

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

Julien Fouret and Dany Khayat

Volume 20, Number 1, 2007

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068964ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068964ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Fouret, J. & Khayat, D. (2007). CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS (CIRDI). *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 20(1), 309–426.
<https://doi.org/10.7202/1068964ar>

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

Par Julien Fouret* et
Dany Khayat**

Plusieurs éléments ont marqué l'activité jurisprudentielle du CIRDI pour l'année 2007. Tout d'abord, nous annonçons lors de nos analyses des années 2005 et 2006 que le Centre connaissait désormais un rythme d'enregistrement des affaires quasiment stable, illustrant peut-être un tassement des nouvelles demandes, avec environ vingt-cinq affaires par an depuis trois ans¹. Cependant, en 2007, le Centre a enregistré en une seule année un nombre historique d'affaires depuis sa création, soit trente-sept². Sur ce nombre, nous relevons une affaire de conciliation et trente-six

* Avocat au Barreau de Paris, Derains Gharavi & Lazareff. Diplômé de l'Université Paris X – Nanterre et de l'Université McGill. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : <julien.fouret@gmail.com>.

** Avocat au Barreau de Paris, au sein du groupe d'arbitrage international du cabinet *Mayer Brown LLP*. Il est diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, de l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne et de l'Université Paris II-Assas. Les cabinets d'avocats chez lesquels les auteurs exercent sont intervenus en tant que conseils dans certaines des affaires commentées. Les points de vue exprimés ici n'engagent toutefois que leurs auteurs. Toutes les décisions analysées dans cette chronique peuvent être téléchargées sur l'un des sites suivant : CIRDI <<http://icsid.worldbank.com>>, Investment Claims <<http://www.investmentclaims.org>> et Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca>>.

¹ Le nombre d'affaires enregistrées était de vingt-six en 2004, vingt-sept en 2005 et vingt-trois en 2006. En comparaison, le CIRDI n'avait enregistré que dix affaires en 2002 alors que la crise argentine avait largement contribué à faire augmenter ce nombre à trente-et-un en 2003.

² *Piero Foresti, Laura De Carli c. Afrique du Sud* (2007), n° ARB(AF)/07/1 (CIRDI); *Fondel Metal Participations B.C. c. Azerbaïdjan* (2007), n° ARB/07/1 (CIRDI); *RSM Production Corporation c. Centrafrique* (2007), n° ARB/07/2 (CIRDI); *Gouvernement de la province du Kalimantan de l'Est (Indonésie) c. PT Kaltim Prima Coal* (2007), n° ARB/07/3 (CIRDI); *Eni Dación B.C. c. Venezuela* (2007), n° ARB/07/4 (CIRDI); *Giovanna a Beccara c. Argentine* (2007), n° ARB/07/5 (CIRDI); *Tza Yap Shum c. Pérou* (2007), n° ARB/07/6 (CIRDI); *Global Gold Mining LLC c. Arménie* (2007), n° ARB/07/7 (CIRDI); *Europe Cement Investment and Trade S.A. c. Turquie* (2007), n° ARB(AF)/07/2 (CIRDI); *Alasdair Ross Anderson c. Costa Rica* (2007), n° ARB(AF)/07/3 (CIRDI); *Giovanni Alemanni c. Argentine* (2007), n° ARB/07/8 (CIRDI); *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.C. c. Paraguay* (2007), n° ARB/07/9 (CIRDI); *Meerapfel Söhne AG c. Centrafrique* (2007), n° ARB/07/10 (CIRDI); *ALAS International Baustoffproduktions AG c. Bosnie-Herzégovine* (2007), n° ARB/07/11 (CIRDI); *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Liban* (2007), n° ARB/07/12 (CIRDI); *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. c. Roumanie* (2007), n° ARB/07/13 (CIRDI); *Liman Caspian Oil BV et NCL Dutch Investment BV c. Kazakhstan* (2007), n° ARB/07/14 (CIRDI); *Ron Fuchs c. Géorgie* (2007), n° ARB/07/15 (CIRDI); *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine* (2007), n° ARB/07/16 (CIRDI); *Impregilo S.p.A. c. Argentine* (2007), n° ARB/07/17 (CIRDI); *Shell Nigeria Ultra Deep Limited c. Nigeria* (2007), n° ARB/07/18 (CIRDI); *Electrabel S.A. c. Hongrie* (2007), n° ARB/07/19 (CIRDI); *Saba Fakes c. Turquie* (2007), n° ARB/07/20 (CIRDI); *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie* (2007), n° ARB/07/21 (CIRDI); *AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Eromu Kft. c. Hongrie* (2007), n° ARB/07/22 (CIRDI); *Shareholders of SESAM c. Centrafrique* (2007), n° CONC/07/1 (CIRDI); *Railroad Development Corporation c. Guatemala* (2007), n° ARB/07/23 (CIRDI); *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana* (2007), n° ARB/07/24 (CIRDI); *Trans-Global Petroleum Inc. c. Jordanie* (2007), n° ARB/07/25 (CIRDI); *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*

d'arbitrage, dont trente-deux sont fondées sur la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*³ (ci-après *Convention de Washington*) et quatre sur le *Règlement du mécanisme supplémentaire*⁴. Il est aussi intéressant de noter que le CIRDI a enregistré, pour la troisième fois seulement, une affaire dans laquelle un État, ou une entité étatique, attaque un investisseur⁵.

À la fin décembre 2007, le Centre avait enregistré un total de 259 affaires depuis l'entrée en vigueur de la *Convention de Washington* en 1966. En outre, au 31 décembre 2007, cent vingt-trois d'entre elles étaient toujours pendantes.

Le second élément marquant pour l'année 2007 concerne le fait que la *Convention de Washington* n'est entrée en vigueur dans aucun nouvel État. Néanmoins, la Serbie a signé la *Convention* le 9 mai 2007⁶, mais la Bolivie a dénoncé la *Convention* le 2 mai 2007. Cette dernière avait signé la *Convention de Washington* le 3 mai 1991 et avait déposé son instrument de ratification le 23 juin 1995. Elle est le premier État à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article 71 de la *Convention*. La dénonciation a pris effet six mois après la notification reçue par le Centre, soit le 3 novembre 2007. Cette dénonciation a fait l'objet d'un grand nombre de commentaires, souvent partagés, sur les conséquences d'un tel acte. En effet, de nombreuses questions se posent, notamment en ce qui a trait aux différends impliquant la Bolivie, tant ceux en cours que ceux potentiellement à venir, et concernant la signification du consentement à l'arbitrage (article 25 de la *Convention de Washington*⁷), « pierre angulaire de la compétence du Centre »⁸. Si les conséquences pratiques d'une telle dénonciation ne sont pas encore connues, il n'est

(2007), n° ARB/07/26 (CIRDI); *Mobil Corporation c. Venezuela* (2007), n° ARB/07/27 (CIRDI); *E.T.I. Euro Telecom International N.C. c. Bolivie* (2007), n° ARB/07/28 (CIRDI); *Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay* (2007), n° ARB/07/29 (CIRDI); *Conoco Phillips Company c. Venezuela* (2007), n° ARB/07/30 (CIRDI); *Hochtief Aktiengesellschaft c. Argentine* (2007), n° ARB/07/31 (CIRDI); *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Canada* (2007), n° ARB(AF)/07/4 (CIRDI); *Astaldi S.p.A. c. Honduras* (2007), n° ARB/07/32 (CIRDI).

³ 19 mars 1965, 575 R.T.N.U. 169 [*Convention ou Convention de Washington*].

⁴ Doc. CIRDI/11, Washington (entrée en vigueur : 10 avril 2006), en ligne : CIRDI, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra/AFR_French-final.pdf>.

⁵ *Gouvernement de la Province du Kalimantan de l'Est (Indonésie) c. PT Kaltim Prima Coal* (2007), n° ARB/07/3 (CIRDI). Les deux autres affaires sont *Gabon c. Société Serete S.A.* (1976), n° ARB/76/1 (CIRDI) et *Tanzania Electric Supply Company Limited (TESCL) c. Independent Power Tanzania Limited* (1998), n° ARB/98/8 (CIRDI), sentence du 12 juillet 2001.

⁶ La *Convention* y est entrée en vigueur le 8 juin 2007.

⁷ Voir notamment Julien Fouret, « Denunciation of the *Washington Convention* and Non-Contractual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration? » (2008) 25 J. Int'l Arb. 71; Emmanuel Gaillard, « The Denunciation of the *ICSID Convention* » 237: 122 N.Y.L.J. (26 juin 2007); Sébastien Manciaux, « La Bolivie se retire du CIRDI » (2007) 2 Rev. Arb. 351 et Fernando Mantilla-Serrano, « The effect of Bolivia's Withdrawal From the *Washington Convention* : Is BIT-Based ICSID Jurisdiction Foreclosed? » (Août 2007) Mealey's Int'l Arb. Rep. 1.

⁸ CIRDI, *Convention et règlements du CIRDI*, « Rapport des administrateurs sur la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* » au para. 23, en ligne : CIRDI <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/partB.htm>> [CIRDI, *Rapport des administrateurs*].

pas à exclure que d'autres États fassent de même, si le précédent bolivien se révèle être positif à leurs yeux.

Enfin, non seulement le nombre de nouvelles affaires enregistrées a considérablement augmenté en 2007 mais le nombre de décisions, ordonnances et sentences rendues a également suivi le même chemin et reflète l'augmentation croissante de l'activité du Centre depuis le début du 21^e siècle. En effet, trente décisions ont été publiées cette année et feront l'objet de la présente chronique⁹. Il est intéressant de noter que, parmi celles-ci, le nombre de décisions rendues par des comités *ad hoc* s'est élevé au nombre de cinq, faisant quasiment doubler le nombre de ce type de décision depuis la création du CIRDI.

I. *Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique, sentence du 17 juillet 2006*¹⁰

Composition du Tribunal : Albert Jan van den Berg, président; Andreas Lowenfeld et Alberto Guillermo Saavedra Olvarrieta, arbitres.

Cette sentence fait suite à la décision sur la compétence rendue trois ans jour pour jour avant la présente et commentée dans une de nos précédentes chroniques¹¹. Cette affaire est la première impliquant des mesures régies uniquement par le Chapitre 14 de l'*Accord sur le libre-échange nord-américain*¹² sur les services

⁹ Une décision et une sentence de 2006 seront commentées dans la présente chronique en raison de leur publication en 2007 : *Helnan International Hotels A/S c. Égypte* (2006), n° ARB/05/19 (CIRDI), décision sur la compétence, ci-dessous section 2 et *Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique* (2006), n° ARB(AF)/02/1 (CIRDI), sentence, ci-dessous section 1. Quatre sentences rendues en 2007 et deux décisions n'avaient pas été publiées au 31 décembre 2007 : *Tokios Tokeles c. Ukraine* (2007), n° ARB/02/18 (CIRDI), sentence et opinion séparées; *Ahmonseto Inc. and others c. Égypte* (2007), n° ARB/02/15 (CIRDI), sentence; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine* (2007), n° ARB/01/3 (CIRDI), décision sur la rectification; *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. c. Mexique* (2007 et 2008), n° ARB(AF)/04/5 (CIRDI), sentence et décision sur la correction de la sentence; *OKO Pankki Oyj c. Estonie* (2007), n° ARB/04/6 (CIRDI), sentence; *Azurix c. Argentine* (2007), n° ARB/01/12 (CIRDI), décision sur la suspension d'exécution de la sentence. En outre, six affaires ont été réglées à l'amiable : *Newmont USA Limited et Newmont (Uzbekistan) Limited c. Ouzbékistan*, n° ARB/06/20 (CIRDI); *Shell Brands International AG and Shell Nicaragua S.A. c. Nicaragua*, n° ARB/06/14 (CIRDI); *Rail World LLC c. Estonie*, n° ARB/06/6 (CIRDI); *Cemex Asia Holdings Ltd c. Indonésie*, n° ARB/04/3 (CIRDI); *Aguas Cordobesas S.A., Suez, et Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. c. Argentine*, n° ARB/03/18 (CIRDI); *Camuzzi International S.A. c. Argentine*, n° ARB/03/7 (CIRDI).

¹⁰ *Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique* (2007), n° ARB/02/18 ARB(AF)/02/01 (CIRDI) [*Fireman's (fond)*].

¹¹ *Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique* (2003), n° ARB/02/18 ARB(AF)/02/01, décision du 17 juillet 2003 sur la question préliminaire (compétence) [*Fireman's (compétence)*], commentée dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16.2 R.Q.D.I. 258 à la p. 269. [*Fouret et Khayat 16.2*].

¹² *Accord sur le libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2 (entrée en vigueur : 1 janvier 1994) [ALÉNA].

financiers¹³. Ce chapitre pose, en son article 1401, sa portée et son champ d'application, notamment eu égard aux investissements :

Article 1401 : portée et champ d'application

[...]

2. Les articles 1109 à 1111, 1113, 1114 et 1211 sont incorporés dans le présent chapitre et en font partie intégrante. Les articles 1115 à 1138 sont incorporés dans le présent chapitre et en font partie intégrante, uniquement pour les manquements par une Partie aux articles 1109 à 1111, 1113 et 1114 incorporés dans le présent chapitre.¹⁴

Ainsi, bien qu'ayant argué de la violation des dispositions relatives au traitement national (article 1102 de l'*ALÉNA*) et au standard minimum de traitement (article 1105 de l'*ALÉNA*), le Tribunal avait indiqué, lors de sa décision de 2003, qu'en raison de l'application des dispositions du Chapitre 14, seule la réclamation fondée sur l'article 1110 relatif à l'expropriation entrait dans son champ de compétence¹⁵.

Nous rappellerons les faits de l'affaire brièvement avant de nous attarder un peu plus longuement sur la question centrale de l'expropriation.

Au Mexique, les holdings financières (« *sociedades controladoras de grupos financieros* ») sont sujettes au contrôle du Secretaria de Hacienda y Crédito Público (SHCP), qui possède des pouvoirs d'investigation et de supervision importants¹⁶. Ainsi, ces sociétés ont une marge de manœuvre limitée quant aux activités commerciales qu'elles peuvent exercer.

En 1992, le SHCP a autorisé la création d'une entreprise de nationalité mexicaine : le Grupo Financiero BanCreceer (GF BanCreceer). Cette dernière est la holding pilotant Banco BanCreceer. En 1995, Fireman's Fund, le demandeur, a investi cinquante millions de dollars dans l'acquisition d'obligations à cinq ans émises par GF BanCreceer, à la suite de l'autorisation accordée par la Banque du Mexique¹⁷.

Cependant, une crise financière s'est produite au Mexique en 1997 et la Banco BanCreceer fut prise dans la tourmente de celle-ci. Afin de permettre à la banque de survivre, il a été prévu un plan de sauvetage négocié avec l'investisseur. Dans ce plan, les obligations souscrites par Fireman's Fund devaient lui être remboursées, avant d'être réinvesties dans la Banco BanCreceer, une fois celle-ci restructurée.

Néanmoins, un second plan, dont la teneur n'a cette fois pas été décidée en consultation avec Fireman's Fund, a prévu le remboursement des obligations émises

¹³ *Fireman's (fond)*, supra note 10 aux para. 157 et s.

¹⁴ *ALÉNA* supra note 12.

¹⁵ *Ibid.* au para. 143.

¹⁶ *Fireman's (compétence)*, supra note 11 au para. 45.

¹⁷ *Ibid.* aux para. 51-53.

en pesos, avec l'appui du Mexique¹⁸. Lorsqu'il apprend l'existence de ce second plan, en avril 1998, Fireman's Fund demande un traitement équivalent, mais se voit opposer, un an après sa demande, un refus définitif¹⁹. En juillet 1998, l'investisseur demande l'autorisation d'acheter les obligations en dollars selon les mêmes termes que ceux régissant les émissions en pesos. Cela lui est également refusé par la Banque du Mexique, en août 1999²⁰. Subséquemment, la liquidation et la dissolution de la holding GF BanCreceer sont ordonnées en novembre 1999. Fireman's Fund a alors engagé des procédures d'arbitrage sous l'auspice du CIRDI afin de faire reconnaître les violations dont elle allègue avoir fait l'objet.

La sentence n'a été publiée qu'en 2007, soit plus d'un an après qu'elle ait été rendue. Une des raisons de ce retard est que les informations les plus sensibles ont été retirées de la sentence, qui est donc partiellement incomplète. Cependant, ce sont uniquement des éléments factuels qui ont été effacés et ceux-ci n'entravent pas la lecture et la compréhension du raisonnement juridique. Nous allons donc revenir de manière concise sur l'analyse menée par le Tribunal en matière d'expropriation, même si elle n'est que d'un intérêt relatif pour le droit international des investissements²¹.

Le Tribunal débute son analyse en indiquant qu'un « *arbitral award do not constitute binding precedent* »²² et que, par conséquent, il pourra s'inspirer de certaines sentences mais ne sera pas juridiquement tenu de les respecter²³. Le Tribunal édicte alors une typologie récapitulative de tous les éléments retenus par de précédents tribunaux en matière d'expropriation, avant de vérifier si les faits de l'affaire en cause peuvent correspondre à certains de ces derniers²⁴.

Le premier élément analysé par le Tribunal est le fait que le Mexique n'a en réalité pas obligé Fireman's Fund à participer au premier plan de recapitalisation de la banque BanCreceer, contrairement à ce que ce dernier l'affirme. En effet, l'investisseur a été à l'origine dudit plan en 1997, mais aucun accord final n'a pu être trouvé entre les parties sur le sujet. Ce faisant, aucune mesure d'expropriation ne peut être constatée par le Tribunal sur ce motif²⁵.

Le second élément d'intérêt concerne le remboursement des obligations émises en pesos et détenues par des investisseurs mexicains. Le Tribunal reconnaît que les « *Peso Debentures discriminated against [the investor]* »²⁶. En effet, les autorités mexicaines ont traité différemment certains investisseurs et discriminé Fireman's Fund en ne lui accordant pas les mêmes possibilités de rachat que les autres.

¹⁸ *Ibid.* au para. 55.

¹⁹ *Ibid.* au para. 56.

²⁰ *Ibid.* au para. 58.

²¹ *Fireman's (fond)*, *supra* note 10 aux para. 169-217 pour l'analyse de l'expropriation.

²² *Ibid.* au para. 172.

²³ *Ibid.* au para. 172. Voir sur le sujet notamment Gabrielle Kaufmann-Kohler, « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse – *The Freshfields Lectures* » (2007) 23.3 *Arb. Int'l* 357 et Jefferey P. Commission, « Precedent in Investment Treaty Arbitration » (2007) 24.2 *J. Int'l Arb.* 129.

²⁴ *Fireman's (fond)*, *supra* note 10 au para. 176.

²⁵ *Ibid.* aux para. 186-191.

²⁶ *Ibid.* au para. 201.

Pour le Tribunal, « *this is a clear case of discriminatory treatment of a foreign investor. If there is a “haircut” for holders of debentures, all should be shaven* »²⁷. Cependant, et comme le Tribunal l’a rappelé dès le début de sa sentence, ce dernier n’est compétent, en vertu du Chapitre 14 de l’ALÉNA, que pour les questions d’expropriation. Les violations mentionnées ci-dessus ne peuvent pas équivaloir à une expropriation de la part du Mexique, qui aurait privé l’investisseur de son bien²⁸.

Ainsi, et assez étonnamment, malgré la reconnaissance d’un traitement discriminatoire évident de l’investisseur par le Mexique, le Tribunal n’est pas en mesure, en raison de son mandat très réduit, de condamner l’État²⁹. Fireman’s Fund n’ayant pas initié de procédure d’annulation devant les tribunaux internes, il semble que cette décision, somme toute étrange, deviendra donc définitive.

J.F.

II. *Helnan International Hotels A/S c. Égypte*, décision du 17 octobre 2006³⁰

Composition du Tribunal : Yves Derains, président; Rudolf Dolzer et Michael Lee, arbitres.

La décision sur la compétence du 17 octobre 2006 intervenue dans l’affaire *Helnan* concerne l’investissement d’une société danoise, *Helnan International Hotels A/S*, dans ce qui était l’un des fleurons de l’industrie hôtelière égyptienne jusqu’au développement récent de ce secteur d’activité, à savoir l’hôtel *Shepherd* du Caire, une institution vénérable de la ville.

Il s’agit de la troisième affaire concernant l’industrie du tourisme en Égypte, après les affaires *Wena*³¹ et *SPP*³². Plus généralement, l’Égypte continue de faire l’objet d’un certain nombre de procédures arbitrales concernant des investissements

²⁷ *Ibid.* au para. 203.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.* au para. 218.

³⁰ *Helnan International Hotels A/S c. Égypte* (2006), n° ARB/05/19 (CIRDI) [*Helnan*]. La décision sur la compétence rendue dans cette affaire, bien que datant de 2006, n’a été rendue publique qu’en 2007, ce qui explique qu’elle soit commentée dans la présente édition de la *Revue*.

³¹ *Wena Hotels Ltd. c. Égypte* (1998), n° ARB/98/4, décision. Sur la décision du Comité *ad hoc* constitué dans cette affaire [*Wena c. Égypte*], voir nos observations dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 R.Q.D.I. 257 à la p. 257 [*Fouret et Khayat 15.2*] ainsi que sur la décision d’interprétation, la première rendue par un tribunal arbitral constitué sous l’égide du CIRDI dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2005) 18.2 R.Q.D.I. 314 à la p. 382 [*Fouret et Khayat 18.2*].

³² *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Égypte* (1992), n° ARB/84/3 (CIRDI), sentence.

internationaux. Au début 2008, quatre affaires³³ impliquant ce pays, y compris l'affaire *Helnan*³⁴, étaient toujours pendantes devant le CIRDI.

Les faits essentiels sont les suivants. Un contrat de gestion et d'exploitation de l'hôtel Shephard avait été signé en 1986 pour une durée de vingt-six ans entre une société danoise, Scandinavian Management Company, et la société publique Egyptian Hotels Company (EGH), propriétaire de l'hôtel. Plusieurs années plus tard, en 2002, Helnan succédait à la Scandinavian Management Company dans ses droits et reprenait le contrat de gestion et d'exploitation de l'hôtel aux termes d'un avenant signé avec l'Egyptian Company for Tourism and Hotels (EGOTH), une autre société d'État égyptienne ayant succédé à l'EGH.

La décision sur la compétence est peu prolixe sur les faits de l'affaire, se contentant de ce qui est strictement nécessaire pour l'appréhension des questions de compétence. On y apprend que le litige opposant les parties résulte principalement de la décision de l'EGOTH en 2003 de déclasser l'hôtel Shephard de la catégorie cinq étoiles à la catégorie quatre étoiles. Une procédure judiciaire devant un tribunal arbitral, constitué en application du contrat sous l'égide du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, puis devant les juridictions égyptiennes, s'en est suivie. Au terme de celle-ci, le contrat de gestion et d'exploitation de l'hôtel a été résilié et l'EGOTH a repris possession de l'hôtel.

Quelques semaines après que cette sentence arbitrale ait été rendue au Caire et en cours de procédure d'annulation devant les juridictions égyptiennes, Helnan a saisi le CIRDI d'une demande d'arbitrage fondée sur l'article 9 du *Traité bilatéral de promotion et de protection réciproque des investissements* conclu entre le Danemark et l'Égypte le 24 juin 1999 et entré en vigueur le 29 juin 2000³⁵ (le *BIT*). Helnan soutenait que l'Égypte avait violé les dispositions du *BIT* lui imposant de fournir aux investissements danois une protection et une sécurité pleine et entière, un traitement juste et équitable sans qu'ils puissent être expropriés sauf pour des motifs d'intérêt public et moyennant le prompt versement d'une indemnité adéquate et effective.

L'Égypte a formulé trois objections à la compétence du Tribunal arbitral en affirmant que le litige n'était pas couvert par le *BIT*, dans la mesure où il serait né avant son entrée en vigueur, qu'il ne concernait pas un investissement au sens de la *Convention de Washington* et qu'il n'impliquait pas l'Égypte puisque l'EGOTH ne serait pas une émanation de l'État égyptien.

Les solutions retenues par le Tribunal arbitral sur chacune des objections égyptiennes sont classiques et n'appellent que de brèves remarques.

La décision sur la question de l'application *ratione temporis* du *BIT* est fondée essentiellement sur les faits de l'espèce³⁶. Le Tribunal retient que, s'il est exact

³³ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. Égypte*, n° ARB/04/13 (CIRDI) ; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecci c. Égypte*, n° ARB/05/15 (CIRDI) ; *Ahmonseto, Inc. and others c. Égypte*, n° ARB/02/15 (CIRDI).

³⁴ Le jugement sur l'affaire *Helnan* fut rendu le 3 juillet 2008.

³⁵ En ligne : CNUCED <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

³⁶ *Helnan*, *supra* note 30 aux para. 48-57.

que l'investisseur évoque des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du *BIT*, il n'en demeure pas moins que le litige résulte de la décision de l'EGOTH de déclasser l'hôtel en 2003 et de ses conséquences, l'ensemble ayant bien eu lieu après l'entrée en vigueur du traité³⁷.

Quant à l'objection *ratione materiae* relative à la définition de l'investissement³⁸, les arbitres évitent de prendre position sur les questions qui agitent actuellement la jurisprudence du CIRDI. Ils retiennent en effet que l'opération économique de Helnan prévoyait s'étendre sur une certaine durée, impliquer un certain profit et un retour sur investissement et ce, en présence d'un élément de risque et d'un engagement financier substantiel, tout en contribuant au développement de l'économie égyptienne. L'existence de chacun de ces éléments, que le Tribunal considère avérée, lui permet de disposer des composantes de la notion d'investissement au sens de la jurisprudence du CIRDI, même si certains sont contestés comme celui de la contribution au développement de l'économie locale. Dans la mesure où même les conditions les plus controversées de la notion d'investissement sont remplies en l'espèce, le Tribunal semble considérer qu'il n'a pas à statuer sur leur pertinence³⁹.

Enfin, l'objection *ratione personae* voulant qu'EGOTH ne serait pas une émanation de l'État égyptien est écartée par le Tribunal arbitral, quoique de manière surabondante⁴⁰. On sait en effet que lors de l'examen de la compétence en matière d'investissement international, les tribunaux arbitraux se satisfont d'un examen *prima facie* de la question de savoir si les actes allégués à l'encontre d'un État ont bien été commis par celui-ci ou par une entité dont les actes pourraient être attribués à l'État⁴¹.

³⁷ Voir, parmi plusieurs exemples de l'application *ratione temporis* des dispositions d'un BIT, *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. c. Pérou* (2005), n° ARB/03/4 (CIRDI), sentence, (2004) 19 I.C.S.I.D. Rev. – F.I.L.J. 359 [*Empresas*], ainsi que nos observations dans *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 aux pp. 322 et s. et la décision du 5 septembre 2007 du Comité *ad hoc* constitué dans cette affaire, commentée par ailleurs dans le présent numéro de cette *Revue*, ci-dessous section 26. Voir également *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A.c. Mexique* (2003), n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, [*Tecnicas*] et nos observations *Fouret et Khayat 16.2*, *supra* note 11, plus spécialement aux pp. 238-239.

³⁸ *Helnan*, *supra* note 30 aux para. 74-81.

³⁹ Les critères de la notion d'investissement au sens de la jurisprudence du CIRDI sont amplement discutés dans d'autres affaires dans lesquelles le principe de la contribution au développement de l'État d'accueil n'était pas acquis. Voir par exemple la décision du 1^{er} novembre 2006 du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo* (2006), n° ARB/99/7 (CIRDI) [*Patrick Mitchell c. Congo*] et nos observations dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2006) 19.1 R.Q.D.I. 257 à la p. 341 [*Fouret et Khayat 19.1*] et Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : chronique des sentences arbitrales » (2007) 134 J.D.I. 255 aux pp. 340 et s. [Gaillard, « CIRDI (2007) »]. Voir également nos observations sur la sentence rendue dans l'affaire *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie* (voir la section 11, ci-dessous).

⁴⁰ *Helnan*, *supra* note 30 aux para. 91-94.

⁴¹ Voir par exemple la sentence rendue le 10 janvier 2005 dans l'affaire *Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Algérie* (2005), n° ARB/03/8 (CIRDI), et nos observations *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 à la p. 318 et les autres affaires citées. Voir aussi, sur la question de l'examen *prima facie* des manquements allégués au BIT, l'affaire *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistan*

C'est également ce que reconnaît le Tribunal constitué dans l'affaire *Helnan*. Toutefois, bien qu'il ne soit pas contraint d'y procéder, celui-ci considère qu'il est en mesure de trancher cette question de manière définitive et retient, au terme d'une analyse tout à fait classique, que l'EGOTH agissait bien au nom et pour le compte de l'État égyptien. Le Tribunal se satisfait en effet des éléments soumis par l'investisseur concernant tant la dépendance et les liens structurels de cet organisme vis-à-vis de l'État égyptien que ses fonctions exercées au nom de celui-ci dans le secteur du tourisme.

En définitive, la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Helnan* ne retiendra l'attention qu'en ce qu'elle confirme des points de droit déjà établis, y compris dans des affaires impliquant l'Égypte.

D.K.

III. *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)*, décision sur l'annulation du 8 janvier 2007⁴²

Composition du Comité ad hoc : Judd Kessler, président; Piero Bernardini et Gonzalo Biggs, arbitres.

La demande d'annulation dans la présente affaire entre Repsol, l'investisseur, et Petroecuador, la défenderesse, fait suite à la sentence arbitrale rendue le 20 février 2004 décidant de la condamnation de l'entité étatique⁴³. Cette dernière a, par conséquent, demandé l'annulation de la sentence qui n'a, jusqu'à aujourd'hui, pas été publiée; les seuls éléments procéduraux rendus publics étant les ordonnances sur les mesures conservatoires commentées dans la précédente édition de notre chronique⁴⁴.

Nous avons salué le raisonnement du Comité dans ces ordonnances permettant de sauvegarder l'équilibre entre les parties⁴⁵. Il semble que la décision rendue le 8 janvier 2007 par les membres du Comité en soit également une que l'on doit retenir comme illustration de la bonne application du mécanisme prévu par l'article 52 de la *Convention de Washington*.

(2005), n° ARB/03/29 (CIRDI) [*Bayindir*], et nos observations dans *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 à la p. 386 où nous avons considéré que l'examen *prima facie* auquel s'étaient livré les arbitres était autrement plus lourd, voir plus spécialement à la p. 390.

⁴² *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* (2007), N° ARB/01/10 (CIRDI) [*Repsol (annulation)*].

⁴³ Le Tribunal était composé de Rodrigo Oreamuno, président, Eduardo Carmigiani Valencia et Alberto Wray Espinosa, arbitres.

⁴⁴ *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* (2005 et 2006), n° ARB/01/10 (CIRDI), ordonnances, commentées dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39.

⁴⁵ *Ibid.*

Petroecuador s'appuie essentiellement sur l'article 52(1)(b) de la *Convention* afin d'obtenir l'annulation de la sentence⁴⁶. Cette disposition porte sur l'excès de pouvoir manifeste du tribunal lors de sa décision. Cependant, comme le professeur Schreuer, l'un des plus éminents spécialistes du CIRDI, l'a affirmé : « *[a]nnulment is only concerned with the legitimacy of the process of decision; it is not concerned with its substantive correctness* »⁴⁷. Il faudra donc que le Comité soit très prudent afin de ne pas outrepasser les prérogatives qui lui sont accordées par la *Convention de Washington*. Les arbitres examinent en premier lieu la question de la compétence du Tribunal (A), pour ensuite considérer l'analyse des questions de fond effectuée par les arbitres (B).

A. De la compétence du Tribunal arbitral pour statuer sur le litige

Petroecuador soutient que le Tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs en se reconnaissant compétent. C'est ce caractère *manifeste* qui doit être souligné et retenu par tout comité *ad hoc* afin de ne pas détourner les objectifs de la procédure d'annulation⁴⁸. Ce principe est réaffirmé très clairement par les membres du Comité qui indiquent notamment que « *[i]t is generally understood that exceeding one's power is "manifest" when it is "obvious by itself" simply by reading the award, that is even prior to a detailed examination of its contents* »⁴⁹.

Pour le Comité, la décision sur la compétence est « *clear, convincing, well-reasoned and free of contradictions* »⁵⁰ et le droit équatorien applicable en l'espèce a été correctement interprété par deux arbitres de ce pays. En tout état de cause, le Comité rappelle que le système d'annulation ne protège pas contre les erreurs d'application du droit mais uniquement contre les violations dudit droit applicable⁵¹.

En s'appuyant sur un nombre important de précédents, le Comité indique qu'il n'y a aucune raison qui pourrait le pousser à annuler la sentence sur ce motif et même si une interprétation large de l'article 52 (1)(b) avait été appliquée, la décision finale aurait été la même : « *the Tribunal did not decide on matters that had not been submitted for its consideration [...], nor did it fail to refer to matters that had been submitted by the Parties, or fail to comply with the applicable law* »⁵². Le Comité a donc parfaitement rempli son mandat et a respecté les dispositions de la *Convention de Washington* en ne tentant pas de réécrire la sentence au fond ou en effectuant une

⁴⁶ Une question subsidiaire est aussi fondée sur l'art. 52 (1)(d) et sera évoquée ci-après (le *locus standi* de Repsol), voir la partie B.3, ci-dessous.

⁴⁷ Christoph Schreuer, « ICSID Annulment Revisited » (2003) 30 L.I.E.I. 103 à la p. 104.

⁴⁸ Philippe Pinsolle, « "Manifest" Excess of Power and Jurisdictional Review of ICSID Awards » dans Federico Ortino, Lahra Liberti, Audley Sheppard et Hugo Warner, dir., *Investment Treaty Law – Current Issues*, vol.1, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, 51. [Philippe Pinsolle, « "Manifest" Excess of Power »].

⁴⁹ *Repsol (annulation)*, supra note 42 au para. 36. Le Tribunal s'appuie notamment sur la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena c. Égypte* et nos observations, *Fouret et Khayat 15.2*, supra note 31.

⁵⁰ *Repsol (annulation)*, supra note 42 au para. 37.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.* au para. 44.

analyse trop approfondie des prises de position du Tribunal. Il a gardé à l'esprit que l'excès devait être manifeste, ou en d'autres termes :

*The word relates not to the seriousness of the excess or the fundamental nature of the rule that has been violated but rather to the cognitive process that makes it apparent. An excess of powers is manifest if it can be discerned with little effort and without deeper analysis.*⁵³

B. Fondement de la demande, *res judicata* et *locus standi* de Repsol : des décisions légitimes du Tribunal arbitral

Le Comité a analysé, tour à tour, trois arguments présentés par Petroecuador. D'après la défenderesse, le Tribunal a excédé ses pouvoirs concernant la nature juridique du différend (1), en ne reconnaissant pas le caractère *res judicata* d'une décision administrative (2) et enfin, il a inobservé une règle fondamentale de procédure en acceptant le *locus standi* de Repsol (3).

1. LE FONDEMENT ET LA NATURE JURIDIQUE DU DIFFEREND

Petroecuador soutient en effet que l'excès de pouvoir est manifeste en raison de l'erreur commise par le Tribunal de se fonder sur le *modified contract* entre les parties et non sur le *service provision contract*⁵⁴. Cette contestation ne tient pas pour le Comité car « [t]here is ample proof to support the conclusion of the Tribunal »⁵⁵. Analysant les faits de l'affaire pour prouver l'absence d'excès de pouvoir du Tribunal, le Comité s'est contenté de reprendre les étapes de la relation contractuelle entre les deux parties afin de démontrer qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 52 (1)(b) lors de la rédaction de la sentence arbitrale⁵⁶. Il a ainsi, et une nouvelle fois, parfaitement respecté le mandat qui lui est accordé par la *Convention de Washington*.

2. DE LA QUESTION DU *RES JUDICATA*

Pour Petroecuador, le Tribunal a excédé ses pouvoirs en décidant d'un différend qui, selon lui, aurait déjà été réglé par une autorité administrative interne, la Dirección Nacional de hidrocarburos (DNH), sans que la demanderesse ne l'ait contesté. Cette décision de DNH est *res judicata* pour Petroecuador et les arbitres ont ainsi rendu une sentence en violation de ce principe. Notons que la demanderesse avait déjà formulé cette objection devant le Tribunal arbitral qui l'avait rejetée⁵⁷.

⁵³ Christop Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 à la p. 933 [Schreuer, « *The ICSID Convention* »].

⁵⁴ *Repsol (annulation)*, supra note 42 au para. 48.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Nous ne reprendrons pas ces faits, qui n'ont que peu d'intérêt pour les questions d'annulation. Le lecteur pourra les retrouver à *ibid.* aux para. 49-56.

⁵⁷ *Ibid.* au para. 57.

Dans sa décision, le Comité a tenu en premier lieu à rappeler son attachement au respect du droit équatorien et qu'il sera « *extremely vigilant when there is an allegation of excessive use of power by a tribunal involving failure to properly comply with said laws* »⁵⁸. Cependant, le Comité semble procéder par un faisceau d'indices et par une analyse *prima facie*. Il constate alors effectivement que le Tribunal s'est longuement appesanti sur les dispositions du droit équatorien applicables et que deux des trois arbitres étaient équatoriens⁵⁹. Toujours conscient de son mandat, le Comité ne manque donc pas de rappeler qu'il ne peut pourtant annuler la sentence « *on the basis of a mere error in the application of the law, but may do so only when the pertinent law has not been applied* »⁶⁰.

Ce principe doit constamment être réaffirmé pour ne pas détourner la présente procédure, comme la doctrine n'a cessé de le soutenir⁶¹. L'analyse est purement centrée sur le droit équatorien, comme lors du précédent grief, et sur les différentes étapes procédurales du fond de l'affaire⁶². Le point déterminant demeure la volonté toujours réaffirmée par les membres du Comité de respecter le sens et le but de la *Convention de Washington* en ne cessant de définir le mandat qui lui est accordé. En conclusion de cette étude, le Comité insiste :

*Under Article 52 (1) of the ICSID Convention, the Committee is empowered to annul awards containing manifest errors only when they are serious enough to cast doubt on the legitimacy of the proceedings. This Committee sees no error, let alone any serious and manifest error, in relation to the argument that the decision of the DNH must be considered as binding or as an administrative res judicata. For this reason, PETROECUADOR's application for annulment on this ground is denied.*⁶³

3. LE LOCUS STANDI DE REPSOL

Ce dernier motif d'annulation est également refusé par le Comité. Fondée cette fois-ci sur l'article 52 (1)(d), soit « l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure », cette demande fait l'objet d'une analyse succincte.

Selon le Comité, malgré l'absence du mot « fondamental » dans la version espagnole de la *Convention*, contrairement aux versions française et anglaise, ce terme doit être considéré comme faisant partie intégrante de l'article en application des règles coutumières d'interprétation des traités⁶⁴. Ce terme permet en effet de ne

⁵⁸ *Ibid.* au para. 62.

⁵⁹ *Ibid.* au para. 63.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Voir notamment Pierre Mayer, « To What Extent Can an *Ad Hoc* Committee Review the Factual Findings if an Arbitral Tribunal? » dans Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, dir., *Annulment of ICSID Awards: A Joint IAI-ASIL Conference, Washington, DC, April 1, 2003*, Huntington, Juris, New York, International Arbitration Institute, 2004 à la p. 236 [Banifatemi et Gaillard, « *Annulment* »] et Schreuer, « *The ICSID Convention* », *supra* note 53 aux pp. 943-966.

⁶² Ne présentant pas un intérêt important en matière internationale, ces éléments sont énoncés à *Repsol (annulment)*, *supra* note 42 aux para. 64-74.

⁶³ *Ibid.* au para. 75.

⁶⁴ *Ibid.* au para. 81.

considérer ce motif que de manière extrêmement limitée afin de ne pas transformer la procédure d'annulation en procédure d'appel. Ainsi, ce motif « *has often been invoked but rarely succeeded* »⁶⁵. La présente décision ne fait donc pas exception à la règle et, en s'appuyant sur la décision dans *Wena c. Égypte*⁶⁶, le Comité conclut qu'aucune inobservation, et encore moins une inobservation grave, ne peut être constatée en matière de *locus standi*.

Nous avons précédemment indiqué que « [l]a décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena c. Égypte*, méticuleusement structurée et argumentée, constituera sans doute une référence en matière d'arbitrage CIRDI »⁶⁷. La déférence et le respect du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Repsol* vis-à-vis les motifs rendus dans cette dernière confortent notre position. La décision des membres du Comité s'avère en effet parfaitement structurée, cohérente et en conformité avec le mécanisme mis en place par la *Convention de Washington*.

J.F.

IV. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, ordonnances de procédure des 2 février et 25 avril 2007⁶⁸

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

Les deux ordonnances rendues par le Tribunal arbitral dans l'affaire *Biwater Gauff* portent sur des demandes de participation à la procédure formulées par cinq organisations non gouvernementales (ONG), dont trois sont établies en Tanzanie, une aux États-Unis et la dernière au Canada. Ces organisations sont toutes actives dans le domaine de l'environnement, des droits de l'homme et du développement durable. On se souvient que ce litige à l'encontre de la Tanzanie porte sur la gestion et l'exploitation du système de distribution et de traitement des eaux usées de la capitale Dar el Salam par une société de droit tanzanienne, détenue par *Biwater International Limited*, une société immatriculée au Royaume-Uni, et *HP Gauff Ingenieure GmbH & Co*, une société allemande⁶⁹.

La question de l'admission des ONG ou plus généralement des *amici curiae*, anime la jurisprudence⁷⁰ et la doctrine⁷¹ du CIRDI depuis quelques années. Le

⁶⁵ Christoph Schreuer, « Three Generations of ICSID Annulment Proceedings » dans Banifatemi et Gaillard, « *Annulment* », *supra* note 61 à la p. 29 [Schreuer, « *Three Generations* »].

⁶⁶ *Wena*, *supra* note 31.

⁶⁷ *Fouret et Khayat 15.2*, *supra* note 31 à la p. 176.

⁶⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie* (2007), n° ARB/05/22 (CIRDI) [*Biwater Gauff*].

⁶⁹ Voir nos observations sur les ordonnances rendues en 2006 dans la même affaire, *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 291.

⁷⁰ Voir dans le contexte du CIRDI, *Aguas Argentinas, SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine* (2005 et 2007), n° ARB/03/19 (CIRDI), ordonnance du 19 mai 2005 et nos observations dans *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 à la p. 359 et ordonnance du 12 février 2007 et nos observations dans le présent numéro de cette édition de la chronique, à la section 19, ci-dessous; *Aguas del Tunari SA c. Bolivie* (2005), n° ARB/02/3 (CIRDI),

*Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage*⁷² a même été modifié le 10 avril 2006 notamment pour donner un cadre juridique à l'intervention des « amis de la Cour ».

Il résulte en effet du nouvel article 37(2) du *Règlement d'arbitrage* que le Tribunal arbitral dispose de la compétence nécessaire pour admettre ou non les soumissions écrites des « parties non contestantes » sous certaines conditions, notamment l'utilité pour le Tribunal de la soumission en question au regard du litige et son caractère novateur eu égard aux exposés des parties, le fait que la soumission s'inscrive dans le cadre du différend et l'intérêt de l'auteur de la soumission pour le différend. Néanmoins, la question la plus délicate reste celle de la préservation de la confidentialité de la procédure lorsque des tierces parties sont autorisées à y participer, ne serait-ce qu'en présentant des soumissions écrites.

C'est la principale difficulté que le Tribunal rencontre ici dans la mesure où les ONG estimaient qu'elles ne pouvaient pas participer utilement à la procédure sans connaître l'ensemble du dossier et demandaient, par conséquent, tant à accéder à certains documents de l'instance qu'à assister aux audiences.

En autorisant les soumissions écrites des cinq ONG, le Tribunal s'est fondé, d'une part, sur les précédents décidés sous l'égide du CIRDI et, d'autre part, sur la sentence rendue dans l'affaire *Methanex c. États-Unis*⁷³ en application des règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et par un tribunal constitué sur le fondement de l'ALÉNA. On relèvera avec intérêt l'importance toute particulière que le Tribunal accorde à la transparence des procédures arbitrales en matière d'investissement, reprenant à son compte un passage de la décision rendue dans l'affaire *Methanex* selon lequel « [t]he acceptance of amicus submissions would have the additional desirable consequence of increasing the transparency of investor state arbitration »⁷⁴.

décision sur la compétence et nos observations dans *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 à la p. 373; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua c. Argentine* (2006), n° ARB/03/17 (CIRDI), décision et nos observations dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 282.

⁷¹ Gabrielle Kaufmann-Kohler, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité, entre intérêts privés et intérêt public » (2004) 32 *Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international* 9 et Brigitte Stern, « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur » (2007) 1 *Rev. arb.* 3. Voir également Emmanuel Gaillard, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements » (2003) 3 *Rev. arb.* 854.

⁷² CIRDI, « Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage », *Convention et Règlements du CIRDI* Doc. CIRDI/15 99, [Règlement d'arbitrage] en ligne : CIRDI, <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=RulesMain>>. Pour un commentaire sur ces modifications, voir Julien Fouret, « The World Bank and ICSID: Family or Incestuous Ties? » (2007) *International Organizations Law Review* 121; Abby Cohen Smutny et Erika Serran, « The Amended ICSID Rules – In Brief » (2006) 1 *Global Arbitration Review* 29; Emmanuel Gaillard, « Amended Arbitration Rules new in Effect for Investment Disputes » (2006) *N.Y.L.J.* 3.

⁷³ *Methanex Corporation c. États-Unis* (2001), (ALÉNA), décision sur les *amici curiae* du 15 janvier 2001 [*Methanex*]. En ligne : NAFTA Claims, <<http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/MethanexDecisionReAuthorityAmicus.pdf>>.

⁷⁴ *Methanex*, *ibid.* au para. 22, tel que cité dans *Biwater Gauff*, *supra* note 68 au para. 54.

Le Tribunal arbitral rejette toutefois la demande d'accès aux documents de la procédure soumise des *amici curiae*. On remarquera que la justification de la décision du Tribunal ne réside pas, du moins pas directement, dans la nécessité de protéger la confidentialité des pièces et de la procédure, mais plutôt dans l'affirmation selon laquelle la majeure partie des questions litigieuses sur lesquelles les ONG peuvent assister le Tribunal sont dans le domaine public.

Enfin, sur la question de l'accès aux audiences, le Tribunal arbitral n'a d'autre choix, en application de l'article 32 (2) du *Règlement d'arbitrage* du CIRDI, que de respecter l'opposition des investisseurs à cette demande. L'ouverture de la procédure du CIRDI à l'égard des *amici curiae* n'est en effet pas allée jusqu'à permettre aux arbitres d'outrepasser la volonté des parties sur cette question. L'admission des ONG dans les procédures CIRDI en tant qu'*amici curiae* reste donc toujours fondée sur l'écrit, ce qui permet sans doute de mieux la contrôler.

D.K.

V. Siemens A.G. c. Argentine, sentence du 6 février 2007⁷⁵

Composition du Tribunal : Andrés Rigo Sureda, président; Charles N. Brower et Domingo Bello Janeiro, arbitres.

Cette sentence fait suite à la décision sur la compétence rendue le 3 août 2004. Celle-ci avait été largement commentée, notamment en raison de la prise de position sur l'applicabilité de la clause de la nation la plus favorisée aux dispositions sur le règlement des différends⁷⁶.

Concernant le déroulement de cet arbitrage, la société de droit allemand, Siemens AG, a introduit une requête d'arbitrage le 23 mai 2002 contre l'Argentine. Le fondement de cette demande est le *Traité d'encouragement et de protection des investissements* entre l'Allemagne et l'Argentine signé le 9 avril 1991⁷⁷.

Quant aux faits de cette affaire, et de manière concise, le différend découle d'un contrat d'approvisionnement d'un système de contrôle des migrations ainsi que d'identification personnelle. L'appel d'offre de l'Argentine sur ce contrat avait été remporté par Siemens. Cependant, cet appel d'offre indiquait que seule une société de droit local pouvait présenter une offre et être éligible pour le contrat⁷⁸. Siemens a donc constitué par le biais d'une autre de ses filiales, Siemens Nixdorf Informations

⁷⁵ *Siemens A.G. c. Argentine* (2007), n° ARB/02/08 (CIRDI) [*Siemens (fond)*].

⁷⁶ *Siemens A.G. c. Argentine* (2004), n° ARB/02/08 (CIRDI), décision sur la compétence [*Siemens (compétence)*]. Voir notamment nos commentaires, Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2004) 17.2 R.Q.D.I. 183, 231 aux pp. 249-259.

⁷⁷ En ligne : CNUDCI <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>> [*BIT*].

⁷⁸ *Siemens (compétence)*, *supra* note 76 au para. 23.

System AG, une société de droit argentin (« *project company* ») qu'elle détient à 100%, soit Siemens IT Services SA⁷⁹.

Le contrat de l'appel d'offre, d'une durée de six ans, mais renouvelable deux fois pour une durée de trois ans, a été conclu le 8 octobre 1998 et approuvé par le Décret 1342/98⁸⁰. Néanmoins, et en partie à cause du changement de gouvernement en décembre 1999, le contrat a été suspendu en février 2000. Les autorités argentes ont alors argué que certains problèmes techniques entravaient son bon déroulement⁸¹. Malgré de nombreuses tentatives de négociation avec la filiale argentine et plusieurs recours administratifs par Siemens contre le décret suspendant le contrat, les parties ne sont pas parvenues à un accord. Par conséquent, l'investisseur a décidé de porter l'affaire devant un tribunal sous l'égide du CIRDI⁸². La sentence, comme nous allons le voir, est la quatrième en dix-huit mois condamnant l'Argentine au fond à la suite des mesures d'urgence économique prises au début des années 2000⁸³.

Il est intéressant de mentionner que la décision n'évoque à aucun moment de nombreuses interrogations quant à la légalité de l'obtention par Siemens des contrats en cause. En effet, de nombreux journaux, dont le *Financial Times* et le *Wall Street Journal*, ont indiqué que « *the company paid bribes to Argentine Government official in the late 1990s* » afin de conclure ces contrats⁸⁴. La seule mention, indirecte et difficilement identifiable si on ne connaît pas le contexte de l'affaire, est le rejet par le Tribunal de « *certain additional documents filed by the Respondent, which referred to an issue that had been known to the Respondent since 1998, and had not been previously raised* » et ce, en raison de leur soumission tardive⁸⁵.

Les arbitres ont ainsi mené leur analyse en plusieurs étapes. En premier lieu, ils ont étudié plusieurs éléments préalables concernant le droit applicable, les *umbrella clause* et le potentiel consentement de l'investisseur aux mesures incriminées (**A**). Ensuite, et c'est ici le cœur de l'analyse, le Tribunal a déterminé si l'Argentine a exproprié Siemens de son investissement (**B**). La violation du droit au traitement juste et équitable est subséquemment analysée (**C**), avant que le Tribunal ne conclut sur le caractère arbitraire et discriminatoire des mesures (**D**).

⁷⁹ *Siemens (fond)*, supra note 75 aux para. 82-83.

⁸⁰ *Siemens (compétence)*, supra note 76 au para. 25.

⁸¹ *Siemens (compétence)*, supra note 76 aux para. 25-26.

⁸² *Ibid.* aux para. 26-27.

⁸³ Les trois autres sentences étaient dans les affaires *CMS Gas Transmission Company c. Argentine* (2005), n° ARB/01/8 (CIRDI) [« CMS »], *Azurix Corp. c. Argentine* (2006), n° ARB/01/12 (CIRDI), sentence et *LG&E c. Argentine* (2006), n° ARB/02/1 (CIRDI) [*LG&E (sentence)*], dans une certaine mesure. Voir nos commentaires dans *Fouret et Khayat 18.2*, supra note 31 aux pp. 348 et s. et *Fouret et Khayat 19.1*, supra note 39 aux pp. 301 et s. et 323 et s.

⁸⁴ Voir le résumé fait par Luke Eric Peterson, « Argentina Liable for \$216 Million in investment treaty arbitration with Siemens » *Investment Treaty News* (19 février 2007), en ligne : Institut international du développement durable <<http://www.iisd.org/investment/itn/archive.asp>>.

⁸⁵ *Siemens (fond)*, supra note 75 au para. 52.

A. Les analyses préalables : du droit applicable au litige à la signification de la clause de respect des engagements

En préliminaire à son analyse, le Tribunal détermine le droit applicable au fond du litige. Pour ce dernier, ce sont les conditions posées à l'article 42 (1) de la *Convention de Washington* qu'il faut considérer, à savoir en premier lieu le choix des parties⁸⁶. Pour le Tribunal, « [b]y accepting the offer of Argentina to arbitrate disputes related to investments, Siemens agreed that this [le BIT] should be the law to be applied by the Tribunal »⁸⁷. À juste titre, les arbitres indiquent que le BIT contient une clause sur le droit applicable combinant droit interne argentin, droit international privé et droit international public. Malgré la mention du droit interne, le Tribunal semble principalement s'appuyer sur le droit international parce que son mandat lui impose d'apprécier si l'Argentine a violé le BIT. Or, les arbitres ne peuvent s'acquitter de cette tâche qu'en utilisant des principes du droit international, dont ceux relatifs à l'interprétation des traités⁸⁸.

Le second préliminaire concerne l'analyse concise du Tribunal de la clause de respect des engagements ou *umbrella clause*⁸⁹. Le BIT contient une telle disposition en son article 7(2) qui prévoit qu'« [e]ach Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments by nationals or companies of the other Contracting Party in its territory ». Comme le Tribunal l'indique, cette clause doit être lue littéralement pour déterminer les obligations qui en découlent et ainsi, toute obligation « undertaken by one of the Treaty parties in respect to any particular investment is converted by this clause into a breach of the Treaty »⁹⁰. Si cette analyse n'est pas partagée par tous les tribunaux et constitue probablement un raccourci entre deux types d'obligations bien distincts⁹¹, le Tribunal fonde cependant son analyse sur ce principe d'assimilation des violations contractuelles aux violations conventionnelles. Néanmoins, le Tribunal refusera l'application de la clause en l'espèce car Siemens n'était pas partie au contrat ; seule sa filiale Siemens IT Services SA l'était. Ainsi, la clause de respect des engagements

⁸⁶ Sur l'absence de choix des parties et du lien entre droit interne et droit international, voir la principale contribution à ce débat par Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, « The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence of the *Washington Convention*: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process » (2003) 18.2 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 375 [Banifatemi et Gaillard, « The Meaning of "and" »]. Pour une analyse récente du droit applicable devant les tribunaux arbitraux en matière d'investissement, voir Andrea Giardina, « International Investment Arbitration: Recent Developments as to the Applicable Law and the Unilateral Recourse » (2006) 5 Law & Prac. Int'l Courts and Trib. 29.

⁸⁷ *Siemens (fond)*, supra note 75 au para. 76.

⁸⁸ *Ibid.* aux para. 78-80.

⁸⁹ *Ibid.* aux para. 196-206.

⁹⁰ *Ibid.* au para. 196.

⁹¹ Voir notamment *CMS Gas Transmission Company c. Argentine* (2007), n° ARB/01/8 (CIRDI), décision d'annulation [*CMS (annulation)*] aux para. 126 et 128, commentée dans la présente chronique, ou encore la sentence *SGS c. Philippines* (2007), n° ARB/02/6 (CIRDI), décision sur les exceptions d'incompétence à la n. 61, commentée dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2004) 17.1 R.Q.D.I. 157 à la p. 174 [*Fouret et Khayat, 17.1*].

ne peut être invoquée par l'investisseur, comme cela avait déjà été refusé pour les mêmes raisons dans la sentence *Azurix* en 2006. Notons que cette décision avait été rendue par un tribunal également présidé par Andrés Rigo Sureda⁹².

Enfin, le troisième point préliminaire concerne l'argument de l'Argentine selon lequel « *Siemens agreed to the measures taken by Argentina* »⁹³. Pour la défenderesse, l'investisseur aurait accepté les mesures d'urgence économique qui lui étaient défavorables. Comme le Tribunal l'indique, cet argument « *is difficult to understand* »⁹⁴ et il est logique qu'un investisseur respecte le droit applicable de l'État sur le territoire duquel il exerce son activité économique⁹⁵. En outre, aux fins de la détermination de violations potentielles du *BIT*, « *the allegations based on the consent of Siemens or SITS are not relevant* »⁹⁶. Cette argumentation, assez étonnante de la part de l'Argentine, était donc vouée à l'échec. Il participe cependant de la stratégie de la défenderesse de soulever tout élément pouvant sembler minimalement plausible devant les tribunaux arbitraux afin d'espérer qu'un panel bien disposé puisse suivre un de ces raisonnements.

B. Le test de proportionnalité face au test des effets dans l'analyse des mesures expropriatrices

C'est à nouveau sur la question des demandes contractuelles, en opposition avec les demandes fondées sur le *BIT*, que débute l'analyse de l'article 4(2) du *BIT* sur l'expropriation. En effet, il avait été mis fin au contrat entre l'État et Siemens par un décret. Pour que des mesures soient qualifiées comme expropriatrices, il faut « qu'en les adoptant l'État n'ait pas agi en tant que simple cocontractant, mais bien en tant que puissance publique »⁹⁷. Le Tribunal énonce que

*[a]rbitral tribunals have considered that, for the behaviour of the State as party to a contract to be considered a breach of an investment treaty, such behaviour must be beyond that which an ordinary contracting party could adopt and involve State interference with the operation of the contract.*⁹⁸

Ce critère de différenciation entre les actes de *jure imperii* et de *jure gestionis* s'inspire de la sentence *Consortium RFCC c. Maroc*⁹⁹, qui avait posé que

⁹² *Azurix c. Argentine*, *supra* note 83.

⁹³ *Siemens (fond)*, *supra* note 75 au para. 207.

⁹⁴ *Ibid.* au para. 208.

⁹⁵ Voir notamment cette obligation posée par certains BIT et la récente jurisprudence sur la question, Bruno Poulain, « La conformité de l'investissement au droit local dans le contentieux investisseur-État » dans Ibrahim Fadlallah, Charles Leben et Éric Teynier, dir., « Investissements internationaux et arbitrage » (2007) 4 Les cahiers de l'arbitrage 41 [Fadlallah et al., « *Investissements internationaux et arbitrage* »].

⁹⁶ *Siemens (fond)*, *supra* note 75 au para. 211.

⁹⁷ Mathieu Raux, « Expropriation » dans Fadlallah et al., « Investissements internationaux et arbitrage », *supra* note 95 à la p. 49.

⁹⁸ *Siemens (fond)*, *supra* note 75 au para. 248.

⁹⁹ (2003), n° ARB/00/6 (CIRDI).

l'*imperii* était nécessaire pour qu'une mesure puisse être considérée comme une expropriation au sens du *BIT*. Nous avons salué cette solution dans *RFCC*¹⁰⁰ et il nous semble donc intéressant que le présent tribunal ait aussi choisi de s'appuyer sur ce critère. En l'espèce, l'Argentine a adopté un décret pour mettre fin au contrat et ceci ne semble pas se réduire à une simple mesure que tout cocontractant pourrait prendre. Une telle action serait, de ce fait, une violation du *BIT*. Il reste désormais au Tribunal à déterminer si tel est le cas¹⁰¹.

C'est dans l'analyse de la mesure que se situe l'opposition entre les parties. Pour l'Argentine, il faut s'appuyer sur un test de proportionnalité : un État doit pouvoir bénéficier d'un certain degré de déférence dans la détermination de ce qui peut constituer ou non une question importante pour l'intérêt général de sa population. Cela permet de déterminer quel niveau d'interférence avec les investissements étrangers est toléré suivant l'intérêt général en jeu¹⁰². Ce principe a notamment été appliqué dans la sentence *Tecmed c. Mexique*¹⁰³.

À l'inverse, Siemens choisit le test des effets. Cela signifie qu'il faille préférer un examen qui focalise uniquement sur l'impact ou sur les effets des mesures gouvernementales sur un investissement et un investisseur donnés. L'intérêt général en jeu et les motivations gouvernementales lors de la prise de telles mesures ne doivent pas alors être considérés.

Le Tribunal réfute l'approche téléologique de l'Argentine et retient qu'une seule mesure, le Décret 669/01, doit être considérée comme une mesure expropriatrice, peu importe les intentions de l'Argentine¹⁰⁴. Le Tribunal affirme de manière surabondante qu'il doute « *that the expropriation be for a public purpose* »¹⁰⁵. C'est ce qui permet aux arbitres de rejeter l'argumentation de l'Argentine. De plus, le Tribunal reconnaît qu'une des conditions du *BIT* pour l'expropriation n'a pas été respectée : celle de la compensation. Ainsi, il faudra déterminer le montant de celle-ci lors du calcul des dommages-intérêts en conclusion de la sentence.

Le Tribunal rejette donc le test de proportionnalité qui nous apparaît pourtant utile dans certains cas afin d'expliquer les mesures étatiques et leurs conséquences. L'application du Tribunal à démonter l'argumentation argentine, alors qu'il avait déjà appliqué le test des effets aux faits de l'affaire, n'était pas forcément indispensable.

¹⁰⁰ *Fouret et Khayat* 16.2, *supra* note 11 aux pp. 318-319.

¹⁰¹ *Siemens (fond)*, *supra* note 75 aux para. 254-255.

¹⁰² Pour les positions des deux parties voir *ibid.* aux para. 213-244.

¹⁰³ *Tecnicas*, *supra* note 37 et nos commentaires, Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16.1 R.Q.D.I. 126 aux pp. 237 et s. [*Fouret et Khayat*, 16.1].

¹⁰⁴ *Ibid.* aux para. 270-271.

¹⁰⁵ *Ibid.* au para. 273.

C. Attentes légitimes et absence de la mauvaise foi : de la désormais constance des tribunaux arbitraux dans l'analyse du traitement juste et équitable

Une fois encore, le Tribunal semble réutiliser le raisonnement de certains de ses prédécesseurs, notamment celui dans l'affaire *Azurix* dont la présidence était assurée par le même arbitre qu'en l'espèce¹⁰⁶.

Ainsi, les arbitres réitèrent le principe énoncé très clairement en 2006 par plusieurs tribunaux arbitraux¹⁰⁷ : il n'est pas nécessaire que l'État agisse de mauvaise foi afin de reconnaître une violation du traitement juste et équitable¹⁰⁸. Nous avons salué cette évolution, particulièrement dans la sentence *LG&E*, puisqu'elle tend vers une plus grande objectivisation du standard d'évaluation¹⁰⁹. Ce critère semble désormais bien établi.

De plus, ce que nous avons qualifié de « socle définitionnel » du traitement juste et équitable en devient en effet l'élément central, à savoir les attentes légitimes de l'investisseur¹¹⁰. Bien que l'Argentine ait tenté de détacher ce dernier concept du standard de traitement, le Tribunal a réfuté cette argumentation¹¹¹. Le Tribunal énonce que les attentes légitimes, tout comme le traitement juste et équitable, sont purgées de la condition de la mauvaise foi car cette condition rendrait son applicabilité trop restrictive¹¹².

De surcroît, les arbitres indiquent que les attentes légitimes de l'investisseur ont aussi été atteintes lorsque l'Argentine n'a pas pris de mesures alors qu'elle s'y était engagée auprès de la filiale de Siemens. Enfin, l'Argentine aurait refusé de fournir certains documents administratifs à Siemens alors qu'ils étaient nécessaires pour contester les décisions administratives prises par l'État à son encontre. Ainsi, l'ensemble de ces actions équivaut à une violation du traitement juste et équitable et de l'obligation de protection pleine et entière¹¹³.

¹⁰⁶ *Supra* note 83.

¹⁰⁷ *Saluka Investments BV (Netherlands) c. République tchèque* (2006), sentence partielle (Cour permanente d'arbitrage), en ligne : Cour permanente d'arbitrage <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1149>; *LG&E* (sentence), *supra* note 83; *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie* (2006), n° ARB/03/16 (CIRDI) [*ADC c. Hongrie*] et *Azurix c. Argentine*, *supra* note 83.

¹⁰⁸ *Siemens (fond)*, *supra* note 75 au para. 299.

¹⁰⁹ *Supra* note 83 et *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 aux pp. 326 et s.

¹¹⁰ Voir notamment le récent article sur le sujet, André von Walter, « The Investor's Expectations in International Investment Arbitration » dans August Reinisch et Christina Knahr, dir., *International Investment Law in Context*, Utrecht, Eleven International, 2008, 173.

¹¹¹ *Siemens (fond)*, *supra* note 75 au para. 287.

¹¹² *Ibid.* au para. 300.

¹¹³ *Ibid.* au para. 308.

D. L'objectivisation de l'analyse dans la détermination de l'arbitraire et du discriminatoire

Cette dernière analyse permet une nouvelle fois d'illustrer la tendance des tribunaux à écarter le maximum d'éléments subjectifs des standards applicables en matière de protection des investisseurs étrangers.

Concernant l'arbitraire, « *certain measures taken by Argentina do not seem to be based on reason* »¹¹⁴. Ainsi, elle n'a pas justifié le fait de ne pas avoir accordé certaines autorisations indispensables à la mise en place de l'investissement, conformément au droit argentin. Siemens a donc bien été traité arbitrairement car aucune explication ne lui a été fournie à l'appui des nombreux refus qu'il a essayés auprès des autorités étatiques.

Concernant la discrimination, les arbitres ont rejeté cette demande mais ont profité de cet examen afin d'« objectiviser » les critères alors applicables. En effet, « *intent is not decisive or essential for a finding of discrimination, and that the impact of the measure on the investment would be the determining factor to ascertain whether it had resulted in non-discriminatory treatment* »¹¹⁵. En l'occurrence, Siemens n'a pas réussi à prouver cette discrimination et le Tribunal ne peut par conséquent reconnaître de violation du *BIT* sur ce point.

Le Tribunal a ainsi décidé que non seulement il y avait eu expropriation mais aussi violation du traitement juste et équitable. En outre, Siemens a été traité de manière arbitraire mais non discriminatoire. Prenant le parti d'une évaluation axée sur l'investissement, probablement un peu trop large selon nous¹¹⁶, le Tribunal a évalué l'investissement à la date de la sentence arbitrale¹¹⁷. En effet, il a rejeté l'argument argentin d'applicabilité du standard de la « juste valeur marchande ». La défenderesse s'est donc fondée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme afin de demander une réduction de la compensation : les raisons à l'origine de l'expropriation sont d'ordre social ou d'intérêt général¹¹⁸. Refusant le test de proportionnalité pour l'analyse de l'expropriation, il est conséquent que le Tribunal fonde aussi celle de la compensation sur la théorie des effets. Les arbitres n'ont de ce fait pas pris en compte le contexte entourant la mesure étatique en cause.

S'il ne nous semble pas désirable d'appliquer la décision *Chorzow*¹¹⁹ aux différends en matière d'investissement¹²⁰, il ne nous apparaît pas plus souhaitable de

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 319.

¹¹⁵ *Ibid.* au para. 321.

¹¹⁶ En application du jugement de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów (compétence)* 1927, C.P.J.I. (sér. A) n° 9.

¹¹⁷ *Ibid.* aux para. 322-401.

¹¹⁸ *Ibid.* aux para. 354 et s.

¹¹⁹ *Supra* note 116.

¹²⁰ Cette décision appliquait un critère d'évaluation pour une expropriation illégale *per se* sous l'empire de la *Convention de Genève* de 1922 alors que l'expropriation en l'espèce, et comme dans tous les *BIT* et en droit international général, est légale mais doit être accompagnée d'une compensation adéquate. La *lex specialis*, le *BIT*, et non la *lex generalis*, la coutume, aurait dû être appliquée pour déterminer le montant de l'indemnisation. Voir dans ce sens Audley Sheppard, « The Distinction Between Lawful and Unlawful Expropriation » dans Clarisse Ribeiro, dir., *Investment Arbitration and the Energy*

séparer les analyses juridiques de leur contexte factuel, indispensable à la compréhension des mesures étatiques. Le Tribunal n'est pourtant pas de cet avis et accorde donc 217 millions de dollars à l'investisseur, soit le montant le plus élevé accordé jusqu'à présent à un demandeur dans les sentences à l'encontre de l'Argentine.

J.F.

VI. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A c. Argentine, ordonnance du 12 février 2007*¹²¹

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

L'ordonnance du 12 février 2007 rendue par le Tribunal arbitral, la deuxième dans la présente affaire, traitait de la question de l'admission de cinq organisations non gouvernementales en tant qu'*amici curiae*. On se souvient en effet que ce même Tribunal avait déjà statué sur la question lors de l'instruction des objections argentines à la compétence. Dans une ordonnance du 19 mai 2005, il avait admis le principe de la soumission d'écritures par les organisations concernées tout en refusant leurs demandes d'accès aux audiences et aux documents de la procédure¹²². Le Tribunal arbitral avait également retenu que, dans la mesure où l'instruction des objections à la compétence était presque achevée à la réception de la demande des « amis de la Cour », il reportait à la phase d'instruction du fond de l'affaire, s'il devait se reconnaître compétent, l'éventuelle admission des soumissions écrites des *amici curiae*.

C'est donc dans les mois qui ont suivi la décision sur la compétence rendue le 3 août 2006¹²³ que les cinq mêmes associations ont déposé une nouvelle demande de soumission d'écritures et d'accès aux documents de la procédure. Il s'agit de la seconde décision sur la question émise par un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI après celle rendue dans l'affaire *Biwater Gauff c. Tanzanie*¹²⁴.

Charter Treaty, Juris Publishing, 2006, 169 et *contra*, Manuel A. Abdala et Pablo T. Spiller, « *Chorzow's Standard Rejuvenated – Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations* » (2008) 25.1 *J. Int'l Arb.* 103.

¹²¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A c. Argentine* (2007), n° ARB/03/19, ordonnance [*Suez*].

¹²² Voir *Aguas Argentinas, SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine* (2005), n° ARB/03/19 (CIRDI), ordonnance et nos observations dans *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31.

¹²³ Voir *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine* (2006), n° ARB/03/19 (CIRDI), décision et nos observations dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 282.

¹²⁴ *Biwater Gauff*, *supra* note 68, ordonnances de procédure du 2 février et 25 avril 2007 et nos observations à la section 4, ci-dessus.

La décision du Tribunal arbitral est sans surprise. Il semble en effet qu'une certaine ligne jurisprudentielle se dégage avec l'augmentation du nombre de décisions rendues sur la question de l'admission d'*amici curiae* ainsi que leur prise en compte dans la dernière modification du *Règlement d'arbitrage* du CIRDI en avril 2006¹²⁵. Les arbitres admettent en effet le principe de soumissions écrites par les cinq organisations non-gouvernementales concernées tout en rejetant leur demande d'accès aux documents de la procédure.

Nous nous arrêterons brièvement sur certaines des motivations retenues par le Tribunal pour parvenir à sa décision. Ces dernières semblent souligner la spécificité de l'arbitrage en matière d'investissement, du moins aux yeux des arbitres saisis de l'affaire, dans la mesure où le différend implique des questions d'environnement, de gestion des ressources naturelles, de développement durable ou de santé publique, ce qui est le cas en l'espèce.

Sur la question de l'admission des soumissions écrites, il nous apparaît que le point central de l'argumentation du Tribunal arbitral réside dans la transparence accrue des arbitrages de ce type. Le Tribunal reconnaît « *the high stakes in this arbitration and the wide publicity of ICSID awards* » qui sont susceptibles d'avoir « *some influence on how governments and foreign investor operators of the water industry approach concessions and interact when faced with difficulties* »¹²⁶. En d'autres termes, la publicité de l'arbitrage du CIRDI, au moins celui en cause entre les parties, appelle la transparence et implique donc l'admission des soumissions d'*amici curiae*, dans la mesure où les organisations non gouvernementales concernées remplissent certains critères de compétence et d'indépendance. Cette évolution de l'arbitrage a déjà été relevée par d'autres¹²⁷ et nous semble particulièrement importante pour l'avenir.

Le traitement par le Tribunal de la question de l'accès aux documents de la procédure est également intéressant. À l'instar de l'affaire *Biwater Gauff*, les investisseurs étaient opposés à la demande des *amici curiae* s'appuyant sur le fondement de la confidentialité de l'arbitrage. Or, comme dans les deux cas, c'est en évitant soigneusement de se prononcer sur la confidentialité du dossier que le Tribunal arbitral rejette la demande d'accès aux documents de l'affaire. Le Tribunal estime en effet que les cinq organisations non gouvernementales disposent, par elles-mêmes ou par diverses sources, de suffisamment d'éléments pour présenter leurs thèses sans qu'il soit nécessaire qu'elles aient accès aux pièces soumises par les parties. Si la solution doit être approuvée, particulièrement au vu du contexte de l'affaire qui est effectivement largement connue en Argentine, on ne manquera pas de relever que le Tribunal ne prend pas position sur la question de la confidentialité des pièces du dossier. Il est fort probable qu'avec le développement de l'arbitrage en matière d'investissement et l'augmentation des demandes d'associations afin de participer aux procédures en tant qu'« amis de la Cour », la question de la

¹²⁵ Sur ces modifications, voir les références citées, *supra* à la note 72.

¹²⁶ *Suez*, *supra* note 121 au para. 18.

¹²⁷ Voir Brigitte Stern, *supra* note 71.

confidentialité des pièces ne pourra bientôt plus être éludée.

D.K.

VII. *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chili*, décision sur l'annulation du 21 mars 2007¹²⁸

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

La décision rendue par le Comité *ad hoc* dans la présente affaire fait suite à la sentence du 25 mai 2004¹²⁹. Cette dernière résultait d'un litige « après le retrait d'une autorisation de réalisation d'un complexe résidentiel et commercial à Pirque, une commune de Santiago, au Chili »¹³⁰. Cette sentence nous était apparue comme très précise et possédant un raisonnement juridique parfaitement articulé, ayant à la fois reconnu la violation du traitement juste et équitable tout en prenant en considération le manque de vigilance et de volonté de l'investisseur de réduire les dommages qu'il avait encourus. En effet « le Tribunal applique aux considérations pécuniaires ce qu'il a déterminé lors de l'analyse du traitement juste et équitable : l'investisseur se doit d'être prudent et avisé quant aux risques encourus »¹³¹. Cette analyse, refusant un blanc-seing à l'investisseur en le confrontant à ses propres turpitudes, nous avait paru très intéressante.

Le Chili n'était cependant pas de cet avis et a introduit une demande d'annulation de la sentence arbitrale sur le fondement de trois motifs contenus dans l'article 52(1) de la *Convention de Washington*¹³².

L'analyse du traitement juste et équitable effectuée par le Tribunal, et conséquemment le calcul de l'indemnisation, constitue la partie de la sentence qui a attiré les critiques, voir l'ire, du Chili. Ce dernier a alors demandé l'annulation de cette sentence. Si nous avons critiqué le peu d'ambition du Tribunal dans son approche du concept de traitement juste et équitable, il ne nous semblait pourtant pas que cela soit fort différent des précédents en la matière¹³³.

¹²⁸ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chili* (2007), n° ARB/01/7 (CIRDI) [*MTD (annulation)*].

¹²⁹ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chili* (2004), n° ARB/01/7 (CIRDI), sentence [*MTD (fond)*], commentée dans *Fouret et Khayat 17.1*, *supra* note 91 à la p. 198.

¹³⁰ Walid Ben Hamida et Ferhat Horchani, « Droit et pratique des investissements internationaux – Chronique de la période du 1^{er} janvier au 30 avril 2007 » (2007-4) R.D.A.I.-I.B.L.J. 557 à la p. 566. Pour un résumé plus complet des faits et des problèmes juridiques soulevés, *MTD (annulation)*, *supra* note 128 aux para. 11-42.

¹³¹ *Fouret et Khayat 17.1*, *supra* note 91 à la p. 205.

¹³² Ces motifs étant l'excès de pouvoir (52 (1)(b)), le défaut de motifs (52 (1)(e)) et l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (52 (1)(d)).

¹³³ *Fouret et Khayat 17.1*, *supra* note 91 aux pp. 203-204.

Le Comité, qui était sensiblement le même que celui qui a rendu la décision dans l'affaire *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*¹³⁴ six mois plus tard¹³⁵, incluait deux des plus éminents spécialistes du droit international public que sont le juge Gilbert Guillaume et le professeur James Crawford. Les attentes quant au raisonnement du Comité et sur l'analyse de l'étendue de son mandat étaient réelles en présence d'une sentence fort peu contestée. Il nous semble, pour notre part, qu'elles devraient être comblées.

Nous reviendrons sur deux des trois motifs invoqués par le Chili¹³⁶ avec dans un premier temps l'excès de pouvoir manifeste (B) pour ensuite analyser le défaut de motifs (C). Cependant, avant de débiter son analyse, le Comité revient tout d'abord sur l'étendue du pouvoir accordé à un comité *ad hoc* (A).

A. Une leçon pédagogique sur le champ de compétence d'un comité *ad hoc*

Avant de procéder à l'analyse des motifs présentés par les parties, les membres du Comité décident, au vu des arguments présentés par le Chili, de rendre d'abord un *obiter dictum* sur le champ de compétence en matière d'annulation¹³⁷. S'il rappelle comme tous les autres comités¹³⁸, qu'il n'est pas une cour d'appel, le Comité indique que le Chili l'oblige à donner une réponse plus élaborée car ce dernier soulève « *a question as to the function of annulment in cases where (as here) there is no jurisdictional error, or obvious procedural failing and no refusal to decide* »¹³⁹.

L'expert nommé par le Chili, le regretté Sir Arthur Watts, a en effet soutenu que les comités *ad hoc* devraient étendre leur champ de compétence afin de vérifier l'application substantielle du droit. Les membres du Comité ne suivent pas cette tentative dangereuse d'extension et soulignent le rôle délibérément limité accordé à un comité *ad hoc*. Pour ces derniers, rien ne justifie un changement d'approche¹⁴⁰.

Nous sommes convaincus du bien-fondé de cette décision car il apparaît que si la critique du mécanisme d'annulation peut parfois être justifiée, l'amélioration de celui-ci ne doit pas se faire en détournant le mécanisme mis en place par les rédacteurs de la *Convention de Washington*. Une révision de cette convention, voire un amendement du *Règlement d'arbitrage*, doit être entreprise si une telle modification du mandat des comités *ad hoc* venait à être envisagée. Il ne nous semble pourtant pas que cela soit nécessaire ni même positif :

¹³⁴ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine* (2007), n°ARB/01/8 (CIRDI), décision d'annulation du 25 septembre 2007.

¹³⁵ Voir les commentaires à la section 23, ci-dessous.

¹³⁶ Le troisième, l'inobservation grave d'une règle de procédure, est uniquement évoqué subsidiairement et « de façon un peu confuse », au milieu de l'analyse du défaut de motif. Il ne semble pas nécessaire de prêter une attention particulière à ce motif par conséquent.

¹³⁷ *MTD (annulation)*, *supra* note 128 aux para. 52-54.

¹³⁸ *Ibid.* à la n. 59.

¹³⁹ *Ibid.* au para. 52.

¹⁴⁰ *Ibid.* au para. 54.

cela engendrerait des difficultés techniques importantes comme le rallongement des délais ou encore une hiérarchie plus ou moins fictive entre arbitres d'appel et de première instance [...]. De plus, cela apporterait-il une véritable cohérence pour la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement si ce mécanisme était uniquement cantonné au CIRDI? Les sentences CNUDCI ou autres, dont les influences croisées avec les sentences CIRDI sont indéniables, n'auraient, elles, pas la possibilité d'avoir recours à un mécanisme d'appel.¹⁴¹

Une fois cet *obiter dictum* énoncé, le Comité revient donc à son analyse des motifs soulevés par le Chili.

B. L'absence d'excès de pouvoir manifeste dans l'analyse du traitement juste et équitable

Le Comité *ad hoc* débute son analyse en circonscrivant à nouveau son mandat et en énonçant sa compétence : il peut examiner l'application de la mauvaise règle de droit applicable mais pas la mauvaise application de la bonne règle de droit applicable¹⁴². Cependant, cela ne signifie pas pour autant que le Comité devra s'en tenir aux affirmations fournies par le Tribunal car

*[a]n award will not escape annulment if the tribunal while purporting to apply the relevant law actually applies another, quite different law. But in such case the error must be "manifest" not arguable, and a misapprehension (still less mere disagreement) as to the content of a particular rule is not enough.*¹⁴³

Le Comité *ad hoc* se tourne dès lors vers les motifs amenés par le Chili justifiant son argumentation sur l'excès de pouvoir. La contestation de l'État porte sur l'analyse effectuée par le Tribunal de la notion de traitement juste et équitable appliquée aux faits de l'espèce¹⁴⁴. Pour le Chili, « *the Tribunal either failed to apply international law and Chilean law to the issues to which they are respectively applicable, or that it applied them in such a cursory and indefensible way to be tantamount to their non-application* »¹⁴⁵.

En premier lieu, selon le Chili, le Tribunal s'est uniquement appuyé sur la définition du standard donné dans l'affaire *Tecmed*. Ce faisant, il a choisi une vision

¹⁴¹ Julien Fouret, « "CMS c. LG&E" ou l'état de nécessité en question » (2007) 2 *Rev. Arb.* 249 à la p. 271 [Fouret, « "CMS c. LG&E" »]. Voir aussi Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales » (2006) *J.D.I.* 219 aux pp. 232-236.

¹⁴² *MTD (annulment)*, *supra* note 128 aux para. 44-45.

¹⁴³ *Ibid.* au para. 47.

¹⁴⁴ Voir nos commentaires sur cette analyse, *Fouret et Khayat 17.1*, *supra* note 91 aux pp. 200 et s.

¹⁴⁵ *MTD (annulment)*, *supra* note 128 au para. 58.

ne respectant pas le droit international¹⁴⁶. Nous avons en effet soulevé ce fait mais sans que cela ne nous apparaisse problématique pour le raisonnement global de la sentence¹⁴⁷. Le Comité *ad hoc* est aussi de cet avis et ce pour trois raisons¹⁴⁸.

Tout d'abord, le Comité reconnaît le rôle que peuvent jouer les attentes légitimes d'un investisseur concernant les garanties fournies dans un BIT¹⁴⁹. Ces attentes, avec cette validation supplémentaire d'un comité *ad hoc*, devront désormais être considérées, et à juste titre, comme l'élément central de la notion de traitement juste et équitable¹⁵⁰. En outre, le Comité convient de l'utilisation effectuée par le Tribunal de la sentence *Tecmed*, mais souligne que cette dernière supporte seulement l'analyse propre du Tribunal¹⁵¹. Enfin, si certains choix du Tribunal peuvent faire l'objet d'un débat doctrinal, cela ne signifie pas pour autant que cette prise de position puisse équivaloir à un excès de pouvoir, qui plus est manifeste¹⁵².

En second lieu, concernant l'application du droit chilien, le Tribunal avait écarté son application pour les contrats et avait appliqué le droit international, en les internationalisant par le biais de la clause de respect des engagements¹⁵³. Le droit chilien fut uniquement appliqué aux fins de prouver qu'il n'y avait pas eu de violations du contrat par le Chili¹⁵⁴. Comme le dit le Comité, pour l'analyse du traitement juste et équitable, « *the Tribunal faced a hybrid issue. The meaning of a Chilean contract is a matter of Chilean law; its implications in terms of an international law claim are a matter for international law* »¹⁵⁵. Pour le Comité, le Tribunal a donc appliqué le droit chilien aux questions qui le nécessitaient mais la question de savoir s'il a bien compris et appliqué celui-ci n'est pas de la compétence du Comité¹⁵⁶.

En dernier lieu, le Chili indique que le Tribunal aurait statué *ex aequo et bono*, en violation de son mandat. Analysé de manière extrêmement concise et rejeté quasi automatiquement, ce motif ne présente pas un intérêt majeur pour le droit international des investissements¹⁵⁷.

¹⁴⁶ *Tecnicas*, *supra* note 37 et nos commentaires *Fouret et Khayat 16.1*, *supra* note 103 à la p. 237.

¹⁴⁷ *Fouret et Khayat 17.1*, *supra* note 91 à la p. 204 : « Les arbitres s'appuient exclusivement sur l'interprétation donnée dans la sentence *Tecmed* et ne s'engagent pas dans une définition générale et poussée du standard. Ils se contentent d'y rajouter un élément, "l'univocité", et de limiter les possibles demandes se fondant sur le traitement ».

¹⁴⁸ *MTD (annulation)*, *supra* note 128 au para. 68.

¹⁴⁹ *Ibid.* au para. 69.

¹⁵⁰ *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 aux pp. 325 et s.

¹⁵¹ *MTD (annulation)*, *supra* note 128 au para. 70.

¹⁵² *Ibid.* au para. 71.

¹⁵³ *MTD (fond)*, *supra* note 129 aux para. 86-87.

¹⁵⁴ *Ibid.* au para. 118.

¹⁵⁵ *MTD (annulation)*, *supra* note 128 au para. 75.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.* aux para. 76-77.

C. Défaut de motif ou l'absence des minimums requis pour accepter une demande d'annulation

Le Comité, s'appuyant sur les nombreux précédents en la matière, accepte l'analyse concernant cet argument, à savoir que le défaut de motif couvre l'absence et non pas la brièveté ou l'insuffisance de raisonnement¹⁵⁸. Cette analyse est donc l'exemple de la création, dans certains domaines, d'une sorte de règle du précédent dans l'analyse juridique : « *most tribunals carefully examine previous decisions and follow precedents most of the time* »¹⁵⁹.

Le Tribunal ne fait ainsi que suivre la longue lignée d'affaires qui s'appuient sur la fameuse citation de l'affaire *MINE c. Guinée*,

*[t]he adequacy of the reasoning [which] is not an appropriate standard of review under paragraph 1(e), because it almost inevitably draws an ad hoc Committee into an examination of the substance of the tribunal's decision, in disregard of the exclusion of the remedy of appeal by Article 53 of the Convention.*¹⁶⁰

Le motif soulevé par le Chili concernait toujours l'analyse par le Tribunal du traitement juste et équitable, en matière d'excès de pouvoir manifeste par exemple. Cependant, et afin d'éviter toute confusion, le Comité réitère clairement, et très justement par ailleurs, que la question qui lui est posée « *is not whether the Tribunal's reasoning is unassailable but whether it is annulable under article 52(1)(e)* »¹⁶¹.

Le Comité *ad hoc* note par conséquent que les éléments soulevés par l'État hôte ne démontrent pas de contradictions flagrantes dans le raisonnement du Tribunal. Les membres du Comité pensent en outre que la sentence était suffisamment motivée¹⁶².

Enfin, le Chili se plaignait du manque d'explications concernant le calcul des dommages et intérêts dans la sentence¹⁶³. Si le Comité accepte l'argument du Chili, à savoir que les explications du Tribunal, portant notamment sur les justifications du choix des dates utilisées pour le calcul, étaient succinctes, il indique que ces défauts mineurs ne peuvent l'amener à annuler la sentence arbitrale¹⁶⁴.

Le Comité semble ainsi avoir rempli parfaitement son mandat. Les multiples précautions qu'ont prises les membres pour ne pas dépasser leur mandat démontrent que ces derniers étaient conscients des importantes limites imposées par la

¹⁵⁸ *Ibid.* au para. 78.

¹⁵⁹ Christoph Schreuer, « Preliminary Rulings in Investment Arbitration » *Transnational Dispute Management* (Décembre 2007) à la p. 1, en ligne : [Transnational Dispute Management <http://www.transnational-dispute-management.com>](http://www.transnational-dispute-management.com).

¹⁶⁰ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinée* (1989), n° ARB/84/4 (CIRDI), décision du Comité *ad hoc* au para. 5.08 [*MINE c. Guinée*].

¹⁶¹ *MTD (annulment)*, *supra* note 128 au para. 90.

¹⁶² *Ibid.* au para. 92.

¹⁶³ *Ibid.* aux para. 102-104.

¹⁶⁴ *Ibid.* au para. 106.

Convention de Washington. Les problèmes analysés ne sont pas révolutionnaires et les réflexions énoncées par le Comité font preuve d'application, sans excès d'obiter¹⁶⁵. Si cette décision ne fera probablement pas date en tant que décision fondatrice en droit des investissements, elle n'en reste pas moins une parfaite illustration d'un fonctionnement conforme aux mécanismes mis en place par la *Convention de Washington*.

J.F.

VIII. Saipem S.p.A . c. Bangladesh, décision sur la compétence et recommandations en matière de mesures conservatoires du 21 mars 2007¹⁶⁶

Composition du Tribunal : Gabrielle Kaufmann-Kohler, présidente; Christoph H. Schreuer et Philip Otton, arbitres.

Cette décision traitant de la compétence est d'un grand intérêt à la fois pour le CIRDI mais aussi pour les liens entre les différentes institutions arbitrales, notamment la CCI et le CIRDI. Elle résulte de la requête d'arbitrage formulée par une société italienne, Saipem, contre le Bangladesh. La demanderesse soutient que l'État a violé les dispositions du *Traité bilatéral de protection et de promotion des investissements* entre l'Italie et le Bangladesh (le *BIT*)¹⁶⁷.

Le 14 février 1990, Saipem a conclu un contrat avec Petrobangla pour la construction d'un pipeline de 409 kilomètres afin d'acheminer du gaz naturel¹⁶⁸. En raison de contentieux constants relatifs à l'exécution du contrat de construction, Saipem a initié un arbitrage le 7 juillet 1993, en application du *Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*¹⁶⁹. Ces différends concernaient essentiellement des problèmes de coûts additionnels pour un montant avoisinant les onze millions de dollars ainsi que la libération de la garantie de cautionnement (*warranty bond*)¹⁷⁰.

Malgré de nombreuses injonctions des cours bangladaises demandant l'arrêt de la procédure, faisant suite aux requêtes récurrentes de Petrobangla, le tribunal arbitral composé de Werner Melis, Ian Brownlie et Riccardo Luzzatto, a tout de même rendu le 9 mai 2003 sa sentence finale attribuant plus de six millions d'euros à Saipem. Lors d'une nouvelle saisine par Petrobangla¹⁷¹, afin d'annuler la sentence de

¹⁶⁵ *Contra, Patrick Mitchell c. Congo, supra* note 39 aux para. 26-32 et nos critiques sur le sujet dans *Fouret et Khayat 19.1, supra* note 39 aux pp. 342-343.

¹⁶⁶ *Saipem S.p.A. c. Bangladesh* (2007), n° ARB/05/7 (CIRDI) [*Saipem*].

¹⁶⁷ 20 mars 1990, en ligne: UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

¹⁶⁸ *Saipem, supra* note 166 au para. 7.

¹⁶⁹ *Ibid.* aux para. 18-36. Le *Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale* est disponible en ligne : Chambre de commerce internationale <<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4199/index.html>>.

¹⁷⁰ *Ibid.* au para 21.

¹⁷¹ Petrobangla est l'entreprise pétrolière étatique du Bangladesh.

2003, la Cour suprême du Bangladesh a, dans son jugement du 21 avril 2004, purement et simplement déclaré que la sentence, ayant été rendue en violation des ordonnances des juridictions internes de cet État, n'existait pas à ses yeux. Par conséquent, « *a non existent-award can neither be set aside nor can it be enforced* »¹⁷².

Saipem a soutenu *a contrario* que le Bangladesh avait violé les termes du *BIT* en raison de cette série de jugements rendus par les juridictions bangladaises. Ces décisions auraient vidé de tout effet l'arbitrage contractuel initié par Saipem à l'encontre de Petrobangla¹⁷³. En particulier, Saipem allègue la violation de l'article 5 du *BIT*, relatif à l'expropriation.

Les arbitres débutent leur analyse par une présentation de la méthode qu'ils vont utiliser dans leur décision (**A**). Au stade de la compétence, le Tribunal examine ensuite si un investissement existait, au sens de la *Convention de Washington* et du *BIT* applicable (**B**). Puis, il effectue une analyse *prima facie*, afin de déterminer si les faits allégués par Saipem peuvent constituer une expropriation, tout en s'interrogeant par la suite sur la question de l'admissibilité de ses demandes (**C**). Enfin, le Tribunal conclut sur les requêtes de mesures conservatoires formulées par l'investisseur (**D**).

A. Méthodologie du Tribunal pour déterminer sa compétence : règle du précédent, droit applicable et autres tests choisis par les arbitres

Avant d'examiner l'analyse véritable des exceptions d'incompétence soulevées par le Bangladesh, il est important de mentionner la méthodologie adoptée par le Tribunal. Tout d'abord, ce dernier revient sur l'absence de règle du précédent (*stare decisis*) en arbitrage international¹⁷⁴ mais fait une analyse étonnante sur ce sujet. Les arbitres s'imposent une quasi-obligation morale de maintenir une harmonie et une cohérence dans la jurisprudence arbitrale CIRDI :

*It [le Tribunal] believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law.*¹⁷⁵

¹⁷² *Saipem*, *supra* note 166 au para. 36.

¹⁷³ *Ibid.* aux para. 1-41.

¹⁷⁴ Voir notamment Gabrielle Kaufmann-Kohler, *supra* note 23. Cela fut le sujet du Séminaire de l'IAI à Paris le 14 décembre 2007, « *The Precedent in International Arbitration* » qui fera l'objet d'une publication en 2008 chez Juris Publishing sous la direction de Yas Banifatemi.

¹⁷⁵ *Saipem*, *supra* note 166 au para. 67.

Cet *obiter dictum* est singulier mais illustre l'état d'esprit des arbitres. Ces derniers possèdent désormais une conscience accrue de leur influence globale sur le reste des procédures pendantes et à venir. Le poids de la jurisprudence arbitrale passée est réel, comme dans la présente sentence relativement aux critères applicables à la notion d'investissement développés dans la sentence *Salini*¹⁷⁶. Le fait que les arbitres en soient conscients et l'indiquent explicitement dans les sentences est cependant une nouveauté.

En outre, les arbitres énoncent les règles applicables à la détermination de la compétence du Tribunal en affirmant que le droit « *applicable to the merits of the dispute does not govern jurisdiction* »¹⁷⁷. En effet, ce sont les dispositions du *BIT* applicable et de la *Convention de Washington* qui déterminent la compétence.

Par conséquent, les arbitres jugent nécessaire, avant d'analyser les questions de compétence soulevées en l'espèce, de déterminer le test à utiliser pour établir sa propre compétence. Le Tribunal s'appuie sur les tests retenus dans les affaires *Impregilo c. Pakistan*¹⁷⁸ et *Bayindir c. Pakistan*¹⁷⁹, à savoir le principe d'analyse *prima facie* des arguments du demandeur. Nous avons déjà souligné par le passé « l'utilisation désormais récurrente de cette méthode par les tribunaux lors de la phase de détermination de leur compétence »¹⁸⁰. Malgré la contestation par le Bangladesh de l'emploi d'un tel standard en l'espèce, le Tribunal n'a pas été convaincu par l'approche et conclut qu'il

*will apply a prima facie standard, both to the determination of the meaning and scope of the relevant BIT provisions and to the assessment whether the facts alleged may constitute breaches of these provisions. In doing so, the Tribunal will assess whether Saipem's case is reasonably arguable on its face.*¹⁸¹

Ainsi, cette prise de position méthodologique est ensuite mise à l'épreuve des différents arguments soulevés par le Bangladesh. Le Tribunal vérifiera à la fois que les critères de compétence contenus dans la *Convention de Washington* et le *BIT* sont remplis.

¹⁷⁶ *Salini Costruttori S.P.A. et Italstrade S.P.A. c. Maroc* (2001), n° ARB/00/4 (CIRDI), décision sur la compétence [*Salini*] et la section B, ci-dessous, *De l'existence d'un investissement ou la prééminence du test « Salinien »*.

¹⁷⁷ *Saipem*, *supra* note 166 au para 68.

¹⁷⁸ *Impregilo S.p.A. c. Pakistan* (2005), n° ARB/03/3 (CIRDI), décision sur la compétence [*Impregilo*].

¹⁷⁹ *Bayindir*, *supra* note 41.

¹⁸⁰ *Fouret et Khayat* 18.2, *supra* note 31 à la p. 318 et nos commentaires sur ce sujet dans les décisions rendues : *Impregilo*, *supra* note 178; *AES Corp. c. Argentine* (2005), n° ARB/02/17 (CIRDI), décision sur la compétence aux para. 44-45 et 47, ou encore *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie* (2005), n° ARB/03/24 (CIRDI) [*Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie*] aux para. 118-120. Voir aussi en 2006 et principalement *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. Égypte* (2006), n° ARB/04/13 (CIRDI) [*Jan de Nul*], décision aux para. 85 et s.

¹⁸¹ *Saipem*, *supra* note 166 au para 91.

B. De l'existence d'un investissement ou la prééminence du test « *Salinien* »

Les arbitres examinent en premier lieu le fait de savoir si Saipem a effectué un investissement, en application de l'article 25(1) de la *Convention de Washington*, du fait de son contrat avec Petrobangla. Revenant sur l'influence des précédents arbitraux, le Tribunal applique, comme nombre de ses prédécesseurs, le « *Salini test* » en quatre points pour circonscrire la notion d'investissement. Ces derniers sont : une contribution pécuniaire substantielle, une certaine durée, un élément de risque et enfin une contribution au développement de l'État d'accueil¹⁸².

Les conditions de contribution monétaire et visant le développement de l'État ne sont pas remises en cause par le Bangladesh. La seule véritable contestation est liée à la durée du contrat car « *the work actually performed was less than one year* »¹⁸³. Néanmoins, le défendeur n'a pas pu démontrer pourquoi cette durée n'était pas suffisante et n'a pu s'appuyer sur aucun précédent pour étayer son argumentation¹⁸⁴. En outre, le Tribunal a retenu, à juste titre, que la durée du projet incluait aussi la période durant laquelle les travaux étaient suspendus car cette dernière « *entails risks that may even be higher than those incurred while the works are being performed* »¹⁸⁵.

Enfin, avec à nouveau des références aux précédents arbitraux, le Tribunal indique que c'est l'ensemble des opérations qui doivent être considérées comme l'investissement, et non pas chacune indépendamment¹⁸⁶. En effet, cette volonté de fragmentation des diverses étapes ne correspond pas à la réalité économique, comme nous l'avions indiqué dans notre commentaire de la sentence *Duke c. Pérou*¹⁸⁷. La volonté affichée des arbitres de définir l'investissement comme incluant « *the Contract, the construction itself, the Retention Money, the warranty and the related ICC arbitration* »¹⁸⁸ doit donc être saluée, nous semble-t-il, afin de respecter la cohérence économique de ce processus qui n'aurait aucun sens s'il était tronqué de l'un de ces éléments.

La seconde partie de l'analyse du Tribunal touchant la notion d'investissement porte sur un examen plus factuel du terme, en application de la disposition pertinente du *BIT* italo-bangladais, soit l'article 1(1). Le Tribunal énonce

¹⁸² *Salini*, *supra* note 176. Le Tribunal prend néanmoins la précaution de noter que le dernier critère est parfois remis en doute, comme dans les affaires jumelles *LESI S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. Algérie* (2006), n° ARB/05/3 (CIRDI), décision au para. 72 [*LESI-Astaldi*] et *L.E.S.I.-DIPENTA*, *supra* note 41 au para. 14 (cette dernière n'a pas été citée par le Tribunal). Ces décisions ont été commentées dans la présente chronique à *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 299 et *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 à la p. 315.

¹⁸³ *Saipem*, *supra* note 166 au para 101.

¹⁸⁴ Cette question est difficile à déterminer et se fait généralement de manière casuistique comme l'indique Sébastien Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États – 30 ans d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004 aux pp. 68-70 [Manciaux, « CIRDI »].

¹⁸⁵ *Saipem*, *supra* note 166 au para 102.

¹⁸⁶ *Ibid.* au para. 110.

¹⁸⁷ *Duke Energy International Peru Investments n° 1, Ltd. c. Pérou* (2006), n° ARB/03/28 (CIRDI), décision sur la compétence au para. 131 et nos commentaires *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 281.

¹⁸⁸ *Saipem*, *supra* note 166 au para. 110.

que ce qui a été reconnu comme un investissement au sens de l'article 25 de la *Convention de Washington* est bien évidemment un « *kind of property* » tel qu'entendu par le *BIT*¹⁸⁹. En outre, pour le Tribunal, les droits revendiqués par Saipem peuvent aussi être qualifiés de « *credit for a sum of money* »¹⁹⁰ : en effet les droits pécuniaires reconnus par la sentence arbitrale CCI ne sont que le reflet des droits découlant du contrat. Par conséquent, « *[i]t 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 A(1)(c) of the BIT* »¹⁹¹.

Par conséquent, le Tribunal conclut que les droits contractuels reconnus par la sentence, et non pas véritablement la sentence *per se*, peuvent être qualifiés d'investissement en vertu du *BIT* et de la *Convention de Washington*. Le fait qu'une décision arbitrale cristallise ce fait renforce l'idée pour le Tribunal qu'un investissement doit être considéré comme un tout constitué d'un certain nombre d'opérations et pouvant comprendre, comme en l'espèce, une décision de justice¹⁹².

C. Analyse *prima facie* des actes allégués d'expropriation et de l'admissibilité des demandes de Saipem

Le Tribunal se concentre ensuite sur une série d'analyses plus connexes et traitées de manière concise dans la décision.

Concernant, en premier lieu, le fait de savoir si les actes allégués par Saipem peuvent être constitutifs d'une expropriation en application de l'article 5 du *BIT*, le Tribunal affirme qu'il ne voit aucune raison valable l'empêchant de retenir qu'une décision judiciaire, ou que tout acte d'un organe judiciaire de l'État d'accueil, puisse engendrer une expropriation¹⁹³. S'appuyant notamment sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal conclut que les faits allégués par Saipem pourraient constituer une expropriation¹⁹⁴. En effet, il nous semble logique que n'importe quel organe de l'État hôte puisse être impliqué dans la prise d'une décision pouvant mener à une expropriation. Rien ne pourrait permettre d'écarter les juridictions internes lors de l'analyse des actes de l'État.

Le Tribunal examine subséquemment les divers motifs d'incompétence soulevés par le Bangladesh. Pour les arbitres, il est évident que les actions de Petrobangla sont attribuables à l'État¹⁹⁵. En outre, l'obligation d'épuiser les voies de recours internes, analyse propre à la reconnaissance d'un déni de justice, pourrait être

¹⁸⁹ *Ibid.* aux para. 121-124.

¹⁹⁰ *Ibid.* au para. 125.

¹⁹¹ *Ibid.* au para. 127.

¹⁹² *Ibid.* au para. 114 : « *the notion of investment pursuant to Article 25 of the ICSID must be understood as covering all the elements of the operation, that is not only the ICC arbitration, but also inter alia the Contract the construction itself and the Retention Money* ».

¹⁹³ *Ibid.* au para. 132.

¹⁹⁴ *Ibid.* aux para. 132-134.

¹⁹⁵ *Saipem, supra* note 166 aux para. 143-149.

applicable aux questions d'expropriation par une autorité judiciaire. Toutefois, le Tribunal indique que cette question doit être, à juste titre, déterminée au fond de l'affaire. C'est une question d'admissibilité et une question substantielle. Ce n'est aucunement une question de compétence¹⁹⁶. Cependant, et comme l'affirme un auteur,

[i]l n'est pas nécessaire d'être grand devin pour imaginer le flot de critiques que ne manquerait pas de soulever la sentence des arbitres dans le cas où ceux-ci considéreraient que les agissements des juridictions bangladaises ne sauraient être qualifiées d'expropriation indirecte au seul motif que l'investisseur n'avait pas épuisé les voies de recours internes disponibles.¹⁹⁷

Finalement, sur la question de l'abus de procédure, le Tribunal énonce très clairement l'étendue de son mandat et refuse d'être entraîné sur un terrain plus proche de la politique jurisprudentielle que du règlement des différends. En effet,

*[b]y accepting jurisdiction, this Tribunal does not institute itself as control body over the ICC Arbitration, nor as enforcement court, nor as supranational appellate body for local court decisions. This Tribunal is a treaty judge. It is called upon to rule exclusively on treaty breaches, whatever the context in which such treaty breaches arise.*¹⁹⁸

Dans un différend pouvant avoir de fortes répercussions sur les liens entre institutions arbitrales, et particulièrement sur les décisions rendues par les tribunaux arbitraux commerciaux, les trois arbitres ont rendu une décision très équilibrée qui respecte les prérogatives et les droits de chacun. Il restait finalement au Tribunal de statuer sur les demandes de mesures conservatoires de Saipem.

D. L'acceptation des demandes de mesures conservatoires

L'article 47 de la *Convention de Washington* autorise tout tribunal arbitral CIRDI, sauf accord contraire des parties, d'ordonner ou de recommander des mesures conservatoires afin de préserver les droits d'une des parties, et notamment de l'investisseur, si les circonstances en l'espèce l'exigent.

Saipem souhaitait que le Bangladesh empêche Petrobangla d'encaisser des *Warranty Bond* mis en place lors du contrat mais aussi qu'il lui restitue cette caution et mette fin aux procédures judiciaires relatives à cette caution¹⁹⁹.

Au vu des questions de nécessité et d'urgence, le Tribunal reconnaît l'impératif d'empêcher l'encaissement de ces *Bonds* afin de ne pas faire subir un

¹⁹⁶ *Ibid.* aux para. 150-153.

¹⁹⁷ Mathieu Raux, *supra* note 97 à la p. 52.

¹⁹⁸ *Saipem*, *supra* note 166 au para. 158.

¹⁹⁹ *Ibid.* aux para. 162-169.

dommage irréparable à Saipem en cas de paiement de telles garanties²⁰⁰. *A contrario*, les arbitres ne pensent pas qu'il soit nécessaire de restituer la caution car « *it is difficult to see how an immediate payment is necessary and urgent today* »²⁰¹. Le Tribunal veut préserver l'équilibre entre les parties et ne semble pas favoriser l'investisseur par rapport au Bangladesh car cela « *could be viewed as a de facto enforcement of part of the ICC Award* »²⁰².

Cette phrase est un exemple illustratif de la position adoptée par le Tribunal dans cette affaire qui a été l'objet de beaucoup d'attention au sein de la communauté des spécialistes de l'arbitrage en matière d'investissements. En effet, qu'un tribunal CIRDI statue *de facto* sur l'exécution d'une sentence arbitrale pourrait ainsi créer un nouveau moyen pour forcer l'exécution des sentences en arbitrage commercial. Il nous faudra toutefois attendre la sentence sur le fond pour en conclure ainsi. Néanmoins, selon la décision rendue par les arbitres, il n'est pas exclu que les litiges relatifs à des contrats d'investissement, contenant une clause compromissoire faisant référence à une institution d'arbitrage commercial, feront désormais l'objet de recours, à des fins d'exécution, devant des tribunaux constitués sous l'égide du CIRDI. Ces potentiels investisseurs devront dès lors respecter les critères de compétence propres à l'institution washingtonienne. Seul l'avenir nous dira si un nouveau type d'arbitrage CIRDI est en train de naître. La décision sur le fond dans la présente affaire en sera une bonne indication.

J.F.

IX. *Waguïh Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte, décision du 11 avril 2007*²⁰³

Composition du Tribunal : David A.R. Williams, président; Michael Pryles et Francisco Orrego Vicuña, arbitres.

La décision du 11 avril 2007, ici commentée, porte principalement sur la question de la détermination de la nationalité des personnes physiques ayant investi en Égypte. Ce n'est pas la première fois qu'une telle question est posée à un tribunal arbitral constitué en application des règles de la *Convention de Washington*. Nous avons en effet déjà eu l'occasion de commenter la décision sur la compétence rendue

²⁰⁰ *Ibid.* aux para. 179-182.

²⁰¹ *Ibid.* au para. 185.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Waguïh Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte* (2007), n° ARB/05/15 (CIRDI) [*Siag*]. Voir sur cette affaire, les commentaires de Walid Ben Hamida, « La notion d'investisseur : les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au CIRDI », dans Ibrahim Fadlallah, Charles Leben et Eric Teynier, « Investissements internationaux et arbitrages » (2007) 348-349 *Gazette du Palais* 28, 31-32, spéc. 32.

dans l'affaire *Champion c. Égypte*²⁰⁴, ainsi que la sentence intervenue dans l'affaire *Soufraki c. Égypte*²⁰⁵.

La nationalité des personnes physiques est régie, dans les procédures conduites sous l'égide du CIRDI en application d'un traité bilatéral de protection des investissements, par les dispositions de l'article 25(1) et 25(2)(a) de la *Convention de Washington* et les dispositions pertinentes du traité applicable. En l'espèce, il s'agira de celles du *Traité de protection et de promotion des investissements* signé le 2 mars 1989 entre l'Italie et l'Égypte et entré en vigueur le 1^{er} mai 1994²⁰⁶ (le *BIT*). Il est utile, pour les besoins du présent commentaire, de rappeler le contenu de ces dispositions.

L'article 25(1) et 25(2)(a) de la *Convention de Washington* disposent ainsi :

Article 25

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

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

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

(3), *ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend.*

Les articles 1(1) et 1(3) du *BIT* invoqué par les investisseurs disposent quant à eux :

Article 1 (1)

The term "investment" shall comprise every kind of asset invested before or after the entry into force of this Agreement by a natural or juridical

²⁰⁴ *Champion Trading Company et Ameritrade International Inc. c. Égypte* (2003), n° ARB/02/9 (CIRDI), décision sur la compétence [*Champion*] et nos observations dans *Fouret et Khayat 16.2*, *supra* note 11 à la p. 299.

²⁰⁵ *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats arabes unis* (2004), n° ARB/02/7 (CIRDI), sentence [*Soufraki*] et nos observations dans *Fouret et Khayat 17.2*, *supra* note 76 à la p. 234. La sentence rendue le 26 juillet 2001 dans l'affaire *Eudoro A. Olguín c. Paraguay* (2001), n° ARB/98/5 (CIRDI) [*Olguín*] est également pertinente pour la question de l'appréciation de la nationalité d'une personne physique dans les procédures conduites sous l'égide du CIRDI.

²⁰⁶ En ligne : UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

person including the Government of a Contracting State, in the territory and maritime zones of the other Contracting State, in accordance with the laws and the regulations of that State. Without restricting the generality of the foregoing, the term “investment” shall include: [...]

Article I (3)

The term “natural person” shall mean, with respect to either Contracting State, a natural person holding the nationality of that State in accordance with its laws.

Les faits de l'espèce, tels que décrits de manière succincte dans la décision sur la compétence, sont simples. Monsieur Siag et madame Vecchi ont investi en 1989 dans une société égyptienne détentrice de titres de propriété sur certains terrains près d'Aqaba. Ces terrains ont été acquis auprès du ministère du Tourisme égyptien dans le but d'y développer des activités touristiques, lesquelles les investisseurs ont effectivement entamées. En 1996, les autorités égyptiennes ont confisqué leurs biens sans que l'on connaisse les circonstances. Les investisseurs ont contesté cette mesure devant les juridictions égyptiennes mais, malgré des décisions favorables, l'Égypte n'a pas restitué les biens. Monsieur Siag et madame Vecchi ont alors saisi un tribunal arbitral alléguant la violation par l'Égypte de ses obligations au titre du *BIT*.

Puisque l'essentiel de la décision porte sur la contestation de la compétence *ratione personae* du Tribunal en raison de la nationalité égyptienne²⁰⁷ des investisseurs, il est ici utile de brosser à grands traits les principaux éléments concernant la nationalité des demandeurs.

Monsieur Siag est né égyptien de parents égyptiens. C'est sous cette nationalité qu'il a effectué l'investissement au cœur de ce litige²⁰⁸. En 1989, monsieur Siag a acquis la nationalité libanaise. La lecture de l'opinion dissidente de l'arbitre Orrego Vicuña laisse à penser qu'il a effectué cette démarche afin d'échapper au service militaire égyptien²⁰⁹. Dans le but de respecter les dispositions de la loi égyptienne, monsieur Siag a demandé à la même période l'autorisation des autorités égyptiennes d'acquérir la nationalité libanaise (bien qu'il semble qu'il l'ait déjà

²⁰⁷ Pour être complet, on indiquera que l'Égypte avait également contesté la compétence *ratione materiae* du Tribunal en soutenant que l'investissement en cause avait été réalisé à l'aide de capitaux égyptiens, ce qui ne saurait être admis devant un Tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI. Au terme d'une (trop) courte analyse, le Tribunal arbitral rejette l'objection égyptienne en retenant que l'origine des capitaux utilisés pour l'investissement n'est régie par un aucun texte, ni dans la *Convention de Washington*, ni dans le *BIT*, et que cette origine est donc indifférente pour les besoins de l'examen de la compétence (*Siag*, *supra* note 203 aux para. 202-211). Pour statuer sur cette objection, il nous semble que le Tribunal s'est, à tort selon nous, contenté de s'appuyer sur les motifs de la décision rendue le 29 avril 2004 dans l'affaire *Tokios Tokelès c. Ukraine* (2004), n° ARB/02/18 (CIRDI) (voir au para. 210) [*Tokios Tokelès*] dont l'autorité est sujette à caution du fait de l'opinion dissidente du président du Tribunal, fait rarissime. Voir nos observations sur cette affaire, dans *Fourret et Khayat 17.1*, *supra* note 91 à la p. 176.

²⁰⁸ Cet aspect n'est développé que dans l'opinion dissidente de l'arbitre Orrego Vicuña, nous y reviendrons.

²⁰⁹ *Siag*, opinion dissidente d'Orrego Vicuña, *supra* note 203 à la p. 5.

obtenue au moment où il effectue la demande), ce qui lui a été accordé. Quelques semaines plus tard, conformément à la loi égyptienne et à la demande de monsieur Siag, les autorités égyptiennes lui ont notifié qu'il lui était permis de conserver sa nationalité égyptienne. Alors que la loi du pays encadrerait cette possibilité par la nécessité de formaliser cette demande dans un délai d'un an, monsieur Siag ne l'a pas fait. Selon lui, il ne dispose donc plus de la nationalité égyptienne faute d'avoir accompli les formalités prescrites par la loi, à savoir, la saisine des autorités de ce pays dans un délai d'un an après que celles-ci aient accepté qu'il conserve cette nationalité. En 1993, monsieur Siag est devenu italien par l'effet de son mariage avec une ressortissante de ce pays. C'est donc en tant qu'italien que ce dernier a initié la procédure arbitrale, objet du présent commentaire.

Madame Vecchi est la mère de monsieur Siag. Elle est née ressortissante italienne mais a acquis volontairement la nationalité égyptienne par l'effet de son mariage avec le père de monsieur Siag. Au décès de celui-ci en 1987, madame Vecchi a demandé de regagner son statut de ressortissante italienne, ce qui lui a été accordé en 1993. Selon madame Vecchi, elle aurait perdu la nationalité égyptienne à cette date, par l'effet de sa réintégration en tant que ressortissante italienne.

La question centrale de cet arbitrage est donc de savoir si, comme les investisseurs le prétendent, ils avaient effectivement perdu la nationalité égyptienne lorsqu'ils ont soumis leur demande d'arbitrage devant le CIRDI en 2005 ou si, comme l'allègue l'Égypte, ni monsieur Siag, ni madame Vecchi n'ont en réalité jamais cessé d'être des ressortissants égyptiens. Il suffit en effet de se reporter à l'article 25(2)(a) de la *Convention de Washington* pour en conclure que, dans ce dernier cas, ils ne pourraient initier d'action à l'encontre de l'Égypte et le Tribunal devrait se reconnaître incompétent *ratione personae*.

Le système mis en place par la *Convention de Washington* est clair à cet effet. De plus, le Rapport des administrateurs de la Banque mondiale de même que les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur le fait que l'arbitrage CIRDI est impossible si l'investisseur, en tant que personne physique, dispose de la nationalité de l'État d'accueil de l'investissement. Le texte de l'article 25(2)(a) pose en effet clairement une double condition, l'une positive selon laquelle l'investisseur doit disposer de la nationalité d'un État contractant, et l'autre négative, que cette nationalité ne soit pas celle de l'État d'accueil de l'investissement, même en cas de double nationalité.

La question de savoir si monsieur Siag a oui ou non perdu la nationalité égyptienne lorsqu'il a acquis la nationalité libanaise en 1989 et celle de savoir si madame Vecchi a également perdu la nationalité égyptienne lorsqu'elle a demandé de retrouver la nationalité italienne en 1993 ne peuvent être tranchées qu'en application du droit égyptien. La règle est indiscutable et d'ailleurs rappelée dans le *BIT* lui-même, lorsqu'il définit l'investisseur comme l'individu ayant la nationalité d'un État partie au *BIT* « conformément à ses lois ». L'application du droit égyptien par le Tribunal arbitral dépasse largement le cadre de cette chronique. Elle a fait l'objet de débats complexes devant les arbitres, avec le soutien d'experts sollicités par les parties. Il nous semble que le raisonnement du Tribunal, qui a décidé que monsieur

Siag et madame Vecchi n'étaient pas Égyptiens au moment où ils ont soumis la demande d'arbitrage devant le CIRDI, est exempt d'erreur, même s'il n'est pas toujours aisé à suivre.

Il est en revanche tout à fait pertinent du point de vue du droit international et du droit des investissements d'analyser brièvement le principe même selon lequel le Tribunal arbitral est compétent pour trancher la question de la reconnaissance ou non de la nationalité égyptienne des investisseurs (A), d'une part, et, d'autre part, celle de savoir si la solution retenue est adéquate, ce que semble contester l'un des arbitres dans son opinion dissidente (B).

A. De la compétence du Tribunal arbitral pour apprécier la nationalité de l'investisseur

Le principe selon lequel il appartient au Tribunal arbitral, dans l'ordre international, d'apprécier la nationalité d'un individu sans s'en remettre aux déclarations du ou des États concernés est bien établi. L'application du principe selon lequel il revient au tribunal arbitral de déterminer sa propre compétence, que l'on retrouve à l'article 41(1) de la *Convention de Washington*, constitue une règle indispensable si l'on souhaite que les arbitres ne soient pas dépendants des décisions unilatérales prises par les États. Ceux-ci sont indiscutablement seuls compétents pour édicter les normes par lesquelles un individu acquiert ou perd sa nationalité.

Toutefois, ce qui est valable dans l'ordre interne ne l'est pas nécessairement dans l'ordre international et il revient aux tribunaux statuant en droit international, comme c'est le cas des tribunaux constitués sous l'égide du CIRDI, d'appliquer et donc d'interpréter les normes de droit local. Ce principe, déjà appliqué dans l'arrêt phare en matière de nationalité rendu par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nottebohm*²¹⁰, a été repris dans l'ensemble des décisions ayant eu à statuer sur la nationalité de personnes physiques en matière d'investissements internationaux²¹¹.

La conséquence directe de cette démarche est que les actes et documents émanant des États sur la question de la nationalité ne sont pas irréfutables, au contraire. Dans l'affaire *Siag*, comme dans les autres affaires ayant traité de la question, les tribunaux arbitraux ont systématiquement considéré ces documents comme des éléments du dossier qu'il convient d'examiner comme tels : « *[b]oth Egyptian law and the practice of international tribunals is that the documents referred to by the Respondent evidencing the nationality of the Claimants are prima facie evidence only* »²¹².

Cette conception est pertinente et même indispensable en matière d'arbitrage international impliquant une partie privée et un État. Le déséquilibre serait en effet

²¹⁰ *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, [1955] C.I.J. rec. 4.

²¹¹ *Champion*, *supra* note 204 aux para. 3.4.1; *Olguín*, *supra* note 205 aux para. 60 et s.; *Soufraki*, *supra* note 205 au para. 55 et s.

²¹² *Siag*, *supra* note 203 au para. 153.

dirimant s'il suffisait à l'État de produire des documents, qui émanent, on le rappelle, de lui-même, ayant pour effet de déterminer la nationalité d'un individu. Il est indispensable que ce dernier puisse contester ces documents et développer des thèses contraires à leur égard, ce qui est donc amplement reconnu par le Tribunal arbitral en l'espèce²¹³.

B. La critique de l'un des arbitres sur l'opportunité de la solution adoptée par le Tribunal arbitral

Quelle appréciation porter sur la décision du Tribunal arbitral? La question se pose d'autant plus que l'un des arbitres, Orrego Vicuña, a joint une opinion dissidente partielle à la décision sur la compétence dans laquelle il soulève notamment deux difficultés. D'une part, la majorité du Tribunal arbitral n'encouragerait-elle pas les nationalités de complaisance en admettant que monsieur Siag²¹⁴ ne soit pas égyptien, alors que ses liens avec le Liban et avec l'Italie sont plus que ténus? D'autre part, accorder la protection du *BIT* à un investissement qui a été réalisé par des personnes qui étaient, à l'époque, des ressortissants égyptiens ne va-t-il pas à l'encontre du but même de la *Convention de Washington*?

Sur la première question, il nous semble que les critiques de l'arbitre Orrego Vicuña – parfois acerbes lorsqu'il compare les nationalités acquises sans réel lien avec le pays en question aux « pavillons de complaisance »²¹⁵ utilisés dans le transport maritime – sont excessives.

En premier lieu, nous pouvons penser que la conception que se fait Orrego Vicuña de la nationalité est quelque peu passéiste. Il n'est en effet pas sûr qu'au début du XXI^e siècle, la nationalité se caractérise toujours par le « lien d'allégeance avec la nation et l'État »²¹⁶, comme il le soutient. La facilité et la fréquence des déplacements font que des nationalités peuvent être acquises sans que le lien avec l'État en question soit perpétuel ou même durable. Il s'agit, nous semble-t-il, d'un changement sociologique dont le droit des investissements ne peut que tenir compte et, à l'heure où les doubles et parfois triples nationalités sont fréquentes, surtout dans certaines régions du monde, les cas de conflit sont amenés à se multiplier. En d'autres termes, l'acquisition d'une nationalité ne nous semble plus être aujourd'hui l'acte grave et solennel qu'il a pu être dans un passé même récent.

Ces possibilités nouvelles d'acquérir des nationalités n'impliquent nullement, contrairement à l'idée que véhicule Orrego Vicuña lorsqu'il évoque les pavillons de complaisance, une volonté de fraude ou même de contournement de certaines dispositions impératives. Les cas d'acquisition de nationalité par mariage ou par établissement prolongé dans un pays sont fréquents mais ne dénotent pas

²¹³ Voir également, dans ce sens, nos observations sur *Champion*, *supra* note 204 dans *Fouret et Khayat* 16.2, *supra* note 11 à la p. 299.

²¹⁴ L'opinion dissidente d'Orrego Vicuña ne vise pas la décision du Tribunal sur la nationalité de madame Vecchi.

²¹⁵ *Siag*, opinion dissidente d'Orrego Vicuña, *supra* note 203 à la p. 6.

²¹⁶ *Ibid.* à la p. 1.

nécessairement, et en tous cas généralement, une volonté de frauder. C'est particulièrement le cas de l'espèce et c'est ce qui rend la démonstration d'Orrego Vicuña peu convaincante.

En effet, qu'Orrego Vicuña ait raison ou non de considérer, comme il le fait dans son opinion dissidente, que les liens de monsieur Siag avec l'Italie (nationalité de laquelle il a tiré profit pour invoquer le *BIT*, mais dont, on le rappelle, il a épousé une ressortissante) et avec le Liban (dont il serait originaire et dont la nationalité lui a permis de démontrer qu'il n'est plus égyptien) sont ténus, il n'en reste pas moins que ces nationalités ont été acquises sans la moindre velléité de bénéficiaire, dans la présente instance, d'un avantage. En effet, monsieur Siag a acquis la nationalité libanaise en 1989, profitant peut-être de ses origines pour échapper au service militaire égyptien, et la nationalité italienne en 1993, après son mariage. À ces dates, si l'investissement était manifestement réalisé, le litige avec l'Égypte était loin d'être né puisqu'il ne s'est matérialisé qu'en 1996. De plus, la demande d'arbitrage devant le CIRDI, intervenue en 2005, n'était pas même envisageable à ce moment.

Il n'y avait donc, de la part de monsieur Siag, aucune volonté de bénéficiaire de manière indue au regard de la présente procédure CIRDI, ni de la nationalité libanaise ni de la nationalité italienne au moment où il les a acquises. C'est en ce sens que la critique d'Orrego Vicuña, entièrement fondée sur l'idée que monsieur Siag a instrumentalisé ses nationalités pour en tirer un bénéfice, idée que le Tribunal devrait sanctionner, ne peut se développer davantage. Il nous semble qu'il n'y a eu aucune instrumentalisation de la part de monsieur Siag, du moins, et c'est ce qui importe devant un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI, pas dans le but de tirer profit indûment du *BIT*.

Sur la deuxième question, il est vrai que la présentation de l'arbitre dissident a de quoi troubler, mais dans un premier temps seulement. Orrego Vicuña se demande en effet s'il est normal que la protection du *BIT* et de la *Convention de Washington* soit étendue à un investissement réalisé en Égypte par des Égyptiens. Il est en effet exact et incontesté que tant monsieur Siag que madame Vecchi étaient égyptiens lorsqu'ils ont réalisé l'investissement litigieux dans le Golfe d'Aqaba en 1989. Dans son opinion dissidente, Orrego Vicuña se demande donc si le droit international, la *Convention de Washington* et l'Égypte lorsqu'elle a consenti à l'arbitrage CIRDI dans le *BIT*, entendaient réellement protéger un investissement réalisé par des Égyptiens²¹⁷. Et Orrego Vicuña de proposer que la condition de la nationalité posée à l'article 25(2)(a) soit exigée pour les personnes physiques dès l'entrée en vigueur du *BIT* (c'est-à-dire dès le moment où l'État a accordé son consentement à l'arbitrage CIRDI) et de manière continue jusqu'à l'acceptation par l'investisseur de la compétence du Centre.

L'affirmation a de quoi ébranler les convictions de certains tant il est exact que la *Convention de Washington* n'a pas vocation d'être appliquée aux investissements réalisés par les ressortissants de l'État visé par la demande d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas pour autant justifiée. Les dates retenues par la

²¹⁷ *Siag*, opinion dissidente d'Orrego Vicuña, *supra* note 203 à la p. 1.

Convention de Washington pour la détermination de la nationalité de l'investisseur sont celles à laquelle les parties ont consenti à soumettre le litige au CIRDI (et il est aujourd'hui admis que cette date est celle à laquelle l'investisseur a accepté l'offre d'arbitrage de l'État, c'est-à-dire le plus souvent la date de la demande d'arbitrage) et celle de l'enregistrement de la demande. Ces dates ont été retenues en pleine connaissance de cause par les États contractants et il ne nous semble pas judicieux de remettre ce principe en question sauf si l'on décidait de réécrire l'article 25(2)(a), ce qui n'est actuellement pas une chose envisageable ni souhaitable.

D.K.

X. *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P.c. Argentine, sentence du 22 mai 2007*²¹⁸

Composition du Tribunal : Francisco Orrego-Vicuña, président; Pierre-Yves Tszanz et Albert Jan van den Berg, arbitres.

La sentence émise le 22 mai 2007 fait suite aux deux décisions rendues sur la compétence par le Tribunal arbitral le 14 janvier et le 2 août 2004 suite à un différend entre Enron Corporation et Ponderosa Assets et l'Argentine. Le fondement de la compétence du Tribunal est le désormais célèbre *Traité bilatéral de protection des investissements* conclu entre les États-Unis et l'Argentine le 14 novembre 1991²¹⁹ (le *BIT*). L'investisseur soutient avoir été victime de mesures fiscales discriminatoires.

La société de transport de gaz Enron Corporation et Ponderosa Assets (ci-après Enron), dont les activités sont situées sur le territoire de différentes provinces argentines, a engagé un arbitrage à l'encontre de l'Argentine en alléguant des violations du *BIT*. La demande fait suite à l'imposition, non justifiée selon Enron, de certaines taxes, les « *stamp taxes* », par l'Argentine.

Ces taxes sont imposées sur les activités du demandeur en Argentine. Le demandeur possède 50% des actions d'une première société incorporée en Argentine, CIESA, qui contrôle, à son tour, une autre société, TGS, dont elle possède 55,30% des actions²²⁰. La participation du demandeur dans CIESA est gérée par deux autres sociétés que celui-ci possède, EPCA et EACH, qui détiennent aussi plus de 75% des parts d'EDIDESCA, une autre entreprise argentine, détenant elle-même 10% des actions de TGS. L'investissement total du demandeur correspond donc à 35,263% des actions de TGS.

²¹⁸ *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P.c. Argentine* (2007), n° ARB/01/03 (CIRDI) [*Enron (fond)*].

²¹⁹ En ligne : UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

²²⁰ *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P.c. Argentine* (2004), n° ARB/01/03 (CIRDI), décision sur la compétence au para. 21 [*Enron (compétence)*] et nos commentaires *Fouret et Khayat 17.1, supra* note 91 aux pp. 160 et s.

Lorsque cette dernière se voit réclamer par les autorités fiscales de différentes provinces un montant total de 800 millions de dollars argentins²²¹, Enron juge que cela

équivalait à une expropriation. Pour Enron, les garanties, qui avaient été prises dans les législations gazières et dans la licence qui lui avait été accordée, ont été révoquées. Ces garanties lui permettaient de déterminer les tarifs en dollars et ainsi de fixer librement les prix du transport du gaz. Dès lors, l'impossibilité de continuer à fixer ces prix a empêché Enron de payer ses créanciers en raison de la chute vertigineuse de ses revenus. Ces arguments sont réfutés par l'Argentine, celle-ci indiquant que les mesures ont été prises durant la crise économique argentine et devraient donc être excusées en vertu d'une circonstance qui exclut l'illicéité, soit l'état de nécessité.

Le Tribunal analyse ainsi de manière préliminaire le fait de savoir si de tels engagements avaient été pris par l'Argentine et quelle était la place à accorder au droit interne et au droit international (**A**). Ensuite, il s'attache aux questions relatives aux violations du droit argentin (**B**) avant de s'atteler à l'analyse des violations potentielles du *BIT* (**C**).

A. Analyses liminaires sur les engagements de l'Argentine et sur le droit applicable

Ces deux analyses sont importantes car elles permettent de mettre en place l'argumentation qui sera menée par le Tribunal sur le fond du différend.

En premier lieu, le Tribunal tient à vérifier que les engagements en matière d'ajustement des tarifs en dollars et de fixation des prix sont réels²²². Les arbitres reviennent sur l'historique des privatisations en Argentine, dont le présent différend est issu, afin de déterminer quels types d'engagements ont été pris de manière générale par l'État dans ce domaine²²³. Reprenant ainsi longuement chacun des éléments sur lesquels Enron appuie sa demande, le Tribunal reconnaît que les engagements de l'Argentine vis-à-vis de l'investisseur sont réels.

Le second élément que le Tribunal souhaite analyser de manière liminaire concerne le droit applicable au litige. Comme certains l'ont indiqué, « [l]es arbitres ont rejeté toute idée de dichotomie entre les sources de droit prévues par l'article 42 de la *Convention de Washington* »²²⁴. En effet, « *both have a complementary role to*

²²¹ Pour un résumé de tous les faits et de toute la procédure voir *Enron (fond)*, *supra* note 218 aux para. 4-79.

²²² *Ibid.* aux para. 106-202.

²²³ *Ibid.* aux para. 115-118.

²²⁴ Walid Ben Hamida et Ferhat Horchani, « Droit et pratique des investissements internationaux – Chronique de la période du 1^{er} mai au 31 août 2007 – 1^{ère} partie » (2007) 6 R.D.A.I.-I.B.L.J. 832 à la p. 833.

perform and this has begun to be recognized »²²⁵. Ainsi, reprenant les dispositions de droit argentin qui accordent un rôle prééminent aux traités internationaux, le Tribunal reconnaît le principe qu'en cas de conflit entre normes internes et normes internationales, ces dernières prévalent²²⁶.

Le mécanisme CIRDI est un mécanisme international et il est logique que les arbitrages fondés sur des traités bilatéraux s'appuient principalement sur des règles de droit international, en application de l'article 42(1) de la *Convention de Washington*. Cependant, le droit national peut conserver un rôle important si les parties l'ont expressément souhaité. C'est le cas en l'espèce et les arbitres analysent les violations alléguées par Enron à la lumière du droit argentin avant de le faire sous l'angle du droit international et donc du *BIT*²²⁷.

B. Une reconnaissance par le Tribunal des violations du droit argentin

Nous allons mentionner cet aspect de la sentence, même s'il ne représente pas un intérêt fondamental pour le droit des investissements. En effet, le compte rendu du Tribunal se veut une pure analyse des mesures argentines à la lumière du droit interne argentin²²⁸.

Le Tribunal note ainsi que l'article 17 de la *Constitution argentine*, ainsi que plusieurs articles du *Code civil* relatifs à la protection de la propriété privée et aux questions de la stabilité contractuelle, n'ont pas été respectés par l'Argentine²²⁹.

Cependant, l'Argentine présente comme défense la théorie de l'imprévision et de la force majeure. Le Tribunal analyse alors les quatre conditions d'applicabilité de cette défense²³⁰. En l'occurrence, elles ne sont pas réunies et l'Argentine est donc tenue pour responsable en raison de la violation de la *Constitution* et du *Code civil* par le biais des mesures en litige. Ainsi, « *the Tribunal will duly take into account in considering the compensation that follows such a finding of liability* »²³¹. Il sera nécessaire de vérifier si ces violations du droit argentin seront prises en compte lors de la détermination du montant des dommages-intérêts, au même titre que les potentielles violations du *BIT* analysées ci-après.

²²⁵ *Enron (fond)*, *supra* note 218 au para 207.

²²⁶ *Ibid.* au para. 208. Voir principalement sur le sujet Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, « The Meaning of “and” » *supra* note 86.

²²⁷ *Enron (fond)*, *supra* note 218 au para 209.

²²⁸ *Ibid.* aux para. 210-232.

²²⁹ *Ibid.* aux para. 213-214 et 231-232.

²³⁰ *Ibid.* aux para. 221-225.

²³¹ *Ibid.* au para. 232.

C. Deux violations du *BIT* reconnues sur les cinq invoquées et une interprétation « vicuñesque » de la crise argentine au regard de l'état de nécessité

L'analyse des violations alléguées du *BIT* est centrale dans l'analyse du Tribunal et occupe ainsi près de 35 pages sur les 139 pages de la sentence. Le Tribunal a refusé les demandes présentées par Enron sur trois des cinq violations du *BIT*, à savoir la question de l'expropriation, de la protection et de la sécurité pleines et entières et des mesures arbitraires et discriminatoires (1). En revanche le Tribunal reconnaît la violation du traitement juste et équitable, mais aussi de l'*umbrella clause* (2). Ce dernier refuse cependant d'excuser l'Argentine en ne reconnaissant pas l'état de nécessité durant la période invoquée (3).

1. NI EXPROPRIATION, NI VIOLATION DE LA PROTECTION ET DE LA SECURITE PLEINES ET ENTIERES, NI MESURES ARBITRAIRES ET DISCRIMINATOIRES : DES ANALYSES STRICTES MAIS PRECISES DU TRIBUNAL

L'analyse de l'argument concernant l'expropriation, article IV du *BIT*, est rapide mais précise de la part du Tribunal. Ce dernier analyse à la fois les mesures et leurs effets à la lumière des critères de l'expropriation directe et de l'expropriation indirecte.

Pour la première, « *the tribunal does not believe there can be a direct form of expropriation if at least some essential component of property rights have not been transferred to a different beneficiary, in particular the State* »²³². Ce raisonnement, de pure logique, a toujours été tenu par les auteurs et les tribunaux : l'expropriation est une rupture du lien de propriété qui est dès lors transférée à l'État, ou à une de ses entités, par le biais de la mesure de la puissance souveraine²³³. En l'espèce, le Tribunal n'a pu constater un transfert direct du titre de propriété²³⁴.

Concernant l'expropriation indirecte, cela « *is more complex to assess* »²³⁵. En effet, le titre de propriété, dans ce cas de figure, ne change pas de main mais cela constitue « *a withdrawal of all the attributes of ownership, of the rights of uti, frui or abuti, over a thing, leaving the owner with a mere shadow of a title, will be confiscation and may be treated as such* »²³⁶. S'appuyant sur la sentence CNUDCI-ALÉNA dans *Pope & Talbot*²³⁷, le Tribunal prend en compte toutes les mesures prises par l'Argentine afin d'analyser cumulativement leur effet. Cependant, pour qu'une expropriation indirecte, ou rampante, puisse être reconnue en l'espèce, il est nécessaire que l'investisseur ne contrôle plus son investissement, qu'il ne puisse plus le gérer au jour le jour, qu'il ne touche plus de dividendes ou encore, qu'il ne puisse

²³² *Ibid.* au para. 243.

²³³ Voir notamment un des ouvrages fondateurs sur la question, B.A. Wortley, *Expropriation in Public International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1959, aux pp. 1 et s.

²³⁴ *Enron (fond)*, *supra* note 218 au para 243.

²³⁵ *Ibid.* au para. 244.

²³⁶ B.A. Wortley, *supra* note 233 à la p. 50.

²³⁷ *Enron (fond)*, *supra* note 218 au para 245.

plus nommer les dirigeants qu'il souhaite²³⁸. En effet, afin que les législations internes ne puissent pas être remises en question indûment par un investisseur mécontent de leurs impacts, ces conditions sont nécessaires pour préserver le pouvoir législatif souverain de chaque État hôte. Ainsi, le Tribunal ne considère pas que l'Argentine ait exproprié indirectement l'investissement d'Enron, car les mesures n'ont pas atteint le degré requis d'interférence pour être qualifiées d'expropriation. *A contrario*, cela ne signifie pas qu'elles sont exemptes de critiques et qu'elles ne pourront être considérées comme des violations d'autres dispositions du *BIT*²³⁹.

Les deux autres violations alléguées mais non reconnues par le Tribunal sont analysées de manière bien plus concise. L'article II(2)(b) du *BIT* pose l'interdiction des mesures arbitraires et discriminatoires. Pour la question de l'arbitraire, le Tribunal pose qu'une telle mesure doit être manifeste et évidente ce qui n'est pas le cas en l'espèce²⁴⁰. Concernant la discrimination, « *the Tribunal does not find that there has been any capricious, irrational or absurd differentiation in the treatment accorded to the Claimants as compared to other entities or sectors* »²⁴¹. Ce dernier standard étant contingent, il a été nécessaire d'analyser la situation d'autres investisseurs par rapport à celle d'Enron. Le Tribunal n'a cependant pas pu confirmer l'argument de l'investisseur sur la discrimination.

Concernant la protection et la sécurité pleines et entières, le Tribunal en a adopté la vision originelle, à savoir stricte et limitée à la sécurité physique de l'investisseur, contrairement à d'autres sentences, notamment *Azurix*²⁴², qui ont adopté une approche plus large. Cette vision rigoriste et revenant à l'origine du standard est probablement trop restrictive mais le Tribunal ayant déjà déterminé qu'une violation du traitement juste et équitable avait eu lieu, il ne lui semblait peut être pas nécessaire d'accabler plus encore l'Argentine.

2. L'APPORT CONTINU DE LA JURISPRUDENCE CIRDI CONCERNANT LA DEFINITION DU TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE ET LA RAPIDE ANALYSE SUR L'*UMBRELLA CLAUSE*

Nous allons rapidement analyser la question de la clause de respect des engagements, *umbrella clause*, qui ne présente pas de nouveautés réelles et ne fait l'objet que de quelques paragraphes dans la sentence. Cette clause se situe à l'article II(2)(c) du *BIT* et la question était de savoir si cette disposition, couvrant les obligations prises par l'État vis-à-vis de l'investisseur et de l'investissement, pouvait s'appliquer non seulement aux contrats mais aussi à certaines dispositions législatives spécifiques.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Ibid.* aux para. 249-250.

²⁴⁰ *Ibid.* au para. 281.

²⁴¹ *Ibid.* au para. 282.

²⁴² *Azurix Corp. c. Argentine*, *supra* note 83 au para. 157 et nos commentaires favorables à cette interprétation, *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 305.

Pour le Tribunal, « *any obligations* » fait référence à toute obligation, peu importe leur nature, que ce soit des contrats ou des dispositions législatives. Cette vision, déjà adoptée par les tribunaux dans *LG&E*²⁴³ et dans *CMS*²⁴⁴, a pourtant été contestée par la décision d'annulation dans cette même affaire *CMS*²⁴⁵. Il n'en reste pas moins qu'en l'espèce, les mesures législatives argentines ont véritablement vidé de leur sens certaines des obligations prises par l'État argentin vis-à-vis d'Enron. Nous avons indiqué dans notre commentaire de *LG&E* que « [c]ette application extrêmement large de la clause illustre probablement la limite maximale d'extension de celles-ci mais les justifications apportées par le Tribunal permettent d'accepter aisément le raisonnement »²⁴⁶. Il en est de même en l'espèce, malgré les critiques du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS*. Le Tribunal indique ainsi que l'Argentine a violé cette disposition du *BIT* par la prise de mesures législatives et réglementaires en contradiction avec les engagements spécifiques pris avec l'investisseur²⁴⁷.

La seconde violation du *BIT* reconnue par les arbitres concerne le traitement juste et équitable de l'investisseur. Le Tribunal énonce tout d'abord que ce standard est « *none too clear and precise* »²⁴⁸. Pourtant, il nous semble qu'au fil du développement de la jurisprudence arbitrale, ses contours s'affirment constamment, notamment depuis l'inclusion des attentes légitimes de l'investisseur comme noyau central du standard²⁴⁹. De surcroît, et à juste titre nous semble-t-il, le Tribunal, même s'il ne se réfère qu'aux faits et au *BIT* de l'espèce, souhaite que l'on différencie le standard minimum de traitement coutumier du standard de traitement juste et équitable qui « *can also require treatment additional to, or beyond that of, customary law* »²⁵⁰.

Ensuite, le Tribunal vérifie que les attentes légitimes de l'investisseur n'ont pas été violées, notamment par le biais d'un « *stable framework for the investor* »²⁵¹. Reprenant l'analyse de ses prédécesseurs, il confirme que ce ne sont que les attentes *légitimes* qui doivent être protégées et qui ne doivent pas créer un « *freezing of the legal system* »²⁵². La crainte de la réintroduction des clauses de stabilisation est toujours présente à l'esprit du Tribunal. Ainsi, ces attentes doivent être raisonnables et « l'État n'est pas face à une obligation de stricte stabilité mais simplement à une obligation de ne pas placer l'investisseur dans une instabilité constante »²⁵³. L'État ne

²⁴³ *LG&E (sentence)*, *supra* note 83.

²⁴⁴ *CMS (fond)*, *supra* note 83.

²⁴⁵ *CMS (annulation)* *supra* note 91, commentée à la section 23, ci-dessous.

²⁴⁶ *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 328.

²⁴⁷ *Enron (fond)*, *supra* note 218 aux para. 275-277.

²⁴⁸ *Ibid.* au para. 256.

²⁴⁹ Voir notamment cette année, la sentence *Siemens (fond)* *supra* note 75, commentée ci-dessus à la section 5.

²⁵⁰ *Enron (fond)*, *supra* note 218 au para. 258. Nous proposons déjà cette différenciation dans nos commentaires dans Julien Fouret, *The notion of Fair and Equitable Treatment of Foreign Direct Investment*, thèse de maîtrise, Université McGill, 2003 [non publiée].

²⁵¹ *Enron (fond)*, *supra* note 218 aux para. 259-260.

²⁵² *Ibid.* au para. 261.

²⁵³ Julien Cazala, « Le traitement juste et équitable : transparence et protection des attentes légitimes de l'investisseur » dans « Investissements internationaux et arbitrage », *supra* note 95 à la p. 47.

doit ainsi pas se sentir bridé par ces obligations mais doit se comporter de manière conséquente et prévisible pour ses partenaires, notamment économiques.

En l'espèce, « *the measures have beyond any doubt substantially changed the legal and business framework under which the investment was decided and implemented* »²⁵⁴. De surcroît, l'Argentine savait que c'est sur la base des réglementations qu'elle a elle-même modifiées que l'investisseur avait décidé de s'implanter sur son territoire. Comme l'indique le Tribunal, « *[w]here there was certainty and stability for investors, doubt and ambiguity are the order of the day* »²⁵⁵. Il ne faut cependant pas oublier que ces mesures argentines ont été prises lors d'une intense crise économique. Le Tribunal en semble partiellement conscient et accepte volontiers que ces mesures n'ont pas été prises par l'Argentine avec une volonté délibérée de nuire. Cependant, et à juste titre, « *there is an objective breach of the fair and equitable treatment due under the Treaty* » par le biais de ces modifications législatives inopinées²⁵⁶. Ainsi, la violation des attentes légitimes de l'investisseur, notamment du fait de l'absence de stabilité de l'environnement juridique, entraîne *de facto* la violation du standard de traitement juste et équitable. Ces deux concepts semblent en conséquence ne faire plus qu'un désormais.

3. LA « PRESIDENCE VICUÑA » OU LA GEMELLITE DE L'ANALYSE DE L'ÉTAT DE NECESSITE APPLIQUE A L'ARGENTINE

Quatre sentences sur la crise argentine formulées entre 2005 et 2007 ont été rendues sous l'autorité du même président influent, le professeur Orrego Vicuña²⁵⁷. Il n'est ainsi pas anodin que ces décisions analysent la crise argentine au regard de l'état de nécessité dans des termes identiques, soit en refusant catégoriquement d'entendre l'argumentation de l'Argentine.

Nous avons précédemment examiné cette analyse pour la sentence *CMS* et nous l'avons comparée à celle dans l'affaire *LG&E*, seule sentence rendue et non présidée par Orrego Vicuña²⁵⁸. Nous ne reviendrons donc pas sur la position prise par le présent Tribunal qui, dans la cinquantaine de paragraphes de la sentence dédiés à cette question, reprend les mêmes termes que ceux des affaires *CMS* et *Sempra*²⁵⁹. Ainsi, la sévérité de la crise n'est pas suffisante selon ce Tribunal afin d'accepter la défense de l'état de nécessité car elle ne menaçait pas l'existence même de l'État, qui ne risquait pas de s'effondrer. De surcroît, des facteurs endogènes et exogènes ont contribué à la crise mais ce Tribunal, comme les deux autres susmentionnés, a retenu que l'Argentine avait contribué à la crise et que, par conséquent, elle ne pouvait invoquer l'état de nécessité.

²⁵⁴ *Enron (fond)*, *supra* note 218 au para. 264.

²⁵⁵ *Ibid.* au para. 266.

²⁵⁶ *Ibid.* au para. 268.

²⁵⁷ Outre la présente sentence, voir également *CMS Gas (fond)* *supra* note 83 et *Sempra Energy International c. Argentine* (2007), n° ARB/02/16 (CIRDI), sentence, commentée dans la présente chronique, ci-dessous à la section 24.

²⁵⁸ *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 aux pp. 328 et s.

²⁵⁹ *Enron (fond)*, *supra* note 218 aux para. 288-345.

Nous pensons toujours que la position prise par le Tribunal dans *LG&E* est la plus conforme au droit international appliqué aux faits de l'espèce²⁶⁰. Cependant, tant que les tribunaux seront présidés par le même arbitre, les raisonnements seront toujours gémellaires et il sera impossible de se départir de la première analyse retenue dans la sentence *CMS*, pourtant assez éloignée de la réalité factuelle de la situation. La décision du Comité *ad hoc*, qui même s'il n'a pas annulé la sentence, apportera peut-être des arguments en faveur d'un changement : ce dernier a indiqué que des erreurs de droit avaient été commises par le Tribunal dans son analyse de l'état de nécessité²⁶¹.

Comme le professeur Orrego Vicuña ne préside pas la quarantaine de tribunaux arbitraux sur la crise argentine, seul l'avenir nous dira si ses prises de position très libérales et très pro-investisseurs dans ces trois sentences seront reprises par d'autres tribunaux ou si, à l'inverse, la décision du Comité *ad hoc* dans *CMS* et la sentence *LG&E* les convaincront d'harmoniser, dans le bon sens, cette jurisprudence contradictoire sur le sujet. En l'espèce, l'excuse de l'état de nécessité n'est donc pas acceptée et l'Argentine est considérée comme responsable pour la violation de la disposition sur l'*umbrella clause* et sur le traitement juste et équitable.

Par conséquent, le Tribunal s'attache ensuite à déterminer la compensation à accorder à Enron pour les violations du *BIT*. Les arbitres ont ainsi inclus dans la sentence de longs développements extrêmement techniques sur le sujet, comme cela avait déjà été le cas dans *CMS*²⁶².

Utilisant la notion récurrente de « juste valeur de marché », pourtant habituellement réservée à des mesures d'expropriation, le Tribunal a déterminé que les pertes de l'investisseur suite aux mesures de 2001 s'élevaient à 90,4 millions de dollars. À cette somme, le Tribunal rajoute 15,9 millions de dollars pour d'anciens gels des ajustements des tarifs ayant eu lieu entre 2000 et 2001. L'Argentine se voit en conséquence condamnée à payer la somme de 106,2 millions de dollars ainsi que des intérêts courant jusqu'à la date de distribution de la sentence, et non la date de paiement comme cela est pourtant souvent le cas.

Enfin, cette sentence a fait l'objet d'une demande de rectification de la part de l'investisseur mais la décision rendue par le Tribunal en octobre 2007 n'avait pas encore été publiée le 31 décembre 2007. Toutefois, une procédure d'annulation a été enregistrée le 7 mars 2008 et la présente sentence devrait ainsi être attentivement analysée par le Comité *ad hoc*, sous réserve des modifications potentielles déjà apportées par la décision rendue en octobre 2007.

J.F.

²⁶⁰ Julien Fouret, « *CMS c. LG&E* », *supra* note 141.

²⁶¹ *CMS annulation*, *supra* note 91 notamment aux para. 131-136.

²⁶² *Enron (fond)*, *supra* note 218 aux para. 346-435.

XI. *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD c. Gouvernement de la Malaisie, sentence du 17 mai 2007*²⁶³

Composition du Tribunal : Michael Hwang, arbitre unique.

La sentence rendue le 17 mai 2007 par un arbitre unique dans l'affaire ayant opposé la société de droit malais Malaysian Historical Salvors (MHS) à la Malaisie porte sur l'exécution d'un contrat dit de « sauvetage maritime » par lequel MHS s'engageait à localiser et remonter à la surface l'épave d'un bâtiment anglais du début du XIX^e siècle coulé au large de la Malaisie avec sa cargaison avant d'inventorier celle-ci et de la vendre aux enchères. Le contrat signé entre MHS et le gouvernement malais comportait une clause dite de « *no find – no pay* » par laquelle MHS ne recevait aucune rémunération si elle ne localisait pas l'épave. Dans le cas inverse, MHS recevrait une part importante du montant des enchères.

La sentence rendue par Michael Hwang, arbitre unique, nous interpelle autant pour des raisons de méthode que pour les solutions de fond qu'elle retient²⁶⁴.

Sur la méthode tout d'abord, on relèvera que la sentence est muette sur la qualité des intérêts – certainement anglais – contrôlant la société MHS. Dans la mesure où cette société est de droit malais et que l'affaire est portée devant un tribunal constitué sur le fondement des règles de la *Convention de Washington* et ce, en application des dispositions du *Traité de promotion et de protection des investissements* signé entre le Royaume-Uni et la Malaisie²⁶⁵ (le *BIT*), cette information est d'importance. Nous savons en effet que la définition des investisseurs personnes morales résultant de l'article 1(4) du *BIT* est restrictive et ne couvre pas les sociétés locales contrôlées par des investisseurs de l'autre partie contractante. Ce n'est qu'en consultant les mémoires des parties – autre particularité de cette affaire, les mémoires des parties ont tous été rendus publics²⁶⁶ – que l'on apprend que la société MHS est détenue par une personne physique de nationalité britannique.

Sur la méthode surtout, l'arbitre unique analyse les questions qui lui sont posées à travers le prisme quasi-exclusif de la jurisprudence arbitrale du CIRDI qui s'est déjà prononcée sur la question. Certes, de très nombreux tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du CIRDI analysent des précédents, se fondent sur ceux-ci ou les citent en longueur, tout en prenant la précaution d'indiquer qu'ils ne constituent en aucune manière un corpus de décisions obligatoires en l'absence de règle de *stare decisis*²⁶⁷. Certains s'étaient d'ailleurs engagés dans une analyse détaillée des

²⁶³ *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD c. Gouvernement de la Malaisie* (2007), n° ARB/05/10 (CIRDI) [MHS].

²⁶⁴ Sur cette sentence, voir également, Walid Ben Hamida, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI? », dans *Fadlallah, Leben et Teynier, supra* note 203 aux pp. 33-41, spéc. 37-38 et Crina Baltag, « Notion of Investment and Precedent Under the *ICSID Convention*: Award in *MHS v. Malaysia* » (Septembre 2007) 4 *Transnat'l Disp. Manag't*.

²⁶⁵ 21 mai 1981, en ligne : UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

²⁶⁶ Ceux-ci sont disponibles sur le site internet du CIRDI. Il s'agit de la première fois, à notre connaissance, que l'ensemble des mémoires des parties sont rendus publics.

²⁶⁷ Nous avons régulièrement relevé de telles prises de position dans nos commentaires. Voir par exemple nos développements sous le titre « Le développement d'un corpus de décisions et l'illusion du

décisions rendues, ce qui est aujourd'hui possible dans certaines matières avec le développement de la jurisprudence du Centre²⁶⁸. Mais il nous semble qu'il s'agit de la première fois qu'un Tribunal reprend à son compte de manière aussi extensive les décisions d'autres tribunaux CIRDI sur la même question. Nous n'en concluons pas pour autant, contrairement à d'autres²⁶⁹, que le Tribunal s'en est remis entièrement à l'autorité de la jurisprudence arbitrale, ne serait-ce que parce qu'il n'existe pas – encore? – de consensus sur la question de la définition de l'investissement, au cœur de l'affaire, ce qui ne permet pas aux sentences déjà rendues de disposer d'une autorité suffisante²⁷⁰. Il nous semble que l'arbitre unique développe plutôt une grille de lecture de la jurisprudence arbitrale qu'il met en œuvre pour les besoins de l'affaire, ce qui est différent²⁷¹.

Sur le fond enfin, la sentence arbitrale, ne traite que d'une question, celle de la définition de l'investissement au sens de la *Convention de Washington*. C'est probablement parce que l'arbitre n'a traité que de cette question pour se reconnaître incompétent que la sentence dispose déjà d'une telle notoriété parmi la jurisprudence des tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du CIRDI, du moins jusqu'à l'issue de la procédure d'annulation que l'investisseur a initiée récemment. C'est cette question que nous étudierons plus particulièrement en examinant en premier lieu la grille de lecture posée par la sentence (A) avant d'aborder – et de critiquer – les solutions de fond retenues (B).

A. La tentative d'établir une grille de lecture de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI

En l'absence de définition de la notion d'investissement dans la *Convention de Washington*²⁷², il était convenu d'analyser la question de la notion

précédent obligatoire » dans notre commentaire comparé de plusieurs décisions sur la compétence rendues à l'encontre de l'Argentine, dans *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 à la p. 340 et particulièrement les citations de la décision du 26 avril 2006 rendue dans l'affaire *AES Corp c. Argentine*, *ibid.* à la p. 341. Voir également sur cette question, Gabrielle Kaufmann-Kohler, *supra* note 23.

²⁶⁸ Voir par exemple, les décisions rendues respectivement le 27 juillet et le 27 avril 2006 dans les affaires *Pan American Energy LLC et BP Argentina Exploration Company c. Argentine*, n° ARB/03/13 (CIRDI) et *El Paso Energy International Company c. Argentine*, n° ARB/03/15 (CIRDI). Sur ces affaires, voir nos commentaires dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 282, spéc. p. 287 et s.

²⁶⁹ Voir Baltag, *supra* note 264 à la p. 13 : « *One might say that the sole arbitrator in MHS v. Malaysia extensively cited the ICSID jurisprudence in what appears to be an award rendered on precedents* » et, p. 14, « *One might find this approach a sign that the stare decisis doctrine is in fact developing within the ICSID system* ».

²⁷⁰ À l'exception, peut-être, de la décision du Comité *ad hoc* rendue dans l'affaire *Patrick Mitchell c. Congo*, *supra* note 39, bien que celle-ci, assaillie de critiques, n'est peut-être pas destinée à faire date. Voir par exemple nos observations dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 341 et Emmanuel Gaillard, « CIRDI (2007) », *supra* note 39 à la p. 359.

²⁷¹ Même s'il est vrai que, sur la question cruciale de la contribution de l'investissement au développement de l'économie de l'État d'accueil, le Tribunal semble s'en remettre entièrement aux décisions antérieures, sans développer sa propre vision de la question, comme il sera évoqué plus bas.

²⁷² Cet aspect de la question étant aujourd'hui largement connu, il est inutile d'y revenir, sauf pour rappeler les passages pertinents du *Rapport des administrateurs* sur la *Convention de Washington*

d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI, jusqu'à l'affaire *MHS*, selon une conception subjective ou une conception objective.

La conception subjective laissait aux parties le soin de déterminer si l'activité en cause était ou non constitutive d'un investissement au sens de l'article 25 de la *Convention*. Les tribunaux se satisfaisaient alors de l'accord des parties qui pouvait s'exprimer, y compris de manière implicite, dans un contrat, un traité de protection des investissements ou une loi nationale sur les investissements. La méthode n'a pas été appliquée de manière fréquente dans la mesure où les traités de protection des investissements, par exemple, peuvent, dans certains cas, laisser une marge d'interprétation et ne pas permettre de déterminer de manière claire si l'on se trouve en présence d'un investissement²⁷³.

La méthode objective consiste à poser des critères qui doivent être remplis afin que l'opération puisse être qualifiée par les arbitres d'investissement. En d'autres termes, la qualification ne dépend plus de la volonté des parties mais résulte de certaines caractéristiques de l'opération. Il est bien connu que l'affaire *Salini c. Maroc*²⁷⁴ a été la première à poser de tels critères, à savoir « des apports, une certaine durée d'exécution et une participation aux risques de l'opération » ainsi que « la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investissement »²⁷⁵. On sait également que ces critères, qui ont connu une certaine notoriété sous le nom de « *Salini test* », ont varié ultérieurement. En effet, certains tribunaux considèrent que la contribution au développement de l'État d'accueil n'est pas nécessaire en tant que tel dans la mesure où, elle est *implicitement* couverte par les autres critères²⁷⁶.

L'arbitre unique propose une autre distinction dans la sentence *MHS* lors d'un raisonnement qui ressemble à une grille de lecture de la jurisprudence du CIRDI sur la question de la notion d'investissement. Il propose en effet d'expliquer les positions des différents tribunaux, ayant eu à décider de cette question, selon qu'ils aient adhéré à ce qu'il appelle la « *Typical Characteristics Approach* » ou à la

supra note 8 : « No attempt was made to define the term "investment" given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Center ».

²⁷³ Voir par exemple, pour l'application de cette méthode, les affaires *Lanco c. Argentine*, décision sur la compétence du 8 décembre 1998; *Gruslin c. Malaisie*, sentence du 27 novembre 2000; *Goetz c. Burundi*, décision du 10 février 1999 et *Middle East Cement c. Égypte*, sentence du 12 avril 2002, citées dans Baltag, *supra* note 264 et Ben Hamida, *supra* note 264.

²⁷⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Maroc* (2002), n° ARB/00/4, 42 I.L.M. 609 (CIRDI). [*Salini*].

²⁷⁵ *Ibid.* au para. 52.

²⁷⁶ Voir *L.E.S.I.-DIPENTA*, *supra* note 41 et nos observations dans *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 à la p. 315 et *LESI-Astaldi*, *supra* note 182 et nos observations dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 299. Sur l'ensemble de la question, voir également nos commentaires sur la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Patrick Mitchell c. Congo*, *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 341 et les nombreuses références citées.

« *Jurisdictional Approach* »²⁷⁷. La distinction est subtile et en définitive complexe à saisir. Il n'est pas certain qu'elle soit utile.

Selon l'arbitre unique, la *Typical Characteristics Approach* consiste à déterminer certaines caractéristiques de ce qu'est un investissement (la durée, la régularité du profit, le risque, l'importance financière de l'engagement et la contribution au développement de l'État d'accueil²⁷⁸, soit les éléments identifiés dans la décision *Salini*) sans toutefois considérer qu'ils doivent tous être pris en compte pour la détermination de la compétence d'un tribunal CIRDI.

En revanche, la *Jurisdictional Approach* fait de ces critères des éléments déterminants de la compétence d'un tribunal CIRDI. Autrement dit, en l'absence de l'un de ces éléments, un tribunal CIRDI devrait, s'il suit cette conception, refuser de se reconnaître compétent.

La compréhension délicate de cette présentation est rendue quasiment superflue par l'affirmation de son auteur lui-même qui n'hésite pas à se demander si cette distinction ne serait pas « académique », tout en proposant cinq scénarios si complexes qu'il n'est pas ici possible de les résumer²⁷⁹.

Ultimement, l'exercice sera vain. L'appréciation *in concreto* de la compétence du Tribunal sur la seule question de l'existence d'un investissement est réalisée selon des critères classiques qui seront analysés ci-après.

B. L'opération réalisée par MHS en Malaisie n'est pas un investissement faute d'avoir contribué au développement économique de ce pays

Loin des discussions théoriques de la première partie de la sentence (il n'y fera d'ailleurs plus référence), l'arbitre unique entame (enfin?) l'analyse de la seule question qu'il a considéré nécessaire d'étudier, à savoir « *to what degree the hallmarks of "investment" are met in the present case* »²⁸⁰. Nous étudierons l'appréciation qu'il a faite de chacun de ces « *hallmarks* » en nous attardant sur le dernier, la contribution au développement économique de l'État d'accueil.

1. SUR LA REGULARITE DU PROFIT

L'arbitre unique considère, contre toute attente que, quand bien même cet élément de régularité du profit ne se retrouverait pas dans l'activité de MHS en Malaisie, dans la mesure où les profits n'étaient engrangés qu'à la fin de l'opération, il ne s'agit pas d'un critère nécessaire à la définition de l'investissement²⁸¹.

²⁷⁷ *MHS*, *supra* note 263 au para. 70.

²⁷⁸ Éléments tirés du commentaire de Christoph Schreuer sur l'article 25 de la *Convention de Washington* dans Schreuer, « *The ICSID Convention* », *supra* note 53 à la p. 140.

²⁷⁹ *MHS*, *supra* note 263 au para. 106.

²⁸⁰ *Ibid.* au para. 107.

²⁸¹ *MHS*, *supra* note 263 au para. 108.

2. SUR L'IMPORTANCE DU MONTANT DE LA CONTRIBUTION FINANCIERE

Le Tribunal arbitral retient que le montant de l'opération de MHS en Malaisie est suffisant²⁸².

3. SUR LA DUREE DE L'OPERATION

Le Tribunal considère que le contrat, d'une durée de dix-huit mois, ultérieurement reconduit, ne satisfait que partiellement le critère de la durée de l'opération dans la mesure où la durée réelle des opérations de recherche et de remontée de l'épave ne pouvait être connue à l'avance. La durée du contrat dépendait en réalité, selon le Tribunal, d'un évènement fortuit, à savoir la découverte de l'épave²⁸³.

4. SUR LE CRITERE DU RISQUE

Le Tribunal retient que le risque assumé par MHS, à savoir la clause « *no find no pay* » du contrat, bien qu'elle indique indiscutablement que MHS a assumé un certain risque dans l'affaire, n'en reste pas moins un risque commercial classique. Le raisonnement du Tribunal nous semble obscur. Il considère en effet que, dans la mesure où le risque, matérialisé par la clause « *no find no pay* » du contrat, était une caractéristique générale des contrats de sauvetage d'épaves, mais que dès lors que tous les contrats de sauvetage d'épave ne sont pas des investissements, alors le risque en question n'est pas une caractéristique d'une opération d'investissement²⁸⁴.

Quoi qu'il en soit, le Tribunal en déduit que, à ce stade, la balance pencherait plutôt en défaveur de la caractérisation de l'opération comme un investissement au sens de la *Convention de Washington*. Toutefois, le Tribunal arbitral considère que cette constatation pourrait changer si le dernier élément caractéristique d'une opération d'investissement était rempli.

5. SUR LE CRITERE DE LA CONTRIBUTION AU DEVELOPPEMENT DE L'ÉTAT D'ACCUEIL

Après avoir examiné les sentences arbitrales rendues par des tribunaux arbitraux sur la question de savoir si la contribution en question doit ou non être substantielle²⁸⁵ – tout en faisant dire à certaines décisions ce qu'elles ne disent pas²⁸⁶

²⁸² *Ibid.* au para. 109.

²⁸³ *Ibid.* aux para. 110-111.

²⁸⁴ *Ibid.* au para. 112.

²⁸⁵ Le Tribunal analyse les affaires *Salini, L.E.S.I.-DIPENTA, Joy Mining, Bayindir, Jan de Nul, CSOB, Patrick Mitchell*, et *PSEG*, citées in *MHS*, *supra* note 263 aux para. 113-123.

et en oubliant l'une de celles qui ne retiennent pas ce critère²⁸⁷ –, le Tribunal conclut que « *the weight of the authorities cited above swings in favour of requiring a significant contribution to be made to the host State's economy* »²⁸⁸. Fort de ce constat, le Tribunal s'engage alors dans la recherche de la contribution de MHS au développement économique de la Malaisie. Il n'en trouve aucune trace.

Pour le Tribunal, le seul avantage que pouvait tirer la Malaisie du contrat est de nature historique ou culturelle, ce qui ne rentre pas, selon lui, dans la catégorie du développement économique. On constatera avec surprise que, pour rejeter les arguments de MHS tendant à prouver certaines formes de contribution au développement économique de la Malaisie (en termes d'emploi, de transfert de technologie, de retombées financières), le Tribunal se limite à relever que ces éléments ne sont pas compatibles avec les décisions prises par d'autres tribunaux CIRDI, sans développer sa propre conception de la question :

*the Tribunal concludes that there was no substantial contribution because the nature of the benefits that the Contract offered to Malaysia did not provide substantial benefits in the sense envisaged in previous ICSID jurisprudence such as CSOB, Jan de Nul and Bayindir.*²⁸⁹

Il nous semble que cette conclusion – qui achève de ruiner les espoirs de MHS dans la mesure où le Tribunal a conclu que son opération n'est pas un investissement au sens de la *Convention de Washington* – relève du défaut de motif sanctionné par l'article 52(1)(e) de la *Convention*.

Il nous apparaît que la décision prise par l'arbitre unique n'est pas justifiée ni au regard des faits de l'espèce, ni au regard du principe même de la notion d'investissement dans le système de la *Convention de Washington*.

Sur le premier point, nous pensons qu'il est possible de considérer que l'opération de sauvetage maritime réalisée par MHS est un investissement dans la mesure où elle nous semble contribuer au développement économique de la Malaisie. Les arguments soutenant cette proposition se trouvent en réalité dans la sentence elle-même. En premier lieu, l'apport de l'opération en termes culturels et historiques, s'il fallait ne retenir que ceux-ci, nous apparaît loin d'être négligeable et ne peut être distingué des considérations économiques sans une étude plus approfondie. En second lieu, il n'est pas exact qu'une opération de sauvetage maritime, telle que celle réalisée par MHS, ne peut pas être considérée comme un investissement. En effet, cette opération aurait pu résulter en la découverte d'une pièce d'importance historique considérable ou digne d'être exposée de par le monde. Les retombées économiques, y compris pour le secteur du tourisme qui est en constant développement en Malaisie,

²⁸⁶ Il s'agit de l'affaire *Salini* pour laquelle le Tribunal estime « *on the fact of the case, [that] it was likely that the tribunal would have formed the view that the contribution was significant* », *MHS*, *supra* note 263 au para. 113.

²⁸⁷ Il s'agit de la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *LESI-Astaldi*, *supra* note 182.

²⁸⁸ *MHS*, *supra* note 263 au para. 123.

²⁸⁹ *Ibid.* au para. 143.

en seraient alors conséquentes. En troisième lieu, le secteur du tourisme, dont le Tribunal s'est trop rapidement désintéressé et qui est sans doute lié à l'économie du pays, aurait indiscutablement pu bénéficier de l'opération de sauvetage maritime. Le gouvernement malais ne s'y est pas trompé lorsqu'il a spécifiquement retenu que le tourisme pouvait être l'un des domaines pour lesquels il « retenait les droits relatifs aux objets trouvés » par MHS dans le but d'une exploitation commerciale²⁹⁰.

Sur le second point, nous pensons que le Tribunal a accordé une importance démesurée, et même erronée, à la question de la contribution de l'investissement au développement économique de l'État d'accueil²⁹¹. À notre avis, la position retenue sur cette question par le tribunal constitué dans l'affaire *LESI-Astaldi* est largement plus défendable : il a estimé que la contribution au développement de l'État d'accueil n'était pas un critère de l'investissement au sens de la *Convention de Washington* dans la mesure où il est nécessairement inclus dans les autres critères (tels la durée, le risque ou la réalité des engagements financiers)²⁹².

Procéder autrement nous semble porteur de dangers pour le système mis en place par la *Convention de Washington*. En effet, l'appréciation de la contribution d'une opération au développement d'un État nous semble particulièrement délicate. Parlons-nous de l'ensemble de l'économie nationale ou peut-on se satisfaire du développement de l'économie d'une petite zone de l'État concerné? Comment, par exemple, apprécier la contribution d'un projet industriel majeur à l'économie d'un État si ce projet échoue? Faut-il alors, pour statuer, faire comme si le projet avait réussi et se satisfaire de l'intention des parties? À ce sujet, peut-on réellement penser que l'intention d'un investisseur soit de contribuer au développement économique de l'État d'accueil? Cette notion n'est-elle pas plutôt réservée uniquement à l'État d'accueil qui est susceptible ou non, selon ses orientations politiques et économiques et selon sa situation, de bénéficier des retombées d'un investissement étranger? Autant de questions qui, ajoutées à l'aléa important qui entoure la définition de cette notion, devraient conduire les tribunaux arbitraux constitués à l'avenir, à renoncer à ériger la contribution au développement économique de l'État d'accueil en condition constitutive de la notion d'investissement au sens de la *Convention de Washington*.

Le Comité *ad hoc* saisi d'une demande en annulation de la sentence *MHS* serait-il le premier à prendre une telle position?

D.K.

²⁹⁰ *Ibid.* au para. 137.

²⁹¹ Voir déjà, nos commentaires sur cette question au sujet de la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Patrick Mitchell c. Congo*, dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 342.

²⁹² *LESI-Astaldi*, *supra* note 182 et nos observations dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 299.

XII. *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats arabes unis*, décision du Comité *ad hoc* du 5 juin 2007 et décision sur la rectification de la décision d'annulation du 13 août 2007²⁹³

Composition du Comité ad hoc : Florentino P. Feliciano, président; Brigitte Stern et Omar Nabulsi, membres.

La décision du Comité *ad hoc* dans cette affaire intervient après que l'investisseur, monsieur Soufraki, ait présenté une demande d'annulation de la sentence rendue le 7 juillet 2004 par un tribunal arbitral composé de L. Yves Fortier (président), Stephen Schwebel et Aktham el Kholi²⁹⁴. Les arbitres avaient retenu les objections à la compétence *ratione personae* présentés par les Émirats arabes unis et jugé que monsieur Soufraki n'apportait pas la preuve de la nationalité italienne qu'il alléguait afin de bénéficier des dispositions du *Traité de protection et de promotion des investissements* signé entre l'Italie et les Émirats arabes unis (le *BIT*)²⁹⁵.

On rappellera brièvement que le différend portait sur l'exécution d'un contrat de concession, signé entre le département des Ports et Douanes des Émirats arabes unis et monsieur Soufraki, pour le développement, la direction et la gestion d'une zone portuaire dans l'émirat de Dubaï. La difficulté provenait du fait que monsieur Soufraki avait signé ce contrat en tant que ressortissant canadien alors qu'il invoquait une nationalité italienne pour les besoins de la procédure CIRDI initiée en 2002. Toute la procédure devant le Tribunal arbitral avait porté sur la question de savoir si monsieur Soufraki avait ou non perdu sa nationalité italienne lorsqu'il avait été naturalisé canadien²⁹⁶.

Dans sa demande d'annulation de la sentence du 7 juillet 2004, monsieur Soufraki a soutenu que la sentence présente deux des cinq motifs d'annulation de l'article 52(1) de la *Convention de Washington*, à savoir un excès de pouvoir manifeste commis par le Tribunal arbitral et un défaut de pouvoir. Comme le relève le Comité *ad hoc*, l'ensemble des arguments de monsieur Soufraki repose sur le postulat selon lequel « *national authorities should have the last word on the nationality of their citizen under their own laws, except in extremely limited circumstances* »²⁹⁷.

²⁹³ *Soufraki*, *supra* note 205. Voir sur cette affaire, les commentaires de Ben Hamida, *supra* note 264 aux pp. 31-32, et plus particulièrement la page 32.

²⁹⁴ *Ibid.*, décision sur la compétence, voir nos observations *Fouret et Khayat 17.2*, *supra* note 76 à la p. 234.

²⁹⁵ En ligne : UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

²⁹⁶ Ce qui distingue les faits de l'affaire *Soufraki* de ceux de deux autres affaires ayant eu à connaître des questions de nationalité des personnes physiques, à savoir les affaires *Champion*, *supra* note 204, décision sur la compétence et nos observations dans *Fouret et Khayat 16.2*, *supra* note 11, p. 299, et *Siag c. Égypte* (voir *supra* note 203, section 9) dans lesquelles la difficulté provenait de l'allégation selon laquelle les investisseurs auraient conservé la nationalité égyptienne, État d'accueil de l'investissement, en contradiction avec les conditions posées par l'article 25(2)a) de la *Convention de Washington*. L'autre différence, qui découle de celle qui précède, est que, dans l'affaire *Soufraki*, l'État auteur des documents et actes censés prouver la nationalité du demandeur, à savoir l'Italie, n'est pas partie à l'instance.

²⁹⁷ *Soufraki*, *supra* note 205 au para. 47.

Le Comité *ad hoc* rejette la demande d'annulation de monsieur Soufraki dans une décision qui n'a été prise qu'à la majorité de ses membres, puisque l'arbitre Nabulsi a soumis une opinion dissidente que nous évoquerons dans nos observations²⁹⁸.

La décision du Comité *ad hoc* est intéressante pour son analyse des deux motifs d'annulation, qui confirme le rôle des tribunaux arbitraux saisis de questions relatives à la nationalité de personnes physiques. Nous étudierons brièvement la réponse aux deux griefs d'annulation apportée tout à tour par le Comité *ad hoc*.

A. Le caractère manifeste de l'excès de pouvoir et le fait que celui-ci doit être relevé dans tous les cas

L'analyse du Comité *ad hoc* sur le grief d'excès de pouvoir manifeste se compose de deux parties. Dans un premier temps, le Comité *ad hoc* revient sur l'argument selon lequel l'appréciation par le Tribunal de la nationalité italienne de monsieur Soufraki – alors même que des documents italiens jugés indiscutables s'imposaient à lui – a constitué un excès de pouvoir (1)²⁹⁹. Dans un second temps, le Comité *ad hoc* critique la conception proposée par le demandeur selon laquelle tout excès de pouvoir de la part du Tribunal lorsqu'il statue sur sa compétence serait constitutif d'un excès de pouvoir manifeste³⁰⁰ (2).

1. LE MOTIF DE L'EXCES DE POUVOIR FACE A L'APPRECIATION DE LA NATIONALITE MENEÉ PAR LE TRIBUNAL

L'essentiel de l'analyse du Comité *ad hoc* porte sur la confirmation de ce qu'un tribunal arbitral international, particulièrement en matière d'investissements internationaux, ne saurait se contenter des actes et documents officiels d'un État sur la question de la nationalité de l'un de ses ressortissants. Au contraire, les tribunaux internationaux saisis de telles questions doivent conduire leur propre analyse du droit applicable et des documents qui leur sont présentés et qui ne constituent que de simples preuves *prima facie*. La solution est établie en droit international, comme en témoigne les nombreuses décisions citées³⁰¹, y compris en matière d'investissements internationaux³⁰² et le Comité *ad hoc* les approuve entièrement et, à notre sens, de manière convaincante. Il n'en résulte ainsi aucun excès de pouvoir de la part du Tribunal selon le Comité *ad hoc*.

²⁹⁸ On relèvera qu'il s'agit de la première opinion dissidente d'un membre de comité *ad hoc* dans la jurisprudence du CIRDI. Quelques mois plus tard, une seconde opinion dissidente d'un membre de comité *ad hoc* sera soumise dans l'affaire *Industria Nacional de Alimentos, S.A. et Indalsa Perú, S.A. c. Pérou*, commentée à la section 21 de la présente chronique.

²⁹⁹ *Soufraki*, *supra* note 205 aux para. 50-114.

³⁰⁰ *Ibid.* aux para. 115-128.

³⁰¹ Voir les décisions citées, *ibid.* aux para. 65-68.

³⁰² *Champion*, *supra* note 204, sentence et nos observations dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 339. *Siag*, *supra* note 203 et section 9 de la présente chronique.

Monsieur Soufraki soutenait également que le Tribunal arbitral aurait excédé ses pouvoirs en n'appliquant pas la loi italienne, celle qui serait applicable pour déterminer la nationalité³⁰³. Selon le demandeur, un passage clé de la sentence démontre que le Tribunal arbitral n'avait en réalité fait que « tenir compte » du droit italien, sans l'appliquer. Le Tribunal arbitral avait en effet retenu que « *it will accord great weight to the nationality law of the State in question and to the interpretation and application of that law by its authorities* »³⁰⁴. Selon monsieur Soufraki, accorder un « poids important » au droit italien compétent pour déterminer sa nationalité était insuffisant et constituait un excès de pouvoir au sens de l'article 52(1)(b) de la *Convention de Washington*.

Le Comité *ad hoc* rejette les prétentions de l'investisseur soulignant que le Tribunal arbitral avait indiscutablement appliqué « *only Italian law and all pertinent Italian law* »³⁰⁵ sans retenir les erreurs que monsieur Soufraki lui reprochait d'avoir commises : « *the ad hoc Committee considers that the Tribunal did strive in good faith to apply Italian Law as it would have been applied by Italian courts, and in doing so did not commit any egregious error that could have been considered as a failure to apply the proper law* »³⁰⁶. Cette décision se situe dans la lignée de celles rendues par d'autres comités *ad hoc* sur cette question³⁰⁷.

Une dernière difficulté se devait d'être étudiée par le Comité *ad hoc*, à savoir la question de l'excès de pouvoir qu'aurait commis le Tribunal arbitral en n'appliquant pas les règles de procédure italienne. On relèvera que ce grief fait l'objet de la plus grande partie de l'opinion dissidente de monsieur Nabulsi.

En substance, le grief consiste à reprocher au Tribunal arbitral d'avoir excédé ses pouvoirs en appliquant l'article 34(1) du *Règlement d'arbitrage* du CIRDI³⁰⁸ et non le droit de procédure italien. Monsieur Soufraki en tire deux conséquences : d'une part, le renversement du fardeau de la preuve et, d'autre part, le fait de n'avoir tenu aucunement compte de deux témoignages favorables à sa thèse car ils émanaient de personnes employées par lui.

Le Comité *ad hoc* n'est pas plus convaincu, et avec raison à notre sens, par ces arguments. Après avoir déterminé que les règles de procédure du Tribunal sont bien celles qui découlent du *Règlement d'arbitrage* du CIRDI, il retient en premier lieu que s'il est exact que monsieur Soufraki s'est déchargé du fardeau de la preuve en soumettant des certificats attestant sa nationalité italienne, ceux-ci ne constituaient que des preuves *prima facie* dont le Tribunal a douté pour des raisons qui lui étaient propres :

³⁰³ *Soufraki, supra* note 205 aux para. 79-114.

³⁰⁴ *Soufraki, ibid.* au para. 102.

³⁰⁵ *Ibid.* au para. 88.

³⁰⁶ *Ibid.* au para. 102.

³⁰⁷ Voir nos observations sous la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena c. Égypte, Fouret et Khayat 15.2, supra* note 31 à la p. 167, spéc. p. 170 et les décisions citées.

³⁰⁸ Article 34(1) : « Le Tribunal est juge de la recevabilité de toute preuve invoquée et de sa valeur probatoire ».

*the file sets forth facts and omissions which, together, significantly attenuated the probative value of Mr. Soufraki's certificates. In other words, either the doubt concerning the truth of the certificates prevented the shifting of the burden of proof to the Respondent, or, if it had shifted, reverted back to the Claimant once more.*³⁰⁹

En second lieu, le Comité *ad hoc* relève que l'admission et l'évaluation de la valeur des témoignages est un pouvoir qui est dévolu au Tribunal arbitral par le *Règlement d'arbitrage* et qu'il lui était loisible d'en faire l'usage qu'il jugeait nécessaire sans qu'il soit possible, au stade de l'annulation, d'en vérifier l'opportunité. Au surplus, le Comité *ad hoc* rappelle que, même en droit italien, il n'existe pas d'obligation de retenir les témoignages de personnes en état de subordination³¹⁰.

2. DU CARACTERE MANIFESTE D'UN EXCES DE POUVOIR EN MATIERE D'ANNULATION

Le Comité *ad hoc* a apporté une précision nouvelle et intéressante sur la question de savoir si le caractère « manifeste » de l'excès de pouvoir au sens de l'article 52(1) de la *Convention de Washington* devait être reconnu dans tous les cas ou écarté pour ce qui concerne les questions de compétence.

On sait en effet que certains auteurs ont récemment soutenu qu'un excès de pouvoir commis par un tribunal arbitral en matière d'investissements internationaux relativement à la compétence (c'est-à-dire en acceptant de retenir une compétence qu'il n'a pas ou, au contraire, en refusant à tort de se reconnaître compétent) doit nécessairement être considéré comme un excès de pouvoir manifeste au regard des conséquences particulièrement sévères pour les parties³¹¹.

Le Comité *ad hoc* se refuse à suivre cette voie, relevant qu'il n'existe aucune raison de distinguer entre l'excès de pouvoir sur les questions de compétence et l'excès de pouvoir sur les questions de fond³¹². L'argument est textuel puisqu'il se fonde sur le libellé de l'article 52(1)(b) de la *Convention de Washington* alors que cette disposition a pour but de limiter les possibilités d'annulation, ce qui, dans le système du CIRDI, n'est pas négligeable. De plus, il est partagé par d'autres comités

³⁰⁹ *Soufraki, supra* note 205 au para. 109.

³¹⁰ *Ibid.* aux para. 112-113.

³¹¹ Voir Philippe Pinsolle, « "Manifest" Excess of Power », *supra* note 48 : « *If both Parties have consented to arbitration and the Tribunal does not exercise this jurisdiction, it deprives them of the neutral forum to which they agreed, and which, in the context of investment arbitration, is often the basis of the investor's decision to invest. In other words, when consent to arbitration is found to exist, refusing to give effect to this consent amounts to modifying the agreement between the Parties. Refusing to exercise jurisdiction where it exists would as a result necessarily entail committing a manifest excess of powers* ».

³¹² *Soufraki, supra* note 205 au para. 109.

ad hoc, tel celui constitué dans l'affaire *MTD c. Chili*³¹³. La prise de position du Comité *ad hoc* intervient d'ailleurs dans une affaire dans laquelle l'incompétence du Tribunal arbitral à l'égard de monsieur Soufraki était assez clairement établie, ce qui lui procure une autorité plus importante encore.

B. L'appréciation du grief du défaut de motifs

Sur l'appréciation du grief du défaut de motif (article 52(1)(e) de la *Convention de Washington*), le Comité *ad hoc* se place d'emblée dans la droite ligne des décisions d'autres Comités *ad hoc*³¹⁴ pour résumer les motifs d'annulation sur ce fondement aux propositions suivantes :

- *a total absence of reasons for the award, including the giving of merely frivolous reasons;*
- *a total failure to state reasons for a particular point, which is material for the solution;*
- *contradictory reasons; and*
- *insufficient or inadequate reasons, which are insufficient to bring about the solution or inadequate to explain the result arrived at by the Tribunal.*³¹⁵

Le Comité *ad hoc* apporte également certaines précisions sur ce grief, sans qu'il soit absolument clair si ces précisions aient été utiles à son analyse de la question. On apprend en effet qu'aux yeux du Comité *ad hoc*, l'absence de citations, de référence à la jurisprudence ou à la doctrine ne peut être assimilée à un défaut de motif³¹⁶. Il en va de même si le Tribunal ne fournit pas de fondement factuel ou juridique à ces motifs, tant que « *those reasons in fact make it possible reasonably to connect the facts or law of the case to the conclusions reached in the award, annulment may be appropriately avoided* »³¹⁷.

Ces précisions utiles posées, le Comité *ad hoc* retient qu'il n'y a pas de « chaînon manquant »³¹⁸ dans le raisonnement du Tribunal à l'égard d'un bon nombre

³¹³ *MTD c. Chili* (2007), n° ARB/01/7 (CIRDI), décision du Comité *ad hoc* au para. 54 et nos observations à la section 7.

³¹⁴ Voir les décisions citées à *Soufraki*, *supra* note 205 aux para. 123-25.

³¹⁵ *Ibid.* au para. 126.

³¹⁶ *Ibid.* au para. 128.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ L'image du chaînon manquant rappelle bien évidemment la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c. Guinée* dans laquelle il a été jugé qu'il était nécessaire, pour l'appréciation du grief du défaut de motif, de « *follow how the Tribunal proceeded from Point A to Point B, and eventually to its conclusion* », *supra* note 160 au para. 5.09, et traduction française d'extraits de la décision dans (1991) 118 J.D.I. 166 avec les observations d'Emmanuel Gaillard, citée dans *Wena c. Égypte*, *supra* note 31 au para. 77, voir également nos observations dans *Fouret et Khayat 15.2*, *supra* note 31 aux pp. 171 et s.

de questions, même si l'on peut regretter que l'analyse soit quelque peu rapide sur certains points³¹⁹.

On notera pour conclure que la décision du Comité *ad hoc* a, une fois de plus, fait l'objet d'une demande de rectification dans le but d'ajouter à la page de couverture de la décision le nom de l'un des conseils qui n'y figurait pas dans la décision originelle³²⁰.

D.K.

XIII. *Bayview Irrigation District et autres c. Mexique, sentence sur la compétence, 18 juin 2007*³²¹

Composition du Tribunal : Vaughan Lowe, président; Ignacio Gomez-Palacio et Edwin Meese III, arbitres.

Cette affaire oppose des investisseurs texans à l'État du Mexique sur le fondement du Chapitre 11 de l'ALÉNA. Les quarante-six demandeurs (nous utiliserons ici le nom générique « *Bayview* ») ont envoyé leur requête d'arbitrage au Centre sur le fondement du *Mécanisme Supplémentaire* du CIRDI le 20 janvier 2005. Les investisseurs soulevaient la violation du traitement national (article 1102 de l'ALÉNA), du standard minimum de traitement (article 1105 de l'ALÉNA), et une expropriation (article 1110 de l'ALÉNA)³²².

Pour les investisseurs, plusieurs circonscriptions en charge d'activités d'irrigations agricoles, le Mexique n'aurait pas respecté ses engagements en vertu du *Traité sur l'eau*³²³ conclu entre le Mexique et les États-Unis³²⁴. Ce traité, datant de 1944, prévoyait une répartition des ressources du Rio Bravo entre les deux États, tout en sachant que les affluents de cette rivière étaient principalement situés sur le territoire mexicain. Pour *Bayview*, la violation du *Traité de 1944*, et donc de l'ALÉNA, est constituée par le fait que le Mexique a dévié des cours d'eau devant revenir aux fermiers texans.

Cependant, et dès la première audience de procédure, le Tribunal a décidé d'analyser de manière préliminaire la question de sa compétence³²⁵. En effet, le Mexique a affirmé que l'ALÉNA ne protège que des demandes effectuées par des

³¹⁹ *Soufraki*, *supra* note au para. 128.

³²⁰ Voir la décision du Comité *ad hoc* sur la rectification du 13 août 2007. Voir nos commentaires sur une question similaire dans *Industria Nacional de Alimentos, S.A. et Indalsa Perú, S.A. c. Pérou*, commentée à la section 21, ci-dessous, et nos critiques déjà de la décision de rectification du 19 mai 2006 dans *Noble Venture c. Roumanie, Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 295.

³²¹ *Bayview Irrigation District et autres c. Mexique* (2007), n° ARB(AF)/05/01 (CIRDI) [*Bayview*].

³²² *Ibid.* aux para. 1-23.

³²³ *Traité relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et du Rio Grande (Rio Bravo) depuis Fort-Quitman, Texas, jusqu'au golfe du Mexique, États-Unis et Mexique*, 3 février 1944, 3 R.T.N.U. 314 (entrée en vigueur : 8 novembre 1945) [*Traité de 1944*].

³²⁴ Pour les faits, la procédure et les échanges d'écritures entre les parties, voir en ligne : http://www.naftaclaims.com/disputes_mexico_texas_water_claims.htm.

³²⁵ *Bayview*, *supra* note 321 au para. 10.

investisseurs ayant investi, ou souhaitant investir, à l'étranger. Le second argument en matière de compétence portait sur une interprétation du *Traité de 1944* et sur la propriété de certains droits par les investisseurs texans sur l'eau au Mexique³²⁶. Ces deux arguments, que nous analyserons ci-après, ont été rejetés par le Tribunal, qui se déclare ainsi incompétent pour juger du différend.

Pour le Tribunal, il faut revenir à une interprétation téléologique de l'article 1101, article introductif du Chapitre 11 sur les investissements de l'*ALÉNA*, et énonçant le champ d'application du traité trilatéral sur cette matière :

Article 1101 : Portée et champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie et concernant :

- a) les investisseurs d'une autre Partie ;
- b) les investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie sur le territoire de la Partie ; et
- c) tous les investissements effectués sur le territoire de la Partie, pour ce qui est des articles 1106 et 1114.³²⁷

La question qui se pose véritablement est ainsi de savoir quelles demandes sont couvertes par le Chapitre 11. Les demandes doivent-elles simplement émaner des investisseurs d'un des trois États partie à l'*ALÉNA* contre un autre de ces États ou faut-il, de surcroît, que l'investissement ait été effectué par ces investisseurs sur le territoire de cet autre État³²⁸. Il ne fait aucun doute que les demandeurs sont des investisseurs au Texas et qu'ils possèdent directement ou indirectement les facilités d'irrigation dans cet État, respectant ainsi les critères d'un investissement au sens de l'article 1139 de l'*ALÉNA*³²⁹. Cette analyse préalable a déjà été effectuée par d'autres tribunaux sur le fondement de l'*ANÉNA* afin d'établir leur compétence sans contestation possible³³⁰. Effectivement, si le caractère d'investissement est incontestable, il est nécessaire que ce dernier soit « *an "investment" which entitles the owner to initiate under the NAFTA the specific claims against Mexico in this case* »³³¹.

La question centrale qui se pose est donc celle de la territorialité de l'investissement. Cependant, et de manière étonnante, le Tribunal reconnaît, en *obiter dictum*, la chose suivante :

³²⁶ *Ibid.* aux para. 24-80.

³²⁷ Sur le site du Secrétariat de l'*ALÉNA*, en ligne : NAFTA <<http://www.nafta-sec-alena.org>>.

³²⁸ *Bayview*, *supra* note 321 au para. 87.

³²⁹ *Ibid.* au para. 91.

³³⁰ Voir par exemple *ADF Group Inc c. États-Unis* (2003), n° ARB(AF)/00/1, (2003) 18 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 195 aux para. 151-154. Cette sentence est commentée dans *Fouret et Khayat 16.1*, *supra* note 103 à la p. 229.

³³¹ *Bayview*, *supra* note 321 au para. 91.

*It is possible that the State Parties to the NAFTA might have given investors who are nationals of one NAFTA State and who had made an investment in that same State of which they are nationals, the right to bring a claim against another NAFTA party in respect of a measure of that other party which had adversely affected their investments in their national State.*³³²

Tout en reconnaissant cette possibilité théorique, « le tribunal a bien délimité l'étendue de la protection de l'ALÉNA aux investissements étrangers réalisés sur le territoire de l'État hôte »³³³. En effet, les travaux préparatoires ne peuvent permettre d'interpréter le traité d'une autre manière. Si le Chapitre 11 de l'ALÉNA est intitulé « Investissement » et non pas « Investissements étrangers », la substance de ce chapitre fait néanmoins référence aux investissements effectués à l'étranger et aux investisseurs étrangers et réduit ainsi l'application territoriale du chapitre uniquement à ces investissements.

Reprenant les critères établis par le Tribunal dans *Methanex c. États-Unis*³³⁴, les arbitres énoncent en l'espèce qu'il faut un lien suffisant entre la mesure et l'investissement. Ce lien n'est pas suffisant si l'investissement n'est pas effectué sur le territoire d'un autre État partie. Il est ainsi logique que « *it is the relationship, the legally significant connection, with the State taking those measures that establishes the right to protection, not the bare fact that an enterprise is affected by the measures* »³³⁵.

Enfin, et en application de l'article 1139(g) de l'ALÉNA, le Tribunal estime que le *Traité de 1944* n'accorde pas de droit de propriété *per se* au Mexique sur les droits acquis d'exploiter l'eau afin que l'investisseur mène ses activités agricoles³³⁶. En conséquence, le Tribunal conclut qu'il n'a pas été démontré que les demandeurs veulent ou ont effectué un investissement au Mexique. Subséquemment, celui-ci ne se reconnaît pas compétent pour se prononcer sur les demandes soumises par *Bayview*³³⁷.

Ayant été effectué sous l'empire du *Règlement du mécanisme supplémenteaire*³³⁸ du CIRDI, cet arbitrage ne bénéficie pas de l'indépendance des procédures arbitrales, par rapport aux juridictions internes, accordée par la *Convention de Washington*. Néanmoins, la sentence peut faire l'objet d'une demande en annulation devant les cours nationales et tel est le cas en l'occurrence. En effet, les investisseurs ont déposé un recours en annulation devant les juridictions de la

³³² *Ibid.* au para. 94.

³³³ Walid Ben Hamida et Ferhat Horchani, « Droit et pratique des investissements internationaux – Chronique de la période du 1^{er} mai au 31 août 2007 (2^{ème} partie) » (2008-1) R.D.A.I.-I.B.L.J. 117 à la p. 122.

³³⁴ *Supra* note 73.

³³⁵ *Bayview*, *supra* note 321 au para. 101.

³³⁶ *Ibid.* aux para. 110-121.

³³⁷ *Ibid.* au para. 122.

³³⁸ *Supra* note 4.

province de l'Ontario au Canada, le 17 septembre 2007. La procédure n'en est donc peut être qu'à ses débuts.

J.F.

XIV. *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, décision du 6 juillet 2007³³⁹

Composition du Tribunal : L. Yves Fortier, président; Francisco Orrego Vicuña et Arthur Watts, arbitres³⁴⁰.

L'affaire opposant le ressortissant grec Ioannis Kardassopoulos à la Géorgie sur le fondement du *Traité sur la Charte de l'énergie*³⁴¹ et du *Traité de promotion et de protection réciproque des investissements* signé entre la Grèce et la Géorgie³⁴² (le *BIT*), est la deuxième affaire instituée contre cet État devant le CIRDI³⁴³. Depuis, deux autres affaires ont été initiées contre la Géorgie, dont l'une est étroitement liée à la présente affaire et sera traitée par le même tribunal³⁴⁴.

Le litige entre les parties intervient dans le contexte de l'effondrement de l'Union soviétique et des premières années d'indépendance de l'État géorgien au début des années 1990, circonstances que le Tribunal tient d'emblée à souligner comme pouvant avoir une pertinence sur l'appréhension des faits³⁴⁵. Ceux-ci peuvent être résumés comme suit : monsieur Kardassopoulos est détenteur de la moitié des actions d'une société panaméenne qui a signé un accord de partenariat, en 1992, avec une société d'État géorgienne des hydrocarbures. Le partenariat visait à développer et exploiter certains champs pétrolifères géorgiens et il s'est vu ultérieurement octroyer une concession de trente ans sur ces champs par une entité dépendant du ministère du Pétrole et de l'Énergie géorgien.

³³⁹ *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie* (2007), n° ARB/05/18 (CIRDI) [*Kardassopoulos*].

³⁴⁰ Après le décès de monsieur Arthur Watts, intervenu en 2007, la Géorgie a nommé monsieur Vaughan Lowe.

³⁴¹ 7 décembre 1994, J.O. L 380/24. Nous avons déjà souligné l'invocation du *Traité sur la Charte de l'énergie* en arbitrage international en matière d'investissements dans nos commentaires sous la décision sur la compétence rendue le 8 février 2005 dans l'affaire *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie*, *supra* note 180, précisément sur le fondement de ce traité, n° ARB/03/24 (CIRDI) et nos observations dans *Fouret et Khayat I&S.2, supra* note 31 à la p. 325.

³⁴² 7 mars 1996, en ligne : UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

³⁴³ La première affaire était celle initiée par *Zhinvali Development Ltd.* dans l'affaire n° ARB/00/1, qui a donné lieu à une sentence du 23 janvier 2003 (non publiée).

³⁴⁴ Il s'agit de l'affaire *Ron Fuchs c. Géorgie*, n° ARB/07/15 (CIRDI); monsieur Fuchs étant le partenaire d'affaires de monsieur Kardassopoulos. L'autre affaire *Ares International S.r.l et Metalgeo S.r.l. c. Géorgie*, n° ARB/05/23, a déjà donné lieu à une sentence rendue le 28 février 2008, qui sera commentée dans la prochaine livraison de cette Chronique.

³⁴⁵ Le Tribunal cite dans ce but l'affaire *Alex Genin et autres c. Estonie* (2001), n° ARB/99/2 (CIRDI), sentence au para. 348 : « [T]he Tribunal considers it imperative to recall the particular context in which the dispute arose, namely, that of a re nascent independent state, coming rapidly to grips with the reality of modern financial, commercial and banking practices and the emergence of state institutions responsible for overseeing and regulating areas of activity perhaps previously unknown. This is the context in which Claimants knowingly chose to invest ».

Quelques années plus tard, à la faveur de l'ouverture internationale de la Géorgie, d'autres investisseurs se sont intéressés aux gisements de ce pays et à sa localisation géographique au carrefour avec d'autres pays producteurs d'hydrocarbures de la région. Les droits résultants des « anciens » contrats conclus, dont celui qui intéresse monsieur Kardassopoulos ont été annulés et une commission de compensation a été instituée dans le but d'indemniser les investisseurs touchés par ces mesures. Toutefois, à la faveur du changement de régime ayant provoqué la démission du président Shevardnadze en 2003, le nouvel exécutif géorgien est revenu sur sa volonté d'indemniser monsieur Kardassopoulos et d'autres investisseurs, considérant que l'État géorgien n'avait aucune responsabilité en la matière. C'est dans ce contexte que monsieur Kardassopoulos a notifié le CIRDI d'une demande d'arbitrage le 2 août 2005.

Face aux demandes de monsieur Kardassopoulos, la Géorgie a contesté la compétence *ratione materiae* et *ratione temporis* du Tribunal arbitral alors constitué³⁴⁶. Nous examinerons ces objections dans la mesure où elles intéressent le droit des investissements.

A. Compétence *ratione materiae* : l'investissement de monsieur Kardassopoulos est-il protégé?

L'objection à la compétence *ratione materiae* soulevée par la Géorgie est double. Elle porte sur l'existence d'un investissement protégé au sens du *Traité sur la Charte de l'énergie* et du *BIT*. Elle se fonde, d'une part, sur la prétendue inexistence d'un investissement réalisé par monsieur Kardassopoulos car celui-ci n'aurait pas détenu de parts dans le partenariat au sens de ces instruments (1) et, d'autre part, sur la nullité de l'accord de partenariat lui-même (2).

1. L'ANALYSE DE L'EXISTENCE D'UN INVESTISSEMENT EN PARTICIPATION DANS L'ACCORD DE PARTENARIAT

Monsieur Kardassopoulos détenait des parts d'une société panaméenne, elle-même actionnaire du partenariat géorgien constituant l'investissement objet du différend. Il était donc un actionnaire indirect de celui-ci. La principale difficulté à laquelle le Tribunal arbitral est confronté est celle de savoir si cette détention indirecte suffit pour qu'elle soit qualifiée d'investissement au sens du *BIT* qui, soulignons-le, ne précise pas de quelle manière l'investisseur est requis de détenir des parts de sociétés géorgiennes.

La réponse du Tribunal est en réalité entièrement reprise de la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Siemens c. Argentine* dans laquelle, en des circonstances similaires, le tribunal alors constitué avait déterminé que la détention

³⁴⁶ Ce qui n'a pas empêché le Tribunal arbitral d'examiner d'office sa compétence *ratione personae* et d'y apporter une réponse positive, voir *Kardassopoulos*, *supra* note 339 aux para. 108-112.

indirecte devait être retenue comme satisfaisant les critères du *Traité*³⁴⁷. La solution est conforme à la large définition de l'investissement qui figurait dans ce traité et qui se retrouve dans le *BIT* applicable à l'espèce³⁴⁸.

Pour être complet, on relèvera que le Tribunal a également examiné d'office la question de sa compétence *ratione materiae* à l'égard de la *Convention de Washington*, qui n'était pas contestée par la Géorgie³⁴⁹. On retiendra qu'en analysant les quatre caractéristiques de l'investissement au sens de la décision *Salini c. Maroc*³⁵⁰, le Tribunal arrive à une conception intéressante de la notion de risque dans la mesure où celui-ci considère que cette condition est satisfaite du seul fait du « *political and economic climate prevailing throughout the period of the investment* »³⁵¹.

2. SUR LA NULLITE DE L'ACCORD DE PARTENARIAT

L'argument de la Géorgie selon lequel l'accord de partenariat, constitutif de l'investissement allégué, est nul en application du droit géorgien, a donné lieu à plusieurs développements de la part du Tribunal, notamment sur trois questions que nous aborderons successivement : la loi applicable, la conséquence d'une éventuelle violation du droit géorgien lors de l'établissement du partenariat et l'*estoppel*.

Afin de déterminer si, comme l'allègue l'État défendeur, l'accord de partenariat signé avec les autorités géorgiennes est nul en application du droit géorgien, le Tribunal prend position sur la question de la loi applicable à ce différend. Ce faisant, après avoir rappelé les dispositions de l'article 42(1) de la *Convention de Washington*³⁵², il indique que « *this Tribunal is not authorized to apply Georgian law* »³⁵³, ce qui résulte du libellé du *Traité sur la Charte de l'énergie* et du *BIT*, qui ne contiennent pas de renvoi à la loi du pays d'accueil³⁵⁴. Le Tribunal n'en rajoute pas

³⁴⁷ *Siemens* (compétence), *supra* note 76 au para. 137 : « *The Tribunal observes that there is no explicit reference to direct or indirect investment as such in the Treaty. The definition of 'investment' is very broad [...] The Treaty does not require that there be no interposed companies between the investment and the ultimate owner of the company. Therefore, a literal reading of the Treaty does not support the allegation that the definition of investment excludes indirect investments* ». Voir également nos commentaires sur cette décision dans *Fouret et Khayat 17.2*, *supra* note 76 à la p. 249.

³⁴⁸ *Kardassopoulos*, *supra* note 339 aux para. 113 et s. Le Tribunal répond également à certains arguments soulevés par la Géorgie (aux para. 126-141) qui, étant d'ordre factuel, ne sont pas développés dans la présente Chronique.

³⁴⁹ *Ibid.* aux para. 114-119.

³⁵⁰ *Salini*, *supra* note 176, décision et, sur l'ensemble de la question, nos commentaires sur l'affaire *Malaysian Historical Salvors c. Malaisie*, à la section 11, ci-dessus.

³⁵¹ *Kardassopoulos*, *supra* note 339 au para. 117.

³⁵² Article 42(1) : « *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière* ».

³⁵³ *Kardassopoulos*, *supra* note 339 au para. 145.

³⁵⁴ Article 26(6) du *Traité sur la Charte de l'énergie* : « Un tribunal constitué selon les dispositions du paragraphe 4 statue sur les questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international ». Article 9(4) du *BIT* : « *The arbitral tribunal shall decide*

moins qu'il est « *well established that there are provisions of international agreements that can only be given meaning by reference to municipal law* »³⁵⁵ et il entreprend une analyse de la validité de l'accord de partenariat en application du droit géorgien. Cette analyse peut surprendre et ce, pour deux raisons. En premier lieu, selon les articles pertinents de la *Convention de Washington*, du *Traité sur la Charte de l'énergie* et du *BIT*, elle n'était nullement requise. Il est vrai que le Tribunal a pris le soin de rajouter qu'il considérait que le droit géorgien n'était que « *relevant as a fact* » et que « *whatever may be the determination of a municipal court applying Georgian law to the dispute, this Tribunal can only decide the issues in dispute in accordance with the applicable rules and principles of international law* »³⁵⁶. Mais alors, quel est l'intérêt de cette analyse en application du droit local? La question se pose d'autant plus que l'analyse en question ne donne pas de résultat absolument clair, ce que le Tribunal ne manque pas de relever³⁵⁷.

Il aurait en effet été tout à fait loisible au Tribunal arbitral d'envisager la question de la nullité de l'accord de partenariat en application du droit international, comme il le fait d'ailleurs en indiquant que « *our remit as an ICSID Tribunal is to apply international law to resolve this dispute* »³⁵⁸. C'est donc une analyse de droit international, en application de l'article 12 du *BIT* et des principes généraux du droit international, que le Tribunal engage alors.

Sur celle-ci, nous nous contenterons de relever qu'elle porte sur la question de savoir, si, comme le soutient la Géorgie, la nullité du partenariat pour violation du droit géorgien n'aurait pas pour effet d'exclure celui-ci des catégories d'investissements protégés par le *BIT*, dans la mesure où celui-ci ne couvre que les investissements réalisés de manière « *consistent with the [host State's] legislation* »³⁵⁹. La question rappelle celle qui fait l'objet des sentences rendues dans les affaires *Inceysa Vallisoletana c. Salvador*³⁶⁰ et *Fraport c. Philippines*³⁶¹, dans lesquelles les arbitres ne s'étaient pas reconnus compétents car l'investissement violait les lois du pays d'accueil. La présente affaire n'apportera pas de véritable avancée pour ceux qui souhaitent savoir si cette question doit être réglée au stade de l'examen de la compétence ou du fond, puisque le Tribunal n'a pas statué sur cette question³⁶². Contrairement aux affaires précitées, le Tribunal relève que c'est la

the dispute in accordance with the provisions of this Agreement and the applicable rules and principles of international law ».

³⁵⁵ *Kardassopoulos*, *supra* note 339 au para. 145. Le Tribunal fait référence à l'arrêt *Barcelona Traction* de la Cour internationale de justice, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, [1970] C.I.J. rec. 3, spéc. au para. 34.

³⁵⁶ *Kardassopoulos*, *supra* note 339 au para. 145.

³⁵⁷ *Ibid.* aux para. 148-157.

³⁵⁸ *Ibid.* au para. 157.

³⁵⁹ Article 12 du *BIT*, voir *ibid.* au para. 177.

³⁶⁰ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. Salvador* (2006), n° ARB/03/26 (CIRDI), sentence [*Inceysa Vallisoletana*] et nos observations dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 306.

³⁶¹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines* (2007), n° ARB/03/25 (CIRDI), sentence et nos observations dans la présente chronique, à la section 17, ci-dessous.

³⁶² L'affirmation du Tribunal selon laquelle « “[p]rotection of investments” under a *BIT* is obviously not without some limits. It does not extend, for instance, to an investor making an investment in breach of

Géorgie qui aurait violé ses propres obligations et non l'investisseur. Le Tribunal en conclut que la Géorgie ne peut, conformément au principe de l'*estoppel*, se fonder sur la violation du droit géorgien qu'elle a elle-même commise pour échapper à la compétence du Tribunal arbitral³⁶³, une solution qui est entièrement à approuver.

L'application du principe de l'*estoppel* n'est pas fréquente dans l'arbitrage CIRDI. C'est pourtant dès l'affaire *Amco c. Indonésie* qu'un tribunal arbitral avait reconnu que le principe de l'*estoppel* faisait partie des principes généraux du droit, se référant à la déclaration du juge Alfaro dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* : « un État ne doit pas être autorisé à profiter de ses propres contradictions au détriment d'un autre État »³⁶⁴, avant de rajouter que ce principe général est « applicable aux relations économiques internationales dans lesquelles sont impliqués des particuliers. Le Tribunal considère spécialement que, dans son application aux relations internationales, le concept est finalement caractérisé par l'exigence de bonne foi »³⁶⁵. Selon Emmanuel Gaillard, la décision *Amco c. Indonésie* avait « l'immense mérite de faire entrer la doctrine de l'*estoppel* dans le droit du commerce international »³⁶⁶. Entre la décision *Amco c. Indonésie* et celle rendue dans l'affaire *Kardassopoulos c. Géorgie*, près de vingt-cinq ans se sont écoulés et le principe de l'*estoppel* n'a été appliqué que dans quelques affaires, dont l'affaire *SPP c. Égypte*³⁶⁷ citée dans la décision objet du présent commentaire, et fait donc aujourd'hui une réapparition bienvenue.

B. Compétence *ratione temporis* : champ d'application temporel des dispositions du *Traité sur la Charte de l'énergie* et du *BIT*

La Géorgie a soumis une objection à la compétence *ratione temporis* du Tribunal tant en vertu du *Traité sur la Charte de l'énergie* que du *BIT*. Concernant le premier instrument international, la Géorgie considère que l'investissement de monsieur Kardassopoulos n'existait pas au moment où le *Traité sur la Charte de l'énergie* est entré en vigueur à son égard (1). Sur le second instrument, la Géorgie a soutenu que les mesures qui auraient affecté cet investissement avaient été prises avant son entrée en vigueur (2).

the local laws of the host State » est trop générale pour déterminer la position des arbitres sur cette question; voir *Kardassopoulos*, *supra* note 339 au para. 182.

³⁶³ *Kardassopoulos*, *supra* note 339 au para. 194.

³⁶⁴ *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, Déclaration du Vice-président Alfaro, [1962] C.I.J. rec. 6 aux pp. 39-51, cité dans *Amco Asia Corporation c. Indonésie* (1983), n° ARB/81/1 (CIRDI), décision sur la compétence au para. 47 [*Amco*].

³⁶⁵ *Amco*, *ibid.* au para. 47, telle que traduite en français par Emmanuel Gaillard, « La jurisprudence du CIRDI », Paris, A. Pedone, 2004 à la p. 17.

³⁶⁶ *Ibid.* à la p. 76. Voir également, Emmanuel Gaillard, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'*estoppel* dans quelques sentences arbitrales récentes) » (1986) Rev. Arb. 241; Philippe Pinsolle, « Distinction entre le principe de l'*estoppel* et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international » (1998) J.D.I. 905.

³⁶⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Égypte* (1985), n° ARB/84/3 (CIRDI), décision sur la compétence. Voir également *Amco c. Indonésie* (1990), n° ARB/81/1 (CIRDI), sentence et *CSOB c. Slovaquie* (1999), n° ARB/97/4 (CIRDI), décision sur la compétence.

1. L'ABSENCE D'EXISTENCE D'UN INVESTISSEMENT LORS DE L'ENTREE EN VIGUEUR DU *TRAITE SUR LA CHARTE DE L'ENERGIE*

La question de la date d'entrée en vigueur du *Traité sur la Charte de l'énergie* est compliquée par l'existence d'une clause prévoyant l'entrée en vigueur provisoire de cette convention dès sa signature. L'article 45(1) du *Traité* prévoit en effet que « [l]es signataires conviennent d'appliquer le présent traité à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur pour ces signataires conformément à l'article 44, dans la mesure où cette application provisoire n'est pas incompatible avec leur Constitution ou leurs lois et règlements ». On sait que la question de l'application de cette disposition avait déjà été envisagée par un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI, mais par la voie d'un *obiter dictum* dont l'autorité est discutable³⁶⁸. Dans une autre affaire, décidée en application des règles de la Chambre de commerce de Stockholm, un tribunal arbitral avait statué sur cette question et accepté de donner effet à cette clause³⁶⁹. Il est enfin de notoriété publique que les affaires initiées par les actionnaires de la société Yukos contre la Russie, considérées comme les arbitrages aux enjeux financiers les plus importants jamais connus, mettent en jeu des questions similaires.

Dans l'affaire *Kardassopoulos*, le Tribunal arbitral a conduit une analyse de droit international public irréprochable. Après avoir relevé avec raison qu'il n'existait pas de règle coutumière en la matière, il détermine que l'article 45(1) implique que « *each signatory State is obliged, even before the ECT has formally entered into force, to apply the whole ECT as if it had already done so* »³⁷⁰. Dès lors que le Tribunal, appliquant le droit géorgien et le droit grec, relevait qu'une telle application provisoire n'était pas « incompatible avec [les] Constitution ou [les] lois et règlements » de ces États au sens de l'article 45(1), il pouvait en déduire que le *Traité sur la Charte de l'énergie* était applicable de manière provisoire en Grèce et en Géorgie de la date de signature du *Traité*, le 17 décembre 1994 pour les deux pays à la date d'entrée en vigueur, le 16 avril 1998, également pour les deux pays³⁷¹. Ainsi, l'investissement objet du litige existait au 17 décembre 1994, la « date effective » au sens de l'article 1(6) pour la Géorgie et la Grèce, et était donc couvert par les dispositions du traité.

2. L'ABSENCE D'EXISTENCE D'UN INVESTISSEMENT LORS DE L'ENTREE EN VIGUEUR DU *BIT*

Le traitement par le Tribunal de l'objection géorgienne alléguant que les mesures dont se plaint monsieur Kardassopoulos ont eu lieu avant l'entrée en vigueur

³⁶⁸ Voir *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie*, *supra* note 180.

³⁶⁹ *Petrobart Limited c. Kirghizistan* (2005), n° 126/2003 (Chambre de commerce de Stockholm).

³⁷⁰ *Kardassopoulos*, *supra* note 339 au para. 211.

³⁷¹ *Ibid.* aux para. 205-252.

du *BIT* (le 3 août 1996) peut paraître au premier abord surprenant. Le Tribunal considère en effet que

*[r]espondent's objection to the Tribunal's jurisdiction ratione temporis under the BIT is clearly not ripe for decision. The Tribunal cannot determine whether the alleged IT breaches occurred before or after the 3 August 1996 without having considered the testimony and other evidence that can only be obtained through a full hearing of the case.*³⁷²

Le Tribunal a clairement entendu se départir de la règle généralement appliquée par les tribunaux CIRDI selon laquelle ceux-ci se contentent, au stade de l'examen de leur compétence, d'une analyse *prima facie* des arguments du demandeur. Cette règle implique que les arbitres considèrent que les faits allégués par l'investisseur seraient constitutifs, s'ils étaient prouvés lors de la phase de fond, d'une violation du *BIT*³⁷³. Le Tribunal considère que les faits de l'espèce ne peuvent se satisfaire de cette règle et décide, comme il en a le pouvoir, de joindre cette exception d'incompétence au fond.

En définitive, cette décision n'a pas de conséquences immédiates puisque l'examen du fond de l'affaire pourra être réalisé. Il n'en reste pas moins que le Tribunal nous semble envoyer ici un signal fort à l'investisseur en l'avertissant de la difficulté de son dossier sur la question de l'application *ratione temporis* du *BIT*.

D.K.

XV. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp et LG&E International, Inc. c. Argentine, sentence du 25 juillet 2007*³⁷⁴

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

Nous ne reviendrons pas sur les faits de l'affaire, ni sur les précédentes décisions rendues par ce même Tribunal, puisque nous l'avons déjà fait, entre autres, dans la présente chronique et ce, de manière approfondie³⁷⁵.

³⁷² *Ibid.* au para. 257.

³⁷³ Voir, parmi les très nombreuses applications de cette règle, l'affaire *Telenor Mobile Communications A.S. c. Hongrie* (2006), n° ARB/04/15 (CIRDI), sentence qui énumère de nombreuses affaires en faisant application (à la note de bas de page 17), commentée dans *Fouret et Khayat 19.1, supra* note 39 à la p. 311. Voir également l'autre liste d'affaires appliquant cette règle fournie aux paragraphes 29 et 30 de la sentence du 6 août 2004 rendue dans l'affaire *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte*, n° ARB/03/11 et nos commentaires dans *Fouret et Khayat 17.2, supra* note 76 à la p. 259.

³⁷⁴ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp et LG&E International, Inc. c. Argentine* (2007), n° ARB/02/01 (CIRDI) [*LG&E (sentence)*].

³⁷⁵ *LG&E c. Argentine* (2004 et 2006), n° ARB/02/1 (CIRDI), décision sur la compétence et sentence, et nos commentaires *Fouret et Khayat 17.1, supra* note 91 à la p. 193 et s.; *Fouret et Khayat 19.1, supra* note 39 à la p. 323 et s.

Cette sentence porte uniquement sur l'évaluation des dommages et intérêts à la suite de la reconnaissance partielle de la responsabilité de l'Argentine dans la décision de 2006, notamment pour la violation du traitement juste et équitable. L'Argentine y était en effet excusée pour les mesures prises entre le 1^{er} décembre 2001 et le 26 avril 2003, période que le tribunal juge caractérisée par un état de nécessité³⁷⁶.

Les arbitres choisissent de procéder en trois temps : déterminer les principes applicables pour l'évaluation des dommages-intérêts, établir la méthode pour quantifier le montant de cette indemnisation afin d'ensuite en déterminer le montant. Ils concluent finalement sur l'allocation des coûts dans la procédure.

A. Principes choisis par le Tribunal pour l'évaluation des dommages-intérêts

Les arbitres s'appuient d'emblée sur le fameux *dictum* de la Cour permanente de justice internationale quant à l'obligation de réparer entièrement le dommage causé par un fait internationalement illicite³⁷⁷. Mais très rapidement, et comme dans la plupart des traités bilatéraux, le Tribunal se heurte à un problème : l'absence de disposition indiquant un standard de réparation pour les violations du traité autrement que pour l'expropriation. En l'espèce, il faut ainsi trouver un standard acceptable pour compenser la violation du traitement juste et équitable.

Dans la sentence *Enron*, précédant d'un mois la présente sentence et appliquant le même *BIT* américano-argentin, le Tribunal arbitral avait conclu que, dans le cas d'une violation du traitement juste et équitable par un État, la compensation devait correspondre à la « *fair market value* ». Le Tribunal, dans *Enron*, a en effet choisi d'utiliser le même standard que pour une expropriation³⁷⁸.

On pouvait donc penser que les arbitres dans *LG&E* allaient suivre la même voie. C'est pourtant le raisonnement absolument inverse qu'a choisi le Tribunal en l'espèce :

*[t]his type of valuation [fair market value] is appropriate in cases of expropriation in which the claimants have lost their title to their investment or when interference with property rights has led to a loss equivalent to the total loss of investment. However, this is not the case.*³⁷⁹

Il est intéressant de noter que moins d'un mois après cette sentence, le verdict dans *Vivendi II* tient un langage quasi similaire concernant la nécessaire

³⁷⁶ Julien Fouret, « "CMS c. LG&E" », *supra* note 141.

³⁷⁷ *LG&E (sentence)*, *supra* note 83 au para. 29 et la référence au *dictum* du jugement dans l'*Usine de Chorzow*.

³⁷⁸ *Enron (fond)*, *supra* note 218 au para. 363. Voir nos commentaires section 10, ci-dessus.

³⁷⁹ *LG&E (sentence)*, *supra* note 374 au para. 35.

distinction entre expropriation et violation d'une norme de traitement en matière de standard de compensation :

*[t]he level of damages necessary to compensate for a breach of the fair and equitable treatment standard could be different from a case where the same government expropriates the foreign investment. The difference will generally turn on whether the investment has merely been impaired or destroyed.*³⁸⁰

Le Tribunal dans l'affaire *Feldman c. Mexique* avait déjà affirmé le même principe de différenciation dans le standard applicable pour les dommages-intérêts dans le contexte de l'ALÉNA³⁸¹. Ainsi, c'est sur le fondement de cette dernière sentence que le présent tribunal indique que l'absence de choix des parties dans le traité est délibéré afin de laisser à sa discrétion le choix du meilleur standard à appliquer³⁸².

Ayant écarté le standard de *fair market value*, le Tribunal se fonde essentiellement sur les articles de la Commission du droit international (CDI), notamment sur les commentaires de l'article 36, pour indiquer que l'indemnisation doit « remédier aux pertes effectives subies en conséquence du fait internationalement illicite »³⁸³. Les pertes effectives devront ainsi être évaluées, c'est-à-dire les pertes résultant directement des actes illicites de l'État. Le Tribunal réalise ainsi un récapitulatif des actes illicites retenus dans la décision sur la responsabilité pour déterminer les critères précis de quantification de la compensation³⁸⁴. En conclusion de ces critères d'évaluation, et de manière fort logique nous semble-t-il, le Tribunal refuse d'indemniser le manque à gagner invoqué par l'investisseur. S'appuyant une fois encore sur les commentaires de la CDI, les arbitres indiquent que ce manque à gagner n'est pas établi avec suffisamment de certitude pour être indemnisé³⁸⁵. Cette prise de position du Tribunal est intéressante et raisonnable à notre avis : il ne souhaite pas se laisser entraîner dans des calculs de montants hypothétiques qui ne s'appuieraient que sur des conjectures soumises par le demandeur.

Enfin, le Tribunal s'arrête rapidement sur la question des intérêts. Il insiste sur le fait qu'ils font partie intégrante de l'indemnisation accordée. Tous les éléments énoncés précédemment permettront une

³⁸⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. Argentine* (2007), n° ARB/97/3 (CIRDI), sentence au para. 8.2.8 et commentée à la section 19, ci-dessous.

³⁸¹ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique* (2002), n° ARB(AF)/99/1 (CIRDI), sentence au para. 194.

³⁸² *LG&E (sentence)*, *supra* note 374 au para. 40.

³⁸³ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (Doc. NU A/56/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 2001 au para. 4 du commentaire de l'article 36, en ligne : CDI <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf> [*Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*].

³⁸⁴ *LG&E (sentence)*, *supra* note 374 aux para. 46-50.

³⁸⁵ *Ibid.* au para. 51.

“full” reparation in the form of compensation that wipes out the consequences of Argentina’s breach of the Treaty protections. Compensation is to be measured by the actual loss incurred by the Claimants as a result of Argentina’s wrongful acts. This loss corresponds to the amount of dividends that Claimants would have received but for Argentina’s breaches.³⁸⁶

Ainsi, il ne manque plus au Tribunal que de déterminer sa méthode pour mettre en œuvre les principes énoncés ci-dessus.

B. Méthode pour déterminer le *quantum* de la compensation et son montant

Les arbitres avaient indiqué, dans leur *Ordonnance de Procédure n°6* (non publiée), la méthode qu’ils souhaitaient adopter :

*[a] calculation will be made of the dividends that would or could have been generated without any change in the tariff system. Dividends received by the Claimants will be subtracted from this figure, after which the damages suffered during the State of Necessity will be subtracted from this amount.*³⁸⁷

Malgré les nombreux arguments soulevés par l’investisseur à l’encontre de ce choix³⁸⁸, le Tribunal s’en tient à sa méthode et refuse en bloc les développements du demandeur.

En conclusion de cette analyse, le Tribunal revient enfin sur la question des intérêts et indique que, comme il avait précédemment « insisté sur l’importance des intérêts comme élément du dommage »³⁸⁹, « *compound interest would better compensate the Claimants for the actual damages suffered since it better reflects contemporary financial practice* »³⁹⁰. Ainsi, l’attribution d’intérêts composés, si elle n’est pas la règle en droit international, est de plus en plus récurrente par les tribunaux CIRDI³⁹¹.

³⁸⁶ *Ibid.* au para. 58.

³⁸⁷ *Ibid.* au para. 59.

³⁸⁸ *Ibid.* aux para. 63-101.

³⁸⁹ Walid Ben Hamida et Ferhat Horchani, « Droit et pratique des investissements internationaux – Chronique de la période du 1^{er} mai au 31 août 2007 (2^{ème} partie) » (2008-1) R.D.A.I.-I.B.L.J. 117 à la p. 128.

³⁹⁰ *LG&E (sentence)*, *supra* note 374 au para. 103.

³⁹¹ Otto Sandrock, « Compound Interest in International Arbitration » dans Jacques Haldy, Jean-Marc Rapp et Phidias Ferrari, dir., *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de J.-F. Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l’Université de Lausanne, 1999 à la p. 537; Jérôme Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l’arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz-La nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2001 à la p. 275; Natasha Affolder, « Awarding Compound Interest in International Arbitration » (2001) 12 *Am. Rev. Int’l Arb.* 45 aux pp. 68-69; Philippe Pinsolle, « Les

Au final, déduction faite du montant couvrant la période de l'état de nécessité, l'Argentine est condamnée à un montant de 57,4 millions de dollars avec des intérêts composés qui continueront de courir jusqu'au paiement complet de cette somme³⁹². C'est, par conséquent, sur l'attribution des coûts et des frais de l'arbitrage que la sentence s'achève.

C. La répartition équitable des coûts de l'arbitrage

L'analyse du Tribunal sur les coûts est intéressante car il veut très distinctement s'opposer à la tendance récente de faire supporter les coûts de l'arbitrage au perdant selon les formules anglaises du « *costs follow the event* » ou « *loser-pays rule* »³⁹³.

Cette tendance à l'application de la « *loser-pays rule* » s'oppose ainsi à la tendance classique dans l'arbitrage CIRDI car, selon Christoph Schreuer :

*[i]n the majority of cases the tribunals decided that the parties were to bear equal shares of the fees and expenses of the arbitrators [...], and that each party was to bear its own expenses for the preparation and presentation of the case.*³⁹⁴

En effet, le principe de faire supporter les coûts au perdant est largement accepté en arbitrage commercial mais n'est pas automatiquement retenu devant les tribunaux CIRDI car « *[t]he prevalent position in investment arbitration has been to follow the public international law tradition and avoid the "loser pays principle"* »³⁹⁵. Les exceptions à ce principe interviennent bien entendu soit lorsque le tribunal se trouve face à des demandes dénuées de tout fondement, ou clairement abusives, soit lorsque les mesures étatiques sont absolument insupportables dans un État de droit. Dans ces cas exceptionnels, l'une ou l'autre des parties se verront logiquement supporter tous les coûts et frais de l'arbitrage.

Ainsi, et en l'espèce, comme chaque partie a partiellement prévalu et partiellement échoué dans ses demandes, le Tribunal réitère le principe de la répartition équitable des coûts³⁹⁶. Cette position mesurée ne sera néanmoins pas la

intérêts composés dans l'arbitrage international – Exemple de sentences récentes rendues en matière d'expropriation » (2003) R.D.A.I. – I.B.L.J. 583.

³⁹² *LG&E (sentence)*, *supra* note 374 au para. 109.

³⁹³ *Ibid.* au para. 112.

³⁹⁴ Schreuer, « *The ICSID Convention* », *supra* note 53 à la p. 1229.

³⁹⁵ Campbell McLachlan, Laurence Shore et Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2007 à la p. 346. Voir aussi Noah Rubins, « The Allocation of Costs and Attorney's Fees in Investor-State Arbitration » (2003) 18.1 I.C.S.I.D. Rev. – F.I.L.J. 109 à la p. 126 : « *no general cost-shifting rule appears to have emerged for investment arbitration* » et Micha Bühler, « Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview » (2004) 22 ASA Bulletin 249 à la p. 261 : « *in most cases, the tribunals simply ordered each party to bear half of the procedural costs and left the parties' costs where they fell without giving any specific reasons* ».

³⁹⁶ *LG&E (sentence)*, *supra* note 374 au para. 114.

dernière du Tribunal car une demande de décision supplémentaire a été déposée le 24 septembre 2007 et était toujours pendante au 31 décembre.

J.F.

XVI. *MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Équateur, sentence du 31 juillet 2007*³⁹⁷

Composition du Tribunal : Raúl E. Vinuesa, président; Benjamin J. Greenberg et Jaime Irarrázabal, arbitres.

La sentence rendue le 31 juillet 2007 par le Tribunal constitué en application du *Traité bilatéral d'encouragement et de protection réciproque des investissements* signé le 27 août 1993 entre les États-Unis et l'Équateur³⁹⁸ (le *BIT*) met un terme à un litige vieux de plus de dix ans entre les parties, même si la majeure partie n'avait été soumise qu'aux tribunaux nationaux de l'État d'accueil.

Les investisseurs ayant saisi le CIRDI, les sociétés américaines MCI Power Group LC et New Turbine Inc., ont sans doute éprouvé une certaine déception dans la mesure où elles n'obtiennent nulle réparation du préjudice qu'elles alléguaient. Dans une sentence étrangement construite (la présentation des faits de l'affaire n'intervenant qu'au-delà de la moitié du texte), le Tribunal arbitral a d'abord refusé de se reconnaître compétent *ratione temporis* pour la partie du litige antérieure à l'entrée en vigueur du *BIT*, avant de rejeter au fond ce qu'il restait des demandes des investisseurs.

On ne manquera pas de relever que cette sentence vient encore augmenter le nombre des décisions favorables à l'État d'accueil rendues par des tribunaux arbitraux constitués en application de la *Convention de Washington* ou de manière plus générale en matière d'investissements internationaux. Cette évolution est intéressante pour qui suit le sujet et prend le contre-pied des prévisions de ceux qui estimaient, il y a quelques années à peine, que le droit des investissements était structurellement défavorable aux États.

Le principal apport de la sentence *MCI*, qui sera développé dans le présent commentaire, réside dans la présentation didactique de la question, récurrente dans la jurisprudence récente du CIRDI, de la compétence *ratione temporis* du Tribunal, spécialement à l'égard de litiges nés avant l'entrée en vigueur du traité de protection des investissements applicable³⁹⁹. Il y a fort à parier que ce type de difficulté sera de plus en plus souvent soulevé dans les arbitrages en matière d'investissements. Cette

³⁹⁷ *MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Équateur* (2007), n° ARB/03/6 (CIRDI) [*MCI*].

³⁹⁸ En ligne : UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

³⁹⁹ Voir par exemple, sur la même question, les affaires *Tecnicas*, *supra* note 37 et nos commentaires *Fouret et Khayat 16.1*, *supra* note 103 à la 224; *Empresas*, *supra* note 37, nos commentaires *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 à la p. 322; *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chili* (2007), n° ARB/04/7 (CIRDI); *Helnan* *supra* note 30 et *Kardassopoulos*, *supra* note 339, toutes commentées dans la présente livraison de cette chronique.

question résulte en effet de l'augmentation du nombre de traités de protection des investissements signés dans un passé récent. La date d'entrée en vigueur de ces traités pouvant être encore plus proche, la question de savoir à quel moment le litige est né entre les parties, et, partant, s'il est couvert par le traité en question, devrait prendre de plus en plus d'importance.

L'affaire *MCI* se situe dans le contexte de la crise énergétique ayant frappé l'Équateur dans les années 1990. À travers des sociétés qu'ils contrôlaient, les investisseurs ont convenu avec INECEL, la société d'État équatorienne alors en charge de la gestion de l'électricité dans le pays, de fournir certaines quantités d'électricité à travers leurs propres équipements. Divers litiges sont nés entre les parties, principalement concernant certains paiements qui auraient été dus et sur lesquels il n'est pas nécessaire d'approfondir pour les besoins du présent commentaire.

La principale objection de l'Équateur à la compétence du Tribunal arbitral consiste à soutenir que les investisseurs se plaignent de litiges nés avant l'entrée en vigueur du *BIT*. Dans la mesure où celui-ci n'a aucun effet rétroactif, l'Équateur allègue ne pas avoir consenti à la soumission de ces litiges à l'arbitrage international sous l'égide du CIRDI.

Le Tribunal arbitral a entièrement suivi l'argumentation de l'Équateur au terme d'une analyse claire et, à bien des égards, convaincante. La sentence met en effet en exergue le principe de non-rétroactivité du *BIT*, c'est-à-dire son inapplicabilité aux litiges nés avant son entrée en vigueur, en l'espèce le 11 mai 1997⁴⁰⁰. Le Tribunal relève à ce sujet, avec raison, que l'absence de disposition expresse du *BIT* excluant son application à des litiges antérieurs à son entrée en vigueur ne change rien au principe bien établi en droit international selon lequel les traités ne sauraient, sauf précision expresse, avoir d'effet rétroactif.

La clarté de la démonstration du Tribunal arbitral permet de distinguer sans difficulté la question de la date à laquelle le litige est né, qui est en cause dans l'affaire *MCI*, avec celle, tout à fait différente, de la date à laquelle l'investissement a été réalisé. Il est en effet fréquent que les traités de protection des investissements prévoient que les mesures qu'ils instaurent à l'égard des investissements étrangers soient étendues aux investissements qui ont été réalisés avant leur entrée en vigueur. C'est d'ailleurs le cas du *BIT* entre les États-Unis et l'Équateur qui a cette précision, résultant de son article XII selon lequel les investissements couverts par le *Traité* sont ceux qui « existent » à la date d'entrée en vigueur du *BIT* ou qui ont été réalisés après cette date⁴⁰¹.

Une question restait toutefois en suspens. Qu'en est-il des litiges postérieurs à l'entrée en vigueur du *Traité* mais dont l'origine peut-être antérieure? C'est ce que le Tribunal appelle, reprenant la dénomination des articles 14 et 15 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* de la

⁴⁰⁰ *MCI*, supra note 397 au para. 61.

⁴⁰¹ Article XII(1) : « [...] [i]t shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter », supra note 398.

CDI⁴⁰², les actes continus ou composites⁴⁰³. Le Tribunal montre bien, citant à plus d'une reprise les travaux de la CDI, que par principe même, le fait continu ou composite implique l'existence de la violation d'une norme. Les articles 14 et 15 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État* ne concernent bien que les actes illicites, ce dont rend compte l'article 13 de ce même *Projet d'articles*⁴⁰⁴. Dans cette mesure, il ne saurait y avoir d'acte illicite continu ou composite de la part de l'Équateur en violation du *BIT* avant l'entrée en vigueur de celui-ci, puisque cet État n'était pas lié, avant cette date, par les dispositions du traité⁴⁰⁵.

Ces principes posés, le Tribunal arbitral n'a pas de mal à rejeter l'argument des investisseurs fondé sur l'article 18 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁴⁰⁶, qui fait obligation aux États de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur. Selon le Tribunal arbitral, cette obligation, dont la violation n'est en tout état de cause pas démontrée, doit être distinguée de l'application pure et simple des dispositions du traité, qui ne peut, en aucun cas, être rétroactive⁴⁰⁷.

La conclusion du Tribunal arbitral est donc sévère pour les investisseurs : la compétence du Tribunal est limitée aux litiges nés après l'entrée en vigueur du *BIT*, ce qui ne l'empêchera pas de tenir compte, comme le permet le droit international, des événements antérieurs à celle-ci.

Avant d'en venir à l'examen au fond des demandes des investisseurs, dont ne subsiste que la portion congrue, le Tribunal arbitral rejette deux objections subsidiaires à la compétence formulée par l'Équateur. Le Tribunal n'a pas de difficulté à rejeter l'argument de l'Équateur selon lequel les investisseurs auraient choisi de manière irréversible l'option de soumettre leur différend à des juridictions locales équatoriennes en application de la clause dite « *fork in the road* » (ou clause de choix irréversible), prévue à l'article VI du *BIT*. Cette conclusion était inévitable. En effet, s'il est vrai que les investisseurs avaient saisi les juridictions équatoriennes, c'était avant l'entrée en vigueur du *Traité*, ce qui, selon la démonstration du Tribunal sur l'effet de cet événement, ne saurait leur être reproché puisque la clause « *fork in the road* » n'était alors pas applicable⁴⁰⁸.

En revanche, l'analyse du Tribunal, sur la question de savoir si l'activité économique des investisseurs en Équateur pouvait être analysée comme un investissement, est singulièrement moins convaincante. Si l'on peut relever que le Tribunal reconnaît que ce qui est généralement considéré comme la liste des caractéristiques d'un investissement au sens de la *Convention de Washington* n'est

⁴⁰² *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 383.

⁴⁰³ *MCI*, *supra* note 397 aux para. 82-97.

⁴⁰⁴ Article 13 : « Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État : Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit. », *supra* note 383.

⁴⁰⁵ *MCI*, *supra* note 397 au para. 90.

⁴⁰⁶ 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

⁴⁰⁷ *MCI*, *supra* note 397 aux para. 108-117.

⁴⁰⁸ *Ibid.* au para. 186.

qu'une série d'« exemples »⁴⁰⁹, on retiendra surtout l'extrême concision de la démonstration quant aux faits de l'espèce⁴¹⁰.

Sur le fond, le Tribunal arbitral a rejeté l'ensemble des demandes formulées par les investisseurs pour des considérations de fait qu'il n'est pas nécessaire de développer ici. Il reste qu'il est certain que nous aurons à revenir sur cette affaire dans la mesure où les investisseurs ont soumis une demande d'annulation de la sentence à la fin de l'année 2007.

D.K.

XVII. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, sentence du 16 août 2007⁴¹¹

Composition du Tribunal : L. Y. Fortier, président; Bernardo Cremades et W. Michael Reisman, arbitres.

La sentence du 16 août 2007 par laquelle le Tribunal arbitral a refusé de retenir sa compétence pour statuer sur ce litige est passionnante à plus d'un titre. Outre qu'elle est écrite de manière tout à fait plaisante, malgré sa longueur (224 pages) et la complexité des faits, elle nous semble donner un aperçu assez fidèle de ce que peut être une affaire d'arbitrage complexe, spécialement en matière d'investissement : importance des aspects politiques et des changements de gouvernements, présence de nombreuses procédures locales complexes et aux multiples rebondissements, caractère crucial des procédures de production de documents et développement de droits stimulants sur des questions peu abordées jusqu'ici.

L'affaire concerne le projet de développement et l'exploitation d'un nouveau terminal à l'aéroport international de Manille dans lequel le demandeur, une société allemande, avait investi à partir de la fin des années 1990. Elle a été portée devant le CIRDI en application du *Traité de promotion et de protection réciproque des investissements* entre l'Allemagne et les Philippines⁴¹² (le *BIT*). La description des

⁴⁰⁹ Telle que présentée par l'Équateur, à savoir l'existence d'un retour sur investissement, une certaine durée, un risque assumé, l'importance du montant investi et, enfin, la contribution au développement de l'État d'accueil, *ibid.* au para. 138. Voir, pour la position du Tribunal à l'égard de ces éléments, *ibid.* au para. 165. Voir également, sur cet aspect de la sentence, l'analyse de Ben Hamida, *supra* note 264 à la p. 38.

⁴¹⁰ *MCI*, *supra* note 397 au para. 165. Cette concision est poussée à l'extrême pour le second des deux projets présentés par les demandeurs comme un investissement, qui ne nous semble pas même être évoqué par les arbitres.

⁴¹¹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines* N° ARB/03/25 (CIRDI) [*Fraport*]. Voir sur cette affaire Poulain, *supra* note 95 aux pp. 41-44 ; Christian Borris and Rudolf Hennecke « *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines – Compliance with National Laws: A Jurisdictional Requirement Under BITs?* » (Septembre 2007) 4 *Transnat'l Disp. Manag't*; Christina Knahr, « *Investments 'In Accordance with Host State Law'* » (Septembre 2007) 4 *Transnat'l Disp. Manag't*.

⁴¹² 24 juillet 1998, en ligne : UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

faits de l'espèce dans la sentence occupant plus de cent pages, le présent commentaire n'a aucune prétention à l'exhaustivité.

L'investissement de Fraport aux Philippines a consisté en une prise de participation directe et indirecte dans une société de droit local, PIATCO, détentrice de la concession originelle de développement de l'aéroport de Manille. Le projet a connu d'importantes difficultés, notamment financières, qui ont culminé lorsqu'à l'issue d'un changement de régime au Philippines, le nouveau gouvernement a déclaré la nullité des contrats relatifs au développement du terminal, ce qui a ultérieurement été confirmé par les juridictions philippines. Une procédure d'expropriation a alors été initiée mais celle-ci était toujours en cours lorsque la sentence a été rendue.

Alors que l'investisseur demandait la condamnation des Philippines pour avoir violé ses engagements pris dans le *BIT*⁴¹³, le principal argument des Philippines, qui occupera l'ensemble de la sentence, est que cet investissement a été réalisé en violation du droit local philippin.

Le droit philippin régit en effet de manière stricte les investissements étrangers dans certains domaines, notamment celui des services publics. Cela résulte d'une loi interne, dite « *anti-dummy law* », littéralement « loi anti-sociétés fictives », qui interdit entre autres aux intérêts étrangers de détenir ou contrôler plus de 40% du capital de sociétés détenant une concession de service public, comme PIATCO.

Les Philippines font également valoir qu'en application du *BIT*, elles n'ont consenti à soumettre à l'arbitrage du CIRDI que les différends relatifs aux investissements réalisés conformément au droit local. Elles soulignent en effet que le *BIT* contient des dispositions très claires à ce sujet, notamment celle définissant l'investissement couvert⁴¹⁴ et celle relative à la promotion, à l'acceptation et au traitement des investissements⁴¹⁵. Selon les Philippines, le Tribunal arbitral devrait refuser de se reconnaître compétent.

Cet argument a convaincu la majorité du Tribunal, qui a rendu une sentence d'incompétence, assortie de l'opinion dissidente de monsieur Cremades. L'intérêt principal de cette sentence, et son aspect le plus controversé, est qu'elle considère que la violation par l'investisseur des dispositions du droit local a des conséquences directes sur la compétence du Tribunal qui ne peut pas, dans ce cas, aborder le fond du dossier.

⁴¹³ On ne connaît quasiment rien des demandes de l'investisseur tant la défense des Philippines occupe littéralement la totalité de la sentence.

⁴¹⁴ Article 1(1) : « *The term "investment" shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State, and more particularly, though not exclusively* ».

⁴¹⁵ Article 2(1) : « *Each Contracting State shall promote as far as possible investments in its territory by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its Constitution, laws and regulations as referred to in Article 1 paragraph 1. Such investments shall be accorded fair and equitable treatment* ».

Il nous semble que les faits de l'espèce appelaient une solution aussi drastique. La démonstration de la violation du droit local par Fraport et, surtout, le fait qu'elle était parfaitement au courant de telles violations qui ont eu lieu, pour certaines d'entre elles, à l'aide d'engagements tenus secrets, est convaincante. En considérant que le respect du droit local est une question de compétence et non de fond, la solution du Tribunal sera néanmoins bien moins aisée à justifier au regard de violations plus mineures que celles relevées dans l'affaire *Fraport*, comme nous en discuterons plus bas.

On relèvera d'emblée que les précédents en la matière sont rares. Certes, les traités bilatéraux de protection des investissements contiennent de manière quasi systématique une disposition ayant le même sens, quoique pouvant avoir une rédaction ou un emplacement différent dans le traité en cause⁴¹⁶. Ce n'est que tout récemment que la question a été directement soulevée et que l'argument a été retenu dans une sentence rendue dans l'affaire opposant la société Inceysa Vallisoletana à l'État du Salvador⁴¹⁷.

Nous évoquerons dans le présent commentaire l'appréciation de la violation du droit philippin réalisée par le Tribunal (A) et nous nous demanderons ensuite si la décision d'en faire une question de compétence est justifiée (B).

A. L'appréciation par le Tribunal de l'allégation de la violation du droit philippin

La finesse de l'analyse de la violation du droit philippin par Fraport dans la sentence du 16 août 2007 serait difficilement critiquable⁴¹⁸. Cette question dépassant largement le cadre de cette chronique, nous nous contenterons de relever le droit jugé applicable à cette question (1) et de souligner les raisons qui, à notre avis, ont emporté la conviction du Tribunal arbitral (2).

⁴¹⁶ Voir par exemple le rapport de l'UNCTAD, *Scope and Definition: UNCTAD Series on issues in international investment agreements* ou le classique *Bilateral Investment Treaties* (1995) de Margrethe Stevens et Rudolf Dolzer, cités dans la sentence, *supra* note 397 aux para. 301-302.

⁴¹⁷ *Inceysa Vallisoletana*, *supra* note 360, décisions sur la compétence et nos observations dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 306. La question avait été brièvement abordée dans un certain nombre de décisions rendues ces dernières années mais jamais de manière aussi approfondie que dans l'affaire *Inceysa* ou dans l'affaire *Fraport*. Voir notamment, *Tokios Tokelès*, *supra* note 207 et nos observations dans *Fouret et Khayat 17.1*, *supra* note 91 à la p. 176; *Bayindir*, *supra* note 41 et nos observations dans *Fouret et Khayat 17.1*, *supra* note 91 à la p. 386. Voir également, dans une affaire fondée sur un BIT mais hors du cadre du CIRDI, devant un tribunal *ad hoc* constitué en application des règles de la CNUDCI, *SwemBalt AB, Suède c. Lettonie* (2000), et nos commentaires dans Dany Khayat, « When Less is not More – Expropriation and Compensation » (2004) 2 Stockholm Arbitration Report aux pp. 119 et s.

⁴¹⁸ Ce qui ne signifie pas qu'elle soit à l'abri de la critique, voir à ce sujet l'opinion dissidente de monsieur Cremades sur la question, *supra* note 411 aux para. 15-28.

1. LE DROIT APPLICABLE AU PRESENT DIFFEREND

Le Tribunal a justement analysé les dispositions de droit philippin qui auraient été violées par l'investisseur au moment où il a réalisé son investissement sans procéder à une analyse de droit international. On ne saurait *a priori* s'en étonner, dans la mesure où les articles du *BIT* applicables cités plus haut invitaient sans aucun doute le Tribunal à limiter son analyse au droit philippin.

Le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Inceysa Vallisoletana*⁴¹⁹ n'avait pas suivi le même raisonnement et avait considéré qu'il lui revenait de rechercher les violations du droit international, applicable en vertu du *BIT*. Nous avons relevé que la décision de ce tribunal de confronter les actes de l'investisseur au droit international nous semblait prise de manière trop rapide et ne justifiait pas pourquoi le droit du pays d'accueil n'aurait pas vocation d'être examiné en premier⁴²⁰.

Il est vrai que la *Convention de Washington*, à l'article 42(1), régit la question du droit applicable et que son interprétation accorde une très large place au droit international. Il n'en reste pas moins que c'est principalement la violation du droit interne qui doit être recherchée dans la mesure où c'est celle-ci que l'investisseur analyse et prend en compte au moment de planifier et, surtout, de réaliser son investissement.

2. DE LA RECONNAISSANCE DE LA VIOLATION DU DROIT PHILIPPIN PAR LE TRIBUNAL

Sans entrer dans les détails de l'analyse du droit philippin, nous pouvons assez facilement concevoir, à la lecture de la sentence, les deux éléments cruciaux qui ont convaincu la majorité du Tribunal que Fraport avait violé le droit philippin d'une manière telle qu'il n'était pas possible de lui trouver des circonstances atténuantes. D'une part, la mauvaise foi de Fraport a été prouvée assez rapidement lors de la procédure puisque que l'entreprise avait parfaitement connaissance de ses violations du droit philippin en réalisant son investissement. D'autre part, l'existence d'accord secrets – qui ont d'ailleurs été cachés au Tribunal arbitral pendant la plus grande partie de la procédure⁴²¹ – qui parachevaient la prise de contrôle, illégale en droit philippin, de Fraport sur PIATCO, la société de droit local chargée de réaliser le terminal aéroportuaire.

The Tribunal is persuaded from Fraport's own internal and contemporaneous documents that it was consistently aware that the way it

⁴¹⁹ *Inceysa Vallisoletana*, *supra* note 360 aux para. 208-257.

⁴²⁰ *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 aux pp. 306 et s.

⁴²¹ La sentence relève en effet que « [d]espite requests for document production, the obvious relevance of these secret documents to the Respondent's jurisdictional objection, and a stern warning by the President of the Tribunal early in the arbitration that adverse consequences could be drawn from the failure to produce such documents, it was only in the course of the hearing that the existence of many of these documents became known. It was only at the insistence of the President of the Tribunal at that moment that they were finally produced ». *Fraport*, *supra* note 411 au para. 400.

*was structuring its investment in the Philippines was in violation of the ADL and accordingly sought to keep those arrangements secret.*⁴²²

Plus loin, le Tribunal est aussi catégorique :

*[i]n the context of the internal Fraport documents, the secret shareholder, agreements show that Fraport from the outset understood, with precision, the Philippine legal prohibition but believed that if it complied with it, the prospective investment could not be profitable. So it elected to proceed with the investment by secretly violating Philippine law through the secret shareholder agreements. These agreements evidence that Fraport planned and knew that its investment was not "in accordance" with Philippine law.*⁴²³

C'est donc sans doute la mauvaise foi de l'investisseur qui est ici retenue et mise en avant comme facteur aggravant, motivant la décision de la majorité du Tribunal arbitral de considérer l'investissement comme ayant été réalisé en contrariété avec le droit philippin. Dès lors, il n'était pas couvert par le *BIT* et donc non susceptible d'être soumis à un tribunal CIRDI.

B. La question de savoir si l'investissement a respecté le droit local relève-t-elle de la compétence du Tribunal ou du fond de l'affaire?

Qu'on le critique ou non, il est indéniable que l'apport de la sentence *Fraport* est d'ajouter, lorsque les faits de l'espèce l'autorisent, une nouvelle condition à la compétence d'un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI, alors même qu'il nous semble que de tels tribunaux ploient sous les conditions relatives à leur compétence. En réalité, il s'agirait même d'un nouvel ajout à la définition de l'investissement qui devrait également comporter, si l'on tire les enseignements de la sentence *Fraport*, un examen de sa légalité vis-à-vis du droit national⁴²⁴.

Un tel ajout ne serait toutefois pas critiquable s'il était justifié. Or, il nous semble qu'il n'en est rien et que la question de savoir si l'investissement a été réalisé conformément au droit national doit être examinée lors du traitement du fond de l'affaire.

Il n'est en effet pas acquis que la réserve de légalité de l'investissement qui figure dans les *BIT* ait été entendue comme faisant obstacle à la compétence des tribunaux constitués en application de la clause de règlement des différends du même traité. C'est l'avis de monsieur Cremades dans son opinion dissidente :

⁴²² *Ibid.* au para. 332.

⁴²³ *Ibid.* au para. 355.

⁴²⁴ Voir par exemple les conditions relatives à la notion d'investissement et particulièrement celle relative à la nécessité – ou non – que l'investissement contribue au développement économique de l'État hôte, voir ci-dessus *Malaysian Historical Salvors c. Malaisie*, sentence du 17 mai 2007, à la section 11 et texte correspondant.

*[t]he purpose of these provisions is not to condition the right to arbitrate on the minute compliance by the investor at all times and in all respects with the domestic law and regulation of the Host State. It was not the intention, for example, that a Host State might escape responsibility for unfair or expropriatory acts because the investor did not comply with domestic regulation relating to the expression of corporate names.*⁴²⁵

D'autres partagent également ce point de vue⁴²⁶. On se souvient en effet que l'accès à un tribunal arbitral international est considéré comme l'une des protections fondamentales résultant d'un BIT, au même titre que les dispositions de protection de fond⁴²⁷. Conséquemment, il est envisageable qu'un litige relatif à un investissement non conforme au droit national ne soit pas justiciable par un tribunal arbitral dès lors que l'accès à celui-ci soit considéré comme une partie intégrante de la protection accordée par le BIT.

La véritable faiblesse de la démonstration de la sentence *Fraport* nous semble plutôt être le fait qu'elle implique le besoin de se demander quel investissement est digne de protection (pour l'analyse duquel, par conséquent, un tribunal arbitral CIRDI devrait se reconnaître compétent) ou non. Or, dans cette recherche, le tribunal devra nécessairement conduire une analyse de droit interne complexe et surtout porter un jugement de valeur délicat. Cela peut paraître une régression aux yeux de certains qui, de surcroît, ne correspond certainement pas à la tendance actuelle des décisions et sentences rendues en matière d'investissements internationaux.

Ce jugement de valeur, à savoir quel investissement est digne de protection, peut être aisé à réaliser. Il en est ainsi lorsque la violation du droit interne est si flagrante que le tribunal saisi n'a pas de doute sur le fait qu'il n'a pas à participer à la protection d'un investissement dont l'illégalité « crève les yeux » ou lorsque la corruption ou plus généralement la contradiction avec l'ordre public international est avérée. C'était le cas de l'affaire *Inceysa c. Salvador*⁴²⁸ et, tenant compte des nombreux développements relatifs à la mauvaise foi de l'investisseur dans la présente affaire, ce serait également le cas de l'affaire *Fraport*.

On relèvera également que le jugement de valeur précité pourrait également être aisé à réaliser lorsque la violation alléguée du droit interne est si légère ou si peu déterminante que le Tribunal n'a pas de difficultés à écarter l'argument et à se reconnaître compétent. C'était le cas dans l'affaire *Tokios Tokelès c. Ukraine* dans

⁴²⁵ *Fraport*, opinion dissidente Cremades, *supra* note 411 au para. 36.

⁴²⁶ Voir notamment Poulain, *supra* note 95 à la p. 44, n. 117.

⁴²⁷ Voir parmi d'autres exemples, la décision du tribunal constitué dans l'affaire *Plama Consortium Ltd c. Bulgarie*, *supra* note 180, décision sur la compétence au para. 141 et nos observations dans *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 à la p. 325.

⁴²⁸ *Inceysa Vallisoletana*, *supra* note 360 aux para. 245-252.

laquelle le Tribunal a relevé que « *to exclude an investment on the basis of such minor errors would be inconsistent with the object and purpose of the Treaty* »⁴²⁹.

Toutefois, en dehors de ces cas relativement clairs, lorsque l'affaire est délicate, que la violation est modérée ou discutable, comment prendre position sur celle-ci et surtout, quelle conclusion en tirer en termes de compétence? Un tribunal ne peut en effet se déclarer à moitié ou au trois quart compétent. Faudrait-il alors qu'un tribunal se reconnaisse incompétent en présence d'une violation d'importance moyenne ou au contraire qu'il admette pouvoir statuer sur le différend alors même que la violation est pourtant établie?

La majorité du Tribunal dans l'affaire *Fraport* a identifié cette difficulté, sans pourtant en tirer de conséquences ou du moins sans l'exprimer :

*[i]n some circumstances, the law in question of the host state may not be entirely clear and mistakes may be made in good faith. An indicator of a good faith error would be the failure of a competent local counsel's legal due diligence report to flag that issue. Another indicator that should work in favour of an investor that had run afoul of a prohibition in local law would be that the offending arrangement was not central to the profitability of the investment, such that the investor might have made the investment in ways that accorded with local law without any loss of projected profitability. This would indicate the good faith of the investor.*⁴³⁰

Cela signifie-t-il qu'en cas de bonne foi de l'investisseur, même s'il a gravement violé les dispositions du droit national applicable, le Tribunal se déclarerait compétent? La position du Tribunal est bien trop complexe et difficile à mettre en œuvre pour être approuvée.

La solution consistant à considérer que l'allégation de violation du droit local doit être examinée lors de la phase de fond de l'affaire, c'est-à-dire lorsque le tribunal constitué peut l'évaluer en fonction de l'ensemble des autres éléments de l'affaire et lui donner le poids qu'elle mérite, nous semble beaucoup plus justifiée et surtout plus aisée à mettre en œuvre. Elle possède l'avantage d'obliger l'investisseur ayant violé le droit national à répondre de ses actes, surtout lorsqu'il les a commis en pleine connaissance de cause, tout en évitant d'accabler celui qui n'a commis que des violations sans conséquence.

Dans la mesure où ces questions ont été les seules abordées dans la sentence *Fraport*, il est certain que le Comité *ad hoc* qui sera constitué au début de l'année 2008 – *Fraport* ayant demandé l'annulation de la sentence – aura à trancher sur ces questions, peut-être de manière suffisamment ferme pour définir une ligne jurisprudentielle sur la question.

⁴²⁹ *Tokios Tokelès*, *supra* note 207 aux para. 83-86, citée dans l'opinion dissidente de monsieur Cremades, *supra* note 411 au para. 36. Voir également Knahr, *supra* note 411 à la p. 23.

⁴³⁰ *Fraport*, *supra* note 411 au para. 396.

D.K.

XVIII. *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. Équateur*, décision sur les mesures provisoires du 17 août 2007⁴³¹

Composition du Tribunal : L.Y. Fortier, président; Brigitte Stern et David A.R. Williams, arbitres.

La décision concernant les mesures provisoires dans l'affaire *Occidental et autres c. Équateur* retient l'attention car de telles décisions sont rares parmi les affaires récentes dans le système mis en place par la *Convention de Washington*. Néanmoins, ces mesures figurent à l'article 47 de cette dernière ainsi qu'à l'article 39 du *Règlement d'arbitrage*⁴³².

La raison tient probablement du fait que, jusqu'à sa récente révision, les dispositions du *Règlement d'arbitrage* du CIRDI ne favorisaient pas particulièrement leur octroi. En effet, sans l'accord des parties, il n'était pas possible de saisir une juridiction nationale à cette fin alors que la constitution d'un tribunal arbitral CIRDI pouvait être longue, de plusieurs mois au moins. Dès lors, la procédure était peu adaptée puisqu'il fallait encore d'autres longs mois avant que le tribunal ne soit saisi et statue sur une telle demande. Le *Règlement d'arbitrage* a été modifié en 2006 pour permettre, notamment, aux tribunaux arbitraux d'examiner plus rapidement ces demandes de mesures provisoires avec comme objectif le prononcé d'une décision sur la question le plus rapidement possible après constitution du Tribunal⁴³³.

Dans la présente affaire, malgré le fait que la demande de mesures provisoires formulée par l'investisseur ait été réalisée sous l'empire du nouveau *Règlement*, il ne nous semble pas que la décision ait été rendue dans un délai particulièrement bref. Près de dix mois se sont en effet écoulés entre la demande et l'ordonnance en question.

Le litige entre les sociétés américaines Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company (Occidental) et l'Équateur portait sur des concessions octroyées par cet État pour l'exploitation de certains gisements d'hydrocarbures. Dans le contexte de renationalisation des ressources naturelles en cours actuellement dans certains pays d'Amérique du sud et qui alimente un certain

⁴³¹ *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. Équateur* (2007) n° ARB/6/11 (CIRDI) [*Occidental*].

⁴³² Parmi les précédents, on peut citer les décisions sur les mesures provisoires rendues dans les affaires *Holiday Inns c. Maroc* (1972), n° ARB/72/1 (CIRDI); *Amco, supra* note 364; *MINE c. Guinée* (1984), n° ARB/84/4 (CIRDI); *CSOB c. Slovaquie* (1999), n° ARB/97/4 (CIRDI); *Victor Pey Casado c. Chili* (2001), n° ARB/98/2 (CIRDI); *Maffezzini c. Espagne* (2000), n° ARB/97/7 (CIRDI), *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie, supra* note 180 avec nos observations dans *Fourret et Khayat 18.2, supra* note 31 à la p. 330 et *Ahmonseto c. Égypte* (2007), n° ARB/02/15 (CIRDI).

⁴³³ Sur les modifications du *Règlement*, voir les références citées *supra* note 72.

nombre de contentieux, l'Équateur a révoqué la concession et repris possession des champs pétrolifères et équipements associés.

Dans sa demande de mesures provisoires, Occidental sollicitait du Tribunal une décision obligeant d'une part, l'Équateur de l'informer – ainsi que le Tribunal – de tout contrat envisagé avec des tiers concernant l'exploitation de certains champs pétrolifères et d'autre part, l'Équateur devait s'engager à vendre certaines quantités de pétrole quotidiennement sur les réserves d'Occidental à un certain montant afin d'éviter que les dommages allégués par Occidental n'augmentent.

Comme le relève le Tribunal, les demandes d'Occidental sont fondées sur le principe – qui est également celui de ses demandes dans l'arbitrage – qu'elle entend obtenir une exécution en nature de ses demandes, à savoir la restitution de la concession des champs d'hydrocarbures dont l'Équateur a repris possession.

Le Tribunal arbitral rejette intégralement les demandes de mesures provisoires d'Occidental en retenant d'une part, que celle-ci n'avait pas prouvé de manière convaincante qu'elle détenait un droit d'exécution en nature et, d'autre part, qu'il n'y avait ni urgence ni risque d'un dommage imminent. Enfin, la mesure sollicitée ne permettrait pas d'éviter d'aggraver le différend.

La décision apporte quelques précisions sur les conditions d'octroi des mesures provisoires dans l'arbitrage CIRDI, à savoir l'existence d'un droit à protéger, l'existence d'une urgence et le besoin d'éviter la réalisation d'un dommage imminent⁴³⁴. Si on considère que les décisions publiées sur les mesures provisoires ne sont pas nombreuses et que ni l'article 47 de la *Convention de Washington*, ni l'article 39 du *Règlement d'arbitrage* ne mentionnent ces conditions, ces précisions sont utiles.

Par ailleurs, c'est en réalisant une brève mais très convaincante analyse de droit international que le Tribunal arbitral considère que la demande d'Occidental ne vise pas à protéger un droit existant, dans la mesure où il n'existe pas, selon les arbitres, de principe de droit international permettant à l'investisseur de demander une exécution en nature. Le Tribunal arbitral relève que la restitution en nature n'a jamais été accordée par des tribunaux CIRDI et que celle-ci est particulièrement rare en droit international⁴³⁵. Il ajoute que celle-ci serait en l'espèce quasiment impossible à réaliser sauf à imposer des contraintes à l'État qui semblent peu envisageables, à savoir obliger ce dernier à octroyer une concession à un investisseur étranger sur ses propres ressources naturelles. Seule l'indemnisation lui semble possible, ce qui nous apparaît, dans le cas d'espèce, parfaitement justifié : « *[compensation] strikes a balance between the need to protect the foreign investor's rights and the right of the host State to claim control over its natural resources* »⁴³⁶.

Enfin, les développements du Tribunal arbitral sur la question de l'obligation d'éviter d'aggraver le différend sont tout aussi pertinents. Le Tribunal rejette la

⁴³⁴ *Occidental*, *supra* note 431 aux para. 59-62.

⁴³⁵ *Ibid.* aux para. 75-86.

⁴³⁶ *Ibid.* au para. 85.

demande de l'investisseur en relevant qu'il ne s'agit en réalité que d'une demande tendant à minimiser le montant ultime de la demande. Pour le Tribunal, une telle demande est irrecevable car elle ne vise pas à éviter d'aggraver le différend mais le montant de la demande. La solution est ainsi parfaitement valable.

On remarquera pour conclure que, bien qu'une décision sur les mesures provisoires ne doive préjuger du fond, il est indéniable que certains aspects de la position du Tribunal sur des questions qui seront abordées à d'autres stades de la procédure ont été assez clairement dévoilés, telle l'impossibilité d'une exécution en nature des demandes de l'investisseur.

D.K.

XIX. *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. Argentine, sentence du 20 août 2007*⁴³⁷

Composition du Tribunal : J. William Rowley, président; Gabrielle Kaufmann-Kohler et Carlos Bernal Vera, arbitres.

La sentence rendue le 20 août 2007 dans l'affaire opposant la société française Vivendi Universal et sa filiale argentine Compañia de Aguas del Aconquija à l'Argentine intervient plus de dix ans après que le litige ait été enregistré par le CIRDI, le 19 février 1997.

L'affaire *Vivendi c. Argentine* est ainsi la plus ancienne affaire en cours inscrite au CIRDI. Elle se rapproche de l'affaire *Amco c. Indonésie*, qui avait duré près de treize années, et dépasse l'affaire *Klöckner c. Cameroun*⁴³⁸. L'affaire *Vivendi* a donné lieu à une première sentence le 21 novembre 2000 qui avait rejeté les demandes de l'investisseur. Elle a été suivie de l'importante décision du 3 juillet 2002 du Comité *ad hoc* qui a eu le retentissement que l'on connaît⁴³⁹. Après une décision sur la compétence du 14 novembre 2005, la présente sentence, rendue sur le fondement du *Traité de protection des investissements* signé entre la France et l'Argentine⁴⁴⁰ (le *BIT*), condamne l'Argentine à payer aux investisseurs une somme de plus de 100 millions de dollars. L'affaire n'est pourtant pas terminée et ne le sera vraisemblablement pas en 2008 puisque l'Argentine a en effet demandé l'annulation de la sentence le 19 décembre 2007.

Le litige résulte de différends ayant opposé les parties après que les investisseurs aient obtenu la concession des services de ressources hydrauliques et du traitement des eaux usées de la province argentine de Tucumán en 1995. Les

⁴³⁷ *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. Argentine* (2007), N° ARB/97/3 (CIRDI), sentence du 20 août 2007 [*Vivendi II*]. Voir sur cette affaire, les commentaires de Mathieu Raux, « Expropriation », dans Ibrahim Fadlallah, Charles Leben et Eric Teynier, *supra* note 264 aux pp. 48-52, spéc. à la p. 32.

⁴³⁸ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. Cameroun* (1983), n° ARB/81/2 (CIRDI). (Date d'enregistrement : 14 avril 1981 et dernière décision rendue : 17 mai 1990; un peu plus de 9 ans).

⁴³⁹ Voir sur cette décision, nos observations dans *Fouret et Khayat 15.2, supra* note 31 à la p. 192.

⁴⁴⁰ 3 juillet 1991, en ligne : <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

investisseurs reprochent aux autorités locales de leur avoir systématiquement dénié leurs droits et d'avoir modifié les tarifs de manière unilatérale. Les autorités provinciales auraient également engagé une campagne de dénigrement à l'égard des investisseurs avant de résilier le contrat de concession. On rappellera que la décision du Comité *ad hoc* du 3 juillet 2002 avait annulé la sentence du 21 novembre uniquement en ce qui concerne les demandes des investisseurs fondées sur les manquements allégués de l'Argentine à l'encontre du *BIT*. Ce sont ces demandes qui font l'objet de la présente sentence. On notera que cette affaire, contrairement à la quasi-totalité des affaires impliquant l'Argentine devant le CIRDI, ne concerne pas les effets de la crise argentine et les mesures que l'État argentin a pu prendre en réaction à celle-ci.

Les investisseurs soutiennent que l'Argentine, à travers les autorités provinciales, a manqué à ses obligations résultant du *BIT*, d'une part, de leur accorder un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité pleines et entières et, d'autre part, de ne pas les exproprier ou si tel est le cas de leur verser une indemnité prompte et adéquate au sens de l'article 5 du *BIT*, ce qui n'a jamais eu lieu.

Dans sa sentence de 265 pages, le Tribunal arbitral a statué sur ces deux questions d'une manière classique. Pour cette raison, nous les étudierons tour à tour très brièvement.

A. La violation de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité pleines et entières

L'obligation de l'Argentine d'assurer aux investisseurs français un traitement juste et équitable résulte de l'article 3 du *BIT* qui dispose ainsi :

Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements effectués par des investisseurs de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit ni en fait.

Contrairement à d'autres traités de protection des investissements dans lesquels l'obligation d'assurer une protection et une sécurité pleines et entières est érigée en norme autonome, le *BIT* entre la France et l'Argentine fait de cette obligation une modalité du traitement juste et équitable. L'article 5(1) du *BIT* dispose ainsi :

Les investissements effectués par des investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières, en application du principe de traitement juste et équitable mentionné à l'article 3 du Présent accord.

Le Tribunal arbitral interprète ces deux dispositions dans un sens tout à fait classique.

Ainsi, sur l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable, le Tribunal arbitral retient notamment qu'il n'est pas pertinent de se demander si l'État a agi de bonne ou de mauvaise foi lorsqu'il a pris les mesures attaquées. Citant la sentence rendue dans l'affaire *CMS*, le Tribunal arbitral retient un critère objectif de détermination du manquement à l'obligation⁴⁴¹. La solution est en passe de devenir incontestable et nous l'avons relevé à plusieurs reprises dans cette chronique⁴⁴².

L'analyse du contenu de l'obligation d'assurer une protection et une sécurité pleines et entières est également classique dans la mesure où le Tribunal considère que cette obligation s'entend même en l'absence d'une atteinte matérielle⁴⁴³.

Et le Tribunal d'analyser les éléments de ce qui est indiscutablement une campagne de dénigrement des autorités provinciales à l'égard des investisseurs, comme le reconnaît l'un des témoins de l'Argentine, cité dans la sentence : « *[t]he Tucumán Government added its voice to the protest [against the concessionaire]. In truth, a veritable chorus was formed, where legislators, journalists, politicians and leaders from civil society competed to be perceived as the most virulent* »⁴⁴⁴. Le Tribunal ne pouvait que relever comment les autorités provinciales « *mounted an illegitimate "campaign" against the concession, the Concession Agreement, and the "foreign" concessionaire from the moment it took office, aimed either at reversing the privatisation or forcing the concessionaire to renegotiate (and lower) CAA's tariffs* »⁴⁴⁵.

La conclusion du Tribunal est cinglante et se passe de commentaire : « *[w]e are in no doubt that Respondent's many acts and omissions cumulatively constituted an 'international delinquency' as defined in the Neer Claim and thus infringed the 'minimum standard of treatment' it relies upon* »⁴⁴⁶.

B. Le Tribunal retient que l'Argentine a exproprié les investisseurs en violation du traité

Le *BIT* régit, dans son article 5(1), de manière classique l'interdiction pour un État d'exproprier un investisseur, sans lui accorder une indemnisation prompte et adéquate :

Les Parties contractantes ne prennent pas, directement ou indirectement, de mesures d'expropriation ou de nationalisation, ni toute mesure équivalente

⁴⁴¹ *Vivendi II*, *supra* note 437 au para. 7.4.12.

⁴⁴² Voir également nos commentaires sur la sentence *Azurix c. Argentine*, *supra* note 83, dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 301; *Siemens (fond)*, *supra* note 75, commentée ci-dessus, à la section 5 et *Enron (fond)*, *supra* note 218, commentée ci-dessus, section 10.

⁴⁴³ *Vivendi II*, *supra* note 437 au para. 7.4.12.

⁴⁴⁴ *Ibid.* au para. 7.4.20.

⁴⁴⁵ *Ibid.* au para. 7.4.19.

⁴⁴⁶ *Ibid.* au para. 7.4.46.

ayant un effet similaire de dépossession, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier. Les mesures visées ci-dessus qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, calculé sur la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession.

Le Tribunal statue sur l'allégation de l'expropriation en retenant en premier lieu que les droits contractuels, tels le contrat de concession, sont susceptibles d'être expropriés. Citant une étude de la CNUCED, le Tribunal ajoute que la dépossession physique de l'investissement n'est pas requise tant que l'investisseur perd de fait la jouissance du bien : « *measures short of physical takings may amount to takings in that they result in the effective loss of management, use or control, or a significant depreciation of the value of the asset of a foreign investor* »⁴⁴⁷. Le Tribunal conclut en rappelant qu'en matière d'expropriation comme en matière de traitement juste et équitable, l'intention de l'État ne compte guère. De bonne foi ou non, l'acte d'expropriation est contraire au *BIT* si l'investisseur n'a pas été indemnisé, ce qui était le cas en l'espèce.

La conclusion du Tribunal sur la question de l'expropriation est elle aussi sans appel, « *[c]laimants were radically deprived of the economic use and enjoyment of their investment, the benefits of which (ie the right to be paid for services provided) had been effectively neutralised and rendered useless* »⁴⁴⁸. Les faits de l'espèce, détaillés sur de nombreuses pages dans la sentence, sont si défavorables à l'Argentine qu'on ne peut que se ranger derrière la décision du Tribunal.

On peut indiquer pour conclure que c'est en se fondant sur la notion de « *fair market value* », et non sans avoir pris soin d'étudier la jurisprudence arbitrale en la matière, que le Tribunal statue sur les demandes de réparation de l'investisseur⁴⁴⁹.

D.K.

XX. *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chili*, sentence du 21 août 2007⁴⁵⁰

Composition du Tribunal : Claus Von Wobeser, président; Susana B. Czar de Zaldueño et W. Michael Reisman, arbitres.

⁴⁴⁷ CNUCED, *Taking of Property*, UNCTAD Series on International Investment Agreements, 2000, cité au para. 7.5.17 de la sentence, *ibid.*

⁴⁴⁸ *Vivendi II*, *supra* note 437 au para. 7.5.34.

⁴⁴⁹ Voir sur ce point, la sentence rendue dans l'affaire *CMS*, et nos commentaires dans *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 aux pp. 348 et s.

⁴⁵⁰ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chili* (2007), n° ARB/04/7 (CIRDI), sentence du 21 août 2007.

La sentence rendue dans l'affaire *Vieira c. Chili* étant rédigée en espagnol, nous n'en réaliserons qu'un bref survol.

Les faits de l'espèce concernent des droits de pêche octroyés à une société de droit chilien détenue en partie par la société espagnole Eduardo Vieira. Le litige porte sur la nullité de ces droits, reconnue par les juridictions chiliennes, et a été introduit sur le fondement du *Traité de promotion et de protection des investissements* signé entre l'Espagne et le Chili⁴⁵¹ (le *BIT*).

Le Chili a soumis des objections à la compétence du Tribunal arbitral dont la principale porte sur la compétence *ratione temporis*. Selon le Chili, le litige concerne en réalité une résolution visant l'interdiction de pêcher, prise avant que le *BIT* n'entre en vigueur. Le Chili soutient ainsi que le différend porté par l'investisseur devant le CIRDI n'est pas couvert par le *BIT*.

Le Tribunal arbitral a retenu l'objection à la compétence présentée par le Chili en considérant que le litige qui lui était soumis était en réalité le même litige que celui qui oppose l'investisseur au Chili depuis des années, avant que le *BIT* n'entre en vigueur.

La décision du Tribunal, qui a été prise à la majorité dans la mesure où l'un des arbitres, madame Czar de Zalduendo a joint à la sentence une opinion dissidente partielle, s'ajoute aux nombreuses autres décisions rendues récemment sur la question de la compétence *ratione temporis* des tribunaux CIRDI⁴⁵².

Comme le Chili a soumis une demande d'annulation de la sentence au début de l'année 2008, la question sera une nouvelle fois analysée devant un Comité *ad hoc* et nous ne manquerons pas de nous faire l'écho de sa décision.

D.K.

XXI. *Industria Nacional de Alimentos S.A. et Indalsa Peru, S.A. c. Pérou*, décision sur l'annulation du 5 septembre 2007 et décision sur la rectification de la décision du Comité *ad hoc* du 30 novembre 2007⁴⁵³

Composition du Comité ad hoc: Hans Danelius, président; Franklin Berman et Andrea Giardina, membres.

La décision d'annulation fait suite à la sentence rendue le 7 février 2005, *Lucchetti SA c. Pérou*⁴⁵⁴. En effet, Lucchetti et sa filiale, les investisseurs, ont changé

⁴⁵¹ 2 octobre 1991, en ligne : UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

⁴⁵² Voir sur cette question, ne serait-ce que dans cette Chronique, les affaires *Industria Nacional de Alimentos S.A. et Indalsa Peru, S.A. c. Pérou*; *Kardassopoulos c. Géorgie* et nos observations ci-haut section 14; *MCI Power Group c. Équateur*, ci-haut section 16.

⁴⁵³ *Industria Nacional de Alimentos S.A. et Indalsa Peru, S.A. c. Pérou* (2007) N° ARB/03/4 (CIRDI) [*Industria Nacional*].

⁴⁵⁴ *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 aux pp. 322 et s.

de nom dans le laps de temps mais c'est bien la continuation de la même affaire dans laquelle le Tribunal s'était reconnu incompétent *ratione temporis*. Le BIT applicable entre le Chili et le Pérou ne couvrirait pas le différend entre les investisseurs et le Pérou car, selon le Tribunal, le litige était né avant l'entrée en vigueur du traité. Les faits de l'affaire sont résumés dans les premières pages de la décision⁴⁵⁵.

Tout comme pour la sentence, la concision extrême de cette décision (trente pages) nous conduira à n'en faire qu'une analyse rapide. En outre, elle n'apporte que peu d'éléments novateurs en matière de procédure d'annulation. De surcroît, sur ces trente pages, seulement sept d'entre elles sont véritablement consacrées à l'analyse des trois motifs d'annulation soulevés par l'investisseur.

Pour Industria Nacional, le nouveau nom de Lucchetti, le Tribunal aurait en premier lieu manifestement excédé ses pouvoirs en « *applying the ratione temporis exception in the BIT. This was not consistent with previous ratione temporis jurisprudence* »⁴⁵⁶. Le Comité *ad hoc* n'est pas de cet avis et réitère d'abord le fait que le mécanisme d'annulation a un caractère restrictif et « *should not occur easily* »⁴⁵⁷. Ainsi, ce dernier n'est pas intéressé par le fait de savoir si l'analyse du Tribunal était bonne ou pas mais simplement si elle est « *clearly a tenable one* »⁴⁵⁸. Comme l'indique Christopher Schreuer sur le caractère manifeste de cet excès,

*[t]he word relates not to the seriousness of the excess or the fundamental nature of the rule that has been violated but rather to the cognitive process that makes it apparent. An excess of powers is manifest if it can be discerned with little effort and without deeper analysis.*⁴⁵⁹

C'est ainsi, et à juste titre, que le Comité affirme que le Tribunal n'a manifestement pas excédé ses pouvoirs, malgré certains errements mineurs dans la sentence et des simplifications dans les analyses⁴⁶⁰.

Ensuite, le demandeur reproche aussi au Tribunal une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure. Pour Industria Nacional, les arbitres ont accepté implicitement les arguments du Pérou concernant les allégations de corruption pesant sur lui, en violation du principe de la présomption d'innocence⁴⁶¹.

D'après le Comité, et de manière fort logique, le Tribunal a indiqué qu'il ne s'était pas appuyé sur ces éléments contestés pour rendre sa décision. Les membres du Comité ne considèrent donc pas que l'on puisse suivre l'investisseur dans cet argument. En outre, et de manière fort judicieuse, le Comité renforce son argumentation en indiquant que toutes les garanties procédurales, et notamment celle du contradictoire, avaient été respectées. Ainsi, il paraît impossible de penser que ce

⁴⁵⁵ *Industria Nacional*, *supra* note 453 aux para. 1-14.

⁴⁵⁶ *Ibid.* aux para. 34-45.

⁴⁵⁷ *Ibid.* au para. 101.

⁴⁵⁸ *Ibid.* au para. 112.

⁴⁵⁹ Schreuer, « *The ICSID Convention* », *supra* note 53 à la p. 933.

⁴⁶⁰ *Industria Nacional*, *supra* note 453 au para. 114.

⁴⁶¹ *Ibid.* aux para. 46-50.

motif ait été violé comme l'indique *Industria Nacional*. Ce dernier est plus vraisemblablement déçu de la sentence et cherchait un moyen supplémentaire de contester la solution adoptée en 2005.

Enfin, le troisième motif invoqué concernait, plus subsidiairement, le défaut de motifs suite à de prétendus raisonnements contradictoires du Tribunal. Ce dernier se serait fondé sur des standards incohérents⁴⁶². Comme le Comité l'indique, une annulation fondée sur ce motif « *should only occur in clear cases and that a failure to state reasons, in order to lead to annulment, must not only lack in any expressed rationale, but the relevant point must also be necessary to the tribunal's decision* »⁴⁶³.

En effet, « *failure to state reasons is the most difficult ground for annulment to apply and analyze* »⁴⁶⁴ car il est souvent difficile de déterminer s'il y a eu une violation à ce propos sans analyser le fond de l'affaire. Le Comité ne s'y trompe pas et s'attache uniquement à vérifier l'absence de contradictions ou l'insuffisance importante de précisions, dans le raisonnement du Tribunal. Cette vérification faite, les membres indiquent par conséquent que l'annulation ne peut pas non plus être accordée sur ce motif.

Ainsi, le Comité rejette la demande d'annulation formulée par l'investisseur mais par une majorité de deux membres contre un.

En effet, Franklin Berman est entièrement opposé à la position prise par le Comité et ce, de manière assez intéressante. Pour lui, le nœud du différend portait sur l'article 2 du *BIT* et sur la compétence *ratione temporis*. Or, cette disposition fait aussi l'objet d'une procédure arbitrale entre le Chili et le Pérou afin d'en donner une interprétation officielle, car les deux États ne sont pas d'accord sur le sens à lui donner. Pour cet arbitre, le fait que le Tribunal arbitral ait refusé de suspendre sa procédure pour attendre cette décision et qu'il n'ait pas expliqué suffisamment clairement son interprétation de l'article 2 du *BIT* sont des raisons qui lui paraissent satisfaisantes pour annuler la sentence. Nous n'en sommes pas forcément persuadés.

Si l'avis rendu par le tribunal arbitral constitué entre les deux États doit effectivement revêtir une grande importance, un tribunal saisi d'un différend entre un État et un investisseur est cependant juge de sa propre compétence. Ainsi, la sentence arbitrale interétatique n'aurait été qu'un élément supplémentaire dans sa prise de décision. Rien ne permet d'affirmer que la sentence de 2005 aurait été différente si la décision arbitrale interétatique avait été rendue au préalable. Ainsi, fonder une décision d'annulation sur cet argument de pure conjecture peut paraître contestable et nous restons donc convaincus par le raisonnement susmentionné rendu par la majorité du Comité *ad hoc*.

Enfin, il est nécessaire de mentionner la décision de rectification de la sentence rendue par le Comité *ad hoc* le 30 novembre 2007. Une telle demande de rectification peut, selon l'article 49(2) de la *Convention de Washington*, être

⁴⁶² *Ibid.* aux para. 51-52.

⁴⁶³ *Ibid.* au para. 128.

⁴⁶⁴ Christoph Schreuer, « Three Generations », *supra* note 65 à la p. 33.

demandée par une partie pour « corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence ». Nous soulignons l'année dernière qu'il était fort peu pertinent d'engager une telle procédure « parce que le nom d'un avocat a été omis alors que son cabinet est bien mentionné comme conseil du défendeur » et que cela pouvait ainsi « sembler légèrement exagéré »⁴⁶⁵. Pourtant, cet écueil se répète en l'espèce avec l'affiliation d'un co-conseil à un cabinet d'avocat, alors que celui-ci se réclamait indépendant et aurait dû être cité comme tel.

S'il est vrai que ce conseil était en pleine bataille de récusation dans un arbitrage où il était arbitre pour ses affiliations avec ledit cabinet⁴⁶⁶, il n'en reste pas moins que l'utilisation d'un mécanisme d'arbitrage coûteux pour modifier des erreurs typographiques, somme toute mineures, doit être déploré.

J.F.

XXII. *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, sentence du 11 septembre 2007⁴⁶⁷

Composition du Tribunal : Laurent Lévy, président; Marc Lalonde et Julian Lew, arbitres.

Cette sentence rendue le 11 septembre 2007 est la première impliquant la Lituanie. Le différend opposait cet État à une société de nationalité norvégienne, Parkerings-Compagniet AS. Le fondement de la demande est donc le *Traité bilatéral de protection des investissements* entre la Norvège et la Lituanie⁴⁶⁸ (le BIT).

L'entreprise norvégienne Parkerings a constitué un consortium de droit lituanien, Baltijus Parkingas UAB (BP), afin de répondre à un appel d'offre pour construire un vaste complexe de stationnements à plusieurs étages à Vilnius⁴⁶⁹. L'accord originel prévoyait que le consortium devait construire, développer, maintenir les infrastructures et appliquer les dispositions du contrat relatives au système des stationnements publics. Le consortium se verrait rétribuer par la possibilité de collecter les droits d'entrée et d'abonnement au stationnement durant treize ans⁴⁷⁰. Cet appel d'offre lancé par la ville de Vilnius a été remporté par BP.

Cependant, il est devenu très rapidement évident qu'une partie de l'accord sur le partage des droits d'entrée était en contradiction avec le droit lituanien. En outre, des amendements législatifs du parlement lituanien, en 2000 et 2001, ont désavoué le type de partenariat public-privé, conclu entre BP et Vilnius, ce qui a

⁴⁶⁵ Voir nos commentaires de la décision de rectification du 19 mai 2006 dans *Noble Venture c. Roumanie, Fouret et Khayat 19.1*, supra note 39 à la p. 295.

⁴⁶⁶ Voir notamment, Tribunal de première instance de Bruxelles, 4^e chambre, RG : 2006/1542/A, jugement du 22 décembre 2006, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca>>.

⁴⁶⁷ *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie* (2007), n° ARB/05/8 [*Parkerings*].

⁴⁶⁸ 16 août 1992, en ligne : UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

⁴⁶⁹ Supra note 467 aux paras. 51-105.

⁴⁷⁰ Ibid. aux para. 96-105.

empêché les parties à ce partenariat de réviser l'accord originel⁴⁷¹. De surcroît, en l'an 2000, la National Monument Protection Commission, une autorité administrative, a soulevé l'impact négatif que la construction du projet de stationnement pourrait avoir sur le patrimoine de la vieille ville de Vilnius⁴⁷².

Tous ces éléments ont provoqué l'arrêt de la construction afin que les parties puissent réagir à ces changements de réglementation. Cependant, en 2004, Vilnius a décidé de résilier le contrat en raison du non respect des termes de l'accord par Parkerings. La requête d'arbitrage du 11 mars 2005 par le demandeur a donc été déposée en réponse à cette résiliation. Les modifications législatives constituent l'élément central de cette requête d'arbitrage.

Nous étudierons dans un premier temps l'acceptation de sa compétence par le Tribunal (A). Ensuite nous allons analyser de manière approfondie une question centrale dans cette affaire, celle du traitement juste et équitable (B) pour finalement, conclure sur les autres violations du *BIT*, plus annexes, soulevées par Parkerings (C).

A. Une compétence du Tribunal incontestable

Le Tribunal a été saisi de deux questions principales en matière de compétence : *ratione personae* et *ratione materiae*.

Concernant l'investisseur, et contrairement à nombre d'autres affaires⁴⁷³, la question de la nationalité n'est ni contestée ni contestable. L'investisseur est de nationalité norvégienne car c'est une société incorporée dans cet État⁴⁷⁴.

Pour la compétence *ratione materiae*, le Tribunal reprend les critères dégagés dans l'affaire *Vivendi*. Il énonce que la possession par un étranger d'actions d'une société est un investissement et la personne les possédant, l'investisseur⁴⁷⁵. Parkerings possédant 100% de BP, les qualités d'investisseur et d'investissement ne peuvent ainsi être contestées⁴⁷⁶. En outre, le Tribunal énonce des principes constamment réaffirmés, en raison de leur caractère coutumier, notamment sur la responsabilité de l'État du fait de ses subdivisions. Enfin, les demandes de Parkerings se fondent uniquement sur des violations du *Traité*, et non de l'accord avec la municipalité, et par conséquent, le Tribunal est compétent *prima facie*⁴⁷⁷. Les arbitres peuvent désormais passer à l'analyse du fond de l'affaire.

⁴⁷¹ *Ibid.* aux para. 119-134.

⁴⁷² *Ibid.* au para. 142.

⁴⁷³ Voir par exemple, *Tokios Tokelès*, *supra* note 207, décision sur la compétence et nos commentaires dans *Fouret et Khayat 17.1*, *supra* note 91 à la p. 176, ou encore en 2006, *ADC c. Hongrie*, *supra* note 107 et nos commentaires dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 320. Voir aussi sur le sujet Caline Mouawad et Lara Karam, «Tokios Tokelès: Home Is Where Control Is?» dans American Arbitration Association, *ADR & the Law*, 21^e éd., New York, Jurispublishing, 2007 aux pp. 259 et s.

⁴⁷⁴ *Parkerings*, *supra* note 467 aux para. 245-248.

⁴⁷⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal (ex Compagnie générale des eaux) c. Argentine* (2002), n° ARB/97/3, décision au para. 50 et nos commentaires dans *Fouret et Khayat 15.2*, *supra* note 31 à la p. 192.

⁴⁷⁶ *Parkerings*, *supra* note 467 aux para. 249-255.

⁴⁷⁷ *Ibid.* aux para. 256-266.

B. Le traitement juste et équitable et l'apport définitionnel central des attentes légitimes de l'investisseur

Les demandes de l'investisseur ont principalement focalisé sur le standard du traitement juste et équitable posé par l'article III du *BIT*. Les modifications législatives et l'absence d'un environnement juridique stable et prévisible sont les deux éléments sur lesquels Parkerings fonde sa demande⁴⁷⁸. Les demandes de l'investisseur sont divisées en trois questions, pour déterminer si le standard de traitement a été violé : (1) y a-t-il eu un traitement injuste et discriminatoire?; (2) la Lituanie a-t-elle agi arbitrairement?; et enfin, (3) la Lituanie a-t-elle violé les attentes légitimes de l'investisseur?

1. DE L'ABSENCE DE TRAITEMENT INJUSTE ET DISCRIMINATOIRE

Pour Parkerings, les autorités lituaniennes n'ont pas mis tout en œuvre pour la réussite du projet et lui ont fait subir, à l'inverse, un « *grossly unfair and discriminatory treatment* » du fait des différentes actions effectuées par la mairie de Vilnius⁴⁷⁹.

À toutes fins utiles, et de manière liminaire, le Tribunal rappelle très justement qu'une violation de l'accord concernant le stationnement ne constitue pas nécessairement une violation du *Traité*⁴⁸⁰. À cette nécessaire clarification, les arbitres en ajoutent une autre : la détermination d'une discrimination est nécessairement effectuée par rapport à d'autres investisseurs.

C'est en effet la différence centrale entre les standards contingents, comme le traitement national ou de la nation la plus favorisée, et ceux non contingents, tels que le traitement juste et équitable, qui s'illustre en l'espèce. Ce dernier standard est même qualifié ainsi : « *the standard of fair and equitable treatment is one of the main non contingent or absolute standards used in the field [...] of foreign investment* »⁴⁸¹.

Un traitement non contingent « *applies to an entity in a given situation without reference to standards which are applicable to other entities; it may of course, apply to other entities, but its content does not vary according to how other entities are treated* »⁴⁸². À l'inverse, des standards contingents « *are those which determine the treatment to be accorded to investors [...] by reference to municipal legislation or international treaties effective at the time the relevant issue arise* » mais pas en référence à un standard non contingent⁴⁸³.

⁴⁷⁸ *Ibid.* aux para. 268-269.

⁴⁷⁹ *Ibid.* au para. 281.

⁴⁸⁰ *Ibid.* au para. 289.

⁴⁸¹ Stephen Vasciannie, « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice » (1999) 70 *Brit. Y.B. Int'l L.* 99, à la p. 105.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ *Ibid.* à la p. 106.

Ainsi, le Tribunal ne peut affirmer en l'espèce qu'une discrimination a eu lieu en l'absence d'un point de référence équivalent dans le traitement d'autres investisseurs⁴⁸⁴.

2. DE L'INEXISTENCE D'UNE CONDUITE ARBITRAIRE DE LA PART DE LA LITUANIE

La question du traitement arbitraire résulte du fait que, pour l'investisseur, la ville de Vilnius possédait un mémorandum juridique avant la mise en place de l'accord, *Sorainen Memo*⁴⁸⁵, qui soulignait les problèmes de viabilité du système hybride de récupération des droits de stationnement. La municipalité aurait ainsi omis d'avertir l'investisseur⁴⁸⁶.

Le Tribunal reconnaît que le mémorandum était en possession des autorités municipales fin 1999 et que l'investisseur n'avait pas eu copie de ce document⁴⁸⁷. Cependant, l'investisseur avait lui aussi demandé à un cabinet d'avocats de donner un avis juridique sur l'accord conclu. En outre, élément d'importance pour le Tribunal, le *Sorainen Memo* ne contenait aucune information secrète et toutes les informations étaient disponibles pour le public⁴⁸⁸. Ainsi, aucune information n'a été cachée à l'investisseur afin de l'encourager à investir. Il savait pourtant qu'un tel investissement pouvait être risqué, en atteste la consultation qu'il avait demandée, de son propre chef, à un cabinet d'avocats.

Parkerings soutient enfin que la ville de Vilnius n'a pas agi de bonne foi durant la relation contractuelle et que sa résiliation de l'accord n'est ainsi pas acceptable au regard des protections accordées par le *BIT*. De nouveau, le Tribunal réitère ces critères qu'« *under certain limited circumstances, a substantial breach of a contract could constitute a violation of a treaty* »⁴⁸⁹. Ainsi, ayant la possibilité de faire reconnaître la violation des termes de l'accord par les cours lituaniennes, le Tribunal considère qu'en l'absence de preuve d'une violation des termes de cet accord par ces dernières ou de leur potentiel manque d'indépendance, il est impossible de reconnaître que l'article III du *BIT* ait été violé sur ce fondement.

3. DE L'IMPOSSIBILITE D'UTILISER LES ATTENTES LEGITIMES DE L'INVESTISSEUR COMME UNE CLAUSE DE STABILISATION JURIDIQUE

L'investisseur invoque la non-protection de ses attentes légitimes comme argument central de la violation du traitement juste et équitable. Nous avons par le passé qualifié ces attentes de « socle définitionnel » possible de ce standard de traitement⁴⁹⁰. La présente sentence confirme que cela est désormais presque acquis.

⁴⁸⁴ *Parkerings*, *supra* note 467 aux para. 290-292.

⁴⁸⁵ *Ibid.* aux para. 300-309.

⁴⁸⁶ *Ibid.* aux para. 295-296.

⁴⁸⁷ *Ibid.* aux para. 301-303.

⁴⁸⁸ *Ibid.* aux para. 305-306.

⁴⁸⁹ *Ibid.* au para. 316.

⁴⁹⁰ *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 326. Voir aussi A. von Walter, *supra* note 110.

Quatre affaires en 2006 avaient reconnu ces attentes comme élément central de la notion de traitement juste et équitable⁴⁹¹. Nous avons alors craint un risque de réinsertion des clauses de stabilisation juridique par ce biais⁴⁹². La présente affaire met un point final heureux à cette crainte : les attentes légitimes de l'investisseur ne garantissent pas la stabilisation du régime juridique. Le Tribunal effectue son analyse en deux étapes car il s'agit tout d'abord de déterminer si la Lituanie était obligée de ne pas modifier le régime juridique mais aussi si la municipalité de Vilnius n'avait pas l'obligation de protéger l'investisseur contre les effets économiques potentiels suite à une telle modification de l'accord.

Le Tribunal reconnaît que l'investisseur a droit à un environnement juridique stable et prévisible mais il doit aussi être conscient du droit que possède tout État souverain de modifier son cadre réglementaire au fil du temps et à sa discrétion⁴⁹³. En outre, les arbitres notent que Parkerings connaissait l'environnement économique et juridique lors de la conclusion de l'accord et notamment le fait que les évolutions de la Lituanie « *was characteristic of a country in transition from its past being part of the Soviet Union to candidate to the European Union* »⁴⁹⁴. Les modifications législatives étaient donc évidemment attendues. De surcroît, ces risques sont inhérents à toute opération d'investissement et comme l'investisseur n'a pas prouvé que l'État a agi de manière discriminatoire, déraisonnable et inéquitable dans l'exercice de ses prérogatives législatives, les attentes légitimes de l'investisseur n'ont ainsi pas été violées pour ce premier chef.

Concernant la protection de l'investisseur contre les effets économiques potentiels d'un tel changement législatif, l'investisseur a été incapable de prouver un tel engagement de la part de la municipalité de Vilnius, et donc de la Lituanie. Comme l'affirment les arbitres, « *not every hope amounts to an expectation under international law* »⁴⁹⁵ car aucune clause de stabilisation, décriées par la plupart en droit international⁴⁹⁶, n'avait été incluse dans le contrat. Par conséquent, tous les

⁴⁹¹ On peut considérer que l'affaire *CMS* en 2005, *supra* note 83 avait en fait enclenché ce mouvement. Les quatre sentences de 2006 sont *Saluka Investments BV (Netherlands) c. République tchèque*, sentence du 17 mars 2006 (UNCITRAL); *Azurix Corp. c. Argentine*, *supra* note 83; *ADC c. Hongrie*, *supra* note et enfin, *LG&E(sentence)*, *supra* note 83.

⁴⁹² *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 327.

⁴⁹³ *Parkerings*, *supra* note 467 aux para. 332-333.

⁴⁹⁴ *Ibid.* au para. 335.

⁴⁹⁵ *Ibid.* au para. 344.

⁴⁹⁶ Voir, sur la question de la validité des clauses de stabilisation au regard du principe de souveraineté des États, Prosper Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérés dans les accords de développement économique » dans *La communauté internationale – Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, A. Pedone, 1974 à la p. 301; Jean-Flavien Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées : Développements récents » (1983) 181-III Rec. des Cours 9. Plus généralement, sur les clauses de stabilisation en arbitrage international, voir Abdullah Faruque, « Validity and Effects of Stabilization Clauses » (2006) 23 J. Int'l Arb. 317; Andrea Giardina, « Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire? » 2003 3 Rev. Arb. 647; Sébastien Manciaux, « Changement de législation fiscale et arbitrage international » (2001) 2 Rev. Arb. 311; Abba Kolo et Thomas W. Wälde, « Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects » (2000) 5 J. World Inv't 47; Piero Bernardini, « The Renegotiation of the Investment Contract » (1998) Foreign Investment Law Journal 411; S.K. Chatterjee, « The Stabilisation Clause Myth in Investment Agreements » (1988) 5.4 J. Int'l Arb. 97;

risques pris par l'investisseur sont inhérents à son activité économique et ne peuvent être garantis dans l'absolu par la partie étatique sans accord explicite. Ainsi, « *acts and omissions of the Municipality of Vilnius, in particular any failure to advise or warn the claimant of likely or possible changes of Lithuanian law, may be breaches of the Agreement but that does not mean they are inconsistent with the Treaty* »⁴⁹⁷. En conséquence, aucune violation du *BIT* ne peut être reconnue, et à juste titre nous semble-t-il.

Les attentes légitimes se sont donc affirmées comme noyau central et caractéristique du standard de traitement juste et équitable. Les récentes décisions ont ainsi permis de circonscrire cette notion, notamment face aux risques de réintroduction des clauses de stabilisation juridique, car les tribunaux CIRDI reconnaissent désormais que « l'État n'est pas face à une obligation stricte de stabilité mais simplement à une obligation de ne pas placer l'investisseur dans une instabilité constante »⁴⁹⁸. La condition de légitimité de ces attentes se voit ainsi reconnaître le rôle central dans l'analyse de ce principe.

C. Obligation de protection, clause de la nation la plus favorisée et expropriation : des arguments connexes

Ces trois violations alléguées par l'investisseur n'occupent qu'une place résiduelle dans la sentence, *Parkerings* s'étant essentiellement concentré sur la violation du traitement juste et équitable. En l'absence d'une telle violation, il est logique de constater que le Tribunal refuse de même les trois autres arguments présentés par l'investisseur norvégien.

Le premier argument tombe automatiquement à la suite de l'analyse précédente des législations lituaniennes : comme ces dernières ne visaient pas spécifiquement *Parkerings*, la Lituanie ne peut donc pas être tenue pour responsable de ne pas avoir protégé l'investisseur contre celles-ci⁴⁹⁹.

Concernant la violation du traitement de la nation la plus favorisée, à l'article IV du *BIT*, l'investisseur a tenté de faire un parallèle entre le traitement qu'il a reçu et celui d'une entreprise néerlandaise, *Pinus Proprius*⁵⁰⁰. Les deux projets semblaient *prima facie* similaires : des investisseurs étrangers, un accord pour la construction d'un complexe de stationnements et un accord conjoint avec la ville de Vilnius. Cependant, et comme souligné à juste titre par la Lituanie, certains éléments d'importance étaient complètement différents⁵⁰¹. En effet, l'opposition du public au projet de *Parkerings* se fondait sur des raisons environnementales et archéologiques

Muthucumaraswamy Sornarajah, « Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts » (1988) 5.2 J. Int'l Arb. 97; Pierre Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État » (1986) 113 J.D.I. 5.

⁴⁹⁷ *Parkerings*, *supra* note 467 au para. 345.

⁴⁹⁸ Julien Cazala, *supra* note 253 à la p. 47.

⁴⁹⁹ *Parkerings*, *supra* note 467 aux para. 354-361.

⁵⁰⁰ *Ibid.* aux para. 363 et s.

⁵⁰¹ Pour l'argumentation complète voir *ibid.* aux para. 377-430.

car ce projet avait des incidences sur la Vieille Ville telle que définie par l'UNESCO, d'où les interrogations de l'autorité administrative mentionnée précédemment⁵⁰². Cette même autorité avait aussi soulevé le risque accru de pollution du fait que ce parc de stationnements était situé dans une zone protégée.

Ces problématiques étaient absentes du projet de Pinus Proprius et justifiaient le traitement différent des deux projets⁵⁰³. En effet, les deux projets ne se trouvaient pas dans des circonstances équivalentes et il est opportun que le Tribunal ait pris en compte ces impératifs culturels et écologiques qui avaient une grande importance dans la détermination des problèmes économiques qui lui étaient soumis⁵⁰⁴.

Enfin, le dernier argument analysé par le Tribunal concernait la question de l'expropriation indirecte en raison de la résiliation du contrat par la municipalité de Vilnius⁵⁰⁵. Le Tribunal appuie principalement son analyse sur la sentence *Azurix* concernant d'un côté les actes émanant de l'État en tant que partie à un accord et ceux en tant que puissance souveraine d'autre part⁵⁰⁶. Comme le maire de Vilnius a lui-même mis fin au contrat comme n'importe quel co-contractant, « *the city of Vilnius did not act as a sovereign authority* » et n'a donc pas exproprié *Parkerings*⁵⁰⁷.

Par conséquent, tous les arguments de l'investisseur sont rejetés et la Lituanie n'est tenue pour responsable d'aucune des violations alléguées par *Parkerings*⁵⁰⁸. La très fine analyse du tribunal, concernant à la fois les attentes légitimes de l'investisseur ainsi que la prise en compte d'impératifs écologiques et culturels, se conclut sur la question des coûts. Le Tribunal affirme que la détermination des coûts « *is within the discretion of the Tribunal* » mais surtout que « *there is no rule in international arbitration that costs must follow the event* »⁵⁰⁹. Cela nous semble judicieux car une affirmation inverse aurait restreint l'accès à un tribunal CIRDI aux investisseurs persuadés d'une issue favorable. Le Tribunal affirme que ce sont les faits de l'affaire qui doivent être décisifs pour l'attribution de tels coûts et en l'espèce « *the proceedings were expeditiously and efficiently conducted by the representatives of both parties* »⁵¹⁰. Ainsi, chaque partie se doit de supporter la moitié des coûts.

Cette dernière analyse illustre parfaitement la volonté d'équilibre et de mesure que le Tribunal a souhaité transmettre tout au long de sa sentence. Espérons

⁵⁰² *Ibid.* aux para. 382-383.

⁵⁰³ *Ibid.* aux para. 396-397.

⁵⁰⁴ Voir l'accueil très positif des organisations non gouvernementales sur le sujet dans Luke Eric Peterson, « Archeological and environmental differences distinguish FDI projects » dans IISD, *Investment Treaty News* (28 Septembre 2007) en ligne : *Investment Treaty News* <<http://www.investmenttreatynews.com>>.

⁵⁰⁵ *Parkerings*, *supra* note 467 aux para. 431-456.

⁵⁰⁶ *Ibid.* au para. 444. Voir aussi *Azurix c. Argentine*, *supra* note 83 au para. 314.

⁵⁰⁷ *Ibid.* au para. 445.

⁵⁰⁸ *Ibid.* au para. 465.

⁵⁰⁹ *Ibid.* au para. 462.

⁵¹⁰ *Ibid.* au para. 463.

que certaines de ses analyses, et notamment en matière d'attentes légitimes, puissent inspirer d'autres tribunaux arbitraux.

J.F.

XXIII. *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, décision d'annulation du 25 septembre 2007⁵¹¹

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

La décision du Comité *ad hoc* fait suite à la sentence rendue le 12 mai 2005 qui avait condamné l'Argentine à payer 133,2 millions de dollars⁵¹². Cette sentence était très attendue car elle était la première affaire sur le fond résultant de la crise financière qu'avait subi l'Argentine entre 2000 et 2002.

Pour revenir rapidement sur les faits, le fondement de cet arbitrage est le fameux *Traité bilatéral de protection des investissements* entre les États-Unis et l'Argentine⁵¹³ (le *BIT*), qui a donné lieu à de nombreux arbitrages devant le CIRDI et à d'importants développements en droit des investissements internationaux⁵¹⁴. Quant aux faits en eux-mêmes, le litige résulte des mesures de privatisation des secteurs publics et des industries étatiques dans lesquels ont investi les investisseurs étrangers. Cette libéralisation a, par la suite, engendré de multiples difficultés entre ces investisseurs étrangers et l'État⁵¹⁵.

Transportadora de Gas del Norte (TGN), une société argentine, avait, pour sa part, obtenu une autorisation de transport de gaz lors d'une de ces campagnes de libéralisation des marchés publics. En 1995, CMS a acheté 25% de TGN, puis 4,42% supplémentaires⁵¹⁶. Cependant, suivant la crise financière, l'Argentine a décidé de modifier certaines de ses réglementations, et notamment sur les droits de douane applicables au contrat de transport du gaz. Ces modifications ont eu un impact très négatif sur les investissements étrangers, notamment pour CMS et son investissement dans TGN⁵¹⁷. À la suite de ces mesures, CMS a donc initié la procédure arbitrale à l'encontre de l'Argentine.

Le Tribunal, en 2005, a ainsi reconnu la violation du traitement juste et équitable et de l'*umbrella clause* en refusant de retenir l'excuse de l'état de nécessité avancée par l'Argentine. La défenderesse a donc demandé l'annulation de la sentence, sur deux des cinq motifs posés par l'article 52 de la *Convention de Washington* :

⁵¹¹ *CMS (annulation)*, *supra* note 91.

⁵¹² *CMS (fond)*, *supra* note 83 et nos commentaires dans *Fouret et Khayat* 18.2, *supra* note 31 aux pp. 313 et s.

⁵¹³ 14 novembre 1991, en ligne: UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

⁵¹⁴ « Jurisprudence – Introduction to the Case Law Section » (2004) 22 ASA Bulletin 65.

⁵¹⁵ *CMS (fond)*, *supra* note 83 au para. 53.

⁵¹⁶ *Ibid.* au para. 58.

⁵¹⁷ *Ibid.* aux para. 59-67.

l'excès de pouvoir manifeste du tribunal et le défaut de motifs. L'article 52(b) sur l'excès de pouvoir manifeste est un motif extrêmement délicat à appréhender; les analyses de ce motif dans les décisions des premiers comités *ad hoc* avaient fait l'objet d'importantes critiques doctrinales en raison des raisonnements qu'ils avaient adoptés. La différence entre une annulation et un appel tend ainsi à s'amenuiser, voire à se confondre, si l'on s'attache aux motivations du tribunal et au bon choix fait par celui-ci en matière de droit applicable⁵¹⁸.

Quant au défaut de motif, il n'est pas plus aisé à analyser : « *[f]ailure to state reason is the most difficult ground for annulment to apply and analyze* »⁵¹⁹. Il est souvent difficile d'examiner les arguments des parties concernant ce motif sans s'appesantir sur le fond de l'affaire, ce qui peut mener le Comité *ad hoc* à vérifier « *the substantive correctness of the tribunal's reasons* »⁵²⁰ en violation du mandat qui lui est accordé à l'article 52(e). Le Comité doit, de ce fait, être particulièrement précis afin de ne pas s'attirer l'ire des spécialistes du droit des investissements comme cela a été le cas par le passé.

Ainsi, l'Argentine conteste l'analyse du Tribunal sur le *jus standi* de CMS (A), sur l'analyse du traitement juste et équitable (B), sur les *umbrella clauses* (C), sur l'analyse de l'état de nécessité (D) et enfin, sur la question de la compensation (E). Nous analyserons tour à tour ces éléments, en nous focalisant principalement sur les deux éléments d'importance de cette décision : l'analyse didactique de l'*umbrella clause* et les questionnements du Comité *ad hoc* sur l'analyse de l'état de nécessité.

A. La question du *jus standi* ou du droit des actionnaires à voir leur investissement protégé

Pour l'Argentine, le Tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs car « *CMS was claiming compensation for alleged breaches of rights belonging not to it, but to TGN* ». De plus, il a écarté le droit argentin de manière injustifiée alors que ce dernier aurait pu apporter une solution à la présente question⁵²¹.

Le Comité rappelle en premier lieu que la compétence du Centre n'est pas régie par l'article 42 sur le droit applicable mais bien par son article 25, concomitamment avec les dispositions du *BIT* applicable au différend⁵²². Revenant sur la décision rendue en matière de compétence en 2003, le Comité réaffirme que « *nothing in general international law prohibits the conclusion of treaties allowing claims by shareholders independently from those of the corporation concerned* »⁵²³.

⁵¹⁸ Christoph Schreuer, « Three Generations », *supra* note 65 à la p. 28.

⁵¹⁹ *Ibid.* à la p. 33.

⁵²⁰ *CDC Group c. Seychelles* (2005), n° ARB/02/14 (CIRDI), décision du Comité *ad hoc* au para. 73 et nos commentaires dans *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 aux pp. 363 et s.

⁵²¹ *CMS (annulment)*, *supra* note 91 aux para. 62-63.

⁵²² *Ibid.* au para. 68.

⁵²³ *Ibid.* au para. 69.

En effet, les affaires de la CIJ citées par l'Argentine (*Barcelona Traction*⁵²⁴ et *ELSI*⁵²⁵) sont applicables aux questions de la protection diplomatique mais ne doivent pas être analysées négativement pour les actionnaires⁵²⁶.

Ainsi, « *[s]hareholder protection has come a long way since Barcelona Traction. It is now generally accepted, on the basis of treaty provisions, that shareholding in a company is a form of investment that enjoys protection* »⁵²⁷. En effet, la notion d'investissement est très large, comme le reconnaît le Comité⁵²⁸, en raison à la fois de l'absence de définition dans la *Convention de Washington* et d'une liste typologique très étendue dans le *BIT*⁵²⁹. Un actionnaire peut donc demander une indemnisation pour les violations que la société, dans laquelle il a investi, a subies; cette somme est bien entendu calculée proportionnellement au pourcentage du capital de l'entreprise que cet actionnaire possède.

Ainsi, il est logique pour le Comité que CMS ait été considéré comme un investisseur sous l'empire du *BIT* car il a effectué un investissement en capital dans TGN. Cependant, les membres affirment que « *[t]his is without prejudice to the determination of the extent of those rights, a question to which the Committee will return* »⁵³⁰.

B. La validation de l'analyse du Tribunal concernant le traitement juste et équitable par le Comité *ad hoc*

L'article II(2)(a) du *BIT* pose le standard du traitement juste et équitable qui, selon le Tribunal avait été violé par l'Argentine en raison notamment de l'instabilité de son système juridique⁵³¹. Pour cette dernière, le Tribunal n'a pas déterminé le champ d'application du droit interne et du droit international, et notamment certaines théories du droit argentin⁵³². En outre, le Tribunal n'aurait pas interprété le *BIT* correctement « *and proceeded to give an award based on an unreasoned and unexplained assumption that investors have an enforceable legitimate expectation to total stability in the economy of the host State, irrespective of the circumstances* »⁵³³.

⁵²⁴ *Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belgique c. Espagne)*, Ordonnance du 5 février 1970, [1970] C.I.J. rec. 3.

⁵²⁵ *Elettronica Sicula S.p.A. (États-Unis c. Italie)*, Arrêt du 20 juillet 1989, [1989] C.I.J. rec. 15.

⁵²⁶ *CMS (annulation)*, *supra* note 91 au para. 69.

⁵²⁷ Christopher Schreuer, « Shareholder Protection in International Investment Law » (2005) 2.3 *Transnat'l Disp. Manag't* à la p. 20.

⁵²⁸ *CMS (annulation)*, *supra* note 91 aux para. 71-74.

⁵²⁹ Sur la question de la définition de la notion d'investissement, et dans l'abondante littérature sur le sujet, voir notamment Ben Hamida, *supra* note 264 à la p. 33; Ibrahim Fadlallah, « La notion d'investissement : vers une restriction de la compétence du CIRDI? » dans *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, International Chamber of Commerce, 2005, 259; Sébastien Manciaux, « CIRDI », *supra* note 184 aux pp. 37-104; Noah Rubins, « The notion of "Investment" » dans Norbert Horn et Stephan Kröll, dir., *International Investment Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, 283.

⁵³⁰ *CMS (annulation)*, *supra* note 91 au para. 76.

⁵³¹ *CMS (fond)*, *supra* note 83 aux para. 274-281.

⁵³² *CMS (annulation)*, *supra* note 91 au para. 78.

⁵³³ *Ibid.* au para. 79.

Le Comité revient sur l'absence de définition du standard dans le *BIT* et sur le fait que le Tribunal n'a pas souhaité geler le cadre juridique en place lors de l'investissement mais que son adaptation aux changements économiques devait respecter les principes que ces réglementations posaient elles-mêmes pour leur propre amendement⁵³⁴. Comme les changements ont entièrement modifié le régime juridique applicable à l'investissement et que celui-ci avait été crucial dans la décision d'investir de *CMS*, il est logique que le Tribunal ait conclu à la violation du traitement juste et équitable⁵³⁵. Le Comité ne peut ainsi retenir l'absence de défaut de motifs sur ce point.

Après avoir énoncé le raisonnement du Tribunal, le Comité *ad hoc* affirme, correctement nous semble-t-il, que « *this part of the Award is adequately founded on the applicable law and the relevant facts* »⁵³⁶. De plus, et le Comité l'affirme justement, le Tribunal n'a jamais transformé la violation de l'Article II(2)(a) en « *strict liability clause* »⁵³⁷ et n'a donc pas manifestement excédé ses pouvoirs. Pour les membres, « *[t]he Committee has no jurisdiction to control the interpretation thus given by the Tribunal to that Article, still less to reconsider its evaluation of the facts* »⁵³⁸.

Enfin, il est intéressant de noter que le Tribunal avait été l'un des premiers tribunaux ayant véritablement fait des attentes légitimes de l'investisseur le noyau central du traitement juste et équitable. Le Comité, ne revenant pas sur ce point malgré les demandes de l'Argentine, valide ainsi implicitement cette évolution dans l'analyse du standard de traitement depuis 2005 qui donne désormais « une marge d'appréciation très importante des conditions dans lesquelles l'État peut agir »⁵³⁹.

C. Le cours magistral de droit international du Comité *ad hoc* sur les obligations découlant d'une *umbrella clause*

Le Tribunal avait reconnu que l'article II(2)(c) sur la clause de respect des engagements, ou *umbrella clause*, avait été violée car « *legal and contractual obligations pertinent to the investment have been breached and have resulted in the violation of the standards of protection under the Treaty* »⁵⁴⁰. L'article du *BIT* pose en effet que « *[e]ach Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments* »⁵⁴¹. C'est sur ce point que le Comité va s'appesantir le plus longuement pour donner sa vision de ce que doivent être ces clauses de respect des engagements incluses dans près de la moitié des *BIT* conclus à travers le monde⁵⁴². Les

⁵³⁴ *Ibid.* aux para. 82-83.

⁵³⁵ *Ibid.* au para. 84.

⁵³⁶ *Ibid.* au para. 85.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ Julien Cazala, *supra* note 253 à la p. 46.

⁵⁴⁰ *CMS (fond)*, *supra* note 83 au para. 299.

⁵⁴¹ Cité dans *CMS (annulation)*, *supra* note 91 au para. 89.

⁵⁴² OCDE, Département des investissements, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, Document de travail n° 2006/3, Paris, 23 Octobre 2006.

membres de ce Comité semblent ainsi vouloir « faire le droit » ce qui peut être dangereux si ces derniers déconnectent leur analyse de la sentence qu'ils doivent étudier⁵⁴³. Cela n'est pas le cas en l'espèce même si nous ne sommes pas forcément en accord avec toutes les positions prises par le Comité en la matière.

Le Comité débute son analyse en déterminant le contenu de la notion d'obligation telle que comprise dans l'article II(2)(c) du *BIT*. Bien entendu, ce sont des « *legal obligations* » et par conséquent elles doivent être différenciées des « *legitimate expectations* » qui ne sont pas en tant que telles des obligations juridiques même si elles peuvent mener à la violation du traitement juste et équitable⁵⁴⁴. Ce raisonnement est logique car ces attentes légitimes ne sont pas matérialisées par un engagement précis de l'État, mais s'analysent en fonction de l'environnement juridique global de l'État d'accueil.

Le second point soulevé par le Comité concerne la question du défaut de motifs quant au raisonnement ayant mené le Tribunal à reconnaître la violation de l'*umbrella clause*. En effet, les arbitres ont uniquement raisonné par l'implicite en retenant la position de CMS et son interprétation littérale de l'article du *BIT* : l'Argentine s'est engagée juridiquement en application de la licence qui était une obligation en matière d'investissements et « *[a]lthough CMS was not entitled as a minority shareholder to invoke those obligations of Argentina under Argentine law (not being the obligee), the effect of Article II (2)c was to give standing to invoke them under the BIT* »⁵⁴⁵. Cette analyse est la première indication de la contestation par le Comité du raisonnement tenu par le Tribunal : le peu de justifications données et les références constantes à la décision sur la compétence de 2003 sont artificielles, cette dernière étant silencieuse sur le sujet⁵⁴⁶. Mais le Comité n'en tire pas de conséquences à ce stade. C'est sur la question du champ d'application de la clause de respect des engagements qu'il va donner son interprétation didactique des clauses en annulant la sentence sur ce point précis.

En débutant son analyse du champ d'application sur les clauses, le Comité indique qu'il ya des « *major difficulties with this broad interpretation of Article II (2) (c)* »⁵⁴⁷. Le Comité indique en premier lieu que les obligations couvertes par la clause, qu'il a précédemment qualifiées de juridiques, « *[are] concerned with consensual obligations arising independently of the BIT* » et uniquement spécifiques⁵⁴⁸. Ainsi, ces obligations ne doivent pas être *erga omnes*⁵⁴⁹. Un membre de ce Comité, le professeur Crawford, a explicité ces vues dans un récent article, reflétant probablement les vues du Comité *ad hoc* dans son ensemble, sur cette question de la portée de la clause :

⁵⁴³ Nous l'avons déjà dénoncé par le passé quand cela avait mené un comité *ad hoc* à prendre une décision de pure politique jurisprudentielle *obiter dictum*, *Patrick Mitchell c. Congo* et nos commentaires dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 aux pp. 341 et s.

⁵⁴⁴ *CMS (annulation)*, *supra* note 91 au para. 89.

⁵⁴⁵ *Ibid.* au para. 92.

⁵⁴⁶ *Ibid.* au para. 94.

⁵⁴⁷ *Ibid.* au para. 95.

⁵⁴⁸ *Ibid.* au para. 95 (a).

⁵⁴⁹ *Ibid.* au para. 95 (b).

*it is a confusion to equate a State law or regulation with an obligation entered into by the State, or to regard an umbrella clause as implicitly freezing the laws of the State as at the date of admission of an investment. The enactment of a law by a State, whether it is specific or general, is not the entry by the State into an obligation distinct from the law itself. No doubt a State is obliged by its own laws, but only for so long as they are in force. In the absence of express stabilization, investors take the risk that the obligations of the host State under its own law may change, and the umbrella clause makes no difference to this basic proposition.*⁵⁵⁰

Nous ne pensons cependant pas que l'interprétation donnée de la clause applicable en l'espèce puisse conduire le Tribunal à exclure *de jure* toute disposition législative car ce ne serait pas une « *consensual obligation* ». La position prise par le Comité sur ce point semble trop absolutiste. Rien n'indique dans la formulation de la clause, « *any obligation it may have entered into with regards to investments* »⁵⁵¹, que lois et règlements doivent en être exclus et que seules les « *consensual obligations* » doivent être retenues. Une interprétation littérale de cette disposition du *BIT* ne permet pas d'écarter ces dispositions des termes « *it may have entered into* »⁵⁵². La prise de position des membres du Comité nous semble uniquement doctrinale et en l'espèce, comme dans l'affaire *LG&E* par exemple⁵⁵³, les dispositions législatives étaient fondamentales dans la décision d'investir car elles avaient été rédigées afin de favoriser l'implantation des investisseurs étrangers. S'il n'est pas question ici de réintroduire les clauses de stabilisation honnies des années soixante-dix et quatre-vingts⁵⁵⁴, il n'y a pas de raison de les écarter par principe mais bien d'effectuer une analyse casuistique au vu des faits de chaque affaire et surtout de la rédaction des clauses de respect des engagements applicables. Nous pensons toujours, comme dans l'affaire *LG&E*, que « [c]ette application extrêmement large de la clause illustre probablement la limite maximale d'extension de celles-ci mais les justifications apportées par le tribunal permettent d'accepter aisément le raisonnement »⁵⁵⁵. Il n'en va pas différemment en l'espèce : « [c]areful attention must be paid to the particular language of each clause »⁵⁵⁶ et du contexte général d'application.

Le Comité continue sa dissection de l'*umbrella clause* en affirmant que son effet n'est pas de transformer une disposition en autre chose comme en une violation du *BIT* : « *the content of the obligation is unaffected, as is its proper law* »⁵⁵⁷. Une

⁵⁵⁰ James Crawford, « Treaty and Contract in Investment Arbitration » (January 2008) *Transnational Dispute Management* à la p. 20.

⁵⁵¹ *CMS (annulation)*, *supra* note 91 au para. 95 (a).

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ *LG&E (sentence)*, *supra* note 83, commentée dans *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 aux pp. 323 et s.

⁵⁵⁴ Voir, sur la question de la validité des clauses de stabilisation au regard du principe de souveraineté des États, Prosper Weil, *supra* note 496 à la p. 301; Jean-Flavien Lalive, *supra* note 496.

⁵⁵⁵ *Fouret et Khayat 19.1*, *supra* note 39 à la p. 328.

⁵⁵⁶ Anthony C. Sinclair, « The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection Arbitration International » (2004) 20.4 *Arb. Int'l* 411 à la p. 412.

⁵⁵⁷ *CMS (annulation)*, *supra* note 91 au para. 95 (c).

violation de l'*umbrella clause* ne peut avoir lieu que si le droit régissant l'engagement, ou l'obligation, a auparavant été violé. Si tel n'est pas le cas, elle ne peut être applicable.

Ainsi, pour le Comité, le Tribunal n'explique pas comment il est arrivé à reconnaître la violation de l'*umbrella clause*, comment un actionnaire peut ne pas être tenu des obligations de la société alors qu'il peut faire respecter les obligations contractées par cette société, et enfin comment il est arrivé à sa conclusion sans se référer aux travaux préparatoires du *BIT*. Ainsi,

*it is quite unclear how the Tribunal arrived at its conclusion that CMS could enforce the obligations of Argentina to TGN. It could have done so by the above interpretation of Article II (2)c), but in that case one would have expected a discussion of the issues of interpretation referred to above. Or it could have decided that CMS had an Argentine Law right to compliance with the obligations, yet CMS claims no such right; and Argentine law appears not to recognize it.*⁵⁵⁸

Les lacunes flagrantes du raisonnement du Tribunal ont donc conduit le Comité à annuler la sentence sur ce point car il était impossible de suivre le raisonnement tenu par les arbitres⁵⁵⁹.

Cependant, la sentence dans son ensemble ne doit pas s'en trouver affectée car toutes les autres condamnations de l'Argentine sont maintenues, et comme c'est la violation du traitement juste et équitable qui avait véritablement donné lieu à une indemnisation, cette dernière devra être versée car la violation de l'*umbrella clause* n'avait rien ajouté à cette condamnation⁵⁶⁰. Reste ainsi au Comité à revenir sur la question de l'état de nécessité qui va aussi faire l'objet de fortes critiques, mais ne mènera pas à une annulation de cette partie de la sentence.

D. Les erreurs de droit grossières dans l'analyse de l'état de nécessité

L'Argentine soutient que le Tribunal n'a pas exposé ses motifs dans l'analyse de l'état de nécessité et qu'il a excédé ses pouvoirs en refusant le caractère *self-judging* de la clause et en analysant les mesures au regard du *Traité* et du droit coutumier sans différencier ces deux sources⁵⁶¹. Nous avons critiqué l'approche du Tribunal comme ne reflétant pas la réalité des faits de l'espèce⁵⁶² mais le Comité n'a pas le mandat pour en faire autant; il ne manquera cependant pas de critiquer l'application par le Tribunal des différentes sources du droit international.

⁵⁵⁸ *Ibid.* au para. 96.

⁵⁵⁹ *Ibid.* au para. 97.

⁵⁶⁰ *Ibid.* au para. 100.

⁵⁶¹ *Ibid.* aux para. 111-115.

⁵⁶² Fourret, « "CMS c. LG&E" », *supra* note 141.

En premier lieu, il examine la question du défaut de motifs. Le Comité est à la limite de violer son mandat quand il déclare que la sentence « *on this point is inadequate* »⁵⁶³. En effet,

*[t]he adequacy of the reasoning [which] is not an appropriate standard of review under paragraph 1 (e), because it almost inevitably draws an ad hoc Committee into an examination of the substance of the tribunal's decision, in disregard of the exclusion of the remedy of appeal by Article 53 of the Convention.*⁵⁶⁴

Le Comité ne tombe pourtant pas dans ce travers. Malgré l'utilisation de ce terme, il se contente de vérifier si le Tribunal a justifié le fait de rejeter le caractère *self-judging* de la clause. Il reconnaît que la motivation aurait pu être plus claire mais « *a careful reader can follow the implicit reasoning of the Tribunal* »⁵⁶⁵. L'implicite semble être la marque de fabrique du Tribunal mais elle est ici acceptée, à juste titre, par le Comité.

Dans un second temps, le Comité vérifie si le Tribunal n'a pas excédé manifestement ses pouvoirs. Ainsi, le Tribunal rappelle son mandat, qui explique plus tard sa décision sur ce point :

*The Committee recalls, once more, that it has only a limited jurisdiction under Article 52 of the ICSID Convention. In the circumstances, the Committee cannot simply substitute its own view of the law and its own appreciation of the facts for those of the Tribunal.*⁵⁶⁶

Ainsi, le Comité tente de comprendre l'articulation effectuée par le Tribunal entre l'article du *BIT* sur l'état de nécessité et le droit coutumier. Il indique que ces deux sources offrent deux normes différentes concernant cette excuse reconnue du droit international : le *BIT* se concentrant sur la protection de l'ordre public et sur la prise de mesures pour s'en assurer – sans les identifier – alors que la norme coutumière pose elle les conditions d'invocation de l'excuse⁵⁶⁷. Comme ces deux normes sont différentes, dans leur application et dans leur contenu, il était nécessaire que le Tribunal « *take a position on their relationship and to decide whether they were both applicable in the present case* »⁵⁶⁸. Ainsi, le Tribunal aurait d'abord dû constater si une violation du *BIT* avait eu lieu et si celle-ci pouvait être incluse dans les mesures mentionnées à l'article XI. Le droit coutumier n'aurait été applicable que dans le cas d'une violation du *BIT* qui aurait pu être excusée par l'application du droit coutumier.

⁵⁶³ *CMS (annulation)*, supra note 91 au para. 125.

⁵⁶⁴ *MINE c. Guinée*, supra note 160 au para. 5.08.

⁵⁶⁵ *CMS (annulation)*, supra note 91 au para. 127.

⁵⁶⁶ *Ibid.* au para. 136.

⁵⁶⁷ *Ibid.* au para. 130.

⁵⁶⁸ *Ibid.* au para. 131.

Le Tribunal n'a pas effectué cette analyse et a même donné une interprétation erronée de l'article XI⁵⁶⁹. Le Comité indique que le Tribunal a donc commis plusieurs erreurs fondamentales et s'il avait agi comme une cour d'appel, il aurait nécessairement réinterprété la sentence sur ce point. Néanmoins,

*[n]otwithstanding the identified errors and lacunas in the Award, it is the case in the end that the Tribunal applied Article XI of the Treaty. Although applying it cryptically and defectively, it applied it. There is accordingly no manifest excess of powers.*⁵⁷⁰

Ainsi, s'en tenant de manière très stricte à son mandat, le Comité ne pouvait annuler la sentence sur ce point mais cela ne l'a pas empêché pour autant de constater et de souligner, en *obiter dictum*, que le Tribunal n'avait pas effectué un raisonnement satisfaisant, tout comme pour les conséquences qu'il en a tirées en matière de compensation⁵⁷¹. Ainsi, si nous pensons que le Comité a très justement souligné les problèmes intrinsèques à la sentence, il a cependant effectué son analyse en étant très proche d'une cour d'appel. La seule différence est qu'il n'a pas tiré les conséquences de ses raisonnements. Nous ne pouvons donc que saluer la retenue du Comité *ad hoc* qui souligne une fois encore le caractère limité de la procédure d'annulation.

E. L'hommage du Comité *ad hoc* à l'analyse de la compensation effectuée par le Tribunal

L'Argentine soutenait aussi que le Tribunal n'avait pas expliqué son choix pour indemniser CMS et qu'il avait effectué de nombreux calculs « *without giving the reasons of many of its assumptions* »⁵⁷².

Il est à signaler que, contrairement à une bonne partie de la sentence très critiquée, et critiquable, l'analyse des dommages fait l'objet d'un commentaire dithyrambique de la part du Comité *ad hoc* : « *the Award is one of the most detailed decisions on damages in ICSID case-law* »⁵⁷³. Nous avons en effet souligné que « le tribunal tente d'explicitier le plus didactiquement possible la solution qu'il retient »⁵⁷⁴.

Utilisant le principe récurrent pour l'évaluation d'une expropriation⁵⁷⁵, malgré l'absence d'une telle mesure privative de propriété en l'espèce, le Tribunal a clairement expliqué les raisons de son choix, sans se contredire, afin d'évaluer le montant de la violation du traitement juste et équitable⁵⁷⁶.

⁵⁶⁹ *Ibid.* au para. 135.

⁵⁷⁰ *Ibid.* au para. 136.

⁵⁷¹ *Ibid.* aux para. 144-151.

⁵⁷² *CMS (annulation)*, *supra* note 91 au para. 152.

⁵⁷³ *Ibid.* au para. 154.

⁵⁷⁴ *Fouret et Khayat 18.2*, *supra* note 31 à la p. 358.

⁵⁷⁵ Ce principe est la juste valeur du marché de l'investissement, « *the fair market value* », généralement incluse dans la disposition relative à l'expropriation des BIT.

⁵⁷⁶ *CMS (annulation)*, *supra* note 91 au para. 154.

Ensuite, le Comité a indiqué que les arbitres ont parfaitement expliqué les diverses méthodes permettant de calculer cette juste valeur et ont analysé de manière approfondie les différents rapports d'experts qui lui avaient été fournis⁵⁷⁷. Ainsi, le Comité est entièrement satisfait de l'approche choisie par le Tribunal et ne peut que refuser d'annuler la sentence sur ce point⁵⁷⁸.

Malgré les critiques très fortes du Comité *ad hoc*, et justifiées pour la plupart, de certains raisonnements du Tribunal, les membres lèvent la suspension d'exécution et ordonnent à l'Argentine de payer les sommes indiquées dans la sentence, dans les 228 jours de la décision⁵⁷⁹. En effet, si la partie sur l'*umbrella clause* a été annulée, les autres raisonnements sont confirmés et le Comité se voit ainsi contraint d'ordonner l'exécution de la sentence arbitrale rendue en 2005⁵⁸⁰.

La présente décision est un « *bitter-sweet development for the Argentine Government* »⁵⁸¹ en raison des lacunes soulignées par le Comité dans la sentence mais de l'impossibilité pour ce dernier d'en tirer des conséquences concrètes. Ainsi, l'Argentine ne semble pas disposée à payer les 133 millions de dollars auxquels elle a été condamnée, malgré une lettre d'engagement qu'elle avait envoyée au CIRDI en 2006⁵⁸². Elle ne pourra pourtant pas refuser de payer continuellement, et notamment pour les éventuelles condamnations à venir, au risque sinon de s'aliéner tous les investisseurs étrangers présents sur son sol ou potentiellement intéressés par un investissement au pays du *ceibo* dans le futur.

J.F.

XXIV. *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007⁵⁸³

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

La sentence rendue dans l'affaire opposant la société américaine Sempra Energy International (Sempra) à l'Argentine était attendue et ne surprendra guère.

On rappellera que l'affaire a été initiée sur le fondement du *Traité d'encouragement et de protection réciproques des investissements* signé entre les

⁵⁷⁷ *Ibid.* aux para. 155-156.

⁵⁷⁸ *Ibid.* au para. 157.

⁵⁷⁹ *Ibid.* au para. 160.

⁵⁸⁰ *Ibid.* au para. 163.

⁵⁸¹ Luke Peterson, « Argentina must respect award despite ICSID finding that it has errors of law » dans IISD, *Investment Treaty News* (15 octobre 2007), en ligne : *Investment Treaty News* <<http://www.investmenttreatynews.com>>.

⁵⁸² IISD, *Investment Treaty News* (11 janvier 2008,) en ligne : *Investment Treaty News* <<http://www.investmenttreatynews.com>>.

⁵⁸³ *Sempra Energy International c. Argentine* (2007), n° ARB/02/16 [*Sempra (fond)*].

États-Unis et l'Argentine⁵⁸⁴ (le *BIT*) et portait principalement sur les conséquences des mesures prises par l'État argentin lors de la crise économique et financière qui a touché ce pays. Une décision sur la compétence avait été rendue le 11 mai 2005 dans laquelle les arbitres avaient rejeté les objections argentines et accepté de statuer sur le fond⁵⁸⁵. On sait également que l'Argentine avait demandé la récusation du président du Tribunal puis de l'ensemble de ses membres pour avoir refusé d'accepter la soumission au dossier de la sentence rendue dans l'affaire *LG&E c. Argentine*⁵⁸⁶. Le président du Conseil administratif du CIRDI a rejeté cette demande par lettre notifiée aux parties le 5 juin 2007⁵⁸⁷. Enfin, on retiendra également la transaction qui a été découverte entre un autre investisseur, Camuzzi, et l'Argentine alors que l'affaire *Camuzzi*⁵⁸⁸ avait été jointe à l'affaire *Sempra*⁵⁸⁹.

La sentence ne surprendra pas car elle a été rendue sous la présidence de M. Orrego Vicuña qui était déjà président du Tribunal dans les affaires *CMS c. Argentine*⁵⁹⁰ et *Enron c. Argentine*⁵⁹¹, deux affaires qui concernaient des faits comparables sur le fondement du même *BIT*. Il y avait donc fort à parier que les principales questions soient traitées de la même manière. Le Tribunal arbitral y a d'ailleurs été sensible, estimant nécessaire de rappeler que :

*A number of awards issued by ICSID tribunals have dealt with many issues concerning the measures adopted by the Respondent which have also been brought before this Tribunal. In some instances, counsel for each side has been the same as in previous cases and memorials have been written in similar or identical language. Members of this Tribunal have also sat in other such cases. On occasion, the wording used in the paragraphs that follow resembles that of prior awards, particularly insofar as it concerns the explanation of the positions of the parties and some of the considerations relating thereto. The Tribunal, however, has examined every single argument and petition on the basis of their merits in this proceeding.*⁵⁹²

⁵⁸⁴ 14 novembre 1991, en ligne: UNCTAD <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>.

⁵⁸⁵ Voir nos observations sur cette décision dans *Fouret et Khayat 18.2, supra* note 31 à la p. 338.

⁵⁸⁶ Cette demande de soumission avait été réalisée longtemps après les audiences au fond. Elle visait à porter à la connaissance des arbitres la reconnaissance, dans l'affaire *LG&E*, de la défense argentine fondée sur l'argument de l'état de nécessité.

⁵⁸⁷ Voir *Sempra (fond)*, *supra* note 583 aux para. 53-66. Sur les demandes de récusation présentées par l'Argentine dans plusieurs affaires, voir nos observations sur les affaires *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A c. Argentine* et *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales c. Argentine*, décision du 22 octobre 2007; ci-dessous, section 25.

⁵⁸⁸ *Camuzzi International S.A. c. Argentine* (2005), n° ARB/03/2 (CIRDI).

⁵⁸⁹ Voir *Sempra (fond)*, *supra* note 583 au para. 9.

⁵⁹⁰ Dans laquelle Marc Lalonde était également arbitre. Voir l'affaire *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, n° ARB/01/8 (CIRDI) et nos observations dans *Fouret et Khayat 18.2, supra* note 31 à la p. 348.

⁵⁹¹ Voir *Enron (fond)*, *supra* note 218 et nos observations, ci-dessus section 10.

⁵⁹² *Sempra (fond)*, *supra* note 583 au para. 76.

S'il est exact que le Tribunal a bien examiné chaque argument, comme en témoigne le niveau de détail de la sentence, il n'en reste pas moins que les solutions présentées sont toutes identiques à celles qui avaient déjà été retenues par le passé dans les affaires *CMS* et *Enron*.

Il en est ainsi sur la loi applicable et la place réservée au droit argentin, examiné dans le détail par les arbitres, au même titre que le *BIT*⁵⁹³, ainsi que sur le rejet de la demande de l'investisseur sur le fondement de l'expropriation directe ou indirecte⁵⁹⁴, de l'arbitraire et de la discrimination⁵⁹⁵ ou de l'obligation d'accorder une protection et une sécurité pleines et entières⁵⁹⁶. Les décisions des arbitres sont également similaires sur la question de la violation de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable⁵⁹⁷, sur la reconnaissance des effets de l'*umbrella clause*⁵⁹⁸ et sur le rejet de la défense argentine fondée sur l'état de nécessité⁵⁹⁹. Sans surprise, rien ne différencie la méthode adoptée dans l'affaire *Sempra* pour allouer une réparation à l'investisseur de celle retenue dans les affaires *CMS* et *Enron*, sauf, naturellement le montant de celle-ci, évalué dans la présente affaire à un montant de plus de 128 millions de dollars, avec intérêts jusqu'à la date de la sentence. Il nous suffira donc de renvoyer à nos commentaires sur les affaires *CMS* et *Enron* qui sont entièrement transposables, *mutatis mutandis*, à l'affaire *Sempra*.

En réalité, il n'y a guère que l'opinion dissidente partielle de Marc Lalonde qui permette de distinguer les trois sentences rendues sous la présidence de monsieur Orrego Vicuña. Celle-ci concerne le prononcé des intérêts que monsieur Lalonde considère nécessaire de faire courir jusqu'à la date du paiement intégral et non jusqu'à la date de la sentence⁶⁰⁰.

La similarité des décisions prises par les arbitres n'a rien de critiquable en soi et il n'est évidemment pas demandé aux arbitres de changer de position sur des questions juridiques d'une affaire à l'autre surtout lorsqu'elles sont aussi comparables. En revanche, il est clair que les décisions concernant l'Argentine – qu'elles lui soient défavorables, comme celle-ci, partiellement favorables comme l'affaire *LG&E* ou encore à venir puisqu'il existe encore des dizaines d'affaires concernant ce pays au rôle du Centre – posent de sérieux problèmes à l'institution qu'est le CIRDI et dont nous nous étions fait l'écho dans les précédentes livraisons de cette chronique⁶⁰¹.

⁵⁹³ *Ibid.* aux para. 231-240.

⁵⁹⁴ *Ibid.* aux para. 271-289.

⁵⁹⁵ *Ibid.* aux para. 315-320.

⁵⁹⁶ *Ibid.* aux para. 321-324.

⁵⁹⁷ *Ibid.* aux para. 290-304.

⁵⁹⁸ *Ibid.* aux para. 305-314.

⁵⁹⁹ *Ibid.* aux para. 333-391, ce que nous appelons par ailleurs l'interprétation « vicuñesque » de la crise argentine.

⁶⁰⁰ Comme la majorité semble l'avoir décidé sur le fondement de sa lecture de la demande de l'investisseur et non pour des questions de principe.

⁶⁰¹ Voir sur cette question, Laurie Achtouk-Spivak, « Arbitrage en matière d'investissement et crise argentine : un bilan d'étape » dans Ibrahim Fadlallah, Charles Leben et Eric Teynier, *supra* note 264 aux pp. 55-57.

D.K.

XXV. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A c. Argentine et Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales c. Argentine, décision du 22 octobre 2007*⁶⁰²

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

L'ordonnance du 22 octobre 2007 portant sur la demande de récusation d'un membre du Tribunal arbitral, à savoir madame Gabrielle Kaufmann-Kohler, rendue sans celle-ci, est à la date de la rédaction de cette chronique, la sixième décision connue sur une demande de récusation formulée par l'Argentine⁶⁰³.

La procédure concernant cette demande de récusation a été d'une brièveté impressionnante. La demande de récusation de l'Argentine a en effet été formulée le 12 octobre 2007, une semaine avant les audiences sur le fond dans deux des trois affaires entendues par le Tribunal arbitral dans lequel siège madame Kaufmann-Kohler. C'est donc en dix jours que les arbitres ont rendu leur décision dans laquelle ils rejettent la demande de récusation de l'Argentine à l'encontre de cette dernière, ce qui est particulièrement remarquable.

La demande de récusation, fondée sur la participation de madame Kaufmann-Kohler au Tribunal qui a condamné l'Argentine à payer plus de 100 millions de dollars aux principaux investisseurs de l'affaire *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. Argentine*⁶⁰⁴, a été rejetée sur la forme et sur le fond.

Messieurs Salacuse et Nikken ont en effet relevé dans un premier temps que la demande de l'Argentine n'a pas été formulée « dans les plus brefs délais » au sens de l'article 9(1) du *Règlement d'arbitrage*. La sentence dans l'affaire *Compañiá de*

⁶⁰² *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A c. Argentine et Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales c. Argentine* (2007), n° ARB/03/19 (CIRDI) et (2007), n° ARB/03/17 (CIRDI), décision. Cette décision est également commune à l'affaire rendue en application du règlement d'arbitrage de la CNUDCI par le même tribunal, *AWG Group c. Argentine* (2006), n° ARB/03/19 (CIRDI).

⁶⁰³ Des demandes similaires avaient déjà été formées (et toutes rejetées) dans les affaires suivantes : *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. Argentine* (2001), n° ARB/97/3 (CIRDI), décision; *Sempra Energy International c. Argentine* (2007), n° ARB/02/16 (CIRDI), décision du Président du Conseil administratif du CIRDI (non publiée) (voir par ailleurs à la section 24 de cette Chronique); *Siemens A.G. c. Argentine* (2005), n° ARB/02/8 (CIRDI), décision du Secrétaire général du CIRDI sur recommandation du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage (non publiée) (voir par ailleurs à la section 5 de cette Chronique); *Azurix c. Argentine* (2005), n° ARB/01/12 (CIRDI), décision (non publiée) (voir nos observations dans *Fouret et Khayat 19.1, supra* note 39 à la p. 301); *National Grid plc c. Argentine* (2005), (UNCITRAL), décision de la Cour internationale d'arbitrage (désignée par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage) (non publiée).

⁶⁰⁴ Voir nos observations sur cette affaire, ci-dessus section 19.

Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. Argentine ayant été rendue le 20 août 2007, près de deux mois avant la demande de récusation, la décision des membres du Tribunal nous semble amplement justifiée d'autant que l'Argentine pouvait, comme ils le soulignent, faire part de sa volonté de récuser madame Kaufmann-Kohler bien plus rapidement, quoi que sommairement, quitte à développer ses arguments ultérieurement⁶⁰⁵. La décision nous semble entièrement justifiée.

Malgré cet argument de forme, les arbitres ont également abordé le fond de la demande de l'Argentine, qu'ils ont jugé, avec raison à notre avis, sans fondement. Il est en effet vrai que la simple participation d'un arbitre à une affaire dans laquelle une décision défavorable a été rendue envers l'une des parties ne peut en elle-même suffire à ce que cette partie demande sa récusation dans une instance ultérieure.

C'était pourtant ce que soutenait l'Argentine, qui n'apportait aucune preuve d'un comportement particulier de madame Kaufmann-Kohler lors de l'affaire *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. Argentine*.

Les membres du Tribunal n'ont eu aucune difficulté à rejeter cette demande, retenant au passage que le critère de la récusation ne résidait pas dans l'opinion subjective que pouvait se faire une partie, ici l'Argentine, de l'indépendance ou de l'impartialité d'un arbitre, mais dans une appréciation objective : « *a showing of evidence that a reasonable person would accept as establishing the absence of the qualities* »⁶⁰⁶. C'est sur cette base que les arbitres ont rejeté la demande de l'Argentine et conclu que

*[a] finding of an arbitrator's or a judge's lack of impartiality requires far stronger evidence than that such arbitrator participated in a unanimous decision with two other arbitrators in a case in which a party in that case is currently a party in a case now being heard by that arbitrator or judge. To hold otherwise would have serious negative consequences for any adjudicatory system.*⁶⁰⁷

D.K.

XVI. *City Oriente Limited c. Équateur et Empresas Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ordonnances intérimaires de protection (16 et 24 octobre 2007) et décision sur les mesures conservatoires (19 novembre 2007)⁶⁰⁸

Composition du Tribunal : Juan Fernandez-Armesto, président; Horacio A Grigera Naón et J. Christopher Thomas, arbitres.

⁶⁰⁵ Statuant également en application du règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans l'affaire *AWG c. Argentine*, les arbitres ont sans difficulté retenu que la demande de récusation de l'Argentine était soumise tardivement, bien après les quinze jours imposés par l'article 11 du *Règlement de la CNUDCI*.

⁶⁰⁶ Voir décisions *Suez*, *supra* note 602 au para. 39.

⁶⁰⁷ *Ibid.* au para. 36.

⁶⁰⁸ *City Oriente Limited c. Équateur et Empresas Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (2007), n° ARB/06/21 (CIRDI) [*City Oriente (ordonnance et conservatoire)*].

Les deux ordonnances ont été publiées alors qu'aucune information précise n'avait été divulguée à propos de ce différend.

Le Tribunal, par le biais de son secrétaire, rappelle que chaque partie doit s'abstenir de tout acte ou décision qui pourrait modifier ou affecter directement ou indirectement la situation juridique existante entre les parties suite au contrat du 29 mars 1995 « *particularly in connection with the effectiveness or administrative termination of said Contract or the enforced collection of any moneys* »⁶⁰⁹.

Dans sa seconde ordonnance du 24 octobre 2007, le Tribunal énonce que diverses mesures prises par les défendeurs peuvent entraver le bon déroulement de la procédure et modifier la situation juridique existante. Ainsi, le Tribunal ordonne aux défendeurs, l'Équateur et Petroecuador, de ne pas engager de procédures judiciaires à l'encontre du demandeur, City Oriente, ou de ses employés en relation avec le contrat du 29 mars 1995, de ne pas demander le paiement de sommes en application de la législation équatorienne sur les hydrocarbures et enfin de ne pas prendre tout autre mesure qui pourrait affecter la situation juridique existante entre les parties. Ces deux ordonnances ne permettaient donc pas de saisir la teneur du différend entre les parties mais simplement de constater que le Tribunal avait dû être extrêmement réactif afin que le différend ne soit pas pollué par des événements post-requête d'arbitrage.

Dans sa décision sur les mesures conservatoires du 19 novembre 2007, le Tribunal indique quelques éléments factuels supplémentaires sur la nature du différend. City Oriente aurait donc conclu un contrat de production partagée d'hydrocarbures pour la ville de Quito le 29 mars 1995. Ce contrat fut aussi signé par le président de l'Équateur en tant que témoin d'honneur à l'époque⁶¹⁰. Cependant, durant l'exécution du contrat, en 2006, l'Équateur a tenté, selon le demandeur, de modifier unilatéralement le contrat par le biais de diverses législations « *in conflict with the express provisions of said Contract and the pacta sunt servanda principle* »⁶¹¹. En outre, l'Équateur aurait demandé le paiement de la

*relevant State share of the so-called extra revenue from oil sales prices under Law No. 2006-42, payment of such extra revenue not being provided for in the Contract. Such a payment apparently amount to an attempt to unilaterally amend the Contract, in conflict with the express provisions thereof, therefore entailing a breach of the Contract.*⁶¹²

Ce contrat est le fondement du présent arbitrage et contient une clause de règlement des différends faisant référence au CIRDI. En effet, comme l'indique le Tribunal, « *[t]he dispute underlying this arbitration is strictly contractual in nature* »⁶¹³. L'investisseur souhaite, par le biais de cette demande de mesures

⁶⁰⁹ *City Oriente*, ordonnance du 16 octobre 2007, *ibid.* à la p. 1.

⁶¹⁰ *City Oriente (conservatoire)*, *supra* note 608 au para. 2.

⁶¹¹ *Ibid.* au para. 5.

⁶¹² *Ibid.* au para. 6.

⁶¹³ *Ibid.* au para. 39.

conservatoires, maintenir le *statu quo ante* de l'arbitrage en attendant la décision finale et notamment eu égard au paiement de factures réclamé par Petroecuador.

Le Tribunal procède en deux étapes pour prendre sa décision : déterminer la compétence accordée par la *Convention de Washington* et le *Règlement d'arbitrage* et la portée de sa décision avant de déterminer si les critères pour accorder ces mesures sont remplis par les faits de l'espèce.

Concernant la compétence du tribunal en matière de mesures conservatoires et la portée des mesures, le Tribunal s'appuie sur les articles 47 de la *Convention de Washington* et 39(1) du *Règlement d'arbitrage*. La première conclusion à la lecture de ces articles est que ces instruments ne contiennent « *no provision whatsoever prohibiting the adoption of provisional measure* »⁶¹⁴. Par conséquent, *prima facie* et sans préjuger du fond, le Tribunal peut prendre une telle décision⁶¹⁵. Cependant, Christoph Schreuer affirme que « *[t]he Convention's legislative history shows clearly that a conscious decision was made not to grant the Tribunal the power to order binding provisional measures. However, this lack of binding force does not deprive them of all legal relevance* »⁶¹⁶.

Néanmoins, le Tribunal indique qu'une interprétation téléologique des dispositions précitées permet, en raison de l'absence de dispositions claires et précises, d'affirmer que ces mesures sont obligatoires⁶¹⁷. De surcroît, « *failure to comply with orders given [...] will entail a violation of Article 25 thereof, and engage Respondent's liability* »⁶¹⁸.

Le Tribunal détermine ensuite les critères pour accorder de telles mesures et pour subséquemment analyser si ces derniers sont remplis.

Le premier critère est celui de la préservation des droits du demandeur, requis à la fois par la *Convention* et le *Règlement*⁶¹⁹. Pour City Oriente, le but est de maintenir le *statu quo* d'avant l'adoption de la loi contestée, c'est-à-dire l'obligation de respecter les obligations découlant du contrat⁶²⁰. Le Tribunal reconnaît ainsi que l'Équateur doit tout faire pour empêcher les quatre actes identifiés par le demandeur afin de préserver les droits de ce dernier à savoir :

- Renoncer, le temps de la procédure, à demander des sommes en vertu d'une facture émise en octobre 2007⁶²¹;
- La suspension des procédures de résiliation administrative du contrat⁶²²;

⁶¹⁴ *Ibid.* au para. 48.

⁶¹⁵ *Ibid.* au para. 50.

⁶¹⁶ Schreuer, « *The ICSID Convention* », *supra* note 53 à la p 758.

⁶¹⁷ *City Oriente (conservatoire)*, *supra* note 608 aux para. 52-53.

⁶¹⁸ *Ibid.* au para. 53.

⁶¹⁹ *Ibid.* aux para. 55-66.

⁶²⁰ *Ibid.* aux para. 5-6.

⁶²¹ *Ibid.* au para. 57.

⁶²² *Ibid.* au para. 60.

- L'arrêt des poursuites pénales engagées par le Procureur général d'Équateur⁶²³;
- Et enfin, la suspension des poursuites suite aux plaintes pour le district de Pichincha⁶²⁴.

Le second critère porte sur le caractère urgent de la prise de telles mesures. Si ce critère n'est pas inscrit dans les textes précités, il semble évident qu'une décision du Tribunal n'est justifiable que si elle est immédiatement nécessaire. Tous les actes susmentionnés pouvant menacer l'arbitrage *in fine*, l'urgence est présente : « *the issue is to protect the jurisdictional powers of the tribunal and the integrity of the arbitration and the final award, then the urgency requirement is met by the very own nature of the issue* »⁶²⁵.

Le troisième et dernier critère porte sur la question de savoir si cette demande de mesure conservatoire a été soulevée au moment opportun dans la procédure. Cette condition est posée par l'article 39 du *Règlement*. Le Tribunal considère que le défendeur a pu correctement présenter ses arguments et qu'il a pu les analyser avant de prendre sa décision, ce qui a permis le respect des principes généraux procéduraux.

Ainsi le Tribunal accorde les mesures conservatoires à City Oriente pour préserver ses droits et établit une liste de mesures d'abstentions que l'Équateur et Petroecuador doivent suivre⁶²⁶. Reste désormais à analyser le fond de cette affaire ou les objections à la compétence, suivant la stratégie choisie par la défenderesse. Les décisions futures nous permettront de nous rendre compte si les mesures prises par le présent Tribunal ont été efficaces afin de figer le différend à la date de la soumission de la requête.

J.F.

⁶²³ *Ibid.* aux para. 61-64.

⁶²⁴ *Ibid.* au para. 65.

⁶²⁵ *Ibid.* au para. 69.

⁶²⁶ *Ibid.* au para. 93.