les arbitres ont également eu à se pencher sur l'objection argentine selon laquelle les investisseurs n'avaient pas qualité pour agir pour diverses raisons tenant le plus souvent au caractère minoritaire ou indirect de leur participation au capital de sociétés de droit argentin utilisées comme véhicule de l'investissement. Les décisions ici analysées ont toutes rejeté cette objection de manière tout à fait justifiée, relevant qu'une participation indirecte ou minoritaire au sein d'une société locale pouvait parfaitement être qualifiée d'investissement au sens du BIT applicable⁶⁶.

La plupart des décisions ont également rappelé la distinction *contract claim/treaty claim*⁶⁷, aujourd'hui bien assise pour rejeter l'argument de l'Argentine selon lequel les demandes auraient dû être adressées aux juridictions locales en application de la clause contractuelle de règlement des différends⁶⁸.

Par ailleurs, d'autres objections avaient été soulevées par l'Argentine, notamment en matière d'application de la clause de la nation la plus favorisée⁶⁹, d'application de la protection du BIT aux matières fiscales⁷⁰ ou d'appréciation du caractère hypothétique du dommage allégué qui n'est pas traitée comme une question de compétence⁷¹. Toutes ces objections ont été rejetées.

⁶⁵ *Continental*, *supra* note 42 aux para. 27-32; *El Paso*, *supra* note 24 aux para. 89-100; *Metalpar*, *supra* note 44 aux para. 86-98; *Suez I*, *supra* note 45 aux para. 27-32; *Pan American I*, *supra* note 24 aux para. 66-70; *Suez II*, *supra* note 47 aux para. 27-32; *Total*, *supra* note 48 aux para. 61-67.

⁶⁶ *Continental*, *supra* note 42 aux para. 76-90; *El Paso*, *supra* note 24 aux para. 137-139 par la voie d'un *obiter dictum*. Cette dernière décision tranche également la question de la qualité pour agir dans le temps retenant qu'un investisseur a qualité pour agir même s'il ne détient plus la participation en question lors de la demande ou de l'instruction de la demande d'arbitrage aux para. 117-136; *Metalpar*, *supra* note 44 aux para. 52-71; *Suez I*, *supra* note 45 aux para. 46-51; *Pan American I*, *supra* note 24 aux para. 181-222; *Suez II*, *supra* note 47 aux para. 46-51; *Total*, *supra* note 48 aux para. 77-81.

⁶⁷ Inaugurée dans la décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (anciennement Compagnie générale des eaux) c. Argentine* (2002), 41 I.L.M. 1135 (CIRDI) [*Vivendi*], traduction française dans (2002) 130 J.D.I. 195; voir également nos observations 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 » (2002) 15.2 R.Q.D.I. 167 à la p. 192 [Fouret et Khayat 15.2].

⁶⁸ *Suez I*, *supra* note 45 aux para. 41-45; *Pan American I*, *supra* note 24 aux para. 140-161, dans cette affaire, les demandeurs avaient saisi une juridiction argentine de leurs demandes contractuelles avant d'initier l'arbitrage; *Suez II*, *supra* note 47 aux para. 27-32; *Total*, *supra* note 48 aux para. 82-85.

⁶⁹ Dans les affaires *Suez I*, *supra* note 45 aux para. 52-66 et *Suez II*, *supra* note 47 aux para. 62-68, les arbitres admettent que l'investisseur puisse l'invoquer pour bénéficier de dispositions de règlement de différends plus favorables. Voir sur cette question le commentaire de l'affaire *Telenor Mobile Communications A.S. c. Hongrie* (2006), Affaire n° ARB/04/15 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Telenor*] dans la présente chronique.

⁷⁰ *El Paso*, *supra* note 24 aux para. 101-116 et *Pan American I*, *supra* note 24 aux para. 117-39.

⁷¹ *Pan American I*, *supra* note 24 aux para. 162-180 et *Total*, *supra* note 48 aux para. 86-88.

B. El Paso et Pan American : une appréciation restrictive de la portée des umbrella clauses

Le présent commentaire sera plus détaillé sur la question, aussi classique, de savoir si le différend soumis par l'investisseur est « d'ordre juridique » au sens de l'article 25 (1) de la *Convention de Washington*.

L'objection avait été soumise par l'Argentine et rejetée en des termes proches par les arbitres dans les affaires *Continental*, *El Paso*, *Suez I*, *Pan American*, *Suez II* et *Total*⁷². Toutefois, dans les affaires *Pan American* et *El Paso*, l'Argentine avait soumis en parallèle une deuxième objection fondée sur le fait que le différend soumis par les investisseur n'était pas « d'ordre juridique » dès lors qu'il était « purement contractuel »⁷³. En principe, en effet, une réclamation contractuelle ne peut en elle-même ressortir de la compétence d'un tribunal constitué sur le fondement de la *Convention de Washington* et d'un BIT. Cette distinction entre les demandes contractuelles et les demandes couvertes par le BIT est précisément l'apport de la jurisprudence *Vivendi*⁷⁴. La question est toutefois autrement plus délicate lorsque le BIT comporte une clause de respect des engagements, également appelée « *umbrella clause* ». Selon l'Argentine, même dans ce cas, le litige ne pourrait ressortir de la compétence du tribunal.

Dans les affaires *Pan American* et *El Paso*, les arbitres ont approuvé l'Argentine et n'ont donc pas retenu leur compétence sur les litiges contractuels, refusant de donner effet à la clause de respect des engagements⁷⁵. Cette position, formulée en des termes très proches dans les deux décisions, nous semble critiquable et fort peu convaincante. Elle est également en contradiction avec la position d'autres tribunaux statuant sur des « affaires argentines »⁷⁶.

La question de savoir si une clause de respect des engagements issue d'un BIT peut avoir pour effet de permettre à un investisseur de porter un litige contractuel qui l'opposerait à l'État d'accueil de son investissement devant un tribunal arbitral constitué en application de la *Convention de Washington* et d'un BIT a déjà été largement évoquée en jurisprudence et en doctrine, y compris dans ces colonnes⁷⁷.

⁷² *Continental*, *supra* note 42 aux para. 66-69; *El Paso*, *supra* note 24 aux para. 47-62; *Suez I*, *supra* note 45 aux para. 33-37; *Pan American I*, *supra* note 24 aux para. 71-82; *Suez II*, *supra* note 47 aux para. 33-37 et *Total*, *supra* note 48 aux para. 58-60 et 68-76.

⁷³ *El Paso*, *supra* note 24 aux para. 66-88 et *Pan American I*, *supra* note 24 aux para. 94-116.

⁷⁴ *Vivendi*, *supra* note 67.

⁷⁵ On rappellera que Lucius Cafilisch, président du tribunal désigné par le président du conseil administratif du CIRDI, et Brigitte Stern, arbitre désignée par l'Argentine, siégeaient dans les deux affaires.

⁷⁶ *Sempra Energy International c. Argentine* (2005), Affaire n° ARB/02/16 (CIRDI) au para. 101, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Affaire Sempra*]. Voir aussi nos observations dans Fourret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 338; *LG&E*, *supra* note 24 aux para. 50 et s. et nos observations dans la présente livraison de cette chronique.

⁷⁷ *Noble Ventures Inc. c. Roumanie* (2005), Affaire n° ARB/01/11 (CIRDI), (Arbitres : Karl-Heinz Böckstiegel, Sir Jeremy Lever, Pierre-Marie Dupuy) [*Affaire Noble Ventures*], en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>>. Voir nos observations dans Fourret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 368. Voir aussi, sur l'ensemble de la question, les références citées dans nos observations sur la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Noble Ventures* dans Fourret et

Dans les affaires *Pan American* et *El Paso*, la disposition en cause était l'article II (2)(c) du BIT ainsi libellé : « [*e*]ach Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments ».

Sur cette question, les décisions rendues par les tribunaux arbitraux ne sont pas unanimes, loin de là. Inaugurée par la décision *SGS c. Pakistan*⁷⁸, une première série de décisions refuse de donner effet à de telles clauses, tantôt pour des questions de principe (comme pour la décision *SGS c. Pakistan*), tantôt en raison du libellé jugé restrictif de la clause (comme dans la décision *Salini c. Jordanie*⁷⁹). D'autres tribunaux, à partir de la décision *SGS c. Philippines*⁸⁰ ont adopté une position contraire et accepté de se reconnaître compétents sur les litiges contractuels en présence d'une telle clause, au moins lorsque celle-ci était libellée de manière suffisamment large. La dernière décision à se prononcer sur la question, dans l'affaire *Noble Ventures*, avait adopté une conception relativement large, et à notre sens justifiée, de la question⁸¹. Les tribunaux ayant eu à connaître de ces questions dans des affaires impliquant l'Argentine se sont rangés à cette dernière interprétation (affaires *Sempra*⁸² et *LG&E*⁸³).

Les critiques que l'on peut opposer aux décisions *Pan American* et *El Paso* se concentrent sur la méthode et les arguments adoptés par les arbitres dans ces affaires.

La méthode retenue nous semble en effet critiquable dès lors que les arbitres apparaissent prompt à rajouter au libellé pourtant clair et sans équivoque de l'article II (2)(c) du *BIT*. Nous pensons que le tribunal rajoute à la clause de respect des engagements lorsqu'il distingue entre l'État « *as a sovereign* » et l'État « *as a merchant* » pour en conclure que cette disposition ne s'appliquerait pas aux engagements pris par l'État « *as a merchant* »⁸⁴. La distinction est superflue. En vain cherchera-t-on dans le *BIT* une distinction entre ces deux « visages » de l'État. Bien au contraire, le terme « *Party* » utilisé dans l'article II (2)(c) est défini dans le

Khayat 18.2, *supra* note 13 aux pp. 368 et s. et l'étude très complète réalisée par Catherine Yannac-Small avec les nombreuses références citées dans OCDE, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, Documents de travail sur l'investissement international, Numéro 2006/3 (2006), en ligne : OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf>>.

⁷⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (2003), Affaire n° ARB/01/13 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Pakistan*], ainsi que nos observations 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 » (2003) 16.2 R.Q.D.I. 258 à la p. 277 [Fouret et Khayat 16.2].

⁷⁹ *Salini*, *supra* note 21. Voir aussi nos observations dans Fouret et Khayat 17.2, *supra* note 10 à la p. 268.

⁸⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/02/6 [*SGS c. Philippines*] et nos observations 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) 17.1 R.Q.D.I. 157 à la p. 174 [Fouret et Khayat 17.1].

⁸¹ Voir *Noble Ventures*, *supra* note 77.

⁸² *Sempra*, *supra* note 76.

⁸³ *LG&E*, *supra* note 24.

⁸⁴ *El Paso*, *supra* note 24 aux para. 79 et s. et *Pan America I*, *supra* note 24 aux para. 108 et s.

préambule du *BIT*, sans aucune équivoque, comme étant les États-Unis et l'Argentine. En l'espèce, les termes de l'accord étant clairs, il n'y a aucune raison objective d'opérer la distinction prônée par le tribunal.

La simple lecture de l'article VII du *BIT* portant règlement des différends entre un investisseur et un État confirme que la distinction « découverte » par le tribunal n'était nullement voulue par les États en question. La définition des litiges couverts par la clause de règlement des différends est à cet égard éclairante :

An investment dispute is a dispute between a Party and a national or a company of the other Party arising out of or relating to [...] (c) an alleged breach of any right conferred and created by this Treaty with respect to an investment.

Contrairement au tribunal, nous ne pensons pas que cette clause « *clearly includes among the investment disputes under the Treaty all disputes resulting from a violation of a commitment given by the State as a sovereign State* ». Au contraire, les litiges en question sont bien ceux qui impliquent un État partie (« *a Party* ») sans aucune distinction selon le « rôle » assumé par celui-ci. Surtout, cet article confirme bien qu'un litige relatif à un investissement peut résulter de tout manquement à un droit conféré et créé par ce traité en rapport avec cet investissement (« *any right conferred and created* »). Dès lors que la clause de respect des engagements est créatrice d'obligations, ce que nous pensons et ce que le tribunal pense également – en lui appliquant toutefois une distinction qui n'a pas lieu d'être –, c'est qu'il est clair, à la lecture de l'article VII du *BIT* qu'un tel litige ressort de la compétence d'un tribunal constitué en application de cette clause.

L'argumentation qui porte le tribunal à distinguer les actes dits de l'État souverain de ceux dits de l'État marchand, nous semble résulter d'une interprétation téléologique du *BIT*. C'est parce que le tribunal ne souhaitait pas, par principe, donner effet à la clause de respect des engagements, qu'il a « construit », de manière artificielle selon nous, cette interprétation du traité. Le but du tribunal était en effet de préserver « *the distinction between national legal orders and the international legal order* ». C'est sur cet *a priori* de nature « politique » que le tribunal déroule ses arguments alors qu'il nous aurait semblé plus judicieux que le raisonnement commence par l'étude de la clause elle-même. Le tribunal – et c'est révélateur – n'analyse pas la clause pour ce qu'elle est ou pour ce qu'elle vaut dans le contexte du *BIT*⁸⁵ mais plutôt pour ce qu'il souhaite en faire, ou plus précisément ce qu'il refuse d'en faire.

⁸⁵ Il réfute d'ailleurs dès le début du raisonnement la méthode portant à distinguer les clauses de respect des engagements selon leur libellé (« *[t]his tribunal is not convinced that the clauses analysed so far really should receive different interpretations* ») alors que celle-ci avait déjà été prônée en doctrine et appliquée en jurisprudence de manière convaincante dans les deux cas. Voir à ce sujet *Salini*, *supra* note 21 et *Noble Ventures*, *supra* note 77 et, en doctrine, Gaillard, *Jurisprudence*, *supra* note 31 aux pp. 832-835 et 903-905, ainsi que dans Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales » (2006) 133 J.D.I. 219 à la p. 338 [Gaillard CIRDI (2006)].

En effet, pour le tribunal, il n'est pas normal qu'un investisseur puisse bénéficier de la protection du *BIT* dans les contrats qu'il qualifie de « commerciaux » avec les émanations de l'État d'accueil de l'investissement : « [i]n the mere commercial contracts governed by national law, there is no reason why such a mechanism [an internationally secured remedy] should be available »⁸⁶. Nous ne partageons pas cet avis et considérons que c'est bien parce que deux États, dans l'exercice de leur souveraineté, ont décidé, par l'insertion d'une clause de respect des engagements, d'accorder la protection du *BIT* à un investisseur et à lui permettre de porter les litiges contractuels qui résultent de son investissement devant un tribunal international qu'il faut donner plein effet à cette clause et respecter la volonté des États. La distinction traditionnelle entre ordre interne et ordre international n'en sera pas pour autant abolie, au contraire, puisque les autres conditions d'application du *BIT* et de la *Convention de Washington* devront dans tous les cas être remplies, en particulier celles de l'article 25 (1) de la dernière. L'application de la clause de respect des engagements n'accorde donc aucun blanc-seing à l'investisseur pour transformer « any contract claim into a treaty claim » mais lui octroie plutôt une protection supplémentaire qui a été voulue et négociée par les États parties au traité.

Les décisions *El Paso* et *Pan American* nous semblent critiquables en ce qu'elles vident quasiment de leur substance une clause d'un traité négocié entre deux États souverains pour en faire ce que nous appelions « une clause pour rien »⁸⁷. Nous sommes pour notre part convaincus que cela ne pouvait pas être l'intention des États contractants.

Les arguments que l'on peut opposer au raisonnement adopté dans ces affaires sont nombreux. Nous nous contenterons de renvoyer à d'autres commentateurs qui ont souligné de manière très complète ces autres griefs⁸⁸.

On regrettera, pour conclure, que les tribunaux constitués dans ces affaires aient ainsi cherché à faire œuvre de politique juridique. L'intervention d'un comité *ad hoc* sur la question des clauses de respect des engagements est aujourd'hui plus que souhaitable.

D.K.

⁸⁶ *El Paso*, *supra* note 24 au para. 77 *in fine* et *Pan American I*, *supra* note 24 aux para. 106 et s.

⁸⁷ Voir nos observations sur la décision rendue le 6 août 2003 dans l'affaire *Pakistan*, *supra* note 78, dans Fouret et Khayat 16.2, *supra* note 78 à la p. 277.

⁸⁸ Pour d'autres avis critiques, voir l'analyse très complète d'Emmanuel Gaillard dans Gaillard, « CIRDI (2007) », *supra* note 43 et Eric Teynier, « *Umbrella clauses* : le temps se couvre » (13-14 décembre 2006) 347 *Gazette du Palais* à la p. 38.

V. Ordonnance du 16 mars 2006

Western NIS Enterprise Fund c. Ukraine, Affaire n° ARB/04/2 (CIRDI)⁸⁹

Composition du tribunal : Rodrigo Oreamuno, président; Jan Paulsson et Michael Pryles, membres.

Cette ordonnance d'une page seulement mérite à tout le moins d'être mentionnée. En effet, en une page, le tribunal affirme qu'il est compétent en vertu du BIT américano-ukrainien et que le CIRDI y est mentionné⁹⁰. En outre, la contestation de la compétence soulevée par la défenderesse à la suite du non-respect de la procédure de notification prévue par le *BIT* ne pose pas de problème relativement à la compétence du tribunal, si cette notification est effectuée dans les meilleurs délais.

De surcroît, les arbitres, faute d'éléments supplémentaires, ne peuvent que se reconnaître compétents mais permettent la soumission de nouveaux éléments dans les trente jours, à compter de l'ordonnance. Si de nouveaux arguments valables sont soumis, le tribunal entendra à nouveau les parties en matière de compétence et pourra, le cas échéant, rendre une nouvelle décision.

Il est intéressant de mentionner et de noter, par le biais de ce commentaire concis, que le tribunal ne s'encombre pas de motivations mais affirme purement et simplement sa compétence face, probablement, aux manques flagrants dans l'argumentaire de la défenderesse⁹¹. Si cette dernière ne venait pas à soulever de nouveaux éléments pour contrer la compétence du tribunal, la concision du tribunal aura peut-être permis d'accélérer la procédure en évitant une rédaction longue, fastidieuse et probablement inutile d'une décision sur la compétence. Ce sera vraisemblablement une première et elle pourrait inspirer d'autres tribunaux face à des argumentaires de défendeurs utilisant des manœuvres dilatoires ou des raisonnements déficients. L'affaire d'espèce a été transgée au 1^{er} juin 2006 selon les informations fournies par le secrétariat du CIRDI.

J.F.

VI. Ordonnances de procédures n° 1, 2 et 3 du 23 mars, 31 mars et 24 mai 2006 ainsi que les mintes du 23 mars 2006

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie, Affaire n° ARB/05/22 (CIRDI)⁹²

Composition du tribunal : Bernard Hanotiau, président; Gary Born et Toby Landau, arbitres.

Les trois ordonnances rendues par le tribunal arbitral dans l'affaire *Biwater Gauff* portent sur des demandes de mesures provisoires formulées par une société de droit tanzanienne détenue par Biwater International Limited, une société immatriculée

⁸⁹ Affaire CIRDI n° ARB/04/2, ordonnance du 16 mars 2006.

⁹⁰ *Ibid.* aux para. 1-3.

⁹¹ *Ibid.* aux para. 7-10.

au Royaume-Uni, et HP Gauff Ingenieure GmbH & Co, une société allemande, à l'encontre de la Tanzanie. Le litige porte sur la gestion et l'exploitation du système de distribution et de traitement des eaux usées de la capitale Dar el Salam.

La première ordonnance sur les mesures provisoires statue sur une demande de production d'un certain nombre de documents que le demandeur estime utile à la résolution du litige ainsi qu'à la préservation de certaines preuves. La demande de l'investisseur était fondée sur l'article 47 de la *Convention de Washington* selon lequel « [s]auf 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 ». La Tanzanie a toutefois contesté ce fondement et considéré que la demande aurait dû être soumise en application de l'article 43 selon lequel « [s]auf accord contraire des parties, le tribunal, s'il l'estime nécessaire, peut à tout moment durant les débats : (a) demander aux parties de produire tous documents ou autres moyens de preuve ». L'ordonnance rendue par le tribunal, qui fait droit partiellement aux demandes de l'investisseur, a ceci de particulier qu'elle semble introduire une condition d'urgence dans les conditions d'application de l'article 43 ce qui ne résulte pas du libellé de cet article⁹³.

C'est en réalité la deuxième ordonnance de procédure, rendue le 24 mai 2006, qui est plus intéressante et mérite quelques développements. La mise en œuvre de la première ordonnance de production de documents s'est en effet heurtée à l'opposition de la Tanzanie qui a allégué que certains documents demandés étaient couverts par un principe de confidentialité (« *public interest immunity* ») qui empêchait leur production dans l'arbitrage. Il s'agissait en particulier de documents échangés entre le président de la Tanzanie et le gouvernement de cet État. L'investisseur ayant protesté contre ce qu'il estimait être une tentative de contournement de l'ordonnance du tribunal, ce dernier s'est trouvé saisi de la question.

La réponse du tribunal comporte un principe et une exception. Le principe est que s'il n'est pas contesté qu'il puisse exister dans l'ordre interne des mécanismes de protection de certains documents étatiques couverts par une confidentialité particulière, ceux-ci ne valent pas devant « *an international tribunal, governed by an international convention, which is mandated to enquire into the conduct and responsibility of a State in light of its international treaty and customary international law obligations* ». Le tribunal rejette ainsi la défense de la Tanzanie en décidant que l'existence de ces mécanismes dans l'ordre interne n'implique nullement qu'ils aient une quelconque efficacité dans l'ordre international qui est celui du tribunal. Pour les arbitres, « *the doctrine [of public interest immunity] is not a general principle of law as understood for the purposes of article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice* ». Ils trouvent, de manière appropriée selon nous, une

⁹² *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie* (2006), Affaire n° ARB/05/22 (CIRDI), ordonnances de procédure des 31 mars 2006, 24 mai 2006, 29 septembre 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Biwater Gauff*].

⁹³ Voir *ibid.*, ordonnance du 31 mars 2006 au para. 109. Sur la question, voir Julien Cazala, « Mesures conservatoires », (2006) 347 *Gazette du Palais* à la p. 36 et s.

justification supplémentaire à leur opposition de principe pour que la Tanzanie puisse opposer le secret concernant certains documents dans la règle « *well established* » selon laquelle « *no State may have recourse to its own internal law as a means of avoiding its international responsibilities* ». Dans un mécanisme d'arbitrage dans lequel un État est toujours partie à la procédure, la précision était utile et la force avec laquelle elle a été donnée est importante.

L'exception retenue par le tribunal concerne certains domaines dans lesquels un État pourrait légitimement vouloir garder le secret. Les arbitres ont ici touché un sujet sensible qui est rarement l'objet de débats en arbitrage international. Il existe en effet des domaines dans lesquels la souveraineté même de l'État implique que le secret soit respecté de manière absolue. Ce sont les « *privileged or politically sensitive information, including State secrets* » dont la protection est, selon le tribunal, nécessaire. En consacrant cette exception au principe défini dans l'ordonnance du 24 mai 2006, le tribunal a suivi la décision rendue le 6 septembre 2000 dans l'affaire *Pope and Talbot c. Canada*⁹⁴ qui a également réservé le domaine des documents et informations classifiés. Il nous semble que cette exception est indispensable tant il est impossible d'imaginer qu'un État puisse se délester de l'ensemble de ses prérogatives de souveraineté, y compris celles qui touchent à sa sécurité, comme dans le cas des informations ou documents couverts par les règles du secret de la défense nationale en France ou des « *State secrets* » dans les pays anglo-saxons, sous prétexte qu'il se trouve face à un tribunal international.

La limite de l'exercice est toutefois rapidement atteinte. Effectivement, comment contrôler le fait que l'État n'utilise pas ses propres règles pour décider de manière arbitraire que tel document ou telle information met en jeu sa sécurité ou ses intérêts supérieurs et compromettre ainsi la procédure arbitrale? Le tribunal constitué dans l'affaire *Biwater Gauff* croit avoir trouvé la solution en enjoignant la Tanzanie, si elle devait se retrouver dans une situation où elle doit refuser de produire des documents classifiés, à identifier au tribunal « *the relevant document(s) and indicate the reasons why in conformity with the above mentioned principles, the document concerned should be withheld* ».

Il nous semble que le tribunal pêche ici par naïveté : il n'est pas envisageable, dans la plupart des cas, qu'un État identifie les documents couverts par une mesure de classification et indique les raisons de la classification sous peine précisément de violer les règles de protection des documents en question. Dévoiler la raison qui fonde la mesure de classification revient généralement à violer le secret lui-même. La réponse à apporter n'est pas dans l'obligation d'informer le tribunal sur les raisons qui poussent un État à ne pas fournir tel ou tel document classifié puisque, par principe, il n'est pas possible d'apporter la preuve de la classification. Le tribunal devrait de préférence, et plus simplement, tirer les conséquences du refus d'un État de produire tel ou tel document. Dans certains domaines et dans certaines circonstances, un tel refus pourrait être justifié, comme dans le cas des relations diplomatiques

⁹⁴ *Pope and Talbot, Inc. c. Canada* (2000), 7 ICSID Rep. 99, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>>.

internationales ou dans des domaines sensibles comme le nucléaire. Toutefois, comme dans le cas d'espèce, les communications entre la présidence tanzanienne et le gouvernement au sujet du réseau hydraulique de la capitale ne nous semblent pas mettre en péril les intérêts de ce pays de manière légitime. Nul besoin de justification à notre sens dans ce cas précis, il suffit au tribunal d'interpréter le refus de production de ces documents comme une indication qu'ils sont contraires à l'intérêt de la Tanzanie.

Mentionnons enfin pour conclure la troisième ordonnance rendue par le tribunal le 29 septembre 2006. Après avoir constaté que le procès-verbal d'une réunion du tribunal arbitral avec les parties avait été divulgué sur un site internet, les investisseurs avaient soumis une demande de mesures provisoires visant à enjoindre à la Tanzanie de ne plus rendre public des actes ou documents de la procédure. Les investisseurs soutenaient que la publicité ainsi accordée à l'arbitrage lui causait un préjudice puisqu'au moins une organisation non gouvernementale tentait depuis de faire pression sur le déroulement de l'arbitrage.

Après avoir relevé qu'il existait aujourd'hui une tendance forte vers la transparence dans l'arbitrage fondé sur des traités⁹⁵, et tout en reconnaissant que les dispositions en vigueur ne contiennent pas d'éléments permettant de faire droit à la requête des demandeurs⁹⁶, le tribunal rappelle qu'il existe toutefois de nombreux arguments qui imposent de préserver la confidentialité de la procédure et de limiter les communications ayant pour effet d'exacerber le litige⁹⁷. Sur la base de ces intérêts contradictoires, le tribunal a rendu, le 29 septembre 2006, une ordonnance relativement stricte dans laquelle il enjoint aux parties de s'abstenir de rendre public l'ensemble des documents de la procédure. La confidentialité de la procédure est alors maintenue, malgré les appels pressants des tenants de la transparence.

D.K.

VII. Décision du 19 mai 2006 (rectification de la sentence)

Noble Ventures c. Roumanie, Affaire n° ARB/01/11 (CIRDI)⁹⁸

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

Nous souhaitons évoquer brièvement cette décision de rectification dans l'affaire *Noble Ventures*⁹⁹ pour souligner notamment la rareté d'une telle procédure. Les dernières décisions en la matière datent de 2003¹⁰⁰. Cependant, alors que les

⁹⁵ *Biwater Gauff*, ordonnance du 29 septembre 2006, *supra* note 92 aux para. 114 et s.

⁹⁶ *Ibid.* aux para. 121 et s.

⁹⁷ *Ibid.* au para. 149. Cela n'empêche pas le tribunal d'admettre qu'un État doit pouvoir, dans certaines circonstances, communiquer avec ses citoyens sur des questions d'intérêt général qui pourraient contenir des informations relatives à la procédure.

⁹⁸ *Noble Ventures*, *supra* note 77, décision du 19 mai 2006 sur la rectification de la sentence.

⁹⁹ Commentaire de la sentence au fond dans Fourret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 368.

¹⁰⁰ *Marvin Feldman c. Mexique* (2003), Affaire n° ARB (AF)/99/1 (CIRDI), correction et interprétation de

précédentes décisions, telle *Marvin Feldman*, portaient sur des demandes de rectification pour intégrer des formules juridiques obligatoires, pour les procédures ALÉNA en l'occurrence, il nous semble qu'en l'espèce, cette demande est d'une relative futilité. Il est vrai que la demande de rectification peut, selon l'article 49 (2) de la *Convention de Washington*, être demandée par une partie pour « corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence ». Or, effectuer une telle demande parce que le nom d'un avocat a été omis alors que son cabinet est bien mentionné comme conseil du défendeur peut sembler légèrement exagéré. Un de ses conseils n'ayant pas été nommément cité, la Roumanie a de ce fait déposé une demande de rectification. L'investisseur ne s'y opposant pas, le tribunal a bien entendu accueilli cette demande. L'on peut se demander quelle est l'utilité d'un tel ajout : satisfaire l'ego du conseil, s'assurer de l'entière véracité des informations concernant les avocats, être un privilège du vainqueur de l'arbitrage de pouvoir demander tout ce que bon lui semble? Nombre de sentences contiennent des erreurs, ou coquilles, sur les noms des avocats, voire des oublis malencontreux. Tous ces arbitrages n'ont heureusement pas fait l'objet d'une telle demande qui nous semble à tout le moins futile mais surtout rajoutant une somme supplémentaire aux coûts déjà élevés d'un tel arbitrage pour les deux parties alors que la nécessité d'une telle rectification ne semblait pas de mise.

J.F.

VIII. Décision du 16 juin 2006 (compétence)

Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. Égypte, Affaire n° ARB/04/13 (CIRDI)¹⁰¹

Composition du tribunal : Gabrielle Kaufmann-Kohler, présidente; Brigitte Stern et Pierre Mayer, arbitres.

Cette décision sur la compétence oppose deux investisseurs de nationalité belge, *Jan de Nul* et *Dredging International*, à l'Égypte. L'activité principale de ces investisseurs est le draguage de cours d'eau, activité pour laquelle ils ont conclu conjointement un contrat avec la *Suez Canal Authority* (SCA) en 1992 pour draguer les fonds sud dudit canal¹⁰². Cependant, selon les demanderesse, la SCA aurait donné de mauvaises informations concernant les fonds à draguer et n'aurait pas transmis des rapports bathymétriques importants. La SCA récusant ces allégations, les deux investisseurs ont mis en œuvre la clause compromissoire incluse dans le contrat de

la décision finale du 13 juin 2003, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> et *Vivendi*, *supra* note 67, supplément à la décision finale du 28 mai 2003, affaires commentées 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 » (2003) 16.1 R.Q.D.I. 126 à la p. 245 [Fouret et Khayat 16.1] et Fouret et Khayat 16.2, *supra* note 78 à la p. 259.

¹⁰¹ *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. Égypte* (2006), Affaire n° ARB/04/13 (CIRDI), décision du 16 juin 2006 sur la compétence, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Jan de Nul*].

¹⁰² *Ibid.* aux para. 2-12.

dragage donnant compétence aux tribunaux internes égyptiens¹⁰³. Le tribunal de première instance d'Ismaïlia rejeta les demandes de *Jan de Nul* et *Dredging international* le 22 mai 2003. Ces dernières font donc appel en juillet de la même année, appel toujours pendant lors de la décision sur la compétence, mais les parties avaient mentionné dans leur demande d'appel que cette dernière procédure ne les empêchait pas de recourir à un tribunal CIRDI et que dans l'hypothèse où ce dernier se reconnaîtrait compétent, elles retireraient leur demande en appel avant la sentence au fond¹⁰⁴.

Les investisseurs ont soumis leur demande d'arbitrage au secrétariat du CIRDI qui l'a enregistrée le 27 mai 2004¹⁰⁵. Cette demande dissocie les requêtes présentées devant les cours égyptiennes, qui se fondaient sur le contrat avec SCA, des demandes en l'espèce se fondant sur les deux traités bilatéraux en matière d'investissement (BIT) entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et l'Égypte datant de 1977 et de 2002¹⁰⁶. Ce fondement, par conséquent, fera l'objet d'une objection à la compétence *ratione temporis* (B) mais l'Égypte, dans un premier temps, conteste la qualité d'investissement à l'opération économique effectuée par *Jan de Nul* et *Dredging international* (A).

A. Compétence *ratione materiae* : une définition objective de la notion d'investissement

Les demanderesses fondent leurs demandes sur les BIT de 1977 et 2002. Le tribunal ne sera compétent que si les critères posés par l'article 25 de la *Convention de Washington* sont remplis. Le tribunal analyse brièvement la condition d'un différend juridique avec un État contractant. La question principale portait sur l'attribution des actions de SCA à l'Égypte, en application des articles 4 et 5 des articles du « Projet d'articles sur la responsabilité pour fait internationalement illicite » de la Commission du droit international sur la responsabilité des États¹⁰⁷. Pour le tribunal, cette question doit être réglée *prima facie* au stade de la compétence. En appliquant les critères dégagés par la jurisprudence antérieure, notamment *Salini c. Maroc*¹⁰⁸, le tribunal n'analyse pas les critères de l'attribution car il apparaît, à première vue, que cette entité peut engager la responsabilité d'un État contractant. Une analyse de l'attribution aurait uniquement lieu « *in the event that is manifest that*

¹⁰³ *Ibid.* au para. 17.

¹⁰⁴ *Ibid.* au para. 22.

¹⁰⁵ *Ibid.* au para. 37.

¹⁰⁶ *Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République arabe d'Égypte concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, 28 février 1999, en ligne : Investment Instruments Online <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/belg_lux_egypte_fr.pdf>. Les dispositions des BITs utilisées dans la décision sont reproduites aux paragraphes 26 à 33.

¹⁰⁷ « *Projet d'articles sur la responsabilité pour fait internationalement illicite et commentaires y relatif* » *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 2001 [« *Projet d'articles sur la responsabilité* »].

¹⁰⁸ *Salini Costruttori S.P.A. et Italstrade S.P.A. c. Maroc*, Affaire n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Costruttori*].

the entity involved has no link whatsoever with the State »¹⁰⁹. Cette condition écartée, c'est donc la définition d'un investissement qui retient l'attention des arbitres, à la fois selon la *Convention de Washington* et selon les BIT applicables¹¹⁰.

Dès le début de son analyse, le tribunal utilise l'approche objective pour déterminer si l'opération économique est un investissement au sens de l'article 25 de la *Convention de Washington*. Quatre conditions doivent se cumuler : (1) il doit y avoir une contribution substantielle de l'investisseur, (2) l'opération doit être d'une certaine durée, (3) un élément de risque doit être présent pour les deux parties et, enfin, (4) la contribution substantielle de l'investisseur doit bénéficier au développement économique de l'État hôte. Ce raisonnement est conforme à l'approche classique et historique qui a été affirmée pour la première fois en jurisprudence CIRDI dans l'affaire *Salini c. Maroc*, baptisée « *Salini test* » par le tribunal. Ce test objectif est utilisé par les arbitres comme colonne vertébrale de l'analyse de la notion¹¹¹.

Pour le tribunal, ces conditions sont toutes *a priori* remplies, à l'exception de la condition de la durée, le contrat ayant duré à peine deux années. Cependant, cela est suffisant et, en tout état de cause, la qualification de l'activité économique en investissement reste contingente aux dispositions du BIT applicable. Ce raisonnement combine en quelque sorte la vision objective avec la vision subjective de la notion d'investissement découlant de la décision prise par les États parties au BIT de délimiter ou d'élargir les composantes de la notion car « *les conventions internationales procèdent plus par énumération que par conceptualisation* »¹¹².

Le traité de 1977 comportait une définition restrictive de l'investissement mais après une étude des termes, le dragage du Canal pouvait répondre à la qualification d'investissement dans le domaine des « communications », laquelle ne se limite pas à la transmission d'informations mais possède aussi une dimension

¹⁰⁹ *Jan de Nul*, *supra* note 101 au para. 85.

¹¹⁰ Ce serpent de mer a fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales, les plus récentes étant notamment : Calvin A. Hamilton et Paula I. Rochwerger, « Trade and Investment: Foreign Direct Investment Through Bilateral and Multilateral Treaties », (2005) 18 N.Y. Int'l L. Rev. 1 à la p.13; 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, ICC, 2005, 259 [*Liber Amicorum*]; Sébastien Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États – Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004 aux pp. 37-104. [Manciaux, *CIRDI*]; Noah Rubins, « The Notion of "Investment" » dans Norbert Horn et Stephan Kröll, dir., *International Investment Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, 283 [Rubins].

¹¹¹ Voir récemment l'utilisation et la « réactualisation » du test dans *Consorzio Groupement LESI - DIPENTA c. Algérie* (2004), Affaire n° ARB/03/08 (CIRDI), sentence du 10 janvier 2005, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*DIPENTA*]; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan* (2005), Affaire n° ARB/03/29 (CIRDI), décision sur la compétence du 14 novembre 2005, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> et nos commentaires dans Fourret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 386.

¹¹² Corinne Vadcar, « Droit de l'investissement : problématique de définition de l'investissement direct étranger en droit national et international », (1999) *Juris-Classeur de droit international*, Fascicule 565-50 à la p. 24.

géographique incluant les « voies de communication »¹¹³. Le BIT de 2002 ayant une vision beaucoup plus large de la notion d'investissement, les activités des demanderessees sont de ce fait couvertes par ce traité. Si la décision du tribunal n'est pas innovante en elle-même, elle démontre très clairement que désormais l'approche objective *salinienne* est la pierre angulaire pour analyser l'article 25 de la *Convention de Washington* que l'on combine au cas par cas suivant les dispositions du BIT applicable.

B. Compétence *ratione temporis* : une approche pragmatique des arbitres

La question qui se posait avait trait à la naissance du différend entre les parties et à l'applicabilité du BIT de 2002 en raison de son article 12¹¹⁴. Les problèmes relatifs à la compétence *ratione temporis* ont récemment fait l'objet de plusieurs sentences. En effet,

[l]a question de la date de survenance du différend a été soulevée dernièrement à de nombreuses reprises et mérite que l'on s'y arrête. Il s'agit clairement d'une conséquence du fait que depuis plusieurs années la plupart des saisines du CIRDI se font sur le fondement de traités bilatéraux sur les investissements (TBI), dont beaucoup sont entrés en vigueur dernièrement.¹¹⁵

En l'espèce, les défenderesses indiquent que le différend devant les tribunaux égyptiens est différent de celui soumis aux arbitres et que ce dernier s'est cristallisé à la suite du refus des juridictions internes de reconnaître les violations du contrat de SCA. Le tribunal accepte cet argument en énonçant que les violations du *BIT* résultent de la combinaison des fraudes de SCA et de la conduite des tribunaux égyptiens, car la décision de la cour d'Ismaïlia anéantissait toute possibilité de réparation. L'analyse donnée par le professeur Schreuer est retenue par le tribunal et semble la plus pertinente : « *the domestic dispute antedated the international dispute and ultimately led towards it* »¹¹⁶. Cela contredit l'argumentaire tendant à soutenir que la demande fondée sur le traité visait uniquement à couvrir les demandes fondées sur le contrat. S'il n'existe pas d'obligation dans les BIT de recourir préalablement aux juridictions internes, cela est désormais devenu courant dans l'arbitrage CIRDI même si les demandes varient généralement du fait des différences de fondement et de parties au litige¹¹⁷. En l'espèce, le tribunal reconnaît que le différend qui lui est

¹¹³ *Jan de Nul*, *supra* note 101 aux para. 100-102.

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 110.

¹¹⁵ Sébastien Manciaux, « Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI: réflexions à propos de quelques décisions récentes » (2006) 6 R.D.A.I. 789 à la p. 791 [Manciaux, « Décisions »].

¹¹⁶ *Jan de Nul*, *supra* note 101 au para. 119.

¹¹⁷ Voir *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine* (2003), Affaire n° ARB/00/9 (CIRDI), sentence du 19 septembre 2003, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> et *Waste Management, Inc. c. Mexique* (2004), Affaire n° ARB(AF)/00/3 (CIRDI), sentence du 20 avril 2004, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Waste*]. Voir aussi nos

soumis s'est de fait cristallisé le 22 mai 2003, date du jugement du tribunal égyptien, et que l'applicabilité du BIT de 2002 ne pouvait être remise en cause.

La défenderesse s'était fondée sur la sentence *Lucchetti c. Pérou*¹¹⁸ pour contrer l'argumentaire des demandresses. Cependant, les deux affaires sont fort différentes et le tribunal l'a noté. Dans *Lucchetti*, le différend antérieur portait sur exactement les mêmes faits que celui soumis au tribunal. En l'espèce, il est une des sources du différend présent mais certainement pas la principale. En outre, un nouvel acteur – le tribunal interne – a fait son apparition¹¹⁹. Enfin, contrairement à *Lucchetti*, les demandresses en l'espèce pouvaient s'appuyer sur un instrument conventionnel international dès les prémices de leur investissement.

Le tribunal se déclare compétent pour entendre les demandes présentées par les investisseurs belges concernant les violations des standards de traitement juste et équitable, de protection et de sécurité continues et de promotion des investissements. Il restera cependant à déterminer préalablement l'attribution des actes de SCA à l'Égypte, actes qui pourraient engendrer des violations du *BIT*, en parallèle aux violations du contrat.

J.F.

IX. Décision du 12 juillet 2006 (compétence)

LESI S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Algérie, Affaire n° ARB/05/3¹²⁰

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

Un goût de déjà-vu. C'est ce que l'on ressent à la lecture de la décision rendue le 12 juillet entre les investisseurs italiens LESI et ASTALDI et l'Algérie. En effet, cette décision est le succédané de celle rendue par le même tribunal 18 mois auparavant opposant un consortium, LESI-DIPENTA, contre l'Algérie¹²¹. Les arbitres ayant refusé de se reconnaître compétents car le consortium n'avait pas compétence pour ester en justice, ils avaient cependant affirmé que cela ne portait pas atteinte « 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 »¹²². Pour les faits de l'affaire ainsi que pour la plupart des exceptions soulevées¹²³ nous nous référerons à

commentaires Fouret et Khayat 16.2, *supra* note 788 à la p. 282 et Fouret et Khayat 17.1, *supra* note 800 à la p. 184.

¹¹⁸ *Empresso Lucchetti, S.A. et Lucchetti Peru, S.A. c. Pérou* (2005), Affaire n° ARB/03/4 (CIRDI), sentence du 7 février 2005, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>>. Voir aussi nos commentaires dans Fouret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 322 et la critique de cette sentence par Sébastien Manciaux dans *CIRDI*, *supra* note 1150.

¹¹⁹ *Jan de Nul*, *supra* note 101 au para. 128.

¹²⁰ *ASTALDI*, décision sur la compétence du 12 juillet 2006, *supra* note 36.

¹²¹ *DIPENTA*, sentence du 10 janvier 2005, *supra* note 111 et nos commentaires dans Fouret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 315.

¹²² *DIPENTA*, *supra* note 111 au para. 40.

¹²³ Fouret et Khayat 18.2, *supra* note 13.

notre précédente chronique car l'Algérie « *re-submitted practically the same objections to jurisdiction that it had raised in the previous case* »¹²⁴. Nous ne soulèverons que de manière concise trois nouveaux éléments d'intérêt.

Le premier point concerne la réaffirmation de la position du tribunal face à la notion d'investissement. Le tribunal donne sa préférence au caractère objectif d'un investissement car selon les arbitres, cela « est conforme à l'objectif de la *Convention* »¹²⁵. Cela aurait pu inciter le tribunal à se fonder sur les critères dégagés par la sentence *Salini c. Maroc*¹²⁶ faisant désormais figure de référence en la matière. Il n'en est rien et les arbitres ne dégagent que trois critères objectifs, le quatrième étant « implicitement couvert par les trois éléments retenus »¹²⁷. En effet, la condition de développement économique n'en serait plus une en elle-même dès lors que l'apport dans le pays ainsi que la durée et le risque encouru pourraient couvrir cette condition. Si nous pensons qu'il ne faut pas oublier l'élément de développement de l'État d'accueil énoncé dès le préambule de la *Convention de Washington*¹²⁸, il est vrai que le risque de subjectivité de cette condition existe et que les trois autres éléments de l'approche objective pourront vraisemblablement protéger cette « quasi-condition » sans introduire trop de subjectivité dans ces critères¹²⁹. Comme Sébastien Manciaux, nous croyons que « [l]es critères caractéristiques de l'investissement qu'ils retiennent – l'apport, la durée, le développement de l'État et le risque – sont classiques. Encore observera-t-on qu'il est sans doute artificiel de les présenter séparément tant ils sont indissociable »¹³⁰. Cela l'est encore davantage pour le développement de l'État d'accueil et la position adoptée par le tribunal en l'espèce pourrait désormais être un nouveau test, le *LESI-ASTALDI test* en quelque sorte.

Le second point à souligner porte sur la séparation entre demandes fondées sur un contrat et demandes fondées sur un traité. Le BIT entre l'Italie et l'Algérie ne contient pas de clause de respect des engagements (*umbrella clause*). Il en résulte, *a contrario*, une séparation claire et nette entre violations contractuelles et conventionnelles¹³¹. Les demandeurs ne pourront donc demander au Tribunal que de reconnaître des violations du traité bilatéral ou de violations contractuelles qui « constitueraient simultanément une violation de l'*Accord bilatéral* »¹³². Cette

¹²⁴ Walid Ben Hamida, « *L.E.S.I. S.p.A. & ASTALDI S.p.A. v. Algeria* (Case No. ARB/05/3), New Decision, July 12, 2006 (comment) » (2006) 3:5 *Transnational Dispute Management*, en ligne : *Transnational Dispute Management* <<http://www.transnational-dispute-management.com>>.

¹²⁵ *ASTALDI*, *supra* note 36 aux para. 72(iii) et (iv).

¹²⁶ *Costruttori*, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, *supra* note 1088. Les quatre conditions étant 1) une contribution substantielle; 2) il faut que l'opération ait une certaine durée; 3) qu'un élément de risque soit présent pour les deux parties et enfin 4) que la contribution substantielle de l'investisseur bénéficie en partie au développement économique de l'État hôte.

¹²⁷ *ASTALDI*, *supra* note 36 au para. 72(iv).

¹²⁸ Le premier point du préambule énonce : « Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ».

¹²⁹ Les trois arbitres avaient déjà fait de même dans la première décision *DIPENTA*, *supra* note 111 au para. 14(i).

¹³⁰ Manciaux, *CIRDI*, *supra* note 110 à la p. 103.

¹³¹ *ASTALDI*, *supra* note 36 aux para. 83(i) et (ii).

¹³² *Ibid.* au para. 83(iii).

dernière conclusion du tribunal l'amène à se reconnaître compétent concernant les demandes présentées par les investisseurs en violation du BIT¹³³.

Le troisième et dernier point d'intérêt concerne la qualité pour agir d'un des investisseurs, qualité qui avait conduit le tribunal à ne pas se reconnaître compétent à l'égard du consortium lors de la première décision¹³⁴. En effet, DIPENTA, un des deux participants dudit consortium, a fusionné avec l'entreprise ASTALDI qui a de ce fait repris les parts de cette première dans le contrat, objet du différend. Mais comme l'affirme le tribunal, même si l'on peut comprendre l'objection de l'Algérie, « on ne voit pas ce que serait devenue la part de DIPENTA, dès lors que cette entité a formellement disparu »¹³⁵. En s'appuyant sur des précédents arbitraux et malgré l'absence d'accord de l'Algérie pour l'absorption de DIPENTA, la demande d'ASTALDI est recevable car cette fusion ne peut être assimilée à un simple transfert de contrat, ASTALDI participant « uniquement au règlement des créances qui découlent de la résiliation prématurée »¹³⁶. L'analyse temporelle des diverses évolutions des entreprises ainsi que du contrat source du litige a été effectuée de manière complète mais néanmoins concise par les arbitres.

Ces analyses précises du tribunal augurent bien, nous semble-t-il, de la future analyse au fond des prétentions des parties, prochaine étape de la procédure.

J.F.

X. *Azurix Corp. c. Argentine*, sentence du 14 juillet 2006¹³⁷

Composition du tribunal : Andrés Rigo Sureda, président; Marc Lalonde et Daniel Hugo Martins, arbitres.

La sentence rendue dans l'affaire *Azurix Corp.* est la deuxième sentence rendue au fond par un tribunal constitué sous l'égide du CIRDI sur les affaires initiées contre l'Argentine après la crise financière des années 2000. Elle intervient chronologiquement après la sentence rendue dans l'affaire *CMS*¹³⁸. Depuis, une troisième sentence est intervenue dans l'affaire *LG&E*¹³⁹.

L'affaire *Azurix* est importante dans la mesure où les sentences au fond rendues contre l'Argentine sont étudiées de près par les nombreux investisseurs qui, dans le cadre du CIRDI (ou en dehors de celui-ci) ont initié des arbitrages contre cet État¹⁴⁰. Elle intéresse également ceux qui se demandent si des mécanismes de consolidation d'affaires impliquant le même État et fondés sur des faits similaires

¹³³ *Ibid.* au para. 86.

¹³⁴ *DIPENTA*, *supra* note 111 aux para. 34-40.

¹³⁵ *ASTALDI*, *supra* note 36 au para. 93(iii).

¹³⁶ *Ibid.* aux para. 93-94.

¹³⁷ *Azurix*, *supra* note 51. La sentence est également disponible en langue espagnole.

¹³⁸ *CMS*, *supra* note 59. Voir aussi nos observations dans Fourret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 348.

¹³⁹ *LG&E*, *supra* note 24. Voir aussi nos observations dans la présente chronique.

¹⁴⁰ On compte en effet aujourd'hui près de trente-quatre affaires en cours au CIRDI contre l'Argentine. Un certain nombre d'affaires a également été initié sur le fondement des règles de la CNUDCI.

pourraient améliorer l'efficacité du CIRDI¹⁴¹. Elle intéresse enfin et surtout la Banque mondiale, dont dépend le CIRDI, et les autres institutions financières internationales, qui examinent de près l'endettement de l'Argentine.

L'affaire *Azurix* a donné lieu à une décision sur la compétence, rendue le 8 décembre 2003¹⁴² par laquelle les arbitres ont rejeté l'ensemble des objections argentines. Il est à noter par ailleurs que l'Argentine a, dans les semaines qui ont suivi les audiences au fond, tenté en vain d'obtenir la récusation du président du tribunal arbitral, Rigo Sureda¹⁴³.

Rappelons qu'*Azurix*, société américaine de droit du Delaware, s'est intéressée au marché de la privatisation du secteur de la distribution et du traitement de l'eau de la province de Buenos Aires. Après un appel d'offres, la concession a été attribuée à *Azurix Buenos Aires S.A.* (« ABA »), filiale locale d'*Azurix* constituée pour l'occasion. De nombreuses difficultés sont apparues dès l'année suivante tant en ce qui concerne la gestion du réseau que pour l'application du contrat de concession ou encore des relations avec la province de Buenos Aires. Selon l'investisseur, ces difficultés, qui ont eu des répercussions très négatives sur l'activité du concessionnaire, équivalent à une violation du *Traité bilatéral sur l'encouragement et la protection des investissements* conclu entre les États-Unis et l'Argentine le 14 novembre 1991 (le *BIT*)¹⁴⁴. *Azurix* prétend que la province de Buenos Aires a procédé à une expropriation rampante de son investissement ainsi qu'à la violation des obligations découlant du *BIT*, à savoir l'obligation de lui assurer un traitement juste et équitable de même qu'une protection pleine et entière. *Azurix* a chiffré le montant global de la compensation qu'elle estime devoir obtenir à plus de cinq cent soixante-six millions de dollars.

Avant d'examiner les aspects plus importants de la sentence, il faut relever deux points qui ont permis de simplifier les débats dans cette affaire. En premier lieu, contrairement à la grande majorité des affaires en cours impliquant l'Argentine devant le CIRDI, les demandes d'*Azurix* ne visaient pas les mesures d'urgence économiques décrétées à compter de l'année 2001 dans le contexte de la crise qui a frappé ce pays¹⁴⁵. Par ailleurs, dans la mesure où l'investisseur n'avait aucun lien

¹⁴¹ Voir nos observations sous les décisions sur la compétence rendues en 2006 dans des affaires intéressant l'Argentine dans la présente chronique.

¹⁴² *Azurix*, *supra* note 51 et nos commentaires dans Fouret et Khayat 16.2, *supra* note 78 à la p. 302.

¹⁴³ Voir *Azurix*, *supra* note 51 au para. 33. La décision des arbitres du 25 février 2005 n'a pas été rendue publique et l'on sait donc peu de choses sur cette question. On peut néanmoins penser que le fondement de cette demande est le même que celui à l'origine de la demande de récusation visant aussi Andrés Rigo Sureda dans l'affaire *Siemens c. Argentine* dans laquelle l'Argentine reprochait au président ses liens avec un cabinet d'avocats intervenant pour le compte d'investisseurs dans d'autres affaires (Voir le bulletin internet INVEST-SD: Investment Law and Policy News Bulletin en date du 24 mars 2005, en ligne : International Institute for Sustainable Development <http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_investsd_mar24_2005.pdf>).

¹⁴⁴ Disponible en ligne sur la base de donnée de la CNUCED, en ligne : Investment Instruments Online <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

¹⁴⁵ Voir *Azurix*, *supra* note 51 au para. 57. C'est pour cette raison que l'Argentine n'a pas soulevé l'argument de l'état de nécessité pour justifier ses actions, comme c'était le cas pour l'affaire *CMS*, *supra* note 59 et l'affaire *LG&E*, *supra* note 24. Sur la question de l'application de l'état de nécessité,

contractuel avec la province – et que sa filiale locale n’était pas partie à l’instance –, la question de l’application de la clause de respect des engagements contenue à l’article II (2)(c) du *BIT* n’a pas non plus été tranchée par le tribunal¹⁴⁶.

Sur le fond, la position développée par le tribunal arbitral est, d’une manière générale, classique et exempte de critique. Après avoir étudié de manière approfondie les multiples faits qui, selon Azurix, ont porté atteinte à son investissement¹⁴⁷, le tribunal les passe au crible des standards de protection définis dans le *BIT* et soulevés par l’investisseur, à savoir la protection contre l’expropriation directe ou indirecte sans compensation juste et adéquate (article IV du *BIT*), l’obligation d’assurer un traitement juste et équitable et une sécurité pleine et entière (article II (2)(a) du *BIT*) et l’interdiction des mesures arbitraires (article II (2)(b) du *BIT*).

A. L’analyse de l’expropriation de l’investissement

L’analyse du tribunal sur la question de savoir si l’investissement d’Azurix a été l’objet d’une expropriation (directe ou indirecte, larvée ou non) se situe dans la lignée d’un certain nombre de sentences récentes. Pour le tribunal, dès lors qu’Azurix n’a pas été dépossédée de son investissement ou du contrôle de celui-ci, il ne saurait y avoir expropriation ou mesures « équivalentes à une expropriation » : « *Azurix did not lose the attributes of ownership, at all times continued to control ABA and its ownership of 90% of the shares was unaffected* »¹⁴⁸. Ce n’est donc pas la nature des mesures contestées par Azurix qui ne convainc par le tribunal. Au contraire, celui-ci prend position en faveur des thèses développées par l’investisseur sur la question de la durée des mesures en cause et sur le fait qu’il n’est pas pertinent de rechercher l’intention de l’État, seul l’effet de la mesure étant à retenir. Dans le même sens, le tribunal suit Azurix sur le principe selon lequel une expropriation peut affecter des droits résultant d’un contrat ou encore que certaines des garanties données par la province n’ont effectivement pas été suivies d’effet, ce qui a faussé ses attentes. Il reste que l’ensemble de ces éléments n’a pas eu l’« impact » que le tribunal juge nécessaire pour déposséder Azurix de son investissement de manière effective et, en conséquence, il ne saurait y avoir d’expropriation.

Le jugement porté sur cette question pourrait, dans un premier temps, paraître sévère eu égard aux nombreuses mesures dont s’est plainte Azurix¹⁴⁹, même

on peut se référer à nos observations sous la sentence rendue dans l’affaire *LG&E* dans la présente chronique et aux références citées.

¹⁴⁶ *Azurix*, *supra* note 51 aux para. 379 et s.

¹⁴⁷ *Ibid.* aux para. 269-75. La sentence se prononce également sur la question du droit applicable dans un sens aujourd’hui classique, inauguré par la décision du comité *ad hoc* dans l’affaire *Wena Hotels Limited c. Égypte* (2005), Affaire n° ARB/98/4 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Wena*] et dans nos observations dans Four et Khayat 15.2, *supra* note 67 à la p. 257. Le tribunal relève que le droit argentin n’est que « *an element of the inquiry because of the treaty nature of the claims under consideration* » dans *Azurix*, *supra* note 51 au para. 67.

¹⁴⁸ *Azurix*, *supra* note 51 au para. 322.

¹⁴⁹ *Ibid.* au para. 277 où un résumé de ces mesures est fourni.

s'il est partagé par d'autres tribunaux¹⁵⁰. Il reste que la sentence prend bien garde à ne pas considérer la condition de la dépossession de manière stricte. En d'autres termes, en l'absence de dépossession effective de l'investisseur, il est possible de retenir l'expropriation mais à condition que les mesures en cause soient d'un niveau de gravité très élevé. C'est, à notre sens, ce que le tribunal a exprimé lorsqu'il conclut qu'il ne fait pas de doute que la gestion d'ABA a été affectée par les agissements de la province, mais pas d'une manière « suffisante » pour que le tribunal considère que l'investissement d'Azurix a été exproprié¹⁵¹. Il ne s'agit donc pas, si l'on adopte cette lecture de la sentence, d'une impossibilité absolue de retenir l'expropriation si l'investisseur n'a pas été privé de manière définitive de la jouissance de ces biens mais plutôt d'un standard plus exigeant, ce qui, à notre sens, est tout à fait justifié¹⁵².

B. Les violations des trois autres standards de protection du BIT soulevés par Azurix

Le tribunal retient en revanche la violation de trois autres obligations substantielles du *BIT*, à savoir l'obligation de fournir à l'investissement un traitement juste et équitable, une protection pleine et entière ainsi que l'interdiction de mesures arbitraires. Il est vrai que l'analyse des faits en l'espèce avait fourni aux arbitres des illustrations d'agissements de la province suffisamment probants pour retenir les griefs d'Azurix. C'est le cas du comportement déraisonnable de la province par rapport aux demandes de l'investisseur sur la question de la résiliation du contrat de concession, de la « politisation » excessive de la fixation des tarifs et même des appels répétés à ne pas régler les factures d'ABA.

Dans ces conditions, le tribunal applique de manière (à notre avis justifiée) les protections de fond issues du *BIT*. Il relève que le principe du traitement juste et équitable au sens du *BIT* est, avec l'évolution de la jurisprudence sur la question, plus protecteur que le standard de droit international coutumier dégagé dans la première moitié du XX^e siècle¹⁵³. Il en tire pour conséquence, à l'instar de plusieurs sentences rendues récemment en la matière, qu'il est indifférent d'analyser les intentions de l'État ou de l'un de ses démembrements lorsqu'une mesure injuste ou inéquitable est prise. Il n'est ainsi pas nécessaire que l'État ait agi de mauvaise foi ou dans le but de

¹⁵⁰ Voir par exemple, la sentence rendue dans l'affaire *CMS*, *supra* note 59 au para. 262.

¹⁵¹ *Azurix*, *supra* note 51 au para. 322.

¹⁵² Sur l'ensemble de la question, on se reportera utilement à OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, « *L'expropriation indirecte* » et le « *droit de règlementer* » dans le droit international de l'investissement », Documents de travail sur l'investissement international, Numéro 2004/4, (2004), en ligne : OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/12/1/34335429.pdf>> [OCDE, *Expropriation*], rédigé par Catherine Yannaca-Small, qui se trouve aussi dans la publication OCDE, *Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement – Complément aux perspectives de l'investissement international*, Paris, OCDE, 2005 [OCDE, *Investissement*] aux pp. 47 et s., et spécialement aux pp. 60 et s.

¹⁵³ *Azurix*, *supra* note 51 aux para. 364 et s. Voir également OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international de l'investissement*, Documents de travail sur l'investissement international, Numéro 2004/3, (2004), en ligne : OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/13/49/34327194.pdf>> [OCDE, *Norme*], rédigé par Catherine Yannaca-Small, qui se trouve aussi dans OCDE, *ibid.* aux pp. 81 et s.

nuire à l'investisseur. Seules comptent les conséquences des mesures prises par l'État, de sorte que le standard à retenir pour conclure à la violation du principe du traitement juste et équitable est objectif¹⁵⁴.

Si l'analyse est convaincante et vise à fournir une protection accrue à l'investisseur, elle nous semble cependant critiquable sur la question du choix du moment auquel le tribunal devrait se placer pour déterminer le contenu de la protection issue du *BIT*. La sentence semble en effet retenir le moment auquel le *BIT* a été conclu :

*[i]n deciding the determinant elements of fair and equitable treatment, the question for the tribunal is whether, at the time the BIT was concluded, customary international law had evolved to a higher standard of treatment.*¹⁵⁵

Il nous semble qu'il vaudrait plutôt mieux se placer au moment où le tribunal statue. En effet, s'il est vrai que les parties contractantes au *BIT* ont signé celui-ci sur le fondement de l'interprétation donnée à cette époque des engagements qu'elles prenaient, il n'en reste pas moins que l'évolution des standards et de la jurisprudence sur la question fait partie intégrante de la protection accordée. C'est d'ailleurs ce que le tribunal retient en décidant de tenir compte de la jurisprudence récente sur la question.

Sur le fond, le tribunal n'a pas de difficulté à juger que les diverses mesures prises par la province de Buenos Aires à l'encontre de l'investissement d'Azurix étaient contraires à son obligation de lui assurer un traitement juste et équitable et à lui garantir une sécurité pleine et entière¹⁵⁶. Sur ce dernier point, la sentence précise que les termes « sécurité pleine et entière » ne s'entendent pas uniquement en termes strictement « sécuritaires » mais visent également la « stabilité » dont l'investissement doit bénéficier, ce qui nous semble tout à fait justifié¹⁵⁷.

Enfin, pour arriver à la conclusion que la province de Buenos Aires a commis des actes arbitraires au détriment de l'investisseur en violation de l'article II(2)(b) du *BIT*, la sentence s'appuie sur une définition raisonnable de la notion d'arbitraire¹⁵⁸ faisant sienne celle donnée par la CIJ dans l'affaire *ELSI* :

[l]'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi. [...] Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique.¹⁵⁹

¹⁵⁴ *Azurix.*, *supra* note 51 au para. 372.

¹⁵⁵ *Ibid.* au para. 365.

¹⁵⁶ *Ibid.* aux para. 377 et 408.

¹⁵⁷ *Ibid.* au para. 408.

¹⁵⁸ *Ibid.* au para. 385 : le tribunal distingue bien entre les mesures arbitraires et les mesures discriminatoires rejetant l'interprétation argentine, au demeurant non justifiée par le libellé même de l'article II.2(b) qui évoque des « mesures arbitraires ou discriminatoires ».

¹⁵⁹ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis c. Italie)*, [1989] C.I.J. rec. 15 au para. 128.

Pour le tribunal, cette définition se rapproche du sens commun du terme « arbitraire » et il est exact qu'elle fournit aux arbitres un cadre suffisamment précis.

Sur le montant de la compensation accordée à l'investisseur, qui est finalement évaluée au total à plus de cent soixante-cinq millions de dollars avec intérêts, on regrettera la motivation relativement limitée qu'à cru bon de retenir le tribunal, en particulier en ce qui concerne le montant versé pour l'obtention de la concession (le « canon »). Alors que l'investisseur l'avait évalué à 438,55 millions de dollars, le tribunal fixe le montant de l'indemnisation au titre de la perte subie sur le « canon » à soixante millions de dollars. Si le principe d'une évaluation à la baisse de ce montant est, lui, motivé de façon relativement complète, le tribunal ne justifie nullement son calcul, ce qui est assez souvent le cas en matière d'arbitrage international et nous semble frustrant. Il s'agit là d'un travers que les tribunaux arbitraux gagneraient à améliorer.

La sentence Azurix est, au final, assez convaincante. Elle sera certainement étudiée bien au-delà des cercles des praticiens du droit de l'investissement puisqu'elle alourdit encore la facture pour l'Argentine qui devrait, en 2007, se voir notifier de nombreuses autres sentences sur le fond et donc, d'éventuelles nouvelles condamnations. Le moment du paiement, quant à lui, n'est pas encore prêt d'intervenir. L'Argentine a en effet soumis le 11 décembre 2006 une demande en annulation de la sentence devant un comité *ad hoc*. Une telle demande ne suspend pas automatiquement l'exécution de la sentence mais le demandeur peut soumettre « à tout moment » une demande de suspension d'exécution conformément à l'article 54 du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*. À la date de la rédaction du présent commentaire, l'Argentine n'avait pas encore soumis de demande de suspension. Il y a fort à parier qu'elle y procédera rapidement, sans doute encouragée par l'accueil favorable réservé à une demande similaire formulée dans l'affaire *CMS*¹⁶⁰.

D.K.

XI. *Inceysa Vallisoletana S.L. c. Salvador*¹⁶¹

Composition du tribunal : Rodrigo Oreamuno Blanco, président; Burton A. Landy et Claus von Wobeser, arbitres.

La sentence rendue dans l'affaire *Inceysa* retient l'attention car elle rejette de manière nette et même cinglante l'ensemble des arguments et demandes de l'investisseur. Nous pouvons trouver une illustration de la sévérité du tribunal à

¹⁶⁰ *CMS*, décision du 1er septembre 2006 sur la demande de suspension d'exécution, *supra* note 59, commentée dans cette chronique. Voir également, sur cette question, le commentaire comparé des décisions rendues par des comités *ad hoc* dans les affaires *CDC Group PLC c. Seychelles* (2005), Affaire n° ARB/02/14 (CIRDI), procédure d'annulation du 29 juin 2005, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> et *Mitchell*, *supra* note 10 dans Fourret et Khayat 17.2, *supra* note 10 aux pp. 234 et s. Voir aussi nos observations sur la décision du comité *ad hoc* dans *MTD*, *supra* note 13 dans Fourret et Khayat 18.2, *supra* note 13 aux p. 361 et s.

l'égard de la société Inceysa, de nationalité espagnole, dans la décision sur les coûts de l'arbitrage qui ont été intégralement mis à la charge d'Inceysa. L'arbitrage initié en 2003 par la société espagnole contre le Salvador sur le fondement de l'*Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements* conclu en 1995 entre cet État et l'Espagne¹⁶² (le *BIT*) – et en parallèle sur le fondement de la loi interne du Salvador sur l'investissement – est donc un échec patent.

Il ne faudrait toutefois conclure que la solution retenue par le tribunal est injuste ou que l'investisseur a été surpris par le résultat de son action. Le tribunal a en effet refusé de se reconnaître compétent à l'égard des demandes d'Inceysa car son investissement au Salvador – un contrat de concession relatif à une entreprise d'inspection automobile – a été réalisé en violation des lois de ce pays, de manière frauduleuse, mensongère et en méconnaissance du principe de bonne foi. Les termes du tribunal sont si nets et les faits si clairs que l'investisseur n'a pu ignorer les risques qu'il courait en soumettant sa demande d'arbitrage au secrétariat du CIRDI.

Le Salvador avait contesté la compétence du tribunal sur un motif qui n'avait pas encore été soulevé devant un tribunal composé en application des règles de la *Convention de Washington*. Il a effectivement soutenu que le consentement donné dans le *BIT* à la soumission des différends à l'arbitrage ne s'étend qu'aux investissements réalisés en conformité avec les lois et règlements du pays¹⁶³.

La première difficulté que devait trancher le tribunal était celle de savoir si l'exclusion des investissements qui n'auraient pas été réalisés en conformité avec la législation en vigueur résulte effectivement du *BIT*. En effet, celui-ci ne contient pas de clause explicite sur ce point dans la clause portant définition des investissements protégés. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'investisseur considérait qu'il s'agissait d'une question de fond et non de compétence.

Pour répondre à cette objection, le tribunal se livre à une interprétation de la volonté des États contractants, citant en premier les travaux préparatoires du *BIT* puis les dispositions de fond du traité¹⁶⁴. Dans un cas comme dans l'autre, la position du tribunal est tout à fait justifiée lorsqu'il relève qu'il est évident que le consentement

¹⁶¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. Salvador* (2006), Affaire n° ARB/03/26 (CIRDI), sentence sur la compétence du 2 août 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Inceysa*], en langue originale espagnole et en traduction anglaise.

¹⁶² *Accord pour la promotion et la protection réciproques des investissements entre le Roi d'Espagne et la République d'El Salvador*, 14 février 1995, en langue espagnole en ligne: Investment Instruments Online <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/spain_elsalvador_sp.pdf>.

¹⁶³ La question avait toutefois été soulevée devant un tribunal arbitral constitué sur le fondement d'un traité bilatéral de protection des investissements (signé entre la Suède et la Lettonie) et en application des règles de la CNUDCI dans l'affaire *SwemBalt AB, Suède c. Lettonie* (2000) (Cour internationale d'arbitrage). Une partie du raisonnement du tribunal constitué dans cette affaire était consacrée à la question de savoir si l'investissement de SwemBalt avait été réalisé en conformité avec la législation lettone et s'il s'agissait d'une question de compétence ou de fond. Dans notre commentaire sur cette sentence, nous avons critiqué le caractère très obscur du raisonnement retenu, voir Dany Khayat, « When Less is not More – Expropriation and Compensation » (2004) 2 Stockholm Arbitration Report aux pp. 119 et s.

¹⁶⁴ *Inceysa*, *supra* note 161 aux para. 192-200 pour la question des travaux préparatoires et aux para. 201-207 pour l'analyse des dispositions de fond.

du Salvador (et de l'Espagne) à l'arbitrage CIRDI n'englobait que les investissements réalisés conformément à la législation applicable. Une solution contraire aurait sans doute été en contradiction totale avec les termes explicites des échanges de correspondance entre les deux pays et les dispositions de fond du *BIT* qui excluent les investissements réalisés en contrariété avec la loi du pays d'accueil.

Ayant ainsi déterminé qu'en principe, « *the consent given by the Kingdom of Spain and the Republic of El Salvador excludes investments not made in accordance with the laws of the host State* », le tribunal doit encore déterminer le contenu de la loi applicable en l'espèce. Pour cela, il se réfère à la clause du *BIT* qui régit la question du droit applicable (article XI, paragraphe 3) et qui renvoie, en plus des dispositions du *BIT* lui-même, aux « *generally recognized rules of and principles of International Law* » ainsi qu'au droit interne du Salvador. Le tribunal en déduit, un peu rapidement à notre avis, que les règles et principes de droit international généralement reconnus comportent le respect du principe de bonne foi, du principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, de l'ordre public international et l'interdiction de l'enrichissement injuste. Un peu plus d'explications sur la méthode adoptée par le tribunal et les raisons qui le font privilégier ces principes au détriment d'autres auraient été appréciées. Il reconnaît ensuite que le droit du Salvador admet ces normes et qu'une violation de celles-ci résulterait en une violation du droit interne de ce pays.

Le tribunal confronte alors ces principes aux faits de l'espèce, tels qu'il les a lui-même largement décrits¹⁶⁵. Les manquements d'Inceysa aux règles les plus élémentaires du droit, les mensonges et omissions qu'elle a commis pour obtenir l'appel d'offres sont tels que le tribunal n'a aucune peine à retenir que l'investissement de l'entreprise n'a nullement été réalisé en conformité avec les lois salvadoriennes. Toute autre conclusion aurait sans nul doute été critiquable au plus haut point. La lecture des retranscriptions des audiences qui se sont tenues avec les témoins présentés par Inceysa est à ce titre particulièrement édifiante¹⁶⁶.

Pour être complet, on relèvera que le tribunal a rejeté le fondement de compétence subsidiaire soulevé par Inceysa qui résulte de certaines lois internes du Salvador après avoir déterminé que celles-ci ne contenaient qu'un renvoi à l'arbitrage local¹⁶⁷. Quant à la loi salvadorienne sur l'investissement, qui contient une disposition permettant de soumettre un différend avec un investisseur à l'arbitrage sur le fondement du CIRDI, celle-ci est également écartée dans la mesure où, dès lors que les activités d'Inceysa au Salvador n'ont pas été réalisées en conformité avec la loi, comme précédemment démontré, ils ne peuvent non plus prétendre à la qualification d'investissement et ne sont donc pas couverts par la loi sur l'investissement¹⁶⁸. Le raisonnement est tout aussi valable que celui réalisé sur le fondement du *BIT*.

¹⁶⁵ *Ibid.* au para. 101-128.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.* au para. 320.

¹⁶⁸ *Ibid.* au para. 332.

En conclusion, s'il est indéniable que les faits mettent la décision sur la compétence dans l'affaire *Inceysa* à l'abri de la critique, on peut se demander si la solution aurait été ou aurait dû être la même si l'investisseur n'avait commis qu'un manquement minime aux lois du Salvador. Que se serait-il passé si l'investisseur avait simplement omis de demander une autorisation ou s'il avait enfreint une disposition formelle? La sentence n'évoque pas cette possibilité et il est vrai qu'elle n'y était pas tenue. La question reste néanmoins posée. Pour notre part, il ne nous semble pas que la rigueur de la solution retenue dans l'affaire *Inceysa* soit transposable à des cas de violations minimales des normes internes. Toute la difficulté résidera dans ce cas dans l'appréciation du degré de violation de ces dispositions.

D.K.

XII. *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*¹⁶⁹

Comité ad hoc : Gilbert Guillaume, président; James Crawford et Nabil Elaraby, membres.

Seconde décision de l'année 2006 sur la suspension d'exécution d'une sentence¹⁷⁰, la décision du comité *ad hoc* du 1^{er} septembre entre CMS et l'Argentine fait suite à la sentence sur le fond rendue en 2005 et ayant condamné l'État argentin à payer une somme supérieure à cent trente-trois millions de dollars¹⁷¹. Cette sentence, la première à condamner l'Argentine à la suite de sa crise économique, a fait l'objet d'une demande d'annulation de la part de la défenderesse et la présente décision est la première étape de cette procédure. Contrairement à l'affaire *Repsol*, les membres du comité ont effectué une analyse très détaillée de la procédure de suspension d'exécution sans toutefois tirer de conclusions totalement satisfaisantes, nous semble-t-il. Cette décision prouve néanmoins l'absence de stabilité et d'homogénéité dans les décisions relatives à la suspension. Chaque comité, selon les membres le composant, décidera de suspendre (c'est à chaque fois le cas) mais ne demandera de garantie bancaire que selon son bon vouloir. Le comité dans *CMS* n'a pas souhaité en accorder à l'investisseur américain mais a, comme de coutume, accordé la suspension en application de l'article 52 (5) de la *Convention de Washington*.

A. Une suspension d'exécution logique accordée à l'Argentine

La décision ne développe pas ce point mais énonce en deux paragraphes la prise de position du comité *ad hoc*. Elle réaffirme, en premier lieu, l'entière discrétion dont dispose le comité pour accorder ou non cette suspension. Toutefois, rappelant les huit décisions antérieures, les membres ne pouvaient que conclure à la suspension comme toutes l'avaient fait précédemment¹⁷².

¹⁶⁹ *CMS*, *supra* note 59, décision du 1^{er} septembre 2006 du comité *ad hoc* sur la suspension d'exécution.

¹⁷⁰ Voir les ordonnances dans *Repsol*, *supra* note 9, commentées à la section I de la présente chronique.

¹⁷¹ Voir nos commentaires dans Fourret et Khayat 18.2, *supra* note 13 aux pp. 348 et s.

¹⁷² *CMS*, *supra* note 59 au para. 36.

Pour le comité, c'est un principe général que d'accorder une suspension si l'État hôte donne des assurances qu'en cas de non-annulation de la sentence, il l'exécutera¹⁷³. Le raisonnement est logique car si la sentence est annulée, l'État pourrait avoir des difficultés à récupérer les sommes versées. Se reposant uniquement sur la bonne foi de l'État hôte, et ses assurances, le comité va donc par conséquent refuser d'accorder une garantie bancaire à l'investisseur.

B. Le refus de la garantie de paiement sur la foi des déclarations de la défenderesse

Réutilisant la formule de l'affaire *Mine c. Guinée*, les membres affirment de manière liminaire qu'accorder une garantie bancaire placerait la demanderesse « *in a much more favourable position that it enjoys in the present time* »¹⁷⁴. Cette prise de position permet de penser que le comité ne suivra pas la solution adoptée dans *Repsol*, posant la garantie bancaire comme condition de la suspension d'exécution¹⁷⁵. L'affirmation de Paul Friedland en 2004 semble désormais ne plus être valable, « *[m]ost ICSID ad hoc committees that have considered the issue have found that there are stronger arguments on the investors' side in favor of the requirement of a bond* »¹⁷⁶. La « jurisprudence » sur le sujet semble désormais partagée.

Il est vrai que l'investisseur est placé dans une situation plus favorable si on lui accorde une garantie par rapport à la situation dans laquelle une demande en annulation n'aurait pas été effectuée. Cela peut notamment lui permettre d'éviter les questions d'immunité souveraine d'exécution. Cependant, la défenderesse est également dans une situation plus favorable car on lui accorde un délai supplémentaire pour l'exécution d'une sentence qui la condamne. Les deux parties semblent placées dans une situation plus avantageuse. Le comité n'est pourtant pas de cet avis.

Pour ce dernier, plusieurs garanties non bancaires sont déjà présentes et suffisantes en l'espèce. Tout d'abord, l'article 54 de la *Convention* prévoit l'exécution automatique des sentences sur le territoire de l'État hôte condamné. Pour cela, il faut bien entendu que ce dernier ait effectué toutes les procédures de droit interne nécessaires au préalable. Le comité affirme que l'Argentine a bien accompli toutes les procédures et que la garantie de l'article 54 pourra être mise en œuvre en cas de non-annulation¹⁷⁷.

¹⁷³ *Ibid.* au para. 37.

¹⁷⁴ *Maritime International Nominees Establishment c. Guinée* (1988), Affaire n° ARB/84/4 (CIRDI), ordonnance intérimaire n° 1 du 12 août 1988, au para. 22 [*Maritime*].

¹⁷⁵ *Repsol*, *supra* note 9 au para. 10.

¹⁷⁶ Friedland, *supra* note 14 à la p. 182.

¹⁷⁷ *CMS*, *supra* note 59 aux para. 40-45. Cette analyse n'est pas sans rappeler celle qui a été effectuée en 2005, même si elle n'est pas citée, dans *MTD*, *supra* note 13, décision du comité *ad hoc* du 1^{er} juin 2005 sur la demande du défendeur de continuer la suspension d'exécution de la sentence au para 35. Voir aussi nos commentaires Fouret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 361.

De surcroît, le comité a demandé à l'Argentine de s'engager, par écrit, à respecter la sentence arbitrale si cette dernière n'est pas annulée. Le docteur Guglielmino, *Procurador del Tesoro de la Nación*, est le fondé de pouvoir représentant l'Argentine dans les procédures CIRDI et ce dernier peut aussi, en cette capacité, engager internationalement l'Argentine. Par conséquent, le tribunal indique que la lettre rédigée par le représentant de l'Argentine le 12 juin 2006 est un gage de bonne foi et un engagement juridique obligatoire vis-à-vis de l'investisseur, assurant ce dernier de la future reconnaissance et exécution de la sentence non annulée¹⁷⁸. Plus aucun doute ne pourrait être émis par l'investisseur sur les intentions de l'Argentine et une garantie bancaire s'avère de ce fait inutile.

Nous ne pensons pas que la question devait être analysée ainsi. Il est vrai que l'engagement par écrit de l'État hôte, couplé à l'article 54 de la *Convention de Washington*, est une garantie de premier ordre. Cependant, l'équilibre entre les parties qui devrait être central dans le raisonnement de tout tribunal ou comité, particulièrement en matière de suspension d'exécution des sentences, est totalement absent en l'espèce. Nous restons convaincus que la vision adoptée en 2006 dans *Repsol* reste la plus pertinente et la plus juste : la suspension est conditionnée par le dépôt d'une garantie équivalant au montant de la sentence¹⁷⁹, chaque partie faisant un pas pour assurer l'autre de sa bonne foi. Si, en l'espèce, on oblige l'Argentine à offrir des garanties juridiques par le biais d'une déclaration par écrit en lieu et place d'une garantie, pourquoi ne pas faire de même avec CMS en lui demandant un engagement par écrit de rembourser l'État hôte en cas d'annulation? Il semble étonnant de créer ces nouvelles conditions pour éviter d'utiliser les possibilités offertes par la *Convention* ou par les tribunaux antérieurs. Nous pensons que l'Argentine est, du fait de la suspension, dans une position plus favorable que CMS, malgré les engagements pris par écrit. L'équilibre dans le rapport de force ne peut être respecté qu'en accordant parallèlement des avantages aux deux parties qui se retrouveraient toutes deux dans une situation plus intéressante qu'en l'absence d'une requête en annulation. Malencontreusement, certains comités récents, comme dans la présente décision, ne semblent pas tous mus par ce besoin d'égalité salutaire entre les parties lors de la procédure d'annulation.

J.F.

XIII. *Telenor Mobile Communications A.S. c. Hongrie*¹⁸⁰

Composition du tribunal : Roy Goode, président; Nicholas W. Allard et Arthur L. Marriott, arbitres.

La sentence sur la compétence rendue le 13 septembre 2006 met fin au différend entre l'entreprise de téléphonie norvégienne Telenor et l'État hongrois. En effet, l'investisseur a été débouté de toutes ses demandes à la suite du refus du

¹⁷⁸ CMS, *supra* note 59 aux para. 47-49.

¹⁷⁹ Voir la section I de la présente chronique.

¹⁸⁰ *Telenor*, *supra* note 69, sentence du 13 septembre 2006 sur la compétence.

tribunal de se reconnaître compétent. Ce dernier avait déposé sa demande d'arbitrage en décembre 2003 suite à de prétendues violations du *Traité bilatéral* (le « *BIT* ») de 1991 entre la Norvège et la Hongrie.

Telenor est un opérateur téléphonique norvégien qui possède une filiale hongroise, Pannon GSM Telecommunications RT, opérant uniquement dans le secteur de la téléphonie mobile. Entre 2001 et 2003, la Hongrie modifia sa réglementation en matière de télécommunication afin de se conformer aux obligations de l'Union européenne dans le but d'accéder à cette dernière le plus rapidement possible¹⁸¹. Ce sont ces modifications du cadre juridique qui sont à l'origine des violations alléguées par l'investisseur¹⁸². La nouvelle législation a introduit, entre autres, un programme de financement du « service universel » qui prévoyait que tous les opérateurs téléphoniques devaient verser une partie de leurs revenus à un fond centralisé destiné à compenser les opérateurs téléphoniques de lignes fixes fournissant un accès téléphonique aux populations résidant dans des régions pauvres ou rurales, service peu lucratif¹⁸³.

Pour le demandeur, cette modification législative constituait une expropriation en violation du *BIT* car étant opérateur mobile, il n'avait pas à financer les opérateurs de lignes fixes. En outre, Telenor alléguait une violation du traitement juste et équitable, par le biais de l'application de la clause de la nation la plus favorisée (ci-après clause NPF) permettant d'étendre la disposition du *BIT* relative au règlement des différends¹⁸⁴. La Hongrie réfute ces deux violations.

A. L'analyse *prima facie* des arguments déficients de Telenor en matière d'expropriation

Afin de respecter une jurisprudence qui se veut désormais constante¹⁸⁵, le tribunal souhaite faire une analyse *prima facie* des deux arguments présentés par l'investisseur afin de déterminer si les allégations de ce dernier pourraient, notamment, constituer une expropriation, « *at least capable of so doing* »¹⁸⁶, en tenant pour acquis que les faits présentés sont exacts. Ce mécanisme évite une analyse au

¹⁸¹ Le but étant d'entrer en conformité avec les obligations posées par la *Directive sur le service universel* : CE, *Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques*, [2002] J.O. L 108/51 [*Directive sur le service universel*].

¹⁸² Pour un aperçu de ses modifications, voir *Telenor*, *supra* note 69 aux para. 22-24.

¹⁸³ Pour le mécanisme complexe du service universel tel qu'entendu par l'Union européenne avec l'application française, voir Jean-Yves Chérot, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2002 aux pp. 568-71.

¹⁸⁴ *Telenor*, *supra* note 69 aux para. 16-21.

¹⁸⁵ Le tribunal se fonde sur bon nombre d'affaires récentes dans la note de bas de page 17. Nous en ajouterons une supplémentaire : *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte* (2004), Affaire n° ARB/03/11 (CIRDI), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Joy Mining*], sentence du 6 août 2004 dans laquelle le tribunal fait une analyse complète de la notion de *prima facie* en faisant référence à pas moins de sept décisions aux para. 29 et 30. Voir nos commentaires Fourret et Khayat 17.2, *supra* note 10 à la p. 259.

¹⁸⁶ *Telenor*, *supra* note 69 aux para. 68.

fond que l'on doit réserver pour la sentence future. Les arbitres vont examiner les arguments de chacune des parties et ainsi décider si les éléments présentés par Telenor peuvent équivaloir à une violation de l'article VI du BIT¹⁸⁷.

Le tribunal analyse tout d'abord le concept d'expropriation ainsi que les différentes formes qu'il peut prendre : directe, indirecte, rampant¹⁸⁸... En l'espèce, c'est le concept d'expropriation indirecte et du pouvoir législatif de l'État hôte qui sont en question¹⁸⁹. Afin d'asseoir sa décision, le tribunal reprend ce qu'il nomme un « *substantial volume of case law* » en citant les sept précédents. Il récapitule les différents tests permettant d'analyser les législations pouvant priver substantiellement l'investisseur d'une partie de la valeur de son investissement¹⁹⁰. Le tribunal en conclut qu'il lui faudra examiner l'investissement dans son ensemble pour déterminer si ce dernier a véritablement été érodé substantiellement de sa valeur par les mesures législatives¹⁹¹.

De surcroît, les arbitres font une liste non exhaustive des actes gouvernementaux qui ont été qualifiés d'expropriation par de précédents tribunaux. Si la conduite de la Hongrie s'apparente à l'un de ces actes, l'expropriation indirecte pourrait être reconnue mais uniquement si les facteurs décisifs que sont l'intensité et la durée des privations économiques dont a souffert l'investisseur sont réunis¹⁹².

En l'espèce, on peut s'apercevoir rapidement que les demandes de Telenor sont à la limite de la frivolité. Tout d'abord, l'investisseur n'a pas fait mention de l'expropriation dans sa demande d'arbitrage et n'a pas formulé de demande de dommages-intérêts sur ce fondement¹⁹³. Cela peut paraître étonnant et le tribunal va donc demander à l'investisseur lors des audiences de quantifier ses dommages mais surtout d'expliquer les raisons de la demande de dommages de plus de cent-cinquante millions de dollars contenue dans leurs écritures, dix fois plus élevée que celle contenue dans la demande d'arbitrage. Cette demande chiffrée se fondait sur un rapport du cabinet Deloitte mais la teneur n'en a pas été dévoilée en raison du refus du cabinet d'audit de le divulguer. Par conséquent, et à juste titre nous semble-t-il, le tribunal, afin de déterminer l'impact des mesures sur l'activité économique de l'investisseur, analyse les versements fiscaux de l'opérateur au Fond pour le service universel¹⁹⁴. En effet, ceux-ci sont proportionnels aux profits enregistrés par Pannon, la filiale de Telenor, durant les années fiscales qui suivent la mise en place des législations contestées.

¹⁸⁷ Cet article, portant sur l'expropriation, ainsi que tous ceux du BIT cités par le tribunal son reproduits à *ibid.* au para. 25.

¹⁸⁸ *Ibid.* au para. 63.

¹⁸⁹ Cette notion complexe a été récemment analysée de manière exhaustive et intéressante par Catherine Yannaca-Small dans OCDE, *Expropriation*, *supra* note 152.

¹⁹⁰ *Telenor*, *supra* note 69 au para. 65.

¹⁹¹ *Ibid.* au para. 67.

¹⁹² *Ibid.* aux para. 69-70. Ces deux facteurs ont en fait été réutilisés dans les BIT récents en raison de leur possibilité d'être appliqués à grand nombre de situations, voir OCDE, *Expropriation*, *supra* note 152 aux pp. 59-70.

¹⁹³ *Telenor*, *supra* note 69 aux para. 72-73.

¹⁹⁴ *Ibid.* aux para. 75-77.

Or, la filiale hongroise enregistre des profits très substantiels et comme l'affirme le tribunal « [t]hese figures, which speak of themselves, are not the only difficulty confronting Telenor in its assertion of expropriation »¹⁹⁵. Ces chiffres ainsi que le traitement équivalent entre tous les opérateurs de téléphonie mobile écartent quasiment toute possibilité de reconnaissance par le tribunal d'une expropriation. De plus, le manque de conviction flagrant de Telenor dans ses demandes permettent de conclure *prima facie* que l'article VI du *BIT* n'a pas été violé. L'analyse menée par les arbitres peut potentiellement servir de fondement aux prochains tribunaux arbitraux ayant à se pencher *prima facie* sur une demande d'expropriation. Ne se contentant pas des faits présentés de manière désinvolte par Telenor, le tribunal, tout en respectant son mandat en matière de compétence, a effectué un examen poussé menant au rejet des prétentions de l'investisseur norvégien¹⁹⁶.

B. Une analyse convaincante de l'application de la clause NPF à la clause de règlement des différends du BIT norvégio-hongrois

La question soulevée en l'espèce devant le tribunal a trait à l'utilisation de la clause NPF. En effet, l'article XI concernant le règlement des différends dispose que son application est limitée à certaines dispositions du *BIT*, notamment celle relative à l'expropriation, mais exclut les dispositions en matière de protection ou de traitement juste et équitable, l'article III du *BIT* en l'occurrence. Afin de permettre au tribunal de se reconnaître compétent pour une violation de ladite disposition, Telenor invoque l'article VI du *BIT* sur la clause NPF pour obtenir l'avantage d'une disposition de règlement des différends plus large.

La question est désormais récurrente¹⁹⁷ et a par ailleurs déjà été traitée par le passé dans cette chronique¹⁹⁸. Certains tribunaux ont admis que cette clause pouvait en principe être invoquée de manière plus ou moins extensive par les investisseurs afin de se prévaloir de dispositions plus favorables d'autres traités, tant pour le fond

¹⁹⁵ *Ibid.* au para. 78.

¹⁹⁶ *Ibid.* au para. 80.

¹⁹⁷ Voir Ruth Teitelbaum, « Who's Afraid of Maffezini? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses » (2005) 22:3 *J. Int'l Arb.* 225; Jurgen 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; Chris Newmark et Edward Poulton, « Most favoured Nation Clause: Is The Siemens v Argentina Decision The High-Water Mark? » (2005) 20 *Mealy's International Arbitration Report* 39, ainsi que Emmanuel Gaillard, « Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause » (2005) 233 *N.Y.L.J.* 3.

¹⁹⁸ *Siemens A.G. c. Argentine* (2007), Affaire n° ARB/02/8 (CIRDI), décision sur la compétence du 3 août 2004, en ligne: Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/SiemensJurisdiction-English-3August2004.pdf>> [*Siemens*] et nos commentaires dans Fourret et Khayat 17.2, *supra* note 10 à la p. 249; *Salini*, *supra* note 21, décision sur la compétence du 29 novembre 2004. Voir aussi nos commentaires dans Fourret et Khayat 17.2, *supra* note 10 à la p. 268; *Plama Consortium Limited c. Bulgarie* (2005), Affaire n° ARB/03/24 (CIRDI), décision sur la compétence du 8 février 2005, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> et nos commentaires dans Fourret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 325.

que pour la procédure. La décision sur la compétence *Siemens c. Argentine* en est la parfaite illustration. D'autres tribunaux ont choisi une approche plus restrictive en décidant que les clauses NPF ne pouvaient être utilisées par les investisseurs que pour invoquer des dispositions d'ordre procédural issues d'autres traités. Cette deuxième tendance est symbolisée par la décision sur la compétence *Salini c. Jordanie*¹⁹⁹. Une troisième et dernière voie se retrouve dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*²⁰⁰. Les arbitres avaient donné effet à la clause NPF du BIT afin de permettre à l'investisseur de bénéficier d'une période de négociation 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, État hôte de l'investissement. Les arbitres avaient cependant posé d'importantes limites notamment pour des dispositions d'ordre public auxquelles les États auraient souhaité ne pas déroger. L'affaire *Plama*, la dernière en date sur le sujet, a fait une utilisation véritablement restrictive de la clause NPF afin de refuser d'étendre la clause de règlement des différends pour des raisons d'ordre public et pour éviter le risque de *treaty shopping*. Si certaines restrictions sont légitimes, les largesses dans l'interprétation peuvent mener à des situations fort gênantes, ce qui ne nous semble toutefois pas être le cas en l'espèce.

Revenant abondamment sur les précédents, les arbitres font une distinction très claire entre les interprétations larges et strictes de la clause NPF²⁰¹. Le paragraphe introductif de la conclusion du tribunal pouvait cependant faire craindre le pire : « *This tribunal wholeheartedly endorses the analysis and statement of principle by the Plama tribunal* »²⁰². Si l'utilisation du test de *Plama* pourrait sembler dangereuse, le résultat atteint par le tribunal apparaît néanmoins comme des plus convaincants. Cependant, certaines prises de position restrictive du tribunal, dans la lignée de *Plama*, peuvent être regrettées. Néanmoins, au final, les arbitres respectent la volonté des parties ainsi que le but et l'objet du BIT, conformément à l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²⁰³. En effet, lorsque qu'une clause de règlement des différends est large mais que l'on peut l'étendre encore suivant des clauses plus récemment insérées dans des mécanismes conventionnels, cela est acceptable si la volonté des parties a évolué avec le temps mais que le BIT n'a pas été révisé. Ici, la limitation de la clause est expresse, volontaire et le règlement des différends ne peut s'appliquer que pour certaines dispositions du BIT. Comme le tribunal l'affirme,

*[i]t is one thing to stipulate that the investor is to have the benefit of MFN investment treatment but quite another to use an MFN clause in a BIT to bypass a limitation in the very BIT when the parties have not chosen a language in the MFN clause showing an intention to do this, as has been done in some BITs.*²⁰⁴

¹⁹⁹ *Salini*, supra note 21.

²⁰⁰ *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne* (2001), Affaire n° ARB/97/7 (CIRDI), décision du 25 janvier 2000 sur les exceptions d'incompétence, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>>.

²⁰¹ *Telenor*, supra note 69 aux para. 85-89.

²⁰² *Ibid.* au para. 90.

²⁰³ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 22 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354, R.T. Can. 1980 n° 37.

²⁰⁴ *Telenor*, supra note 69 au para. 92.

La Cour permanente de justice internationale (ci-après CPJI) avait très clairement établi le standard pour l'analyse de dispositions conventionnelles :

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.²⁰⁵

Ne s'attacher qu'à la clause NPF sans se soucier de la disposition que l'on veut écarter peut entraîner des élargissements illégitimes des protections fournies par le BIT. En outre, la pratique des deux États parties au traité illustre que dans certains cas de figure, le choix de poser certaines restrictions au règlement des différends est délibéré. Ce n'est pas un changement récent de positionnement mais bien un choix de politique conventionnelle délibéré qui ne peut être ignoré ou effacé par le biais d'une clause NPF²⁰⁶.

La limite posée par la Norvège et la Hongrie doit donc être respectée car le choix était délibéré et ne pouvait faire l'objet d'une extension qui aurait tout simplement dénaturé le *Traité* dans son ensemble. Il n'est pas question ici de réduire les délais de réflexion pour démarrer une procédure, ou encore changer de centre d'arbitrage pour régler le différend, mais bien d'ajouter des obligations substantielles, volontairement écartées, qui pourraient faire désormais l'objet d'une condamnation par une instance arbitrale. Si certains soutiennent que cette position a changé depuis la fin de l'ère communiste, cela est sans doute en partie vrai même si deux BIT entrés en vigueur après la chute du Mur, dont le BIT signé avec la Chine, contiennent des clauses similaires et n'ont jamais été modifiés. En effet, nombreux sont les États qui modifient leurs BIT *a posteriori* suivant leurs nouvelles politiques conventionnelles ou qui en concluent de nouveaux. Rien de tout cela n'a été fait par la Hongrie et l'on peut penser que cette position est volontaire. Malgré notre position favorable à l'utilisation large de la clause NPF, il semble qu'en l'espèce le choix du tribunal était logique afin de respecter la volonté des parties au BIT exprimée par une rédaction ne permettant pas d'extension des obligations en matière de règlement des différends²⁰⁷.

En guise de conclusion, il faut tout d'abord noter que le tribunal refuse de se reconnaître compétent en raison, notamment, de la faiblesse des arguments présentés par Telenor. En outre, et ceci est une prise de position rarement adoptée par les tribunaux CIRDI, les arbitres ont décidé de faire porter les coûts et les dépenses

²⁰⁵ *Compétence de l'Organisation internationale du travail pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture* (1922), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. B) n° 2 à la p. 22.

²⁰⁶ *Telenor*, supra note 69 aux para. 95-96.

²⁰⁷ Nous rejoignons en ce sens la position adoptée par le tribunal CNUDCI : *National Grid c. Argentine* (2006) (CNUDCI), décision sur la compétence du 20 Juin 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> aux para. 91-94.

relatifs à l'arbitrage sur l'investisseur²⁰⁸. En raison des difficultés qui en ont résulté pour le tribunal, notamment concernant le calcul des coûts résultant de la nouvelle législation, et des charges supplémentaires engendrées, il a semblé logique pour le tribunal que Telenor paye tous les frais y compris les frais de conseils de la Hongrie. L'investisseur a donc trente jours, à compter de la notification de la décision au CIRDI, pour payer plus de 1,2 millions de dollars. La désinvolture de l'investisseur dans la présentation de ses prétentions lui coûtera donc cher.

J.F.

XIV. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*²⁰⁹

Composition du tribunal : Neil T. Kaplan, président; Charles N. Brower et Albert Jan Van Den Berg, arbitres.

La sentence du 2 octobre 2006 met aux prises, une fois encore, la Hongrie²¹⁰ avec un groupe d'investisseurs privés, cette fois-ci chypriote. Les demandeurs fondent leurs prétentions sur le *BIT* conclu entre Chypre et la Hongrie, entré en vigueur le 24 mai 1999²¹¹. Les faits de l'affaire, en particulier l'enchevêtrement des participations dans différentes entreprises, sont assez complexes. Nous allons donc tenter d'en donner un aperçu concis²¹².

La Hongrie souhaitait rénover et agrandir l'aéroport de Budapest qui était, selon le droit magyar, « *an exclusive and non-negotiable asset of the State* »²¹³. Un appel d'offre fut passé et remporté en août 1994 par la société ADC, société incorporée au Canada²¹⁴. L'accord-cadre conclu pour ce projet prévoyait la création d'une société de droit hongrois ayant pour seul but la réalisation du projet aéroportuaire, la *Project Company*, dont les parts étaient détenues à la fois par ADC et par ATAA, une entité étatique hongroise en charge des droits de propriété, de la gestion et du fonctionnement de l'aéroport²¹⁵. Le contrat passé avec l'investisseur portait sur la construction du Terminal 2/B à l'aéroport de Budapest, ainsi que sur la collecte des recettes provenant des divers commerces du terminal. Cependant, afin de pouvoir bénéficier de régimes fiscaux intéressants, notamment des traités de double taxation conclus par la Hongrie, il fut décidé d'un commun accord entre les parties que l'investissement d'ADC dans la *Project Company* serait effectué par le biais d'une de ses filiales chypriotes, *ADC Affiliates*, l'une des demanderesses en

²⁰⁸ *Ibid.* aux para. 106-107.

²⁰⁹ *Affaire ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie* (2006), n° ARB/03/16 (CIRDI), sentence du 2 octobre 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [ADC].

²¹⁰ Voir le chapitre précédent de la chronique sur l'affaire *Telenor*, *supra* note 69.

²¹¹ *ADC*, *supra* note 209 au para. 11.

²¹² Pour les faits dans leur ensemble, voir *ibid.* aux para. 79-213.

²¹³ *Ibid.* au para. 90.

²¹⁴ *Ibid.* au para. 108.

²¹⁵ *Ibid.* aux para. 113-24.

l'espèce²¹⁶. La seconde demanderesse, ADC & ADMC management, filiale aussi d'ADC, était, elle, en charge de gérer les 3% des revenus de l'aéroport versés pour ADC à la suite des expertises en matière de gestion qu'elle a effectué. La *Project Company* a en outre utilisé cette seconde entité pour les problèmes de gestion de l'aéroport avant et après les travaux afin de collecter certains des profits émanant des commerces hors-taxe ou encore des stationnements²¹⁷.

En vue de son adhésion à l'Union européenne, la Hongrie entama une série de réformes de ses secteurs économiques importants, notamment l'aviation. ATAA fut donc divisée en deux entités, l'une en charge du contrôle du trafic aérien, *Hungaro Control*, et l'autre des structures aéroportuaires, *BA Rt*. Cette réforme de 2000 fut suivie par une seconde réforme en 2001 qui est la source du différend entre les parties. Le décret du 20 novembre 2001, applicable en janvier 2002, mit fin aux contrats conclus avec les investisseurs concernant l'aéroport et la direction de la *Project Company* fut par conséquent transférée à *BA Rt*. Ce changement interrompit tout transfert de fonds d'après les quotas établis au sein de l'accord-cadre et empêcha tout paiement des billets à ordre provenant de la *Project Company*²¹⁸. Pour les investisseurs, ces actes ont constitué une expropriation de leur investissement, sans compensation, provoqué des pertes d'importance, un manque à gagner certain au vu de la croissance du marché aérien une fois l'expropriation effectuée et, enfin, ont entraîné une violation du traitement juste et équitable et de l'obligation d'assurer à l'investissement une protection et une sécurité pleines et entières. Pour la Hongrie, les investisseurs n'auraient construit les terminaux ni à temps ni correctement et n'auraient pas respecté leurs obligations en tant que gestionnaires du terminal²¹⁹.

Nous procéderons à une analyse de cette sentence en trois temps. Il est nécessaire en premier lieu de commenter de manière concise l'analyse du droit applicable effectuée par le tribunal ainsi que les questions de compétence soulevées par la Hongrie (A). En outre, il faudra revenir sur l'analyse de la violation de l'article 4 du *BIT* relatif à l'expropriation (B). Nous concluons sur la détermination intéressante effectuée par les arbitres concernant le *quantum* (C).

A. Droit applicable et compétence du tribunal : une entrée en matière classique des arbitres

De manière liminaire, l'on se doit de revenir sur les six paragraphes analysant le droit applicable au litige. L'opposition entre les parties portait sur l'application du *BIT* : comme *lex specialis* du droit international pour les demandeurs alors que la défenderesse insistait sur l'application du droit hongrois. Si l'article 42 (1) de la *Convention de Washington* pose que le choix des parties prime et qu'en l'absence d'un tel choix, ce sera le droit de l'État partie au différend ainsi que le droit

²¹⁶ *Ibid.* aux para. 131-45.

²¹⁷ *Ibid.* aux para. 146-52.

²¹⁸ *Ibid.* aux para. 172-90.

²¹⁹ Pour les argumentations des deux parties, voir *ibid.* aux para. 214-240.

international qui s'appliqueront²²⁰, pour le tribunal, les parties ont choisi d'appliquer le droit international par le biais du paragraphe 5 de l'article 6 du *BIT*²²¹. Cependant, l'article 4 (3) du traité dispose que le montant de la compensation devra être déterminé par le droit de l'État où l'expropriation a eu lieu. Pour le tribunal, en accord avec une interprétation du *BIT* conforme au droit international nous semble-t-il, cela signifie que les parties ont décidé de circonscrire l'application d'un droit interne uniquement aux problèmes de compensation et d'appliquer le droit international au reste des questions du différend²²². Reste donc au tribunal à se reconnaître compétent.

Les arbitres aborderont quatre points majeurs à ce sujet. Tout d'abord, c'est la question de la nature contractuelle ou fondée sur un BIT du différend qui fait surface. Utilisant la structure professorale et didactique de James Crawford lors de ses auditions²²³, le tribunal reconnaît sans ambiguïté que la demande est fondée sur une violation du *BIT*. Les droits des investisseurs ont été bafoués et le décret adopté par la Hongrie illustre *prima facie* « *the clearest possible case of expropriation* »²²⁴.

Le deuxième point concerne la qualification d'investissement des activités économiques des demandeurs. Le tribunal ne semble s'appuyer que sur un seul des quatre éléments du test *Salini*²²⁵ : la contribution dans l'État d'accueil, « critère le plus souvent retenu par les tribunaux arbitraux CIRDI »²²⁶. Les documents fournis prouvent que plus de 16,5 millions de dollars ont été investis dans le projet et que les revenus relatifs à la gestion sont aussi protégés par les dispositions du *BIT*, entre autre en raison du fait que ces revenus visaient à rembourser les demandeurs pour les travaux et les services fournis. À la lumière des faits présentés, il semble en effet difficile de ne pas conclure à un investissement²²⁷. De surcroît, si les trois autres critères de *Salini* – la durée dans le temps, les risques encourus et la contribution au développement de l'État hôte – ne sont pas cités, ils sont néanmoins largement remplis.

Le troisième point vise à savoir si le différend découlait « directement » d'un investissement, selon la condition posée par l'article 25 (1) de la *Convention de Washington*. La Hongrie voulait de fait différencier chaque accord passé entre les

²²⁰ Cet article et notamment le lien entre droit interne et droit international a été analysé et a fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux. Voir en particulier la principale contribution à ce débat par Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, « The meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence of the *Washington Convention*: The role of International Law in the ICSID choice of Law Process » (2003) 18:2 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 375 [Gaillard, « article 42(1) »]. Pour une évolution récente du droit applicable devant les tribunaux en matière d'investissement : Andrea Giardina, « International Investment Arbitration: Recent Developments as to the Applicable Law and the Unilateral Recourse » (2006) 5 Law & Practice of International Courts and Tribunals 29.

²²¹ *ADC*, *supra* note 209 au para. 290.

²²² *Ibid.* aux para. 291-292.

²²³ *Ibid.* au para. 303.

²²⁴ *Ibid.* au para. 304.

²²⁵ *Costruttori*, *supra* note 108 au para. 52, décision sur la compétence du 23 juillet 2001. Ce test est désormais réutilisé par les arbitres et notamment récemment dans l'affaire *Jan de Nul*, *supra* note 101 commentée dans cette chronique à la section VIII.

²²⁶ Manciaux, *CIRDI*, *supra* note 110 à la p. 65.

²²⁷ *ADC*, *supra* note 209 au para. 325.

parties pour affirmer que certaines activités étaient purement commerciales²²⁸. De plus, si l'investissement utilisait la *Project Company*, cela ne faisait pas pour autant perdre le caractère direct de l'investissement²²⁹. Il est logique de déterminer que l'ensemble des activités constitue l'investissement car ce dernier a toujours un « caractère intrinsèquement unitaire » ne devant pas permettre de séparer et d'isoler certaines opérations²³⁰. Le tribunal est donc en accord avec la notion acceptée en droit international d'un investissement résultant d'une multitude de composantes.

Le quatrième et dernier point concerne la nationalité des investisseurs : des entreprises chypriotes mais contrôlées par une société-mère canadienne. En premier lieu, le BIT entre Chypre et la Hongrie pose uniquement le principe selon lequel, pour avoir la nationalité d'un État, une entreprise doit être correctement incorporée selon le droit de l'État sur lequel elle s'établit. Cela est bien le cas en l'espèce : les entreprises ont respecté le droit chypriote et les dispositions conventionnelles ont donc été observées²³¹. De multiples autres points sont soulevés et écartés par le tribunal. Il est bon de mentionner l'analyse faite de l'opinion dissidente de Prosper Weil dans l'affaire *Tokios Tokeles*²³². Le parallèle ne peut être tracé ici car, si le professeur Weil avait demandé de prendre en compte la nationalité de l'origine du capital pour déterminer la nationalité, cela résultait du fait que cette nationalité était celle de l'État partie au différend. Un tel problème n'est pas présent en l'espèce car ce sont bien des nationaux tiers dont il s'agit et aucun risque n'est encouru²³³. La nationalité chypriote reconnue, ce sont les quatre points de contestation de la compétence qui sont écartés par les arbitres. Le tribunal devait ensuite déterminer si une véritable expropriation avait eu lieu.

B. Les critères réunis d'une expropriation illicite en application du BIT

L'expropriation est le cœur de la demande formulée par les investisseurs. L'article 4 du *BIT*²³⁴ adopte une vision très large de la notion d'expropriation, pouvant donc inclure des législations comme source de la privation²³⁵. L'intérêt de l'analyse repose sur le fait qu'en droit international général, une expropriation n'est pas illicite. Cette première étape est souvent éludée par les tribunaux CIRDI. L'illicéité d'une telle mesure résulte du fait que l'État n'a pas respecté les conditions posées par la coutume²³⁶. Les arbitres, en l'espèce, ont suivi les quatre conditions posées par l'article 4 relatif à une expropriation licite afin de vérifier si la conduite de la Hongrie y est conforme ou non.

²²⁸ *Ibid.* aux para. 326-30.

²²⁹ *Ibid.* au para. 331.

²³⁰ Manciaux, *CIRDI*, *supra* note 110 aux pp. 93-96.

²³¹ *ADC*, *supra* note 209 au para. 357.

²³² *Tokios Tokeles c. Ukraine*, Affaire n° ARB/02/18 (CIRDI), décision sur la compétence du 29 avril 2004, et nos commentaires critiques dans Fourret et Khayat, 17.1, *supra* note 80 à la p. 176.

²³³ *ADC*, *supra* note 209 au para. 360.

²³⁴ Reproduit à *ibid.* au para. 368.

²³⁵ Pour l'équilibre entre réglementation et expropriation voir OCDE, *Expropriation*, *supra* note 152.

²³⁶ Concernant l'expropriation en droit international public, voir l'ouvrage fondateur : Ben Atkinson Wortley, *Expropriation in Public International Law*, Cambridge, University Press, 1959.

D'abord, le tribunal souligne que la position de la défenderesse, consistant à affirmer que les mesures n'étaient simplement que l'exercice de prérogatives de régulation économique et respectant le droit international, n'était pas tenable. Les risques acceptés par l'investisseur ne sauraient, à juste titre, servir de justification pour l'obliger à se soumettre à tout changement arbitraire du cadre législatif. Cela viole les attentes légitimes de l'investisseur et l'État ne peut donc invoquer son droit à régler²³⁷.

Le premier point concernant la licéité de l'expropriation est la nécessité d'un intérêt public. Pour le tribunal on ne peut se contenter d'affirmations. En l'absence de véritable justification de la Hongrie, l'intérêt public n'est pas reconnu²³⁸.

Le deuxième point porte sur le respect du « *due process of law* » alors qu'aucune procédure de notification préalable, d'un tiers impartial pour prendre la décision ou encore de pourparlers n'est présente en l'espèce. Aucune discussion n'a pu avoir lieu et la décision était unilatérale. Par conséquent cette deuxième condition n'est pas non plus satisfaite²³⁹.

Le troisième point concernant la non-discrimination est pareillement violé, les textes législatifs ne pouvant viser que les activités des investisseurs de l'espèce²⁴⁰.

Le quatrième point n'est bien entendu pas respecté non plus : le paiement d'une juste compensation. Par conséquent, le tribunal ne peut que constater la violation de l'article 4 du *BIT* et doit désormais déterminer le *quantum* des dommages à accorder.

Avant de conclure, nous souhaitons mentionner le paragraphe 445 dans lequel le tribunal énonce que le traitement juste et équitable et la protection et la sécurité pleines et entières ont aussi été violées par la Hongrie. Cependant, l'article 7 du *BIT* donne compétence aux tribunaux arbitraux dans des différends portant uniquement sur des expropriations, une formulation souvent présente dans les traités des anciens pays du bloc de l'Est²⁴¹. Ce paragraphe 445 s'avère de ce fait purement surabondant et *obiter dictum*. C'est pour cette raison qu'aucune conséquence n'est tirée de cette violation, le tribunal n'ayant pas mandat pour en accorder. À notre avis, il n'aurait pas non plus dû étendre sa propre compétence en violation de la volonté des parties au traité.

²³⁷ L'utilisation des attentes légitimes en matière d'expropriation était déjà présente dans *EnCana Corporation c. Équateur* (2006), Affaire n° UN3481 (LCIA), sentence du 3 février 2006 aux para. 173 et s., en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>>.

²³⁸ *ADC, supra* note 209 aux para. 429-33.

²³⁹ *Ibid.* aux para. 434-40.

²⁴⁰ *Ibid.* aux para. 441-443.

²⁴¹ Luke Eric Peterson, « Cyprus-based companies recoup \$75 Mil in BIT arbitration over Hungary airport » *Investment Treaty News* (2 Novembre 2006), en ligne : Institut international du développement durable <<http://www.iisd.org/investment/itn/archive.asp>> [Peterson]. Le chapitre précédent analyse aussi un arbitrage *Telenor, supra* note 69 dans lequel le BIT contenait une disposition similaire.

C. Remarques conclusives sur le quantum : une prise de position inhabituelle

Pour le tribunal, afin de déterminer les montants à accorder aux investisseurs, « [t]he principal issue is whether the BIT standard is to be applied or the standard of customary international law »²⁴². Le principe du droit coutumier est la *restitution in integrum*, principe fermement établi depuis le *dictum* de la CPJI²⁴³, car cela permet de rétablir l'investissement en « l'état antérieur au fait internationalement illicite »²⁴⁴.

Les arbitres affirment cependant que comme le *BIT* est une *lex specialis*, il déroge par principe à la coutume, *lex generalis*. Néanmoins, ce dernier ne mentionne aucune règle à appliquer pour les dommages-intérêts si ce n'est une « compensation juste » à l'article 4 (1)(a)²⁴⁵. En faisant référence à la jurisprudence internationale, aussi bien arbitrale que celle des deux cours mondiales, le tribunal en vient à la conclusion de la présente vitalité du principe posé par la CPJI²⁴⁶. C'est ici que se noue l'originalité de la réflexion des arbitres. En respectant l'esprit du principe coutumier, le tribunal décide qu'une restitution ne peut avoir lieu mais qu'il faut verser une somme correspondant à la valeur qu'aurait atteint la restitution. Contrairement à la très large majorité des tribunaux arbitraux, les arbitres en espèce ne choisissent pas la date de l'expropriation pour calculer le montant à verser aux demandeurs mais la date de la sentence arbitrale²⁴⁷. La logique derrière cette nouveauté est limpide : la plupart des tribunaux statuent sur des demandes où l'investissement a perdu de sa valeur à la suite de l'intervention de l'État. Pour le cas d'espèce, c'est l'inverse qui s'est produit et, par conséquent, sans expropriation, l'investissement aurait prospéré de la même manière qu'il l'a fait sans que l'investisseur soit impliqué. Le tribunal choisit donc d'accorder aux demandeurs la somme de 76,2 millions de dollars correspondant à la valeur de l'investissement au 30 septembre 2006. La Hongrie se voit également tenue de rembourser les frais engagés par l'investisseur en conseils et en dépenses diverses pour un montant de 7,6 millions de dollars. Il nous semble que la méthode de calcul adoptée par le tribunal est parfaite pour répondre aux nombreuses particularités de l'affaire. La défenderesse s'est acquittée de tous les montants durant la semaine du 2 novembre, sans remettre en cause d'aucune manière que ce soit la décision du tribunal²⁴⁸. Les arbitrages se suivent mais les résultats finaux ne se ressemblent pas pour la Hongrie...

J.F.

²⁴² *ADC*, *supra* note 209 au para. 480.

²⁴³ Dans l'affaire *Usine de Chorzow (fond) (Allemagne c. Pologne)* (1928), C.P.J.I. (sér. A) n° 17 à la p. 29.

²⁴⁴ Daillier et Pellet, *supra* note 28 aux pp. 798-99.

²⁴⁵ *ADC*, *supra* note 209 aux para. 481-82.

²⁴⁶ *Ibid.* aux para. 484-93.

²⁴⁷ *Ibid.* aux para. 496-97.

²⁴⁸ *Peterson*, *supra* note 241.

XV. *LG&E c. Argentine*²⁴⁹

Composition du tribunal : Tatiana de Maekelt, présidente; Francisco Rezek et Albert Jan van den Berg, arbitres.

Cette troisième affaire argentine jugée au fond semble, au premier abord, achever la phase arbitrale initiale, avant une potentielle demande d'annulation. Ce n'est pourtant qu'un faux semblant car ce n'est pas une sentence arbitrale au fond, suivant la décision sur la compétence du 30 avril 2004²⁵⁰, mais uniquement une décision sur la responsabilité. En effet, le dernier paragraphe de la décision indique que le *quantum* des dommages-intérêts alloués à l'investisseur sera calculé dans une ultime décision exclusivement dévolue à cette question²⁵¹. Outre que ce type de morcellement des décisions est unique, à notre connaissance, en matière d'arbitrage CIRDI, l'intitulé d'une telle décision signifie que l'on sait, avant même de l'avoir lue, que l'État hôte a été condamné. Comme nous le verrons, cela n'est pas aussi évident.

Nous ne reviendrons pas sur les faits de l'affaire, que nous avons déjà évoqués lors de la décision sur la compétence, si ce n'est que les demandeurs de nationalité américaine, LG&E, étaient actionnaires de trois sociétés disposant de licences pour mener à bien des opérations de distribution gazière en Argentine²⁵². Celle-ci aurait violé plusieurs dispositions du BIT américano-argentin notamment en matière d'expropriation et de traitement juste et équitable. Nous analyserons les éléments majeurs dégagés par les arbitres à savoir en premier lieu la détermination du droit applicable en l'absence de choix des parties (A). Il est ensuite nécessaire de se concentrer sur trois éléments intéressants dans l'analyse de la responsabilité de l'Argentine : le traitement juste et équitable, les *umbrella clauses* – ou clause de respect des engagements – et, enfin l'expropriation indirecte (B). Cependant, l'analyse la plus intéressante, faisant écho à la sentence *CMS*, concerne l'application de l'état de nécessité à la situation économique argentine (C).

A. Une interprétation souple et satisfaisante de l'article 42 de la Convention de Washington

La théorie minoritaire, mais néanmoins vivace, prônée notamment par le professeur Reisman, semble avoir de moins en moins d'adeptes²⁵³. L'acception qui consistait à ne donner qu'un rôle uniquement subsidiaire au droit international dans la lecture de l'article 42 (1)²⁵⁴, pour appliquer principalement le *jus cogens* en plus du

²⁴⁹ *LG&E*, *supra* note 24, décision du 4 octobre 2006 sur la responsabilité.

²⁵⁰ Fouret et Khayat 17.1, *supra* note 80 à la p. 193.

²⁵¹ *LG&E*, *supra* note 24 au para. 267.

²⁵² Fouret et Khayat 17.1, *supra* note 80 à la p. 194.

²⁵³ W. Michael Reisman, « The Regime for *lacunae* in the ICSID choice of law provision and the question of its threshold » (2000) 15:2 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal 362.

²⁵⁴ « (1) Le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière ».

droit national, s'efface année après année et nous soutenons cette évolution²⁵⁵. La position voulant que les droits internes pouvaient avoir des lacunes qui pourraient être comblées par le droit international n'est pas juridiquement acceptable et prouve un manque d'analyse prospective des systèmes juridiques²⁵⁶. Si cette vision était prédominante durant toutes les années quatre-vingt et quatre-vingt dix, le professeur Gaillard avait pourtant démontré dès 1991 que cette lecture de l'article 42 était beaucoup trop restrictive et que les arbitres pouvaient avoir recours au droit international quand ils l'estimaient nécessaire pour résoudre les problèmes de droit qui leurs étaient soumis²⁵⁷. Le tournant, nous semble-t-il, a eu lieu avec la décision en annulation dans l'affaire *Wena c. Égypte*. Le comité *ad hoc* avait affirmé que

*what is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of article 42(1) allowed for both legal orders to have a role. The law of the Host state can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied if the appropriate rule is found in this other ambit.*²⁵⁸

Depuis, la plupart des tribunaux se sont ralliés à cette vision et nombreux sont ceux qui l'on fait en référence à la décision de 2002²⁵⁹.

En l'espèce, le tribunal affirme que les parties n'ont pas choisi de droit applicable et que la formule précitée doit s'appliquer²⁶⁰. Après avoir analysé les positions officielles argentines sur la cohabitation entre règles internationales et internes, le tribunal en vient à une conclusion proche de la décision de 2002 : « *International law overrides domestic law when there is a contradiction since a State cannot justify non-compliance of its international obligations by asserting the provisions of its domestic law* »²⁶¹. Par conséquent, la signification de l'article 42 (1) pour le tribunal ne peut être différente de celle donnée dans l'affaire *Wena* : une application conjointe des deux ordres juridiques avec une suprématie du droit international en cas de contradiction flagrante. Nous espérons que cette décision permettra de mettre définitivement un terme à la vision restrictive de certains courants doctrinaux et que nos vœux en commentant la décision *Wena* soient définitivement

²⁵⁵ Voir l'analyse la plus complète sur le sujet dans Gaillard, « article 42(1) », *supra* note 220 et dans le commentaire sur l'affaire *LG&E*, *supra* note 24. Voir aussi Gaillard, « CIRDI (2007) », *supra* note 43 à la p. 331.

²⁵⁶ Gaillard, « article 42(1) », *supra* note 220 à la p. 397 : « [t]his theory further illustrates the danger of casuistic approach under which legal orders are perceived as being a catalog of detailed rules and precedents rather than as a legal structure with its own logic, mechanisms and rules of interpretation ».

²⁵⁷ Emmanuel Gaillard, « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales » (1991) 118:1 J.D.I. 165 aux pp. 181 et s.

²⁵⁸ *Wena*, *supra* note 147 au para. 40 de la décision sur l'annulation du 5 février 2002. Voir aussi le paragraphe 41 de la décision. Voir nos commentaires dans Fouret et Khayat 15.2, *supra* note 67.

²⁵⁹ Pour une liste de ces sentences à la suite de l'affaire *Wena*, voir Gaillard, « article 42(1) », *supra* note 220 aux pp. 331-33.

²⁶⁰ *LG&E*, *supra* note 24 aux para. 82-85.

²⁶¹ *Ibid.* au para. 94.

exaucés : « [L]es principes du droit international figureront désormais de façon autonome parmi les sources du droit directement applicables au litige devant un tribunal CIRDI, en l'absence de choix de loi par les parties »²⁶².

B. La responsabilité de l'Argentine reconnue sur le fondement de deux des quatre articles du BIT soulevés par l'investisseur

L'investisseur arguait que quatre dispositions du *BIT* avaient été violées. La non-reconnaissance de la violation du traitement discriminatoire et arbitraire ne mérite pas véritablement que l'on s'y attarde²⁶³. La dernière demande concernait une prétendue expropriation indirecte subie par l'investisseur en raison de mesures législatives jugées trop sévères²⁶⁴. Nous souhaitons simplement souligner que le tribunal veut établir clairement le fait qu'une expropriation est une privation du droit de jouir de sa propriété, de son investissement, ne consistant pas simplement en des difficultés économiques passagères²⁶⁵. Enfin, le tribunal réaffirme, sans la citer, ce que la décision d'interprétation dans l'affaire *Wena* avait établi : une expropriation, pour être reconnue, doit avoir un caractère permanent²⁶⁶. Ce n'était pas le cas en l'espèce et le tribunal a, avec raison, refusé de qualifier les mesures en expropriations rampantes car le degré d'atteinte au droit de propriété était loin d'être suffisant²⁶⁷. Cela n'est le cas ni pour le traitement juste et équitable (1) ni pour la clause de respect des engagements (2).

1. LES ATTENTES LEGITIMES DE L'INVESTISSEUR COMME SOCLE DEFINITIONNEL DU TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE

La décision du tribunal s'inscrit dans la lignée de celles de ses prédécesseurs mais apporte tout de même quelques éléments d'intérêt dans sa condamnation de l'Argentine pour la violation du traitement juste et équitable²⁶⁸. La question était de savoir si les législations d'urgence adoptées par la défenderesse violaient le *BIT* en raison des garanties données à l'investisseur, lors de sa décision de s'établir en Argentine, par le biais de la réglementation du domaine gazier²⁶⁹.

Si le tribunal réaffirme qu'il n'est pas possible d'établir une définition claire et précise du standard, il n'en reste pas moins que les arbitres vont utiliser la notion qui est désormais au centre des tentatives de définition de celui-ci : les attentes

²⁶² Fourret et Khayat 15.2, *supra* note 67 aux pp. 175-76.

²⁶³ *LG&E*, *supra* note 24 aux para. 140-63.

²⁶⁴ *Ibid.* aux para. 176 et s.

²⁶⁵ Voir l'analyse exhaustive sur le sujet : OCDÉ, *Expropriation*, *supra* note 152.

²⁶⁶ *Wena*, *supra* note 1477 au para. 120 de la décision du 31 octobre 2005 sur la demande d'interprétation de la sentence : « *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* ».

²⁶⁷ *LG&E*, *supra* 24 au para. 200.

²⁶⁸ Pour l'analyse du traitement, *ibid.* aux para. 100-139.

²⁶⁹ *Ibid.* aux para. 119-120.

légitimes de l'investisseur²⁷⁰. La sentence *Tecmed c. Mexique*²⁷¹ a introduit cette notion de *legitimate expectations*, les attentes légitimes de l'investisseur, dans la norme de traitement. L'année qui vient de s'écouler voit l'intégration, probablement définitive, de cet élément comme élément central de la norme de traitement grâce à son objectivisation. En effet, dans *Tecmed*, les arbitres avaient placé la bonne foi de l'État au centre de leur argumentaire²⁷². Cette intrusion de la volonté de l'État de porter atteinte à l'investisseur n'avait pas ou peu séduit les tribunaux, à raison nous semble-t-il. Quatre tribunaux seulement entre 2003 et 2005 ont repris ce raisonnement et adopté les mêmes éléments pour définir la notion de traitement juste et équitable : *Waste Management c. Mexique*²⁷³, *MTD c. Chili*²⁷⁴, *Occidental c. Équateur*²⁷⁵ et *Eureko c. Pologne*²⁷⁶. Cependant, beaucoup ne prêtaient que peu d'attention à ce nouvel élément car le risque de paralyser les politiques législatives de l'État était grand. S'appuyer sur la bonne foi rendait une analyse objective de la notion difficilement réalisable. Ce nouvel apport au traitement juste et équitable semblait être une fausse bonne idée et le développement d'une jurisprudence autour de cette notion apparaissait comme peu souhaitable. Cependant, les quatre affaires de 2006²⁷⁷, dont la présente, purgent l'utilisation des attentes légitimes, donc le traitement juste et équitable, de la bonne foi et le rendent quasiment objectif. En l'espèce les arbitres sont très clairs dans les conditions à appliquer :

*They are based on the conditions offered by the host State at the time of the investment; they may not be established unilaterally by one of the parties; they must exist and be enforceable by law; in the event of infringement by the host State, a duty to compensate the investor for damages arises except for those caused in the event of state of necessity; however, the investor's fair expectations cannot fail to consider parameters such as business risk or industry's regular patterns.*²⁷⁸

²⁷⁰ Voir sur le traitement dans son ensemble et sur les attentes légitimes de l'investisseur : OCDE, *Norme*, *supra* note 153 à la p. 130.

²⁷¹ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique* (2003), Affaire n° ARB(AF)/00/02 (CIRDI), sentence du 29 mai 2003, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Tecnicas*] et nos commentaires dans Fourret et Khayat 16.1, *supra* note 100 à la p. 237.

²⁷² *Tecnicas*, *ibid.* aux para. 152-174.

²⁷³ *Waste*, *supra* note 117, sentence du 30 avril 2004; Fourret et Khayat 15.2, *supra* note 67 à la p. 184.

²⁷⁴ *MTD*, *supra* note 13, sentence du 25 mai 2004. Voir aussi nos commentaires dans Fourret et Khayat 17.1, *supra* note 80 à la p. 198.

²⁷⁵ *Occidental Exploration and Production Company c. Équateur* (2004), Affaire n° UN 3467, sentence du 1^{er} juillet 2004 (LCIA) aux para. 180-186, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>>.

²⁷⁶ *Eureko B.V. c. Pologne* (2006), sentence *ad hoc* du 19 août 2005 (UNCITRAL), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>>.

²⁷⁷ L'on peut considérer que l'affaire *CMS* de 2005, *supra* note 59, avait en fait enclenché ce mouvement : voir nos commentaires dans Fourret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 348. Les trois sentences de cette année sont *Saluka Investments BV (Netherlands) c. République tchèque* (2006), sentence du 17 mars 2006 (UNCITRAL), en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>>; *Azurix*, *supra* note 51, commentée à la section X de la présente chronique et enfin *ADC*, *supra* note 209 commentée à la section XIV.

²⁷⁸ *LG&E*, *supra* note 24 au para. 130.

Désormais, débarrassé de cet élément subjectif, les attentes légitimes de l'investisseur constituent le socle de la notion de traitement juste et équitable. Le risque de réinsertion des anciennes clauses de stabilisation des contrats d'État, par le biais des attentes légitimes de l'investisseur, est désormais quasiment nul. Ces clauses extrêmement pénalisantes pour l'État ainsi que pour l'évolution de ses législations ne semblent pas faire leur retour en raison de l'équilibre choisi par les arbitres entre les intérêts concurrents de l'investisseur et de l'État. Au contraire, l'insertion des attentes légitimes permet désormais à l'État de savoir très clairement quelles sont ses obligations principales en matière de traitement juste et équitable.

En l'espèce, les autorités argentines, ayant abrogé les garanties prévues par la loi sur le domaine gazier par le biais de décrets d'urgence, ont très clairement violé les attentes légitimes de l'investisseur et par là même le traitement juste et équitable, peu importe qu'elles aient été de bonne foi ou non²⁷⁹. Le tribunal insiste de surcroît sur le fait qu'il comprend les difficultés dans lesquelles se trouvait l'Argentine et qu'il est également conscient que tout investissement comporte automatiquement un risque, mais l'État hôte est ici allé beaucoup trop loin, selon lui, dans l'utilisation de ses prérogatives souveraines²⁸⁰. Désormais, grâce à la notion des attentes légitimes, le traitement juste et équitable est un standard autonome qui protège contre les incohérences législatives, l'absence de transparence, le caractère déraisonnable de certaines politiques publiques ou encore les discriminations patentées.

2. LE RESPECT DES OBLIGATIONS LEGISLATIVES PAR LE BIAIS DES UMBRELLA CLAUSES

Le BIT américano-argentin possède une des clauses de respect des engagements des plus claires et des plus inclusives en son article 2 (c) : « Chaque partie respecte tous les engagements qu'elle aurait pris en matière d'investissements ». Elle inclut toute obligation eu égard aux « investissements » dans leur ensemble²⁸¹. Cette clause analysée à de multiples reprises a été détournée de sa bonne application par deux sentences au début de l'année 2006. En effet les décisions *El Paso* et *Pan American* ont eu une interprétation restrictive, peu compréhensible, largement en violation, nous semble-t-il, d'une analyse de bonne foi de la disposition et en contradiction avec le sens et le but du traité²⁸².

Les arbitres, dans *LG&E c. Argentine*, ont été appelés à nouveau à interpréter la même disposition conventionnelle et ont ignoré les deux décisions précédentes, pour revenir à l'interprétation antérieure, en affirmant que la clause

is a general provision included in a fairly large number of bilateral treaties that creates a requirement for the host State to meet its obligations towards foreign investors, including those that derive from a contract. Hence such obligations receive extra protection by virtue of their

²⁷⁹ *Ibid.* aux para. 132-39.

²⁸⁰ *Ibid.* au para. 139.

²⁸¹ Voir l'analyse de cette disposition dans Gaillard, « article 42(1) », *supra* note 220 aux pp. 334-35.

²⁸² Ces deux décisions sont commentées à la section IV de la présente chronique.

*consideration under the bilateral treaty.*²⁸³

L'intérêt de ce rappel réside dans le fait que l'*umbrella clause* ne permettra pas de sanctionner des violations contractuelles mais des dispositions législatives « pour autant qu'elles soient suffisamment spécifiques à l'investisseur ou à l'investissement »²⁸⁴. Comme le tribunal le souligne, le régime des tarifs mis en place par l'Argentine visait à favoriser spécifiquement l'implantation des investisseurs étrangers, notamment en en faisant la promotion. Par conséquent, l'Argentine devait honorer de telles obligations et, ne l'ayant pas fait, elle viola la disposition du traité relative au respect des engagements. Cette application extrêmement large de la clause illustre probablement la limite maximale d'extension de celles-ci mais les justifications apportées par le tribunal permettent d'accepter aisément le raisonnement. Nous ne pouvons qu'espérer que les tribunaux suivent la voie choisie dans *LG&E* et non pas ses deux prédécesseurs argentins de 2006²⁸⁵.

C. Le pied de nez à CMS ou la reconnaissance de l'état de nécessité de l'Argentine

Jamais la sentence dans l'affaire *CMS c. Argentine* ne sera mentionnée à l'appui du raisonnement du tribunal²⁸⁶. Et pour cause : les arbitres choisissent le contre-pied complet dans l'analyse de la crise argentine en reconnaissant l'état de nécessité et en exonérant l'Argentine des violations du traitement juste et équitable ainsi que des *umbrella clauses*. Le plus étonnant reste que le juge Rezek était membre des deux tribunaux et qu'il n'a émis aucune opinion dissidente face à ces contradictions flagrantes. La règle de la majorité pour la prise des décisions arbitrales n'empêche pourtant pas de telles déclarations.

Tout d'abord, l'état de nécessité en lui-même est l'argument avancé par l'Argentine, comme dans *CMS*, afin d'excuser les mesures drastiques prises lors de la crise financière du pays. Ce moyen a été codifié 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*²⁸⁷.

²⁸³ *LG&E*, *supra* note 24 au para. 170.

²⁸⁴ Gaillard, « article 42(1) », *supra* note 220 à la p. 334.

²⁸⁵ Eric Teynier, « *Umbrella Clauses* : le temps se couvre » dans Fadlallah, Leben et Teynier, *supra* note 13, 38 [*Umbrella Clauses*].

²⁸⁶ *CMS*, *supra* note 59, sentence du 12 mai 2005. Pour un résumé rapide de la sentence voir « CMS Gas Awarded \$133.2 Million in Dispute With Argentina » (2005) 20:5 Mealey's International Arbitration Report 4 et, pour nos commentaires, Fouret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 348. Pour une analyse comparée de *LG&E* et de *CMS*, voir August Reinisch, « Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in recent ICSID Cases? Comments on *CMS v. Argentina* and *LG&E v. Argentina* » (2006) 3:5 Transnational Dispute Management, en ligne : Transnational Dispute Management <<http://www.transnational-dispute-management.com>>, ainsi que Julien Fouret, « “CMS c. LG&E” ou l'état de nécessité en question » (2007) 2 Rev. arb. [à paraître en juin 2007].

²⁸⁷ Article 25 - État de nécessité. 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)

Cette disposition consacre le caractère restrictif de cette excuse et pose de nombreuses exigences afin d'empêcher une utilisation excessive de celle-ci, « [s]imple soupape de sécurité » pour l'État²⁸⁸, qui viderait de tout sens grand nombre d'engagements internationaux si elle était appliquée extensivement. Cette défense est aussi prévue dans le *BIT*, en son article XI, pour les questions d'ordre public et d'intérêts de sécurité essentiels :

*This 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.*²⁸⁹

Il est important de s'intéresser au caractère *self-judging* ou non de l'article XI du *BIT* (1) pour ensuite comprendre l'analyse du tribunal en matière d'état de nécessité et les conséquences qu'elle peut avoir (2).

1. À QUI INCOMBE LA RESPONSABILITE DE SAVOIR SI LES INTERETS ESSENTIELS DE L'ÉTAT SONT EN JEU?

La Cour internationale de justice a toujours été explicite dans son analyse de dispositions ayant trait à la sécurité nationale ou aux intérêts essentiels d'un pays : « [L]'état de nécessité ne peut être invoqué qu'à certaines conditions, strictement définies, qui doivent être cumulativement réunies; et l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions »²⁹⁰. En toute logique, un État ne peut décider de lui-même de l'opportunité, de la légitimité et de la légalité de la prise de mesures dans un contexte l'exonérant de sa responsabilité.

Dans *LG&E*, en ignorant l'analyse déjà effectuée dans *CMS*²⁹¹, les arbitres s'appuient sur la volonté des parties lors de la conclusion du *BIT* et affirment que « *the provision is not self-judging* »²⁹². Si cette phrase avait été la conclusion au

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. *Supra* note 107.

²⁸⁸ Daillier et Pellet, *supra* note 28 à la p. 787.

²⁸⁹ Tel que cité dans *LG&E*, *supra* note 24 au para. 204.

²⁹⁰ *Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, [1997] rec. C.I.J. 7 au para. 51.

²⁹¹ *CMS*, *supra* note 59 aux para. 366-373. Les arbitres y affirment « [q]uite evidently, in the context of what a State believes to be an emergency, it will most certainly adopt the measures it considers appropriate without requesting the views of any court. However, if the legitimacy of such measures is challenged before an international tribunal, it is not for the State in question but for the international jurisdiction to determine whether the plea of necessity may exclude wrongfulness ».

²⁹² *LG&E*, *supra* note 24 au para. 212.

raisonnement du tribunal, les arbitres auraient simplement calqué leurs argumentaires sur la jurisprudence de la CIJ.

Cependant, le tribunal juge nécessaire de prononcer un *obiter dictum*. Selon les arbitres, depuis 1992 et le BIT russo-américain, les États-Unis ont énoncé à plusieurs reprises que l'application de dispositions contenant les mesures en matière de sécurité nationale ou d'intérêts essentiels étaient *self-judging*. Le BIT américano-argentin est antérieur à cette prise de position et la volonté américaine n'était pas similaire²⁹³. Malgré tout, si les États-Unis avaient déjà pris cette position officielle, cela n'aurait eu aucun impact pour les arbitres. Ces derniers énoncent que

*[w]here the tribunal to conclude that the provision is self-judging, Argentina's determination would be subject to a good faith review anyway, which does not significantly differ from the substantive analysis presented here.*²⁹⁴

Le contrôle de la bonne foi de l'État concluant au caractère *self-judging* d'une disposition serait automatique et rendrait *de facto* inutile la reconnaissance de cette caractéristique. Le contrôle serait toujours présent et aurait pour ainsi dire la même portée qu'en l'absence de ce caractère. Cet *obiter*, s'il était suivi, viderait désormais de tout sens l'affirmation explicite du caractère *self-judging* de certaines dispositions. Si l'on criera probablement à la violation du principe *pacta sunt servanda* et de la volonté des parties, il nous semble qu'il faille pourtant soutenir cette démarche permettant d'éviter une application possiblement arbitraire de dispositions engendrant un protectionnisme économique sous couvert de sécurité nationale. Les tribunaux doivent s'inscrire en garant du respect de l'esprit des BIT car en privant d'effet *self-judging* ces dispositions, on évite ainsi que le BIT soit vidé d'une partie de sa substance.

2. OUI A L'ETAT DE NECESSITE ET NON A L'INDEMNISATION, UN RAISONNEMENT PARFOIS SANS NUANCES

Si les mêmes faits ne mènent pas à la même solution, alors la conjecture du professeur Stern risque de se réaliser : « *You have the potential [...] for 20 arbitrations, one problem, and 20 solutions* »²⁹⁵. Il nous semble cependant que l'analyse de l'état de nécessité par le tribunal est satisfaisante au vu de l'état catastrophique de l'économie argentine (**a**) mais les conséquences qu'il en tire en matière de dommages-intérêts apparaissent un peu trop strictes (**b**).

²⁹³ *Ibid.* au para. 213.

²⁹⁴ *Ibid.* au para. 214.

²⁹⁵ Dans Michael D. Goldhaber, « Wanted: A World Investment Court » *The American Lawyer* (Été 2004), en ligne : American Lawyer <<http://www.americanlawyer.com/focuseurope/investmentcourt04.html>>.

a) *La reconnaissance de l'état de nécessité*

L'Argentine a fondé son argumentation sur la grave crise économique, dès le troisième semestre 2001 et pendant près d'un an et demi, que connaissait le pays ayant eu pour effet d'abolir la parité peso – dollar, soit la « dollarisation », et la « pesification » de l'économie argentine. La sentence *CMS*, première sentence sur le fond rendue à la suite de cette crise, a été analysée par la majorité des auteurs comme allant avoir un impact significatif sur tous les autres différends de ce pays²⁹⁶. Il n'en a en l'espèce rien été. Le tribunal arbitral dans *LG&E* a choisi l'opposition frontale dans l'analyse de l'état de nécessité, pourtant argument central de la défense argentine.

Dans un premier temps, les demandeurs soutenaient, à la fois dans *CMS* et dans *LG&E*, que l'article XI pouvait uniquement être invoqué dans des circonstances menant à des actions militaires ou à une guerre, en matière de paix et de sécurité internationales²⁹⁷. Les deux tribunaux ont refusé de suivre ces arguments.

Alors que l'affaire *CMS* fut l'occasion d'une acceptation de principe, puisque l'état de nécessité n'y avait pas été reconnu, les conséquences sont bien plus importantes dans le second arbitrage. En effet, les arbitres affirment que « *[t]o conclude that such a severe economic crisis could not constitute an essential security interest is to diminish the havoc that the economy can wreak on the lives of an entire population and the ability of the government to lead* »²⁹⁸. La volonté de réduire au maximum l'applicabilité d'une telle disposition, uniquement aux menaces physiques, illustre parfaitement la position des investisseurs : tout élargissement de l'applicabilité d'une telle disposition engendrerait le risque d'un protectionnisme exacerbé de certains États qui pourraient y avoir recours à le plus souvent possible. Cela aboutirait à une vision trop étroite.

Pour les arbitres de l'affaire *CMS*, cela déséquilibrerait le BIT en faveur de l'investisseur et laisserait l'État partie sans protection véritable²⁹⁹. Le tribunal, s'appuyant sur les positions prises par le Conseil de sécurité des Nations unies, adopte donc une interprétation large de l'article XI du *BIT* car une véritable crise économique conduisant une population tout entière à la faillite et au chômage apparaît tout aussi explosive pour la sécurité d'un État que des heurts armés.

Le principe de l'urgence économique est accepté similairement par les deux tribunaux. Le véritable enjeu étant désormais de déterminer les critères de gravité permettant de qualifier une crise économique en danger pour les intérêts essentiels en matière de sécurité³⁰⁰. En l'espèce, dès lors que « *a State's economic foundation is under siege, the severity of the problem can equal that of a military action* »³⁰¹.

²⁹⁶ Charles Leben, « C – L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement » dans Ibrahim Fadlallah, Charles Leben et Éric Teynier, « Investissements internationaux et arbitrage » (2005) 1 Cahiers de l'Arbitrage 32 à la p. 34 [Leben] et Fourret et Khayat 18.2, *supra* note 13 aux pp. 354-58.

²⁹⁷ *CMS*, *supra* note 59 aux para. 337-40 et *LG&E*, *supra* note 24 aux para. 203 et 222.

²⁹⁸ *LG&E*, *supra* note 24 au para. 238.

²⁹⁹ *CMS*, *supra* note 59 au para. 360.

³⁰⁰ *Ibid.* au para. 361.

³⁰¹ *LG&E*, *supra* note 24 au para. 238.

Pour le tribunal *LG&E*, l'analyse de la condition de mise en œuvre de l'état de nécessité, la protection des intérêts essentiels d'un État face à un péril grave et imminent, permet de déterminer la période durant laquelle cet état peut servir d'excuse et ainsi permettre l'application des articles pertinents du BIT. Le liminaire de l'analyse énonce clairement la position du tribunal « *from 1 December 2001 until 26 April 2003, Argentina was in a period of crisis during which it was necessary to enact measures to maintain public order and protect its essential security interests* »³⁰².

C'est dans ce point de départ de l'analyse que se situe le désaccord majeur engendrant ces deux solutions divergentes. Pour les arbitres *CMS*, la situation était mauvaise économiquement et socialement, elle était « sévère » mais ne correspondait pas à un effondrement total et global de l'économie rendant *de facto* impossible l'application de l'article XI³⁰³. Cependant, les arbitres avaient innové en créant une voie parallèle entre la reconnaissance et la non-reconnaissance de l'état de nécessité, et par conséquent de l'applicabilité de l'article XI. Ils avaient affirmé :

*[a] severe crisis cannot necessarily be equated with a situation of total collapse. And in the absence of such profoundly serious conditions it is plainly clear that the Treaty will prevail over any plea of necessity. However, if such difficulties, without being catastrophic in and of themselves, nevertheless invite catastrophic conditions in terms of disruption and disintegration of society, or are likely to lead to a total breakdown of the economy, emergency and necessity might acquire a different meaning.*³⁰⁴

Comme le professeur Leben l'affirme, « on ne se trouve pas dans une situation de tout ou rien »³⁰⁵ et le tribunal, tout en n'osant pas reconnaître l'état de nécessité, souhaitait prendre en compte les sérieux problèmes économiques argentins lors du calcul des indemnités accordées à l'investisseur³⁰⁶.

Malgré cette innovation et cette vision intéressante, le tribunal *LG&E* choisit sa propre voie. Si nous avons fait état d'une certaine frustration à la lecture de la sentence *CMS* relativement à l'analyse plus que sommaire des conditions de l'article 25 combinée au BIT concernant notamment l'imminence du péril ou concernant la contribution de l'Argentine à la survenance de la crise, il n'en est rien dans le cas présent³⁰⁷. Le dépôt d'une demande en annulation de la sentence de 2005, peut-être fondée sur un défaut de motif³⁰⁸, ne nous avait guère surpris. À notre avis, l'argumentaire et les motifs exposés en l'espèce sont d'une toute autre qualité.

³⁰² *Ibid.* au para. 226.

³⁰³ *CMS*, *supra* note 59 aux para. 355-56.

³⁰⁴ *Ibid.* au para. 354.

³⁰⁵ Leben, *supra* note 296 à la p. 36.

³⁰⁶ *CMS*, *supra* note 59 au para. 356.

³⁰⁷ Fouret et Khayat 18.2, *supra* note 13.

³⁰⁸ Article 52(1)(e) de la *Convention de Washington*.

Le tribunal dresse le tableau de la situation argentine d'une manière complète et sérieuse³⁰⁹, analysant les législations adoptées par rapport aux problèmes économiques, sociaux et politiques, prenant en compte aussi les différentes protections concernant les investisseurs étrangers³¹⁰. Contrairement à *CMS*, les arbitres pensent que la crise économique était de nature à provoquer un « *total collapse of the Government and the Argentine State* »³¹¹.

En outre, les décisions prises par l'Argentine étaient rapides et ciblées³¹², temporaires afin de permettre une remise en route rapide de l'économie³¹³ et la mesure centrale dans l'argumentation de l'investisseur concernant l'abolition de la parité dollar-peso et le gel des tarifs était les « *necessary measures to deal with the extremely serious economic crisis* »³¹⁴. Par conséquent, du 1^{er} décembre 2001 au 26 avril 2003, l'Argentine est excusée des violations du *BIT* qui ont pu avoir lieu, en application de son article XI. L'État ne pouvait agir autrement pour préserver ses intérêts et pour empêcher sa propre implosion. Cependant, et de façon intéressante pour le droit international général, le tribunal ne s'arrête pas aux conditions du *BIT* énoncées précédemment mais s'attache aussi au respect par l'Argentine de celles posées par l'article 25 du « *Projet d'articles sur la responsabilité* »³¹⁵.

En effet, certaines conditions doivent être remplies pour qu'un État puisse invoquer l'état de nécessité en vertu du droit international général codifié par la *CDI*³¹⁶. Deux d'entre elles sont intéressantes à noter. Tout d'abord, il faut que l'obligation violée permette l'invocation de l'état de nécessité comme condition excluant l'illicéité. L'article XI est l'élément déterminant qui a permis à l'Argentine d'évoquer une telle excuse. Par conséquent, cette condition est bien évidemment remplie³¹⁷. La deuxième condition analysée, car sujette à débat, concerne la contribution de l'Argentine à l'état de nécessité³¹⁸. Cela avait permis au tribunal de *CMS* de ne pas reconnaître l'état de nécessité. Ici, les arbitres ne peuvent affirmer de la même manière péremptoire que l'Argentine a contribué à la crise. Cela n'a pas été prouvé par l'investisseur alors que la défenderesse « *has shown a desire to slow down by all means available the severity of the crisis* »³¹⁹. De plus, cette condition est très

³⁰⁹ Certains ont qualifié ce tableau d'« apocalyptique » (Gaillard, « article 42(1) », *supra* note 220 à la p. 336), mais nous pensons qu'il n'était pourtant pas loin de la réalité sur le terrain. Les deux arbitres sud-américains avaient sûrement vécu la crise avec une certaine proximité et en avait probablement ressenti les effets. Voir notamment l'ouvrage Denis Rolland et Joëlle Chassin, dir., *Pour comprendre la crise argentine*, Paris, L'Harmattan, 2003.

³¹⁰ *LG&E*, *supra* note 24 aux para. 231-42.

³¹¹ *Ibid.* au para. 231.

³¹² *Ibid.* au para. 240.

³¹³ *Ibid.* au para. 241.

³¹⁴ *Ibid.* aux para. 242-43.

³¹⁵ « *Projet d'articles sur la responsabilité* », *supra* note 107.

³¹⁶ Voir les commentaires expliquant notamment les conditions d'application de l'article 25 dans James Crawford, *Les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État - Introduction, textes et commentaires*, Paris, A. Pedone, 2003 aux pp. 214-24 et dans *LG&E*, *supra* note 24 aux para. 246-59 [Crawford].

³¹⁷ *LG&E*, *supra* note 24 au para. 255.

³¹⁸ *Ibid.* au para. 256.

³¹⁹ *Ibid.*

stricte et difficile à obtenir car, si l'on peut penser que l'Argentine a pu prendre de mauvaises mesures ou insuffisamment adaptées, cela ne suffit heureusement pas à refuser l'état de nécessité car « sa contribution [de l'État] à l'état de nécessité doit être substantielle et non pas simplement accessoire ou secondaire »³²⁰. Cela, nous semble-t-il, n'avait pas suffisamment été pris en compte par les arbitres dans *CMS* qui, s'ils avaient étudié cette condition, n'avaient pas véritablement prouvé que les mesures argentines, si mauvaises qu'étaient certaines, avaient contribué substantiellement à l'état de l'économie du pays³²¹.

En reconnaissant l'état de nécessité, le tribunal s'accorde avec la vision adoptée par d'autres juridictions sur la crise argentine, choisissant la vision la plus proche de la réalité économique du pays³²². Les arbitres peuvent désormais tirer des conséquences en matière d'indemnisation mais il semble *a priori* qu'ils soient allés un peu trop loin.

b) *La non-indemnisation pour le préjudice subi durant la période de nécessité*

Pour le tribunal la conséquence est logique : l'état de nécessité exclut l'illicéité des actes et exonère similairement l'État de sa responsabilité³²³. Les arbitres tirent cette conclusion de la lecture de l'article XI du *BIT* et de l'article 27 du Projet d'articles sur la responsabilité qui ne spécifient pas les conséquences pécuniaires dues à l'investisseur ayant subi un préjudice durant la période donnée³²⁴. Pour le tribunal, c'est à l'investisseur de supporter tous les dommages qu'il aurait subis durant la période de fin 2001 à avril 2003. En revanche, tout ce qui aurait pu avoir lieu avant et après cette période serait de l'entière responsabilité de l'État argentin qui devra l'indemniser éventuellement³²⁵. Le tribunal reste saisi de la détermination du dommage et rendra donc une décision ultérieurement sur ce sujet³²⁶. Outre qu'il est rare de réserver une telle décision, il faut observer encore une fois que, si *CMS* et *LG&E* apparaissent avoir eu une vision diamétralement opposée de la crise argentine, sans toutefois de détermination définitive des montants d'indemnisation « la rupture entre les deux sentences n'est pas encore totalement consommée »³²⁷.

³²⁰ Crawford, *supra* note 316 à la p. 223.

³²¹ *CMS*, *supra* note 59 aux para. 329 et s. et nos commentaires dans Fouret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 356.

³²² En effet, la Cour d'appel de Francfort a accepté de reconnaître l'état de nécessité de l'Argentine dans une décision du 13 juin 2006 de la même manière qu'en l'espèce : « Recent Decisions Indicate that Argentina Can No Longer Plead "Necessity" in Domestic and International Proceedings » *International Dispute Resolution Newsletter* (décembre 2006) 1, en ligne : Latham & Watkins LLP <<http://www.lw.com/Resources.aspx?page=Publications>>.

³²³ *LG&E*, *supra* note 24 au para. 261.

³²⁴ *Ibid.* aux para. 262-65.

³²⁵ *Ibid.* aux para. 265-66.

³²⁶ *Ibid.* au para. 267.

³²⁷ Matthieu Raux, « La reconnaissance de l'état de nécessité dans la dernière sentence relative au contentieux argentin : *LG&E c. Argentine* » dans Fadlallah, Leben et Teynier, *supra* note 13, 56 à la p. 60.

Par ailleurs, le refus péremptoire d'indemniser l'investisseur sur la période donnée devrait, nous semble-t-il, être tempéré. En effet, l'article 27 du « Projet d'articles sur la responsabilité » donne des indications sur les conséquences de la reconnaissance d'une circonstance excluant l'illicéité, contrairement à ce qu'affirment les arbitres. Cet article dispose :

Article 27

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice :

- a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus;
- b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question.

Cet article évoque la « perte effective causée par le fait en question ». Si cela ne signifie pas que l'investisseur pourra récupérer des intérêts, simples ou composés, être indemnisé pour la perte d'une chance ou d'autres bénéfices prospectifs, ce dernier devrait, selon cette formulation, être au moins indemnisé pour son investissement en lui-même. Si cet investissement a perdu une partie de sa valeur originelle en raison de l'état de nécessité, l'Argentine devrait, en vertu de l'article 27, indemniser ce préjudice, cette perte effective.

Il n'est pas question de faire porter toutes les conséquences d'une telle situation sur l'investisseur. Cependant, il est tout de même nécessaire de prendre en compte le risque que ce dernier a pris en investissant. En raison de l'excuse présentée par l'Argentine, il ne pourra pas récupérer certains des fruits potentiels de son investissement mais uniquement cette « perte effective ». Il faut lui permettre de rétablir la situation d'avant crise et de repartir, plusieurs années après, comme si l'on se trouvait encore en novembre 2001. L'avenir nous dira si le tribunal maintiendra sa vision en faisant supporter tout le poids de l'état de nécessité à l'investisseur ou s'il adoptera une vision médiane préservant les droits des deux parties. Nous espérons qu'il adoptera la seconde voie.

Enfin, d'un point de vue plus général, il faut souligner que cette sentence renforce l'intérêt d'un mécanisme de consolidation, de jonction d'instance, intégré au sein du règlement d'arbitrage du CIRDI, comme cela est déjà le cas pour l'ALÉNA en son article 1126³²⁸. Une même crise ainsi que des demandes et des défenses similaires auraient dû permettre la jonction de ces affaires multiples qui encombrant le secrétariat et le « rôle » du CIRDI. Sans le rendre obligatoire, la disponibilité d'un tel mécanisme ne pourrait plus permettre aux parties de se plaindre des incohérences jurisprudentielles si elles choisissaient de ne pas y avoir recours. Comme le professeur Gaillard, nous pensons qu'« [e]n dépit des difficultés, nombreuses, que

³²⁸ Sur le sujet, voir *Hamida*, *supra* note 11.

rencontre la mise en œuvre d'un tel mécanisme, l'effort mérite incontestablement d'être poursuivi »³²⁹. Sans règle de *stare decisis*³³⁰, la cohérence des décisions ne devrait pourtant pas être une préoccupation centrale en arbitrage mais il n'en demeure pas moins que la prévisibilité des décisions sur des sujets similaires offrirait une sécurité juridique indéniable et souhaitable.

J.F.

XVI. *World Duty Free Company Limited c. Kenya*³³¹

Composition du tribunal : Gilbert Guillaume, président; Andrew Rogers et V.V. Veeder, arbitres.

La sentence du 4 octobre 2006 est, à notre connaissance, une première. Toute l'analyse du tribunal s'est concentrée sur l'examen des pratiques de l'investisseur afin de déterminer si elles comportaient des actes de corruption. La société demanderesse est la World Duty Free Company Ltd (WDF), incorporée à l'Île de Man (Royaume-Uni). Cette société est gérée par Ali, un citoyen de Dubaï, qui possède également 10 % de ses actions. WDF a conclu le 27 avril 1999 un accord pour la construction, la maintenance et le fonctionnement de complexes de magasins hors taxes dans les aéroports de Mombasa et de Nairobi. La durée du bail était fixée à dix années³³².

Selon le gérant, l'équipement et la construction de ces établissements a généré des dépenses s'élevant à vingt-sept millions de dollars. L'investisseur allègue qu'à compter de 1992, on a tenté de l'impliquer dans des malversations financières visant à rétribuer des partis politiques kenyans. Par conséquent, la justice kenyane a placé WDF sous administration judiciaire ce qui, pour l'investisseur, a détruit son investissement en raison d'une gestion déficiente³³³. Aussi le demandeur a-t-il soumis une demande d'arbitrage au CIRDI en juin 2000 que le secrétariat a enregistrée le 7

³²⁹ Gaillard, « article 42(1) », *supra* note 220 à la p. 338.

³³⁰ Par exemple, l'article 1136 de l'*ALÉNA*, *supra* note 5, sur l'irrévocabilité et l'exécution d'une sentence pose en son paragraphe premier : « Une sentence rendue par un tribunal n'aura aucune force obligatoire si ce n'est entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée ». De même l'article 53 (1) de la *Convention de Washington* indique : « La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention ». Enfin, l'article 52 (4) du *Mécanisme supplémentaire* du CIRDI a la même portée. Ce spécialiste du droit des investissements affirme par conséquent « *there is no doctrine of stare decisis in international economic law, although it would be inaccurate to claim that cases decided by respected arbitration tribunals [...] would not have considerable influence on future tribunals. This phenomenon of persuasion will likely be even more apparent when a particular decision is cited with approval by a subsequent tribunal, generating even further authority for subsequent cases* », dans Thomas Wälde et Todd Weiler, « Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the Light of New NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation » (2003) 1:2 Oil, Gas & Energy Law Intelligence, en ligne : Oil, Gas & Energy Law Intelligence <<http://www.gasandoil.com/ogel>>.

³³¹ *World Duty Free Company Limited c. Kenya* (2006), Affaire n° Arb/00/7 (CIRDI), sentence du 4 octobre 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*World Duty Free*].

³³² *Ibid.* aux para. 62-65.

³³³ *Ibid.* aux para. 68-74.

juillet 2000. La demande d'arbitrage se fonde sur l'accord entre l'investisseur et le Kenya de 1999 qui contient une clause compromissoire donnant compétence au CIRDI en son article 9³³⁴. Cette demande invoque principalement l'expropriation de l'investissement et la perte d'une chance de pouvoir s'établir dans d'autres pays de la région pour un montant de cinq cent millions de dollars. De son côté, le Kenya affirme qu'aucune des allégations du demandeur ne sont fondées et, à titre liminaire, que l'accord était illégal et inapplicable puisqu'il avait été conclu grâce au paiement d'un pot-de-vin à l'ancien président kenyan Arap Moi³³⁵. Toute l'analyse du tribunal s'articulera donc autour de l'étude des agissements d'Ali, le gérant et actionnaire de WDF, pour en déterminer la teneur et en tirer de possibles conséquences³³⁶.

Pour qualifier la nature des agissements d'Ali, le tribunal s'appuiera sur son témoignage tenu devant le lui. On ne peut que s'étonner du peu d'ambages de ce dernier dans ces déclarations. Il admet avoir remis une somme de deux millions de dollars au président Moi car on lui aurait affirmé que le protocole l'imposait au Kenya et que cela faisait partie de la tradition du « *Harambee* » system, one which mobilized resources through private donations for public purposes³³⁷. Cependant, cette pratique des Harambees s'est métamorphosée ces dernières années, ne servant que de justification à des pratiques de corruption³³⁸. La « donation » de deux millions de dollars dont cinq cent mille dollars versés en espèces directement au président Moi ne pouvait décemment être qualifiée autrement que de pot-de-vin. Comme l'affirment les arbitres, la somme « *could not be considered as a personal donation for public purposes* »³³⁹ car elle n'avait été versée qu'aux fins d'enrichir le chef d'État et avec l'intention d'obtenir une audience pour pouvoir appuyer les projets d'investissement de l'entreprise représentée par Ali. Le résultat de ces possibles malversations a été la conclusion de l'accord de 1989. Au regard des affirmations et preuves présentées, nous comprenons mieux le troisième paragraphe de la sentence. Le tribunal affirme avec force que le président Moi n'a pas participé à la procédure, à quelque titre que ce soit. Ceci afin d'éviter des difficultés diplomatiques et politiques et également afin que les arbitres puissent travailler dans une sérénité optimale. L'existence du pot-de-vin ayant été reconnue, le tribunal se tourne vers les conséquences à tirer d'un tel constat.

Les arbitres analysent alors la corruption et son rapport avec l'ordre public international ainsi qu'avec les droits kenyans et anglais. « *The concept of public policy ("ordre public") is rooted in most, if not all, legal systems* »³⁴⁰ : c'est par cette affirmation que le tribunal entame son analyse de l'ordre public international. En

³³⁴ *Ibid.* aux para. 4-6.

³³⁵ *Ibid.* aux para. 105-29.

³³⁶ Une des rares décisions dans laquelle, à notre connaissance, des problèmes de corruption ont été soulevés était l'affaire *Wena*, *supra* note 147 au para. 47 de la décision du comité *ad hoc*. Voir aussi nos commentaires dans Fourret et Khayat 15.2, *supra* note 677 à la p. 167. Dans cette affaire, les preuves apportées étaient trop faibles et la corruption n'avait donc pas été reconnue.

³³⁷ « ICSID Arbitrators: \$2M Payment to President Moi Was A Bribe » (2006) 21:10 Mealey's International Arbitration Report 4.

³³⁸ *World Duty Free*, *supra* note 331 aux para. 133-34.

³³⁹ *Ibid.* au para. 136.

³⁴⁰ *Ibid.* au para. 136.

s'appuyant sur la jurisprudence arbitrale, sur les conventions internationales, celles de l'OCDE³⁴¹ et des Nations unies³⁴² principalement, sur diverses législations et sur la doctrine, le tribunal ne peut qu'en conclure que « *bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy* »³⁴³. Cela semble une évidence au vu du mouvement international, qui s'est développé depuis une dizaine d'années, visant à faire de la corruption internationale un des fléaux à combattre sur le plan international³⁴⁴. L'analyse du droit kenyan et anglais, applicables en l'espèce, ne représentant que peu d'intérêt pour le droit international des investissements, nous ne nous y attarderons pas³⁴⁵. L'utilisation du droit interne applicable à l'accord est cependant logique car

*[w]hat is an arbitrator to do when faced with an allegation that a contract is tainted by bribery, corruption or involves slavery? In these very clear cases the applicable law will generally provide the appropriate result. I would think that few, if any, legal systems would provide for the enforcement of such contracts today.*³⁴⁶

La conclusion de l'analyse du tribunal n'est pas étonnante : Ali n'ayant pas fait l'objet de pressions pour effectuer ce versement, le pot-de-vin empêche de ce fait l'investisseur d'agir en justice sur le fondement d'un contrat vicié en application du principe *ex turpi causa non oritur actio*. Le tribunal refuse par conséquent les demandes de WDF en raison des vices affectant le contrat.

Si cette sentence ne restera pas dans les annales arbitrales du CIRDI comme celle soulevant des questions de droit des investissements des plus intéressantes ou controversées, on pourra cependant retenir deux points d'intérêt. En premier lieu, il s'agit de la première sentence qui retient la corruption pour refuser les demandes de l'investisseur sous l'empire de la *Convention de Washington*. En second lieu, il faut noter les difficultés posées par la défenderesse à ses propres conseils. Des rumeurs de complots contre les intérêts kenyans se multiplièrent et certains officiels loyaux à l'ancien régime, après le départ du président Arap Moi, ne facilitèrent pas le travail du cabinet d'avocats représentant le Kenya et entravèrent même les procédures arbitrales en tentant de retarder les auditions de plusieurs témoins clés, et ce afin que le gouvernement en place se fasse condamner³⁴⁷. Les intrusions politiques ont

³⁴¹ *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, 21 novembre 1997, 1999 R.T. Can. n° 23. Cette convention est l'un des outils internationaux conventionnels les plus efficaces. Un département entier de l'OCDE veille à son application et à l'analyse du cadre juridique de la corruption pour chaque partie. Voir les activités de ce département en ligne : OCDE <http://www.oecd.org/topic/0,2686,en_2649_37447_1_1_1_1_37447,00.html>.

³⁴² *Convention des Nations unies contre la corruption*, 31 octobre 2003, en ligne : Nations unies <http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/Convention_f.pdf>.

³⁴³ *World Duty Free*, *supra* note 331 au para. 157.

³⁴⁴ Voir les rapides rappels dans *Daillier et Pellet*, *supra* note 28 aux para. 121 et 442.

³⁴⁵ *World Duty Free*, *supra* note 331 aux para. 158-87.

³⁴⁶ Michael Pryles, « Reflections on Transnational Public Policy » (2007) 24:1 J. Int'l Arb. 1 à la p. 6.

³⁴⁷ Voir les articles dans le plus important journal kenyan, *Sunday Nation*, et notamment Claire Gatheru, « Fresh Details Emerged of a Conspiracy that Could have Sabotaged the Sh40 billion *World Duty Free*

toujours été une des plaies redoutées du CIRDI depuis sa création³⁴⁸ mais c'est la première fois qu'une défenderesse voit ses chances de réussite menacées par des difficultés politiques internes. La sentence est néanmoins un bon exemple du fonctionnement toujours efficace, du moins pour le moment³⁴⁹, des tribunaux CIRDI.

J.F.

XVII. *Champion Trading Company et Ameritrade International Inc. c. Égypte*³⁵⁰

Composition du tribunal : Robert Briner, président; L. Yves Fortier et Laurent Aynès, arbitres.

La sentence rendue le 27 octobre 2006 dans l'affaire *Champion* est relativement brève et n'apportera aucun argument à ceux qui estiment que le CIRDI est un mécanisme de règlement des litiges trop favorable aux investisseurs. En effet, après n'avoir retenu leur compétence qu'à l'égard des investisseurs personnes morales dans une décision sur la compétence rendue en 2003³⁵¹ – les demandeurs personnes physiques étant considérés comme ressortissants américains et égyptiens, ce qui, selon le tribunal, les privent de la protection du *Traité sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements* conclu en 1986 entre l'Égypte et les États-Unis³⁵² –, les arbitres ont finalement rejeté au fond l'ensemble de leurs demandes.

Dans les faits, les demanderesses, deux sociétés immatriculées dans l'État du Delaware, avaient investi dans une entreprise de commerce du coton constituée en Égypte, à une époque où ce pays avait entrepris de libéraliser ce secteur. Le fonctionnement du commerce du coton en Égypte est décrit de manière relativement détaillée dans la sentence et l'on se bornera à relever que les entreprises du secteur pouvaient être subventionnées, sous certaines conditions, lorsque la saison était mauvaise ou que les prix étaient trop bas³⁵³. Ce fut le cas à la fin des années 1990, lorsque l'État a dû intervenir pour soutenir les producteurs nationaux.

case which the Government won last Week » *Daily Nation* (12 octobre 2006), en ligne : Daily Nation <<http://www.nationmedia.com>>.

³⁴⁸ Ibrahim F. I. Shihata, « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA » (1986) 1:1 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 1.

³⁴⁹ Voir nos craintes au sujet de l'évolution future du CIRDI dans Fourret, « World Bank », *supra* note 6.

³⁵⁰ *Champion Trading Company et Ameritrade International, Inc. c. Égypte* (2006), Affaire n° ARB/02/9 (CIRDI), sentence du 27 octobre 2006, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> [*Champion*].

³⁵¹ Voir la décision sur la compétence rendue le 21 octobre 2003 dans l'affaire *Champion*, *ibid.*, et nos observations dans Fourret et Khayat 16.2, *supra* note 788 à la p. 299.

³⁵² *Traité sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre les États-Unis et la République arabe d'Égypte*, 11 mars 1986, en ligne : CNUCED <http://www.unctad.org/sections/dite/ija/docs/bits/us_egypt.pdf>.

³⁵³ *Champion*, *supra* note 350 aux para. 41-89.

Les investisseurs ont soutenu devant le tribunal arbitral que l'Égypte avait porté atteinte à leur investissement en les traitant de manière discriminatoire par rapport à d'autres sociétés égyptiennes, lorsqu'elle mis en place un système de compensation financière dans le secteur. Pour les investisseurs, l'Égypte a manqué à ses obligations au titre de l'article II (2)(a) du *BIT* selon lequel

[e]ach Party shall accord investments in its territory, and associated activities in connection with these investments of nationals or companies of the other Party, treatment no less favorable than that accorded in like situations to investments and associated activities of its own nationals and companies, or nationals and companies of any third country, whichever is the most favorable.

Les investisseurs soutenaient également que l'Égypte avait violé l'article II (4) du *BIT* en ne promulguant pas une réglementation claire, accessible et transparente pour ce qui est du soutien apporté aux entreprises du secteur.

Le tribunal dispose de ces demandes de manière relativement aisée. Pour ce qui est de l'allégation de discrimination, les arbitres se fondent sur le contenu de l'article II (2)(a) et sur la jurisprudence internationale en matière d'investissements pour insister sur le fait que la discrimination « suppose un traitement différencié appliqué à des personnes se trouvant dans une situation semblable »³⁵⁴.

Appliquant ce principe, le tribunal retient que NCC, la société de droit local constituée par les investisseurs dans cette affaire, n'était pas dans la même situation que les autres sociétés égyptiennes auxquelles des subventions ont été octroyées. En effet, soit NCC n'était pas encore constituée aux dates pertinentes, soit elle avait volontairement décidé de ne pas participer au système mis en place par les autorités égyptiennes pour la distribution des indemnités. La conclusion est indiscutable : n'étant pas dans une situation similaire, les investisseurs ne pouvaient se considérer victimes d'une discrimination.

Le tribunal ne retient pas plus l'argument selon lequel les autorités égyptiennes n'auraient pas rempli leur obligation de rendre accessible leur réglementation en matière de compensations financières dans le secteur du coton. Pour le tribunal, les preuves apportées par les investisseurs laissent à penser le contraire. En fait, il semble que l'ensemble des demandes des investisseurs ait été étayé de manière bien trop superficielle pour convaincre le tribunal.

En définitive, en retenant des solutions d'espèce tout à fait classiques sur des notions largement admises, la sentence *Champion* ne surprendra pas les observateurs du CIRDI.

D.K.

³⁵⁴ *Antoine Goetz et consorts c. Burundi* (1999), Affaire n° ARB/95/3 (CIRDI), sentence du 10 février 1999, en ligne : Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> au para. 121, tel que cité dans *Champion*, *supra* note 350 au para. 130.

XVIII. Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo³⁵⁵

Comité ad hoc : Antonias Dimolitsa, présidente; Robert Dossou et Andrea Giardina, membres.

Nous avons commenté dans une chronique précédente la décision sur la suspension d'exécution de la sentence dans cette même affaire. Il nous avait semblé que le comité n'avait pas respecté le nécessaire équilibre entre garantie bancaire et suspension d'exécution et que ce dernier était donc devenu « précaire »³⁵⁶. La sentence au fond n'a toujours pas été rendue publique et le peu d'informations données lors de la première décision ne nous permettait que d'avoir une vision parcellaire des faits de l'affaire. Cette décision nous permet d'avoir de plus amples détails sur la question.

Le différend s'est noué à la suite de l'intervention militaire plaçant sous scellés des documents prétendument confidentiels dans le cabinet d'avocats que possédait Patrick Mitchell dans la République démocratique du Congo (RDC). En outre, tous les employés de ce cabinet ont été forcés de quitter les bureaux et deux des avocats furent mis en prison³⁵⁷. Le tribunal reconnut l'investissement du demandeur ainsi que l'expropriation dont il avait été la victime en violation du BIT américano-congolais. La somme de sept cent cinquante milles dollars plus intérêts fut ainsi accordée à l'investisseur en février 2004, une somme modeste pour une affaire devant le CIRDI³⁵⁸. La RDC décida de formuler une demande d'annulation auprès du Secrétaire général du CIRDI en juin 2004. Cette demande se fonde sur deux des cinq motifs de l'article 52 (1) de la *Convention de Washington* : le paragraphe (b) en matière d'excès manifeste de pouvoir du tribunal et le paragraphe (e) concernant le défaut de motifs. Le comité va analyser ces deux motifs d'une manière qui nous semble être fort peu satisfaisante. Le comité serait-il retombé dans les travers des comités *ad hoc* pré-2002³⁵⁹? Il semble malheureusement que ce soit le cas. Nous verrons que les arbitres choisissent une analyse conjointe des deux motifs pour les deux premiers points à savoir la qualification d'investissement (A) et le droit applicable concernant l'expropriation (B). Le troisième point abordé ne concerne que le défaut de motifs, à savoir l'évaluation de la compensation due à l'investisseur (C).

³⁵⁵ *Mitchell*, *supra* note 10, décision du comité *ad hoc* sur l'annulation du 1^{er} novembre 2006.

³⁵⁶ Fouret et Khayat 17.2, *supra* note 10 à la p. 246.

³⁵⁷ Au paragraphe 23 de la sentence cité dans la décision, *Mitchell*, *supra* note 10 au para. 1.

³⁵⁸ *Ibid.* au para. 3. Au vu des deux cent milles dollars de frais d'instance d'annulation, demandés au dernier paragraphe de la décision, cela semble en effet être un montant très faible.

³⁵⁹ Nous le pensons, tout comme Emmanuel Gaillard dans Gaillard, « CIRDI (2007) », *supra* note 43 à la p. 359.

A. De la prétendue incompétence du tribunal en raison de l'absence d'investissement : un choix de politique jurisprudentielle plus que contestable de la part du comité

La RDC a soulevé devant le comité quatre points afin de démontrer que les demandes de Patrick Mitchell n'entraient pas dans la compétence d'un tribunal CIRDI : il ne s'agissait pas d'un investissement car il n'y avait pas de contribution au développement de l'État d'accueil; l'activité de conseil juridique n'est pas une activité commerciale couverte par le *BIT*; la notion de service doit être liée à un service commercial ou économique en relation avec un investissement et enfin les conditions objectives de l'investissement en matière de contribution et d'opération sur le long terme ne seraient pas non plus remplies³⁶⁰.

Concernant le premier point, le comité *ad hoc* s'attache à apporter sa pierre à l'édifice de l'identification des éléments objectifs de la notion d'investissement. Selon lui, la contribution au développement de l'État d'accueil est « essentielle » et il s'agit d'un « critère incontestable »³⁶¹. Cette prise de position « doctrinale » nous semble intenable. Un comité *ad hoc* est probablement encore moins bien placé qu'un tribunal pour prononcer un *obiter dictum* sur la définition juridique d'une notion en changement permanent et qui, de surcroît, n'a pas reçu de définition juridique dans l'arbitrage CIRDI³⁶². Les membres du comité auraient dû se satisfaire de l'analyse de la *Convention de Washington*, de la jurisprudence arbitrale sur le sujet et du préambule du *BIT*. Ces éléments suffisent à affirmer que la contribution au développement de l'État d'accueil est un des critères de la notion d'investissement, soit en lui même soit intégré dans les autres conditions qui le couvriraient très convenablement³⁶³. En rendant sa décision, le comité ne s'assure pas de la bonne application du droit par le tribunal mais décide la substance du droit à appliquer, substance qui peut contenir plusieurs critères pour retenir la notion d'investissement mais qui reste un choix du tribunal au fond et en aucun cas celui d'un comité *ad hoc* en matière d'annulation. La détermination du contenu du fond du droit illustre le fait que dès les prémices de son analyse, le comité se dirige vers une analyse des faits de l'affaire et non de la bonne application du droit. Même si ses explications peuvent ne pas satisfaire le comité *ad hoc*, le tribunal a effectivement justifié juridiquement ses arguments, tant sur le *BIT* qu'en matière de *Convention de Washington*. Ainsi, les

³⁶⁰ *Mitchell*, *supra* note 10 au para. 23.

³⁶¹ *Ibid.* au para. 33.

³⁶² Sur les dangers d'*obiter dictum* dans les sentences et, par conséquent, de manière exponentiellement accrue dans les décisions d'annulation, voir nos développements dans Fouret et Khayat 17.2, *supra* note 10 à la p. 263 et Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales » (2005) 132:1 J.D.I. 135 à la p. 181 [Gaillard, « CIRDI (2005) »], toujours sur l'affaire *Joy Mining*, *supra* note 185. Sur les divergences quant à la notion d'investissement, outre les sentences citées au paragraphe 30 de la présente décision, voire entre autres Ali Bencheneb, « Sur l'évolution de la notion d'investissement » dans Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, dir., *Souveraineté étatique et marchés internationaux – Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Paris, Litec, 2000, 177; *Liber Amicorum*, *supra* note 103; Manciaux, *CIRDI*, *supra* note 110 aux pp. 37-104; *Rubins*, *supra* note 1100; Farouk Yala, « The Notion of Investment in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? » (2005) 22:2 J. Int'l Arb. 105.

³⁶³ *Mitchell*, *supra* note 10 aux para. 26-32.

critères objectifs ont été pris en compte par le tribunal même s'ils n'ont pas été complètement explicités³⁶⁴. Le comité va ensuite étudier le raisonnement du tribunal afin de décider s'il n'est pas entaché d'un défaut de motifs (1) ou si les arbitres n'ont pas commis un excès de pouvoir manifeste (2).

1. L'ANALYSE DU FOND PAR LE COMITE POUR DETERMINER LA VIOLATION DU MOTIFS DE L'ARTICLE 52 (1)(E)

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

Cette affirmation tirée de la décision rendue par le comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c. Guinée*³⁶⁵ énonce ce que doit être la technique qu'un comité doit appliquer. Le comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *Patrick Mitchell* n'a pas choisi cette voie et son analyse de la sentence révèle qu'il rejette au fond le raisonnement du tribunal et le condamne sur ce fondement. Le comité affirme en effet que

*[t]he Award is incomplete and obscure as regards what it considers an investment: it refers to various fragments of the operation, without finally indicating the reasons why it regards it overall as an investment, that is, without providing the slightest explanation as to the relationship between the "Mitchell & Associates" firm and the DRC. Such an inadequacy of reasons is deemed to be particularly grave, as it seriously affects the coherence of the reasoning and, moreover, as it opens the door to a risk of genuine abuses, to the extent that it boils down to granting the qualification as investor to any legal counseling firm or law firm established in a foreign country, thereby enabling it to take advantage of the special arbitration system of ICSID.*³⁶⁶

Il fonde son argumentation sur le caractère cohérent ou non du raisonnement du tribunal. En substituant la cohérence de la sentence à l'existence des motifs et en refusant au fond le choix opéré par la sentence³⁶⁷, le comité effectue un contrôle au fond qui « porte sur la rectitude de la solution ou sur la politique que cette solution est censée refléter »³⁶⁸. En réalité, il n'aurait dû réaliser qu'un contrôle de l'existence des motifs.

³⁶⁴ Voir les extraits de la sentence, *ibid.* au para. 24.

³⁶⁵ *Maritime*, *supra* note 174 au para. 5.08 de la décision du comité *ad hoc*.

³⁶⁶ *Mitchell*, *supra* note 10 au para. 40.

³⁶⁷ *Ibid.* : « *As it opens the door to a risk of genuine abuses, to the extent that it boils down to granting the qualification as investor to any legal counseling firm or law firm established in a foreign country, thereby enabling it to take advantage of the special arbitration system of ICSID* ».

³⁶⁸ Gaillard, « CIRDI (2007) », *supra* note 43 à la p. 363.

De fait, le tribunal avait justifié, même si cela est parfois succinct, toutes ses affirmations : l'investissement était constitué par des biens meubles et des documents protégés par l'article I (c)(i) du *BIT*³⁶⁹, des droits en matière de propriété intellectuelle et de *know-how* nécessaires pour exercer une activité professionnelle et protégés par l'article I (c)(iv) du *BIT*, des versements de multiples sommes sur des comptes appartenant à Patrick Mitchell et enfin, « *declarations made by former clients of the firm, the agreements concluded with former associates who left the firm in 1991 and the income statements for the years 1996 to 1998* »³⁷⁰. Ces éléments permettent à l'investissement d'être couvert par le *BIT* applicable et les explications, aussi concises qu'elles soient, s'appuient sur les preuves fournies au tribunal et qui lui ont permis de rendre sa décision. Le comité n'affirme pourtant pas le contraire au début de son analyse et retient que certains de ses éléments « *fall well within the scope of application of the Treaty as they are "included" in in the term "investment"* »³⁷¹.

Cependant, les membres du comité pensent que le tribunal a confondu l'opération économique avec les droits ou les avoirs protégés par le *Traité* lorsqu'ils font partie d'une telle opération. Pour le comité, rien ne justifie donc, après avoir affirmé que ces éléments étaient couverts par le *BIT*, de les qualifier en investissement³⁷². Le raisonnement du tribunal est trop obscur, trop fragmentaire et, de fait, les raisons ne sont pas adéquates pour le comité. Pourtant, la sentence et les paragraphes cités fournissent les composantes de l'investissement. Si les explications ne sont pas des plus fournies, elles sont néanmoins présentes et font référence à des preuves présentées devant le tribunal. Le comité n'a accès qu'à des éléments de preuve de seconde main et devrait se contenter de condamner des motivations manquantes lorsque cela se révèle être véritablement nécessaire. Il n'apparaît pas que cela soit le cas en l'espèce et le risque énoncé dans la décision *Wena Hotels c. Égypte* se réalise : exercé de façon trop approfondie, le contrôle du défaut de motif conduit le comité *ad hoc* à « réexaminer les motifs ayant fondé la décision du tribunal pour déterminer s'ils étaient justes ou non, convaincants ou non »³⁷³. L'analyse de l'investissement à la lumière de l'article 52 (1)(b) ne fait que renforcer notre position.

2. UN EXCES DE POUVOIR MANIFESTE DE LA PART DU COMITE AD HOC?

*If there is a risk that an arbitral tribunal exceeds its powers by unduly refusing to exercise its jurisdiction, is there not an equal risk that an ad hoc committee unduly decides that the tribunal has jurisdiction, while in fact it has not?*³⁷⁴

³⁶⁹ Les articles I et II du *BIT* sont reproduits à *ibid.* au para. 26.

³⁷⁰ Voir les paragraphes 47 et 48 de la sentence, *ibid.* au para. 24.

³⁷¹ *Ibid.* au para. 35.

³⁷² *Ibid.* au para. 38.

³⁷³ *Wena*, *supra* note 147, décision du comité *ad hoc* avec les observations d'Emmanuel Gaillard dans « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales » (2003) 130 J.D.I. 166 au para. 79 [Gaillard, « CIRDI (2003) »] et nos commentaires dans Fouret et Khayat 15.2, *supra* note 677.

³⁷⁴ Pierre Mayer, « To What Extent Can an *Ad Hoc* Committee Review the Factual Findings if an Arbitral Tribunal? » dans Banifatemi et Gaillard, *supra* note 14 à la p. 248 [Mayer].

Cette prémonition du professeur Mayer semble se réaliser tant le comité a abusé de son pouvoir. Il affirme cependant qu'il ne doit pas sanctionner « *an error of interpretation of Treaty – as awkward as it may be – when even in the absence of such error, the result would have been the same* »³⁷⁵. Pour le comité, intégrer les fonds versés sur les comptes de P. Mitchell aux États-Unis comme élément constitutif de l'investissement sous la qualification « retours réinvestis » du BIT est un excès de pouvoir manifeste du tribunal³⁷⁶. Or, le fait que des versements aient lieu sur des comptes aux États-Unis n'implique pas que ceux-ci ne soient pas reversés au moins en partie dans le fonctionnement du cabinet, dans le paiement des employés, etc. Par ailleurs, cet excès ne semble ni manifeste, ni en mesure d'empêcher le tribunal de se reconnaître compétent. S'il était manifeste et avait vraiment eu lieu, cet élément devait être déterminant pour la solution adoptée par le tribunal. Cela n'est pas le cas dès lors que ce dernier aurait de toute façon pu se reconnaître compétent grâce à d'autres éléments retenus dans la sentence.

Nous pouvons penser que l'inclusion de tels éléments par le tribunal est probablement justifiée par des preuves qui n'ont pas été mises à disposition du comité et que ce dernier « *should not too easily come to the conclusion that the tribunal erred in its factual finding; it should use self-restraint* »³⁷⁷. Les membres du comité affirment que le tribunal a intégré arbitrairement ces retours du fait du peu d'explications données³⁷⁸. Si le BIT énonce que sont couverts les retours réinvestis, ceux versés dans un premier temps aux États-Unis peuvent tout à fait être réinvestis par la suite en RDC. Il nous semble que le comité s'est engagé dans la possibilité d'annuler la sentence sur le fondement de l'inexistence d'un investissement, alors qu'il ne possédait que des preuves de seconde main et que certaines conditions réunies permettaient au raisonnement du tribunal d'être en parfait accord avec le BIT applicable. Nous pensons que le « comité *ad hoc* » semble s'être moins soucié de s'assurer du respect de leur mandat par les arbitres que de substituer à celle des arbitres leur propre appréciation de l'opportunité de donner effet à telle ou telle disposition du traité bilatéral »³⁷⁹. Les éléments présentés et justifiés succinctement ne permettaient pas de souligner un excès qui, rappelons-le, doit être manifeste pour être retenu³⁸⁰. Les explications données par le tribunal sont correctes et cela aurait dû suffire. Le professeur Schreuer, un des plus éminents spécialiste du CIRDI, l'a affirmé : « *[A]nnulment is only concerned with the legitimacy of the process of decision; it is not concerned with its substantive correctness* »³⁸¹. Une erreur

³⁷⁵ *Mitchell, supra* note 10 au para. 45.

³⁷⁶ *Ibid.* au para. 46.

³⁷⁷ *Mayer, supra* note 374 à la p. 249.

³⁷⁸ *Mitchell, supra* note 10 au para. 46.

³⁷⁹ Gaillard, « CIRDI (2007) », *supra* note 43 aux pp. 364-65.

³⁸⁰ Voir notamment la récente contribution de Philippe Pinsolle, « “Manifest” excess of Power and Jurisdictional Review of ICSID Awards » dans Frederico Ortino, Audley Sheppard et Hugo Warner, *Investment Treaty Law – Current Issues*, vol.1, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, 51.

³⁸¹ Christoph Schreuer, « ICSID Annulment Revisited » (2003) 30 L.I.E.I. 103 à la p. 104.

partielle et non décisive ne doit pas en elle-même suffire à annuler une sentence. Le comité en a pourtant décidé autrement. Qu'en est-il des autres demandes de la RDC?

B. La reconnaissance de la responsabilité de la RDC dans la prétendue mauvaise application du droit applicable par le tribunal

Cette demande ainsi que les problèmes soulevés en matière de compensation analysés ci-après semblent moins problématiques, le comité ayant refusé d'accéder aux demandes de la RDC. Concernant le droit applicable eu égard à l'expropriation, la défenderesse arguait que le tribunal aurait dû appliquer la clause de sécurité nationale et d'ordre public, permettant de déroger partiellement aux obligations du *BIT*, en raison des menaces pesant sur la RDC à l'époque. Cette disposition, l'article XI, permet d'exclure l'illicéité d'une action étatique, l'expropriation par exemple, en raison d'une situation obligeant à la prise de mesures drastiques et illicites mais justifiées et excusables³⁸².

Cependant, si cela aurait peut-être permis à la RDC d'être « excusée », il aurait fallu qu'elle présente une défense au fond en ce sens, ce qu'elle n'a pas fait. Cet argumentaire n'a été développé que lors de la procédure d'annulation. Comme le comité dans *Mine c. Guinée* l'avait affirmé, l'annulation « *is not an occasion to present arguments and submissions which a party failed to make in the underlying proceedings* »³⁸³. L'annulation ne se penche que sur la sentence rendue par le tribunal et sur les arguments et les faits qui lui ont été présentés³⁸⁴.

Par conséquent ni l'excès de pouvoir manifeste du tribunal et encore moins le défaut de motifs ne peut être retenu en l'espèce, ce qui est tout à fait justifié.

C. Une motivation plus que suffisante en matière de compensation

Le dernier point soulevé par la RDC concerne l'évaluation de la compensation accordée à Patrick Mitchell et le prétendu défaut de motifs. Pour le comité, la longueur des développements consacrés à cette évaluation sont une première indication *prima facie* que les parties ont pu s'exprimer et que le tribunal a rendu une décision argumentée sur le sujet³⁸⁵. La RDC soulève quatre points mais ceux-ci sont tous rejetés³⁸⁶. Leur intérêt n'étant que relatif, nous ne reviendrons pas sur chacun d'entre eux en détail mais il est intéressant de noter que le comité a très peu approfondi la question, contrairement aux deux autres points. Il évite ainsi de retomber dans ses travers, qu'il dénonce pourtant, à savoir l'analyse du fond de l'affaire³⁸⁷. Sans doute parce que le « travail » d'annulation avait déjà été effectué...

³⁸² *Mitchell*, *supra* note 10 au para. 55.

³⁸³ *Maritime*, *supra* note 174 citée dans *ibid.* au para. 56.

³⁸⁴ *Mayer*, *supra* note 374 à la p. 249.

³⁸⁵ *Mitchell*, *supra* note 10 au para. 65.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ Deux pages et demi uniquement.

Les décisions en matière d'annulation sont toujours un dangereux exercice et les comités doivent toujours prendre beaucoup de précautions afin de respecter le mandat fourni par l'article 52 de la *Convention de Washington*. Les deux motifs d'annulation de l'espèce, accueillis et permettant d'annuler la sentence dans son ensemble, sont de surcroît deux des motifs les plus délicats à mettre en œuvre. En ce qui a trait à l'excès de pouvoir manifeste, « [f]ailure to state reason is the most difficult ground for annulment to apply and analyze »³⁸⁸ et « la différence entre une annulation et un appel tend à s'amenuiser voir même à se confondre si l'on s'attache aux motivations du tribunal et au bon choix fait par celui-ci »³⁸⁹. Nous croyons que les membres du comité *ad hoc* sont tombés dans ces deux travers. Nous espérons qu'ils ne serviront pas d'exemple aux cinq comités *ad hoc* ayant encore à statuer³⁹⁰. Dans l'éventualité inverse, c'est toute l'architecture du système CIRDI qui pourrait s'en trouver ébranlée.

J.F.

³⁸⁸ Christoph Schreuer, « Three Generations of ICSID Annulment Proceedings » dans Banifatemi et Gaillard, *supra* note 14 à la p. 33.

³⁸⁹ Fouret et Khayat 18.2, *supra* note 13 à la p. 365.

³⁹⁰ Pour les cinq affaires dans lesquelles un comité *ad hoc* doit statuer, voir le site internet du CIRDI, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>>.

