

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

Julien Fouret et Dany Khayat

Volume 17, numéro 2, 2004

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1069260ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1069260ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

### Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

### ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

### Citer cet article

Fouret, J. & Khayat, D. (2004). LE 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*, 17(2), 231–277.  
<https://doi.org/10.7202/1069260ar>

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

Par Julien Fouret\*  
et Dany Khayat\*\*

## Introduction

Durant le second semestre de 2004, douze nouvelles affaires ont été enregistrées par le secrétariat du CIRDI<sup>1</sup>. Sept de ces affaires seront instruites en application de la *Convention de Washington*<sup>2</sup> et du *Règlement d'arbitrage* du CIRDI<sup>3</sup> tandis que les cinq autres seront fondées sur le *Règlement du Mécanisme supplémentaire* du CIRDI<sup>4</sup>.

À la fin de juin 2004, le Centre avait enregistré un total de 171 affaires depuis l'entrée en vigueur de la *Convention* en 1966. En outre, le 31 décembre 2004, quatre-vingt cinq affaires étaient toujours en cours. Il convient aussi de noter que trois des sentences rendues durant le premier semestre de l'année 2004, dont une publiée et commentée lors de la précédente édition de cette chronique, font désormais l'objet

---

\* Maîtrise en droit international et communautaire et DÉJA II (Université Paris X – Nanterre); DÉA en droit des relations économiques internationales et communautaires (Université Paris X – Nanterre); LL.M (McGill). L'auteur tient à remercier Loubna Farchakh Fouret pour sa relecture attentive et ses nombreux conseils. Il est l'auteur des chapitres III, IV, V et VI de la présente chronique.

\*\* Avocat au barreau de Paris, Shearman & Sterling, LLP (Paris). Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris; Maîtrise (Université Panthéon-Sorbonne – Paris I); DÉA en droit international (Paris II). L'auteur tient à signaler que le cabinet dans lequel il exerce est intervenu en tant que conseil de la défenderesse dans l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS c. Slovaquie*, *infra* p. 276 et en tant que conseil de l'investisseur dans la procédure actuellement pendante devant un comité *ad hoc* dans l'affaire *Patrick Mitchell c. RDC*, *infra* p. 239. Il est l'auteur des chapitres I, II, VII, VIII, IX de la présente chronique.

<sup>1</sup> *Cargill Inc. c. Pologne* (2004), Affaire n° ARB(AF)/04/2; *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine* (2004), Affaire n° ARB/04/14; *Telenor Mobile Communications AS c. Hongrie* (2004), Affaire n° ARB/04/15; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina et Mobil Argentina SA c. Argentine* (2004), Affaire n° ARB/04/16; *Interbrew Central European Holding BV c. Slovaquie* (2004), Affaire n° ARB/04/17; *Gemplus, SA, SLP, SA et Gemplus Industrial, SA de CV c. Mexique* (2004), Affaire n° ARB(AF)/04/3; *Talsud, SA v. Mexique* (2004), Affaire n° ARB(AF)/04/4; *Archer Daniels Midlands Company et Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique* (2004), Affaire n° ARB(AF)/04/5; *Duke Energy Electroquil Partners et Electroquil SA c. Équateur* (2004), Affaire n° ARB/04/19; *Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela* (2004), Affaire n° ARB(AF)/04/6; *RGA Reinsurance Company c. Argentine* (2004), Affaire n° ARB/04/20; *Motorola Credit Corporation, Inc. c. Turquie* (2004), Affaire n° ARB/04/21.

<sup>2</sup> *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 169 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966) [*Convention de Washington*].

<sup>3</sup> *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage*, 18 mars 1965 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partF.htm>> [*Règlement d'arbitrage*].

<sup>4</sup> *Règlement régissant le Mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, 1<sup>er</sup> janvier 2003, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm>> [*Règlement du Mécanisme supplémentaire*].

d'une demande en annulation en vertu de l'article 52 de la *Convention de Washington*<sup>5</sup>.

La *Convention* est par ailleurs entrée en vigueur dans un nouvel État. En effet, le Yémen est devenu le 141<sup>e</sup> État contractant le 20 novembre 2004. Il avait signé la *Convention* le 28 octobre 1987, mais ne l'a ratifiée que le 21 octobre 2004.

Enfin, au cours des six derniers mois de l'année 2004, dix décisions ou sentences ont été rendues et neuf d'entre elles ont été publiées<sup>6</sup>. Ces dernières, ainsi que les extraits de la sentence *Société d'investigation de recherche et d'exploitation minière c. Burkina Faso* rendue en 2000 et publiée ce semestre, font donc l'objet de nos commentaires.

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

## **I. *Société d'investigation de recherche et d'exploitation minière (SIREXM) c. Burkina Faso***<sup>7</sup>

*Composition du tribunal : Argyrios A. Fatouros, président; Pierre Tercier et Séna Agbayissah, arbitres.*

La publication des extraits de la sentence rendue le 19 janvier 2000 dans l'affaire ayant opposé la société de droit français SIREXM au Burkina Faso a été réalisée à l'initiative du CIRDI. En effet, en application de l'article 48 (4) du *Règlement d'arbitrage*, le Centre peut, de sa propre initiative et même si les parties n'ont pas autorisé la publication de la sentence, inclure dans ses publications des extraits des règles juridiques appliquées par le tribunal<sup>8</sup>. En l'espèce, les extraits de la sentence ont été rendus publics par le CIRDI en août 2004, soit plus de quatre ans après la date de la sentence. Ceci intervient alors que la tendance à la publication des décisions et sentences des tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du CIRDI et, partant, à la diminution de la confidentialité dans ce domaine, se précise. Au 15 août 2005, en effet, quarante ans après la création du CIRDI qui dispose aujourd'hui de 187 affaires à son actif, seules quatorze affaires dans lesquelles une décision ou une sentence a été rendue n'ont fait l'objet d'aucune publication. L'apparition récente de

<sup>5</sup> Ces trois affaires sont *Patrick Mitchell c. Congo* (1999), Affaire n° ARB/99/7, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile SA c. Chili* (2001), Affaire n° ARB/01/7 et *Repsol YPF Ecuador SA c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* (2001), Affaire n° ARB/01/10.

<sup>6</sup> La sentence non publiée a été rendue le 22 juillet 2004 dans l'affaire *IBM World Trade Corp. c. Équateur* (2003), Affaire n° ARB/02/10.

<sup>7</sup> *Société d'investigation de recherche et d'exploitation minière (SIREXM) c. Burkina Faso* (2000), Affaire n° ARB/97/1, en ligne : CIRDI <<http://www.state.gov/documents/organization/36260.pdf>> [SIREXM].

<sup>8</sup> Voir pour un autre exemple de l'application de l'article 48 (5) du *Règlement d'arbitrage* du CIRDI, la publication des extraits de l'affaire *Banro American Resources Inc. et Société aurifère du Kivu et Maniema SARL c. Congo* (1999), Affaire n° ARB/98/7, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid>>. En vertu de l'article 48 (4) du *Règlement d'arbitrage*, *supra* note 3 : « Le Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties. Toutefois, le Centre peut inclure dans ses publications des extraits des règles juridiques appliquées par le tribunal ».

sites Internet spécialisés<sup>9</sup> et de bulletins électroniques<sup>10</sup> répertorient et publiant les nouvelles décisions vient encore faciliter l'accès à l'information sur la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements internationaux. De toute évidence, une telle tendance en matière d'arbitrage CIRDI permet un enrichissement notable de la connaissance de cette matière et contraste de manière assez nette avec la confidentialité encore relativement stricte de l'arbitrage commercial international classique<sup>11</sup>.

La publication d'extraits de la sentence *SIREXM* est accompagnée, comme c'est le plus souvent le cas pour les décisions publiées sur le site Internet du CIRDI ou dans l'*ICSID Review* (une publication du Centre), d'une « note introductive » rédigée par un membre du secrétariat du CIRDI. Cette courte note mentionne certains éléments de la procédure et des faits, permettant de mieux saisir les enjeux de l'affaire et de comprendre les « extraits des règles juridiques appliquées par le tribunal »<sup>12</sup>. L'exercice est délicat. En l'espèce, certains éléments de faits sont révélés dans la note introductive, tels que les noms des sociétés en cause, les dates précises des contrats visés et d'autres événements, notamment le fait qu'un fonctionnaire d'un ministère burkinabé soit impliqué dans l'affaire, même s'il n'est pas nommé. Si ces faits facilitent indéniablement la compréhension des extraits publiés de la sentence, il n'en reste pas moins qu'ils se situent à la limite du principe de confidentialité imposé par la *Convention de Washington*.

En l'espèce, le litige portait sur la dissolution d'autorité d'une société de droit local détenue conjointement par l'investisseur et l'État burkinabé dans le domaine de l'extraction de l'or. Cette société avait été créée en application d'un accord contenant une clause d'arbitrage permettant à l'investisseur de porter un éventuel différend devant un tribunal arbitral constitué en vertu des règles de la *Convention de Washington*. Le Burkina Faso reprochait à l'investisseur d'avoir pris seul la décision d'augmenter le capital de la société, ce qui avait entraîné une dilution de sa participation au capital de celle-ci. Dans ce contexte, le Burkina Faso avait également résilié l'accord contenant la clause d'arbitrage.

Les extraits publiés de la sentence portent sur l'interprétation de certaines dispositions de droit français et burkinabé. Les solutions dégagées par les arbitres sont classiques. Ceux-ci ont statué sur l'allégation de l'État selon laquelle l'accord signé avec la société est nul pour avoir été obtenu par dol<sup>13</sup>. L'analyse de la question des réparations dues après la nullité du contrat est conduite, comme la question du dol, sans référence au droit international ou à des précédents arbitraux, du moins dans les extraits publiés : le tribunal écarte l'application de l'adage *nemo auditur propriam*

---

<sup>9</sup> Voir notamment les sites Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca>>, Investment Claims <<http://www.investmentclaims.com>> et Transnational Dispute Management <<http://www.transnational-dispute-management.com>>.

<sup>10</sup> Voir notamment *ASIL-International Law in Brief* <<http://www.asil.org/ilib/ilibarch.htm>> et *Invest-SD* <<http://www.iisd.org/investment/invest-sd/>>.

<sup>11</sup> Sur la question de la confidentialité, voir Emmanuel Gaillard, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements » (2003) 3 Rev. arb. 854 aux para. 5 et s.

<sup>12</sup> *Règlement du Mécanisme supplémentaire*, supra note 4 à l'art. 53 (3).

<sup>13</sup> *SIREXM*, supra note 7 aux para. 5.26-5.44.

*turpitudinem suam allegans* dès lors que le but de l'accord n'est pas immoral et que « le fait que le consentement de l'une des parties soit entaché de dol ne rend pas la *Convention* toute entière immorale »<sup>14</sup>. Le tribunal refuse d'indemniser l'investisseur des sites aurifères puisqu'il est l'« auteur du dol ayant vicié la *Convention* [et que] [l]e dol ne saurait avoir de primes »<sup>15</sup>.

Comme c'est souvent le cas dans les décisions des tribunaux CIRDI rendues en application d'une disposition contractuelle, les parties avaient visiblement « adopté des règles de droit » pour reprendre la terminologie de l'article 42 (1) de la *Convention de Washington*, règles sur le fondement desquelles le tribunal devait statuer. C'est ce qui explique le contraste entre les extraits publiés de cette sentence, exclusivement rendue en application du droit choisi par les parties, et le contenu des sentences et décisions rendues sur le fondement de traités bilatéraux de protection des investissements dans lesquelles un choix de loi est rarement effectué, ce qui donne lieu à l'application « des principes du droit international en la matière », conformément à la dernière phrase de l'article 42 (1) de la *Convention de Washington*<sup>16</sup>.

**D.K.**

## II. *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats arabes unis*<sup>17</sup>

*Composition du tribunal : L. Yves Fortier, président; Stephen M. Schwebel et Aktham El Kholy, arbitres.*

La sentence rendue dans le différend opposant Hussein Nuaman Soufraki aux Émirats arabes unis est la deuxième affaire CIRDI publiée dans laquelle la question de la nationalité des investisseurs étant des personnes physiques s'est posée de manière directe. Précédemment, dans l'affaire *Champion Trading Company et autres c. Égypte*<sup>18</sup>, l'Égypte avait contesté la qualité des investisseurs, des personnes physiques, à saisir un tribunal arbitral constitué sur le fondement du *Traité bilatéral de protection et d'encouragement des investissements* signé entre les États-Unis et l'Égypte<sup>19</sup> en arguant de la double nationalité américaine et égyptienne des

<sup>14</sup> *Ibid.* au para. 6.19.

<sup>15</sup> *Ibid.* au para. 6.33.

<sup>16</sup> Voir 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 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 375.

<sup>17</sup> *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats arabes unis* (2004), Affaire n° ARB/02/7, en ligne : Investment Treaty Arbitration Resource <<http://ita.law.uvic.ca>> [*Soufraki*].

<sup>18</sup> *Champion Trading Company et autres c. Égypte (compétence)* (2003), Affaire n° ARB/02/9, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>> [*Champion*]. Voir aussi le commentaire dans cette Revue, Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16 :2 R.Q.D.I. 257 à la p. 299 [Fouret et Khayat, « CIRDI » (2003) 16 :2 R.Q.D.I. 257]. On notera la présence de M. L. Yves Fortier à titre d'arbitre dans l'affaire *Champion* et en tant que président dans l'affaire *Soufraki*.

<sup>19</sup> *Traité de protection et d'encouragement réciproque des investissements*, États-Unis et Égypte, 29 septembre 1982, 21 I.L.M. 927 (entrée en vigueur : 27 juin 1992).

demandeurs. Or, l'article 25 (2)(a) de la *Convention de Washington* interdit à un investisseur ressortissant du pays d'accueil de l'investissement de recourir à l'arbitrage contre celui-ci<sup>20</sup>, les règles du CIRDI étant destinées à régir les investissements internationaux.

La question était quelque peu différente dans l'affaire impliquant Hussein Nuaman Soufraki puisqu'il n'était nullement allégué que celui-ci était ressortissant des Émirats arabes unis, État d'accueil de l'investissement. Le tribunal arbitral était, en l'espèce, saisi de l'appréciation de la réalité de la nationalité italienne de monsieur Soufraki, sur le fondement de laquelle celui-ci avait soumis ses demandes en application des dispositions du *Traité bilatéral de protection des investissements*<sup>21</sup> (ci-après le «*BIT*»).

L'investissement de monsieur Soufraki aux Émirats arabes unis consistait en un contrat de concession signé avec le département des Ports et Douanes de Dubaï le 21 octobre 2000. La sentence révèle peu d'information sur le contenu de ce contrat, dont on sait qu'il était conclu pour une période de trente ans et avait pour objet le développement, la direction et la gestion du port d'Al-Hamriya. Elle ne contient aucune information sur les motifs du différend ayant opposé l'investisseur aux Émirats arabes unis. En revanche, il y est d'emblée relevé que le contrat a été signé par monsieur Soufraki en sa qualité de ressortissant canadien<sup>22</sup>. Or, dans la requête d'arbitrage soumise au Secrétariat du CIRDI, monsieur Soufraki se présentait comme un ressortissant italien, ce qui lui permettait d'invoquer le *BIT* entre l'Italie et les Émirats arabes unis pour initier la procédure. Cette divergence n'a pas échappé aux Émirats arabes unis qui ont contesté la compétence du tribunal arbitral en soutenant que le demandeur, ressortissant canadien, n'était pas Italien et n'avait donc aucun titre pour se prévaloir du *BIT* entre l'Italie et les Émirats arabes unis. Le débat devant les arbitres devait donc entièrement porter sur la question de savoir si monsieur Soufraki était ou non Italien, en application du *BIT*.

Le *BIT* définit la nationalité des investisseurs de manière simple. En effet, selon son article 1 (3), une personne est reconnue comme étant de nationalité italienne lorsqu'elle détient cette nationalité en vertu de la loi italienne. Le tribunal avait donc pour mission de vérifier si, au regard de la loi italienne, monsieur Soufraki était bien ressortissant de cet État et s'il pouvait, en conséquence, fonder ses demandes sur les dispositions du *BIT* signé entre l'Italie et les Émirats arabes unis.

La difficulté résultait de deux dispositions de la législation italienne concernant directement monsieur Soufraki.

---

<sup>20</sup> *Convention de Washington*, *supra* note 2 à l'art. 25 (2)(a) : « 'R ressortissant d'un État contractant' signifie : 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 (3), ou à l'article 36 (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend ».

<sup>21</sup> *Traité bilatéral de protection des investissements*, Italie et Émirats arabes unis, 22 janvier 1995 (entrée en vigueur : 29 avril 1997).

<sup>22</sup> *Soufraki*, *supra* note 17 au para. 3.

D'une part, le paragraphe de l'article 8 de la loi italienne n° 555 de 1912, applicable en l'espèce, dispose que la perte de la nationalité italienne résulte de l'acquisition d'une nationalité étrangère et d'un transfert de domicile à l'étranger. En d'autres termes, sous l'empire de cette loi, l'Italie ne permettait pas à ses nationaux de détenir une autre nationalité que la nationalité italienne s'ils déplaçaient leur domicile hors d'Italie. D'autre part, l'article 13 (1)(d) de la loi italienne n° 91 de 1992 dispose que « celui qui a perdu sa nationalité [italienne] la réacquiert [...] un an après la date à laquelle il a établi son domicile sur le territoire de la République [italienne], sauf dans le cas d'une renonciation explicite dans la même période ».

Or, monsieur Soufraki, qui était sans conteste un ressortissant italien jusqu'en 1991, avait alors obtenu la nationalité canadienne et s'était installé au Canada. En application de la loi italienne, celui-ci était donc réputé avoir perdu sa nationalité italienne à cette date. C'est ce que le tribunal arbitral retient, tout en soulignant que monsieur Soufraki n'avait pas conscience à cette date d'avoir perdu sa nationalité italienne<sup>23</sup>.

Cependant, monsieur Soufraki a soutenu devant les arbitres qu'en s'installant à nouveau en Italie pour plus d'un an, entre 1993 et 1994, il a réacquis la nationalité italienne en application des dispositions de la loi italienne n° 91 de 1992. Celui-ci soumettait, pour preuve à l'appui de son allégation, plusieurs certificats de nationalité émis par les autorités italiennes<sup>24</sup>.

Les arbitres n'ont pas retenu ces arguments : au terme de la vérification de la réalité du domicile de monsieur Soufraki en Italie entre 1993 et 1994, d'une analyse de ses déplacements effectués durant cette période et de ses propres affirmations<sup>25</sup>, le tribunal arbitral a conclu que « [Mr. Soufraki] has not demonstrated to the satisfaction of the tribunal that he established and maintained his residence in Italy during the period from March 1993 until April 1994. In the circumstances, Claimant cannot rely today on Article 13(1) d) of Italian law No. 91 of 1992 »<sup>26</sup>. Dès lors, monsieur Soufraki n'ayant pas retrouvé sa nationalité italienne, il ne remplissait pas les conditions posées par le BIT. En conséquence, les Émirats arabes unis ne pouvaient être réputés avoir donné leur consentement à l'arbitrage vis-à-vis de monsieur Soufraki, ressortissant canadien, et le tribunal arbitral ne pouvait être compétent pour connaître du litige.

L'appréciation factuelle de la nationalité de monsieur Soufraki par le tribunal est convaincante. Il apparaît en effet de manière assez nette, à la lecture de la sentence, que l'argumentation de monsieur Soufraki concernant le fait qu'il ait retrouvé la nationalité italienne à partir de 1994 a été construite *a posteriori*, l'investisseur ne croyant pas, jusqu'aux objections à la compétence formulées par les Émirats arabes unis, que la question de sa nationalité ferait l'objet d'une contestation.

---

<sup>23</sup> *Ibid.* au para. 52.

<sup>24</sup> *Ibid.* aux para. 34 et s.

<sup>25</sup> *Ibid.* aux para. 74-78.

<sup>26</sup> *Ibid.* aux para. 81-82.

À cet égard, les preuves soumises au tribunal arbitral par monsieur Soufraki concernant sa résidence en Italie pendant cette période semblent bien faibles.

En acceptant d'entrer en matière sur la question de la nationalité italienne de monsieur Soufraki et, en définitive, de ne pas retenir celle-ci malgré la présence au dossier de quatre certificats de nationalité émis par les autorités italiennes, le tribunal arbitral a confirmé les principes traditionnellement appliqués par les tribunaux arbitraux internationaux en matière de nationalité des personnes physiques.

La défense de monsieur Soufraki consistait en effet à soutenir que les certificats de nationalité émis par les autorités italiennes constituaient une preuve directe et irréfutable de la nationalité de leur titulaire. Il avait également soumis au dossier une lettre du ministère des Affaires étrangères italien réaffirmant sa nationalité italienne ainsi que son droit de saisir un tribunal arbitral sur le fondement du *BIT*<sup>27</sup>. En d'autres termes, selon monsieur Soufraki, il revenait aux seules autorités italiennes d'interpréter les dispositions législatives italiennes relatives à sa nationalité et le tribunal arbitral devait se conformer à leur interprétation<sup>28</sup>.

Cette position ne pouvait satisfaire les arbitres : en matière de nationalité, comme en d'autres matières, c'est au tribunal arbitral de trancher les questions qui lui sont posées en application d'une norme nationale ou des principes du droit international. En décider autrement reviendrait à remettre la décision des arbitres entre les mains des institutions nationales, ce qui serait contraire aux principes qui sous-tendent la soumission d'un différend à un tribunal arbitral indépendant. Le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Soufraki* relève ainsi que :

*when, in international arbitral or judicial proceedings, the nationality of a person is challenged, the international tribunal is competent to pass upon that challenge. 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. But it will in the end decide for itself whether, on the facts and law before it, the person whose nationality is at issue was or was not a national of the State in question and when, and what follows from that finding. Where, as in the instant case, the jurisdiction of an international tribunal turns on an issue of nationality, the international tribunal is empowered, indeed bound, to decide that issue.*<sup>29</sup>

Les tribunaux constitués dans les affaires *Champion*<sup>30</sup> et *Eudoro Armando Olguín c. Paraguay*<sup>31</sup> avaient également retenu ce principe et accepté de statuer eux-mêmes sur la nationalité des investisseurs en cause sans s'en remettre aux décisions des États concernés. La solution est heureuse et conforme à l'article 41 (1) de la

---

<sup>27</sup> *Ibid.* au para. 14.

<sup>28</sup> *Ibid.* au para. 54.

<sup>29</sup> *Ibid.* au para. 55.

<sup>30</sup> *Champion*, *supra* note 18 au para. 3.4.1.

<sup>31</sup> *Eudoro Armando Olguín c. Paraguay* (2001), Affaire n° ARB/98/5 aux para. 60-62, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>>.

*Convention de Washington* selon lequel « [l]e tribunal est juge de sa propre compétence ».

En revanche, dans l'affaire *Champion Trading Company*, le tribunal a refusé d'examiner l'argument de la nationalité effective de monsieur Soufraki, soulevé à titre subsidiaire par les Émirats arabes unis. Ceux-ci soutenaient que, dans l'hypothèse où le tribunal arbitral devait accepter de considérer monsieur Soufraki comme un ressortissant italien, sa nationalité dominante ou « effective » serait la nationalité canadienne en raison de ses liens avec ce pays, en application de la jurisprudence de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nottebohm*<sup>32</sup>. Le tribunal arbitral a évité de se prononcer sur cette question, jugée superflue dès lors qu'il ne retenait pas la nationalité italienne de monsieur Soufraki. Il est vrai que, dans ces circonstances, les arbitres n'auraient pu se prononcer sur l'argument de la nationalité effective de monsieur Soufraki que par voie d'*obiter dictum*. Or, il est probable que la valeur d'un *obiter* sur cette question aurait été assez faible puisque les faits de l'espèce excluent nettement toute discussion<sup>33</sup>.

Il reste que la question de la nationalité effective des investisseurs finira probablement par être tranchée par un tribunal arbitral statuant en matière d'investissements, tant en raison de la croissance du nombre de personnes possédant plusieurs nationalités qu'en raison de l'article 25 (2)(a) de la *Convention de Washington* qui interdit aux doubles nationaux possédant la nationalité du pays d'accueil de l'investissement de s'en prévaloir. La difficulté du choix entre plusieurs nationalités en matière d'application de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements ou d'application de l'article 25 (2)(a) de la *Convention de Washington* est une question d'actualité délicate et les arbitres ne pourront la trancher, dans certains cas, sans appliquer les critères de la nationalité effective.

En matière d'investissements internationaux et de compétence des tribunaux constitués sous l'égide du CIRDI, l'affaire *Soufraki*, comme l'affaire *Champion*, souligne les difficultés auxquelles feront face des investisseurs, personnes physiques, qui peuvent ne pas être conscients d'avoir perdu une nationalité ou d'être titulaires d'une autre. Le correctif de la nationalité effective pourrait permettre d'éviter certaines de ces difficultés, à condition d'être manié avec circonspection.

## D.K.

---

<sup>32</sup> *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, [1955] C.I.J. rec. 4; *Soufraki*, *supra* note 17 aux para. 42-45.

<sup>33</sup> Sans surprise, cet avis n'est pas partagé par le demandeur qui a introduit une demande d'annulation de la sentence le 12 novembre 2004, toujours pendante. Le comité *ad hoc* constitué dans cette affaire est composé de Florentino P. Feliciano, président, et de Brigitte Stern et Omar Nabulsi, membres.

### III. Analyse comparée : *CDC Group plc c. Seychelles*, décision du 14 juillet 2004<sup>34</sup> et *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, décision du 30 novembre 2004<sup>35</sup>

*Composition du comité dans CDC : Charles Brower, président; Michael Hwang et David A.R. Williams, arbitres.*

*Composition du comité dans Mitchell : Antonia Dimolitsa, président; Robert Dossou et Andrea Giardina, arbitres.*

Nous avons commenté dans une chronique précédente la sentence au fond dans l'affaire *CDC* et nous nous étions interrogés sur la concision extrême dont l'arbitre unique, Anthony Mason, avait fait preuve<sup>36</sup>. Il nous semblait, en effet, que cette concision pouvait engendrer une demande d'annulation en raison d'un manque de motifs, même si le raisonnement apporté par l'arbitre était « d'une grande précision »<sup>37</sup>. Nous ne nous étions visiblement pas mépris. La décision en l'espèce est la première étape menant à la décision finale du comité *ad hoc* dans l'affaire. Avant l'examen des prétentions des parties concernant la demande d'annulation de la sentence du 17 décembre 2003, le comité rend une décision sur la suspension de l'exécution de la sentence.

Concernant la seconde affaire, *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo* (ci-après « la RDC »), c'est avec surprise que l'on a pu constater la publication de cette décision du 30 novembre 2004 sur la suspension d'exécution de la sentence. En effet, la sentence au fond rendue le 9 février 2004, à laquelle était jointe une opinion dissidente, n'avait pas fait l'objet d'une publication. On ne sait donc que peu de chose sur cette affaire, particulièrement en matière de faits, si ce n'est que l'objet du différend concerne un cabinet d'avocats et que l'investissement a eu lieu en RDC<sup>38</sup>. Nous ne pouvons donc en dire plus sur cette affaire hormis qu'une procédure d'annulation a été lancée à l'encontre de la sentence au fond et que cette décision marque la première étape de cette procédure, comme pour l'affaire *CDC*.

De manière liminaire, il nous semble nécessaire de rappeler que la suspension d'exécution d'une sentence est définie, entre autres, par l'article 52 (5) de la *Convention de Washington*. Ce dernier dispose que

[l]e Comité peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la

<sup>34</sup> *CDC Group plc c. Seychelles (Procédure d'Annulation – Décision sur la continuation de la suspension de l'exécution de la sentence)* (2004), Affaire n° ARB/02/14, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/CDCvSeychellesDecisiononWhetherorNottoContinueStayandOrder.pdf>> [CDC].

<sup>35</sup> *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo (Procédure d'Annulation - Décision sur la suspension d'exécution de la sentence)* (2004), Affaire n° ARB/99/7, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mitchell-fr.pdf>> [Mitchell].

<sup>36</sup> Fouret et Khayat, « CIRDI » (2003) 16 :2 R.Q.D.I. 257, *supra* note 18 à la p. 307.

<sup>37</sup> *Ibid.* à la p. 311.

<sup>38</sup> Voir la description de l'affaire en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>>.

demande en annulation. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le Comité ait statué sur ladite requête.<sup>39</sup>

Une demande de suspension s'effectue généralement en deux étapes. Tout d'abord, le comité se demande s'il accorde ou non cette suspension. Vient ensuite la question de la garantie de paiement pour permettre l'exécution immédiate de la sentence en cas de refus d'annulation. Ce seront donc nos deux points d'ancrage pour analyser le raisonnement des deux comités *ad hoc* et pour parvenir à une conclusion étonnante : les deux décisions n'aboutissent pas au même résultat, contrairement à ce que la jurisprudence antérieure aurait pu laisser croire.

#### A. L'application de standards classiques en matière de suspension d'exécution d'une sentence

Le comité dans *CDC* s'interroge sur le bien-fondé d'une suspension d'exécution de la sentence<sup>40</sup>. Si les arbitres reconnaissent qu'aucun standard n'a été mis en place par la *Convention*, ni même par le *Règlement d'arbitrage*, ils n'en acceptent pas moins les indications fournies par les rares comités ayant eu à statuer sur cette question. Six éléments sont retenus, que nous reproduisons ici afin que le lecteur comprenne l'étonnant bric-à-brac, digne de *La plainte du progrès* (1956) de Boris Vian, face auquel nous nous trouvons : le risque de ne pas récupérer la somme versée en vertu de la sentence en cas d'annulation de celle-ci; les motifs dilatoires soutenant la demande d'annulation; la possibilité d'une exécution rapide de la sentence en cas de non annulation; la garantie d'une certaine sécurité pour la partie demandant la suspension d'exécution; la possibilité de causer un dommage irréparable dans l'éventualité d'une exécution immédiate; et enfin, l'existence d'une affaire qui *prima facie* pourrait donner lieu à une annulation<sup>41</sup>.

Avec ces six éléments, les arbitres alignent les standards, laissant le soin au lecteur et aux parties de démêler les éléments favorables et ceux s'opposant à une suspension. Étonnant donc!

Le comité dans *Mitchell* est moins fastidieux dans sa présentation des éléments à prendre en considération. Afin d'éviter l'énumération, il reprend chaque élément à la lumière des prétentions des parties ainsi que des faits de l'espèce. Quatre points sont analysés : le problème de recouvrement de la somme versée en cas d'annulation de la sentence, l'absence d'urgence pour monsieur Mitchell de percevoir la somme allouée, la question de la pertinence *prima facie* des moyens d'annulation et

---

<sup>39</sup> *Convention de Washington, supra* note 2 à l'art. 52 (2).

<sup>40</sup> *CDC, supra* note 34 au para. 8.

<sup>41</sup> Le comité donne six arguments, à la fois en faveur mais aussi en opposition à la suspension, *Ibid.* au para. 9.

la question de la situation politique en RDC justifiant la mise en place d'un compte de garantie bloqué (*escrow account*)<sup>42</sup>.

Nous constatons que dans *Mitchell*, trois des quatre éléments qui découlent de *CDC* (à l'exception du dernier qui est purement lié aux faits de l'affaire) ne sont pas repris. Les critères sont communs, bien que non mis en place par la *Convention de Washington*. Cependant, une marge de manœuvre dans la sélection de ceux-ci est conservée par les parties. Le traitement par les deux comités de ces critères sera-t-il donc le même?

Après avoir dressé cette liste et donné la position et les arguments des parties<sup>43</sup>, le comité *ad hoc* dans *CDC* amorce son raisonnement par un point crucial, soit les demandes fondées sur des arguments de fond et pouvant avoir un caractère dilatoire. Les arbitres sont on ne peut plus clairs : ce n'est pas l'éventualité d'un succès ou d'un échec au fond de la demande en annulation qui les motivera à suspendre l'exécution, contrairement à ce que peuvent faire certains juges nationaux<sup>44</sup>. Le comité examine la *Convention de Washington*, son historique ainsi que le *Règlement d'arbitrage* pour constater qu'aucun de ces trois textes n'esquisse la possibilité de recourir à des arguments de fond pour résoudre la question. Au soutien de leur vision, les arbitres utilisent aussi les décisions dans les affaires *MINE*<sup>45</sup> et *Wena*<sup>46</sup> qui n'ont retenu qu'un test *prima facie* lors de l'analyse des prétentions des parties<sup>47</sup>. Comme pour une décision sur la compétence, la décision sur la suspension d'exécution doit donc se cantonner à analyser des éléments sans préjuger du fond, sans aborder la question de l'annulation. Dans *Mitchell*, le raisonnement, au paragraphe 26, nous apparaît comme calqué sur la décision rendue dans *CDC*. En effet, les trois arbitres affirment que « toute considération du fond et des chances d'annulation de la sentence serait déplacée »<sup>48</sup>. En se fondant eux aussi sur *Wena* et *MINE*, les arbitres suivent la solution adoptée quelques mois auparavant dans *CDC*.

Le deuxième point dans *CDC* cherche à répondre à l'argument avancé par les Seychelles à l'effet que l'exécution de la sentence aurait un effet catastrophique sur l'économie déjà affaiblie de l'État, les sommes en jeu étant de l'ordre de 2,3 millions de livres sterling. Le comité n'est cependant pas satisfait par ce raisonnement, car l'expression « effet catastrophique »<sup>49</sup> n'est employée que de manière anecdotique, alors qu'elle aurait dû être le cœur de l'argumentation des Seychelles : s'il semble évident que la suspension a pour but d'empêcher des effets, si ce n'est catastrophiques, à tout le moins extrêmement handicapants pour le pays, la demande ne peut néanmoins aboutir sans preuve apportée par les Seychelles.

<sup>42</sup> *Mitchell*, *supra* note 35 aux para. 24-27.

<sup>43</sup> *CDC*, *supra* note 34 aux para. 10-11.

<sup>44</sup> *Ibid.* aux para. 13-14.

<sup>45</sup> *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinée* (1990), Affaire n° ARB/84/4, décision du comité *ad hoc*, ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 95 [*MINE*].

<sup>46</sup> *Wena Hotels Limited c. Égypte* (2002), Affaire n° ARB/98/4, Décision du Comité *ad hoc*, 41 I.L.M. 933 plus particulièrement les para. 5-6 [*Wena*].

<sup>47</sup> *Ibid.* au para. 14.

<sup>48</sup> *Mitchell*, *supra* note 35 au para. 26.

<sup>49</sup> « *Catastrophic consequences* » en anglais, *CDC*, *supra* note 34 au para. 17.

Néanmoins, l'investisseur n'ayant pas contesté cette allégation des Seychelles, pourtant sans preuve, le comité ne souhaite pas statuer *ultra petita* et retient donc l'argument de l'« effet catastrophique » en faveur de la suspension<sup>50</sup>. Cet argument n'a pas été soulevé devant le comité *ad hoc* dans *Mitchell*.

Le troisième point concerne le risque de ne pas pouvoir récupérer les fonds versés à CDC dans l'éventualité d'une annulation de la sentence<sup>51</sup>. Cela doit-il entraîner la suspension d'exécution de ladite sentence? Se fondant sur les critères retenus dans les affaires *Wena* et *MINE*<sup>52</sup>, le comité ne constate rien de tel en l'espèce, car CDC est un véritable investisseur et non une coquille vide. En outre, ses relations commerciales avec les Seychelles existent de longue date. Rien n'indique qu'une annulation de la sentence, alors que celle-ci aurait été exécutée, engendrerait des problèmes pour les Seychelles lors de la restitution des sommes versées. L'argument est donc rejeté par les arbitres. S'il nous semble juste que l'État condamné puisse bénéficier d'une protection en attendant la décision, cela ne signifie pas pour autant qu'il faille jeter l'opprobre sur la sincérité de l'investisseur. L'équilibre atteint par les arbitres sur ce point est louable. La conclusion générale du comité sur la question de la suspension d'exécution est somme toute logique. Comme il n'y a pas eu de contestation de l'effet ou des conséquences potentiellement catastrophiques que la suspension pouvait engendrer, le comité se voit obligé de poursuivre la suspension d'exécution dans l'attente de sa décision. Cependant, il nous apparaît peu convaincant, voire décevant, de devoir nous fonder sur l'argument de l'effet catastrophique, dans la mesure où ce dernier n'a souffert d'aucune contestation<sup>53</sup>.

En ce qui concerne le problème de la récupération des sommes dans l'éventualité d'une annulation, les arbitres dans *Mitchell* arrivent à la conclusion inverse de ceux de CDC. Il nous semble cependant que ce sont les faits de l'affaire qui ont engendré cette différence et non une application différente du critère. En effet, les arbitres utilisent aussi les arguments développés dans les affaires *MINE* et *Wena* et constatent que la RDC pourrait avoir des difficultés à récupérer ses fonds en raison de la qualité de personne physique de l'investisseur. En outre, ce dernier possède « des activités et des biens difficilement localisables »<sup>54</sup>. Si le comité reconnaît la bonne volonté de l'investisseur, qui a indiqué qu'il était prêt à donner une liste de ses biens aisément localisables, il n'en conclut pas moins que le danger de ne pas récupérer la somme est réel pour la RDC. Cela ne nous paraît pas déraisonnable, car il est vrai qu'un cabinet d'avocats peut difficilement, le cas échéant, autoriser le remboursement de la somme allouée par la sentence au fond, à savoir 750 000 dollars plus 95 000 dollars d'intérêts. Il est donc intéressant de noter que les mêmes critères ont été appliqués et que c'est bien une appréciation *in concreto* de chaque affaire qui a fait pencher la balance d'un côté ou de l'autre.

---

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.* aux para. 18 et s.

<sup>52</sup> En particulier sur les problèmes de sociétés réduites à l'état de coquilles vides ou *a contrario* sur les véritables sociétés, *Ibid.* au para. 18.

<sup>53</sup> Voir la première phrase dans CDC, *supra* note 34 au para. 19, qui apparaît plutôt comme une résignation de la part du comité.

<sup>54</sup> *Mitchell*, *supra* note 35 au para. 24.

Deux critères de la sentence *Mitchell* doivent encore être étudiés. Le premier concerne l'argumentaire de la RDC sur le caractère non urgent du versement de la somme au demandeur en raison de sa qualité et des activités lucratives qu'il exerce<sup>55</sup>, argument que le comité refuse. Comment en effet arguer de la qualité du demandeur pour déclarer qu'il n'a pas besoin de cet argent? Comme l'affirme le comité, « [q]u'il ait ou non besoin de disposer immédiatement des montants de la sentence est une question contingente et personnelle à monsieur Patrick Mitchell, qui se trouve hors du cadre de la présente procédure »<sup>56</sup>. Le comité a donc bien entendu énoncé qu'une sentence avait été rendue et qu'un paiement était donc dû, sans tenir compte de la qualité du demandeur.

Le second point qu'il nous faut en dernier lieu analyser est celui soutenu par la RDC, à savoir que la situation politique dans laquelle se trouve le pays justifierait le refus d'un compte de garantie bloqué. En faisant référence aux résolutions onusiennes en la matière, le comité reconnaît que, même si la somme peut paraître minime, elle est d'une grande importance pour l'État, et pourrait être une charge pécuniaire supplémentaire et non nécessaire, cette charge pouvant même entraver la volonté de la RDC « d'assurer la paix et la sécurité dans la région »<sup>57</sup>. Les arbitres refusent donc la constitution d'un tel séquestre. S'il est vrai que cette procédure ne doit pas entraver la bonne marche du pays et que nous comprenons entièrement le besoin du comité de rassurer la RDC, nous ne sommes pas persuadés que la création d'un *escrow account* aurait été un facteur déstabilisateur pour le pays, particulièrement en raison des faibles sommes en jeu, même pour cet État.

En conclusion, c'est donc la somme des critères en faveur de la suspension qui prévalent. En effet, le tribunal affirme que ces critères sont remplis cumulativement, car

[d]'une part on ne peut pas exclure des vraies difficultés de recouvrement de la somme en cas d'annulation de la sentence, et, d'autre part, il y a un risque évident de conséquences malencontreuses de ce paiement sur les efforts de restructuration de la RDC. Chacune de ces deux constatations ne peut à elle seule justifier la suspension d'exécution. La coexistence, pourtant, de ces deux éventualités rend le Comité enclin à accepter la suspension d'exécution.<sup>58</sup>

Les deux comités arrivent donc au même résultat, en utilisant pourtant parfois des critères différents. En revanche, il nous semble que sur le point de la garantie bancaire, l'opposition est bien plus grande.

---

<sup>55</sup> *Ibid.* au para. 11.

<sup>56</sup> *Ibid.* au para. 25.

<sup>57</sup> *Ibid.* au para. 27.

<sup>58</sup> *Ibid.* au para. 28.

## B. Une opposition frontale en matière de garantie de paiement

Si la jurisprudence n'est pas constante, le dépôt d'une garantie dans une banque s'apparente cependant à la norme en matière d'arbitrage CIRDI<sup>59</sup>. Comme l'indique Paul Friedland, « *[m]ost ICSID ad hoc committees that have considered the issue have found that there are stronger arguments on the investors' side in favor of the requirement of a bond* »<sup>60</sup>.

C'est donc sans grand étonnement que le comité dans *CDC* abonde dans le sens de la jurisprudence majoritaire qui consiste à accorder une garantie de paiement, soit une sécurité pour l'investisseur. Une fois encore, c'est un rééquilibrage de la balance pour éviter toute accusation de parti pris : l'État voit l'exécution de la sentence suspendue, mais l'investisseur est rassuré par l'obtention de la garantie de paiement<sup>61</sup>. En l'espèce, le comité accepte de respecter cet équilibre qui tend donc à devenir la règle. De plus, si les Seychelles semblent traverser une crise financière, le comité indique que rien n'a été porté à sa connaissance, ce qui pourrait laisser penser que ces dernières ne sont pas en d'accorder une telle garantie<sup>62</sup>. Le comité demande donc que cette garantie soit déposée dans une banque qui n'a son siège principal ni aux Seychelles, ni au Royaume-Uni.

Étonnamment, cette vision n'est pas suivie par le second comité *ad hoc* : ce dernier ne voit aucune raison d'accorder une garantie à l'investisseur et remet en question l'automatisme dans l'octroi de cette garantie lors d'une suspension d'exécution<sup>63</sup>. Pour les arbitres, du moins pour deux d'entre eux, l'investisseur serait placé dans une situation plus favorable que si une suspension n'avait pas été demandée<sup>64</sup>. En outre, le comité estime que les mécanismes de la *Convention de Washington* sont des garanties suffisantes pour permettre l'exécution future de la sentence au fond. L'article 27 autorise l'exercice de la protection diplomatique si l'État ne respecte pas l'obligation d'exécution de la sentence<sup>65</sup> et l'article 64 permet le

<sup>59</sup> *In favorem, Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie* (1986), Affaire n° ARB/81/125, Décision du comité *ad hoc*, 25 I.L.M. 1439; *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie* (1992), Affaire n° ARB/81/1, Décision rejetant la demande d'annulation de la sentence et annulant la décision pour une décision supplémentaire et une rectification [non publiée]; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Égypte* (1993), Affaire n° ARB/84/3, ordonnance du 9 mars 1993 dans laquelle les parties se sont mises d'accord sur une suspension d'exécution en l'échange d'une garantie [non publiée]; *Wena*, *supra* note 46. *Contra, MINE*, *supra* note 45.

<sup>60</sup> Paul Friedland, « Stay of Enforcement of the Arbitral Award Pending ICSID Annulment Proceedings » dans Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, dir., *Annulment of ICSID Award*, New York, Juris, 2004, 177 à la p. 182.

<sup>61</sup> Voir *Wena*, *supra* note 46, citée dans *CDC*, *supra* note 34 au para. 19.

<sup>62</sup> *Ibid.* au para. 21.

<sup>63</sup> *Mitchell*, *supra* note 35 au para. 42.

<sup>64</sup> Le comité s'appuie ici sur le raisonnement dans *MINE*, *Ibid.* au para. 32.

<sup>65</sup> *Convention de Washington*, *supra* note 2 à l'art. 27 :

(1) Aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend.

(2) Pour l'application de l'alinéa (1), la protection diplomatique ne vise pas les simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend.

recours à la Cour internationale de justice (CIJ) le cas échéant<sup>66</sup>. Nous ne pensons pas que ces deux articles soient de véritables garanties de la bonne exécution de la sentence, particulièrement pour la première étape concernant la protection diplomatique. L'État de l'investisseur doit choisir d'exercer cette protection. Il le peut, mais n'en a aucune obligation : il s'agit d'une compétence discrétionnaire. C'est l'État, ayant endossé la réclamation du particulier, qui portera l'affaire devant la CIJ et c'est lui qui obtiendra réparation, car les droits de l'investisseur et les violations subies sont en quelque sorte transmis à l'État national<sup>67</sup>. Ce dernier peut donc très bien conserver les montants alloués à titre de dommages et intérêts s'il le souhaite ou en faire la répartition qu'il juge appropriée<sup>68</sup>. La protection de la *Convention de Washington* n'est donc pas aussi évidente qu'elle le paraît au premier abord.

Le comité conclut de surcroît que rien n'indique que la RDC ne respectera pas la sentence. S'il est vrai que l'on ne peut l'affirmer, il nous semble cependant inacceptable

de faire dépendre la décision sur la garantie uniquement du principe, en soi, qu'un État doit se conformer à ses obligations internationales (un comité ne pourrait alors jamais se former la conviction qu'un État ne se conformera pas à cette obligation dans le futur, et par conséquent la constitution d'une garantie bancaire ne devrait jamais être ordonnée à un État).<sup>69</sup>

Cette citation reprend l'opinion dissidente d'un des trois arbitres qui conclut, lui, à la nécessité d'une garantie. Nous abondons plutôt dans son sens : le raisonnement du tribunal mènerait au quasi-abandon du mécanisme des garanties bancaires.

Nous retiendrons deux éléments intéressants dans cette étude comparative. Tout d'abord, l'utilisation de critères se recoupant pour déterminer si une suspension d'exécution peut être accordée. Les tribunaux réagiront désormais de manière plus ou moins prévisible sur ce point de droit : l'on accordera relativement aisément une suspension d'exécution.

Le second point donne lieu à controverse, car en matière de garantie bancaire, la prévisibilité semble très précaire. Le nombre des sentences d'un côté

---

<sup>66</sup> *Convention de Washington*, *supra* note 2 à l'art. 64 :

Tout différend qui pourrait surgir entre les États contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour internationale de Justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les États intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement.

<sup>67</sup> C'est selon la formule restée célèbre de la CPJI : « en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international », *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine* (1932), C.P.J.I. (sér. A) n° 2 à la p. 12.

<sup>68</sup> Pour un bon aperçu rapide du mécanisme de la protection diplomatique, voir Patrick Daillier et Alain Pellet (Nguyen Quoc Dinh†), *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2002 aux pp. 793-795 et 808-816.

<sup>69</sup> *Mitchell*, *supra* note 35 au para. 43.

comme de l'autre est désormais partagé et il nous apparaît que le caractère quasi automatique de l'octroi de garanties bancaires décrit par Paul Friedland a peut-être subi un coup d'arrêt important par la décision *Mitchell*. Cela ne nous semble pas souhaitable et le maintien de l'équilibre toujours précaire entre les droits d'un État et d'un investisseur privé, « non-sujet » du droit international, peut s'en trouver troublé.

**J.F.**

#### **IV. *Enron et Ponderosa Assets c. Argentine, décision du 2 août 2004***<sup>70</sup>

*Composition du tribunal : Francisco Orrego Vicuña, président; Héctor Gros Espiell et Pierre-Yves Tschanz, arbitres.*

Une nouvelle décision dans l'affaire *Enron c. République argentine* a été rendue sept mois après celle du 14 janvier 2004<sup>71</sup>. Comme nous l'annoncions dans la chronique précédente, une seconde décision sur la compétence devait être rendue à la suite d'une demande accessoire d'Enron<sup>72</sup>. Cette demande concerne ce que le tribunal a qualifié en janvier dernier de problèmes résultant des « *[t]ariffs, devaluation and other financial measures adopted by the government of the Argentine Republic* »<sup>73</sup> par opposition aux problèmes purement fiscaux de la première décision. Cependant, pour ne pas ralentir les deux procédures parallèles, le tribunal a décidé d'appliquer un emploi du temps resserré, afin que les mémoires pour les deux demandes soient soumis en même temps<sup>74</sup>, afin, bien entendu, d'éviter toute manœuvre dilatoire.

Les arbitres ont donc statué sur leur compétence eu égard à la situation suivante :

*The refusal of the Argentine Government to allow tariff adjustments in accordance with the United States Producer Price Index (PPI) and the enactment of Law No. 25.561 which nullified PPI adjustments and the calculation of tariffs in dollars of the United States of America. In the Claimants' argument, these various measures violate the commitment made to the investor under the Treaty.*

L'Argentine a soulevé cinq exceptions d'incompétence pour contrer l'argumentation des investisseurs américains. Celles-ci sont l'absence de *jus standi*

<sup>70</sup> *Enron et Ponderosa Assets c. Argentine (compétence, demande accessoire)* (2004), Affaire n° ARB/01/3 [*Enron II*].

<sup>71</sup> *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/01/3, en ligne : Investment Treaty Arbitration <[http://ita.law.uvic.ca/chronological\\_list.htm](http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm)> [*Enron I*].

<sup>72</sup> Voir nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2004) 17 :1 R.Q.D.I. 157, 159 aux pp. 160 et s. [Fouret et Khayat, « CIRDI » (2003) 17 :1 R.Q.D.I. 159].

<sup>73</sup> *Enron I*, supra note 71 au para. 22.

<sup>74</sup> *Enron II*, supra note 70 au para. 4 et les paragraphes suivants pour la description de la procédure.

(qualité pour agir) des demandeurs, la violation de l'article 25 de la *Convention de Washington* en raison du caractère indirect de la demande, le fait que le différend ne soit pas en relation directe avec un investissement et que la clause d'attribution de compétence pour régler les différends dans le contrat de licence prévale sur toute autre et enfin le fait que le différend ait été soumis préalablement aux juridictions argentines. Le caractère gémellaire de ces exceptions avec celles du 14 janvier 2004 n'échappera pas aux familiers de l'affaire. La réponse apportée ne devrait donc pas être une réelle surprise.

Le tribunal se penche en premier lieu sur l'absence de caractère obligatoire des précédents dans l'arbitrage CIRDI, donc sur l'absence de règle de *stare decisis*<sup>75</sup>. Il aurait cependant paru étonnant que le tribunal ne s'appuie pas sur sa première décision ainsi que sur les décisions prises dans des circonstances similaires tant pour les faits que pour les questions de droit soulevées. Les arbitres ont toutefois souhaité aborder leur prise de décision avec un œil neuf, tout en ayant les précédents à l'esprit<sup>76</sup>. Cependant, le tribunal n'en aura pas vraiment l'occasion, car « *[t]he parties have not really made any new argument in this respect and, therefore, the tribunal sees no basis for changing any of the conclusions already reached in the Stamp Tax Claim [c'est-à-dire Enron I]* »<sup>77</sup>. Nous verrons donc de manière concise les réponses toutes aussi concises du tribunal aux objections.

Sur le *ius standi*, c'est à nouveau l'article I(1)a de l'accord bilatéral d'investissement américano-argentin<sup>78</sup> qui est utilisé par le tribunal pour fonder sa décision et déterminer que le caractère indirect de l'investissement ne l'empêche pas de se reconnaître compétent<sup>79</sup>. L'actionnaire minoritaire est donc désormais un investisseur à part entière si l'on suit cette jurisprudence arbitrale constante depuis quelques années.

Le tribunal s'appesantit ensuite sur les affaires *Mondev* et *Vacuum Salt*<sup>80</sup>, en particulier, ainsi que sur toutes les affaires citées par l'Argentine, l'objectif étant de renforcer sa position quant à la qualité pour agir d'une personne privée ayant une

<sup>75</sup> Comme nous l'avons déjà dit ailleurs, il nous semble bon de citer à nouveau cet expert en arbitrage relatif aux investissements : « *there is no doctrine of stare decisis in international economic law, although it would be inaccurate to claim that cases decided by respected arbitration tribunals [...] would not have considerable influence on future tribunals. This phenomenon of persuasion will likely be even more apparent when a particular decision is cited with approval by a subsequent tribunal, generating even further authority for subsequent cases.* » dans Todd Weiler, « Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the Light of New NAFTA Precedents : Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation » (2003) 1 :2 Oil, Gas & Energy L. Intelligence, en ligne : Oil, Gas & Energy Law Intelligence <www.gasandoil.com/ogel>.

<sup>76</sup> *Enron II*, supra note 70 aux para. 25-26.

<sup>77</sup> *Ibid.* au para. 26.

<sup>78</sup> Cité dans *Ibid.* au para. 29 : « *[an] "investment" means every kind of investment in the territory of one party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation: [...] (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof.* ».

<sup>79</sup> Voir les conclusions dans *Enron I*, supra note 71 aux para. 56-57 et nos commentaires, supra note 72 aux pp. 162-163.

<sup>80</sup> *Mondev International Ltd. c. États-Unis* (2004), Affaire n° ARB(AF)/99/2 [*Mondev*]; *Vacuum Salt Products c. Ghana* (1994), Affaire n° ARB/92/1 [*Vacuum Salt*].

participation directe, indirecte, ou exerçant un contrôle sur des investissements. Toutes les vues concordent pour accorder le statut d'investisseur dans les conditions réunies en l'espèce si l'on analyse l'ALÉNA, mais aussi le droit américain<sup>81</sup>.

Cela ne semble plus concorder en dehors de ces cadres : dans *Vacuum Salt*, le contrôle étranger n'avait pas été retenu pour qualifier une entreprise d'« étrangère », car aucun accord du gouvernement du Ghana n'avait été donné en ce sens. Le tribunal avait donc décidé que, selon l'article 25 (2)(b) de la *Convention de Washington*, ce contrôle étranger ne suffisait pas à qualifier l'entreprise de « national d'un autre État partie ». L'Argentine abonde dans ce sens et tient à souligner le parallélisme avec la situation en l'espèce. Le tribunal réfute cet argument d'une manière fort convaincante : le caractère international était absent dans *Vacuum Salt*. Si un actionnaire minoritaire grec était bien présent, il n'y a jamais eu de contrat pour un investissement direct étranger. Tout était sous l'empire du code d'investissement ghanéen de 1963<sup>82</sup>. En l'espèce, les investisseurs étrangers avaient été invités par le gouvernement argentin à participer au processus de privatisation, tout en étant obligés de passer par le biais d'entreprises incorporées localement. Comme le souligne le tribunal, cela a toujours été décrit comme une opération d'investissement étranger<sup>83</sup>.

La seconde raison pour refuser le parallélisme avec *Vacuum Salt* est plus convaincante : l'inexistence, dans l'affaire entre l'investisseur grec et le Ghana, de BIT applicable. Aucun instrument conventionnel n'a pu apporter de définition du terme « investissement ». L'investisseur grec n'a pas eu la possibilité d'avoir recours à cette définition pour fonder sa demande auprès du tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI non plus<sup>84</sup>. La cause semble donc entendue en raison des différences fondamentales entre les deux affaires. Un dernier point est cependant analysé.

Le serpent de mer du CIRDI refait surface dans cet arbitrage : demandes fondées sur un contrat (*contract claims*) ou demandes fondées sur un traité (*treaty claims*)? Cette discussion évoque, comme lors de la première décision, la portée de la clause attributive de compétence contenue dans le contrat par rapport à celle contenue dans le traité. En effet, les demandes fondées sur le contrat ne devraient pas se retrouver devant un tribunal constitué en vertu du BIT<sup>85</sup>. Le tribunal ne cite pas moins de sept tribunaux arbitraux et quatre comités *ad hoc* ayant eu à traiter de la question<sup>86</sup>. Il répète consciencieusement ce qu'il a déjà énoncé lors de sa première décision : il y a sans aucun doute des questions relatives au contrat mais « l'essence même des demandes » se fonde sur des violations du traité<sup>87</sup>. Le tribunal décide donc ne de pas se départir de la position qu'il avait prise dans sa première décision et rejette aussi cette exception d'incompétence<sup>88</sup>.

---

<sup>81</sup> *Enron II*, *supra* note 70 aux para. 33-39.

<sup>82</sup> *Ibid.* au para. 43.

<sup>83</sup> *Ibid.* au para. 44.

<sup>84</sup> *Ibid.* au para. 45.

<sup>85</sup> *Enron II*, *supra* note 70 au para. 47.

<sup>86</sup> *Ibid.* au para. 48.

<sup>87</sup> *Ibid.* au para. 51.

<sup>88</sup> *Ibid.* et voir dans *Enron I*, *supra* note 71 aux para. 91-94.

Par conséquent, les arbitres se reconnaissent aussi compétents pour cette demande accessoire. Si nous en jugeons par ses affirmations préliminaires<sup>89</sup>, nous pouvons penser que désormais, en ayant retenu sa propre compétence, le tribunal traitera toutes les demandes ensemble. À la lumière de cette décision, elles auraient déjà dû l'être au stade de la compétence.

**J.F.**

## V. *Siemens AG c. Argentine, décision du 3 août 2004*<sup>90</sup>

*Composition du tribunal : Andrés Digo Sureda, président; Charles Brower et Domingo Bello Janeiro, arbitres.*

La société de droit allemand, Siemens AG, a introduit une requête d'arbitrage le 23 mai 2002 contre la République d'Argentine. Le fondement de la demande est le *Traité d'encouragement et de protection des investissements* entre l'Allemagne et la République argentine conclu le 9 avril 1991 (ci-après le « *BIT* »)<sup>91</sup>.

Le différend résulte d'un contrat pour la fourniture d'un système de contrôle des migrations ainsi que d'identification personnelle. L'appel d'offre de l'Argentine avait été remporté Siemens. Un contrat, d'une durée de six ans, renouvelable deux fois pour une durée de trois ans, a donc été conclu le 8 octobre 1998. L'appel d'offre stipulait en outre que seule une société de droit local pouvait présenter une offre<sup>92</sup>. Siemens a donc constitué, par le biais d'une de ses filiales, Siemens Nixdorf Informations System AG, une société de droit argentin qu'elle détient à 100%, Siemens IT Services SA. Le décret 1342/98 signé par le gouvernement a approuvé ce contrat<sup>93</sup>. Cependant, notamment en raison du changement de gouvernement en décembre 1999, le contrat a été suspendu en février 2000, à la suite de prétendus problèmes techniques<sup>94</sup>. Après de nombreuses négociations infructueuses ainsi que trois recours administratifs à l'encontre du décret ayant mis fin au contrat, Siemens a décidé de porter l'affaire devant le CIRDI sur le fondement du *BIT*<sup>95</sup>.

Afin de contrer cette demande d'arbitrage, la République argentine a avancé huit exceptions d'incompétence. Une seule nous semble digne d'intérêt. Nous commencerons donc par énumérer rapidement les sept autres (A) pour ensuite revenir à ce qui est la première de ces exceptions : la contestation par l'État argentin de l'utilisation faite par Siemens de la clause de la nation la plus favorisée (ci-après « NPF ») (B).

<sup>89</sup> « [T]he tribunal proposed to handle both disputes independently until it decided on the exceptions to jurisdiction in both cases » dans *Enron II*, supra note 70 au para. 4.

<sup>90</sup> *Siemens AG c. Argentine (compétence)* (3 août 2004), Affaire n° ARB/02/8, en ligne : ASIL <[http://www.asil.org/ilib/Siemens\\_Argentina.pdf](http://www.asil.org/ilib/Siemens_Argentina.pdf)> [Siemens].

<sup>91</sup> Pour la procédure complète de la nomination des arbitres au dépôt des mémoires, voir *Ibid.* aux para. 1-22.

<sup>92</sup> *Ibid.* au para. 23.

<sup>93</sup> *Ibid.* au para. 25.

<sup>94</sup> *Ibid.* au para. 26.

<sup>95</sup> Pour de plus amples détails, *Ibid.* aux para. 26-27.

De manière liminaire, nous voulons cependant rapidement évoquer la question du droit applicable qui a fait l'objet d'un traitement concis par les arbitres. Ces derniers ont écarté l'applicabilité du droit argentin. Le droit international, au sens large, prévaut pour les questions de compétence :

*This being an ICSID tribunal, its jurisdiction is governed by Article 25 of the ICSID Convention and the terms of the instrument expressing the parties' consent to ICSID arbitration, namely, Article 10 of the Treaty. Therefore the tribunal needs to assess whether the request for arbitration meets the requirements of Article 25 of the ICSID Convention and of Article 10 of the Treaty.*<sup>96</sup>

## A. Sept exceptions rejetées, la litanie du tribunal

Notre titre reflète l'impression qui se dégage à la lecture de sept de ces huit exceptions. L'Argentine n'a pas jugé bon de ne soulever que les exceptions pouvant avoir une certaine validité, un poids ou voire une certaine pertinence. Le tribunal n'a donc eu d'autre choix que d'analyser chacune de ces exceptions d'incompétence et d'en faire une litanie. Sept d'entre elles feront l'objet du présent développement. La première analysée par le tribunal, celle concernant la clause NPF, fera l'objet du second développement. Nous présenterons rapidement ces sept exceptions, toutes rejetées par le tribunal.

### 1. JURIDICTIONS LOCALES ET CLAUSE D'OPTION IRREVOCABLE

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, la clause NPF du *BIT* germano-argentin était la première des exceptions, car le demandeur souhaitait l'application de dispositions du *BIT* entre le Chili et l'Argentine, notamment sur le règlement des différends. La première question posée au tribunal était donc la suivante : si l'on demande l'application par le biais de la clause NPF d'une disposition d'un traité, cela signifie-t-il que tout le *BIT* est potentiellement applicable<sup>97</sup>? L'Argentine avançait qu'il fallait dans l'affirmative respecter aussi les autres dispositions du *BIT*, notamment la clause d'option irrévocable. Pour l'État, on ne pouvait choisir une disposition et laisser de côté les autres : on applique le traité en entier, car ce dernier est le fruit d'une négociation qui intègre des avantages et des inconvénients. La défenderesse indique que la demande de Siemens reviendrait à ne prendre que les avantages. Nous pensons, comme le tribunal d'ailleurs<sup>98</sup>, que l'Argentine a raison et qu'un traité est l'exemple même du consensus atteint par deux ou plusieurs puissances souveraines. Cependant, la réponse se trouve dans le nom du mécanisme utilisé : clause de la nation la plus favorisée. Son application signifie qu'il ne faut prendre en compte que les articles les plus favorables.

---

<sup>96</sup> *Ibid.* au para. 31.

<sup>97</sup> *Ibid.* au para. 118.

<sup>98</sup> *Ibid.* au para. 120.

Par conséquent, à juste titre, le tribunal reconnaît que l'on peut faire le tri et ne choisir que la disposition sur l'accès direct à l'arbitrage international en laissant de côté la clause d'option irrévocable, par exemple<sup>99</sup>. Si l'argument et le raisonnement juridique sont entièrement acceptables, le dépeçage dont fait l'objet le *BIT* peut sembler choquant en raison du but et de la volonté des parties lors de sa conclusion.

## 2. UN SEUL ARGUMENT EN DEUX EXCEPTIONS : DE LA QUALITE POUR AGIR DE SIEMENS

Selon l'Argentine, Siemens n'aurait pas de *jus standi* devant ce tribunal, car il manquerait « selon la défenderesse, un lien direct entre l'investisseur et l'investissement »<sup>100</sup>. Le tribunal se veut on ne peut plus clair sur le sujet. Cette exception est une nouvelle fois fondée, mais seulement partiellement, sur une disposition du *BIT* entre le Chili et l'Argentine, et non sur la disposition invoquée par le demandeur grâce à la clause NPF. Ayant rejeté le principe d'une telle invocation dans l'exception précédente, le tribunal réitère son refus ici<sup>101</sup>.

Cependant, l'argumentation de la République argentine ne s'arrête pas là. Comme l'investissement de Siemens est indirect, par le biais d'une société de droit argentin, sa protection est considérée comme exceptionnelle et ne pourrait être assurée qu'en cas de mention explicite dans le *BIT*<sup>102</sup>.

Le tribunal fait, dans un premier temps, une distinction sémantique au sujet du terme « *indirect* : *indirect meaning that the shareholder of the local company controls it through another company, and indirect meaning that a shareholder may claim damage suffered by a company in which it holds shares* »<sup>103</sup>. Les arbitres tentent donc de démêler ces deux significations dans leur décision menant au rejet de cette exception<sup>104</sup>.

En réalité, le *BIT*, comme tant d'autres instruments bilatéraux, n'apporte pas de réelle définition de l'investissement et laisse prévaloir une approche large. Pour le tribunal, cela signifie donc que les investissements indirects ne sont pas exclus, car ils peuvent entrer dans les larges catégories prévues par l'instrument bilatéral<sup>105</sup>. Les investissements du demandeur sont donc couverts.

En conclusion, le tribunal revient sur une demande connexe du défendeur. Ce dernier avait soulevé un argument sur le siège effectif, mais il n'a pas prouvé que

<sup>99</sup> *Ibid.* au para. 121.

<sup>100</sup> Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales » (2005) 132 J.D.I. 135 à la p. 153 [Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales »].

<sup>101</sup> *Siemens, supra* note 90 au para. 135.

<sup>102</sup> *Ibid.* au para. 136.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.* aux para. 143-144.

<sup>105</sup> *Ibid.* au para. 137. Le tribunal s'appuie aussi, aux para. 141-142, sur la jurisprudence internationale antérieure pour analyser la possibilité d'accepter des demandes indirectes.

ce critère, déterminant pour la nationalité d'une société, limite la possibilité de soumettre des demandes indirectes. De plus, les arbitres ne voyaient pas la relation entre les deux questions qui n'en ont effectivement aucune<sup>106</sup>. Le rejet de cette exception était donc inévitable.

### 3. LE LIEN DIRECT ENTRE LE DIFFEREND ET UN INVESTISSEMENT

L'investissement est, entre autres, en actions, en participations ou encore en droits de propriété intellectuelle. Il ne fait donc pas de doute que le différend a un lien direct avec un investissement et comme l'indique le tribunal, cela n'est pas affecté par le fait que Siemens n'est pas l'actionnaire direct de la société de droit local<sup>107</sup>. En effet le tribunal réaffirme très clairement et à juste titre qu'il ne faut pas tout mélanger et que « *[t]he direct requirement under the ICSID convention is related to the investment dispute, not to whether the investor is direct or indirect* »<sup>108</sup>.

### 4. DU CARACTERE HYPOTHETIQUE DU DIFFEREND

Reprenant la jurisprudence antérieure, le tribunal énonce que pour que le différend ne soit pas hypothétique, il faut un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit de points de vue juridiques entre les parties<sup>109</sup>.

Le tribunal est très clair dans sa réponse :

*There are certainly conflicting interests between the parties, and opposed legal views on the significance of certain facts and on whether the dispute is a dispute of a contractual nature or a dispute under the Treaty. The tribunal is satisfied that a real dispute exists.*<sup>110</sup>

Par conséquent, cette objection est aussi rejetée.

### 5. LA QUESTION DE LA NOTIFICATION

Le tribunal, pour couper court au débat, reprend pas à pas toutes les procédures et les correspondances afin de déterminer et de prouver à l'Argentine qu'aucune demande ni fait nouveaux n'a été soumis. Les documents présentés au tribunal sont donc substantiellement les mêmes et cette objection n'a pas lieu d'être<sup>111</sup>.

---

<sup>106</sup> *Ibid.* au para. 143.

<sup>107</sup> *Ibid.* au para. 150. Comme le tribunal l'affirme : « *This is a separate question* ».

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.* au para. 159.

<sup>110</sup> *Ibid.* au para. 160.

<sup>111</sup> *Ibid.* au para. 173.

## 6. LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE CONTENUE DANS LE CONTRAT

Une fois encore, même sans règle de *stare decisis*, il apparaît que ce sont les décisions antérieures de tribunaux et de comités *ad hoc* qui fondent et inspirent le raisonnement du tribunal qui effectue ainsi une distinction très claire entre une demande fondée sur un traité et une demande fondée sur un contrat ainsi que sur les modes de règlement des différends devant les juridictions internes qui existent généralement pour régler des différends contractuels<sup>112</sup>. Nous sommes, pour les arbitres, en présence d'une demande fondée sur un *BIT*, l'arbitrage CIRDI est donc logiquement retenu.

Quant à l'invocation de l'article 26 de la *Convention de Washington* portant renonciation à tout autre recours en cas d'utilisation de l'arbitrage CIRDI, cela ne signifie pas que l'on ne peut pas contracter autrement. Cela signifie simplement qu'aucun des deux recours n'est exclusif de l'autre<sup>113</sup>. La non renonciation aux autres recours ne retire pas sa compétence au tribunal CIRDI, qui est donc compétent en vertu du choix des parties. L'exception d'incompétence est repoussée.

Il ne nous reste donc plus qu'à nous attacher à l'élément qui a fait l'objet de toutes les attentions en raison notamment des antécédents jurisprudentiels : la clause NPF et les problèmes de compétence.

### B. Le spectre « Maffezini » : la clause NPF, objet de toutes les attentions

La question qui se pose depuis l'affaire *Maffezini* est celle de l'application de la clause NPF à la clause de règlement des différends. En d'autres termes, est-il possible, par le biais de la clause NPF, de se prévaloir d'une disposition d'un autre traité sur le règlement des différends pour bénéficier d'un mode de règlement plus favorable?

Si cette question paraît récente, elle ne l'est pas. La Cour de cassation française se l'était déjà posée en 1913, mais avait refusé l'application de la clause NPF arguant que les deux traités n'avaient pas le même objet et donc que les modes de règlement des différends prévus ne pouvaient être adaptés à l'autre traité<sup>114</sup>. Nous

<sup>112</sup> *Ibid.* au para. 180.

<sup>113</sup> *Ibid.* au para. 181.

<sup>114</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 décembre 1913, D. 1915. I. à la p. 3 :

Attendu que celle-ci a décliné la compétence des tribunaux français, en se fondant sur l'art. 11 du traité de Francfort du 10 mai 1871, qui garantit à l'Allemagne, en ce qui concerne les relations commerciales, le traitement de la nation la plus favorisée, et en invoquant par voie de conséquence, la convention franco-suisse du 15 juin 1869, promulguée par décret du 19 octobre suivant, sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements, dont l'art. 1<sup>er</sup> dispose, par dérogation à l'art. 14 c. civ., que dans les contestations en matière personnelle et mobilière, civile ou de commerce, qui s'élèveront soit entre Français et Suisses, soit entre Suisses et Français, le demandeur sera tenu de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur; - Attendu qu'à bon droit l'arrêt attaqué a repoussé cette exception; - Attendu en effet, que les paragraphes 1 et 2 de l'art. 11 du traité du 10 mai 1871, ratifié par la loi du 18 du même mois, sont ainsi conçus : « Les traités de commerce avec les différents états de l'Allemagne ayant été annulés par la guerre, le gouvernement français et le gouvernement allemand prendront pour base de leurs relations commerciales le régime du traitement

analyserons dans un premier temps les solutions apportées par la seule sentence antérieure ayant tranché le sujet (1) avant de nous attarder à comprendre la position adoptée par le présent tribunal (2).

### 1. QUI A PEUR DE MAFFEZINI?<sup>115</sup>

La sentence *Maffezini*<sup>116</sup> apparaît comme le déclencheur jurisprudentiel d'un important débat doctrinal. La démonstration apportée par le tribunal est très intéressante au regard du problème théorique.

Comme l'affirme Emmanuel Gaillard, « les enjeux de la question sont majeurs »<sup>117</sup>. En effet, la quasi-totalité des traités bilatéraux de protection des investissements récents contiennent cette clause. Elle pourrait donc permettre une harmonisation et une équivalence des niveaux de protection garantis aux États par le droit des investissements. Dans l'affaire *Maffezini*, le demandeur était un investisseur argentin qui pouvait uniquement utiliser la clause de règlement des différends de l'accord hispano-argentin. Cette disposition indiquait qu'il fallait respecter une période de dix-huit mois afin de laisser le temps nécessaire aux juridictions espagnoles de statuer sur le différend<sup>118</sup>. L'accord hispano-chilien était exempt d'une telle disposition et demandait seulement l'écoulement de la période quasi coutumière des six mois. Pour le demandeur, ce second accord bilatéral était beaucoup plus favorable, car il permettait d'initier l'arbitrage beaucoup plus rapidement<sup>119</sup>.

---

réciproque sur le pied de la nation la plus favorisée. Sont compris dans cette règle les droit d'entrée et de sortie, le transit, les formalités douanières, l'admission et le traitement des sujets des deux nations ainsi que de leurs agents»; - Attendu que ces dispositions concernent exclusivement les relations commerciales entre la France et l'Allemagne, envisagées au point de vue des facultés du droit des gens, mais qu'elles ne visent, ni expressément, ni implicitement les facultés du droit civil et, notamment, les règles de compétence et de procédures applicables aux litiges que les rapports commerciaux font naître entre les sujets des deux États; - Attendu que la clause de la nation la plus favorisée ne peut être invoquée que si la matière du traité qui la stipule est identique à celle du traité, particulièrement favorable, dont le bénéfice est réclamé; - Qu'en conséquence, si l'art. 11 du traité de Francfort permet aux sujets allemands de se prévaloir des stipulations de même nature, les plus favorables, contenues dans les traités d'établissement ou de commerce conclu par la France avec d'autres nations, il en est autrement pour les traités qui ont un objet spécial et différent, comme la convention franco-suisse du 15 juin 1869, relative à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements en matière civile et commerciale.

<sup>115</sup> Nous empruntons ce titre à un des nombreux articles rédigé sur la sentence : Ruth Teitelbaum, « Who's Afraid of *Maffezini*? Recent Developments in the Interpretation of Most-Favored-Nation Clauses » (2005) 22 J. Int'l Arb. 225. Sur la sentence voir aussi Jurgen Kurtz, « The Delicate Extension of Most-Favored-Nation Treatment to Foreign Investors : *Maffezini v. Kingdom of Spain* » dans Todd Weiler, dir., *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, 523.

<sup>116</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne (exceptions d'incompétence)* (2000), Affaire n° ARB/97/7, 16 ICSID Rev. - Foreign Inv't L. J. 212 [*Maffezini*].

<sup>117</sup> Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », *supra* note 100 à la p. 158.

<sup>118</sup> *Maffezini*, *supra* note 116 au para. 19.

<sup>119</sup> *Ibid.* au para. 38.

Le tribunal a tout à fait pesé l'avancée que pouvait apporter une interprétation extensive de la clause. Les arbitres ont en effet déclaré de manière liminaire que :

*This discussion has practical consequences for the application of the most favored nation clause. For if, as the tribunal believes, the right approach is to consider that the subject matter to which the clause applies is indeed established by the basic treaty, it follows that if these matters are more favorably treated in a third-party treaty then, by operation of the clause, that treatment is extended to the beneficiary under the basic treaty. If the third-party treaty refers to a matter not dealt with in the basic treaty, that matter is res inter alios acta in respect of the beneficiary of the clause.*

*46. The second major issue concerns the question whether the provisions on dispute settlement contained in a third-party treaty can be considered to be reasonably related to the fair and equitable treatment to which the most favored nation clause applies under basic treaties on commerce, navigation or investments and, hence, whether they can be regarded as a subject matter covered by the clause. This is the issue directly related to the ejusdem generis rule.<sup>120</sup>*

Le tribunal pose dans son premier point les véritables problèmes. Il ne faut surtout pas étendre indéfiniment la possibilité de recours à la clause NPF. Il faut en effet qu'une disposition existe dans le traité d'origine et ensuite vérifier si, par le biais de la clause, on ne peut pas trouver une disposition sur le même sujet, mais plus favorable dans un autre BIT. Cela semble donc mettre un frein à un *treaty shopping* confus qui aurait consisté à trouver des dispositions très favorables dans d'autres traités, alors que le contenu de ces dispositions, même de manière moins favorable, était inexistant dans le traité applicable originellement. Cette vision aura une implication forte pour la question particulière du règlement des différends. Nous y reviendrons.

Le tribunal choisit tout d'abord une vision d'ensemble des clauses contenues dans les traités bilatéraux et affirme que certains contiennent expressément la possibilité d'avoir recours à la clause NPF pour obtenir un mode de règlement plus favorable contenu dans un autre traité<sup>121</sup>. D'autres traités sont beaucoup plus vagues. Ils ne contiennent qu'une référence aux « droits contenus dans le traité ». Dans ce cas précis, il faut donc établir si l'absence de précision est volontaire ou non<sup>122</sup>. Et c'est là que le tribunal a engendré un grand nombre de commentaires. Il nous apparaît que ce dernier développe une logique juridique intéressante : « *the tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce* »<sup>123</sup>. Comment refuser

<sup>120</sup> *Ibid.* aux para. 45-46.

<sup>121</sup> *Ibid.* au para. 52.

<sup>122</sup> *Ibid.* au para. 53.

<sup>123</sup> *Ibid.* au para. 54.

d'affirmer que la possibilité d'avoir recours à un mode de règlement des différends est autre chose qu'un élément constitutif de la protection des investisseurs étrangers? La conclusion est donc logique :

*if a third-party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favorable to the protection of the investor's rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the ejusdem generis principle.*<sup>124</sup>

C'est ici que nous retrouvons la règle restrictive d'*ejusdem generis* et qu'elle prend tout son sens. Il s'agit, à notre avis, d'une reprise (même si le tribunal n'en avait peut-être pas connaissance) de la jurisprudence posée par la Cour de cassation française : la disposition doit être empruntée dans un traité de même nature que celui contenant la clause NPF. Comme l'affirme le professeur Gaillard, « [i]l n'y aurait en effet aucune discrimination de la part d'un État à traiter de manière différente des situations qui ne sont pas comparables »<sup>125</sup>. On pourrait simplement reprocher au tribunal de ne pas s'être penché plus longuement sur les raisons du caractère plus favorable de l'arbitrage par rapport aux juridictions nationales. Certains auteurs sont revenus sur ce point, mais ils ne nous semblent pourtant pas avoir été entièrement pertinents<sup>126</sup>. *In fine*, il est vrai que le résultat est celui-ci : le tribunal fait prévaloir l'arbitrage sur les juridictions espagnoles. Cependant, ce dernier a, nous semble-t-il, analysé le problème en matière de temps imparti aux juridictions espagnoles, dix-huit mois, et n'a pas affirmé de manière péremptoire la supériorité de l'arbitrage sur les juridictions internes.

Pour revenir à la décision, le tribunal, conscient de la porte qu'il avait ouverte avec cette interprétation, a apporté d'autres restrictions à l'utilisation de la clause NPF : des limites « moins classiques »<sup>127</sup> en effet, voire entièrement nouvelles. Pour le tribunal, l'utilisation de la clause NPF ne doit pas faire obstacle ou permettre de contourner des considérations d'ordre public qui auraient été fondamentales lors de la conclusion du traité. Comme le dit le tribunal, « [t]he scope of the clause might thus be narrower than it appears at first sight »<sup>128</sup>. Mais, c'est la suite de l'analyse qui nous paraît étonnante. Le tribunal prend la liberté, en *obiter dictum*, d'envisager des situations qui ne lui sont pas soumises. Le tribunal énonce que si une obligation d'épuiser les voies de recours internes est posée comme l'autorise la *Convention CIRDI*, la clause NPF ne peut y déroger. Deuxièmement, si une clause d'option irrévocable est incluse, lorsque le choix est fait, il est définitif. Troisièmement, si l'accord prévoit un forum spécifique tel que le CIRDI, la clause ne peut être utilisée

<sup>124</sup> *Ibid.* au para. 56.

<sup>125</sup> Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », *supra* note 100 à la p. 161.

<sup>126</sup> Jorgen Kurtz, *supra* note 115 à la p. 554.

<sup>127</sup> Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », *supra* note 100 à la p. 161.

<sup>128</sup> *Maffezini*, *supra* note 116 au para. 62.

pour choisir un autre forum. Enfin, si un système institutionnalisé est mis en place, comme dans l'ALÉNA, la clause ne peut contrevenir à sa mise en. Pour le tribunal, tout est donc affaire d'équilibre :

*It is clear, in any event, that a distinction has to be made between the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the clause, on the one hand, and disruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions, on the other hand.*<sup>129</sup>

Il ne nous semble pas déraisonnable d'assortir cette utilisation de garde-fous, même si ceux-ci peuvent parfois paraître légèrement excessifs. Si dans *Maffezini* l'utilisation de la clause NPF a fonctionné pour l'investisseur, qu'en est-il dans l'affaire *Siemens*?

## 2. UNE SOLUTION PROGRESSISTE ET SOUHAITABLE

N'étant que la seconde sentence à décider de cette question, la décision *Siemens* a fait l'objet d'une attention particulière des commentateurs avertis<sup>130</sup>. Qu'en est-il donc de sa substance?

Il est préalablement bon de noter que le demandeur souhaitait avoir recours à la clause de règlement des différends du BIT argentin-chilien, car celui-ci ne prévoyait absolument aucune obligation de recours aux juridictions internes. C'est à nouveau la règle des dix-huit mois pour que les juridictions internes se prononcent qui est en jeu.

La rédaction de la sentence fait preuve d'une logique juridique intéressante. Les arbitres ne passent pas outre une analyse terminologique préalable. En effet, comme l'Argentine l'a souligné, il y a une différence entre la protection de l'investisseur et celle de l'investissement, ce qui pourrait avoir des conséquences sur l'applicabilité de la clause NPF<sup>131</sup>. En outre, on devrait « distinguer entre la protection des 'investissements' visée par la clause de la nation la plus favorisée qui ne s'étendrait pas au mécanisme de règlement des litiges et la protection des 'investisseurs' qui serait plus large »<sup>132</sup>. Le tribunal choisit la position qui nous paraît la plus sensée. Ce dernier refuse de faire une quelconque différenciation entre ces deux termes. Il note que selon les subdivisions du *BIT*, qu'il s'agisse d'un titre ne mentionnant que les investissements ou de la clause sur le déni de justice ne mentionnant que les investisseurs, on emploie quasi indifféremment l'un ou l'autre.

<sup>129</sup> *Ibid.* au para. 63. *Contra* l'affaire *Salini* commentée au chapitre VIII de cette chronique.

<sup>130</sup> Voir notamment le commentaire de Chris Newmark et Edward Poulton, « Most-Favoured-Nation Clause : Is The *Siemens v. Argentina* Decision The High-Water Mark? » (2005) 20 Int'l Arb. Rep. 39 [Newmark et Poulton] ainsi que d'Emmanuel Gaillard, « Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause » (2005) N.Y.L.J. 3 [Emmanuel Gaillard, « Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause »].

<sup>131</sup> *Siemens*, *supra* note 90 au para. 91.

<sup>132</sup> Emmanuel Gaillard, « Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause », *supra* note 130 à la p. 161.

Sinon, à tout le moins, ne pas reconnaître que les protections et les traitements sont similaires reviendrait à s'opposer au but du traité. C'est pour cette raison que le tribunal déclare, concernant la NPF, que « *there is no special significance to the differential use of the terms investor or investments in the Treaty* »<sup>133</sup>. Cet éclaircissement, non repris de la sentence *Maffezini*, est une nouveauté bienvenue pour asseoir un peu plus la légitimité du raisonnement qui suit.

Le tribunal, de manière appliquée, reprend ensuite la jurisprudence antérieure qui a statué sur l'étendue de la clause NPF, particulièrement celle provenant de la CIJ<sup>134</sup>. Les arbitres en concluent que cette jurisprudence concorde avec l'affaire *Maffezini*<sup>135</sup>. C'est donc la reconnaissance et l'acceptation de la jurisprudence « maffezinienne » qui s'impose : « *[t]he tribunal concurs that the formulation is narrower but, as concluded above, it considers that the term "treatment" and the phrase "activities related to the investments" are sufficiently wide to include settlement of disputes* »<sup>136</sup>.

En suivant cette affirmation très claire, le tribunal se penche donc sur l'épuisement des voies de recours internes qui, souvenons-nous, avait fait l'objet d'une partie de l'attention dans *Maffezini*. C'est à nouveau la longueur de dix-huit mois qui est contestée. La décision utilise une méthode comparative en mettant en parallèle différents traités bilatéraux de protection des investissements pour arriver à la conclusion que l'on ne peut affirmer que la règle des dix-huit mois est une pratique constante argentine, n'étant pas présente dans tous ses BIT. Elle ne saurait donc être qualifiée de clause déterminante pour le consentement de l'Argentine<sup>137</sup>.

Enfin, le tribunal réaffirme que la clause NPF ne s'utilise que pour obtenir le bénéfice de dispositions plus favorables. Elle n'entraîne en aucun cas l'application de tout le traité dont on ne souhaite l'application que pour une seule disposition. Cependant, toujours dans la lignée « maffezinienne », le tribunal réitère l'impossibilité de contourner des obligations d'ordre public par le biais de la clause, même si en l'espèce aucune considération d'ordre public n'est violée, contrairement aux affirmations de la défenderesse<sup>138</sup>. En poussant l'analyse encore plus loin que *Maffezini*, cette nouvelle interprétation de la clause NPF nous apparaît comme très convaincante afin de permettre cette harmonisation souhaitable entre les avantages accordés par la nébuleuse des BIT.

Que retenir de cette sentence? Que, comme l'affirme Emmanuel Gaillard, « la question de l'applicabilité de la clause [NPF] aux mécanismes de règlement des différends se réduit à une question d'interprétation du traité dont se prévaut

---

<sup>133</sup> *Siemens*, *supra* note 90 au para. 92.

<sup>134</sup> *Ibid.* aux para. 92-102.

<sup>135</sup> *Ibid.* au para. 103.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> *Ibid.* au para. 105.

<sup>138</sup> *Ibid.* au para. 110.

l'investisseur »<sup>139</sup>? Ou alors que ce serait « *the high water mark in investors' ability to use [most-favored-nation] clauses to pick and choose dispute resolution procedures from other Third States BITs* »<sup>140</sup>? Probablement un peu des deux. Il est certain que les clauses des BIT sont rédigées de façons fort différentes, mais nous pensons que cette interprétation de la clause NPF suit la logique de l'évolution du droit des investissements : l'importance croissante du règlement des différends lors de l'analyse par un investisseur du traitement et de la protection garantis par un accord bilatéral. Cependant, il est vrai que tout cela sera sujet à interprétation suivant la rédaction de la clause. Les États, sachant désormais ce qu'il en est de l'interprétation de la clause, pourront choisir s'ils laissent faire ou s'ils posent des garde-fous plus stricts dans leurs futurs BIT. Ils pourront, s'ils le souhaitent, avoir le dernier mot et atteindre ce qu'un auteur semble appeler de ses vœux : la suppression de la clause NPF et son remplacement par un unique et universel standard de traitement pour les investisseurs<sup>141</sup>.

**J.F.**

## **VI. *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte*, sentence du 6 août 2004<sup>142</sup>**

*Composition du tribunal : Francisco Orrego Vicuña, président; William Lawrence Craig et C.G. Weeramantry, arbitres.*

La société Joy Mining Machinery Limited (ci-après « Joy Mining »), une société de droit anglais, a soumis une requête d'arbitrage le 26 février 2003 au CIRDI à l'encontre de l'Égypte. Le fondement de cette requête était le *Traité bilatéral de promotion et de protection des investissements*<sup>143</sup> conclu le 24 février 1996 entre l'Égypte et le Royaume-Uni (ci-après le « BIT »).

Comme son nom l'indique, la demanderesse développe ses activités dans le secteur minier<sup>144</sup>. Le différend entre les deux parties résulte d'un contrat de fourniture de systèmes miniers dits « Longwall » et d'un bon nombre d'équipements annexes. Cet équipement était destiné à un projet pour l'exploitation de la mine de phosphate d'Abu Tartur. Le contrat a été conclu en avril 1998 entre la demanderesse et la General Organisation for Industrial and Mining Projects d'Égypte (ci-après « IMC »). Un prix avait été convenu et des garanties d'exécutions avaient aussi été émises afin d'être libérées suivant les performances de l'équipement ainsi que suivant l'atteinte

<sup>139</sup> Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », *supra* note 100 à la p. 162. Dans le même sens, voir aussi Newmark et Poulton, *supra* note 130 à la p. 40.

<sup>140</sup> Newmark et Poulton, *supra* note 130 à la p. 40.

<sup>141</sup> Ruth Teitelbaum, *supra* note 115 à la p. 237.

<sup>142</sup> *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/03/11, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award34>> [*Joy Mining*].

<sup>143</sup> *Traité bilatéral de promotion et de protection des investissements*, Royaume-Uni et Égypte, 11 juin 1975 (entrée en vigueur : 24 février 1976).

<sup>144</sup> Voir *Joy Mining*, *supra* note 142 aux para. 15-25 pour les faits de l'affaire.

d'objectifs en matière de production. En février 1999, l'équipement était installé, mais les objectifs ne furent pas atteints. Les deux co-contractants se rejetèrent la faute. L'un invoquait des problèmes géologiques et la mauvaise gestion par IMC, alors que l'autre attribuait l'insuffisance à la piètre qualité des équipements.

Comme les garanties ne furent pas libérées, elles furent l'objet de toutes les attentions, car Joy Mining soutenait « qu'elles devaient être libérées sans délai et IMC qu'elles ne pouvaient l'être qu'une fois le litige sur l'origine des dysfonctionnements tranché au fond par les juridictions compétentes pour en connaître »<sup>145</sup>.

Pour Joy Mining, le contrat était un investissement au sens du *BIT* et de la *Convention de Washington*. L'absence de libération des garanties équivalait donc, entre autres, à une violation du traitement juste et équitable et à une sécurité pleine et entière, de l'interdiction de toute discrimination ou encore à une entrave à la libre circulation des capitaux. Pour la demanderesse, ces mesures équivalaient à une nationalisation sauvage. La société souhaitait donc obtenir des dommages intérêts d'un montant de deux millions et demi de livres sterling plus intérêts, mais aussi le montant des garanties bancaires si celles-ci ne venaient pas à être libérées<sup>146</sup>.

La défenderesse s'inscrit bien entendu en faux face à ces allégations. Elle soulève en premier lieu l'incompétence du tribunal sur trois points distincts. Tout d'abord, il faut respecter la clause de règlement des différends contenue dans le contrat pour toutes les demandes contractuelles. Ensuite, aucune violation du *BIT* ne peut être attribuée à l'Égypte, ce qui signifie que toute demande de règlement des différends doit respecter le choix posé par la disposition mentionnée précédemment. Enfin, pour l'Égypte, la condition des articles 25 et 26, à savoir l'existence d'un investissement, n'est pas remplie<sup>147</sup>. Ce sont donc ces exceptions qui feront l'objet de notre commentaire.

Avant cette analyse des exceptions, le tribunal fait une mise au point méthodologique qu'il nous semble intéressant de mentionner ici. En s'appuyant sur ce qu'on pourrait décrire comme étant une jurisprudence constante<sup>148</sup>, les arbitres réitèrent qu'ils utiliseront un test *prima facie* pour déterminer leur compétence. Sans pour autant retenir *ab initio* le caractère fondé des allégations du demandeur, le tribunal s'attachera à analyser les prétentions dans le contexte global de l'affaire. Cela lui permettra de trouver une solution *prima facie* si les prétentions sont véritablement opposées quant à la signification du différend<sup>149</sup>.

En suivant pas à pas le raisonnement du tribunal, nous percevons certains points d'un intérêt majeur. Le tribunal choisit dans un premier temps de mettre un terme à l'expansionnisme récent en matière de définition de l'investissement (A). Dans un second temps, les remarques incidentes que sont les analyses liées de la

---

<sup>145</sup> Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », *supra* note 100 à la p. 164.

<sup>146</sup> *Joy Mining*, *supra* note 142 au para. 24.

<sup>147</sup> *Ibid.* aux para. 26-27.

<sup>148</sup> Le tribunal ne mentionne pas moins de sept décisions ayant utilisé ce test, *Ibid.* aux para. 29-30.

<sup>149</sup> *Ibid.* au para. 30.

clause de respect des engagements et de la différenciation entre demande fondée sur un traité et demande fondée sur un contrat, n'apparaissent pas comme d'une nécessité impérieuse pour le litige, si ce n'est pour permettre aux arbitres d'exprimer leur point de vue doctrinal sur deux débats brûlants du droit des investissements (B).

#### A. Le choix du tribunal de ne pas reconnaître les activités de Joy Mining comme des investissements

En analysant cette exception en premier, alors que la défenderesse l'avait placée en dernier sur sa liste, les arbitres nous indiquent probablement son degré d'importance<sup>150</sup>. En effet, le tribunal en conclusion de son analyse va refuser de se reconnaître compétent, car les activités de Joy Mining ne sont aucunement des investissements. Quel a donc été le raisonnement du tribunal? Ce dernier a-t-il apporté un changement de vision dans la qualification d'une opération économique en investissement?

Dans un premier temps, le tribunal réitère la question qui lui est posée afin d'amorcer son raisonnement : « *whether or not bank guarantees are to be considered an investment* »<sup>151</sup>. L'absence, largement soulignée, de définition de cette notion dans la *Convention de Washington* a le plus souvent été palliée par le choix des parties, que ce soit contractuellement ou conventionnellement.

En l'espèce, le *BIT*, dans son article premier, prévoit que nombre d'activités peuvent être des investissements, entre autre des avoirs. Cependant, peut-on également qualifier des garanties d'avoirs? Ces garanties, selon le tribunal, sont de simples dettes conditionnelles. La conclusion juridique logique est celle qui est retenue : dire qu'une garantie est un avoir « *would really go far beyond the concept of investment, even if broadly defined, as this and other treaties normally do* »<sup>152</sup>.

Pour ce qui est de la *Convention de Washington*, le tribunal reprend l'article 25 (1) pour ensuite en décrire le mécanisme, celui des conditions objectives. En effet, s'il est laissé une liberté dans la définition d'un investissement, cela ne signifie pas pour autant que tout et n'importe quoi pourrait être reconnu en tant qu'investissement<sup>153</sup>. Comme l'indique le professeur Gaillard,

[i] était donc utile qu'un tribunal arbitral marque les limites de la notion et rappelle qu'il s'agit bien d'une condition objective de la condition du Centre, et ce, non seulement comme une affirmation théorique aussitôt démentie par la conséquence qu'elle ne s'applique pas en l'espèce, mais pour en tirer des conséquences concrètes sur l'incompétence du tribunal.<sup>154</sup>

<sup>150</sup> L'ordre des exceptions est posé à *Ibid.* au para. 26.

<sup>151</sup> *Ibid.* au para. 42.

<sup>152</sup> *Ibid.* au para. 45.

<sup>153</sup> *Ibid.* au para. 49.

<sup>154</sup> Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », *supra* note 100 à la p. 179.

Le raisonnement juridique est intéressant. On ne peut contracter en affirmant que l'objet du contrat est un investissement uniquement pour qu'un tribunal CIRDI se reconnaisse compétent. Certains critères juridiques objectifs doivent être respectés au risque d'une perte totale de pertinence des dispositions de l'article 25<sup>155</sup>.

Pour parfaire son développement, le tribunal va donc déterminer les conditions qui doivent être réunies. S'appuyant sur une jurisprudence importante en la matière<sup>156</sup>, le tribunal annonce que « *the project in question should have a certain duration, a regularity of profit and return, an element of risk, a substantial commitment and that it should constitute a significant contribution to the host State's development* »<sup>157</sup>. Ce sont des éléments traditionnels, mais toujours d'actualité, qui composent la notion d'investissement. Le tribunal ne se borne cependant pas à faire la liste des éléments pour constater si ces éléments sont ou non réunis. En effet, c'est une vision globale, une vision d'ensemble que le tribunal adopte pour constater si les conditions sont présentes. C'est une « démarche déductive », et non pas la « démarche plus descriptive »<sup>158</sup> employée dans d'autres affaires<sup>159</sup>, que les arbitres ont choisie : ces derniers vont considérer la situation d'espèce et s'assurer que les éléments du paragraphe 53 s'y retrouvent bien.

Concernant l'objet du contrat, il s'agit d'une fourniture d'équipement minier, un simple contrat de vente pour le tribunal. De plus, le nombre d'activités afférentes à ce contrat ne semble pas étonnant quand on considère la complexité des installations fournies. Cela, pour les arbitres, ne transforme pas pour autant un contrat en un investissement<sup>160</sup>. Ce tribunal accepte enfin de ne pas faire un amalgame trop facile entre contrat et investissement en raison des multiples activités résultant d'un contrat régissant une transaction complexe. Les arbitres reprennent tout leur raisonnement afin de réfuter la qualification en investissement :

*The tribunal is also mindful that if a distinction is not drawn between ordinary sales contracts, even if complex, and an investment, the result would be that any sales or procurement contract involving a State agency would qualify as an investment. International contracts are today a central feature of international trade and have stimulated far reaching developments in the governing law, [...] and significant conceptual contributions. Yet, those contracts are not investment contracts, except in exceptional circumstances, and are to be kept separate and distinct for the sake of a stable legal order. Otherwise, what difference would there be with the many State contracts that are submitted every day to international arbitration in connection with contractual performance, at such bodies as*

<sup>155</sup> *Joy Mining*, supra note 142 au para. 50.

<sup>156</sup> Voir les affaires citées d'*Atlantic Triton* aux *SGS* en passant par *Salini*, *Ibid.* aux para. 51-52.

<sup>157</sup> *Ibid.* au para. 53.

<sup>158</sup> Ces deux expressions sont utilisées par Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », supra note 100 à la p. 179.

<sup>159</sup> Voir notamment *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS c. Slovaquie (compétence)* (1999), Affaire n° ARB/97/4 aux para. 60-90, en ligne : Investment Treaty Arbitration : <[http://ita.law.uvic.ca/chronological\\_list.htm](http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm)> [*Ceskoslovenska Obchodni Banka (compétence)*].

<sup>160</sup> *Joy Mining*, supra note 142 au para. 55.

*the International Chamber of Commerce and the London Court of International Arbitration?*<sup>161</sup>

Cela devait être affirmé d'une manière claire et précise. Le tribunal s'est acquitté de cette tâche d'une fort belle manière et la solution retenue doit être saluée pour les critères objectifs employés et pour la mise à mal d'un certain libéralisme dans la qualification d'opérations économiques purement contractuelles en investissements<sup>162</sup>. Enfin, concernant la durée de l'activité, le paiement a eu lieu au début de la relation entre les parties et le risque encouru par Joy Mining n'est qu'un risque contractuel habituel<sup>163</sup>.

En étant prophète, l'on affirmerait la mort des velléités d'extension de la notion d'investissement par les arbitres dans des procédures CIRDI<sup>164</sup>. Nous ne le sommes pas, mais nous approuvons ce coup d'arrêt très ferme.

C'est donc pour toutes les raisons exposées ci-dessus que le tribunal décide de ne pas se reconnaître compétent, car selon lui, le différend n'entre ni dans le champ de compétence du *BIT*, ni dans celui de la *Convention de Washington*. Cette incompétence n'empêche cependant pas le tribunal de statuer sur les deux autres exceptions d'incompétence qui lui ont été soumises. Besoin de visibilité pour les arbitres ou simple expression doctrinale dénuée de tout intérêt? Nous essaierons d'en juger ci-après.

## B. L'obiter dictum : l'opium des arbitres

Si cette référence marxiste risque de choquer le lecteur, elle n'en semble pas moins nécessaire. Il nous apparaît que nombre d'arbitres souhaitent désormais faire passer leur « bonne parole » lors de la rédaction des sentences, particulièrement les présidents de tribunaux, véritables orienteurs de la vision donnée dans une décision ou une sentence. En outre, tout ceci se fait au détriment du simple prononcé d'une sentence répondant aux questions soumises par les parties. S'il est vrai que certaines avancées jurisprudentielles ont vu le jour grâce à ces *obiter*<sup>165</sup>, il n'en reste pas moins qu'en l'espèce, ce sont dix pages sur les vingt-cinq que compte la sentence qui développent ces *obiter*. La réaction « épidermique » passée, il nous faut tirer les

<sup>161</sup> *Ibid.* au para. 58.

<sup>162</sup> Voir dans le même sens Farouk Yala, « La notion d'investissement » (2004) 340 Gaz. Pal. 3 aux pp. 15 et s.

<sup>163</sup> *Joy Mining*, *supra* note 142 au para. 57.

<sup>164</sup> Pour apprécier la largesse dans la qualification d'investissement dans les arbitrages CIRDI, voir Sébastien Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente ans d'activité du CIRDI*, Paris, Litec – CREDIMI, 2004 aux pp.76-80.

<sup>165</sup> Voir notamment *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal c. Argentine (fond)* (2000), Affaire n° ARB/97/3, 40 I.L.M. 426 [Vivendi]. Voir nos commentaires sur la décision du comité *ad hoc* dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Chronique de règlement pacifique des différends internationaux* (2002) 15 :2 R.Q.D.I. 115 à la p. 192 ou encore *Enron I*, *supra* note 71. Voir nos commentaires, Fouret et Khayat, « CIRDI » (2003) 17 :1 R.Q.D.I. 159, *supra* note 72 aux pp. 167-168.

enseignements que peuvent apporter ces analyses « doctrino-jurisprudentielles ». Le tribunal a donc examiné la question de la séparation entre demandes contractuelles et demandes fondées sur un traité (1), mais aussi la question de la clause attributive de compétence contenue dans le contrat (2)

#### 1. RECLAMATIONS CONTRACTUELLES ET RECLAMATIONS FONDEES SUR UN TRAITE : UNE DELIMITATION SANS AMBIGUÏTE

Après l'énumération désormais de rigueur des affaires ayant eu à statuer sur la question, le tribunal pose le test de la « *triple identity* »<sup>166</sup>. Ce test permet de déterminer à l'aide de trois éléments si le différend peut ou non faire l'objet d'une séparation entre demande contractuelle et demande fondée sur un traité. Ces trois éléments sont l'identité des parties, l'objet du différend et la raison du différend.

C'est à nouveau la nature des garanties bancaires qui va apporter la solution. Le fait que ce soit un État qui soit partie au contrat ne change pas la nature du différend qui demeure commercial et non rattachable au traité<sup>167</sup>. Il serait donc dangereux de retenir qu'une quelconque violation du contrat pourrait aussi être une violation du traité, et donc donner par cette réponse un fondement à la compétence du tribunal. Les arbitres s'y refusent à juste titre<sup>168</sup>.

Cependant, certains auteurs se sont inquiétés de la vision conservatrice du tribunal en matière de clause de respect des engagements, l'*umbrella clause*<sup>169</sup>. Ce dernier a en effet décidé que :

*It could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection, which is not the case. The connection between the Contract and the Treaty is the missing link that prevents any such effect. This might be perfectly different in other cases where that link is found to exist, but certainly it is not the case here.*<sup>170</sup>

Pour certains l'article 2 (2) du *BIT* poserait une obligation réciproque aux États contractants de respecter les engagements qui pourraient être pris à l'égard des investisseurs nationaux de l'autre État. Ce serait donc cette obligation qui serait violée en cas de non-respect du contrat et ce serait sur cette disposition que la compétence d'un tribunal pourrait se fonder. Cette vision ne manque pas de poids, mais les arbitres s'étant reconnus incompétents préalablement, le raisonnement en restera à ce

<sup>166</sup> *Joy Mining*, *supra* note 142 au para. 75.

<sup>167</sup> *Ibid.* aux para. 78-79.

<sup>168</sup> *Ibid.* au para. 82.

<sup>169</sup> Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », *supra* note 100 à la p. 181.

<sup>170</sup> *Joy Mining*, *supra* note 142 au para. 81.

stade quasi embryonnaire, en un seul paragraphe. Cet argument aurait peut-être reçu un traitement différent si la compétence du tribunal avait été acceptée.

## 2. INCOMPETENT, LE TRIBUNAL DEMANDE POURTANT LE RESPECT DE LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE

C'est dans le premier paragraphe de leur raisonnement que les arbitres annoncent sans surprise qu'en l'absence de la compétence d'un tribunal CIRDI, la clause attributive de compétence entre à nouveau en jeu<sup>171</sup>. Le tribunal ne semble donc pas à une aporie ou à un paradoxe près. Hors de son champ de compétence et lors d'un *obiter dictum*, ce dernier indique qu'une obligation incombe à IMC de respecter la clause attributive de compétence contenue dans le contrat en faveur des règles de la CNUDCI<sup>172</sup>, l'obligation qu'il répète de surcroît dans son dispositif.

Il nous apparaît donc que l'on atteint ici le paroxysme de ce que nous avons appelé préalablement les analyses « doctrino-jurisprudentielles ». Si le tribunal ne se reconnaît pas compétent, comment peut-il donner un tel ordre à l'une des parties? Bien sûr, on comprend que les arbitres, décidés à protéger le pré carré arbitral, ne veulent pas que ce différend se retrouve devant les juridictions égyptiennes. Cela peut-il être justifiable?

D'un point de vue pratique, l'indication apportée par le tribunal permettra au différend de se poursuivre arbitralement devant la juridiction compétente à n'en pas douter. Les arbitres assurent donc peut-être un second arbitrage pour la même affaire, mais sur un fondement contractuel cette fois-ci et en application des règles d'arbitrages de la CNUDCI.

D'un point de vue juridique, nous ne pouvons que rejoindre les vertes critiques du professeur Gaillard qui indique

[qu']on n'en regrettera pas moins, une fois encore, la propension des tribunaux arbitraux CIRDI à faire une utilisation que l'on peut juger excessive de la technique de l'*obiter dictum* de façon à tenter de faire jurisprudence sur différentes questions que le règlement du litige en cause n'impose pas de trancher.<sup>173</sup>

Le risque de dénaturation du système de résolution des conflits par l'arbitrage n'est pas loin. Ce système pourrait même s'en trouver affecté, voire ébranlé. Si cette sentence ne doit pas être rejetée en bloc, notamment pour sa partie brillante sur la notion d'investissement, il faudra savoir garder raison lors de la possible réutilisation, dans de futures procédures arbitrales, des analyses « personnelles » des deuxième et troisième exceptions d'incompétence.

## J.F.

<sup>171</sup> *Ibid.* au para. 89.

<sup>172</sup> *Ibid.* au para. 97.

<sup>173</sup> Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », *supra* note 100 à la p. 181.

## VII. *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis*<sup>174</sup>

*Composition du tribunal : Anthony Mason, président; Abner J. Mikva et Michael Mustill, arbitres.*

La décision sur la demande de décision supplémentaire soumise par les États-Unis constitue l'épilogue, devant le tribunal arbitral, d'une affaire qui avait débuté en octobre 1998 et dont la sentence du 26 juin 2003 avait laissé, selon les termes d'Emmanuel Gaillard, « une impression de malaise »<sup>175</sup>.

Rappelons brièvement que, dans cette affaire, le différend avait porté sur le traitement dont les investisseurs canadiens s'estimaient victimes aux États-Unis et, en particulier, sur la décision, rendue dans des circonstances particulièrement choquantes, d'une juridiction de l'État du Mississippi de les condamner à une amende record ayant entraîné leur faillite. Après avoir accepté de se reconnaître compétent sur le fondement de l'ALÉNA dans sa décision sur la compétence du 9 janvier 2001<sup>176</sup>, le tribunal a rendu une sentence dans laquelle il renonçait finalement à sa compétence en considérant, d'une part, que l'investisseur n'avait pas épuisé les recours internes qui lui étaient encore ouverts dans le système judiciaire américain et, d'autre part, qu'une cession des droits litigieux de l'investisseur canadien à une société américaine était intervenue en cours de procédure.

L'objet de la décision sur la demande de décision supplémentaire du 13 septembre 2004 concerne les droits de Raymond L. Loewen dans la société ayant réalisé l'investissement, droits qui avaient été promptement écartés par les arbitres.

Dans notre commentaire sur la sentence du 26 juin 2003, nous nous étions demandés « comment le tribunal se satisfai[sait] d'un paragraphe pour statuer sur l'étendue des intérêts de Raymond Loewen dans la société demanderesse »<sup>177</sup>. La question indisposait également les États-Unis au point de les inciter à demander, comme le leur permet l'article 49 (2) de la *Convention de Washington* et l'article 49 du *Règlement d'arbitrage* du CIRDI, une décision supplémentaire afin de savoir dans quelle mesure les demandes de Raymond Loewen avaient été effectivement rejetées

<sup>174</sup> *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis (demande de décision supplémentaire)* (2004), Affaire n° ARB(AF)/98/3, en ligne : Département d'État américain <<http://www.state.gov/documents/organization/36260.pdf>> [Loewen].

<sup>175</sup> Sentence du 26 juin 2003, 42 I.L.M. 811 et en ligne : Département d'État américain <<http://www.state.gov/documents/organization/22904.pdf>>; pour des extraits traduits en français avec les observations d'Emmanuel Gaillard, voir (2004) 131 J.D.I. 219. Voir aussi nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16 :1 R.Q.D.I. 223 à la p. 248 [Fouret et Khayat, « CIRDI »].

<sup>176</sup> *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis (compétence)* (2003), Affaire n° ARB(AF)/98/, en ligne : International Treaty Law, <[http://ita.law.uvic.ca/chronological\\_list.htm](http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm)>.

<sup>177</sup> 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 » (2003) 16 :1 R.Q.D.I. 223 à la p. 256.

par le tribunal arbitral. En retour, monsieur Loewen en a profité pour soutenir que le tribunal n'avait en réalité pas formellement statué sur ses demandes et qu'il incombait aux arbitres de rendre une décision supplémentaire sur cette question.

Sans surprise, le tribunal arbitral a rejeté les deux demandes en relevant que, si celles de monsieur Loewen n'ont pas été formellement rejetées, la décision du tribunal de rejeter « entièrement » les demandes des investisseurs était suffisante. La conséquence de cette décision sur la demande de décision supplémentaire formulée par monsieur Loewen est sans appel : si ses demandes ont été effectivement rejetées, il n'y a pas lieu pour les arbitres de revenir sur celles-ci sauf à ce que le tribunal reconsidère sa décision ce qui est, dans ces circonstances, impossible.

L'épilogue de l'affaire *Loewen* devant les tribunaux CIRDI est en réalité trompeur. Raymond L. Loewen a en effet soumis le 25 février 2005, une demande d'annulation de la sentence, sur le fondement de l'ALÉNA, devant la United States District Court for the District of Columbia<sup>178</sup> alléguant que le tribunal arbitral

*engaged in misconduct by effectively refusing to hear and consider evidence pertinent and material to the controversy, engaged in misbehavior by which Mr. Loewen's rights have been prejudiced, exceeded their powers, or so imperfectly executed them, that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was never made; and acted in manifest disregard of the law.*<sup>179</sup>

L'affaire *Loewen* ayant été instruite sous l'empire du *Règlement du Mécanisme supplémentaire* du CIRDI<sup>180</sup>, une telle demande d'annulation pourrait, si elle devait aboutir, entraîner pour la première fois la soumission du différend à un nouveau tribunal arbitral<sup>181</sup>.

## D.K.

<sup>178</sup> Les documents de cette procédure, toujours pendante, sont disponibles sur le site du Département d'État américain, en ligne : Département d'État américain <<http://www.state.gov/s/l/c14802.htm>>.

<sup>179</sup> Département d'État américain, « Loewen Motion to Vacate » (25 février 2005) à la p. 1, en ligne : Département d'État américain <<http://www.state.gov/documents/organization/45257.pdf>>.

<sup>180</sup> *Règlement du Mécanisme supplémentaire*, supra note 44.

<sup>181</sup> Une demande d'annulation de la sentence devant les juridictions de la Colombie-britannique avait déjà été formée dans l'affaire *Metalclad c. Mexique* et avait donné lieu à une annulation partielle mais les parties avaient conclu une transaction avant la fin de la procédure d'appel de la décision. Pour toute la procédure voir le site, en ligne : Naftalaw, <<http://www.naftalaw.org>>. Par ailleurs, dans l'affaire *Marvin Roy Feldman c. Mexique*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a, par décision du 3 décembre 2003, rejeté la demande d'annulation de la sentence soumise par le Mexique, en ligne : Naftaclaims, <[http://naftaclaims.com/disputes\\_mexico\\_karpa.htm](http://naftaclaims.com/disputes_mexico_karpa.htm)>.

### VIII. *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Jordanie*<sup>182</sup>

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

Le litige qui oppose les sociétés italiennes Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA à la Jordanie a été l'occasion, pour le tribunal arbitral constitué en application des règles de la *Convention de Washington* du 18 mars 1965, de rendre une décision sur la compétence particulièrement intéressante, portant sur plusieurs questions d'actualité en matière de droit des investissements.

L'investissement des sociétés italiennes en Jordanie consistait en la construction d'un barrage dans la vallée du Jourdain, sur la base d'un contrat FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*). Après la fin des travaux en 1997, celles-ci avaient en vain demandé à l'ingénieur nommé par la Jordanie le paiement d'un solde de créances estimé à près de vingt-huit millions de dollars. Après l'échec de négociations menées au plus haut niveau avec les autorités jordaniennes, les investisseurs ont présenté une requête d'arbitrage devant un tribunal arbitral CIRDI. La Jordanie ayant contesté la compétence du tribunal pour connaître des demandes des investisseurs, celui-ci a rendu une décision qui s'articule autour des trois moyens soulevés par l'État : le for compétent pour les demandes contractuelles (A), la portée de la clause de la nation la plus favorisée (ci-après « NPF ») (B) et la portée de la clause de respect des engagements (C).

#### A. **La compétence du tribunal arbitral à l'égard des manquements contractuels**

L'article 67.3 du contrat de construction du barrage comportait une clause de résolution des différends ainsi libellée :

*Any dispute in respect of which: [...] (b) amicable settlement has not been reached within the period stated in Sub-Clause 67.2 shall be finally settled by reference to the competent court of law in the Kingdom, unless both parties agree that the dispute be referred to arbitration.*<sup>183</sup>

En l'absence d'accord avec les autorités jordaniennes sur la soumission du litige à l'arbitrage en application du contrat, les sociétés italiennes ont fondé la compétence du tribunal arbitral sur l'article 9 du *Traité bilatéral de promotion et de protection des investissements* entre l'Italie et la Jordanie (ci-après le « BIT »). Le BIT contient en effet une clause de règlement des différends permettant à l'investisseur de porter son différend avec l'État d'accueil devant un tribunal CIRDI :

---

<sup>182</sup> *Salini Costruttori S.p.A et Italstrade SpA c. Jordanie (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/02/13, en ligne : CIRDI <[http://ita.law.uvic.ca/documents/salini-decision\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/salini-decision_000.pdf)> [Salini]. Pour des extraits en français avec les observations d'Emmanuel Gaillard : Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », *supra* note 100.

<sup>183</sup> *Ibid.* au para. 71.

**Article 9 – Settlement of Disputes between Investors and contracting parties**

1. Any dispute which may arise between one of the contracting parties and the investors of the other Contracting Party on investments, including disputes relating to the amount of compensation, shall be settled amicably, as far as possible.
2. In case the investor and an entity of the contracting parties have stipulated an investment Agreement, the procedure foreseen in such investment Agreement shall apply.
3. In the event that such dispute cannot be settled amicably within six months from the date of the written application for settlement, the investor in question may submit at his choice the dispute for settlement to:
  - (a) the Contracting Party's court having territorial jurisdiction;
  - (b) to the International Center for the Settlement of Investment Disputes (The Center).<sup>184</sup>

La comparaison entre la clause de règlement des différends du contrat de construction et celle du *BIT* en ce qui concerne la demande des investisseurs révèle immédiatement la difficulté à laquelle les arbitres ont été confrontés : quel mécanisme juridictionnel doit être appliqué? Celui stipulé au contrat de construction et qui donne compétence aux tribunaux jordaniens sans possibilité de recourir à l'arbitrage faute d'accord entre les parties, ou celui stipulé au *BIT*, permettant de soumettre le différend à un tribunal arbitral CIRDI?

Ces clauses ne sont en réalité nullement inconciliables. Depuis plusieurs années, la jurisprudence des tribunaux constitués sous l'égide du CIRDI distingue les demandes issues d'un contrat (« *contract claims* »), qui sont régies par la clause de règlement des différends du contrat lui-même, et les demandes fondées sur un manquement allégué de l'État au *BIT* (« *treaty claim* »), qui relèvent de la clause de règlement des différends du traité en question<sup>185</sup>.

<sup>184</sup> Traité bilatéral de promotion et de protection des investissements, Italie et Jordanie, 30 septembre 2001, 42 I.L.M. 609 (entrée en vigueur : 30 septembre 2001).

<sup>185</sup> Voir entre autres *Vivendi*, *supra* note 165 et nos commentaires sur la décision du comité *ad hoc* dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux Investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15 :2 R.Q.D.I. 115 à la p. 192; *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Maroc* (2001), 129 J.D.I. 196 avec les observations d'Emmanuel Gaillard; *CMS Gas Company c. Argentine (exceptions d'incompétence)* (2003), Affaire n° ARB/01/8, (2003) 42 I.L.M. 788, en ligne : Investment Treaty Arbitration <[http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf)> et nos commentaires, Fouret et Khayat, « CIRDI » (2003) 16 :2 R.Q.D.I. 257, *supra* note 18 à la p. 261; *SGS c. Pakistan (compétence)* (2003), Affaire n° ARB/01/13, 42 I.L.M. 1290 [*SGS c. Pakistan*], en ligne : ICSID <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf>> et nos commentaires *Ibid.* à la p.

Critiquée par certains<sup>186</sup>, cette distinction aujourd'hui consacrée en jurisprudence a fait l'objet d'une abondante littérature<sup>187</sup>. Les expressions très variées des clauses de règlement des différends dans les nombreux traités de protection des investissements rendent pourtant son application parfois subtile et difficile à mettre en œuvre. Il est certes des cas assez nombreux dans lesquels l'État a commis un manquement direct au traité, par exemple en adoptant une législation discriminatoire ou en imposant des mesures arbitraires. Pour autant, on assiste de plus en plus souvent au développement de demandes d'investisseurs dont le lien avec le traité est ténu. Ceux-ci cherchent néanmoins à bénéficier des avantages de l'arbitrage fondé sur un BIT et sous l'égide du CIRDI. Dans ces cas, l'investisseur s'efforce, de manière parfois peu crédible, de donner à des demandes purement contractuelles un habillage faisant intervenir une protection établie par un traité de protection des investissements. Pour subtile qu'elle soit dans certains cas, la distinction *contract claim/treaty claim* et la discussion doctrinale qui l'accompagne donnent en réalité aux arbitres un outil relativement efficace pour leur permettre d'écarter les demandes d'investisseurs qui ne découleraient pas, après analyse, d'une violation d'un traité.

En l'occurrence, les investisseurs italiens étaient confrontés à l'article 9 (2) du *BIT* qui vise expressément les litiges contractuels et renvoie de manière claire, pour ce qui les concerne, aux dispositions du contrat, et donc aux juridictions jordaniennes, pour leur résolution. La présence d'une clause régissant clairement le sort juridictionnel des litiges contractuels n'est pas généralisée dans les traités bilatéraux d'investissements : ceux-ci peuvent être muets sur la question. C'est d'ailleurs dans ces cas que les tribunaux arbitraux ont eu le plus de divergences sur la question de savoir s'ils sont, ou non, compétents à l'égard des litiges contractuels. À ce sujet, la jurisprudence des tribunaux CIRDI n'est pas fixée<sup>188</sup>.

---

277; *Azurix Corp. c. Argentine (compétence)* (2003), Affaire n° ARB/01/12, en ligne : American Society of International Law <<http://www.asil.org/lib/azurix.pdf>>, et nos commentaires, *Ibid.* à la p. 302; *Consortium RFCC c. Maroc (fond)* (2003), Affaire n° ARB/00/6, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award26>> et nos commentaires, *Ibid.* à la p. 312.

<sup>186</sup> Ibrahim Fadlallah, « La distinction "Treaty claims-Contract claims" et la compétence de l'arbitre (CIRDI : faisons-nous fausse route?) » (5 décembre 2004) 340 *Gaz. Pal.* 3 à la p. 3.

<sup>187</sup> Bernardo Cremades et David Cairns, « Contract an Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes », dans Noprbert Horn et Stephan Kroll, dir., *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, 325; Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, A. Pedone, 2004 aux pp. 815 et s. et 865 et s.; Emmanuel Gaillard, « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contractual Claims. The *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines* Precedents » dans Todd Weiler, dir., *Foreign Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the NAFTA, the ICSID and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005; Stanimir Alexandrov, « Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines* » (2004) *J. World Inv't & Trade* 555; Judith Gill, Matthew. Gearing et Gemma Birt, « Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. A Comparative Review of the *SGS Cases* » (2004) *J. Int'l. Arb.* 397. Voir, pour une analyse plus générale de l'ensemble de la question, Walid Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse de doctorat en droit, Paris II, 2003 [à paraître].

<sup>188</sup> Voir les références données par Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », *supra* note 100.

Dans le cas d'espèce, le tribunal arbitral a rejeté la demande des investisseurs qui estimaient que les litiges contractuels ressortaient de sa compétence. Le tribunal a consacré, en premier lieu, le principe de distinction entre litiges contractuels et litiges issus du *BIT* en rappelant que « *there is no question as to the application of the dispute settlement mechanism provided for in articles 9 (1) and 9 (3) in the event that there is an alleged breach of a provision of the BIT* »<sup>189</sup>. Toutefois, pour ce qui est des litiges contractuels, les arbitres ont reconnu que l'existence de l'article 9 (2) du *BIT* est incontournable à leurs yeux et que son interprétation ne souffre d'aucune ambiguïté : « *article 9 (2) of the BIT makes it obligatory to refer such disputes to the dispute settlement mechanisms provided for in the contracts and, where such disputes are concerned, excluded recourse to the procedure set forth in Article 9 (3) for such disputes* »<sup>190</sup>. Le tribunal arbitral a donc retenu son incompétence pour connaître des demandes des investisseurs reposant sur une violation contractuelle et n'a accepté d'analyser que les demandes fondées sur une violation du *BIT*. Cette décision risque d'affaiblir de manière significative le montant des réparations que Salini et Italstrade seraient en droit d'obtenir lors de la présentation de l'affaire au fond.

Comment les arbitres auraient-ils statué en l'absence d'une clause aussi claire que l'article 9 (2)? La formulation de la décision laisse penser que les arbitres auraient distingué, dans ce cas, entre les contrats conclus entre un investisseur et l'État directement et ceux conclus entre un investisseur et une entité publique autre que l'État lui-même. Comme le relève Emmanuel Gaillard, il est possible d'interpréter la décision *Salini* comme laissant la porte ouverte à la soumission à l'arbitrage CIRDI des litiges contractuels à la double condition que le contrat d'investissement soit signé avec l'État lui-même et que le traité de protection des investissements n'exclut pas expressément les litiges contractuels du champ de compétence des arbitres<sup>191</sup>.

## B. La portée de la clause de la nation la plus favorisée

Les investisseurs italiens ont avancé un fondement subsidiaire à la compétence du tribunal arbitral en matière de litiges contractuels. Conscients du fait que les difficultés du tribunal proviendraient du libellé de l'article 9 du *BIT*, ceux-ci ont soutenu qu'il leur était possible, en application de la clause NPF figurant à l'article 3 du *BIT*<sup>192</sup>, d'invoquer les dispositions formulées plus largement, et donc

<sup>189</sup> *Salini*, *supra* note 182 au para. 100.

<sup>190</sup> *Ibid.* au para. 101.

<sup>191</sup> Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : Chronique des sentences arbitrales », *supra* note 100 à la p. 210.

<sup>192</sup> *Traité bilatéral de promotion et de protection des investissements*, Italie et Jordanie, *supra* note 184 à l'art. 3 :

1. *Both contracting parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the outcome accruing to, investors of the other contracting party, no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States;*

2. *In case, from the legislation of one of the contracting parties, or from international obligations in force or that may come into force in the future for one of the contracting parties, should come out a*

plus favorables à leur cause, des clauses de règlement des différends des traités de protection des investissements signés entre la Jordanie, le Royaume-Uni et les États-Unis. En d'autres termes, ils désiraient remplacer, pour les besoins de l'affaire, l'article 9 du traité d'investissement bilatéral Italie-Jordanie par l'article correspondant d'autres traités.

Cette démarche est, en principe, de l'essence même des clauses de la nation la plus favorisée. Dès lors qu'une clause d'un autre traité signé par la Jordanie est plus favorable à l'investisseur, la simple mise en œuvre de la clause NPF devrait lui permettre d'en bénéficier. Ce principe n'a d'ailleurs pas été contesté en ce qui concerne les dispositions de fond des traités en question. Il en est ainsi, par exemple, si l'un des traités signés par la Jordanie ne prévoyait pas une indemnisation « pleine et entière » des investisseurs touchés par une expropriation. Il est indéniable en ce cas, encore qu'il n'y ait pas de jurisprudence arbitrale sous l'égide du CIRDI affirmant ce principe, que l'investisseur pourrait bénéficier des dispositions plus favorables en matière d'indemnisation d'un autre traité en invoquant la clause NPF du *BIT* dont il peut se prévaloir.

La portée des clauses NPF et leur invocation par les investisseurs est moins claire en ce qui concerne les dispositions de règlement des différends qui peuvent être très différentes (et donc plus ou moins favorables) d'un traité de protection des investissements à l'autre. Jusqu'à la décision *Salini*, trois tribunaux arbitraux CIRDI s'étaient déjà prononcés sur cette question.

Dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*<sup>193</sup>, le tribunal arbitral avait reconnu la possibilité pour les investisseurs d'invoquer les dispositions de la clause NPF pour bénéficier du délai de négociation amiable plus réduit d'un autre traité que celui dont pouvait se prévaloir l'investisseur. Le tribunal arbitral s'était montré convaincu de ce que « *today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors* »<sup>194</sup> et que dès lors, la clause NPF trouvait à s'appliquer à ces dispositions. Le tribunal avait toutefois assorti sa décision de limites liées à des « *public policy considerations that the contracting parties might have envisaged as fundamental conditions for their acceptance of the agreement in question* »<sup>195</sup> que les investisseurs ne pourraient écarter, même en application de la clause de la nation la plus favorisée.

Dans l'affaire *Siemens c. Argentine*<sup>196</sup>, le tribunal arbitral a appliqué la même solution en décidant que « *[a]ccess to the [dispute settlement] mechanisms is part of the protection offered under the Treaty. It is part of the treatment of foreign investors*

---

*legal framework according to which the investors of the other contracting party would be granted a more favourable treatment than the one foreseen in this Agreement, the treatment granted to the investors of such other parties will apply also for outstanding relationships.*

<sup>193</sup> *Maffezini*, *supra* note 116.

<sup>194</sup> *Ibid.* au para. 56.

<sup>195</sup> *Ibid.* au para. 62. Il est à noter que le tribunal constitué dans l'affaire *Salini* a critiqué ces limites en relevant que « *it is to fear that the precautions taken by the authors of the award may in practice prove difficult to apply, thereby adding more uncertainties to the risk of "treaty shopping"* », *Salini*, *supra* note 182 au para. 115.

<sup>196</sup> *Siemens*, *supra* note 90 et voir le chapitre 5 de cette chronique.

and investments and of the advantages accessible through a [most-favored-nation] clause »<sup>197</sup>. La portée de la décision sur la compétence dans cette affaire est discutée plus longuement par ailleurs ci-dessus.

En revanche, dans l'affaire *Plama c. Bulgarie*<sup>198</sup>, le tribunal arbitral a retenu une appréciation bien plus restrictive de la clause de la nation la plus favorisée. Saisi de la question de savoir si l'investisseur pouvait, par le biais de cette clause, bénéficier des dispositions d'un traité de protection des investissements comprenant l'option de soumettre le différend au CIRDI alors que son propre traité ne contenait qu'une clause d'arbitrage *ad hoc*, le tribunal a répondu par la négative en estimant que les mécanismes de règlement des différends ne faisaient, *a priori*, pas partie des dispositions visées par les clauses de la nation la plus favorisée<sup>199</sup>. Il ne pourrait en être ainsi, selon le tribunal, que si « *the [most-favored-nation] provision in the basic treaty leaves no doubt that the contracting parties intended to incorporate them* »<sup>200</sup>.

Dans l'affaire *Salini*, le tribunal a adopté une approche restrictive similaire à celle retenue ultérieurement dans l'affaire *Plama*<sup>201</sup>. Selon le tribunal, la clause NPF ne pourrait être applicable aux dispositions de règlement des différends que si ceux-ci sont visés de manière expresse. En l'absence d'une telle référence, cette clause ne pourrait être invoquée pour bénéficier, comme le soutenaient les investisseurs italiens, des dispositions jugées plus favorables d'autres traités de protection des investissements. Aussi le tribunal relève-t-il que

*article 3 of the BIT between Italy and Jordan does not include any provision extending its scope of application to dispute settlement. It does not envisage "all rights or all matters covered by the agreement". Furthermore, the Claimants have submitted nothing from which it might be established that the common intention of the Parties was to have the most-favored-nation clause apply to dispute settlement.*<sup>202</sup>

Il est exact qu'en acceptant la position des investisseurs, les arbitres auraient permis à ces derniers, par le biais de la clause de la nation la plus favorisée, d'invoquer d'autres traités dont les dispositions auraient été en opposition directe avec le *BIT* italo-jordanien puisque les dispositions restrictives de l'article 9 (2) du *BIT* auraient été contournées. Nous ne voyons pourtant pas pourquoi la clause de la nation la plus favorisée, disposition libellée de manière claire et inconditionnelle, ne trouverait pas à s'appliquer intégralement. Il est vrai que, dans la plupart des traités, rien ne permet d'inférer de la position des États qu'ils ont entendu inclure les dispositions de règlement des différends dans le champ d'application des clauses de la nation la plus favorisée. Nous sommes d'avis que rien ne permet non plus de les exclure et qu'il conviendrait de leur donner une efficacité totale, sans restrictions

<sup>197</sup> *Ibid.* au para. 102.

<sup>198</sup> *Plama Consortium Limited c. Bulgarie (compétence)* (2005), Affaire n° ARB/03/24, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases>>. Voir Emmanuel Gaillard, « Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause », *supra* note 130.

<sup>199</sup> *Ibid.* au para. 223.

<sup>200</sup> *Ibid.* au para. 102.

<sup>201</sup> *Salini*, *supra* note 182 aux para. 102-119.

<sup>202</sup> *Ibid.* au para. 118.

autres que celles qui y sont expressément stipulées. Une interprétation contraire reviendrait soit à dégager des intentions imaginaires de la part des parties contractantes, soit à considérer que la clause de la nation la plus favorisée n'est qu'une clause de style en ce qui concerne les dispositions de règlement des différends. Aucune de ces deux approches ne nous semble acceptable.

### C. La portée de la clause de respect des engagements du traité

Les difficultés résultant de la concurrence, au moins apparente, des fors issus du contrat et d'un traité sont encore aggravées par l'existence, dans le traité en question, d'une clause dite de protection des engagements (« *umbrella clause* »<sup>203</sup>) comme celle qui figure à l'article 10 du *Traité sur la Charte de l'énergie*<sup>204</sup>. Prise au pied de la lettre et appliquée de manière large, cette clause pourrait avoir pour effet d'annuler la distinction entre les demandes formulées sur le fondement d'un contrat et celles fondées sur un *BIT* en érigeant les violations d'un contrat au rang d'une violation du traité.

Les investisseurs italiens ont soutenu qu'une variante de cette clause figure à l'article 2 (4) du *BIT* et ont cherché à démontrer que l'existence de cette disposition leur permettrait, en tout état de cause, d'invoquer devant les arbitres des litiges contractuels<sup>205</sup>. Si leur demande sur le fondement du contrat devait être rejetée par les arbitres en application de l'article 9 (2) et s'il ne leur est pas possible d'invoquer les dispositions plus favorables d'un autre traité sur les investissements au moyen de la clause de la nation la plus favorisée, l'article 2 (4) du *BIT* devrait, selon eux, étendre la compétence du tribunal aux litiges contractuels. L'article 2 (4) du *BIT* dispose que

*[e]ach contracting party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor.*

Le tribunal a rejeté l'interprétation des investisseurs en analysant le contenu et la signification exacte de la clause. Pour le tribunal, l'article 2 (4) n'est pas une clause de respect des engagements pris à l'égard des investisseurs, mais un simple engagement pour créer et maintenir un cadre juridique qui permette de remplir les engagements pris à l'égard de ceux-ci. L'article 2 (4) n'a donc pas réitéré, dans un instrument international, les engagements contractuels pris à l'égard des

<sup>203</sup> Voir notamment *SGS c. Pakistan*, *supra* note 185 et nos commentaires, *supra* note 18 à la p. 277 et pour une discussion et sur l'ensemble de la question, Anthony Sinclair, « The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection » (2004) 4 *Arb. Int'l* 411; Eric Teynier, « Les *umbrella clauses* » (5 décembre 2004) 340 *Gaz. Pal.* à la p. 29; pour une approche historique, Prosper Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier » (1961) *Rec. des Cours* aux pp. 95 et s.

<sup>204</sup> CE, *Décision 98/181 de la Commission, du 23 septembre 1997, concernant la conclusion par les Communautés européennes du traité sur la Charte de l'énergie et du protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes*, [1998] *J.O. L.* 69.

<sup>205</sup> *Salini*, *supra* note 182 au para. 120.

investisseurs<sup>206</sup>. Il en résulte que ces obligations « *remain purely contractual in nature an dispute regarding said obligations must be resolved in accordance with the dispute settlement foreseen in the contract* »<sup>207</sup>. Pour le tribunal, l'article 2 (4) est « *a kind of without prejudice clause [...] and in the opinion of the tribunal, it could not have the effect of incorporating the commitments it mentions into the BIT* »<sup>208</sup>.

La solution doit être approuvée tant la formulation de l'article 2 (4) du *BIT* est vague et éloignée des *umbrella clauses* qui ont été l'objet des décisions autrement plus discutées *SGS c. Pakistan*<sup>209</sup> et *SGS c. Philippines*<sup>210</sup>. La décision des arbitres dans l'affaire *Salini* confirme que la question de la validité des engagements qui résultent de la clause de respect des engagements, de son étendue et de son efficacité, est avant tout une question de formulation. En l'occurrence, celle de l'article 2 (4) du *BIT* n'a pas satisfait le tribunal qui a refusé de lui reconnaître une efficacité juridique dont les investisseurs pourraient se prévaloir dans ce cas précis. Le tribunal arbitral valide-t-il pour autant le principe déjà dégagé par le tribunal de l'affaire *SGS c. Philippines* selon lequel une clause de respect des engagements « pure », réitérant sans ambiguïté dans le *BIT* les engagements contractuels pris par l'État à l'égard des investisseurs, permettrait à ces derniers de soumettre un litige contractuel à un tribunal arbitral constitué sur le fondement du *BIT*? La formulation de certains passages de la décision pourrait permettre de le penser. Ainsi, lorsque les arbitres ont précisé que les « *[contractual obligations were] not reiterated in the BIT. Therefore, these obligations remain purely contractual in nature* »<sup>211</sup>. *A contrario*, si les obligations contractuelles de l'État étaient « *reiterated in the BIT* », celles-ci deviendraient-elles des violations du traité? Il nous semble qu'il n'est pourtant pas possible de répondre par l'affirmative tant la décision *Salini* manque encore de force et de netteté<sup>212</sup>. Les circonstances de l'espèce ne se prêtaient sans doute pas (encore) à une décision de principe sur la question.

## D.K.

<sup>206</sup> *Ibid.* au para. 127.

<sup>207</sup> *Ibid.* au para. 127.

<sup>208</sup> *Ibid.* au para. 130.

<sup>209</sup> *SGS c. Pakistan*, *supra* note 185.

<sup>210</sup> *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Philippines (compétence)* (2004), Affaire n° ARB/02/6, en ligne : CIRDI : <<http://www.worldbank.org/icsid/cases>>.

<sup>211</sup> *Salini*, *supra* note 182 au para. 127.

<sup>212</sup> Voir l'opinion d'Emmanuel Gaillard selon laquelle la décision « est très claire à plusieurs égards : [...] elle reconnaît que la clause de respect des engagements ou “*umbrella clause*” a pour effet de transformer les violations du contrat en violations du traité et de donner par là même compétence au juge du traité pour en connaître » à condition « que l'on se trouve en présence d'une véritable clause de respect des engagements », *supra* note 182 à la p. 211.

## IX. *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS c. Slovaquie*<sup>213</sup>

*Composition du tribunal : Hans van Houtte, président; Piero Bernardini et Andreas Bucher, arbitres.*

La sentence rendue le 29 décembre 2004 dans l'affaire ayant opposé la banque tchèque *Ceskoslovenska Obchodni Banka* (« CSOB ») à la République slovaque a mis un terme à l'un des plus vieux litiges devant un tribunal arbitral constitué en application des règles de la *Convention de Washington* puisque la demande d'arbitrage avait été déposée le 25 avril 1997. Durant les sept années de procédure, deux décisions sur la compétence avaient été rendues, le 24 mai 1999<sup>214</sup> et le 1<sup>er</sup> décembre 2000<sup>215</sup>, sous la présidence à l'époque, de monsieur Thomas Buerghenthal, qui a ultérieurement démissionné. Ces décisions étaient intéressantes pour les précisions qu'elles apportaient sur la notion d'investissement, la définition des parties au litige et l'incorporation du *Traité bilatéral de protection des investissements* signé entre la République tchèque et la République slovaque le 23 novembre 1992<sup>216</sup> (ci-après le « *BIT* ») par référence dans le contrat d'investissement en cause dans l'affaire. La sentence du 29 décembre 2004 donne raison à CSOB en lui accordant une réparation de près de 24 milliards de couronnes slovaques (soit plus de 800 millions de dollars), montant substantiellement inférieur, toutefois, à celui originellement réclamé<sup>217</sup>.

L'affaire se situe dans le contexte de la dissolution de l'ex-Tchécoslovaquie et porte sur le règlement des dettes réclamées par CSOB, une banque d'État tchécoslovaque privatisée lors de la libéralisation économique du début des années 1990, à la Slovaquie. Ces dettes étaient dues en vertu d'un « accord de consolidation » signé le 17 décembre 1993 entre CSOB et les États tchèques et slovaques. CSOB et la Slovaquie s'opposaient sur l'étendue de l'obligation de couverture des pertes par l'État slovaque. Ce dernier estimait que cette obligation n'est pas valable en droit tchèque, droit applicable au contrat.

Le différend avait été porté devant un tribunal arbitral CIRDI en application d'une clause de l'accord de consolidation qui incorporait le *BIT* et qui a été longuement discutée lors des objections formulées par la République slovaque à la compétence du tribunal arbitral. L'incorporation du *BIT* par référence a également eu des conséquences au fond. Le tribunal a en effet retenu que la contestation par les autorités slovaques de leur obligation de couvrir les pertes, objet du litige lors de l'arbitrage, est en contradiction avec leur attitude pendant la période de négociation et d'exécution de l'accord de consolidation. Cette différence de traitement est, selon le

<sup>213</sup> *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS c. Slovaquie (fond)*, Affaire n° ARB/97/4, en ligne : ITA <[http://ita.law.uvic.ca/chronological\\_list.htm](http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm)> [*Ceskoslovenska Obchodni Banka (fond)*]. L'auteur tient à préciser que le cabinet dans lequel il exerce est intervenu comme conseil auprès de la défenderesse dans cette affaire.

<sup>214</sup> *Ceskoslovenska Obchodni Banka (compétence)*, *supra* note 159.

<sup>215</sup> *Ibid.*

<sup>216</sup> *Traité bilatéral de protection des investissements*, République tchèque et Slovaquie, 23 novembre 1992 (entrée en vigueur : le 1<sup>er</sup> janvier 1993).

<sup>217</sup> *Ceskoslovenska Obchodni Banka (fond)*, *supra* note 213 au para. 39.

tribunal, contraire à l'article 2 (2) du *BIT* qui impose à la République slovaque de traiter CSOB de manière juste et équitable et d'accorder à son investissement une protection et une sécurité pleines et entières<sup>218</sup>.

Cette précision constitue l'un des rares passages de la sentence portant sur le traitement des investissements en droit international; elle s'étend sur plus de cent vingt-cinq pages très techniques et presque exclusivement consacrées à l'analyse du droit tchèque et des dispositions particulièrement complexes de l'accord de consolidation. L'étude de ces développements dépassant le cadre de la présente chronique, nous nous contenterons de signaler que, selon le rapport annuel 2004 de CSOB, les deux parties ont signé un accord transactionnel destiné à organiser les modalités de règlement, par l'État slovaque, des montants dus en vertu de la sentence. Cette transaction, signée le 10 février 2005, n'empêche pas les parties de demander l'annulation de la sentence par un comité *ad hoc* constitué en application de l'article 52 de la *Convention de Washington*. Toutefois, le délai de cent vingt jours prévu par cet article pour la soumission d'une demande d'annulation ayant expiré le 29 avril 2005 sans qu'une telle demande ait été rendue publique par le CIRDI, la sentence du 29 décembre 2004 signe le point final de cette affaire qui a, un temps, affecté les relations entre les républiques tchèque et slovaque.

**D.K.**

---

<sup>218</sup> *Ibid.* au para. 161.