

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

Julien Fouret*
Dany Khayat**

L'année 2009 marque la stabilisation du nombre d'affaires enregistrées, après le pic atteint en 2007¹, avec vingt-cinq nouvelles affaires². Parmi ces affaires,

* Conseiller, Secrétaire de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : <jft@iccwbo.org>. Il est l'auteur des chapitres I, II, IV, V, VI, IX, X, XII, XIV, XV, XVI, XVIII, XX, XXI, XXIII, XXV, XXVI, XXVIII, XXIX.

** Avocat au Barreau de Paris, Associé au sein du groupe d'arbitrage international du cabinet *Mayer Brown*. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : <dkhayat@mayerbrown.com>. Il est l'auteur des chapitres III, VII, VIII, XI, XIII, XVII, XIX, XXII, XXIV, XXVII. Les cabinets d'avocats dans lesquels les auteurs exercent, ou ont exercé, sont intervenus en tant que conseils dans certaines des affaires commentées. Les points de vue exprimés ici n'engagent toutefois nullement l'institution ou le cabinet au sein desquels les auteurs exercent ou ont exercé. Toutes les décisions analysées dans cette chronique peuvent être consultées sur l'un des sites suivants : CIRDI <<http://icsid.worldbank.org>>, Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> et Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca>>.

¹ Il y a eu vingt nouvelles affaires en 2008, trente-sept nouvelles affaires en 2007, vingt-trois en 2006, vingt-sept en 2005, vingt-six en 2004, trente-et-une avec la crise économique en Argentine en 2003 et dix en 2002.

² *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. République argentine*, ARB/09/1 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Deutsche Bank AG c. République démocratique socialiste du Sri Lanka*, ARB/09/2 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Holcim Limited, Holderfin B.V. and Caricement B.V. c. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/09/3, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Elsamex, S.A. c. République du Honduras*, ARB/09/4 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Iberdrola Energía, S.A. c. République du Guatemala*, ARB/09/5 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. République fédérale d'Allemagne* (2011), ARB/09/6 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *MTN (Dubai) Limited and MTN Yemen for Mobile Telephones c. République du Yémen* (2010), ARB/09/7 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *KT Asia Investment Group B.V. c. République du Kazakhstan*, ARB/09/8 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Adem Dogan c. Turkménistan*, ARB/09/9 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *EVN AG v. Ancienne République yougoslave de Macédoine*, ARB/09/10 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. c. Ukraine* (2010), ARB/09/11 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Pac Rim Cayman LLC c. République d'El Salvador*, ARB/09/12 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *International Company for Railway Systems (ICRS) c. Royaume hachémite de Jordanie* (2011), ARB/09/13 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Mærsk Olie, Algeriet A/S c. République algérienne démocratique et populaire*, ARB/09/14 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *H&H Enterprises Investments, Inc. c. République arabe d'Égypte*, ARB/09/15 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Swisslion DOO Skopje c. Ancienne République Yougoslave de Macédoine*, ARB/09/16 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. c. République d'El Salvador* (2011), ARB/09/17 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Cambodia Power Company v. Royaume du*

vingt-trois sont enregistrées en application de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*³ et deux sur le fondement du *Règlement du mécanisme supplémentaire*⁴.

Sur ces vingt-cinq affaires, 64% sont fondées sur des traités bilatéraux de protection des investissements (TBI), 18% sont fondées sur un contrat entre investisseur et État hôte, 7% sur le fondement du *Traité de la Charte de l'énergie*⁵ et de *l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, la République Dominicaine et les États-Unis*⁶ et enfin 4% sur le fondement d'une loi interne de protection des investissements internationaux⁷. Au 31 décembre 2009, le nombre total d'affaires enregistrées au Centre depuis l'entrée en vigueur de la *Convention de Washington* s'élevait ainsi à 305⁸.

L'année 2009 a également vu l'élection, le 17 février 2009, du nouveau Secrétaire général du CIRDI de nationalité canadienne, Meg Kinnear, dont la prise de fonction a eu lieu le 22 juin 2009.

Le Kosovo a signé la *Convention de Washington* le 29 juin 2009 et celle-ci y est entrée en vigueur le 22 juillet 2009. En outre, la convention est également entrée en vigueur en Haïti le 26 novembre 2009. Cependant, l'Équateur a dénoncé la convention le 6 juillet 2009, devenant le second État après la Bolivie en 2007 à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article 71 de la *Convention de Washington*⁹. Au 31

Cambodge, ARB/09/18 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Carnegie Minerals (Gambia) Limited c. République de Gambie*, ARB/09/19 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Gold Reserve Inc. c. République bolivarienne du Venezuela* ARB(AF)/09/1 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Reinhard Hans Unglaube v. République du Costa Rica*, ARB/09/20 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/09/2 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *UAB "ARVI" ir ko and UAB "SANITEX" c. République de Serbie*, ARB/09/21 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Corporación Quiport S.A. and others c. Republic d'Équateur*, ARB/09/23 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements).

³ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 159, (entrée en vigueur : 14 octobre 1966) [*Convention de Washington*].

⁴ *CIRDI : Règlement du mécanisme supplémentaire*, Doc. CIRDI/11, (entrée en vigueur : 10 avril 2006), en ligne : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements <<http://icsid.worldbank.org>> [*Règlement d'arbitrage du CIRDI*].

⁵ *Le Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, 2080 R.T.N.U. 95 (entrée en vigueur : 16 avril 1998) [*Traité sur la Charte de l'énergie*].

⁶ *The Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement*, en ligne : USTR <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text>>.

⁷ *Affaires du CIRDI - Statistiques* (2010), CIRDI Doc. 2010-1 (Statistiques du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : CIRDI <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=French>>.

⁸ ICSID Caseload and Statistics, 2010-1, en ligne: ICSID <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics> and generally the ICSID Website>.

⁹ Julien Fouret et Dany Khayat, *Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007)*, Bruxelles, Bruylant, 2009 à la p. 488 [Fouret et Khayat, *Recueil des commentaires*].

décembre 2009, la *Convention de Washington* avait ainsi été signée par 155 États et était entrée en vigueur dans 144 États.

Au 31 décembre 2009, treize sentences finales sur le fond, dix-sept décisions, dont trois sur une demande d'annulation, et quatre ordonnances avaient été publiées. A l'inverse, trois sentences¹⁰ et trois décisions n'ont pas été publiées durant cette année calendaire. Les trente-neuf décisions publiées, ainsi que deux décisions non publiées, font ainsi l'objet d'un commentaire dans la présente chronique¹¹.

I. Sentence du 3 mars 2006, *F-W Oil Interests Inc. c. République de Trinidad et Tobago*¹²

*Composition du tribunal arbitral: M. Fali S. Nariman*¹³, *Président; MM. Franklin Berman*¹⁴ *et Lord Mustill*¹⁵, *arbitres.*

Cette sentence trouve son origine dans une requête du 28 septembre 2001 de la Société américaine F-W Oil Interests (FWO) contre la République de Trinidad-et-Tobago sur le fondement de l'*Échange de note constituant un accord relatif à la garantie des investissements* entre les États-Unis et la défenderesse¹⁶ (*Traité*). Cet arbitrage CIRDI est le premier dans lequel Trinidad-et-Tobago est impliqué. Le différend découle d'un appel d'offre pour l'exploitation des *Soldado Fields*, des

¹⁰ *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. République kirghize*, (2009), ARB(AF)/06/1 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Cargill, Incorporated c. États Unis du Mexique* (2009), ARB(AF)/05/2 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements); *Gouvernement de la Province de l'Est Kalimantan c. PT Kaltim Prima Coal* (2009), ARB/07/3 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>.

¹¹ Une sentence et une décision rendues en en 2006, deux décisions de 2007 ainsi qu'une sentence et une décision de 2008 ont été publiées en 2009 et feront également l'objet d'un commentaire dans le présent numéro. Nous commentons également la décision de 2007 sur la compétence et la sentence dans l'affaire *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. République Kirghize*, « Décision sur la compétence » ARB(AF)/06/1 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) qui n'ont pas été publiées mais dont les auteurs en possèdent une copie. Par ailleurs, la décision sur la compétence du 19 juin 2009 rendue dans l'affaire *Tza Yap Shum c. République du Pérou*, « Décision sur la compétence » (19 juin 2009), ARB/07/6 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> ainsi que la décision sur les mesures provisoires du 17 juin 2009 dans l'affaire *Repsol YPF Ecuador, S.A. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)* (2011), ARB/08/10 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> ont été rendues en langue espagnole. Pour cette raison, elles feront l'objet d'un commentaire dans la prochaine Chronique.

¹² *F-W Oil Interests Inc. c. République de Trinidad et Tobago* (2006), ARB/01/14 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [FWO]

¹³ Nommé par le président du Conseil administratif du CIRDI.

¹⁴ Nommé par la demanderesse.

¹⁵ Nommé par la défenderesse.

¹⁶ *Échange de note constituant un accord relatif à la garantie des investissements*, États-Unis et Trinité-et-Tobago, 15 janvier 1963, 471 R.T.N.U. 142 (entrée en vigueur : 15 janvier 1963) [*Traité*].

champs pétroliers au large de l'archipel. FWO fut sélectionné en septembre 2000 à l'issue de cet appel d'offre pour conclure un contrat de services avec une rémunération suivant un certain taux par baril de pétrole¹⁷. Une entreprise sous contrôle de l'État était chargée de négocier avec l'entreprise remportant l'appel d'offre. Ces parties ont conclu, selon la demanderesse, deux précontrats servant de cadre pour la négociation du contrat de services. Cependant, un an plus tard, l'entreprise étatique s'est retiré des négociations, a abandonné le projet alors que le gouvernement refusait d'intervenir¹⁸. Les champs pétroliers demeurent toujours aujourd'hui inexploités.

La demanderesse sollicite réparation pour les sommes investies afin de répondre à l'appel d'offre, y compris en matière de propriété intellectuelle¹⁹. Cette sentence extrêmement factuelle ne présente que peu d'intérêt du point de vue du droit des investissements. De plus, la lecture de cette sentence est ardue et le raisonnement adopté parfois difficile à suivre. Cependant, deux points peuvent être rapidement mentionnés:

(i) Le premier concerne la compétence et la question de savoir si la demanderesse a véritablement effectué un investissement sur le territoire de l'État hôte. À la lecture des faits, il est difficile de s'empêcher de penser à l'affaire *Mihaly c. Sri Lanka*²⁰ dans laquelle le tribunal s'était reconnu incompétent faute d'investissement en décidant que des dépenses pré-investissement ne sauraient entrer dans le champ de compétence de l'article 25(1) de la *Convention de Washington* n'étant pas en relation directe avec un investissement ; ce dernier ne s'étant pas matérialisé. En l'espèce, le Tribunal s'est appuyé exclusivement sur le *Traité* pour rendre sa décision, ce qui pourrait en premier lieu lui être reproché. Mais même en s'appuyant uniquement sur le *Traité*, le Tribunal n'a pu se reconnaître compétent. En effet, pour les arbitres :

*the common thread is nevertheless so strong that the Tribunal is unable to conclude that the intention can have been to bring within the scope of the terms claims other than those based on proprietary contractual rights, which in the Tribunal's view, corresponds in any event to the whole underlying notion of an "investment".*²¹

La même ligne de conduite que dans l'affaire *Mihaly* semble avoir été suivie, à bon escient, car cela permet d'éviter un nouvel accroc à la notion d'investissement telle que retenue par les tribunaux arbitraux CIRDI. De plus, les parties n'avaient pas souhaité être liées par ces précontrats et il était encore moins aisé d'obliger les parties à respecter des obligations qu'elles-mêmes ne reconnaissaient pas comme contraignantes²².

¹⁷ *FWO*, *supra* note 12 aux para. 5-9.

¹⁸ *Ibid.* aux para. 11-12.

¹⁹ *Ibid.* aux para. 24-27.

²⁰ *Mihaly International Corporation c. République démocratique socialiste du Sri Lanka* (2002), 17 *ICSID Rev.-FILJ* 142 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) et nos commentaires dans Fouret et Khayat, *supra* note 9 à la p. 16 et s.

²¹ *FWO*, *supra* note 11 au para. 125, voir aussi les para. 144-145.

²² *Ibid.* aux para. 182-183.

(ii) Le second point d'intérêt est l'attention que le Tribunal arbitral a porté à l'analyse de l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de ses organes, de ses émanations ou d'entreprises publiques possédant des prérogatives de puissance publique²³. Son examen est complet et pose assez clairement les enjeux ambivalents en matière de protection des investissements :

*the substantive standards against which the Claimant puts forward its claims are those laid down in a specific treaty, not general international law, immediately opens up the possibility that particular standards of attributability may apply, as *lex specialis*, in substitute for or supplementation of the general rules of State responsibility – a possibility to which the ILC draws attention repeatedly in its draft Articles and the Commentaries (notably Article 55 & Commentary). Even if not (i.e., even if the applicable secondary rules of State responsibility remain unaffected), the fact that the treaty is a BIT opens up a further possibility at the level of primary obligation, specifically that the broad scope mutually agreed by the Contracting Parties for encouraging as well as protecting the investments of one in the territory of the other may have the effect of requiring (sc. as a matter of treaty obligation) the Government to adopt patterns of conduct in respect of its State organs and para.-statal entities different from those that would ordinarily be required under general international law or treaty law. Or at least, i.e., even if there is in the particular situation no specific requirement on the State to act in particular ways, there may nevertheless be a framework of obligation within which, for example, if organs of Government choose to intervene in the operations of its para.-statal entities (or if the State, for whatever reason, interferes in what would otherwise be purely commercial operations), an international tribunal ought to be ready to infer that by doing so they have engaged the international responsibility of the State for effects that, in substance, amounts to breaches of the standards expressly accepted by the State by treaty. The Tribunal considers that this conclusion is moreover in harmony with a series of arbitral decisions establishing that interference by the State with the operation of a private contract is capable of constituting a breach of treaty.²⁴*

Malheureusement, le Tribunal ne s'est pas arrêté à cette excellente analyse, mais a retenu, au paragraphe 207, que si un investissement avait été reconnu, il n'aurait probablement eu aucun mal à reconnaître la responsabilité de Trinidad-et-Tobago. Outre qu'il s'agit d'un *obiter dictum* qui n'apporte rien à la sentence, la frustration créée vis-à-vis de l'investisseur, qui savait déjà le Tribunal incompetent, aurait pu être évitée par les arbitres.

²³ *Ibid.* aux para. 185 et s.

²⁴ *FWO*, aux para. 206 et s.

II. Décision du 15 janvier 2008 sur la responsabilité, *Corn Products International Inc. c. États-Unis du Mexique*²⁵

*Composition du tribunal arbitral : M. Christopher J. Greenwood*²⁶, *Président; MM. Andreas F. Lowenfeld*²⁷ *et Jesus Alfonso Serrano de la Vega*²⁸, *arbitres.*

La décision sur la responsabilité dans cette affaire sur le fondement de l'*Accord de libre-échange nord-américain*²⁹ (ALÉNA), et en application du mécanisme supplémentaire du CIRDI, a été rendue plus de trois années après la décision sur la non consolidation de ces procédures avec l'affaire *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. États-Unis du Mexique*³⁰ et quelques mois après la sentence finale dans cette dernière affaire³¹. Cette décision n'est pas une sentence finale car les arbitres ont reconnu la violation par le Mexique de dispositions de l'ALÉNA mais ne se prononcent pas sur le montant de la réparation à accorder à la demanderesse, décision qui sera prise dans une sentence ultérieure. La violation reconnue de l'ALÉNA résulte de l'adoption, par le Mexique, d'une taxe sur le sirop de sucre à forte teneur en fructose. Alors que le tribunal constitué dans l'affaire *Archer Midlands* a reconnu la violation de deux articles de l'ALÉNA, le Tribunal constitué dans cette affaire ne reconnaît la violation que d'un seul de ces deux articles. Les différences entre ces deux sentences seront donc d'un intérêt tout particulier.

La décision, tout comme la sentence *Archer Midlands*, est cependant tronquée, dépourvue de toute référence technique sur l'activité des investisseurs, afin de préserver la confidentialité de certaines informations quant aux produits en question, les clients de la demanderesse ou encore sa part de marché. Ce caviardage fait écho à la décision refusant la consolidation des instances, rendue notamment sur le fondement du secret industriel et sur l'impossibilité d'échanger certaines informations entre des entreprises en concurrence acharnée³².

²⁵ *Corn Products International Inc. c. États Unis du Mexique* (2008), 21 *ICSID Rev.*—FILJ 364 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). [*CPI*]

²⁶ Nommé par le Secrétaire général du CIRDI.

²⁷ Nommé par la demanderesse.

²⁸ Nommé par le défendeur.

²⁹ *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^{er} janvier 1994) [ALÉNA]

³⁰ *Corn Products International Inc. c. États Unis du Mexique*, « Ordonnances sur la consolidation » (20 mai 2005) (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements <<http://icsid.worldbank.org>>. et nos commentaires dans Fouret et Khayat, *supra* note 9 à la p. 333 et s.

³¹ *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. États-Unis du Mexique* (2007), ARB(AF)/04/5 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Archer Midlands*] et nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » (2008) 21.2 *RQDI* 291 à la p. 298 et s. [Fouret et Khayat, CIRDI]

³² Fouret et Khayat, *supra* note 9 aux pp. 334-335.

L'affaire met aux prises le Mexique et *Corn Products International (CPI)*, un des plus gros raffineurs de maïs jaune au monde lui permettant de produire du sirop de sucre à forte teneur en fructose. Ce sirop de sucre est désormais devenu indispensable à l'industrie des sodas en Amérique du Nord, le Mexique étant le plus gros marché de sodas par habitant dans cette région. L'installation de *CPI* et de ses compétiteurs au Mexique a engendré une forte pression économique sur un autre type de producteurs, celui de sirop de sucre à forte teneur en fructose dérivé du sucre de canne, production traditionnelle au Mexique. Ainsi, le 31 décembre 2001, le Mexique a adopté une loi augmentant de 20% les taxes sur les sodas et les sirops non issus de canne à sucre. En raison de pressions internationales, notamment par le biais d'une plainte devant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le Mexique a néanmoins retiré cette loi le 31 décembre 2006 mais la demanderesse a poursuivi l'arbitrage afin d'obtenir une indemnisation pour les pertes subies durant cette période³³. L'intérêt de cette décision pour le droit des investissements internationaux est peu important mais nous la comparerons avec la sentence *Archer Midlands*, qui n'est citée à aucun moment dans la décision, pour revenir sur deux points essentiels. Nous mentionnerons également l'opinion séparée émise par le professeur Lowenfeld sur la question des contre-mesures.

A. De la violation, ou non, des articles 1102 et 1106 de l'ALÉNA

Sans contestation de sa compétence, le Tribunal arbitral a pu entrer de plein pied dans l'analyse des dispositions de fond de l'ALÉNA³⁴.

La première étape était la question de la violation de l'article 1106 de l'ALÉNA en matière de prescription de résultat (« *performance requirements* »), violation reconnue par le Tribunal dans *Archer Midlands* en s'appuyant sur la rédaction très large de cette disposition³⁵.

Le Tribunal, dans la présente affaire, a rejeté cette demande en deux paragraphes concis. La raison semble en être la suivante : « *CPI has not made out its case under this provision* »³⁶. Mais pour le Tribunal, même si cela avait été le cas, le Mexique n'a pas imposé d'accroissement de l'investissement en utilisant plus de produits et d'employés locaux. Par conséquent, ces mesures n'auraient jamais pu être qualifiées de prescription de résultat³⁷. La volonté d'ouverture prônée par la sentence précédente, due probablement à une lecture trop souple de l'article 1106, semble donc réduite au maximum par la présente décision qui se détache donc déjà de sa devancière pour une des deux violations du traité nord-américain. Cela nous semble justifié et plus conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 1106³⁸.

³³ Les faits sont repris dans la sentence, *CPI* supra note 25 aux para. 26-48.

³⁴ *CPI*, supra note 25 aux para. 74-75.

³⁵ Fouret et Khayat, supra note 9 à la p. 302.

³⁶ *CPI*, supra note 25 au para. 80.

³⁷ *Ibid.* au para. 80.

³⁸ Notamment sa conclusion au para 80: « *while the tax here challenged was adopted with the intent and effect of reducing the use by CPI's product, the performance requirement, if any, was placed on the soft drink manufacturers, and even that was not mandatory* ».

La seconde disposition de l'ALÉNA analysée³⁹ concerne la violation par le Mexique de l'article 1102 de l'ALÉNA sur le traitement national. Sur plus de vingt pages, le Tribunal a étudié de manière approfondie cette disposition et la jurisprudence en la matière afin de mettre à jour les critères pour l'application de ce qu'il décrit à juste titre comme « *a principle of fundamental importance, both in international trade law and the international law of investment, that of non-discrimination* »⁴⁰. Il s'agit d'un traitement contingent historique, c'est-à-dire un traitement qui, contrairement au traitement juste et équitable, ne comporte pas de principes substantiels à respecter mais un traitement relatif, comparatif, contingent du traitement accordé aux nationaux de l'État hôte.

Pour le Tribunal, ce traitement est central dans le dispositif de l'ALÉNA et pas uniquement en matière d'investissements mais également pour le commerce international en général⁴¹. De plus, en introduction à leur analyse, les arbitres ont affirmé qu'ils ne mèneront pas une analyse purement juridique mais plutôt téléologique, en prenant en compte l'impact final de la mesure plus que sa qualification juridique : « *Article 1102 embraces de facto as well as de jure discrimination* »⁴²

Cependant, le Tribunal s'est distingué à nouveau de celui constitué dans *Archer Midlands*. Ce dernier avait retenu deux conditions pour l'application de l'article 1102 (il fallait que l'investisseur se trouve, par rapport aux investisseurs nationaux, (i) dans des circonstances analogues (ii) mais subissant un traitement moins favorable⁴³) alors qu'en l'espèce le Tribunal a énoncé trois conditions distinctes, à savoir la démonstration (i) que l'État a accordé à l'investisseur ou à son investissement un « traitement [...] en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements » (ii) que l'investisseur était dans une situation analogue à celle de l'entité ressortissant de l'État hôte à laquelle il est comparé (« le comparateur »), et (iii) que le traitement par rapport au comparateur ait été moins favorable.⁴⁴ Il nous semble que ce test en trois parties est plus complet, et prend en compte le fait de savoir si les actions du Mexique sont un 'traitement' en premier lieu, le fondement de toute application à notre sens d'une des obligations de traitement contenue dans les TBI, ou en l'espèce l'ALÉNA.

Pour le 'traitement', le Tribunal n'a pas de mal à considérer que cette condition est remplie car le Mexique a lui-même indiqué que cette mesure n'avait nullement pour but de lever des fonds par le biais de cette taxe. En revanche, il

³⁹ En réalité la troisième car la violation de l'art. 1110 sur l'expropriation a été invoquée par CPI et est analysée aux para. 81 à 94 mais ne présente que peu d'intérêt et est en droit ligne avec les sentences précédemment rendues sur la question de l'expropriation indirecte. Le Tribunal énonce en effet classiquement au para. 92: « *CPI needed to show that there had been such a degree of interference as to sterilise its business* » mais les circonstances n'étaient ni prouvées ni réunies en l'espèce.

⁴⁰ *CPI, supra* note 25 au para. 109. Voir aussi Andrea K. Bjorklund, « National Treatment », dans August Reinisch, dir., *Standard of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, 29.

⁴¹ *CPI, supra* note 25 aux para. 113-114.

⁴² *Ibid.* au para. 115.

⁴³ *Archer Midlands, supra* note 31 aux para. 193 et s.

⁴⁴ *CPI, supra* note 25 au para. 117.

s'agissait d'assister l'industrie sucrière mexicaine en pesant sur les producteurs de sirop de sucre à forte teneur en fructose et répondre ainsi à ce que le Mexique considérait comme une violation d'autres dispositions de l'ALÉNA par les États-Unis.⁴⁵

Pour ce qui est de la situation analogue de l'investisseur avec les producteurs mexicains de sirop de sucre de canne, le Tribunal a reconnu dans un premier temps que « *Mexican sugar producers operated in the same business or economic sector as CPI [...] the purpose of the HFCS tax was avowedly to alter the terms of competition between them* »⁴⁶. De surcroît, le fait que le panel de l'OMC ait reconnu qu'il s'agit de produits similaires est un élément d'importance devant être prise en considération⁴⁷. C'est donc en conjuguant produits et situations, indissociables à notre sens et permettant une vue macro et micro économique de la situation, que le Tribunal n'a pas de difficulté à décider que ce critère est également réuni : « *where the products at issue are interchangeable and indistinguishable from the point of view of the end-users (i.e. the purchaser of soft drinks), the products, and therefore the respective investments, are in like circumstances* »⁴⁸. La deuxième condition est ainsi remplie.

Pour la troisième condition, le Mexique a toujours affirmé que cette mesure visait expressément les investisseurs étrangers afin de protéger ses producteurs de sirop de sucre de canne locaux. Il est donc aisé de reconnaître que cette condition est remplie⁴⁹. Le Tribunal a énoncé cependant que l'intention de discriminer au profit de ses nationaux n'est pas nécessaire mais que celle-ci est présente en l'espèce et suffirait ainsi à remplir cette condition. Cependant, la réaffirmation de son absence dans les critères de l'article 1102 permet à ce dernier de conserver une application objective par les tribunaux dans le futur⁵⁰.

B. La problématique des contre-mesures

Comme lors de l'affaire *Archer Midlands*, le Mexique a invoqué l'article 22 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des États. Celui-ci pose :

L'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État

⁴⁵ *Ibid.* au para. 119.

⁴⁶ *Ibid.* au para. 120.

⁴⁷ *Ibid.* aux para. 121-122.

⁴⁸ *CPI, supra* note 25 au para. 126.

⁴⁹ *Ibid.* aux para. 141-142.

⁵⁰ Le Tribunal a affirmé au para. 138: « *the existence of an intention to discriminate is not a requirement for a breach of Article 1102 where such an intention is shown, that is sufficient to satisfy the third requirement But the Tribunal would add that, even if an intention to discriminate had not been shown, the fact that the adverse effects of the tax were felt exclusively by the HFCS producers and suppliers, all of them foreign-owned, to the benefit of the sugar producers, the majority of which were Mexican-owned, would be sufficient to establish that the third requirement of "less favourable treatment" was satisfied.* ».

conformément aux articles 49 à 54.⁵¹

En effet, le Mexique soutenait que cette mesure fiscale était une contre-mesure contre les États-Unis qui empêchaient l'exportation par les entreprises mexicaines du surplus de la production de sucre. Pour le Mexique, les États-Unis ont également violé le chapitre XX de l'ALÉNA empêchant le recours au mécanisme arbitral interétatique pour régler ce différend⁵².

Nous avons été très étonnés et en désaccord complet avec l'approche prise par le tribunal constitué dans l'affaire *Archer Midlands* qui indiquait que l'investisseur privé ne bénéficiait d'aucun droit direct dans l'ALÉNA et revenait à une sorte de protection diplomatique inversée dans laquelle l'investisseur représenterait l'État, réel détenteur de ces droits⁵³. Malgré l'opinion d'Arthur Rovine, le Tribunal a reconnu la possibilité de contre-mesures, mais a refusé cet argument pour la législation fiscale, un moindre mal dirons-nous⁵⁴.

Il est également intéressant de noter que l'opinion séparée du professeur Lowenfeld porte également sur cette question en raison de son désaccord sur la manière dont a été abordée la question par le Tribunal. En effet, celui-ci a d'abord énoncé les principes en la matière en droit international public général⁵⁵, avant d'analyser tous les arguments du Mexique sur la question⁵⁶. Cela ne nous semblait pas nécessaire et nous ne pouvons qu'abonder dans le sens de l'opinion séparée du professeur Lowenfeld dans laquelle il indique, au paragraphe 6 :

I believe the majority goes to elaborate lengths to refute an unprecedented and unjustified argument made on behalf of Mexico. Though it comes out right [...], the opinion loses sight of and distorts the essence of investor-state arbitration under NAFTA, ICSID and a masse of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements.

Deux paragraphes auraient en réalité été suffisants sur la question, à savoir les paragraphes 174 et 181 qui indiquent respectivement :

The Tribunal considers that the reality under Chapter XI is that an investor which brings a claim is seeking to enforce what it asserts are its own rights under the treaty and not exercising a power to enforce rights which are actually those of the State. (...)

It is common ground that the jurisdiction of this Tribunal is limited to alleged violations of Chapter XI of the NAFTA and to the parties before it. It has no jurisdiction to determine whether there has been a breach of any of the other provisions of the NAFTA or to rule on the conduct of the United States which is not a party to these proceedings.

⁵¹ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement licite et commentaires relatifs*, Doc. off. CDI NU, 53^e session, à l'art. 22.

⁵² *CPI*, *supra* note 25 au para. 150.

⁵³ Fouret et Khayat, *supra* note 9 à la p. 299 et s.

⁵⁴ *Archer Midlands*, *ibid.* aux para. 180-184.

⁵⁵ *CPI*, *supra* note 25 aux para. 145-149.

⁵⁶ *Ibid.* aux para. 153-192.

Le reste de la sentence sur la question n'apporte qu'une confusion non nécessaire sur un argument mexicain qui aurait dû être rejeté avec la plus grande fermeté du fait de son absence de pertinence en matière de droits des investissements internationaux. De plus, l'*obiter dictum* au paragraphe 189 qui retient qu'en tout état de cause les conditions d'application des contre-mesures n'auraient pas été remplies en l'espèce, est absolument superflu et ajoute le trouble à la confusion du raisonnement général sur cette question. Cependant, on doit saluer la position finale prise par ce Tribunal qui refuse la possibilité d'invoquer cet argument en matière d'arbitrage relatif aux investissements étrangers, rectifiant par la même le fâcheux précédent de l'affaire *Archer Midlands*.

Il reste désormais au Tribunal, dans une procédure distincte, à déterminer le quantum de l'indemnisation devant être accordée à la défenderesse du fait de la violation de l'article 1102.

III. Sentence du 19 décembre 2008, *TSA Spectrum de Argentina, S.A. c. République argentine*⁵⁷

*Composition du tribunal arbitral: M. Hans Danelius*⁵⁸, *Président; MM. Grant D. Aldonas*⁵⁹ *et Georges Abi-Saab*⁶⁰, *arbitres*

La sentence d'incompétence rendue le 19 décembre 2008 est relative au litige ayant opposé TSA Spectrum de Argentina (TSA), une société de droit argentin, entièrement détenue par TSI Spectrum International B.V. (TSI), une société immatriculée aux Pays-Bas, à l'Argentine en application de l'*Accord relatif à l'encouragement et à la protection des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République argentine*⁶¹ (*Traité*) signé entre l'Argentine et les Pays-Bas en 1992.

Le différend concernait les suites du processus de privatisation de certaines fréquences radio par les autorités argentines dans les années 1990. Une concession sur certaines de ces fréquences a été accordée à TSA en 1997 pour une durée de 15 ans. La concession contenait une clause de règlement des différends visant une procédure d'arbitrage de la Chambre de commerce international (CCI) à Buenos Aires. En 2004, les autorités argentines ont mis un terme à la concession en raison de ce qu'elles estimaient être des irrégularités commises par TSA, qui se sont notamment matérialisées par des poursuites pénales en Argentine. L'arbitrage CIRDI est fondé sur ces faits que l'investisseur estime contraire aux dispositions du *Traité*. Il a été soumis pas TSA sur le fondement de l'article 25(2)(b) de la *Convention de*

⁵⁷ *TSA Spectrum de Argentina, S.A. c. République argentine* (2008), ARB/05/5 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*TSA*].

⁵⁸ Nommé par le Président du Conseil administratif du CIRDI.

⁵⁹ Nommé par le demandeur.

⁶⁰ Nommé par le défendeur.

⁶¹ *Accord relatif à l'encouragement et à la protection des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République argentine*, Pays-Bas et Argentine, 20 octobre 1992, 2233 R.T.N.U. 167 (entrée en vigueur : 1^{er} octobre 1994) [*Traité*].

Washington en sa qualité de société argentine détenue par des intérêts néerlandais.

L'article 25(2)(b) permet en effet de retenir comme « Ressortissant d'un État contractant » aux fins de la Convention :

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

L'Argentine a saisi le Tribunal arbitral de plusieurs objections à la compétence.

Le Tribunal arbitral a aisément disposé d'une objection argentine sur la question classique – et classiquement soulevée par ce pays – de l'existence d'une clause de résolution des différends dans le contrat de concession imposant à l'investisseur de saisir, en l'espèce, un tribunal arbitral CCI avec un siège à Buenos Aires. Le Tribunal a distingué entre les droits résultant du *Traité* et ceux résultant du contrat, les premiers « *concern rights and obligations of a different and more fundamental nature* »⁶².

L'objection argentine consistant à reprocher à l'investisseur de ne pas avoir respecté une période d'attente de 18 mois, comme l'imposait le *Traité*, avant d'initier un arbitrage, est également rejetée par le Tribunal arbitral. Tenant compte des circonstances, le Tribunal arbitral a décidé qu'il aurait été « *highly formalistic to reject the case on ground of failure to observe the formalities in Article 10(3)* »⁶³.

Le Tribunal arbitral a également rapidement rejeté, faute de preuve, une objection à la compétence sur le fondement de l'illégalité de l'investissement de TSA en Argentine.

Le dernier argument de l'Argentine a pourtant convaincu le Tribunal arbitral de ne pas se reconnaître compétent sur le fondement de l'article 25(2)(b) de la *Convention de Washington*. Pour le Tribunal, le critère du contrôle étranger, qui permet d'instituer une exception à l'interdiction normale pour le ressortissant d'un État de recourir au CIRDI contre son propre État, doit être interprété de manière objective et doit permettre de percer le voile sociale pour atteindre « *the reality behind the cover of nationality* »⁶⁴. La particularité de l'affaire est que la majorité du Tribunal arbitral (l'arbitre Grant Aldonas ayant rendu une opinion dissidente) a suivi cette démarche au-delà du premier niveau de détention de TSA et a remonté la chaîne de détention. Pour le Tribunal arbitral, cette méthode est d'autant plus justifiée en l'espèce qu'un ressortissant argentin détenait, en bout de chaîne sociale, les actions de TSI. Il s'agissait, comme l'a clairement indiqué le Tribunal arbitral de déterminer

⁶² TSA, *supra* note 57 au para. 60.

⁶³ *Ibid.* au para. 112.

⁶⁴ *Ibid.* au para. 140.

« *whether or not the domestic company was objectively under foreign control* »⁶⁵. La réponse à cette question a été négative pour la raison précédemment invoquée et le Tribunal s'est reconnu incompétent. Cette décision a été applaudie par l'arbitre Abi-Saab dans une opinion rendue au soutien de la sentence, une démarche relativement rare dans l'arbitrage CIRDI.

En revanche, l'opinion dissidente de M. Aldonas était particulièrement critique de la décision de la majorité. Celui-ci a fermement rejeté l'application par la majorité des critères de l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*⁶⁶ devant la Cour internationale de justice ayant justifié de percer le voile social car il n'y avait, selon lui, aucun abus de personnalité juridique dans l'affaire TSA. Pour Aldonas, le critère du contrôle ne peut être appréhendé que de manière subjective, en fonction de l'accord des parties, ici le *Traité*.

La question de la nationalité des personnes morales continue donc d'alimenter les débats devant les Tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du CIRDI. C'est notamment le cas en matière de « *nationality planning* » qui est admis dans la jurisprudence actuelle du droit des investissements internationaux. L'appréciation de la nationalité des personnes morales est en effet largement moins stricte dans ce domaine que celui de la nationalité des personnes physiques. Comme le relevait M. Orrego Vicuña dans son opinion dissidente rendue sur la décision sur la compétence dans l'affaire *Siag c. Egypte*, « *nationality of individuals entails a link of allegiance with the nation and the State, while corporate nationality is more a question of convenience* »⁶⁷.

L'affaire TSA fait apparaître la principale difficulté rencontrée actuellement en matière de nationalité des personnes morales, à savoir les conséquences d'une détention, en bout de chaîne, par un ressortissant de l'État-hôte de l'investissement. Cette affaire est particulière car elle repose sur l'interprétation de l'article 25(2)(b) qui n'était pas en cause dans la plupart des autres décisions en la matière et notamment dans l'affaire *Tokios Tokelés c. Ukraine*⁶⁸, première à se pencher de manière approfondie sur la question. Dans l'affaire TSA, dans la mesure où l'accord des parties, en l'occurrence le *Traité*, ne mentionnait pas la limite de la détention ultime par un ressortissant de l'un des États partie au *Traité*, nous ne pensons pas que cette limite devait être « ajoutée » par le Tribunal arbitral.

⁶⁵ *Ibid.* au para. 160.

⁶⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, [1970] C.I.J. rec. 3

⁶⁷ *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte* (2009), ARB/05/15 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte*, « Décision sur la compétence » (11 avril 2007), et *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte*, « Opinion dissidente » (1^{er} juin 2009) à la p. 62.

⁶⁸ *Tokios Tokelés c. Ukraine* (2007), ARB/02/18 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Tokios Tokelés*], *Tokios Tokelés c. Ukraine*, « Décision sur la compétence » (29 avril 2004), [2005] 20 *ICSID Rev.—FILJ* 205. Voir nos commentaires dans Fourret et Khayat, *supra* note 9 aux p. 196 et s.

IV. **Décision du 13 janvier 2009 sur la demande de clarification de la décision sur la compétence, *Railroad Development Corporation c. République du Guatemala***⁶⁹

*Composition du tribunal arbitral : M. Andrés Rigo Sureda*⁷⁰, *Président; MM. Stuart E. Eizenstat*⁷¹ *et James Crawford*⁷², *arbitres.*

Cette décision sur la demande de clarification intervient après la décision sur la compétence commentée dans la chronique précédente⁷³. La défenderesse a soumis cette demande de clarification qui nous semblait nécessaire à la lecture de la décision sur la compétence :

*Seule la sentence au fond pourra confirmer si le Tribunal ne se penchera plus sur les questions se chevauchant entre les deux procédures, internes et internationales. Il aurait été toutefois utile pour la clarté et la compréhension de la décision que les arbitres affirment explicitement s'ils ne se reconnaissent effectivement pas compétents pour ces demandes.*⁷⁴

Pour la défenderesse, la décision n'est pas suffisamment claire, particulièrement pour ce qui a trait aux renonciations et sur ce qu'elles couvrent, ce qui permet à la demanderesse d'interpréter de manière incorrecte la décision sur la compétence⁷⁵. La demanderesse a réfuté ces arguments et a soutenu que la défenderesse tentait de rouvrir *de facto* les débats sur des questions déjà tranchées.

Le Tribunal a abondé dans le sens de l'investisseur en décidant que « *it is neither necessary nor appropriate to clarify the Decision on the terms requestedbecause it is not vague or internally inconsistent* » car la décision indique précisément ce sur quoi portent les renonciations, ce que le Tribunal a réitéré dans la présente décision⁷⁶. En refusant la clarification, le Tribunal a également refusé d'apporter plus de clarté sur l'articulation entre demandes issues des procédures internes et l'arbitrage au paragraphe 13. Cela est dommage au vu de l'opportunité qui lui était offerte par cette demande de clarification. La décision, rendue moins d'un mois après la demande de l'État hôte, est donc décevante à cet égard.

⁶⁹ *Railroad Development Corporation c. République du Guatemala*, « *Decision on Clarification Request of the Decision on Jurisdiction* » (13 janvier 2009) ARB/07/23 [RDC].

⁷⁰ Nommé par le CIRDI après consultation des parties.

⁷¹ Nommé par la demanderesse.

⁷² Nommé par la défenderesse.

⁷³ Fouret et Khayat, *supra* note 31 à la p. 391.

⁷⁴ Fouret et Khayat, CIRDI, *supra* note 31 à la p. 394.

⁷⁵ RDC, *supra* note 69 aux para. 2-3.

⁷⁶ *Ibid.* aux para. 11-12.

V. **Décision du 2 février 2009 sur l'objection du défendeur en vertu de l'article 41(5), *Brandes Investment Partners c. République bolivarienne du Venezuela***⁷⁷

*Composition du tribunal arbitral: Dr. Robert Briner*⁷⁸, *Président; Mme Brigitte Stern*⁷⁹ *et M. Karl-Heinz Böckstiegel*⁸⁰, *arbitres.*

La décision du 2 février 2009 n'est que la deuxième décision⁸¹, rendue en application de l'article 41(5) résultant de la modification du *Règlement d'arbitrage du CIRDI* du 10 avril 2006⁸². La mise en œuvre de cette disposition, permettant à une partie défenderesse de soulever un déclinatoire ou un moyen relatif à une demande manifestement dénuée de fondement juridique dans les trente jours de la constitution du Tribunal arbitral, en est donc à ses balbutiements. Néanmoins, le Tribunal a, en l'espèce, suivi le chemin tracé par son prédécesseur, à savoir un respect à la lettre du texte et du but de cette disposition, malgré les tentatives des parties de restreindre ou d'élargir son champ application.

Les faits de l'affaire sont brièvement énoncés dans la décision : la demanderesse, une société de conseil en matière d'investissements, contrôlait un nombre important d' « *American Depository Receipts* » et d'actions dans la plus importante compagnie de téléphonie du Venezuela, CANTV. Brandes soutient que l'État hôte l'a contraint à lui céder ces participations contre une somme jugée trop faible. L'investisseur a soutenu qu'il s'agissait là d'une mesure équivalente à une expropriation sans une indemnisation adéquate⁸³. Pour sa part, le Venezuela a répondu que Brandes omettait un grand nombre de faits pertinents, notamment le fait qu'elle ait expressément renoncé à toute demande contre l'État ce qui caractérise l'absence de fondement de la demande qui doit être rejetée en vertu de l'article 41(5)⁸⁴. La décision, qui a rejeté la demande du Venezuela, a abordé quatre points dans son analyse de cette procédure accélérée que nous examinons ci-après

⁷⁷ *Brandes Investment Partners c. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/08/3 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). [*Brandes*]

⁷⁸ Nomination non indiquée.

⁷⁹ Nommée par la défenderesse.

⁸⁰ Nommé par le demandeur.

⁸¹ La première datant du 12 mai 2008, *Trans-Global Petroleum, Inc. c. Royaume hashémite de Jordanie* (2008), ARB/07/25 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Trans-Global*], et nos commentaires dans Fouret et Khayat, *supra* note 31 aux p. 336 et s.

⁸² Pour un commentaire de ces amendements, et particulièrement de l'art. 41(5) voir Aurelia Antonietti, « The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules » (2006) 21 I.C.S.I.D. 427; Abby Cohen Smutny et Erika Serran, « The Amended ICSID Rules – In Brief » (2006) 1 Global Arb. Rev. 29; Emmanuel Gaillard, « Amended Arbitration Rules Now in Effect for Investment Disputes » (June 1, 2006) N.Y.L.J. 3.

⁸³ *Brandes*, *supra* note 77 aux para. 9-17.

⁸⁴ *Ibid.* aux para. 9-17.

A. La portée des objections : fond, compétence ou les deux ?

La question portait sur la signification des termes « fondement juridique », « *legal merit* » en anglais, de l'article 41(5). Fallait-il, comme le soutenait le Venezuela, y inclure les objections à la compétence, créant *de facto* trois instances d'analyse de la compétence : le secrétaire général lors de l'enregistrement, puis les dispositions des articles 41(5) et 41(1)⁸⁵. Le demandeur s'est bien entendu opposé à cette analyse. Cependant, nous pensons que la solution adoptée par le Tribunal reflète le sens et la portée de l'article 41(5) :

this proceeding is not overly burdensome and if it can avoid cases to go ahead if there is a manifest absence of jurisdiction, it can clearly fulfil the basic objectives of this Rule which is to prevent the continuation of a procedure when the claim is without legal merit.

55. The Arbitral Tribunal therefore interprets Rule 41(5) in the sense that the term "legal merit" covers all objections to the effect that the proceedings should be discontinued at an early stage because, for whatever reason, the claim can manifestly not be granted by the Tribunal.⁸⁶

En effet, il serait contre-productif de ne pas étudier les questions de compétence et de se limiter au fond de l'affaire alors que l'essence même de la disposition de l'article 41(5) est d'empêcher, dès que possible, des demandes manifestement frivoles et sans fondement et ainsi de préserver l'intégrité de l'arbitrage CIRDI. Cela est valable tant pour les questions de fond ou de compétence.

B. La portée des objections : faits, droit ou les deux ?

Le demandeur a soutenu que si une objection n'est pas fondée sur une absence de fondement juridique mais sur une absence de fondement factuel, celle-ci n'entre pas dans le champ des objections de l'article 41(5).⁸⁷

Le Tribunal a tranché cette question et fondé sa décision sur un excellent article d'un membre du secrétariat du CIRDI portant sur les amendements de 2006 et analysant longuement la disposition litigieuse du règlement⁸⁸. Le Tribunal s'est également fondé sur l'unique précédent qui avait décidé qu'il était rarement possible de décider d'une question de droit sans examiner également les faits permettant d'avancer des arguments juridiques⁸⁹. En effet, peu importe l'étape de la procédure, un Tribunal doit s'appuyer sur les faits soutenant une demande, même s'il ne les analyse pas complètement, dans la mesure où son mandat est spécifique à une affaire et tout raisonnement juridique mené doit l'être en relation avec les faits qui lui ont été rapportés. Il ne peut décider en étant déconnecté du contexte factuel.

⁸⁵ *Ibid.* au para. 53.

⁸⁶ *Ibid.* aux para. 54-55.

⁸⁷ *Ibid.* aux para. 56-57.

⁸⁸ Aurelia Antonietti, *supra* note 82.

⁸⁹ *TGP*, *supra* note 81 au para. 97.

Cependant, en l'espèce, le Tribunal, du fait du particularisme de la procédure de l'article 41(5), a réduit au maximum le rôle de ces faits : « *basically the factual premise has to be taken as alleged by the Claimant. Only if on the best approach for the Claimant, its case is manifestly without légal merit, it should be summarily dismissed* »⁹⁰. Le critère de « *only if on the best approach for Claimant* » ne nous semble pas particulièrement explicite alors que celui posé dans l'affaire *Trans-Global* qui examinait les « *factual premise upon which a claim is advanced* » nous semblait plus clair. Cependant, le Tribunal en l'espèce s'est fondé sur son prédécesseur et l'ont peut espérer que leurs analyses seront ainsi similaires.

C. De la portée du caractère « manifeste » d'une demande dénuée de fondement juridique

Se fondant à nouveau sur la décision dans *Trans-Global* qui indiquait que le caractère « manifeste » signifiait nécessairement que les conditions de l'article 41(5) étaient difficiles à atteindre,⁹¹ le Tribunal a indiqué que ce terme « *obviously provides a far higher threshold than the prima facie standard normally applied for jurisdiction under Rule 41(1) where the factual premise for the decision on jurisdiction is normally taken as alleged by the Claimant* »⁹². L'analyse du terme « manifeste » est donc constante d'un tribunal à l'autre et nous ne pouvons que l'approuver.

D. L'application aux faits de l'espèce et la charge de la preuve pour l'application de l'article 41(5)

Pour le Tribunal, il existe trois façons d'appréhender les faits dans un arbitrage :

*(i) facts which are the basis for a finding of responsibility; (ii) facts which are the basis for a finding of jurisdiction; (iii) facts which even if proven cannot be the basis for a finding of jurisdiction or responsibility.*⁹³

En matière d'article 41(5), il est évident que c'est la troisième hypothèse qui doit être retenue à savoir « *to accept prima facie the plausible facts presented by the Claimant* » car il s'agit d'une objection fondée sur l'absence manifeste de fondement juridique d'une demande, et non sur l'absence de fondement factuel.⁹⁴ Il est en effet difficile d'arguer du contraire tant à la lecture de l'article 41(5) qu'à la lecture des travaux préparatoires de cette disposition. La charge de la preuve factuelle est donc similaire à celle requise pour une analyse menée en application de l'article 41(1) sur les objections à la compétence.

Il en découle naturellement que l'existence ou non d'une renonciation à un

⁹⁰ *Brandes, supra* note 77 au para. 61.

⁹¹ *Ibid.* au para. 63.

⁹² *Ibid.* au para. 62.

⁹³ *Ibid.* au para. 65.

⁹⁴ *Ibid.* aux para. 69-70.

droit de poursuivre un État ne peut être décidé au stade de la procédure de l'article 41(5) tout comme l'argument insistant sur l'absence de qualité d'investisseur de la demanderesse⁹⁵. En effet, ces questions de compétence et de recevabilité nécessitent une analyse bien plus poussée que celle possible à cette étape de la procédure et la décision de rejet de la demande par le Tribunal nous semble logique et fondée.

La procédure de l'article 41(5) commence donc à être utilisée régulièrement par les parties, probablement du fait de la qualité des deux premières décisions en la matière.⁹⁶ Reste à savoir si les tribunaux seront prêts à accepter qu'une demande soit manifestement dénuée de fondement juridique, et si une telle occasion se présentera prochainement.

VI. Sentence du 13 mars 2009, *RSM Production Corporation c. Grenade*⁹⁷

*Composition du tribunal arbitral : M. V.V. Veeder*⁹⁸, *Président; MM. Bernard Audit*⁹⁹ *et David S. Berry*¹⁰⁰, *arbitres.*

La sentence du 13 mars 2009 intervient après une demande de RSM Production, un utilisateur « récurrent » du CIRDI, cette affaire étant la première d'une série de trois¹⁰¹. Enregistrée en 2005, cette affaire est une des nombreuses procédures engagées par le président de RSM, Jack J. Grynberg,¹⁰² afin de tenter d'obtenir une licence d'exploration des réserves pétrolières et gazières dans les eaux territoriales de la Grenade.

La demande de RSM se fondait sur une clause compromissoire figurant dans un accord du 4 juillet 1996 entre la demanderesse et la Grenade dans lequel est rappelé les engagement de RSM de présenter une demande pour une licence d'exploration pour une zone bien définie et, en cas de découvertes, de présenter une demande de licence de développement¹⁰³. Cet accord indiquait que le droit applicable serait le droit de la Grenade mais les parties se sont également accordées pour que le

⁹⁵ *Ibid* aux para. 71-72.

⁹⁶ Dans une affaire enregistrée en 2009 *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. c. Ukraine*, ARB/09/11 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), l'Ukraine a utilisé cette procédure mais aucune décision n'avait été rendue en 2009.

⁹⁷ *RSM Production Corporation c. Grenade* (2009), ARB/05/14 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). [*RSM*]

⁹⁸ Nommé par les co-arbitres.

⁹⁹ Nommé par le demandeur.

¹⁰⁰ Nommé par la défenderesse.

¹⁰¹ *RSM Production Corporation c. République centrafricaine*, ARB/07/2 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> et *RSM Production Corporation et al. c. Grenade* (2010), ARB/10/6 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>.

¹⁰² Voir aussi les procédures devant les cours américaines, *RSM*, *supra* note 97 aux para. 30-33.

¹⁰³ *Ibid.* aux para. 5-8.

droit anglais, particulièrement la jurisprudence, puisse également être appliqué¹⁰⁴.

L'accord de 1996 établissait plusieurs étapes¹⁰⁵. RSM avait la possibilité de demander une licence d'exploration dans les quatre-vingt-dix jours de la signature de l'accord que la Grenade devait obligatoirement lui accorder selon l'article 3. Toutefois, l'article 24 contenait une clause de force majeure extrêmement large, faisant référence implicitement aux négociations avec le Venezuela et Trinidad-et-Tobago sur les frontières maritimes¹⁰⁶, qui permettait à RSM de retarder sa demande de licence d'exploration mais l'obligeait à faire tout ce qui était en son pouvoir pour faire cesser cette situation. Quatorze jours seulement après la signature du contrat, RSM invoqua la force majeure qu'elle a maintenu pendant huit ans¹⁰⁷. Durant cette période, M. Grynberg, mandaté originellement par la Grenade, joua un rôle discutable dans les négociations avec le Venezuela et Trinidad-et-Tobago, semblant n'avoir à l'esprit que son propre intérêt, comme le relève la sentence¹⁰⁸. Toutefois, en janvier 2004, RSM notifia la Grenade qu'il renonçait à la force majeure et que les quatre-vingt-dix jours recommençaient à courir pour la licence d'exploration, qu'elle réclama en avril 2004¹⁰⁹. La Grenade refusa d'accorder la licence fin avril 2004 et la Grenade mis fin à l'accord en juillet 2005¹¹⁰.

RSM a demandé en conséquence au Tribunal arbitral que l'accord de 1996 soit déclaré en vigueur et que la Grenade lui accorde la licence ou, alternativement, qu'elle l'indemnise pour un montant supérieur à cinq cents millions de dollars.

Nous revenons sur les quelques points d'intérêt de la sentence pour le droit des investissements internationaux.

(i) La Grenade a contesté la compétence du Tribunal soutenant que la demanderesse n'a pas réalisé d'investissement sur son territoire et que le différend n'est pas en lien direct avec un investissement.

Pour le Tribunal, une définition objective de l'investissement doit être retenue, car « *a private party is not at liberty to create their own définition of an investment under the ICSID Convention* ». Même si cette approche peut parfois être un peu plus flexible, nous ne pouvons que soutenir cette prise de position du tribunal en faveur d'une interprétation objective de la notion d'investissement¹¹¹.

¹⁰⁴ *Ibid.* aux para. 12-16.

¹⁰⁵ Pour un descriptif détaillé de ses dispositions, *ibid.* aux para. 110-126.

¹⁰⁶ *Ibid.* au para. 123.

¹⁰⁷ *Ibid.* aux para. 133-212.

¹⁰⁸ *Ibid.* aux para. 159 et s.

¹⁰⁹ *Ibid.* aux para. 173 et s.

¹¹⁰ *Ibid.* au para. 6.

¹¹¹ Cette position a notamment été soutenue par *Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Égypte* « Décision sur la compétence » (8 août 2005) 19 *ICSID Rev.—FILJ* 486 aux para. 49-50; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, « Décision sur la compétence » (14 novembre 2005) ARB/03/29 au para. 122; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte*, « Décision sur la compétence » ARB/04/13 aux para. 90-96; et nos commentaires dans Fouret et Khayat, *supra* note 9 aux p. 271 et s., 384 et s. et 422 et s.; La particularité de l'arbitrage CIRDI dans la définition de la notion d'investissement a même été reconnue par des juridictions internes, voir Paris, 4 décembre 2008, 2008. 07/01309, en ligne :

Saisi d'un contrat signé entre les parties à l'arbitrage, la tâche du Tribunal s'en trouve forcément simplifiée car ces dernières ont nécessairement reconnu la compétence du CIRDI pour les différends contractuels. Il reste que l'exécution du contrat n'a pas atteint la phase d'exploration, mais en est resté à la très courte phase de pré-exploration. Pour le Tribunal cette phase ne peut être dissociée du reste de l'accord qui ne fait pas de distinction formelle entre les différentes phases¹¹². En réalité, rien dans cet accord ne permettait de décider que les parties avaient souhaité séparer certaines phases durant lesquelles le recours au CIRDI serait impossible. *A contrario*, toute phase d'exécution de l'accord pouvait donner lieu à un tel recours arbitral et cet accord doit donc être pris dans son ensemble : il donne accès au CIRDI aux deux parties dès son entrée en vigueur¹¹³. Sans avoir à analyser chacun des éléments d'un investissement, le Tribunal a donc plutôt analysé donc l'accord en lui-même afin de reconnaître sa compétence sur ce fondement¹¹⁴.

(ii) Le reste de la sentence a essentiellement analysé les demandes de RSM à la lumière des précédents de droit anglais¹¹⁵. Pour les arbitres, RSM était tenu par une période stricte de quatre-vingt-dix jours, incluant les quatorze jours s'étant écoulés en 1996 entre la signature de l'accord et la déclaration de force majeure, cette période ayant recommencé à courir mi-janvier 2004 par les lettres envoyées par M. Grynberg aux autorités étatiques¹¹⁶. Par conséquent, le Tribunal n'a pas hésité à déterminer que l'accord de 1996 avait pris fin dans le 28 mars 2004, à l'expiration des quatre-vingt-dix jours ou la Grenade avait, de manière licite, résilié cet accord en 2005¹¹⁷. La demande de licence de RSM était donc hors délais. Il est cependant, à notre sens, regrettable de noter que le Tribunal, bien qu'il ait appliqué le droit anglais et de la Grenade pour sa décision, ait considéré qu'il était nécessaire de vérifier ses conclusions au regard du droit international, du droit des traités coutumier, alors que cela n'était pas la volonté des parties et que le fondement de la compétence du Tribunal était un contrat¹¹⁸. La conclusion du Tribunal sur ce point, n'a aucune force obligatoire et se fonde sur des conjectures qui ne se matérialiseront pas : « *the same result under the law of Grenada (as under English law) would apply if the Agreement were a treaty subject to international law: the same clear meaning of the text of Article 3.1 of the Agreement would be upheld* »¹¹⁹. Le Tribunal aurait donc pu s'en tenir à son analyse initiale (au paragraphe 378) et éviter ces développements superflus.

Pour le reste, outre le fait qu'elle confirme la possibilité pour un État de

<<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Voir aussi nos commentaires sur la flexibilité dans Fouret et Khayat, *supra* note 9 aux pp. 386-387, 423-424, 427-428, et 524-525. Pour une vision d'ensemble des différentes appréhensions de la notion, voir Katia Yannaca-Small, « Definition of 'Investment': An Open-ended Search for a Balanced Approach » dans Katia Yannaca-Small, dir., *Arbitration Under International Investment Agreements – A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, 243.

¹¹² RSM, *supra* note 97 au para. 256.

¹¹³ *Ibid.* aux para. 257-264.

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 266.

¹¹⁵ *Ibid.* aux para. 267-396.

¹¹⁶ *Ibid.* au para. 173.

¹¹⁷ *Ibid.* au para. 393.

¹¹⁸ *Ibid.* aux para. 379-392.

¹¹⁹ *Ibid.* au para. 392.

former des demandes reconventionnelles devant un Tribunal CIRDI, la sentence ne comporte pas grand intérêt car la Grenade n'apporte pas la preuve d'un dol de la part de M. Grynberg ou d'une quelconque manipulation suite aux négociations des frontières maritimes¹²⁰. Finalement, chaque partie a été condamnée à supporter la moitié des frais de la procédure et ses propres frais de conseil.

VII. Sentence par consentement des parties du 8 avril 2009, *Trans-Global Petroleum, Inc. c. Royaume hachémite de Jordanie*¹²¹

*Composition du tribunal arbitral: M. V.V. Veeder*¹²², *Président; MM. James Crawford*¹²³ *et Donald M. McRae*,¹²⁴ *arbitres*

L'affaire opposant Trans-Global Petroleum, Inc., une société immatriculée au Texas, contre la Jordanie est fondée sur le Traité de protection des investissements signé entre les États-Unis et la Jordanie en 1997.

Le litige portait sur l'atteinte alléguée aux droits de l'investisseur dans le domaine de l'exploration pétrolière en Jordanie. Le Tribunal arbitral avait rendu une décision – la première du genre – sur la demande jordanienne de déclarer les demandes de l'investisseur « *manifestement dénuées de fondement juridique* » en application de l'article 41(5) du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*. Cette décision avait fait l'objet d'un commentaire dans la précédente livraison de cette Chronique dans laquelle nous indiquions qu'une partie des arguments jordaniens avaient été retenus¹²⁵.

Les parties se sont rapprochées dans les mois qui ont suivi cette décision et ont fini par conclure une transaction mettant un terme définitif à leur litige. Ils ont également demandé, comme leur permet l'article 43(2) du *Règlement d'arbitrage du CIRDI* que le Tribunal arbitral incorpore l'accord des parties dans une sentence :

Si les parties déposent le texte complet et signé du règlement intervenu auprès du Secrétaire général et demandent par écrit au Tribunal de l'incorporer dans sa sentence, le Tribunal peut procéder à cette incorporation.

La sentence du 8 avril 2009 ne consiste ainsi qu'en une reprise formelle de la transaction des parties, dont les motifs et les circonstances ne sont pas détaillés.

¹²⁰ *Ibid.* aux para. 397-461.

¹²¹ *Trans-Global*, *supra* note 81.

¹²² Nommé par les co-arbitres.

¹²³ Nommé par le défendeur.

¹²⁴ Nommé par les demandeurs.

¹²⁵ Fourret et Khayat, CIRDI, *supra* note 31 à la p. 336.

VIII. Sentence du 15 avril 2009, *Phoenix Action Ltd v. République tchèque*¹²⁶

*Composition du tribunal arbitral: Mme Brigitte Stern*¹²⁷, *Président; MM. Andreas Bucher*¹²⁸ *et Juan Fernández-Armesto*¹²⁹, *arbitres*

La sentence rendue dans l'affaire *Phoenix* est probablement l'une des plus marquantes de l'année 2009 dans la mesure où a pris position sur une question essentielle du droit des investissements internationaux à savoir l'étendue de l'admission du *treaty shopping* après la naissance d'un litige.

L'affaire opposait la société de droit israélien *Phoenix Action* à la République tchèque sur le fondement de l'*Accord entre le Gouvernement de l'État d'Israël et le Gouvernement de République tchèque relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements*¹³⁰ conclu entre Israël et la République tchèque en 1997 et entré en vigueur en 1999.

A. La spécificité des faits de l'affaire soumis à l'appréciation du Tribunal arbitral

La chronologie sommaire des faits litigieux permet de saisir l'essentiel des questions portées devant le Tribunal arbitral. L'affaire commence dans les années 2000 lorsque deux sociétés tchèques, *Benet Praha* (BP) et *Benet Group* (BG) détenues par l'épouse d'un ressortissant tchèque, M. Beňo et actives dans le domaine du commerce de l'acier font l'objet d'enquêtes pénales de la part des autorités tchèques. Suspecté de diverses infractions, M. Beňo qui venait d'être arrêté par la police tchèque s'enfuit et se réfugie en Israël en 2001. La procédure pénale et les saisies opérées par les autorités sur les comptes bancaires de BP constituent le fondement de la majeure partie des demandes de l'investisseur dans cette affaire.

Dans les mois qui suivent son arrivée en Israël, M. Beňo constitue la société *Phoenix Action* et, très rapidement, celle-ci acquiert l'intégralité des actions des sociétés BP et BG. Quelques semaines plus tard, le 2 mars 2003, *Phoenix Action* notifiait à la République tchèque l'existence d'un litige sur le fondement du *Traité* et, le 15 février 2004, déposait une demande d'arbitrage devant le CIRDI.

La procédure d'enregistrement de la demande d'arbitrage devant le CIRDI a été remarquablement longue et n'a abouti qu'en mars 2006. Les échanges entre l'investisseur et le Secrétariat comportent en filigrane une partie des difficultés

¹²⁶ *Phoenix Action Ltd v. République tchèque* (2009), ARB/06/5 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Phoenix*].

¹²⁷ Nommé par les co-arbitres.

¹²⁸ Nommé par le défendeur.

¹²⁹ Nommé par le demandeur.

¹³⁰ *Accord entre le Gouvernement de l'État d'Israël et le Gouvernement de République tchèque relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements*, Israël et République tchèque, 23 septembre 1997, 2078 R.T.N.U. 297 (entrée en vigueur : 16 mars 1999) [*Traité*].

rencontrées par Phoenix Action devant le Tribunal arbitral.

Des trois objections à la compétence du Tribunal arbitral déposées par la République tchèque, seule l'objection à la compétence *ratione materiae* a en effet donné lieu à des développements importants pour le droit des investissements internationaux.

B. La sanction du *treaty shopping* par le biais de l'incompétence *ratione materiae*

L'analyse traditionnellement admise en droit des investissements internationaux consiste à admettre, sauf disposition contraire du *Traité*, la possibilité pour les investisseurs de constituer en amont une société dans un État leur donnant accès aux dispositions protectrice d'un traité de protection des investissements. Le « *nationality planning* », version acceptable du « *treaty shopping* » car il est envisagé le plus souvent avant l'investissement lui-même, ou en tous cas avant la naissance du litige, est même encouragé par les conseils des investisseurs.

Cette flexibilité nous semble normale, dans la limite des dispositions du traité invoqué. Il est en effet envisageable que le traité lui-même interdise directement ou indirectement ce type de structuration, par exemple en imposant une activité substantielle de l'investisseur au siège social, ce qui complique considérablement le « *nationality planning* ». En dehors de ces limites, en l'état actuel du droit des investissements internationaux, la jurisprudence des tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du CIRDI est libérale, y compris dans des cas posant des difficultés de principe, comme c'est le cas lorsque la société-projet bénéficiant de la protection du *Traité*, est constituée par des ressortissants de l'État d'accueil de l'investissement. Sur cette question et jusqu'à preuve du contraire, la ligne jurisprudentielle issue de la décision *Tokios Tokelés* n'a pas été remise en question.

La situation est plus complexe si l'on introduit une donnée supplémentaire, comme c'est le cas dans l'affaire *Phoenix*, relative au moment auquel la société cherchant à bénéficier de la protection du *Traité* est constituée ou a recours à l'arbitrage. Dans l'affaire *Tokios Tokelés*, la majorité du Tribunal arbitral avait relevé que la société Taky Spravy, bien que détenue par des personnes physiques ukrainiennes avec des capitaux ukrainiens, avait été constituée (et opérait normalement) des années avant le litige avec l'Ukraine. C'est notamment pour cette raison que la majorité du tribunal avait, dans cette affaire, admis sa compétence pour trancher le litige, relevant au passage l'absence de fraude du demandeur.

Une question comparable avait été abordée dans l'affaire *Aguas del Tunari c. République de Bolivie*¹³¹ dans laquelle le point crucial concernait le moment de la naissance du différent avec la Bolivie. Dans cette affaire, il n'était pas contesté qu'une cession de l'investissement en Bolivie avait été réalisée au profit d'une filiale

¹³¹ *Aguas del Tunari c. République de Bolivie* (2006), ARB/02/3 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Aguas del Tunari*]

néerlandaise de la société Bechtel qui pouvait, contrairement à la filiale américaine se prévaloir d'un traité de protection des investissements. La question litigieuse concernait le moment auquel cette cession avait eu lieu par rapport à la naissance du différend avec la Bolivie. Dans cette affaire, le Tribunal arbitral avait retenu (de manière contestée par certains) que le transfert de l'investissement été réalisé avant la naissance du différend avec la Bolivie.

La sentence rendue dans l'affaire *Phoenix* a tranché une question similaire. Comme évoqué ci-dessus, la demande d'arbitrage a été soumise au CIRDI par une société israélienne constituée peu de temps après les faits litigieux et rapidement après avoir acquis les parts des sociétés tchèques ayant fait l'objet des mesures dont se plaint Phoenix Action.

Les différences entre l'affaire *Phoenix* et les autres précédents portés devant le CIRDI sur des questions similaires apparaissent immédiatement. Phoenix Action n'avait aucune substance avant de soumettre sa demande d'arbitrage au CIRDI et n'existait pas au moment où le différend est né. De là à retenir que la société israélienne a été constituée dans le seul but d'initier un arbitrage contre la République tchèque, il n'y a qu'un pas que le Tribunal arbitral a franchi sans difficultés.

Minutieusement motivée, la sentence du Tribunal arbitral repose sur plusieurs principes. D'une part, l'affirmation selon laquelle :

*a corporation cannot modify the structure of its investment for the sole purpose of gaining access to ICSID jurisdiction, after damages have occurred. To change the structure of a company complaining of measures adopted by a State for the sole purpose of acquiring an ICSID claim that did not exist before such change cannot give birth to a protected investment.*¹³²

D'autre part, l'affirmation du caractère cardinal de la nécessité de l'existence d'une activité économique afin de prétendre à la protection de la *Convention de Washington*. Cette position figure de manière très claire dans la sentence:

*The ICSID Convention/BIT system is not deemed to protect economic transactions undertaken and performed with the sole purpose of taking advantage of the rights contained in such instruments, without any significant economic activity, which is the fundamental prerequisite of any investor's protection. Such transactions must be considered as an abuse of the system. The Tribunal is of the view that if the sole purpose of an economic transaction is to pursue an ICSID claim, without any intent to perform any economic activity in the host country, such transaction cannot be considered as a protected investment.*¹³³

Le Tribunal arbitral a également déduit des principes généraux du droit international et de la jurisprudence du CIRDI une conception selon laquelle seuls les investissements constitués de bonne foi, sans volonté d'abuser le système de la *Convention de Washington* et des traités bilatéraux de protection des investissements,

¹³² *Phoenix*, *supra* note 126 au para.192.

¹³³ *Ibid.* au para. 93

sont dignes de protection.

Il en ressort une définition renouvelée de la notion d'investissement, dans laquelle les critères traditionnels de contribution en espèce ou en nature, de risque et de durée sont complétés par (i) le développement nécessaire d'une activité économique dans le pays d'accueil de l'investissement (à comparer avec le critère initialement dégagé et largement critiqué de contribution au développement économique de l'État d'accueil), (ii) la conformité de l'investissement avec le droit du pays d'accueil et (iii) la réalisation de bonne foi de l'investissement.

C'est la conformité au dernier point de la définition renouvelée de la notion d'investissement qui a été fatal au demandeur. Le Tribunal arbitral a pris en compte plusieurs paramètres pour parvenir à sa conclusion. D'une part le moment de l'investissement de Phoenix Action, qui a eu lieu alors que l'ensemble du préjudice allégué avait déjà été réalisé. D'autre part, la présentation initiale de la demande d'arbitrage devant le CIRDI qui était formulée comme résultant de la cession des demandes des sociétés tchèques à la société israélienne. Par ailleurs, le fait que le seul élément du « *business plan* » de Phoenix Action était de présenter cette demande d'arbitrage devant le CIRDI. Enfin, le Tribunal arbitral ne manque pas de relever d'autres aspects troublants tel le fait que les actions achetées Phoenix Action étaient en fait détenues par l'épouse de l'actionnaire principal de l'acquérant.

En bref, le Tribunal retient que : « *This gives strong credit to the understanding of the Tribunal, according to which the whole operation was not an economic investment, based on the actual or future value of the companies, but indeed, simply a rearrangement of assets within a family, to gain access to ICSID jurisdiction to which the initial investor was not entitled*¹³⁴. » Et d'en conclure que ces investissements ne doivent pas être protégés :

*Although, at first sight, the operation realized by Phoenix looks like an investment, numerous factors converge to demonstrate that the apparent investment is not a protected investment. All the elements analyzed lead to the same conclusion of an abuse of rights. The abuse here could be called a "détournement de procédure", consisting in the Claimant's creation of a legal fiction in order to gain access to an international arbitration procedure to which it was not entitled.*¹³⁵

Il est sans doute tout à fait exact que : « *If it were accepted that the Tribunal has jurisdiction to decide Phoenix's claim, then any pre-existing national dispute could be brought to an ICSID tribunal by a transfer of the national economic interests to a foreign company in an attempt to seek protections under a BIT.* »

Il reste que la sentence du Tribunal ne répond pas à toutes les difficultés et pourrait même soulever des questions d'application des solutions dégagées. Comment aurait-on en effet appréhendé la transaction de Phoenix Action si l'acquisition avait fait partie d'un réel projet de reprise ? Le fait que l'acquisition ait eu lieu après la naissance du différend aurait-elle eu la même importance ?

¹³⁴ *Ibid.* au para. 140.

¹³⁵ *Ibid.* au para. 143.

En définitive, l'une des façons d'éviter d'avoir à répondre à ces questions complexes consiste à encourager les États à prévoir, dans leurs traités, le traitement à réserver aux cas de figure tel que celui qui s'est présenté dans l'affaire Phoenix Action. Dans ce contexte, une des manières d'éviter toute discussion sur la bonne ou mauvaise foi de l'investisseur consiste à opter pour une définition "exigeante" de la notion d'investisseur. Ainsi, si le *Traité* imposait à l'investisseur d'avoir une structure sociale avec une substance réelle au siège, ici en Israël, Phoenix Action n'aurait pas si aisément se prévaloir du mécanisme du CIRDI. Une autre manière consisterait, de manière encore plus directe, à faire figurer dans le traité l'interdiction de recourir à l'arbitrage en application du traité en fonction de certaines circonstances, par exemple avant l'écoulement d'un certain délai avant la saisine, ou l'écoulement d'un certain délai avant qu'une personne morale puisse être couverte par les dispositions de règlement des différends. Il n'y a en effet pas de raisons que les États signataires ne prennent pas eux-mêmes une part de responsabilité dans l'inclusion ou l'exclusion de certains litiges, sans la laisser intégralement au Tribunal arbitral. Le principal avantage d'une telle démarche est d'accroître la prévisibilité des solutions dégagées par les arbitres.

IX. Décision sur la demande d'annulation du 16 avril 2009, *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. Malaisie*¹³⁶

Composition du Comité ad hoc : M. Stephen Schwebel, Président; MM. Mohamed Shahabuddeen et Peter Tomka, membres.

La décision du 16 avril 2009 est une décision qui fera date dans la jurisprudence en raison de l'unique question abordée devant le Comité *ad hoc*, à savoir la question de l'approche que doivent retenir les tribunaux CIRDI dans leur définition de la notion d'investissement. En effet, la décision annule la sentence arbitrale rendue en 2007 que nous avons critiquée notamment sur la notion d'investissement. Si nous pensons que des éléments généraux définitionnels doivent être présents dans l'analyse des tribunaux, ceux-ci ne doivent pas devenir des critères stricts mais des caractéristiques souples et générales propres à toute opération d'investissement devant être appréhendées en interprétant tous les instruments pertinents pour le litige (*Convention de Washington*, TBI ou loi interne sur les investissements étrangers)¹³⁷. Cette lecture globale et combinée des instruments applicables à un litige donné est la seule correcte à notre avis, sans limiter ainsi l'analyse à un instrument seulement, fut-il la *Convention de Washington* et la jurisprudence l'interprétant.

La contestation de la notion d'investissement retenue par l'arbitre unique a été le seul argument des demandeurs pour demander l'annulation de la sentence

¹³⁶ *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. Malaisie* (2009), ARB/05/10 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). [*MHS - Annulation*]

¹³⁷ *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. Malaisie*, « Sentence du 17 mai 2001 », ARB/05/10 [*MHS - Sentence*] et nos commentaires dans Fouret et Khayat, *Recueil de commentaires, supra* note 9 à la p. 545 et s. Pour un résumé de l'affaire, voir aussi *MHS - Annulation, supra* note 136 aux para. 10-23.

arbitrale sur le fondement de l'excès de pouvoir manifeste en vertu de l'article 52(1) (b). En effet, les demandeurs ont soutenu que l'arbitre unique ne s'était pas reconnu compétent, alors qu'il l'était, et ce pour trois raisons : (i) l'application d'un critère trop restrictif pour la définition du terme investissement, (ii) l'arbitre unique a élevé au rang de conditions à la compétence un test fondé sur des caractéristiques simples, notamment en se fondant sur des précédents arbitraux et (iii) contrairement à l'approche choisie au final par le Comité, les demandeurs ne remettaient pas en cause le principe d'une approche fondée sur des caractéristiques prédéterminées mais plutôt celle consistant à rajouter au critère quantitatif des critères qualitatifs, non fondés juridiquement, pour l'investissement¹³⁸. Le demandeur a également soutenu que le Tribunal aurait également dû analyser la définition donnée par le TBI¹³⁹.

Pour sa part, la Malaisie a soutenu que le Comité doit rejeter la demande d'annulation car celle-ci vise à obtenir que l'arbitre prenne une autre décision sur l'article 25 de la *Convention de Washington* ou qu'il décide différemment afin de savoir si des caractéristiques précises étaient remplies. Pour la Malaisie, le Tribunal n'a pas commis d'excès de pouvoir manifeste au sens de l'article 52(1)(b)¹⁴⁰.

La majorité du Comité *ad hoc*¹⁴¹ est allée, à notre avis, beaucoup plus loin que ce que lui avait demandé MHS qui ne niait ni l'existence ni l'utilité des caractéristiques précitées mais plutôt leur transformation en principes inamovibles par l'arbitre unique¹⁴². Trop loin à notre avis.

Les juges Tomka et Schwebel sont revenus en premier lieu¹⁴³ sur la 'définition' de l'investissement dans le TBI pour relever que le contrat signé entre la Malaisie et MHS est un investissement couvert par le TBI¹⁴⁴. Ce faisant, la majorité a retenu que la position prise par l'arbitre unique consistait en des « *questionable interpretations of the term « investment » as found in Article 25(1) of the Convention* » et « *risks crippling the institution* »¹⁴⁵. Pour ces deux membres, la *Convention de Washington* a laissé volontairement vague le terme d'investissement, la seule limite posée étant qu'un investissement ne peut être une simple vente. Rien de plus. Il faut ainsi « *unequivocally reject the interpretive approach adopted by ICSID tribunals that have applied objective criteria to determine the presence of an 'investment'* »¹⁴⁶. La majorité¹⁴⁷, a ainsi décidé, en ne s'appuyant que sur les auteurs et décisions arbitrales qui vont dans leur sens, que l'Arbitre unique a manifestement

¹³⁸ *MHS – Annulation, ibid.* aux para. 28-36.

¹³⁹ *Ibid.* au para. 38.

¹⁴⁰ *Ibid.* aux para. 43-55.

¹⁴¹ Le juge Shahabuddeen a de son côté rendu une opinion dissidente de vingt pages dans laquelle il affirme qu'un investissement doit nécessairement contribuer au développement de l'État d'accueil, que ce terme n'est pas sans substance et que des limites sont posées par la *Convention de Washington*, ce qui n'impose donc pas d'examiner le contenu du TBI. Cette opinion est attachée à la suite de la décision.

¹⁴² *MHS – Annulation, supra* note 136 aux para. 29-31.

¹⁴³ *Ibid.* au para. 72.

¹⁴⁴ *Ibid.* aux para. 29-31.

¹⁴⁵ *Ibid.* au para. 73.

¹⁴⁶ Jean Ho, « The Meaning of 'Investment' in ICSID Arbitrations » (2010) 26 Arb. Int'l 633 à la p. 637.

¹⁴⁷ *MHS – Annulation, supra* note 136 aux para. 75-78.

excédé ses pouvoirs en refusant de se reconnaître compétent sur le fondement du TBI et de la *Convention de Washington* en vertu desquels il a été nommé. Les raisons étant (i) qu'il n'a pas pris en compte la définition de l'investissement dans le TBI, (ii) qu'il a élevé des caractéristiques ou éléments définitionnels au rang de critère stricts et, (iii) qu'il n'a pas pris en compte les travaux préparatoires de la *Convention de Washington*¹⁴⁸.

Si la première et la troisième raison sont acceptables, même si nous n'acceptons pas forcément la finalité du raisonnement comme nous le verrons ci-après, elles auraient pu suffire pour annuler la sentence. Cependant, la deuxième raison semble résulter d'une violation du mandat du Comité tel qu'accordé par l'article 52 de la *Convention de Washington*.

En analysant le contenu de ce que l'arbitre unique a retenu comme critères relatifs aux investissements dans la *Convention de Washington*, la majorité effectue exactement ce que nous avons reproché à un autre comité *ad hoc* :

*[]e Comité ne s'est pas assuré 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.*¹⁴⁹

Les membres du Comité peuvent ne pas être d'accord avec les critères/caractéristiques dégagés et retenus par l'arbitre unique. Cependant, ce dernier l'a fait en application de la *Convention de Washington*, donc en application du droit applicable. Analyser ces critères et leur caractère obligatoire ou non revient à vérifier la "mauvaise" application du « bon » droit, une violation claire du mandat du Comité. Comme l'avait affirmé le président du Comité de rédaction de la *Convention de Washington*, réviser « *a serious error in the application of substantive law [...] would be tantamount to providing for an appeal*¹⁵⁰ ». Analyser de quelle manière la *Convention de Washington* a été appliquée revient donc à un appel de la décision, ce qui, de surcroît, ne nous semblait pas nécessaire pour que le Tribunal annule la sentence en tout état de cause.

En outre, nous pensons que le rejet complet d'une approche objective de la notion d'investissement reflète la réalité de la *Convention de Washington*, et de ses travaux préparatoires. Comme nous l'avons affirmé par le passé, nous prenons le parti d'une approche objective de la notion d'investissement qui nous semble en parfaite adéquation avec l'objet et le but de la *Convention de Washington*¹⁵¹. Cependant, les critères/caractéristiques dégagés ne sont pas des conditions strictes de la compétence du Tribunal arbitral mais plutôt des éléments permettant d'éviter de se fonder uniquement sur le TBI ou un contrat. Sans cela, il serait possible de contrevenir, au gré de l'accord des parties, au but et à l'objet de la *Convention de Washington*. Cela

¹⁴⁸ *Ibid.* aux para. 80-81.

¹⁴⁹ Fouret et Khayat, *supra* note 9 à la p. 478.

¹⁵⁰ Mark Feldman, « The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards », (1987) 2 ICSID Rev. FILJ 85 à la p. 100 et CIRDI, *Historique de la Convention CIRDI* aux pp. 517-518 et 851.

¹⁵¹ Voir notamment dans Fouret et Khayat, CIRDI, *supra* note 31 à la p. 313 et les références citées.

permet ainsi indiscutablement de différencier les activités purement commerciales de celles relevant de la sphère des investissements, tout en conservant une certaine flexibilité dans l'application des caractéristiques¹⁵². L'approche du Comité, à notre sens, ne le permettrait pas.

X. Sentence du 22 avril 2009, *Bernardus Henricus Funnekotter et al c. République du Zimbabwe*¹⁵³

*Composition du tribunal arbitral : M. Gilbert Guillaume*¹⁵⁴, *Président; MM. Ronald A. Cass*¹⁵⁵ *et Mohammed Wasi Zafar*¹⁵⁶, *arbitres.*

La sentence du 22 avril 2009 s'inscrit dans le contexte de la politique du gouvernement de Robert Mugabe expropriant depuis 2001-2002 des fermiers blancs afin de redistribuer leurs terres à la population rurale noire défavorisée¹⁵⁷. La requête d'arbitrage a été déposée en juin 2003 par 13 demandeurs personnes physiques de nationalité néerlandaise. La requête a finalement été enregistrée le 15 avril 2005 par le Secrétariat du CIRDI, après plusieurs échanges visant à en expliciter certains aspects.

Les demandeurs ont donc engagé la procédure car tous étaient de grands propriétaires terriens possédant d'importantes fermes commerciales au Zimbabwe. Ils ont soutenu avoir été privés de leur investissement en violation de l'*Accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République du Zimbabwe*¹⁵⁸. Ces expropriations alléguées ayant eu lieu dès la mi-2001 jusqu'en 2002 pour certains des demandeurs en application du « *Land Acquisition Program* ». Les demandeurs ont indiqué plus précisément que l'article 6 du TBI a été violé, à savoir la protection contre une expropriation directe ou indirecte, et ont demandé une indemnisation car la restitution étant impossible dans le contexte économique et politique zimbabwéen¹⁵⁹.

Pour sa part, le Zimbabwe a détaillé ses efforts depuis son indépendance visant à combattre les inégalités en matière de propriété terrienne qui étaient profondément ancrées dans le passé colonial de l'ancienne Rhodésie. Si le Zimbabwe a soutenu que cette réforme agraire avait été réalisée dans un but d'intérêt public et en respectant le droit, il a reconnu que la privation de propriété n'avait pas été

¹⁵² Fouret et Khayat, *Recueil des commentaires, supra* note 9 aux pp. 386-387, 423-424, 427-428, et 524-525. Voir aussi sur une tentative de théorisation de la notion d'investissement le très bon article de Sébastien Manciaux, « The Notion of Investment : New Controversies », (2008) 9 J. World Inv't 443.

¹⁵³ *Bernardus Henricus Funnekotter et al c. République du Zimbabwe* (2009), ARB/05/6 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [BHF].

¹⁵⁴ Nommé par le président du Conseil administratif du CIRDI, après consultation des parties.

¹⁵⁵ Nommé par les demandeurs.

¹⁵⁶ Nommé par la défenderesse.

¹⁵⁷ Sabine Cessou, « Premières expropriations de fermiers blancs » (non daté), en ligne : RFI <<http://www.rfi.fr>>.

¹⁵⁸ *Accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République du Zimbabwe*, Pays-Bas et Zimbabwe, 11 décembre 1996, 2015 R.T.N.U. 393 (entrée en vigueur : 1^{er} mai 1998).

¹⁵⁹ BHF, *supra* note 153 aux para. 19-52.

accompagnée d'indemnisation¹⁶⁰.

La sentence, d'une remarquable concision (quarante-huit pages), a rappelé en premier lieu l'abandon de toute contestation de la compétence du Tribunal arbitral par le Zimbabwe, la preuve de la nationalité néerlandaise apportée par les demandeurs étant satisfaisante. Le Tribunal a néanmoins jugé nécessaire d'évoquer cette question « *in light of the importance of jurisdiction as a foundation for arbitral décision* »¹⁶¹. Ces deux paragraphes, surabondants à notre sens, comportent ainsi tous les éléments factuels permettant au Tribunal de se reconnaître compétent.

La reconnaissance de l'expropriation par le Zimbabwe simplifie grandement la tâche du Tribunal ainsi que l'admission de l'absence de compensation. En rejetant la défense de l'état de nécessité, faiblement avancée par le Zimbabwe, le Tribunal a décidé que l'article 6 du TBI avait été violé et qu'une indemnisation adéquate devait être calculée¹⁶².

Pour le Tribunal, l'indemnisation doit être calculée au jour de l'expropriation c'est-à-dire lorsque la dépossession est devenue complète et non seulement temporaire.¹⁶³ Les demandeurs ont donc fourni des évaluations pour chacune des fermes, le Zimbabwe proposant des contre-évaluations fondées uniquement sur la valeur des terres arables¹⁶⁴.

Le Tribunal a retenu une valeur qui nous semble être appropriée en espèce, inspirée du calcul des demandeurs. En effet, il s'est fondé sur une valeur basée sur la qualité de la terre, la production ainsi que les équipements de chacune de ces fermes. Les demandeurs ont ainsi obtenu entre cinq cent mille dollars et un peu plus d'un million de dollars¹⁶⁵. En outre, et à juste titre, le Tribunal a accordé vingt mille dollars à chaque demandeur comme réparation pour les désagréments causés par cette expropriation, y compris le coût de la réinstallation, mais a refusé d'accorder une réparation pour le préjudice moral, partiellement couverts par les autres chefs d'indemnisation à son sens¹⁶⁶. Enfin, des intérêts composés semi-annuellement d'un taux, élevé, de 10% a été octroyé aux demandeurs.

Cette affaire relativement simple quand à la détermination des questions au fond s'achève par une décision satisfaisante à tous égards et sera, nous n'en doutons pas, la première d'une série car bien d'autres fermiers ont été expropriés. L'unique problème pouvant résulter de leur nationalité, le Zimbabwe n'ayant conclu qu'une poignée de TBI, dont seulement une demi-douzaine sont entrés en vigueur.

¹⁶⁰ *Ibid.* aux para. 53-71.

¹⁶¹ *Ibid.* aux para. 94-95.

¹⁶² *Ibid.* aux para. 96-107.

¹⁶³ *Ibid.* aux para. 115-118.

¹⁶⁴ *Ibid.* aux para. 126-127.

¹⁶⁵ *Ibid.* aux para. 126-136.

¹⁶⁶ *Ibid.* aux para. 137-138.

XI. Commentaire conjoint

Première ordonnance de procédure du 29 juin 2009, *Burlington Resources Inc. c. République d'Équateur*¹⁶⁷

*Composition du tribunal arbitral: M. Gabrielle Kaufmann-Kohler*¹⁶⁸,
*Président; MM. Brigitte Stern*¹⁶⁹ *et Francisco Orrego-Vicuña*¹⁷⁰, *arbitres*

Décision sur les mesures provisoires du 8 mai 2009, *Perenco Ecuador Limited c. République d'Équateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*¹⁷¹

*Composition du Tribunal arbitral: M. Peter Tomka*¹⁷², *Président; MM. Neil Kaplan*¹⁷³ *et J. Christopher Thomas*¹⁷⁴, *arbitres*

Les décisions sur les mesures provisoires rendues dans les affaires *Perenco* et *Burlington* concernent toute deux les mesures prises par l'Équateur pour forcer ces deux sociétés à s'acquitter des taxes que cet État s'estimait en droit de recevoir. Le litige au fond concernait l'expropriation des droits des deux sociétés sur des contrats de participation les liant à l'Équateur et portait notamment sur ces taxes imposées en vertu d'une loi récemment promulguée par cet État.

Dans les deux affaires, les investisseurs demandaient au Tribunal arbitral d'enjoindre l'Équateur de ne pas mettre en œuvre les procédures des saisies de leurs biens après qu'elles aient refusé de régler les sommes prétendument dues.

Les deux tribunaux arbitraux ont accordé les mesures demandées par les investisseurs et ont ordonné le gel des mesures d'exécution par l'Équateur. Dans l'affaire *Burlington*, le Tribunal arbitral a également organisé la mise en place d'un séquestre dans lequel Burlington devra verser les impôts en question.

Au-delà du contenu des décisions elles-mêmes et de leur argumentation, deux points peuvent être relevés : la question de la portée de la recommandation de mesures provisoires au sens de l'article 39 du *Règlement d'arbitrage du CIRDI* a longuement occupé le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Perenco*. Par ailleurs, ces affaires montrent parfaitement la concurrence entre les ordres juridiques des États membres de la *Convention de Washington* et le droit international tel qu'appliqué par les arbitres. Si le système de la *Convention de Washington* doit perdurer et s'affirmer

¹⁶⁷ *Burlington Resources Inc. c. République d'Équateur*, « Ordonnance de procédure sur les mesures provisoires » (29 juin 2009), ARB/08/5 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Burlington*].

¹⁶⁸ Nommé par les co-arbitres.

¹⁶⁹ Nommé par le défendeur.

¹⁷⁰ Nommé par les demandeurs.

¹⁷¹ *Perenco Ecuador Limited c. République d'Équateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, « Décision sur les mesures provisoires » (8 mai 2009) ARB/08/6 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Perenco*].

¹⁷² Nommé par les co-arbitres.

¹⁷³ Nommé par le défendeur.

¹⁷⁴ Nommé par les demandeurs.

encore, il est indispensable que toute concurrence entre le droit interne et le droit international soit réglée au profit du second, au risque de voir les États ériger leurs lois internes en obstacle aux instances et décisions arbitrales.

XII. Commentaire conjoint

Décision du 20 mai 2009 sur la seconde demande de levée de la suspension d'exécution de la sentence, *Enron Creditors Recovery Corp. et Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine*¹⁷⁵

Composition du Comité ad hoc : M. Gavan Griffith, Président; MM. Patrick L. Robinson et Per Tessel, membres.

Décision du 23 octobre 2009 sur l'objection préliminaire du demandeur à la demande en annulation de l'Argentine et décision du 23 octobre 2009 sur la demande de suspension de l'exécution de la sentence, *Continental Casualty Company c. République argentine*¹⁷⁶

Composition du Comité ad hoc: M. Gavan Griffith, Président; MM. Bola Ajibola et Christer Söderlund, membres.

Décision du 5 mars 2009 sur la demande de poursuite de suspension d'exécution de la sentence et décision du 7 août 2009 sur la levée de la suspension d'exécution de la sentence, *Sempra Energy International c. République argentine*¹⁷⁷

Composition du Comité ad hoc: M. Christer Söderlund, Président; MM. David Edward et Andreas Jacovides, membres.

La décision rendue le 20 mai 2009 dans l'affaire *Enron* est la deuxième décision sur la question de la suspension d'exécution rendue dans cette procédure d'annulation¹⁷⁸.

Si nous avons déploré le renversement du principe en matière de suspension d'exécution et le délitement progressif du conditionnement de la suspension d'exécution en 2008, il semble que cette deuxième décision, une demande de reconsidération de la première décision de 2008, n'inversera malheureusement pas la

¹⁷⁵ *Enron Creditors Recovery Corp. et Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine*, « Décision de suspension » (30 juillet 2010) ARB/01/3 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Enron*].

¹⁷⁶ *Continental Casualty Company c. République argentine*, ARB/03/9 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Continental*].

¹⁷⁷ *Sempra Energy International c. République argentine*, ARB/02/16 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Sempra - Suspension I et Sempra - Suspension II*].

¹⁷⁸ La première datant du 7 octobre 2008 et nos commentaires dans Fouret et Khayat, CIRDI, *supra* note 31 à la p. 304 et s. Voir également nos commentaires sur les autres décisions et la sentence rendue dans cette affaire dans Fouret et Khayat, *supra* note 9 à la p. 179 et s., 256 et s. et 536 et s.

tendance lourde semblant s'installer malgré la décision *Sempra* du 5 mars 2009¹⁷⁹.

En l'espèce, et comme permis par la première décision, les demandeurs ont souhaité réitérer leur demande selon la possibilité laissée par le Comité, après une période de soixante jours, de demander une levée de la suspension si l'Argentine ne changeait pas de position sur le refus d'exécuter la sentence volontairement¹⁸⁰. L'Argentine n'ayant pas changé de position, les demandeurs ont ainsi demandé une reconsidération de la première décision¹⁸¹.

Mais le Comité n'a pas changé d'avis.

S'il refuse, en l'annonçant dès la fin de l'audience, de lever la suspension d'exécution de la sentence, restait en suspens la question de la garantie en échange de la suspension. En réalité, pour le Comité, la question était plutôt celle de savoir quel mécanisme permettrait de s'assurer que « *any amounts recovered by or any security provided to the Claimants would be recoverable by Argentina in the event that the Award is annuled* »¹⁸².

En effet, la question spécifique à l'espèce, est qu'un des demandeurs, Enron, est en liquidation et qu'un risque réel existait que des créanciers tentent d'obtenir le paiement de leurs dettes à partir de la somme bloquée pour la sentence arbitrale. Mais l'Argentine soutenait également, de son côté, que certains de ses créanciers pourraient également tenter d'obtenir un paiement en faisant saisir les garanties qu'elle pourrait offrir dans la présente affaire.¹⁸³

Les demandeurs ont néanmoins fait trois propositions pour les garanties (i) l'ouverture d'un compte séquestre sous le contrôle de l'agent du séquestre au nom de l'Argentine, (ii) une garantie bancaire, y compris dans une banque argentine, et (iii) la levée de la suspension d'exécution et mesures d'exécutions uniquement prises par Ponderosa.¹⁸⁴

Pour le Comité, et au vu de la position argentine non seulement dans la présente affaire mais également dans les autres affaires pendantes, « *there is a high risk of non-compliance by Argentina* »¹⁸⁵.

Sur ce fondement, il était encourageant à notre sens de constater qu'au paragraphe 33 le Comité rejetait le risque potentiel que des créanciers d'Enron pourraient saisir certaines de ces sommes en raison du fait que les propositions faites par les demandeurs (1 et 3 particulièrement) comportaient des protections contre de tels risques. Reconnaisant le risque réel de non-exécution et l'absence de risque de saisine des créanciers d'Enron, il nous semblait logique que le Comité choisisse une des propositions des demandeurs. Il n'en est cependant rien car le Comité retient

¹⁷⁹ V. *infra*.

¹⁸⁰ *Enron*, supra note 175 aux para. 85 et 101.

¹⁸¹ *Ibid.* au para. 7.

¹⁸² *Enron*, supra note 175 au para. 14.

¹⁸³ *Ibid.* aux para. 33 à 41.

¹⁸⁴ *Ibid.* au para. 21(i).

¹⁸⁵ *Ibid.* au para. 29.

l'argumentaire argentin soutenant qu'il y avait un très fort risque qu'un tiers créancier de l'Argentine tente d'obtenir le paiement de sa créance sur les montants obtenus selon la proposition 1 ou 3 des demandeurs¹⁸⁶.

Ce faisant, sans risque avéré ni déclaré, le Comité s'est lancé dans des conjectures indiquant que « *if an award subject to annulment might be used by strangers to annulment proceedings* » cela pèserait sur la confiance générale envers le système CIRDI¹⁸⁷. Sans avancer d'exemple concret, ou de créanciers potentiels déclarés pouvant s'intéresser à une telle garantie, le Comité indique néanmoins « *where that risk is very high, it militates strongly against lifting the stay or against requiring security to be provided as a condition of any continuation of the stay* »¹⁸⁸.

La qualification du risque nous semble donc difficilement acceptable, d'autant qu'*a contrario*, le fait que l'Argentine ait d'autres créanciers non payés aurait dû convaincre encore plus le Comité d'accorder une garantie en échange de la suspension. En outre, le Comité n'aurait pas dû faire droit à l'Argentine car si un risque il y avait, il était pour les demandeurs, pas pour l'Argentine, et ces derniers étaient prêts à le prendre en indiquant que les gardes fous protégeant contre les créanciers d'Enron s'appliquaient également à ceux de l'Argentine. Le Comité n'était pas de cet avis et a réitéré sa première décision à savoir une suspension de l'exécution de la sentence sans garantie.

Il nous semblait pourtant que tout était réuni pour qu'enfin une garantie soit apportée en l'espèce, particulièrement à la lecture du raisonnement du Comité avant sa prise de décision. Tel n'est pourtant pas le cas. De plus, il ne nous semble pas opportun que le refus d'accorder une garantie soit justifié par les propres turpitudes de l'Argentine. En outre, forts de ce précédent, car tous les États ont des créanciers, ceux-ci pourront désormais alléguer que d'autres créanciers pourront saisir ces fonds en garantie pour d'autres créances, empêchant *de facto* toute possibilité de garantie dans le futur si cette ligne d'analyse du Comité venait à être suivie par d'autres. Nous ne l'espérons bien entendu pas.

Même si l'affaire *Continental* statue dans le même sens, les circonstances de l'espèce étaient différentes. En effet, la particularité de l'affaire *Continental* – dont le Comité *ad hoc* relève la modicité de l'enjeu si la demande d'annulation de l'Argentine était refusée – est que l'investisseur et l'État-hôte ont tous deux demandé l'annulation de différentes parties de la sentence. Dans ces conditions, le Comité *ad hoc* a non seulement refusé de lever le sursis sur l'exécution de la sentence, mais a même rejeté la demande de l'investisseur d'imposer à l'Argentine de déposer une caution. Le caractère très spécifique de l'affaire ne permet sans doute pas d'en tirer des conclusions quant à la ligne jurisprudentielle qui a convaincu ce Comité *ad hoc*.

Il faut ici relever également la décision intervenue ce même 23 octobre 2009 dans l'affaire *Continental*. L'investisseur a en effet soutenu que le délai de saisine d'un comité *ad hoc* par l'Argentine (cent vingt jours en application de l'article 51(2)

¹⁸⁶ *Ibid.* au para. 41.

¹⁸⁷ *Ibid.* au para. 42.

¹⁸⁸ *Ibid.*

de la *Convention de Washington*, hors allégation de corruption) n'avait pas été respecté puisque l'Argentine avait soumis sa demande 120 jours suivant la décision de rectification intervenue dans l'affaire *Continental*, c'est-à-dire longtemps après l'expiration du délai de cent vingt jours après le prononcé de la sentence. Le Comité *ad hoc* a justement rejeté cette exception préliminaire dans la mesure où l'article 49(2) du *Règlement d'arbitrage du CIRDI* prévoyait que le délai devait être calculé à partir de la date du prononcé de la rectification de la sentence.

La portée des décisions rendues par un Comité *ad hoc* dans l'affaire *Sempra* sur la question de la suspension de l'exécution de la sentence et de la nécessité pour l'Argentine de fournir une garantie est sujette à discussion. Saisie des mêmes questions que celles posées dans l'affaire *Enron*, le Comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *Sempra* a initialement accepté de maintenir la suspension d'exécution de la sentence rendue contre l'Argentine, à condition que celle-ci fournisse une garantie sous la forme d'un séquestre d'un montant de soixante-quinze millions de dollars. En rendant sa décision, le Comité *ad hoc* a longuement étudié la position de l'Argentine relativement à la reconnaissance et l'exécution (automatique ou non, c'est le point crucial) des sentences CIRDI pour en conclure que :

*Argentina's posture makes it clear that it will in fact not comply with its obligation "to abide by and comply with" an award in Sempra's favour unless and until Sempra seeks recognition and enforcement of the Award before an Argentine judicial tribunal in the manner prescribed by the national law of Argentina.*¹⁸⁹

Toutefois, après l'expiration du délai octroyé par le Comité *ad hoc* pour la réalisation du séquestre, qualifié de « *tangible demonstration of good faith* »¹⁹⁰, *Sempra* l'a saisi à nouveau d'une demande de levée de la suspension au motif que l'Argentine n'avait rien fait pour constituer le séquestre.

La décision du Comité *ad hoc* est ici également imprégnée de son appréciation de ce que l'Argentine n'exécutera pas la sentence arbitrale si celle-ci venait à être confirmée :

*The Committee has no option other than to conclude, under the present circumstances, that it has received no indication that Argentina's position on Articles 53 and 54 of the Convention has changed, or that it will comply with its obligations under Article 53 of the ICSID Convention.*¹⁹¹

Dans ces conditions, et prenant le contrepied de la décision rendue dans l'affaire *Enron*, le Comité *ad hoc* a décidé que la suspension de l'exécution de la sentence arbitrale doit être levé.

En définitive, dans l'affaire *Enron* comme dans l'affaire *Sempra*, ces décisions n'auront qu'un intérêt théorique puisque les deux sentences ont été annulées par les Comités *ad hoc*. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces décisions dans une

¹⁸⁹ *Sempra - Suspension I*, *supra* note 177 au para. 104.

¹⁹⁰ *Ibid.* au para. 112.

¹⁹¹ *Sempra - Suspension II*, *supra* note 177 au para. 22.

prochaine livraison de cette Chronique.

XIII. Sentence du 1er juin 2009, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte*¹⁹²

*Composition du tribunal arbitral: M. Florentino P. Feliciano*¹⁹³, *Président; MM. Michael Pryles*¹⁹⁴ *et Francisco Orrego-Vicuña*¹⁹⁵, *arbitres*

La sentence rendue sur le fond le 1^{er} juin 2009 par le Tribunal arbitral dans l'affaire opposant M. Siag et Mme Vecchi (décédée en cours de procédure) à l'Égypte met un terme, devant le CIRDI, à une procédure particulièrement mouvementée¹⁹⁶.

La décision sur la compétence rendue le 11 avril 2007¹⁹⁷, dont le cœur concernait la détermination de la nationalité de M. Siag au regard du Traité de protection des investissements signés entre l'Italie et l'Égypte dont il se prévalait¹⁹⁸ (le « Traité »). Le Tribunal arbitral avait décidé que M. Siag avait perdu sa nationalité égyptienne lorsqu'il a obtenu la nationalité libanaise, ce qui lui permettait d'initier un arbitrage contre l'Égypte sur le fondement du Traité sur la base de la nationalité italienne ultérieurement acquise.

Le litige entre M. Siag et sa mère, Mme Vecchi, détenteurs à plus de 95% des actions d'une société égyptienne spécialisée dans le développement touristique, résultait de la décision de l'exécutif égyptien de nationaliser les terrains sur lequel le projet des investisseurs avait commencé à être réalisé, dans le nord de la péninsule du Sinaï. L'expropriation des investisseurs était intervenue malgré de nombreuses décisions des juridictions égyptiennes qui avaient quasi-systématiquement retenu que l'expropriation était illégale.

La sentence de près de deux cents pages est pourtant consacrée à plus de la moitié à deux nouvelles objections à la compétence du Tribunal arbitral formulée par l'Égypte. La première résultait de la faillite alléguée de M. Siag en Égypte et des conséquences de celles-ci sur sa capacité à déposer une demande d'arbitrage devant le CIRDI. La seconde résultait de l'allégation égyptienne selon laquelle les documents exploités par M. Siag devant le Tribunal arbitral lors de la phase de compétence et tendant à prouver sa nationalité libanaise étaient des faux ou qu'ils ont été obtenus de manière illégale.

Il n'y a pas lieu dans la présente chronique d'examiner en détail la position

¹⁹² *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte* (2009), ARB/05/15 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Siag-sentence*].

¹⁹³ Nommé par les co-arbitres.

¹⁹⁴ Nommé par les demandeurs.

¹⁹⁵ Nommé par le défendeur.

¹⁹⁶ Une demande d'annulation de la sentence a été déposée par l'Égypte avant d'être retirée.

¹⁹⁷ Fouret et Khayat, *supra* note 9 à la p. 528 et s.

¹⁹⁸ *Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Republic of Italy and the Arab Republic of Egypt*, en ligne: UNCTAD <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/egypt_italy.pdf>.

des parties sur le sujet ou la décision du Tribunal arbitral. Deux points sont néanmoins à souligner.

D'une part, une grande partie de la discussion sur ces deux objections à la compétence a concerné leur admissibilité, notamment au regard de l'article 41 du *Règlement d'arbitrage du CIRDI* qui dispose ainsi :

Tout déclinatoire fondé sur le motif que le différend ou toute demande accessoire ne ressortit pas à la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, à celle du Tribunal, est soulevé aussitôt que possible. Une partie dépose son déclinatoire auprès du Secrétaire général au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire ou, si le déclinatoire se rapporte à une demande accessoire, avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt de la réplique, sauf si les faits sur lesquels le déclinatoire est fondé sont inconnus de la partie à ce moment-là.

Le Tribunal arbitral a longuement étudié l'interprétation de cet article et son application aux faits de l'espèce pour décider que, dans les deux cas, l'objection égyptienne n'a pas été formulée « aussitôt que possible » dans la mesure où les faits la soutenant étaient connus ou pouvaient être connus par l'Égypte au moins lors de la phase de compétence. La sanction est sévère puisque le Tribunal arbitral retient que les exceptions à la compétence ne sont tout simplement pas admissibles.

Cela étant, et sans doute pour atténuer l'effet de cette décision, le Tribunal arbitral a tout de même pris la peine, au terme d'une analyse poussée, de se prononcer sur ces objections et de décider qu'elles auraient tout de même été rejetées si elles avaient été formulées en temps utile. Le procédé est louable et permet d'éviter spéculations, regrets et incompréhension, de la part de l'Égypte ou du lecteur. Sur ce plan, il faut également noter l'opinion dissidente de M. Orrego-Vicuña dont le cœur concerne la manière, selon lui potentiellement illégale, avec laquelle M. Siag aurait obtenu certains documents au Liban relatif à son statut personnel. Cette opinion dissidente repose sur les doutes de son auteur sur la rémunération de celui qui a aidé M. Siag, en pleine guerre du Liban en 1989, à obtenir sa nationalité libanaise et surtout sur la finalité de cette rémunération.

Sur le fond, les développements du Tribunal arbitral sont classiques, qu'il s'agisse de la question de la violation du traitement juste et équitable, de l'analyse de l'expropriation, qui est illégale selon les arbitres, ou de la protection pleine et entière. Seule la demande formée sur le fondement d'un traitement discriminatoire est rejetée, faute de preuves.

L'indemnisation accordée est importante, près de soixante-quinze millions de dollars plus intérêts composés depuis 1996 ce qui augmente sensiblement la facture pour l'Égypte. On doit cependant émettre un regret, assez fréquent en matière de motivation des sommes obtenues dans des arbitrages, notamment des procédures investisseur/État. L'opinion dissidente de M. Orrego-Vicuña souligne à ce titre son désaccord avec la majorité du Tribunal arbitral sur le rôle joué par les experts : « *I am not quite in agreement about relying for such purpose on the exclusive view of*

experts invited by the Claimants, however distinguished they are »¹⁹⁹.

On comprend en effet assez bien les raisons qui poussent le Tribunal arbitral à rejeter la méthode du *Discounted Cash Flow* pour évaluer le préjudice causé par l'Égypte à l'investissement :

*Points such as those just mentioned tend to reinforce the wisdom in the established reluctance of tribunals such as this one to utilise DCF analyses for "young" businesses lacking a long track record of established trading. In all probability that reluctance ought to be even more pronounced in cases such as the present where the business is still in its relatively early development phase and has no trading history at all. The Tribunal accepts Egypt's submission.*²⁰⁰

Néanmoins, le Tribunal arbitral se contente de quelques généralités et de quelques lignes pour estimer que la deuxième méthode d'évaluation du préjudice, et surtout le montant retenu par celle-ci, fondée sur la comparaison des transactions similaires réalisées récemment (*Comparable Sales Valuation*) présentée par un autre expert, est elle retenue. On cherchera en vain une motivation ou une explication à cette décision, ce qui est regrettable.

XIV. Sentence du 2 Juin 2009, *Empresa Electrica Del Ecuador c. République d'Équateur*²⁰¹

*Composition du tribunal arbitral : M. Bernardo Sepulveda*²⁰², *Président; MM. John Rooney*²⁰³ *et Michael Reisman*²⁰⁴, *arbitres.*

Cette sentence, rendue sur le fondement de l'*Échange de notes constituant un accord relatif à la garantie des investissements privés* entre les États-Unis et l'Équateur,²⁰⁵ trouve son origine dans une requête enregistrée le 26 mai 2005 malgré la demande formulée par l'Équateur au CIRDI pour refuser l'enregistrement de cette requête²⁰⁶.

La société demanderesse, dont l'acronyme est EMELEC, est société américaine immatriculée depuis 1925, possédait la concession pour la fourniture d'électricité dans la ville de Guayaquil en Équateur. La demanderesse a soutenu que le 21 mai 2000, ses bureaux ont été investi au terme d'une action conjointe de la

¹⁹⁹ *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte* (2009), « Opinion dissidente du juge Orrego-Vicuña » ARB/05/15 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) à la p. 6.

²⁰⁰ *Siag-Sentence, supra* note 192 au para. 570.

²⁰¹ *Empresa Electrica Del Ecuador c. République d'Équateur* (2009), ARB/05/9 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Empresa Electrica*].

²⁰² Nommé par le président du Conseil Administratif du CIRDI après accord des parties.

²⁰³ Nommé par la demanderesse.

²⁰⁴ Nommé par la défenderesse.

²⁰⁵ *Échange de notes constituant un accord relatif à la garantie des investissements privés*, États-Unis d'Amérique et Équateur, 28 mars 1995, 261 R.T.N.U. 343 (entrée en vigueur : 29 mars 1955) [*Traité*]

²⁰⁶ *Empresa Electrica, supra* note 201 aux para. 5-6.

police et de l'armée suite à son expropriation *de jure*, fin mars 2000, par le Conseil national sur l'électricité (CONELEC), un organe étatique, sous la forme d'une résolution²⁰⁷. CONELEC a soutenu qu'EMELEC avait violé certaines lois sur l'électricité, ce qui justifiait ses actions, à savoir, notamment, le gel de ses avoirs.

Le Tribunal arbitral a refusé de reconnaître compétent en raison de son analyse de la capacité de l'individu ayant initié la procédure, M. Miguel Llucó, à agir en représentation d'EMELEC. Pour l'Équateur, M. Llucó n'avait pas de mandat pour agir car EMELEC était la propriété d'un *trust* auquel il n'était pas partie. À l'inverse, M. Llucó indiquait être le *trustee* d'un *trust* mis en place par l'ancien propriétaire d'EMELEC, Fernando Aspiazu, qui gérait et possédait EMELEC qui était selon lui l'un des biens de ce *trust*²⁰⁸.

En réalité, le Tribunal a dû démêler le vrai du faux dans un imbroglio factuel présenté par les deux parties, notamment sur les structures de trois *trusts*, dont les intérêts se chevauchaient plus ou moins. Le résultat final a été qu'au vu des éléments fournis, il était impossible que M. Llucó ait créé le *trust* allégué en 2003 car un second *trust* possédait les biens contestés, donnant accès à la compétence du tribunal, de manière irrévocable²⁰⁹. M. Llucó n'avait donc pas autorité pour agir au nom d'EMELEC.

Cette victoire pour l'Équateur, face à une demande de plus de 1,7 milliards de dollars²¹⁰, intervient à peine un mois avant la décision du pays de dénoncer en juillet la Convention de Washington, alors même que la justification de cette dénonciation était la partialité des arbitrages CIRDI en faveur des investisseurs.

XV. Décision sur l'interprétation du traité du 12 juin 2009, *Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. République de Slovénie*²¹¹

*Composition du tribunal arbitral : M. David A.R. Williams*²¹², *Président ; MM. Charles Brower*²¹³ *et Jan Paulsson*²¹⁴, *arbitres.*

Après une décision qui était déjà une première sur la participation d'un conseil à une procédure en raison de son appartenance à la même *chambers* qu'un membre du Tribunal²¹⁵, cette décision est également une première car elle ne porte

²⁰⁷ *Ibid.* aux para. 40-42.

²⁰⁸ La question de la structure et des membres de ces *trusts* est l'analyse principale du Tribunal dans cette sentence, *Ibid.* aux para. 97-132. Pour un rapide résumé, voir le para. 53.

²⁰⁹ *Ibid.* aux para. 123-132.

²¹⁰ Business News Americas staff reporters, « *State claims victory as Icsid drops Emelec arbitration* » (2009), en ligne : Business News Americas <<http://www.bnamericas.com>>.

²¹¹ *Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. République de Slovénie*, ARB/05/24 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Hrvatska-Traité*].

²¹² Nommé par conjointement par les co-arbitres.

²¹³ Nommé par la demanderesse.

²¹⁴ Nommé par la défenderesse.

²¹⁵ *Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. République de Slovénie*, « *Order concerning the participation of a Counsel* » ARB/05/24 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux

que sur l'interprétation du *Traité entre le Gouvernement de la République de Slovénie et le Gouvernement de la République de Croatie portant sur l'aménagement des dispositions statutaires et juridiques liées aux investissements dans la centrale nucléaire électrique de Krsko, à son exploitation et à son démantèlement*²¹⁶ signé en 2001 entre les gouvernements slovènes et croates afin de résoudre leur différend relatifs à une centrale nucléaire et à l'approvisionnement en électricité.

Cette décision du 12 juin 2009 a été rendue par la majorité du Tribunal arbitral suite à une requête d'arbitrage enregistrée en novembre 2005 à la demande Hrvatska Elektroprivreda d.d. (« HEP »), l'entreprise nationale de fourniture d'électricité croate²¹⁷.

Le différend entre l'investisseur et la Slovénie concernait la propriété et le fonctionnement d'une centrale nucléaire en Slovénie, la centrale de Krško. Cette dernière, datant de l'ère communiste, avait été conçue et construite avec des fonds provenant à parts égales des entreprises d'État de fourniture d'électricité slovène et croate alors que ces deux États faisaient encore partie de l'ancienne république de Yougoslavie. Cette relation était règlementée par une série de quatre accords interétatiques entre 1970 et 1982, « *Governing agreements* », établissant la parité de la participation des deux États dans tous les aspects de la construction, de la gestion, de l'utilisation ou encore de l'exploitation de la centrale²¹⁸.

Après l'indépendance des deux États en 1991, des différends relatifs à la gestion et à l'exploitation de la centrale sont apparus et ont culminé en juillet 1998 lorsque les autorités slovènes décidèrent de couper l'approvisionnement en électricité depuis la centrale vers le réseau d'HEP. Suite à ces événements, les deux gouvernements décidèrent de négocier afin de résoudre leur différend. Après de nombreuses difficultés, notamment financières, les deux États sont parvenus à convenir d'un traité signé en décembre 2001²¹⁹ et qui, dans ses grandes lignes indique que les parties renoncent aux sommes réclamées en raison de différends financiers antérieurs à une certaine date et que les livraisons d'électricité reprendraient à une date donnée²²⁰.

Cependant, HEP a soutenu que les livraisons auraient dû reprendre au 30 juin 2002, alors que celles-ci n'ont repris que le 19 avril 2003, la Slovénie n'ayant ratifié le *Traité* que fin février 2003, et a réclamé une indemnisation de son préjudice pour cette période sur deux fondements distincts : (i) en vertu du *Traité de la Charte de l'énergie* et, (ii) la violation par la Slovénie du *Traité* pour non fourniture d'électricité

investissements) et nos commentaires dans Fourret et Khayat, CIRDI, *supra* note 31 à la p. 318 et s.

²¹⁶ *Traité entre le Gouvernement de la République de Slovénie et le Gouvernement de la République de Croatie portant sur l'aménagement des dispositions statutaires et juridiques liées aux investissements dans la centrale nucléaire électrique de Krsko, à son exploitation et à son démantèlement*, Slovénie et Croatie, 19 décembre 2001, 2368 R.T.N.U. 349, (entrée en vigueur : 11 mars 2003) [*Traité*].

²¹⁷ *Hrvatska-Traité*, *supra* note 211 au para. 1.

²¹⁸ *Ibid.* aux para. 8-10 et 52 et s.

²¹⁹ Le texte du *Traité* est joint à la Décision en tant qu'annexe.

²²⁰ Pour tous les faits résumés, *Hrvatska-Traité*, *supra* note 211 aux para. 6-15 et pour une appréhension plus complète, aux para. 52-143.

à partir du 30 juin 2002²²¹.

HEP a fondé sa demande essentiellement sur les dispositions financières du *Traité*, et de son annexe 3, entre la Croatie et la Slovénie en indiquant que la date retenue par parties pour la reprise des livraisons d'électricité, tout comme la date de fin de renonciation aux demandes financières antérieures était le 30 juin 2002, même si cela ne peut se comprendre que de manière implicite²²².

Pour sa part, la Slovénie a soutenu que le *Traité* signé en 2001 mais ratifié le 3 juillet 2002 par la Croatie et fin février 2003 par elle-même, n'offrait pas de date précise de début des fournitures d'électricité. La Slovénie a également estimé que la date avancée par HEP engendrerait une application rétroactive du *Traité* entré en vigueur le 10 mars 2003²²³.

Utilisée par les parties comme source principale pour leur interprétation du *Traité*, la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²²⁴ a été l'élément central de l'analyse du Tribunal arbitral²²⁵.

La décision du Tribunal s'est focalisée sur l'interprétation du *Traité* et sur les obligations en découlant pour les parties. Mais cette décision a été prise à la majorité car M. Jan Paulsson a émis une opinion dissidente d'une trentaine de pages afin d'expliquer la mauvaise voie choisie par le Tribunal sur l'interprétation allant même jusqu'à regretter « *the fallacy of this argument* » par la majorité des arbitres²²⁶. Comme nous le verrons ci-après, nous pensons que la position de M. Paulsson est la plus correcte à la lecture des termes précis du *Traité*.

A. La décision

Pour la majorité du Tribunal, et comme indiqué précédemment, les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne* sont les principales dispositions pertinentes pour poser le cadre interprétatif du *Traité*.

Se focalisant essentiellement sur les dispositions financières du *Traité*, donc l'article 17 et l'annexe 3 au *Traité*²²⁷, la majorité du Tribunal a relevé que le but et l'objet du *Traité* consistent à mettre les parties sur un pied d'égalité et permettre un équilibre entre les intérêts, c'est à dire permettre la fourniture d'électricité à HEP dès le 30 juin 2002 en échange de la renonciation à toutes les réclamations pécuniaires potentielles à cette date. Et cela, sans que la date de ratification du *Traité* n'ait de

²²¹ *Ibid.* aux para. 14-15.

²²² *Ibid.* aux para. 144-147 et 153-155.

²²³ *Ibid.* aux para. 148-152 et 156.

²²⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 353, (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

²²⁵ *Hrvatska-Traité*, *supra* note 211 aux para. 157-159.

²²⁶ *Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. République de Slovénie*, « Opinion Dissidente » ARB/05/24 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) au para. 39 [*Opinion Dissidente*].

²²⁷ *Hrvatska-Traité*, *supra* note 211 aux para. 170-174.

conséquence.²²⁸

Cet argumentaire était exactement celui de HEP. Toutefois, le raisonnement utilisé par les arbitres pour reconnaître la violation du Traité par la Slovénie a emprunté une voie que l'arbitre dissident qualifie de « *nothing less than revolutionary* »²²⁹. En effet, d'après la majorité, toutes les obligations, dates et conséquences afférentes, qui ne sont aucunement mentionnées dans le Traité, seraient implicites selon le but et l'objet global du *Traité* :

it is important to note that the above view is reached as a result of construing the words of the 2001 Agreement as prescribed by Articles 31 and 32 of the VCLT. Nothing more and nothing less. While the parties have debated vigorously the issue of whether an obligation can be "implied" in an international agreement, that debate is rendered pointless by the terms of VCLT Articles 31 and 32, which do not categorize treaty provisions as being either "express" or "implied". Hence the VCLT-prescribed interpretive process is just that. No greater or lesser force resides in a term by virtue of the relative magnitude of the clarity with which it has been (or has not been) written. The Tribunal's construction of Article 17 and Exhibit 3 becomes clearer still when, as the VCLT requires, one considers their wording "in light of the [the 2001 Agreement's] object and purpose" and "in their context" [nous soulignons].²³⁰

Par cette interprétation, la Slovénie est ainsi reconnue responsable du préjudice qui aurait été subi par HEP entre le 30 juin 2002 et le 19 avril 2003²³¹.

B. L'opinion dissidente

A notre sens, l'opinion dissidente de M. Jan Paulsson est à saluer tant la décision du Tribunal arbitral ne nous paraît pas justifiée du point de vue du droit des traités en général, ou de l'application de la *Convention de Vienne* en particulier. Si l'arbitre dissident dispose de plusieurs griefs à l'encontre de la décision, le cœur de son opposition, que nous abordons ci-après, réside dans l'approche du Tribunal dans son interprétation des dispositions du *Traité* de 2001.²³²

Dans un style franc et direct, l'arbitre a indiqué en introduction qu'il « *find no words in the Treaty that support such an extraordinary outcome* [la décision rendue] »²³³. Pour lui, le Tribunal a fait dire au *Traité* ce qu'il voulait dès le départ lui faire dire, sans tenir compte des dispositions de cet instrument:

The majority says, in effect, that one may postulate an outcome and force-fit it into the actual text. Nuances and omissions in the text are of no moment. In the result, the majority retains from Article 31 (1) VCLT only

²²⁸ *Ibid.* aux para. 177-190.

²²⁹ *Opinion Dissidente*, *supra* note 269 au para. 22.

²³⁰ *Hrvatska-Traité*, *supra* note 211 au para. 176.

²³¹ *Ibid.* au para. 202.

²³² L'opinion dissidente comporte 33 pages et 77 paragraphes.

²³³ *Opinion Dissidente*, *supra* note 269 au para. 3.

*the elements that confirm their subjective gloss (perceptions of good faith and object and purpose), ignoring those which are of an objective nature (textual terms and context).*²³⁴

Et c'est en effet là le nœud du problème. Si les parties au *Traité* avaient souhaité imposer des dates de ratification, des dates butoirs pour la mise en œuvre des obligations, elles l'auraient indiqué explicitement. À notre sens, l'implicite dans ce type d'obligations interétatiques, portant en l'espèce sur des questions importantes de politique énergétique, n'a aucunement sa place.

En outre, utilisant des métaphores agricoles au paragraphe 23 de son opinion, M. Paulsson démontre l'absurdité de créer des obligations non prévues explicitement dans un document conventionnel, ou contractuel, à une date à laquelle l'obligation juridique n'existait pas faute de ratification du *Traité*. À notre sens, la mauvaise utilisation de l'article 32 sur les moyens complémentaire d'interprétation face à un texte peu clair et obscur est au centre du problème de l'interprétation de la majorité. Le texte du *Traité* en l'espèce est clair et précis, le recours à l'article 32 n'était ainsi pas nécessaire sauf à vouloir absolument trouver une solution qui ne figurait pas dans les termes conventionnels en utilisant divers documents et instruments pour tenter de faire apparaître de nouvelles obligations des États parties. Le recours trop fréquent à l'article 32 de la *Convention de Vienne* par les Tribunaux arbitraux par le passé, alors que le texte étudié était clair, atteint ici son paradigme avec, à notre sens, la révélation de dispositions « imaginaires » dans le *Traité*.

Ainsi, nous ne pouvons qu'abonder dans le sens de l'arbitre Paulsson qui soutient que HEP n'avait aucune obligation de fournir de l'électricité à la Slovaquie après le 30 juin 2002 car le *Traité* ne contient aucune disposition à cet effet. Tel n'est cependant pas la décision du Tribunal et la procédure se poursuit donc pour déterminer le montant des dommages et intérêts à accorder à la Slovaquie.

XVI. Sentence du 30 juin 2009, Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh²³⁵

*Composition du tribunal arbitral : M. Gabrielle Kaufmann-Kohler*²³⁶, *Président; MM. Christoph Schreuer*²³⁷ *et Philip Otton*²³⁸, *arbitres.*

La sentence fait suite à la décision sur la compétence et recommandations en matière de mesures conservatoires du 21 mars 2007²³⁹. Nous ne reviendrons pas sur

²³⁴ *Ibid.* au para. 47.

²³⁵ *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh* (2009), ARB/05/7 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>. [*Saipem - Sentence*].

²³⁶ Nommé par les co-arbitres.

²³⁷ Nommé par la demanderesse.

²³⁸ Nommé par la défenderesse.

²³⁹ *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh*, « Décision sur la compétence et recommandations en matière de mesures conservatoires » (21 mars 2007) ARB/05/7, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Saipem - Décision*] et nos

les faits de l'affaire que nous avons détaillés dans notre précédent commentaire. Cette affaire est une première car elle concerne l'impossibilité d'exécuter une sentence arbitrale CCI par l'investisseur²⁴⁰. Après s'être reconnu compétent, les arbitres ont cependant indiqué que :

*the rights embodied in the ICC Award were not created by the Award, but arise out of the Contract. The ICC Award crystallized the parties' rights and obligations under the original contract. It can thus be left open whether the Award itself qualifies as an investment, since the contract rights which are crystallized by the Award constitute an investment within Article 1(1)(c) of the BIT.*²⁴¹

Ce n'est donc pas, en principe, la sentence CCI en elle-même qui constitue un investissement mais celle-ci est plutôt la conséquence de cet investissement. Le Tribunal a donc eu à se pencher sur les décisions prises par les juridictions bangladaises et sur les conséquences que celles-ci ont eues sur l'investissement de la demanderesse.

Ce qui étonne le lecteur averti ou le praticien en arbitrage en matière d'investissements est que la sentence arbitrale ne traite que d'une seule violation du TBI entre Italie et le Bangladesh²⁴², à savoir la disposition sur l'expropriation alléguée par la demanderesse. La demanderesse n'avait pourtant pas le choix. Si les interventions des juridictions internes, pouvant mener dans la plupart des cas jusqu'au déni de justice, sont souvent soulevées dans l'arbitrage CIRDI, c'est quasi-exclusivement en relation avec la violation du traitement juste et équitable²⁴³. Cependant, le TBI applicable ne prévoyait de procédures de compensation que dans les cas d'expropriation à l'exclusion de toute autre violation²⁴⁴.

L'article 5 du TBI est donc au cœur de la décision du Tribunal. Ce dernier devra ainsi déterminer (i) si les actes des juridictions bangladaises peuvent être qualifiés d'expropriation, (ii) si ces actes étaient illégaux, (iii) si l'investisseur avait l'obligation d'épuiser les voies de recours avant de recourir à l'arbitrage CIRDI et enfin, de manière plus anecdotique nous semble-t-il, (iv) si le choix de Dhaka comme siège de l'arbitrage ne devait pas être considéré comme un risque assumé par l'investisseur²⁴⁵. La dernière question étant celle de l'attribution mais ne mérite pas que l'on s'y attache tant l'attribution des actes des juridictions à l'État hôte est évidente²⁴⁶. Nous reviendrons finalement sur le montant de l'indemnisation accordée à la demanderesse (v).

commentaires dans Fouret et Khayat, *Recueil des commentaires*, supra note 9 à la p. 521 et s.

²⁴⁰ Fouret et Khayat, *ibid.* aux pp. 521-522 et voir aussi *Saipem – Sentence*, supra note 235 aux para. 6-51.

²⁴¹ *Saipem – Décision*, supra note 239 au para. 127.

²⁴² *Agreement between the government of the Republic of Italy and the government of the People's Republic of Bangladesh on the promotion and protection of investments*, en ligne: CNUCED : <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_bangladesh.pdf> [TBI].

²⁴³ Katia Yannaca-Small, « Fair and Equitable Treatment : Recent Developments » dans August Reinisch dir., *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, 111 à la p. 119 et s.

²⁴⁴ *TBI*, supra note 242.

²⁴⁵ *Saipem – Sentence*, supra note 235 au para. 117.

²⁴⁶ *Ibid.* aux para. 188-191.

A. Expropriation par les juridictions bangladaises

Pour le Tribunal, il faut en premier lieu identifier l'investissement, qui a fait l'objet de l'expropriation alléguée: « *the allegedly expropriated property is Saipem's residual contractual rights under the investment as crystallised in the ICC Award* »²⁴⁷. La sentence CCI comme maître étalon du Tribunal en quelque sorte, tel que déjà indiqué dans la décision sur la compétence.

Quant aux mesures prises par les juridictions bangladaises, il s'agit de mesures ayant un effet similaire à une expropriation car elles privent « *Saipem of the benefit of the ICC Award* »²⁴⁸ du fait de la déclaration de nullité et de l'absence d'avoirs de Petrobangla en dehors du Bangladesh, ce qui rend l'exécution de la sentence impossible.

B. De l'illégalité des mesures d'expropriation

Pour que les demandes consécutives à l'expropriation puissent être acceptées, il faut que les mesures prises par l'État soient illicites. Dans ce contexte, le Tribunal a principalement analysé le raisonnement des décisions des juridictions menant à la révocation de l'autorité des arbitres et rendant la sentence non-existante²⁴⁹.

De manière étonnante, le Tribunal va non seulement examiner si le droit à un procès équitable et les principes généraux en matière de justice sont respectés mais également examiner les justifications au fond des décisions telles que rapportées par les Tribunaux. Il s'agissait principalement de permettre au Tribunal arbitral de décider si le jugement pris à l'encontre de Saipem était justifié. Après avoir analysé les ordonnances de procédure du Tribunal arbitral, « *the Tribunal did not find any trace of error or wrongdoing. Under these circumstances, the finding of the Court that the arbitrators « committed misconduct » lacks any justification* »²⁵⁰. Pour le Tribunal, le jugement des cours bangladaise est tout simplement « *illfounded* »²⁵¹. On ne peut s'empêcher de penser à la lecture de la sentence que le Tribunal a joué le rôle d'une cour d'appel des décisions des juridictions internes, particulièrement lorsqu'il déclare la décision mal fondée ou non justifiée. Il n'aurait pas forcément été nécessaire, à notre sens, d'entrer dans le fond du litige pour condamner les actions des juridictions car les difficultés auraient été évidentes sur le principe du respect à un procès équitable et à la simple analyse textuelle des décisions rendues.

Ainsi, et en toute logique, ne prenant en compte que les arguments de Petrobangla, le Tribunal a décidé que les juridictions bangladaises « *exercised their supervisory jurisdiction for an end which was different from that for which it was*

²⁴⁷ *Ibid.* au para. 128.

²⁴⁸ *Ibid.* au para. 129.

²⁴⁹ *Ibid.* au para. 145 et s.

²⁵⁰ *Ibid.* au para. 155.

²⁵¹ *Ibid.*

instituted and thus violated accepted principle of prohibition of abuse of rights »²⁵². En outre, le Tribunal a également reconnu la violation de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*²⁵³ par ces mêmes juridictions²⁵⁴ confirmant par la même « *that the revocation of the arbitrator's authority was contrary to international law* » et que donc l'expropriation reconnue pouvait ainsi être qualifiée d'illicite²⁵⁵.

C. Sur l'obligation d'épuisement des voies de recours internes.

L'article 26 de la *Convention de Washington* est clair. Ce principe n'existe pas mais les États peuvent, lorsqu'ils donnent leur consentement (ou émettent leur offre d'arbitrage), conditionner ce consentement à l'épuisement des voies de recours judiciaires et administratives. Ceci est, comme l'a indiqué le Tribunal, un renversement du principe en droit international public général²⁵⁶. Cependant, et à juste titre, le Tribunal a décidé en l'espèce que l'argumentaire de la demanderesse ne repose pas sur le déni de justice, lequel fait de l'épuisement des voies de recours une de ses conditions fondamentales²⁵⁷. La demanderesse a allégué une expropriation par les juridictions internes mais cela ne veut pas nécessairement dire qu'il y a eu déni de justice. Par conséquent, « *exhaustion of local remedies does not constitute a substantive requirement of a finding of expropriation by a court* »²⁵⁸. En tout état de cause, et même si cette condition ne s'applique pas en l'espèce, le Tribunal a indiqué à titre surabondant que Saipem l'aurait rempli²⁵⁹.

D. Dhaka comme siège de l'arbitrage, un choix discriminant

La question s'est posée de savoir si l'on pouvait reprocher à la demanderesse d'avoir choisi ce siège. Elle en aurait connu les risques et ne pouvait, une fois ceux-ci avérés, s'étonner des conséquences. Cet argument étonnant reviendrait ainsi à faire peser une présomption négative de risque sur certains lieux d'arbitrage. Dans cette

²⁵² *Ibid.* au para. 161.

²⁵³ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, en ligne : CNUDCI <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html> [*Convention de New York*].

²⁵⁴ *Saipem – Sentence*, *supra* note 245 aux para. 163-169.

²⁵⁵ *Ibid.* au para. 170.

²⁵⁶ *Ibid.* au para. 175 et cela a également été reconnu : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements *Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, BM Rés. 214 (1964), en ligne : <<http://icsid.worldbank.org>> au para. 32 « *Pour qu'il soit bien clair que l'intention n'est pas de modifier les règles de droit international concernant l'épuisement des recours internes, la deuxième phrase reconnaît expressément aux États le droit d'exiger l'épuisement préalable desdits recours.* »

²⁵⁷ *Saipem – Sentence*, *supra* note 245 au para. 170 et nos commentaires par exemple de la sentence du 6 novembre 2008, *Jan de Nul et Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte* dans Fourret et Khayat, CIRDI, *supra* note 31 aux pp. 397-398.

²⁵⁸ *Saipem – Sentence*, *ibid.* au para. 181.

²⁵⁹ *Ibid.* aux para. 182-184.

conception, si ces risques venaient à se matérialiser, il n'y aurait aucun recours possible. Outre que cela nous semble être une approche choquante, cette conception offre un blanc-seing à certaines juridictions pour commettre des abus de droit ou des violations du droit à un procès équitable. Le Tribunal a donc rejeté catégoriquement l'argument.

Ayant retenu le caractère expropriateur et illicite des mesures prises par les juridictions bangladaises, le Tribunal va donc examiner le montant de l'indemnisation.

E. Le montant des dommages ou comment l'arbitrage CIRDI s'est transformé en mécanisme d'exécution de la sentence CCI

Malgré le paragraphe 127 de la décision sur la compétence et 128-129 de la présente sentence, et au vu de l'analyse des violations du TBI par le Bangladesh, il est difficile de ne pas estimer que, dans la pratique, l'investissement protégé est bien la sentence CCI. Ainsi le Tribunal s'est transformé en mécanisme de reconnaissance et d'exécution de la sentence CCI. La décision sur le préjudice confirme cette impression²⁶⁰.

Le TBI a indiqué que l'indemnisation de l'expropriation devait refléter la valeur réelle du marché²⁶¹. Comme le Tribunal avait considéré que les droits expropriés étaient ceux reconnus par la sentence CCI, il était logique que ce dernier indique que « *the amount awarded by the ICC Award constitutes the best evaluation of the compensation* »²⁶². Logique, mais sans référence aux dispositions du TBI, sans référence à la valeur réelle du marché de l'investissement. Si le calcul aurait peut-être mené à la même conclusion, il aurait été intéressant d'explicitier la conformité de ce montant avec la méthode indiquée dans le TBI.

Par conséquent, le Bangladesh est donc condamné à payer le même montant, au centime près, que celui auquel le tribunal CCI l'a condamné, soit plus de six millions de dollars²⁶³.

L'issue de cet arbitrage nous mène donc à penser que c'est bien une nouvelle voie ouverte pour certains investisseurs qui pourront obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale commerciale par le biais d'un arbitrage CIRDI si (i) les juridictions locales ont rendu impossible cette exécution et si (ii) il est impossible d'obtenir des dédommagements par un autre biais que celui-là. Ces deux conditions cumulatives risquent de réduire considérablement le champ des possibles pour les investisseurs mais il n'en reste pas moins qu'une nouvelle brèche a été ouverte concernant la condamnation l'État hôte du fait des actes de ses juridictions.

²⁶⁰ *Ibid.* aux para. 192 et s.

²⁶¹ *Ibid.* au para. 201.

²⁶² *Ibid.* au para. 202.

²⁶³ *Saipem – Sentence, supra* note 245 au para. 216.

XVII. Sentence du 30 juillet 2009, *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. République d'Albanie*²⁶⁴

*Composition du tribunal arbitral: M. Jan Paulsson*²⁶⁵, *arbitre unique*

L'affaire opposant la société grecque Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (ci-après « Pantechniki ») à l'Albanie sur le fondement du Traité de protection des investissements signé entre la Grèce et l'Albanie²⁶⁶ en 1991, était modeste et d'apparence simple par rapport à celles que nous avons l'habitude de commenter dans cette chronique.

Les demandes de l'investisseur étaient en effet relativement faibles, moins de deux millions de dollars, les faits aisés à résumer (la destruction de l'investissement de la société grecque chargé de la construction d'une route, à la faveur d'importantes émeutes en Albanie en 1997) et une sentence concise, de moins de trente pages rendue par un arbitre unique indiscutablement soucieux de développer sa pensée et d'argumenter ses décisions.

La sentence rendue par M. Paulsson est en effet originale dans la forme et le style. La structure habituelle des sentences CIRDI est ici écartée pour une structure plus simple, servie par un style dense mais quelque plus littéraire que ce que les arbitres livrent généralement. Le fait que M. Paulsson agissait en tant qu'arbitre unique, sans rechercher l'adhésion de co-arbitres, y est peut-être pour quelque chose.

Au-delà du style, on remarque immédiatement que l'arbitre unique a cherché à marquer de son empreinte les deux principales questions abordées dans la sentence, à savoir la définition de l'investissement au sens de l'article 25 de la *Convention de Washington* et la sanction de l'initiation de procédures parallèles aux faits de l'espèce. Le risque dans de telles circonstances aurait été de multiplier les *obiter dicta*, ce que l'arbitre unique évite, dans une certaine mesure, pour livrer une sentence motivée mais également utile.

A. La notion d'investissement, une nouvelle fois

L'arbitre unique ne livre pas, dans l'affaire Pantechniki, de lecture révolutionnaire de l'analyse de la notion d'investissement au CIRDI. Paulsson reprend plutôt les désormais classiques éléments caractéristiques de l'investissement tels que décrits par la sentence Salini, tout en se gardant d'en faire les éléments d'une définition de la notion. Il reprend par ailleurs à son compte les développements de Zachary Douglas en estimant que :

²⁶⁴ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. République d'Albanie* (2009), ARB/07/21 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Pantechniki-Sentence*].

²⁶⁵ Nommé par accord entre les parties.

²⁶⁶ *Agreement between the government of the Hellenic Republic and the government of the Republic of Albania for the encouragement and reciprocal protection of investments*, en ligne: UNCTAD <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/greece_albania.pdf>.

*Recent cases and commentary suggest that Douglas' Rule 23 may well encapsulate an emerging synthesis. It reads 'The economic materialization of an investment requires the commitment of resources to the economy of the host state by the claimant entailing the assumption of risk in expectation of a commercial return.'*²⁶⁷

L'arbitre unique développe ensuite, sans doute quelque peu hors de propos avec la solution qu'il retient en définitive, sa lecture du concept. La notion d'investissement au sens de la *Convention de Washington* est une notion autonome et objective, qui n'a pas de seuil de valeur. Il ne saurait y avoir d'investissements modestes qui ne seraient pas protégés, même si les coûts générés par le système arbitral tel qu'il est conçu aujourd'hui a pour effet de les exclure *de facto*.

Paulsson en conclut qu'il est possible, en fonction des particularités de l'affaire de retenir qu'un investissement est « *so simple and instantaneous that it cannot possibly be called an « investment » without doing violence to the word.* »²⁶⁸.

L'application aux faits de l'espèce est brève et tient en deux paragraphes. L'opération économique de Pantechniki en Albanie est bien un investissement au sens de la *Convention de Washington* dans la mesure où le matériel nécessaire a été importé de Grèce, le travail de réhabilitation des routes conséquent, la recherche d'un retour sur investissement (ici estimé à sept millions de dollars) évident et, finalement, le risque pris par l'investisseur majeur.

La solution est incontestable mais l'on se demande si l'arbitre unique en fait trop (la solution dégagée n'imposait pas de développements doctrinaux) ou trop peu (quelques éléments supplémentaires sur les faits de l'espèce n'auraient pas été superflus).

B. La sanction de l'initiation de procédures parallèles appliquée pour la première fois

La difficulté majeure de l'affaire (et le principal intérêt de la sentence) découle de l'existence dans le Traité applicable d'une clause donnant le choix à l'investisseur entre l'arbitrage international et le recours aux juridictions locales. Cette disposition était libellée comme suit :

If such dispute [an investor/State dispute concerning an investment] cannot be settled within six months from the date either party requested amicable settlement the investor or the Contracting Party concerned may submit the dispute either to the competent court of the Contracting Party or to an international tribunal.

Telle quelle, cette disposition ne nous semble pas être une clause de choix irrévocable au sens strict du terme, connue également sous le nom de clause de

²⁶⁷ *Pantechniki-Sentence*, supra note 264 au para. 36, citant Zachary Douglas *et al.*, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

²⁶⁸ *Pantechniki-Sentence*, *ibid.* para. 48.

« *fork-in-the-road* », contrairement à ce qu'indique l'arbitre unique. Cette disposition, que l'on retrouve parfois dans d'autres traités de protection des investissements, consiste à prévoir que le choix d'une voie pour la résolution du différend, par exemple la voie des juridictions locales ou la voie de l'arbitrage, est définitif. Ici, il nous semble que la disposition donne à l'investisseur une alternative, mais non une indication que son choix sera définitif.

La position de l'Albanie est que cette disposition doit être lue en conjonction avec l'article 26 de la *Convention de Washington* selon lequel « *Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours.* »

Dès lors, le fait que l'investisseur grec avait initialement saisi les tribunaux albanais de la demande qu'il avait ultérieurement formée devant le CIRDI entraînait, selon l'Albanie, la renonciation de ce dernier à l'arbitrage.

L'arbitre unique a suivi cette voie. Il se demande si « *the claim [before ICSID] truly has an autonomous existence outside the Contract. Otherwise the Claimant must live with the consequences of having elected to take its grievance to the national courts* ». En présence de procédures concurrentes, l'arbitre unique retient qu'il convient de rechercher le « *fundamental basis of the claim* », tels que présentés en l'espèce par Pantechniki devant les juridictions albanaises et devant le CIRDI²⁶⁹. En l'espèce la demande de Pantechniki était exactement la même que celle formulée devant le CIRDI, à savoir le paiement du montant d'indemnisation que le Ministère des transports lui avait promis à l'issue des émeutes mais que le Ministère des finances avait refusé de lui verser. L'arbitre unique est inflexible :

*The logic is inescapable. To the extent that this prayer was accepted it would grant the Claimant exactly what is seeking before ICSID – and on the same 'fundamental basis'. The Claimant's grievance thus arises out of the same purported entitlement that it invoked in the contractual debate it began with the General Roads Directorate. The Claimant choose to take the matter to the Albanian courts. It cannot now adopt the same fundamental basis as the foundation of the Treaty claim. Having made the election to seise the national jurisdiction the Claimant is no longer permitted to raise the same contention before ICSID.*²⁷⁰

Il nous semble que le raisonnement de l'arbitre unique a été facilité par le fait que la demande devant les juridictions albanaise avait été réalisé par l'investisseur grec lui-même et que le Traité en question ne contenait pas d'« *umbrella clause* » qui aurait pu être soulevée pour « convertir » la demande contractuelle en demande fondée sur le Traité.

Si la solution peut être justifiée dans le cas d'espèce, la sentence nous semble avoir pour effet, même en l'absence de clause de choix irrévocable comme c'est le cas

²⁶⁹ *Pantechniki-Sentence*, supra note 264 au para. 61, se référant à l'affaire *Woodruff* jugée devant la Commission mixte américano-vénézuélienne en 1903.

²⁷⁰ *Ibid.* au para. 67.

en l'espèce malgré l'autorité de la décision de l'arbitre unique, d'imposer à l'investisseur de distinguer, en amont, le fondement de ses demandes et d'être attentif à ne pas y renoncer. Il s'agit en définitive d'une application de la maxime *electa una via* et, dans ce contexte, nous aurions sans doute préféré une plus ample discussion de l'application de ce principe à l'ensemble des clauses de résolution des différends investisseurs/États, puisque c'est ce à quoi aboutit la sentence Pantechniki. On regrettera également que l'article 26 de la *Convention de Washington*, invoqué par l'Albanie n'ait pas été plus amplement analysé, notamment sur la question de savoir s'il était effectivement applicable au cas d'espèce. L'arbitre unique conclut sa décision sur ce point en se fondant tant sur les dispositions du Traité (dont nous avons vu qu'elles n'interdisaient pas, stricto sensu, les procédures concurrentes) que sur l'article 26 de la *Convention de Washington* mais sans en dire un mot.

Quoi qu'il en soit, si l'arbitre unique retient que l'investisseur est forclos en ce qui concerne les demandes déjà présentées devant les juridictions albanaises, tel n'est pas le cas de ses autres demandes, notamment l'argument selon lequel il aurait été victime d'un déni de justice de la part des juridictions albanaises ou que l'Albanie n'aurait pas protégé son investissement.

C. Les demandes résiduelles de l'investisseur

Quelle que soit l'interprétation à donner de la procédure initiée par l'investisseur devant les juridictions grecques, il est certain qu'elle n'a pas été le théâtre d'une demande fondée sur l'absence de protection pleine et entière par l'Albanie, et du déni de justice devant les tribunaux nationaux. Sur ces deux points, « rescapés » de l'analyse initiale, l'arbitre unique est également sévère vis-à-vis de l'investisseur.

L'allégation d'une violation de la protection pleine et entière que le Traité oblige l'Albanie à fournir à l'investisseur grec est écartée par l'arbitre unique. L'investisseur avait soutenu que l'État albanais n'avait pas fait preuve de diligences suffisantes lorsque ses équipements avaient été pillés par les émeutiers en 1997. Pour rejeter cet argument, l'arbitre unique relève que tous les États n'ont pas les mêmes capacités à intervenir dans des situations de crises et « adopte » la position de MM. Paradel et Newcombe selon lesquels

*Although the host state is required to exercise an objective minimum standard of due diligence, the standard of due diligence is that of the host state in the circumstances and with the resources of the state in question. (...) In practice, tribunals will likely consider the state's level of development and stability as relevant circumstance in determining whether there has been due diligence. An investor investing in an area of with endemic civil strife and poor governance cannot have the same expectation of physical security as one investing in London, New York or Tokyo.*²⁷¹

²⁷¹ *Ibid.* para. 81, citant Lluís Paradel et Andrew Newcombe, *Law and Practice of Investment Treaties*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009 à la p.310.

La solution est en théorie raisonnable mais le principe s'applique-t-il aussi facilement au cas d'espèce et permet-il de conclure, comme l'arbitre unique le fait que « *the Albanian authorities were powerless in the face of social unrest of this magnitude* »²⁷².

Le doute est permis pour le cas de l'Albanie qui est un État très fortement centralisé, qui n'a pas connu de vagues de violence majeures, de guerres civiles et autres, particulièrement dans un contexte régional extrêmement volatil. En d'autres termes, est-il exact que l'investisseur grec pouvait s'attendre à ne pas pouvoir être protégé par les autorités albanaises, même si l'État semblait absent des zones concernées par l'investissement, comme il ressort d'un témoignage ? Pour conclure, il n'y avait pas, semble-t-il, de violence endémique, de dissensions religieuses, ethniques ou politiques particulières et, si l'Albanie était un État pauvre, il n'en restait pas moins stable.

L'appréciation du déni de justice allégué par l'investisseur mérite enfin d'être mentionnée. L'arbitre unique retient que les décisions de justice albanaises étaient manifestement erronées, à un point tel que « *no competent judge could reasonably have made* »²⁷³, ce qui, dans les cas extrêmes comme celui-ci, peut être considéré comme un déni de justice. Cela étant dit, dans la mesure où l'investisseur a retiré son recours devant la Cour suprême albanaise, l'arbitre unique ne peut aller jusqu'au bout du principe et sanctionner l'Albanie. Dans la mesure où toutes les possibilités n'ont pas été offertes au système judiciaire de corriger des décisions manifestement erronées et, en l'absence de preuve qu'un nouveau recours aurait été inutile, l'arbitre unique ne peut sanctionner l'Albanie pour déni de justice : « *It is inevitable that [the investor's] failure to take the final step in the straight line to the Supreme Court is fatal to its claim of denial of justice* »²⁷⁴.

Au final, cette courte sentence de moins de trente pages touche de près plusieurs questions importantes du droit des investissements. Elle sera à ce titre sans aucun doute largement reprise ou étudiée à l'avenir.

²⁷² *Ibid.* para. 82.

²⁷³ *Pantechniki-Sentence*, *supra* note 264 au para. 94.

²⁷⁴ *Ibid.* para. 102.

XVIII. Sentence du 4 août 2010, *Piero Foresti, Laura de Carli et autres c. République d'Afrique du sud*²⁷⁵

*Composition du tribunal arbitral: M. Vaughan Lowe*²⁷⁶, *Président; MM. Joseph M. Matthews*²⁷⁷ *et Charles N. Brower*²⁷⁸, *arbitres*

L'arbitrage initié par une dizaine de personnes physiques de nationalité italienne, et une société de droit luxembourgeois, contre l'Afrique du sud, est fondé sur les dispositions des traités de protection des investissements signés entre ce dernier État et l'Italie en 1997 d'une part et le Benelux en 1998 d'autre part. L'affaire a été initiée par les demandeurs en application du Mécanisme supplémentaire du CIRDI dans la mesure où l'Afrique du sud n'a pas signé la *Convention de Washington*.

Les investisseurs étrangers se plaignaient des atteintes portées à leur droits dans le secteur minier en Afrique du sud notamment après l'adoption du Black Economic Empowerment Act de 2003 dont l'objet était de rééquilibrer l'accès à certaines ressources économiques du pays après des années d'Apartheid. L'Afrique du sud a contesté, dans une première phase de la procédure, la compétence du Tribunal arbitral et les arguments au fond des demandeurs.

Si le Tribunal arbitral a rendu une sentence, l'affaire n'est en réalité pas allée à son terme puisque les investisseurs ont retiré leurs demandes en cours de procédure, s'estimant satisfait par l'octroi de nouveaux droits miniers par l'Afrique du sud. Les parties se sont toutefois opposées sur la question de savoir qui devait supporter les frais de l'arbitrage et si les investisseurs devaient ou non contribuer pour partie aux frais des conseils de la partie adverse.

En définitive, le Tribunal arbitral a décidé qu'il avait compétence pour fixer la répartition des frais de l'arbitrage et notamment pour décider que les demandeurs devaient contribuer aux frais de représentation de l'Afrique du sud à hauteur de quatre cent mille euros. Les motivations de la décision du Tribunal arbitral sont étroitement liées à la conduite de la procédure par les parties et par divers incidents qui ont émaillée cette dernière. On se bornera à relever que la sentence se fait l'écho de négociations entre certains demandeurs et l'un des conseils des défendeurs, un avocat local. Lors de ces négociations, ce dernier a affirmé pouvoir obtenir une transaction dans laquelle chaque partie conserverait la charge de ses frais, moyennant le paiement d'un pot-de-vin. Les demandeurs ont refusé et ont fini par informer l'Afrique du sud et ses conseils de cet évènement.

²⁷⁵ *Piero Foresti, Laura de Carli et autres c. République d'Afrique du sud* (2010), ARB(AF)/07/1 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Piero Fauresti - Sentence*].

²⁷⁶ Nommé par les parties.

²⁷⁷ Nommé par le défendeur.

²⁷⁸ Nommé par les demandeurs.

XIX. Commentaire conjoint :

Sentence du 17 septembre 2009, *Cementownia "Nowa Huta" S.A. c. République de Turquie*²⁷⁹

*Composition du tribunal arbitral: M. Pierre Tercier*²⁸⁰, *Président; MM. J. Christopher Thomas*²⁸¹ *et Marc Lalonde*²⁸², *arbitres*

Sentence du 13 août 2009, *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. République de Turquie*²⁸³

*Composition du tribunal arbitral: M. Donald M. McRae*²⁸⁴, *Président; MM. Laurent Lévy*²⁸⁵ *et Julian D.M. Lew*²⁸⁶, *arbitres*

Le commentaire conjoint des deux sentences rendues dans les affaires *Cementownia « Nowa Huta » c. République de Turquie* et *Europe Cement Investment & Trade c. République de Turquie* s'impose. Il s'agit en réalité de deux affaires jumelles résultant de l'effondrement de l'empire de la famille Uzan en Turquie qui est à l'origine de deux autres affaires au CIRDI²⁸⁷.

Ces affaires ont tellement de similitudes qu'on s'étonne qu'elles n'aient pas fait l'objet d'une consolidation. Dans les deux cas, le demandeur était une société polonaise, représentée par un même individu, qui a soutenu avoir acquis les actions détenues par une société du groupe Uzan dans deux sociétés turques exploitant des centrales électriques et titulaires de concessions dans ce domaine. Dans les deux cas, l'acquisition en question a eu lieu quelques jours seulement avant l'expropriation des sociétés turques en question, au moyen d'une transaction pour le moins extravagante, conclue par téléphone, pour un montant insignifiant, suivi du transport allégué non moins rocambolesque des actions cédées par avion de Turquie en Pologne. Dans les deux cas également, le montant de l'indemnisation demandé, près de quatre milliards de dollars, était colossal.

Toujours au rang des similitudes, cette fois-ci d'un point de vue procédural,

²⁷⁹ *Cementownia "Nowa Huta" S.A. c. République de Turquie* (2009), ARB(AF)/06/2 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Cementownia-sentence*].

²⁸⁰ Nommé par les co-arbitres.

²⁸¹ Nommé par le défendeur.

²⁸² Nommé par les demandeurs.

²⁸³ *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. République de Turquie* (2009), ARB(AF)/07/2 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Europe-Sentence*].

²⁸⁴ Nommé par les co-arbitres.

²⁸⁵ Nommé par le défendeur.

²⁸⁶ Nommé par les demandeurs.

²⁸⁷ *Libananco Holdings Co. c. Turquie*, « Décision sur les questions préliminaires », (23 juin 2008) ARB/06/8 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>. Fouret et Khayat, CIRDI, *supra* note 31 à la p. 346 et s. et *Saba Fakes c. République de Turquie* (2010), ARB/07/20 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>.

on relèvera que les deux affaires ont été initiées en application du *Traité sur la Charte de l'énergie* devant un tribunal arbitral constitué en application du *Règlement d'arbitrage du CIRDI* dans la mesure où la Pologne n'a pas signé la *Convention de Washington*. Enfin, les deux demandeurs ont eu les plus grandes difficultés avec leurs avocats, les premiers ayant fini par démissionner tandis que de longs mois se sont écoulés avant qu'Europe Cement ne fasse appel à un conseil à la veille de l'audience, le même conseil qui a également représenté Cementownia, mais pour quelques jours uniquement.

Le cœur de l'affaire est également exactement le même dans les deux affaires et concerne la preuve de la qualité d'investisseur des deux demanderesses. Dans les deux cas, la Turquie a contesté la réalité de la transaction qui aurait permis aux sociétés polonaises de prétendre à la protection du *Traité sur la Charte de l'énergie*. Dans les deux cas, les sociétés polonaises ont été dans l'incapacité, au terme de rebondissements peu communs en matière d'arbitrage international, de produire les actions au porteur litigieuses ou de prouver de toute autre manière la réalité de la transaction.

Si les deux tribunaux arbitraux n'ont eu aucune difficulté à reconnaître que la transaction n'avait, selon toute vraisemblance jamais existé (les nombreuses pages dédiées à cette démonstration sont édifiante sur le grossier montage réalisé par les demandeurs et les prétendus cédants), et qu'il s'agissait en définitive d'une saisine frauduleuse d'un tribunal arbitral, le ton et la sévérité des termes employés – à juste titre – par le tribunal arbitral composé dans l'affaire Cementownia ne manqueront pas de marquer le lecteur. On relèvera d'ailleurs que le Tribunal arbitral va jusqu'au bout de la logique en ajoutant que, même si le demandeur avait pu prouver sa qualité d'investisseur, le résultat aurait été le même et le Tribunal arbitral se serait également reconnu incompétent tant l'acquisition des actions en question, à quelques jours de l'expropriation turque, n'était qu'un « *mere artifice employed to manufacture an international dispute out of a purely domestic dispute* »²⁸⁸.

Le lecteur ne s'étonnera pas, dans ces conditions hors du commun, que le demandeur a été condamné, dans les deux cas, à payer l'ensemble des frais de la Turquie.

²⁸⁸ *Cementownia – Sentence, supra note 279 au para. 117.*

XX. Sentence du 27 août 2009, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*²⁸⁹

*Composition du tribunal arbitral: M. Gabrielle Kaufmann-Kohler*²⁹⁰,
*Président; MM. Franklin Berman*²⁹¹ *et Karl-Heinz Böckstiegel*²⁹², *arbitres*

L'épilogue de l'affaire Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. (« Bayindir »), une société turque, contre le Pakistan intervient avec une longue sentence dans laquelle les arbitres ont rejeté toutes les demandes de l'investisseur.

Le litige entre les parties avait déjà donné lieu à une décision sur la compétence dans laquelle le Tribunal arbitral avait retenu sa compétence pour les demandes fondées sur le Traité de protection des investissements entre la Turquie et le Pakistan²⁹³ mais non sur celles fondées sur le contrat²⁹⁴. Ces dernières demandes avaient en effet été retirées par l'investisseur au début de l'audience sur la compétence.

Les faits de l'affaire concernent le contrat signé entre Bayindir et la National Highway Authority pakistanaise pour la construction de l'autoroute M1 reliant Islamabad à Peshawar. La mise en œuvre de ce projet a rencontré de très nombreuses difficultés qui ont culminé lorsque le Pakistan a évincé l'investisseur turc pour le remplacer par des sociétés locales. Bayindir a présenté au Tribunal arbitral de nombreuses demandes tenant principalement aux circonstances de son éviction et de la résiliation du contrat de construction. Bayindir soutient que les agissements du Pakistan ont porté atteinte à ses droits découlant du Traité, notamment à être traité de manière juste et équitable, à bénéficier du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée et, enfin à ne pas être exproprié sans versement d'une réparation adéquate, conforme aux standards en la matière.

Le litige comporte une particularité juridique que nous étudierons en premier relative à la possibilité d'« importer » une clause de traitement juste et équitable par le biais de la clause de la nation la plus favorisée (a). Pour le reste, le Tribunal arbitral a, implacablement, démonté toute l'argumentation de l'investisseur et rejeté toutes ses demandes (b).

²⁸⁹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan* (2009), ARB/03/29 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Bayindir-Sentence*].

²⁹⁰ Nommé par les co-arbitres.

²⁹¹ Nommé par le défendeur.

²⁹² Nommé par les demandeurs.

²⁹³ Agreement between the Islamic Republic of Pakistan and the Republic of Turkey concerning the reciprocal, promotion and protection of investments, en ligne: UNCTAD <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/pakistan_turkey.pdf>.

²⁹⁴ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, « Décision sur la compétence » (14 novembre 2005) ARB/03/29, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>, Fouret et Khayat, Recueil des commentaires, *supra* note 9 à la p. 384 et s.

A. **Invocation de la clause de la nation la plus favorisée pour “importer” une clause traitement juste et équitable**

Le Traité applicable dans cette affaire a ceci de particulier qu’il ne comporte pas de disposition sur le traitement juste et équitable. Cette disposition est devenue, avec le développement du droit des investissements internationaux, celle qui est le plus souvent invoquée par les investisseurs. C’est notamment le cas en raison de la très large interprétation que les tribunaux institués sous l’égide du CIRDI ont donné à cette disposition. Son absence constituait un handicap évident pour Bayindir.

C’est la raison pour laquelle l’investisseur a soutenu que, en application de la clause de la nation la plus favorisée, il lui était possible de se prévaloir de la clause du traitement juste et équitable prévue dans d’autres traités conclus par le Pakistan.

Si la question est controversée pour ce qui concerne l’invocation de disposition telles que la clause de règlement des différends, comme le relève le Tribunal arbitral²⁹⁵, les arbitres ne voient aucune difficulté à ce que la disposition sur le traitement juste et équitable du traité Pakistan-Royaume-Uni²⁹⁶, qui est antérieur au traité signé avec la Turquie, comme celle du traité Pakistan – Suisse²⁹⁷, qui est lui postérieur.

La solution nous semble entièrement justifiée et il n’y avait aucune raison valable de s’opposer à une pleine mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée, notamment dans un cas de figure où celle-ci était libellée de manière extrêmement claire.

B. **Le rejet systématique des arguments de l’investisseur sur le fond**

Le Tribunal arbitral a fait montre d’une certaine sévérité en disposant méthodiquement de toutes les demandes de Bayindir, y compris celles liées à l’allégation de la violation du traitement juste et équitable.

Les tentatives de Bayindir de faire reconnaître que l’exécutif pakistanais a directement influé sur la décision de l’évincer du projet ou qu’il existait un complot orchestré au sein de la National Highway Authority pour aboutir à ce résultat ont échoué²⁹⁸. Il en est de même de l’argument selon lequel la résiliation du contrat n’avait aucun rapport avec les performances de Bayindir. Au contraire, selon le Tribunal arbitral, le Pakistan avait toutes les raisons de se plaindre de la mauvaise exécution du contrat, ce qui justifiait la résiliation²⁹⁹. Le Tribunal arbitral a également

²⁹⁵ *Ibid.* au para 159.

²⁹⁶ *Agreement between the government of the U.K. and the government of the Islamic Republic of Pakistan for the promotion and protection of investments*, en ligne: UNCTAD <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_pakistan.pdf>.

²⁹⁷ *Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, en ligne : UNCTAD <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_pakistan_fr.pdf>.

²⁹⁸ *Bayindir-Sentence*, *supra* notre 289 aux para. 197-223 et s.

²⁹⁹ *Ibid.* au para. 315.

estimé que l'investisseur n'avait été l'objet d'aucune coercition et que l'appel, par le Pakistan des garanties bancaires de Bayindir était amplement justifié³⁰⁰. Même mise bout à bout, toutes ces mesures ne permettent pas au Tribunal arbitral de juger que le Pakistan a violé le moindre de ses engagements en vertu du Traité³⁰¹. C'est également ce qui a été jugé sur l'argument de l'expropriation illégale ou du traitement national pour lequel le Tribunal arbitral a estimé que les entrepreneurs pakistanais étaient soumis à un autre régime et à d'autres contraintes que Bayindir, ce qui les plaçait dans une situation non-comparable à celle de l'investisseur turc³⁰².

Sur tous ces points, le raisonnement du Tribunal arbitral repose sur les faits de l'espèce et n'a pas lieu d'être développé ici, sauf sur un point relatif aux attentes légitimes de l'investisseur en application du standard de traitement juste et équitable. L'analyse qu'a réalisée le Tribunal arbitral de cette question révèle particulièrement sa sévérité à l'égard de Bayindir. En substance, l'investisseur alléguait avoir été affecté par une décision gouvernementale de l'évincer du projet, à la faveur d'un changement politique, en l'occurrence l'arrivée du Général Mousharaf au pouvoir. S'il admet dans une certaine mesure l'existence d'une interférence de l'exécutif dans les prises de décisions de la National Highway Authority, le Tribunal Arbitral ne retient pour autant pas que les attentes légitimes de l'investisseur de ne pas être soumis aux aléas des changements de régime aient été violées. Le Tribunal arbitral retient en effet que Bayindir avait préalablement à la conclusion du contrat litigieux, connu à plusieurs reprises les conséquences d'un changement de gouvernement au Pakistan, y compris en sa faveur. Par conséquent, informée de ces changements et de leurs conséquences éventuelles, l'investisseur ne pouvait avoir d'attentes légitimes en la matière.

La solution nous semble sévère et nous rappelle que, malgré le développement d'une jurisprudence arbitrale globalement favorable aux investisseurs, les traités de protection des investissements ne sont pas une police d'assurance contre les mauvaises décisions d'affaires des investisseurs auxquelles ces derniers pourraient souscrire, pour reprendre les termes de la sentence rendue en 2000 dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*³⁰³. L'affaire Bayindir montre, pour ceux qui en doutaient, que ces traités ne constituent pas non plus une police d'assurance contre les changements de régime dans les pays hôtes des investissements.

³⁰⁰ *Ibid.* aux para. 337 et s.

³⁰¹ *Ibid.* au para. 387.

³⁰² *Ibid.* au para. 411.

³⁰³ *Maffezini c. Espagne* (2000), ARB/97/7 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>.

XXI. Décision sur la demande d'annulation du 1^{er} septembre 2009, *Azurix Corp c. République argentine*³⁰⁴

Composition du Comité ad hoc : M. Gavan Griffith, président; MM. Bola Ajibola et Michael Hwang, membres.

Cette décision du Comité *ad hoc* intervient après la sentence rendue le 14 juillet 2006 et à la décision sur la compétence rendue en 2003³⁰⁵.

La procédure d'annulation menant à la décision a été menée par l'Argentine en utilisant ce que C. Schreuer appelle la « *shrapnel tactic* »³⁰⁶ c'est-à-dire une demande d'annulation à fragmentation, en référence à la bombe du même nom. Le but est de soulever tous les motifs possibles et imaginables en espérant qu'au moins un trouvera grâce aux yeux du Comité. L'Argentine a, en l'espèce, mené la technique de la demande d'annulation à fragmentation à son paroxysme car pour la première fois 4 motifs différents d'annulation ont été soulevés concomitamment

Premièrement, l'État a soutenu que le tribunal n'avait pas été régulièrement constitué et que cette constitution est donc viciée suite à la nomination de M. Rigo Sureda, en violation de l'article 52(1)(a). Deuxièmement, le Tribunal aurait commis un excès de pouvoir manifeste en violation de l'article 52(1)(b) car (i) il n'avait pas compétence, (ii) le tribunal n'a pas appliqué le droit applicable et (iii) le tribunal a appliqué un mauvais standard d'indemnisation. Troisièmement, il y aurait eu une inobservation grâce d'une règle de procédure, en violation de l'article 52(1)(d) car le Tribunal a refusé d'appuyer la défenderesse dans sa recherche de la preuve en refusant d'enjoindre Azurix de produire des documents. Quatrièmement, la sentence souffrirait de défauts de motifs importants³⁰⁷. Azurix s'est bien entendu opposé vigoureusement à toutes ces allégations.

Le Comité a rejeté la demande d'annulation dans sa totalité dans une décision d'une extrême longueur, 179 pages, pour une décision d'annulation, et remplie de nombre de détails, à notre sens, parfois inutiles. En outre, le Comité aurait pu s'épargner certaines analyses, et ainsi épargner le lecteur, qui étaient, de son propre aveu, superflues mais qu'il s'est senti obligé de traiter en raison des « *extensive arguments made by the parties* »³⁰⁸. Cela apparaît plutôt comme une tentative de démonstration de sa maîtrise de la procédure d'annulation, tant au moyen d'écrits doctrinaux qu'au moyen de précédents auxquels la décision fait constamment référence.

³⁰⁴ *Azurix Corp c. République argentine* (2009), « *Decision on the Application for Annulment for the Argentine Republic* » ARB/01/12, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Azurix - Annulation*].

³⁰⁵ Voir nos commentaires dans Fouret et Khayat, *Recueil des commentaires*, *supra* note 9 à la p. 152 et s. et à la p. 430 et s.

³⁰⁶ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 à la p. 925.

³⁰⁷ *Azurix - Annulation*, *supra* note 304 aux para. 39-56 pour l'analyse de chacun de ces motifs d'annulation et des principes les soutenant. L'application factuelle de ces motifs est répartie tout le long des 19 pages de la sentence.

³⁰⁸ *Ibid.* aux para. 112-129.

Nous reviendrons sur les deux points qui nous semblent avoir un intérêt pour le droit des investissements internationaux en général, et pour la procédure CIRDI en particulier. Le reste de la décision étant si détaillé qu'il n'est pas toujours aisé d'en dégager des enseignements.

A. La mise en place des critères pour l'application de l'article 52(1)(a)

Dans la mesure où il s'agit de la première décision à se pencher sur le motif du vice dans la constitution du Tribunal arbitral comme motif d'annulation, les critères que ce comité a dégagé devraient influencer la manière dont ce motif sera abordé par d'autres comités *ad hoc* dans le futur.

Pour le Comité, ce motif d'annulation pourra mener à l'annulation de la sentence en cas de non-respect de la procédure pour constituer le Tribunal, y compris lors de la procédure de récusation, tels que prévus par la *Convention de Washington*³⁰⁹.

En l'espèce, le Comité *ad hoc* a retenu qu'il n'y a eu aucun manquement ni aucune violation procédurale sur la demande de récusation du Dr Rigo Sureda. Le Comité a pourtant jugé opportun, en raison de la nouveauté du motif invoqué, de faire trois observations sur cette question.

Premièrement, « *Article 52(1)(a) cannot be interpreted as providing the parties with a de novo opportunity to challenge members of the tribunal after the tribunal has already given its award* »³¹⁰. Cette affirmation est importante pour préserver le principe central de finalité des sentences arbitrales dans le système CIRDI tel qu'indiqué à l'article 53(1) de la *Convention de Washington*.

Deuxièmement, si une partie « *only became aware of the grounds for disqualification of the arbitrator after the award was rendered, this newly discovered fact may provide a basis for revision of the award under Article 51 of the ICSID Convention but, in the Committee's view, such a newly discovered fact would not provide a ground of annulment under Article 52(1)(a)* »³¹¹. Cette décision est parfaitement logique à la lecture de l'article 51 qui ouvre la procédure de révision « *en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence* ». Un problème de constitution du Tribunal arbitral serait bien entendu de nature à influencer la sentence. Cette affirmation du Comité est intéressante et devrait permettre, d'éviter l'invocation trop fréquente de ce motif, en restreignant ainsi son champ d'application, en conformité avec le but et l'objet de l'article 52(1)(a) et de la *Convention de Washington* dans son ensemble.

Enfin, troisièmement, et pour éviter à nouveau toute interprétation extensive, « *an ad hoc committee cannot decide for itself whether or not a decision under Article 58 was correct, as this would be tantamount to an appeal against such a*

³⁰⁹ *Ibid.* aux para. 278-282.

³¹⁰ *Ibid.* au para. 280.

³¹¹ *Azurix – Annulment*, *supra* note 304 au para. 281.

decision »³¹². En effet, il semble logique que la seule et unique chose que puisse faire un Comité est de vérifier si les procédures de l'article 57 et 58 ont bien été respectées. Dans l'affirmative, aucune contestation sur le fondement de l'article 52(1)(a) ne pourra être soulevée.

Ces trois observations nous semblent appropriées afin de permettre de mieux circonscrire l'exploitation de ce motif à l'avenir et éviter qu'il soit utilisé comme un moyen d'ouvrir une procédure d'appel. Il nous semble que sur ce point, le Comité, avec les principes qu'il a posés, y soit parvenu.

B. De la discrétion du comité *ad hoc* dans l'allocation des coûts de la procédure d'annulation

*[L]e Tribunal tient à préciser qu'il n'est pas lié par les décisions et les sentences CIRDI rendues antérieurement. Le présent Tribunal estime toutefois qu'il se doit de prendre en considération les décisions des tribunaux internationaux et de s'inspirer, en l'absence de justification impérieuse en sens contraire, des solutions résultant d'une jurisprudence arbitrale établie [...] le Tribunal estime aussi devoir s'efforcer de contribuer au développement harmonieux du droit des investissements et, ce faisant de satisfaire à l'attente légitime de la communauté des États et des investisseurs quant à la prévisibilité du droit en la matière.*³¹³

Cette partie de la sentence rendue dans l'affaire *Pey Casado* est aujourd'hui devenue classique, depuis la décision *Saipem* sur la compétence en 2007³¹⁴. Ici, le Comité *ad hoc*, au paragraphe 368, a commencé son analyse sur la répartition des coûts dans la procédure d'annulation par réaffirmer qu'il a une entière discrétion afin de déterminer comment et par qui ces coûts seront supportés, en application des articles 61(2) de la *Convention de Washington* et 47(1)(b) du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*.

Alors que la majorité de ces prédécesseurs tel les comités *ad hoc* dans les affaires *MTD*, *Soufraki*, *CMS ou Lucchetti*³¹⁵ avaient retenu que les frais de la procédure en matière d'annulation devaient être payés à parts égales par chacune des parties, malgré l'article 14(3)(e) mettant à la charge du demandeur à l'annulation tous

³¹² *Ibid.* au para. 282.

³¹³ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c. République du Chili* (2008), ARB/98/2 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) au para. 119, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Pey Casado*] et nos commentaires Fouret et Khayat, CIRDI, *supra* note 31 à la p. 322.

³¹⁴ *Saipem – Décision*, *supra* note 239 au para. 67 et nos commentaires dans Fouret et Khayat, *supra* note 9 aux pp. 522- 523. Voir aussi *Noble Energy Inc. and MachalaPower Cia. Ltd. c. République d'Équateur et Consejo Nacional de Electricidad*, « *Decision on jurisdiction* » (5 mars 2008), ARB/05/12 au para. 50, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> ou encore *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. c. République d'Équateur* (2008), ARB/04/19 2 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) au para. 117, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> et nos commentaires Fouret et Khayat, CIRDI *supra* note 31 aux pp. 312-313 et 363-364.

³¹⁵ *Azurix – Annulation*, *supra* note 304 aux para. 369-370.

les frais de la procédure auprès du CIRDI à la différence de la procédure au fond.

En l'espèce, le Comité *ad hoc* a considéré que cette répartition des coûts était anormale et décidé que, pour maintenir la confiance des parties, il était nécessaire de se départir de la position majoritaire afin s'assurer que la remise en question de la finalité des sentences arbitrales, au moins temporairement par le biais de l'article 52, ne soit pas encouragée³¹⁶.

Confronté à la technique à "fragmentation", nous aurions souhaité que le Comité *ad hoc* aille plus loin encore dans son analyse et rejoigne la minorité plus rigoriste mettant à la charge tous les coûts de la procédure à la partie qui succombe, y compris ceux des conseils, comme cela avait été le cas dans la décision *CDC c. Seychelles*. Le comité avait en effet affirmé dans cette affaire que « *taking into account the presumption of finality in ICSID arbitration and the restrictive grounds of challenge available in the annulment process, the Republic's case was, to any reasonable and impartial observer, most unlikely to succeed.* »³¹⁷ Mais le Comité n'était pas prêt à aller aussi loin en l'espèce. Cela aurait sans doute contribué à limiter les velléités de certaines parties de recourir à la fois systématiquement au mécanisme de l'article 52 mais également à utiliser des demandes d'annulation à « fragmentation ».

XXII. Sentence du 8 septembre 2009, *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. République d'Azerbaïdjan*³¹⁸

*Composition du tribunal arbitral: M. Florentino P. Feliciano*³¹⁹, *Président; MM. Charles Brower*³²⁰ *et Christopher Greenwood*³²¹, *arbitres*

L'affaire opposant les sociétés demanderesse du groupe Azpetrol, toutes trois de droit néerlandais s'est conclue le 8 septembre 2009 par une sentence dans laquelle le Tribunal arbitral a refusé de se reconnaître compétent, sur le fondement allégué du *Traité sur la Charte de l'énergie*, pour statuer sur le litige.

La sentence ne comporte toutefois quasiment pas d'éléments intéressant le droit des investissements. En effet, la question tranchée par le Tribunal concernait la validité d'une transaction mettant fin au litige dont les demanderesse contestaient la

³¹⁶ *Ibid.* au para. 374-375.

³¹⁷ *CDC Group plc vs. République des Seychelles* (2005), Affaire CIRDI n° ARB/02/14, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) Décision du 29 juin 2005, au paragraphe 89, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> et nos commentaires dans Fourret et Khayat, *Recueil des Commentaires, supra* note 9 à la page p. 361.

³¹⁸ *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. République d'Azerbaïdjan* (2009), ARB/06/15 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Azpetrol-sentence*].

³¹⁹ Nommé par les co-arbitres.

³²⁰ Nommé par le défendeur.

³²¹ Nommé par les demandeurs.

portée. Sur ce point, que nous n'étudierons pas ici, on peut renvoyer aux longs développements de la sentence interprétant et appliquant le droit anglais en la matière, sur accord des parties, ainsi que les correspondances entre les conseils des parties au litige. Le Tribunal arbitral conclu à la validité de la transaction et à son caractère obligatoire pour les parties, et non à un accord limité à un moratoire sur la procédure. Par conséquent, en l'absence de litige au sens du *Traité sur la Charte de l'énergie* et de la *Convention de Washington*, le Tribunal arbitral se reconnaît logiquement incompétent.

Deux points méritent enfin d'être soulignés même s'ils n'ont pas été tranchés par le Tribunal arbitral en raison de sa décision sur la transaction. En premier lieu, le fait que les sociétés demanderesses étaient détenues par un ressortissant azéri. Si la question avait été abordée, elle aurait donné lieu à une nouvelle contribution à la question de savoir si, en droit des investissements, un tel montage - réalisé avant que le différend ne survienne - est valable, comme l'admettent aujourd'hui les tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du CIRDI³²².

En second lieu, la sentence Azpetrol évoque une autre question d'actualité du droit des investissements, celle des conséquences d'un acte de corruption par l'investisseur. Il ressort en effet des audiences qui se sont déroulées dans l'affaire Azpetrol que l'un des dirigeants de l'investisseur a admis avoir eu recours à des pots-de-vin (avant de revenir sur sa déclaration dans une missive ultérieure). L'Azerbaïdjan a alors immédiatement saisi le Tribunal arbitral d'une « *application to dismiss the proceedings on the grounds of international public policy* »³²³. Le Tribunal arbitral n'a, ici encore, pas eu à se prononcer sur cette soumission par l'effet de la transaction des parties.

XXIII. Commentaire conjoint :

Décision sur la compétence du 13 septembre 2007 et Sentence du 9 septembre 2009, *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. République kirghize*³²⁴

*Composition du tribunal arbitral : M. Vaughan Lowe*³²⁵, *Président; MM. Nabil Elaraby*³²⁶ *et Paolo Michele Patocchi*³²⁷, *arbitres.*

³²² Ref Aguas del Tunari, *supra* note 131, *Tokios Tokeles*, *supra* note 68, *The Rompetrol Group c. Roumanie*, ARB/06/3 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Rompetrof*], *Phoenix*, *supra* note 126, *TSA*, *supra* note 57, et autres.

³²³ *Azpetrol-sentence*, *supra* note 318 au para. 6.

³²⁴ *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. République kirghize*, ARB(AF)/06/1 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Sistem-Compétence et Sistem-Fond*] La décision et la sentence n'ont pas été publiées. Les auteurs en détiennent une copie dans leurs archives.

³²⁵ Nommé par le Président du Conseil administratif du CIRDI.

³²⁶ Nommé par le Président du Conseil administratif du CIRDI.

³²⁷ Nommé par la demanderesse.

Cette affaire, dont les deux décisions commentées ci-après n'ont jamais été publiées, oppose un investisseur de nationalité turque à la République kirghize, une première pour cet État. Cette affaire est enregistrée en application du Mécanisme supplémentaire³²⁸ car la défenderesse a signé mais non ratifié la *Convention de Washington*.

Le différend est né d'une joint-venture créée en 1992 entre la société demanderesse turque et Ak-Keme, une entreprise kirghize, ayant pour objet de construire et d'exploiter un hôtel à Bichkek.³²⁹ L'hôtel ouvrit ses portes en août 1995 mais, dès le début, de nombreux problèmes sont apparus (raids d'hommes armés en décembre 1995³³⁰, révocation de la licence d'exploitation en 1996³³¹, faillite d'Ak-Keme et rachat de ses parts par Sistem en 1998-1999³³²) avec comme point culminant, selon la demanderesse, après quelques années d'exploitation sans trop de difficultés depuis 2002, l'invasion par des hommes liés à Ak-Keme de l'hôtel en mars 2005 et l'expulsion des employés de Sistem des lieux³³³. Selon Sistem, malgré quelques déclarations de bonnes intentions, l'État n'a jamais rien fait de concret pour protéger son investissement, arguant notamment qu'il s'agissait d'un différend qui ne concernait pas l'État kirghize³³⁴.

C'est sur la base de ces actes que la demanderesse a déposé sa requête d'arbitrage le 30 septembre 2005 fondée à la fois sur le Traité de protection des investissements entre la Turquie et la République kirghize³³⁵, sur la loi kirghize de 2003 sur les investissements étrangers ainsi que sur le contrat concernant l'hôtel et un contrat lié d'achat d'actions³³⁶. La défenderesse n'ayant pas été représentée lors de la première session du Tribunal arbitral, ce dernier a décidé de séparer les questions de compétence et de fond (a.). S'étant reconnu compétent, le Tribunal a continué son analyse des demandes de Sistem et a rendu une sentence au fond condamnant la République kirghize (b.). Ces deux décisions ne sont pas particulièrement innovantes. Toutefois, dans la mesure où il s'agit d'une affaire rendue sur le fondement du Mécanisme supplémentaire, dont il n'existe que peu de précédents,³³⁷ il est utile d'en noter les quelques éléments d'intérêt.

³²⁸ Pour obtenir le texte du mécanisme supplémentaire voir <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSIDAdditionalFacilityRules.jsp>>.

³²⁹ Pour un résumé des faits, *Sistem- Compétence*, *supra* note 324 aux para. 4-45.

³³⁰ *Ibid.* au para. 10.

³³¹ *Ibid.* au para. 13.

³³² *Ibid.* aux para. 15-18.

³³³ *Sistem-Compétence*, *supra* note 324 au para. 28. Les faits rappellent en quelque sorte les déboires hôteliers connus par Wena Hotels en Egypte, voir nos commentaires de deux des décisions dans cette affaire dans Fourret et Khayat, *Recueil des commentaires*, *supra* note 9 à la p. 5 et s. et à la p. 379 et s.

³³⁴ *Ibid.* aux para. 29-32

³³⁵ *Agreement between the Republic of Kyrgyzstan and the Republic of Turkey concerning the reciprocal promotion and protection of investments*, en ligne: UNCTAD <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/turkey_kyrgyzstan.pdf>.

³³⁶ *Ibid.* aux para. 33 et 57.

³³⁷ Sur les 298 affaires enregistrées fin 2009, seulement 28 l'étaient sous l'empire du *Règlement du Mécanisme supplémentaire*. Pour toutes les statistiques, voir ICSID, *Caseload – Statistics*, ICSID en ligne : <<http://icsid.worldbank.org/>>.

A. Fondement de la compétence du Tribunal arbitral et Mécanisme supplémentaire

Le Tribunal arbitral a statué sur la question de savoir sur le fondement de quel instrument sa compétence peut être retenue mais également si le différend entre bien dans le champ du Mécanisme supplémentaire.

L'argument principal soulevé par l'État-hôte lors de la phase de compétence a consisté à soutenir que la demanderesse n'avait pas réalisé d'investissement³³⁸. Contrairement à la *Convention de Washington*,³³⁹ le Mécanisme supplémentaire n'impose pas que le différend soit en relation directe avec un investissement tel qu'il résulte de l'article 2(b) du *Règlement du Mécanisme supplémentaire*³⁴⁰. Cependant, les instruments sur lesquels se fonde la demanderesse, TBI et loi, énoncent une liste des activités qu'ils protègent, listes au demeurant quasiment similaires.³⁴¹ Un faisceau d'indices (construction, participation dans le capital et pour l'exploitation de l'hôtel), permet aisément au Tribunal de reconnaître la demanderesse comme un investisseur³⁴². Cependant, et de manière étonnante même si cela avait été soulevé par le demandeur, le Tribunal a également décidé que celui-ci détenait bien un investissement en application du « test *Salini* »,³⁴³ quand bien même ce « test » est en principe « réservé » à un arbitrage sous l'empire de la *Convention de Washington*.³⁴⁴ Cette approche confirme cependant que ces critères, développés pour l'arbitrage CIRDI, permettent également d'« objectiviser » la notion d'investissement de manière générale, ce qui est, à notre sens, une approche devant être soutenue.

Le Tribunal a ensuite aisément reconnu que les demandes entrent dans le champ de compétence à la fois du TBI (respect de la période de négociation préalable,

³³⁸ *Sistem- Compétence, supra* note 324 au para. 63-65.

³³⁹ Voir notamment les écrits récents sur le sujet, Emmanuel Gaillard, « Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice » dans Christina Binder et al., dir., *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009 à la p. 403.

³⁴⁰ *Sistem- Compétence, supra* note 324 au para. 68.

³⁴¹ *Ibid.* aux para. 70-72.

³⁴² *Ibid.* aux para. 80 et s.

³⁴³ *Ibid.* au para. 94.

³⁴⁴ Cette position a notamment été soutenue dans *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte*, « Décision sur la compétence » (6 août 2004) ARB/03/11 (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements) aux para.. 49-50, en ligne : <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, « Décision sur la compétence » (14 novembre 2005) ARB/03/29 ((Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements)) au para.. 122, en ligne : <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. Égypte*, « Décision sur la compétence » (16 juin 2006) ARB/04/13 (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements) aux para 90-96, en ligne : <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>; et nos commentaires dans Fouré et Khayat, *Recueil des commentaires, supra* note 9 à la p. 271 et s., p. 384 et s., p. 422 et s. La particularité de l'arbitrage CIRDI dans la définition de la notion d'investissement a même été reconnue par des juridictions internes, voir Paris, 4 décembre 2008, 2008. 07/01309, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Voir cependant la sentence CNUDCI *Romak S.A. c. République d'Ouzbékistan* (2009), AA280 (Cour permanente d'arbitrage) en ligne : < <http://www.pca-cpa.org> > qui a décidé au para. 207: « *the term "investments" under the BIT has an inherent meaning (irrespective of whether the investor resorts to ICSID or UNCITRAL arbitral proceedings) entailing a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk.* »

compétence *ratione temporis*, effet de la clause compromissoire...)³⁴⁵ mais aussi de la loi kirghize de 2003³⁴⁶. Au contraire, et à juste titre, le fondement issu des deux documents contractuels est rejeté car la clause de règlement des différends ne correspond absolument pas à la procédure arbitrale engagée³⁴⁷. Le Tribunal s'est ainsi reconnu compétent sur ce double fondement et la phase de fond de l'affaire a pu débiter.

B. La reconnaissance de la responsabilité de la République kirghize et l'indemnisation accordée.

Près de deux ans après la décision sur la compétence, la sentence sur le fond a été rendue par le Tribunal arbitral le 9 septembre 2009. Tout comme la décision sur la compétence, cette décision n'apporte pas de grandes nouveautés et ne développe pas de points d'intérêts pour le droit des investissements internationaux. Nous relèverons brièvement les solutions retenues pour le dénouement de l'affaire.

Il est intéressant de noter que le défendeur a tenté, comme d'autres par le passé³⁴⁸, d'alléguer la corruption, ou les tentatives de corruption, de la demanderesse à l'égard d'officiels kirghize, notamment au moyen de la rénovation gratuite d'une résidence officielle du président kirghize. S'il reconnaît la difficulté de prouver de telles allégations, le Tribunal a maintenu à juste titre qu'il faut au moins apporter un commencement de preuve à ce sujet et qu'en l'espèce « *no factual basis has been established which might substantiate an allegation of bribery.*³⁴⁹ » Il apparaît à la lecture de la sentence qu'il ne s'agissait peut-être que d'un argument tactique de la défenderesse afin de tenter de décrédibiliser la demanderesse. La réponse du Tribunal était donc des plus appropriées en l'espèce.

Le Tribunal a ensuite analysé, et de manière fastidieuse, les différents accords passés en relation avec l'investissement hôtelier et les différents événements mouvementés de la vie de cet hôtel jusqu'en 2005, incluant le rachat complet de toutes les parts de l'hôtel par la demanderesse en 1999³⁵⁰.

Ce qui frappe le lecteur à la lecture de la sentence est le peu d'analyse des violations du TBI et de la loi menant à l'indemnisation. En à peine trois pages, du paragraphe 117 au paragraphe 129, le Tribunal a décidé que l'investisseur a été exproprié de son investissement par des décisions successives des juridictions kirghizes le privant de ses droits sur l'hôtel, en dernier lieu le 2 novembre 2005 à la suite de la décision de la Cour suprême. Après cette analyse succincte, le Tribunal a

³⁴⁵ *Sistem-Jurisdiction, supra* note 324 aux para. 99 et s.

³⁴⁶ *Ibid.* au para. 117 et s.

³⁴⁷ *Ibid.* au para. 127 et s.

³⁴⁸ *World Duty Free Company Limited c. République du Kenya* (2006), ARB/00/7 (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> et nos commentaires dans Fourret et Khayat, *Recueil des commentaires, supra* note 9 à la p. 470 et s.

³⁴⁹ *Sistem-Fond, supra* note 324 au para 45.

³⁵⁰ *Ibid.* aux para. 52-116.

consacré les quinze dernières pages de la sentence à l'analyse du préjudice, sur le fondement des différents rapports d'expertise fournis par les parties. Purement factuelle, cette analyse n'a que peu d'intérêt.

Néanmoins, le Tribunal a affirmé de manière générale l'impossibilité, ou quasi-impossibilité, de la réparation en nature en droit des investissements internationaux au profit du dédommagement pécuniaire qui est désormais le principe: « *restoration of expropriated property is plainly no longer the primary judicial remedy in cases of expropriation, if it ever was. Monetary compensation is the normal remedy, and its role is precisely 'to take the place of restitution'* »³⁵¹ Si cette approche est *de facto* celle retenue par les tribunaux, il est toujours utile de relever qu'une pratique est explicitement reconnue par une décision arbitrale.

En définitive, la défenderesse s'est donc vue condamnée pour l'expropriation de l'investissement hôtelier à régler 8,5 millions de dollars plus intérêts à compter de la date de l'expropriation. Ces décisions ne resteront probablement pas dans les annales du droit des investissements mais sont des décisions importantes pour démontrer l'utilité du Mécanisme supplémentaire du CIRDI.

XXIV. Décision sur la compétence du 11 septembre 2009, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. République libanaise*³⁵²

*Composition du tribunal arbitral: M. Hans Van Houtte*³⁵³, *Président; MM. Fadi Moghaizel*³⁵⁴ *et Alberto Feliciani*³⁵⁵, *arbitres*

L'arbitrage initié par la société italienne Toto Costruzioni Generali S.p.A. (ci-après "Toto") contre la République libanaise a été porté devant un Tribunal constitué en application de la *Convention de Washington* sur le fondement du Traité bilatéral de protection des investissements signé entre l'Italie et le Liban³⁵⁶ en 1997 et entré en vigueur en 2000 (le "Traité"). Il s'agit de la première affaire contre le Liban depuis que cet État a signé et ratifié la *Convention de Washington* en 2003³⁵⁷.

³⁵¹ *Ibid.* au para. 158.

³⁵² *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. République libanaise*, « Décision sur la compétence » (11 septembre 2009), ARB/07/12, en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Toto- Décision sur la compétence*].

³⁵³ Nommé par les co-arbitres.

³⁵⁴ Nommé par le défendeur.

³⁵⁵ Nommé par les demandeurs. M. Feliciani s'est désolidarisé de la majorité sur plusieurs points mais n'a pas développé les raisons de son désaccord dans une opinion dissidente ou séparée.

³⁵⁶ *Agreement between the Italian Republic and the Lebanese Republic on the promotion and reciprocal protection of investments*, en ligne : UNCTAD <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/lebanon_italy.pdf>.

³⁵⁷ Auparavant, la société France Telecom avait initié un arbitrage investisseur/État contre la République libanaise en application des règles de la CNUDCI sur le fondement de l'*Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République libanaise sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, France et Liban, 28 novembre 1996, 2103 R.T.N.U. 63 (entrée en vigueur : 29 octobre 1999). Le Tribunal arbitral été composé de MM. Bernard Audit (Président), Marc Lalonde et Antoine Akl, et la sentence du 31 janvier 2005 est inédite.

L'affaire concerne les travaux de construction, réalisé par la société Toto, d'une section de l'autoroute Beyrouth/Damas comprenant notamment un ouvrage d'art, le pont de Dahr el Baidar, le plus long du Proche-Orient. La construction a été réalisée sur la base d'un contrat signé en 1997 entre Toto et le Conseil exécutif des grands projets (CEGP), devenu ultérieurement le Conseil pour le développement et la reconstruction (CDR). Ce contrat contenait une clause de résolution des différends attribuant compétence aux juridictions libanaises.

En saisissant le CIRDI, L'investisseur italien a soutenu que l'État avait manqué à plusieurs de ses obligations souscrites dans le Traité notamment en raison de coûts supplémentaires supportés par Toto, de changements dans la législation libanaise ayant engendré d'autres frais, de travaux supplémentaires requis par l'État ou encore de délais dans l'exécution des travaux non-imputables à l'investisseur.

Le Liban ayant contesté la compétence du Tribunal arbitral et les parties ayant accepté le principe d'une bifurcation de la procédure entre compétence et fond, le Tribunal arbitral a rendu une décision sur la compétence dans laquelle il admet sa compétence sur certains points et la rejette sur d'autres.

La décision du 11 septembre 2009 ne révolutionne pas les principes du droit international des investissements. Sur certains points néanmoins, elle mérite d'être examinée succinctement.

A. L'importance prise par l'examen *prima facie* des objections à la compétence

A la lecture de la décision sur la compétence, la position de la République libanaise quant aux fondements de l'incompétence alléguée du Tribunal arbitral ne sont pas clairs. Sans que cela ne ressorte clairement, le lecteur comprend que le Tribunal arbitral se reconnaît incompétent car l'investisseur n'est pas parvenu à le convaincre *prima facie* de l'existence de violations du Traité. C'est le cas des allégations concernant les changements législatifs au Liban, les changements dans les plans et directives donnés par le Liban à Toto, les difficultés rencontrées lors des négociations, les délais dans les procédures initiées devant le Conseil d'État libanais, l'absence de transparence de la part de l'État dans la conduite de ces procédures, etc.

La présentation faite par l'investisseur sur ces points a dû paraître particulièrement peu convaincante pour que le Tribunal arbitral prenne une décision aussi catégorique que celle consistant à ne pas se reconnaître compétent pour trancher ces questions. Nous regrettons l'absence de clarté de la décision sur la compétence sur ce point dans la mesure où l'on ne saisit pas bien si l'absence de compétence *prima facie* est la position libanaise ou si le Tribunal arbitral y a eu recours de son propre chef.

B. Les précisions apportées par le Tribunal sur certaines questions d'actualités en droit des investissements internationaux

Le Tribunal arbitral a motivé de manière détaillée certains points de la décision sur la compétence.

1. LA NOTION D'INVESTISSEMENT

Le Tribunal arbitral a développé, sans doute plus qu'il n'était nécessaire au vu de la faiblesse des arguments de l'État, sa conception de la notion d'investissement au sens de *Convention de Washington*. Le Tribunal arbitral a, en effet, précisé qu'il entendait se démarquer des «critères Salini»³⁵⁸ et, après avoir évoqué les critères retenus dans d'autres affaires, retient que le projet de Toto constitue bien un investissement au sens de la *Convention de Washington* dans la mesure où il « *meets the requirements deemed necessary by this Tribunal, i.e. a contribution by the investor, a profitability risk, a significant duration and a substantial contribution to the State's economic development* »³⁵⁹. On ne manquera pas de relever la caractérisation de la contribution au développement économique de l'État, critère en lui-même controversé, qui doit être, selon le Tribunal, "substantielle". On sait que ce critère, issu du préambule de la *Convention de Washington*, est loin de faire l'unanimité³⁶⁰.

2. L'APPRÉCIATION DU MOMENT DE LA RENCONTRE DU CONSENTEMENT DES PARTIES À L'ARBITRAGE CIRDI

La *Convention de Washington* ayant été signée et ratifiée par le Liban en 2003, le Traité contenant la clause d'arbitrage investisseur/État étant entré en vigueur 1997 et le contrat entre Toto et le CEGP signé en 2000, le Liban a soutenu que le Liban n'avait pas donné son consentement à l'arbitrage CIRDI pour le contrat dont est issu le différend.

Le Tribunal arbitral a rejeté cette exception en se fondant sur deux motifs différends. D'une part, de manière indiscutable, les arbitres retiennent qu'il suffit que la *Convention de Washington* soit en vigueur au moment où l'investisseur donne lui-même son consentement à l'arbitrage, à l'occurrence en juin 2004. D'autre part, le Tribunal arbitral a également décidé, que l'offre d'arbitrage libanaise contenue dans le Traité, nécessitait l'accord de l'investisseur pour devenir valable. Cet accord étant intervenu après l'entrée en vigueur de la *Convention de Washington* à l'égard du Liban, la difficulté est ainsi levée pour le Tribunal arbitral. Il reste que cette conception, au demeurant classique, peut soulever certaines difficultés pour ceux qui

³⁵⁸ *Toto- Décision sur la compétence, supra* note 352 au para. 81 et s.

³⁵⁹ *Ibid.* au para. 86.

³⁶⁰ Voir le dernier état de la jurisprudence sur cette question notamment dans la sentence *Phoenix* et la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *MHS - Sentence*, toutes deux commentées par ailleurs dans la présente chronique.

estiment que l'offre d'arbitrage de l'État, contenue dans un traité suffit sans qu'il soit besoin qu'elle rencontre le consentement réciproque de l'investisseur.

3. L'INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DE LA CLAUSE DE RESPECT DES ENGAGEMENTS

Le Tribunal arbitral a examiné la position de l'investisseur selon laquelle, en présence d'une « *umbrella clause* », prévue à l'article 9.2 du Traité, les litiges contractuels pouvaient être soumis à l'arbitrage en application de la clause de règlement des différends du Traité.

Après avoir examiné les décisions d'autres tribunaux arbitraux ayant eu à se prononcer sur la question³⁶¹, le Tribunal arbitral retient une conception plutôt restrictive. S'il est exact, selon le Tribunal arbitral, qu'une clause de respect des engagements peut effectivement élever une demande contractuelle en demande fondée sur le Traité, cela n'entraîne pas pour autant l'abandon pur et simple de la clause de règlement des différends du contrat. Dans la mesure où il existe une clause attributive de compétence valable stipulée dans le contrat, visant en l'occurrence les juridictions libanaises, les demandes contractuelles « *remain subject to the contractual jurisdiction clause and have to be submitted exclusively to the Lebanese courts for settlement* »³⁶². Dans ces conditions, on n'est plus certain de comprendre dans quels cas le Tribunal arbitral aurait admis que la clause de respect des engagements puisse avoir pour effet de donner compétence au tribunal CIRDI pour connaître de demandes contractuelles. C'est pourtant une possibilité qu'ont semblé réserver les arbitres, d'autant qu'ils insistent sur le fait que c'est « parce qu'il existe une clause attributive de compétence » qu'à leur avis la clause de respect des engagements n'opère pas comme le souhaite l'investisseur. Est-ce à dire que celle-ci n'opère dans ce sens que s'il n'existe pas de clause attributive de compétence dans le contrat ou si celle-ci n'est pas valable ? La décision ne permet pas de répondre à ces questions.

XXV. Sentence du 8 octobre 2009, *EDF (Services) Limited c. Roumanie*³⁶³

*Composition du tribunal arbitral : M. Piero Bernardini*³⁶⁴, président; *MM. Yves Derains*³⁶⁵ et *Arthur Rovine*³⁶⁶, arbitres.

Cette sentence, rendue sur le fondement du TBI entre la Grande Bretagne et

³⁶¹ *Toto- Décision sur la compétence, supra* note 352 aux para. 192-200.

³⁶² *Ibid.* au para. 202.

³⁶³ *EDF (Services) Limited c. Roumanie* (2009), ARB/05/13 (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>. [*EDF*]

³⁶⁴ Nommé par le président du Conseil administratif du CIRDI après consultation des parties.

³⁶⁵ Nommé par la défenderesse.

³⁶⁶ Nommé par la demanderesse.

la Roumanie, intervient à l'issue d'une procédure initiée par une requête d'arbitrage enregistrée le 29 juillet 2005³⁶⁷.

La société demanderesse, EDF, de droit anglais, a soutenu qu'elle a été encouragée par la Roumanie à investir pour créer une entreprise de vente de marchandise en *duty-free* dans les aéroports roumains et dans les avions³⁶⁸. Ce développement a été réalisé par la création d'une joint-venture avec des entreprises d'État roumaines afin de créer deux entités EDF ASRO S.R.L. et Sky Services (Romania) S.R.L. en 1991 et 1994. Cependant, en 2002, les licences d'exploitation de ces commerces ont été retirées à EDF alors qu'ASRO a été placée en liquidation en 2004 et que SKY perdait son contrat de service avec la compagnie aérienne roumaine TAROM, ne pouvant ainsi plus avoir accès aux avions pour ses ventes³⁶⁹. Pour la demanderesse, l'interruption brutale des accords de partenariat par la Roumanie constitue une violation de l'obligation de traitement juste et équitable et une expropriation rampante ainsi qu'un traitement arbitraire et déraisonnable³⁷⁰. A cet effet, la demanderesse a demandé près de cent trente millions de dollars de dommages intérêts.

Mais ce qui est au cœur de cet arbitrage n'est pas tant l'attribution des actes des entreprises à l'État en vertu de l'article 8 du projet d'article de la CDI³⁷¹ ou encore l'approche de la notion de traitement juste et équitable³⁷² mais les allégations de corruption qui constituaient l'épine dorsale de l'argumentation de la demanderesse³⁷³. En effet, et contrairement aux affaires dans lesquelles une corruption active de l'investisseur avait été alléguée par l'État³⁷⁴, l'investisseur a soutenu que:

*The heart of Claimant's case is that the contractual arrangements at the Otopeni airport were not extended beyond their ten-years term because [EDF] refused to pay USD2.5million bribe to secure the extension, that the request for a bribe was obvious bad faith by Respondent in negotiating an extension, and was clearly impossible to reconcile with the legitimate and reasonable expectation of Claimant.*³⁷⁵

Le traitement dont EDF a assuré avoir été victime serait donc lié au fait qu'il ait refusé de payer des pots-de-vin pour obtenir le renouvellement de sa licence durant l'été 2001. Pour l'investisseur, ce refus a déclenché des mesures de représailles concertées de la part de la Roumanie, qu'il s'agisse des partenaires de joint venture, des autorités fiscales ou judiciaires. Les trois éléments de preuve d'EDF étaient

³⁶⁷ EDF, *supra* note 363 aux para. 1-4.

³⁶⁸ *Ibid.* aux para. 45 et s.

³⁶⁹ *Ibid.* aux para. 47-63.

³⁷⁰ *Ibid.* aux para. 66-111.

³⁷¹ *Ibid.* aux para. 185-213.

³⁷² Approche classique mettant au centre les attentes légitimes, le risque à éviter des clauses de stabilisation et le fait qu'un traité n'est pas une police d'assurance tout risque, *ibid.* aux para. 215-220.

³⁷³ *Ibid.* à partir du para. 221.

³⁷⁴ Voir par exemple la plus célèbre, *World Duty Free Company Limited c. République du Kenya* (2006), ARB/00/7 (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> et nos commentaires dans Fourret et Khayat, *Recueil des commentaires*, *supra* note 9 à la p. 470 et s.

³⁷⁵ EDF, *supra* note 363 au para. 221.

constitués des témoignages de son directeur et son associé principal, ainsi que de l'enregistrement d'une réunion entre un agent d'EDF et un membre de l'équipe du Premier ministre roumain³⁷⁶. Sur ce dernier point, le Tribunal a rejeté, par ordonnance du 29 août 2008, la demande d'EDF d'introduire de nouvelles preuves, à savoir l'enregistrement, pour trois raisons (i) les circonstances entourant l'enregistrement étaient incertaines, (ii) la preuve d'authenticité de l'enregistrement n'était pas apportée et (iii) elle avait été obtenue illégalement.

Sur le seul fondement de témoignages pour appuyer les allégations de corruption, le Tribunal a rejeté les arguments d'EDF : « *The burden of proof lies with the Claimant as the party alleging solicitation of a bribe. Clear and convincing evidence should have been produced by the Claimant* »³⁷⁷. La valeur probante des témoignages des dirigeants d'EDF peut en effet difficilement être le seul fondement pour reconnaître la violation d'un droit, d'autant plus quand cela porte sur des soupçons de corruption. Sans ce premier maillon de l'argumentaire des demandeurs, il devenait impossible de soutenir de manière crédible qu'EDF a subi un acharnement concerté des autorités roumaines contre elle³⁷⁸. Ainsi, tous les arguments de l'investisseur, toutes les violations alléguées du traité ont été rejetées par le Tribunal arbitral. Au vu du faible faisceau de preuve repris dans la sentence, cette décision nous semble justifiée même si l'on doit admettre que la preuve d'une corruption ou d'une tentative de corruption, comme en l'espèce, est toujours extrêmement difficile à prouver.

De manière plus étonnante, et cela donne d'ailleurs lieu à une opinion dissidente de l'arbitre Rovine, le Tribunal a imposé à EDF de régler six des dix-huit millions de frais de conseil de la Roumanie, en suivant l'approche en matière d'arbitrage commercial du « *loser pays principle* », peu importe comment s'est déroulée la procédure³⁷⁹. Si nous sommes persuadés qu'en cas d'arbitrage abusif, de manœuvre clairement dilatoires, de mauvaise foi ou d'une demande d'annulation frivole, il est important et nécessaire de prendre ces éléments en compte, le paiement par le perdant des frais et coût ne doit pas devenir un principe. C'est particulièrement le cas, comme le reconnaît le tribunal, lorsque « *the instant dispute was fairly brought by Claimant and good faith was evidenced on each side* »³⁸⁰. Le particularisme de l'arbitrage en matière d'investissement doit demeurer et, comme l'affirme l'arbitre Rovine, il est nécessaire d'avancer des raisons convaincantes et solides pour se départir d'une pratique relativement bien établie. En l'espèce, nous ne pouvons qu'abonder dans le sens de l'arbitre dissident, et avoir l'impression que « *Claimant is being treated unfairly* »³⁸¹ et cela est fort dommage.

³⁷⁶ *Ibid.* aux para. 222-226.

³⁷⁷ *Ibid.* au para. 232.

³⁷⁸ *Ibid.* au para. 291.

³⁷⁹ *Ibid.* au para. 327.

³⁸⁰ *Ibid.* au para. 327.

³⁸¹ *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, « Opinion dissidente » (8 octobre 2008), (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>, au para. 11.

XXVI. Décision sur la demande d'annulation du 19 octobre 2009, *M.C.I. Power Group L.C. c. République d'Équateur*³⁸²

Composition du Comité ad hoc : M. Dominique Hascher, président; MM. Hans Danelius et Peter Tomka, membres.

Cette décision du Comité *ad hoc* intervient après la sentence rendue le 31 juillet 2007³⁸³. La demande d'annulation formulée par les investisseurs fait suite au rejet de leur demande par une sentence de 2007.³⁸⁴

Pour les investisseurs, le Tribunal a commis un excès de pouvoir manifeste et n'a pas motivé une partie de sa sentence, en violation des articles 52(1)(b) et 52(1)(d) de la *Convention de Washington*. La question principale que les investisseurs contestaient concernant la question de l'application *ratione temporis* de l'*Accord de garantie des investissements* entre les États-Unis et l'Équateur³⁸⁵.

De manière assez classique, et afin de délimiter ses prérogatives, les membres du Comité ont clairement affirmé, en premier lieu, le caractère très limité de leur rôle car leur « *mission is confined to controlling the legality of awards according to the standards set out expressly and restrictively in Article 52 of the Washington Convention. It is an overarching principle that ad hoc committees are not entitled to examine the substance of the award but are only allowed to look at the award insofar as the list of grounds contained in Article 52 of the Washington Convention requires* »³⁸⁶

Sur ces bases, le Comité a confirmé qu'il est « *restricted to assessing the legitimacy of the award and not its correctness. The committee cannot for example substitute its determination on the merits for that of the tribunal* »³⁸⁷.

Cette récapitulation classique sert donc de fondement au rejet des demandes d'annulation du fait du mandat restreint de l'article 52. Le Comité fait à cet égard référence à un grand nombre de décisions récentes de comités *ad hoc* ayant rendu des décisions tout aussi restrictives ou, devrions-nous plutôt dire, en parfait accord avec l'intention des rédacteurs de la convention qui affirmaient la volonté de confiner la procédure d'annulation à de « *very rare cases* »³⁸⁸, fondés sur des arguments d'une nature exceptionnelle et « *for very extreme cases of serious misconduct* »³⁸⁹.

³⁸² *M.C.I. Power Group L.C. c. République d'Équateur*, « Décision sur la demande d'annulation » (19 octobre 2009), ARB/03/6 (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>. [*MCI - Annulation*]

³⁸³ Voir nos commentaires dans Fouret et Khayat, *Recueil des commentaires*, *supra* note 9 aux p. 575 et s.

³⁸⁴ Pour un résumé des faits de l'affaire, voir nos commentaires dans Fouret et Khayat, *ibid.* à la p. 576.

³⁸⁵ Fouret et Khayat, *ibid.* aux p. 576-577.

³⁸⁶ *MCI - Annulation*, *supra* note 382 au para. 24.

³⁸⁷ *Ibid.* au para. 24.

³⁸⁸ Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements, *History of the ICSID Convention*, Washington D.C., à la page 852.

³⁸⁹ *Ibid.* à la p. 854. Cela est également confirmé par la plupart des auteurs, voir notamment, Aristidis Tsatsos, « ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity, A Call for Appeal » (2009) 1 T.D.M. 4; Christoph Schreuer, « Three Generations of ICSID Annulment Proceedings », dans

En l'espèce, pour ce qui est des arguments fondés sur l'article 52(1)(b), les demandeurs ont soutenu que « *the Tribunal's interpretation of the principle of non-retroactivity of treaties was egregiously wrong and so grave as to be tantamount to an abrogation of the BIT* »³⁹⁰. Cependant, même si le Comité a indiqué pouvoir comprendre qu'à première vue certains pourraient ne pas être d'accord sur la question de la non-rétroactivité, cela ne correspondait pas un excès de pouvoir manifeste car « *egregious violation of the law would assume that there is a departure from a legal principle or legal norm which is clear and cannot give rise to divergent interpretations* »³⁹¹. Allant même au-delà, le Comité a énoncé, précisant plus encore les caractéristiques de ce motif d'annulation, que « *[s]hould more than one interpretation of a legal norm or rule be possible, no serious violation can ensue where one of these interpretations has been chosen* »³⁹².

Enfin, sur la question du défaut de motif en vertu de l'article 52(1)(e), les investisseurs avaient soutenu que le Tribunal n'avait pas répondu à toutes leurs demandes³⁹³. Cependant, même si le Comité a reconnu que le Tribunal aurait dû être plus clair dans certains passages de son raisonnement³⁹⁴, les manquements soulignés par les demandeurs peuvent être aisément déduit du raisonnement du Tribunal³⁹⁵ et il n'est pas du ressort du Comité de décider « *whether or not the reasons given by the Tribunal were convincing* »³⁹⁶.

Les demandes des investisseurs ont ainsi été entièrement rejetées, et le Comité a mis à leur charge tous les coûts découlant de la procédure³⁹⁷. Cette décision finale, et le raisonnement sur le fond en matière d'annulation, confirment que les décisions sur le fondement de l'article 52 tentent de revenir aux origines de cette procédure afin de garantir le plus possible la finalité des sentences, et de ne pas encourager les parties à soumettre de demandes d'annulation manifestement en dehors du champ d'application très limité de cette procédure.

Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, dir., *Annulment of ICSID Awards*, Paris, Juris Publishing, 2004, 42.

³⁹⁰ *MCI – Annulment*, supra note 382 au para. 43

³⁹¹ *Ibid.* au para. 51

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Ibid.* aux para. 58-61.

³⁹⁴ *Ibid.* aux para. 66-76

³⁹⁵ *Ibid.* au para. 77 : « *while it is not clearly stated in the Award, it can be deduced from the Tribunal's reasoning* ».

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ *Ibid.* au para. 88.

XXVII. Commentaire conjoint

Décision du 6 novembre 2009 sur la demande de récusation d'un arbitre, CEMEX Caracas Investments B.V. et CEMEX Caracas II Investments B.V. c. République bolivarienne du Venezuela³⁹⁸

*Composition du tribunal arbitral: M. Gilbert Guillaume*³⁹⁹, *Président; MM. Robert B. von Mehren*⁴⁰⁰ *et Georges Abi-Saab*⁴⁰¹, *arbitres*

Décision du 8 décembre 2009 du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage sur la demande de récusation d'un arbitre, Perenco Ecuador Limited c. République de l'Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador⁴⁰²

*Composition du tribunal arbitral: M. Peter Tomka*⁴⁰³, *Président; MM. Neil Kaplan*⁴⁰⁴ *et J. Christopher Thomas*⁴⁰⁵, *arbitres*

Les affaires *Perenco c. Equateur* et *Cemex c. Venezuela* ont donné lieu en 2009 à des décisions sur la récusation dans un sens et suivant une procédure différente.

La décision de MM. Guillaume et Abi-Saab de rejeter la demande de récusation de M. von Mehren est prise sur des considération de procédure et non de fond. Le Venezuela avait demandé la récusation de M. von Mehren après avoir appris que le cabinet Debevoise & Plimpton représentait Holcim, un investisseur suisse dans le même secteur d'activité que Cemex, dans un arbitrage contre le Venezuela, se plaignant des mêmes faits et actes du Venezuela que ceux en jeu dans l'affaire Cemex. Or, M. von Mehren est un associé retraité du cabinet Debevoise & Plimpton, un fait qui, selon le Venezuela, « *gives rise to an appearance of a lack of impartiality and creates a risk of disclosure of confidential information* »⁴⁰⁶.

Les deux membres du Tribunal arbitral chargés de statuer sur cette demande de récusation n'ont pas eu à examiner cette question ni à étudier l'étendue des liens existants entre M. von Mehren et Debevoise & Plimpton.

³⁹⁸ *CEMEX Caracas Investments B.V. et CEMEX Caracas II Investments B.V. c. République bolivarienne du Venezuela*, « Décision sur la demande de récusation d'un membre du Tribunal », ARB/08/15 (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Cemex-Décision sur la récusation*].

³⁹⁹ Nommé par les co-arbitres.

⁴⁰⁰ Nommé par les demandeurs.

⁴⁰¹ Nommé par les défendeurs.

⁴⁰² *Perenco Ecuador Limited c. République de l'Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, « Décision du secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage sur la demande de récusation » (8 décembre 2009), ARB/08/6 (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Perenco - Décision sur la récusation*].

⁴⁰³ Nommé par les co-arbitres.

⁴⁰⁴ Nommé par le demandeur.

⁴⁰⁵ Nommé par les défendeurs.

⁴⁰⁶ *Cemex - Décision sur la récusation*, *supra* note 398 au para. 29.

Ceux-ci ont en effet décidé que la demande de récusation n'avait pas été soumise « *dans les plus brefs délais* » au sens de l'article 9 du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*. Même en calculant les délais de la manière la plus flexible possible, le fait est que le Venezuela a soumis sa demande quelques six mois après avoir eu connaissance des faits soutenant sa demande. C'est sur ce fondement procédural, mais néanmoins justifié par la nécessité de purger les contestations de ce type le plus rapidement possible, que les deux arbitres ont rejeté la demande de récusation du Venezuela.

La demande de récusation formée par l'Équateur à l'encontre du juge Brower, nommé par l'investisseur dans l'affaire *Perenco c. Equateur*, était plus délicate. D'un point de vue procédural, on peut relever que la décision sur la demande de récusation de M. Brower n'a pas été prise par les deux autres arbitres, comme il est généralement le cas en application du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*, mais par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage en application d'un accord conclu en ce sens par les parties lors de l'entame de la procédure arbitrale⁴⁰⁷.

La demande de récusation a été soumise (ici dans les temps) à la suite de la publication d'un entretien avec le juge Brower. Alors que la procédure arbitrale était déjà en cours et que l'Équateur était aux prises avec une décision sur les mesures provisoires qu'il estimait ne pas être en mesure d'appliquer, M. Brower, nommé par l'investisseur répondait comme suit à la question de savoir quel était le sujet d'actualité le plus pressant en arbitrage international :

*Brower: There is an issue of acceptance and the willingness to continue participating in it, as exemplified by what Bolivia has done and what Ecuador is doing. Ecuador currently is expressly declining to comply with the orders of two ICSID tribunals with very stiff interim provisional measures, but they just say they have to enforce their national law and the orders don't make any difference. But when recalcitrant host countries find out that claimants are going to act like those who were expropriated in Libya, start bringing hot oil litigation and chasing cargos, doing detective work looking for people who will invoke cross-default clauses in loan agreements, etc., the politics may change. After a certain point, no one will invest without having something to rely on.*⁴⁰⁸

L'analyse conduite par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage a laissé peu de place au doute : la déclaration du juge Brower, quelle que soit la réalité de la pensée de son auteur, a sans doute porté atteinte à l'impartialité dont doit faire preuve un arbitre vis-à-vis de l'une des parties. Que le juge Brower soit partial ou non vis-à-vis de l'Équateur n'était pas en jeu, comme l'a justement rappelé l'auteur de la décision. Le critère est celui de l'apparence de l'impartialité et la question de savoir si cette apparence a été affectée par les déclarations de l'arbitre.

La réponse donnée a été positive. Qu'il s'agisse des termes employés, de leur juxtaposition au cas spécifique de l'Équateur dans une procédure pendante et dans lequel le juge Brower est arbitre ou encore dans la comparaison avec les affaires

⁴⁰⁷ *Perenco – Décision sur la récusation, supra* note 402 au para. 9.

⁴⁰⁸ *Ibid.* au para. 27.

libyennes des années 70 et des expropriation avérées dont ont pu se plaindre des investisseurs étrangers, tout ceci avait des conséquences directes et difficilement contestable sur l'apparence d'impartialité dont devait faire preuve l'arbitre, au-delà de l'impartialité subjective de celui-ci.

Le juge Brower a démissionné quelques jours après la décision du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage. Il a été remplacé par M. Neil Kaplan.

XXVIII. Décision sur la demande de révision du 18 novembre 2009, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. République du Chili*⁴⁰⁹

*Composition du tribunal arbitral: M. Pierre Lalive*⁴¹⁰ *président ; MM. Mohammed Chemloul*⁴¹¹ *et Emmanuel Gaillard*⁴¹² *arbitres.*

L'affaire, ou devrions nous dire, la saga Pey Casado continue son chemin dans les méandres des procédures CIRDI depuis son enregistrement en 1998. La sentence du 8 mai 2008 et la décision sur la suspension d'exécution du 5 août 2008 avaient, l'année dernière, donné un peu plus de substance à cette affaire⁴¹³.

La présente décision porte sur la demande de révision formée par les demandeurs en application de l'article 51(1) de la *Convention de Washington*⁴¹⁴. Cette procédure, normalement dévolue aux juridictions internes dans l'arbitrage commercial, est ici incluse dans le système autonome du CIRDI, indépendant de toute intervention des juridictions nationales.

Pour les demandeurs, le « fait » nécessitant la révision de la Sentence est constitué par « *la déclaration du Conseil de Défense de l'État du Chili, reconnaissant officiellement que la jurisprudence de la Cour Suprême du Chili en matière de décret de confiscation ordonné en application du Décret-Loi N° 77 de 1973, est constante*⁴¹⁵ ». En réalité, la demanderesse a soutenu que ce n'est que cette déclaration de reconnaissance qui constitue le fait nouveau et rien d'autre⁴¹⁶.

⁴⁰⁹ *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. République du Chili*, « Décision sur la demande de révision » (18 novembre 2009), ARB/98/01 (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>>. [*Pey Casado –Révision*]

⁴¹⁰ Nommé par le CIRDI.

⁴¹¹ Nommé par les demanderessees.

⁴¹² Nommé par le CIRDI.

⁴¹³ Voir nos commentaires Fouret et Khayat, CIRDI, *supra* note 31 à la p. 320 et s.

⁴¹⁴ Celui-ci dispose : « *Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général, la révision de la sentence en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence, à condition qu'avant le prononcé de la sentence ce fait ait été inconnu du Tribunal et de la partie demanderesse et qu'il n'y ait pas eu, de la part de celle-ci, faute à l'ignorer* ».

⁴¹⁵ *Pey Casado –Révision*, *supra* note 409 au para. 24.

⁴¹⁶ *Ibid.* au para. 27.

S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour internationale de justice, l'article 51 de la *Convention de Washington* étant plus au moins calqué sur l'article 61 du Statut de la Cour⁴¹⁷, le Tribunal a rejeté la demande de révision.

En effet, il est difficile d'arguer qu'une jurisprudence constante – comme cela a été reconnu par le Conseil de défense du Chili – est un fait nouveau. Sur ce point, il y a peu de débat possible sans compter que la force obligatoire du précédent n'existe pas en droit chilien⁴¹⁸. Les investisseurs ont pourtant également tenté de faire juger que la reconnaissance officielle constitue le fait nouveau⁴¹⁹. Sur cette distinction qui nous semble artificielle, le Tribunal s'est borné à décider que la position étatique, celle du Conseil de Défense, est propre à une affaire particulière et n'emporte pas de conséquences générales⁴²⁰.

Ainsi, le Tribunal arbitral a décidé que les critères de l'article 51 n'étaient clairement pas réunis et que la demande de révision devait – logiquement – être rejetée.

XXIX. Décision du 4 décembre 2009 sur la recevabilité des demandes accessoires, *Itera International Energy LLC et Itera Group NV c. Géorgie*⁴²¹

Composition du tribunal arbitral : M. Hans Danelius⁴²², président ; M. Francesco Orrego-Vicuña⁴²³ et Mme Brigitte Stern⁴²⁴, arbitres.

Cette décision, prise à la majorité des voix, intervient à l'issue d'une procédure initiée à la requête des demanderessees enregistrée par le CIRDI le 5 juin 2008 contre la Géorgie sur le fondement des Traités de protection des investissements Géorgie-Pays Bas⁴²⁵ et Géorgie-États-Unis⁴²⁶.

Les demandes d'*Itera International Energy*, société américaine, et *Itera Group NV*, société néerlandaise, portent sur leur investissement dans une entreprise d'engrais chimique JSC Azot. Le différend résultait principalement de ce que le

⁴¹⁷ *Statut de la Cour internationale de justice*, annexe à la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can 1945 n°7.

⁴¹⁸ *Pey Casado –Révision*, *supra* note 409 au para. 51.

⁴¹⁹ *Ibid.* au para. 43.

⁴²⁰ *Ibid.* aux para. 44-47.

⁴²¹ *Itera International Energy LLC et Itera Group NV c. Géorgie*, « Décision sur la recevabilité des demandes accessoires » (4 décembre 2009), ARB/08/7 (Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : <<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>> [*Itera –Décision*].

⁴²² Non indiqué.

⁴²³ Nommé par les demanderessees.

⁴²⁴ Nommé par la défenderesse.

⁴²⁵ *Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la Géorgie relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements*, Géorgie et Pays-Bas, 3 février 1998, 2239 R.T.N.U. 409 (entrée en vigueur : 1^{er} avril 1999).

⁴²⁶ *Accord relatif à la promotion des investissements entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République de Géorgie*, Géorgie et États-Unis, 27 juin 1992, 2364 R.T.N.U. 53 (entrée en vigueur : 27 juin 1992).

« *Ministry of Finance and the courts of Georgia orchestrated the bankruptcy of JSC Azot, a company majority-owned by Itera, in violation of prior express commitments, due process and the requirements of Georgian law, and sold Azot's assets to a third party* »⁴²⁷. Les demanderessees avaient racheté Azot suite à une intervention étatique destinée à restructurer les dettes qui leur étaient dues par des entités étatiques géorgiennes au motif de non-paiement de factures de livraison de gaz.

Cependant, les demanderessees avaient également soulevé, y compris dans leur lettre au Président géorgien l'informant du différend⁴²⁸, des problèmes résultant d'une autre restructuration pour des dettes similaires dans l'entreprise Sistema. Les demanderessees avaient indiqué qu'elles réservaient leur droit à cet égard en cas de non remboursement complet des dettes à l'issue de cette autre procédure, des procédures arbitrales étant déjà pendantes devant un tribunal arbitral ICAC (*International Commercial Arbitration Court of the Chamber of Commerce of the Russian Federation*)⁴²⁹. Il semble donc à la lecture de la décision qu'aucune demande précise sur le différend avec Sistema n'avait été soulevée dans la requête d'arbitrage, qui ne contenait qu'une réserve de droits.

Les demandeurs ont sollicité une consolidation de cette affaire avec l'affaire ICAC lors de la première session, ce qui n'a pas été accepté par la Géorgie. Les demandeurs ont ultérieurement soumis un mémoire portant tant sur le différend relatif à Azot qu'à celui de Sistema, et soutenant que les demandes relatives à cette dernière société étaient accessoires⁴³⁰. La Géorgie a contesté cette position en invoquant l'absence de lien entre les différends et l'impossibilité de considérer qu'il s'agissait de demandes accessoires au sens de l'article 46 de la *Convention de Washington* et 40 du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*⁴³¹.

La question centrale était donc de déterminer si la demande additionnelle se rapporte « directement à l'objet du différend », même si cela est pourtant rarement analysé par les Tribunaux tant le lien est généralement évident⁴³². Ce n'est pourtant pas le cas en l'espèce.

⁴²⁷ *Ibid.* aux para. 24 et 28.

⁴²⁸ *Ibid.* au para. 24.

⁴²⁹ *Ibid.* au para. 29.

⁴³⁰ *Ibid.* aux para. 31-32.

⁴³¹ *Ibid.* au para. 33. L'art. 46 indique : « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre » et l'article 40 : « (1) Sauf accord contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle se rapportant Règlement d'arbitrage directement à l'objet du différend, à condition que cette demande accessoire soit couverte par le consentement des parties et qu'elle relève par ailleurs de la compétence du Centre. (2) Une demande incidente ou additionnelle est présentée au plus tard dans la réponse et une demande reconventionnelle est présentée au plus tard dans le contre-mémoire, sauf si le Tribunal autorise la présentation de la demande à un stade ultérieur de la procédure, sur justification fournie par la partie présentant la demande accessoire et après avoir pris en considération toutes objections de l'autre partie. (3) Le Tribunal fixe un délai dans lequel la partie contre laquelle est présentée une demande accessoire peut déposer ses observations y relatives. »

⁴³² Schreuer et al., *supra* note 306 aux pp.752-754.

Pour le juge Danaelius et le professeur Stern, il est difficile de contester qu'il y ait un lien entre les deux demandes Azot et Sistema. Toutefois ce lien leur apparaît n'exister que dans un contexte global de restructuration des dettes gazières en Géorgie :

*The Arbitral Tribunal recognizes that there is a link between the Azot and Sistema Disputes in so far as they had a common purpose of ensuring payment of debts to Itera. To some extent this common background appears from the Debt Restructuring Agreement which laid down a general pattern of repayment of Georgian state debts to Itera.*⁴³³

Adoptant un standard strict d'interprétation de l'article 46, la majorité a décidé (i) que la Requête ne portait que sur l'investissement dans Azot, (ii) que le fait de réserver ses droits futurs sur une demande qui n'était pas directement liée n'a pas de conséquences sur l'affaire soumise au Tribunal,⁴³⁴ et (iii) que même si les investisseurs sont les mêmes dans les deux différends, ces investissements sont traités différemment pour ce qui concerne la relation des demandesses avec la Géorgie. Par conséquent, ils ne pouvaient être analysés comme un seul et même investissement⁴³⁵.

La majorité a également analysé la question de l'efficacité des deux procédures CIRDI et ICAC évoluant en parallèle. Pour la majorité du Tribunal, la question de l'efficacité ne pouvait pas être décisive. En, effet, pour le Tribunal arbitral, les demandes additionnelles ne peuvent être acceptées que si « *the link between the claims must be so strong that the examination of one claim cannot be carried out adequately without the other claim being adjudicated at the same time. No such situation exists in the present case* »⁴³⁶. La différend avec Sistema n'a donc pas été étudié dans la présente affaire, à juste titre tant les affaires semblent effectivement parallèles mais n'ont aucun en lien direct dans la mesure où elles concernent deux investissements distincts.

Dans une très courte opinion dissidente, le professeur Orrego-Vicuña a indiqué qu'il aurait accepté ces demandes additionnelles car les investissements ont été réalisés du fait de l'absence de paiement de fournitures de gaz et qu'il s'agit donc de la même opération économique menée par le même investisseur. À notre sens, l'argumentaire du professeur Orrego-Vicuña ignore le fait que si l'investisseur est en effet le même, dans un contexte général similaire, les opérations d'investissement sont entièrement distinctes et ne résultent pas du même accord. Si les demandes *Sistema* avaient été formulées dès la requête, la situation aurait été différente mais la décision rendue dans cette affaire ne préjuge bien entendu aucunement de la compétence d'un autre tribunal arbitral. Toutefois, suivre la position de l'arbitre dissident reviendrait tout simplement, à notre sens, à combler les carences de la présentation initiale de la demanderesse.

⁴³³ *Itera – Décision, supra* note 421 au para. 90.

⁴³⁴ *Ibid.* au para. 86.

⁴³⁵ *Ibid.* au para. 99.

⁴³⁶ *Ibid.* au para. 100.