

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional



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

Julien Fouret and Dany Khayat

Volume 21, Number 2, 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068884ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068884ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Fouret, J. & Khayat, D. (2008). 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*, 21(2), 291–410.
<https://doi.org/10.7202/1068884ar>

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2008

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

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

*Julien Fouret**
*Dany Khayat***

L'année 2007 avait été une année historique pour le CIRDI avec pas moins de 37 affaires enregistrées. On ne s'étonnera pas que l'année 2008 revienne dans la norme avec vingt et une nouvelles affaires¹. Notons néanmoins que cela constitue le nombre le plus bas depuis l'année 2002².

Parmi ces affaires, vingt sont enregistrées en application de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et*

* Conseiller, Secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : <jft@iccwbo.org>.

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

¹ *Marion Unglaube c. Costa Rica* (2008), n° ARB/08/1 (CIRDI); *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Royaume hachémite de Jordanie* (2008), n° ARB/08/2 (CIRDI); *Quadrant Pacific Growth Fund L.P. et Canasco Holdings Inc. c. République du Costa Rica* (2008), n° ARB(AF)/08/1 (CIRDI); *Brandes Investment Partners, LP c. République bolivarienne du Venezuela* (2008), n° ARB/08/3 (CIRDI); *Murphy Exploration and Production Company International c. République d'Equateur* (2008), n° ARB/08/4 (CIRDI); *Burlington Resources, Inc. et autres c. République d'Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (2008), n° ARB/08/5 (CIRDI); *Perenco Ecuador Limited c. République d'Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (2008), n° ARB/08/6 (CIRDI); *Itera International Energy LLC et Itera Group NV c. République de Géorgie* (2008), n° ARB/08/7 (CIRDI); *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et autres c. Ukraine* (2008), n° ARB/08/8 (CIRDI); *Giordano Alpi et autres c. République argentine* (2008), n° ARB/08/9 (CIRDI); *Repsol YPF Ecuador, S.A. et autres c. République d'Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (2008), n° ARB/08/10 (CIRDI); *Bosh International, Inc. et B&P, LTD Foreign Investments Enterprise c. Ukraine* (2008), n° ARB/08/11 (CIRDI); *Caratube International Oil Company LLP c. République du Kazakhstan* (2008), n° ARB/08/12 (CIRDI); *Alapli Elektrik B.V. c. République de Turquie* (2008), n° ARB/08/13 (CIRDI); *Impregilo S.p.A. c. République argentine* (2008), n° ARB/08/14 (CIRDI); *CEMEX Caracas Investments B.V. et CEMEX Caracas II Investments B.V. c. République bolivarienne du Venezuela* (2008), n° ARB/08/15 (CIRDI); *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ukraine* (2008), n° ARB/08/16 (CIRDI); *Participaciones Inversiones Portuarias SARL c. République gabonaise* (2008), n° ARB/08/17 (CIRDI); *Malicorp Limited c. République arabe d'Égypte* (2008), n° ARB/08/18 (CIRDI); *Karmer Marble Tourism Construction Industry and Commerce Limited Liability Company c. République de Géorgie* (2008), n° ARB/08/19 (CIRDI); *Millicom International Operations B.V. et Sentel GSM S.A. c. République du Sénégal* (2008), n° ARB/08/20 (CIRDI).

² Il y a eu trente-sept nouvelles affaires en 2007, vingt-trois en 2006, vingt-sept en 2005, vingt-six en 2004, trente-et-un avec la crise économique en Argentine en 2003 et dix en 2002.

ressortissants d'autres États³ et une seule sur le fondement du *Règlement du Mécanisme supplémentaire*⁴.

Sur ces vingt-et-une affaires, dix-neuf sont fondées sur des traités bilatéraux de protection des investissements (TBI), y compris deux fondées alternativement sur des clauses compromissaires et une fondée sur le *Traité sur la Charte de l'énergie*⁵. Enfin, une affaire est fondée exclusivement sur une clause compromissoire et une autre sur une loi interne de protection des investissements internationaux. Au 31 décembre 2008, le nombre total d'affaires enregistrées au Centre depuis l'entrée en vigueur de la *Convention de Washington* s'élevait ainsi à 280, dont 142 étaient en cours fin 2008⁶.

L'année 2008 a également vu la démission du Secrétaire général du CIRDI, Ana Palacio, le 15 avril 2008, remplacée provisoirement jusqu'à la nomination d'un nouveau secrétaire général par Nassib Ziadé, Secrétaire général adjoint de l'institution. Aucun nouveau secrétaire général n'avait été nommé à la fin de l'année 2008.

Nous souhaitons enfin souligner que la présente chronique a fait l'objet d'une publication consolidée des années 2002 à 2007 au sein de la collection *Mondialisation et droit* aux éditions E. Bruylant en mars 2009⁷. Cet ouvrage sera suivi d'un nouveau volume tous les cinq ans consolidant les nouvelles livraisons de la présente chronique.

Au 31 décembre 2008, seize sentences finales sur le fond, neuf décisions sur la compétence ainsi que dix décisions diverses et une ordonnance avaient été publiées. À l'inverse, quatre sentences⁸ et quatre décisions n'ont pas été publiées durant cette année calendaire. Les trente-six décisions publiées feront ainsi l'objet d'un commentaire dans la présente chronique⁹.

³ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 19 mars 1965, 575 R.T.N.U. 169 [*Convention de Washington*].

⁴ *Règlement du Mécanisme supplémentaire*, 10 avril 2006, Doc. CIRDI/11, en ligne : CIRDI <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra/AFR_French-final.pdf>.

⁵ *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, 2080 R.T.N.U. 178 (entrée en vigueur : 16 avril 1998).

⁶ CIRDI, Communiqué 25:1, « News From ICSID » (Été 2008), en ligne : ICSID Publications <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDNewsLettersRH&actionVal=ViewNewsLetters>>; CIRDI, Communiqué 25:2, « News From ICSID » (Hiver 2008), en ligne : ICSID Publications <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDNewsLettersRH&actionVal=ViewNewsLetters>>.

⁷ Julien Fouret et Dany Khayat, « Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007) » Commentaire, Bruxelles, Bruylant, 2009.

⁸ *Corn Products International, Inc. c. États-Unis d'Amérique* (2008), décision sur la responsabilité du 15 Janvier 2008, n° ARB(AF)/04/1 (CIRDI); *Ares International S.r.l. et MetalGeo S.r.l. c. République de Géorgie* (2008), n° ARB/05/23 (CIRDI); *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. République gabonaise* (2008), sentence du 7 mars 2008, n° ARB/04/5 (CIRDI); *SGS Société Générale de Surveillance c. République des Philippines* (2008), sentence accord-parties du 11 avril 2008, n° ARB/02/1 (CIRDI).

⁹ Trois sentences, une décision et une ordonnance, rendues en 2007, ont été publiées en 2008 et feront également l'objet d'un commentaire dans le présent numéro. Nous inaugurons avec la présente chronique l'indication systématique des modalités de désignation du président des tribunaux arbitraux et de l'identité de la partie ayant nommé les co-arbitres.

I. **Sentence du 19 juillet 2007, PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi contre République de Turquie**¹⁰

*Composition du tribunal arbitral : Francisco Orrego Vicuña*¹¹, *Président; L. Yves Fortier*¹² *et Gabrielle Kaufmann-Kohler*¹³.

La sentence rendue dans l'affaire *PSEG Global Inc. et autres c. Turquie* intervient après que les arbitres composant le Tribunal arbitral aient retenu leur compétence dans une décision du 4 juin 2004 sur le fondement du *Traité de protection des investissements*¹⁴ signé en 1985 entre les États-Unis et la Turquie¹⁵.

Le litige se situe dans le contexte de la très forte demande d'énergie durant les années 1980 en Turquie. À cette période, l'État turc a engagé une politique de privatisation du secteur de l'énergie électrique. La société américaine PSEG Global Inc. s'est intéressée à un projet de développement d'une centrale électrique en Anatolie, sur la base d'un contrat *Built Operate Transfer* avec l'État turc. La décision sur la compétence du 4 juin 2004, annexée à la sentence, détaille l'ensemble de l'architecture législative du projet et notamment les difficultés liées à l'intervention du Danistay, le Conseil d'État turc, dans les questions d'arbitrabilité du litige.

Même si cela ne ressort pas immédiatement à la lecture des premières pages de la sentence, il importe d'indiquer que l'usine en question n'a pas été construite et que le projet a été gelé dès ses premières phases.

La sentence *PSEG c. Turquie*¹⁶ fournit des éléments très complets sur le litige, l'architecture contractuelle et les diverses étapes de l'incompréhension entre les parties ayant mené à l'arbitrage. Ces développements très denses ne peuvent être résumés ici. Certains points de désaccord méritent toutefois d'être soulignés en ce qu'ils fournissent un aperçu des difficultés pouvant surgir dans des projets de ce type.

C'est le cas par exemple de l'opposition entre les parties quant aux conséquences de l'abandon de l'organisation juridique du projet, prévue à l'origine pour être coiffée par une filiale de PSEG Global constituée aux Pays-Bas, notamment pour des raisons fiscales. L'État turc a fini par imposer que le projet soit piloté par une société de droit turc, ce qui avait des retombées fiscales massives sur les parties :

¹⁰ *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Republic of Turkey* (2007), n° ARB/02/5 (CIRDI), [*PSEG (sentence)*]. Cette sentence datant de 2007 n'a été publiée qu'au courant de l'année 2008.

¹¹ Nommé par accord des parties.

¹² Nommé par les demandeurs.

¹³ Nommée par l'État.

¹⁴ *Treaty concerning the reciprocal encouragement and protection of investments*, États-Unis et Turquie, 3 décembre 1985, 25 I.L.M. 85 (entrée en vigueur : 18 mai 1990) [*Traité de protection des investissements (États-Unis-Turquie)*].

¹⁵ *PSEG (sentence)*, décision sur la compétence du 4 juin 2004, *supra* note 10. Voir aussi nos commentaires dans Fourret et Khayat, *supra* note 7 aux pp. 230 et s.

¹⁶ *PSEG (sentence)*, *supra* note 10.

les 250 millions de dollars engrangés par l'État turc grâce à cette structure, finalement retenue, constituaient autant de dépenses supplémentaires pour l'investisseur, modifiant substantiellement la rentabilité du projet. Cette nouvelle donne l'a immédiatement conduit à tenter de répercuter ces montants sur les tarifs négociés avec les autorités turques. Parmi les très nombreuses questions soulevées figuraient ainsi celles de savoir quelle partie devait supporter le coût fiscal ainsi généré, s'il y a eu accord entre les parties prévoyant une augmentation des tarifs, quel était l'impact des pressions alléguées de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international sur la Turquie pour mettre un terme au projet, sans parler des multiples allégations d'interférence de l'État.

Les allégations de violation du Traité soulevées par les demandeurs sont, comme le relève le Tribunal arbitral lui-même, classiques :

*As it is by now customary in investment arbitration, the aggrieved party invokes the breach of every BIT clause dealing with the standards of the investor's protection, while the Respondent vehemently denies any breach. This the Claimants have done in the present case, with the sole exception that they have not claimed direct expropriation of the investment. The Government of Turkey denies any breach of the BIT.*¹⁷

Si les demandes des investisseurs sont prévisibles, la décision du Tribunal arbitral sur l'appréciation de la violation alléguée du standard de traitement juste et équitable s'apparente à un véritable précis de la matière, quoique résumé sur quelques pages. Le Tribunal arbitral évoque ainsi tour à tour les différentes composantes de cette notion, dont il reconnaît l'imprécision

*because the role of fair and equitable treatment changes from case to case, it is sometimes not as precise as would be desirable. Yet, it clearly does allow for justice to be done in the absence of the more traditional breaches of international law standards.*¹⁸

Pour le Tribunal arbitral, si le concept des « attentes légitimes » de l'investisseur est au cœur de la notion, il n'en reste pas moins que l'existence d'une « promesse » y figure de manière centrale. Sur cette question, le Tribunal arbitral ne suit pas l'investisseur et a décidé qu'il ne peut y avoir de promesse en l'absence d'un engagement contractuel :

Legitimate expectations by definition require a promise of the administration on which the Claimants rely to assert a right that needs to be observed. [...] In fact, the Claimants invoke issues on which the Tribunal has found that no promise or commitment had been made by the Respondent. This is particularly the case of the lack of evidence about the alleged agreement of the commercial terms of the Project. Had these terms been missing, no Energy Sales Agreement or Fund Agreement, and

¹⁷ *Ibid.* au para. 220.

¹⁸ *Ibid.* au para. 239.

*ultimately no Treasury Guarantee could have been issued. As no such agreements were reached, the Tribunal finds that the Respondent is right in arguing that they could not be later revoked.*¹⁹

Même si le Tribunal arbitral a lui-même relevé à quel point le concept de traitement juste et équitable pouvait être extensible, il n'en reste pas moins que ces développements sur la notion d'attente légitime viennent tempérer ce constat et rappellent utilement aux investisseurs, parfois pressés de multiplier les chefs de violation des traités de protection des investissements, qu'il importe de limiter leurs prétentions aux demandes crédibles.

Les arbitres ont ensuite évoqué plusieurs illustrations des violations de ce standard commises par la Turquie, telles que la négligence de l'administration dans la conduite des négociations avec les demandeurs²⁰, l'abus d'autorité²¹, les agissements administratifs incohérents²², particulièrement lorsqu'ils donnent lieu à des décisions contradictoires et des pratiques administratives incohérentes que le tribunal qualifie de « montagnes russes »²³, la nécessité d'assurer « *a stable and predictable business environment for investors to operate in* »²⁴. Sur l'ensemble de ces points, le Tribunal arbitral retient, classiquement, qu'une preuve de la mauvaise foi de l'administration n'est pas nécessaire.

Les développements portant sur les standards de protection pleine et entière et de protection à l'égard des agissements arbitraires et discriminatoires sont, quant à eux, extrêmement brefs dans la mesure où le Tribunal arbitral a retenu que ces griefs figurent déjà dans celui de violation du standard de traitement juste et équitable²⁵. Il en va de même pour la question de l'interprétation de la clause de respect des engagements que le Tribunal arbitral a évité de trancher dès lors qu'il retient qu'il n'y a pas eu de violation du contrat²⁶. Enfin, la décision du Tribunal arbitral est également succincte sur l'allégation des mesures prises par la Turquie qui seraient équivalentes à une expropriation. Le Tribunal arbitral a relevé qu'il n'y a eu aucune dépossession d'aucun ordre et qu'il n'y avait donc pas lieu de se prononcer sur ce point²⁷.

En l'absence de la moindre mise en œuvre du projet au cœur de l'investissement, le Tribunal arbitral s'est enfin limité à évaluer les dommages subis par les investisseurs aux montants effectivement investis et perdus, énumérés de

¹⁹ *Ibid.* aux para. 241-242.

²⁰ *Ibid.* au para. 246.

²¹ *Ibid.* au para. 247.

²² *Ibid.* aux para. 248-249.

²³ *Ibid.* au para. 250.

²⁴ *Ibid.* aux para. 253-254.

²⁵ On peut toutefois relever que le Tribunal arbitral a semblé considérer que l'obligation d'assurer une protection pleine et entière aux atteintes physiques portées à l'investissement, retenant que des atteintes d'un autre type seraient de toutes manière comprises dans les développements sur le traitement juste et équitable. *Ibid.* aux para. 257 et s.

²⁶ *Ibid.* aux para. 263 et s.

²⁷ *Ibid.* aux para. 272 et s.

manière détaillée, pour parvenir à un montant de l'ordre de 9 millions de dollars auxquels se rajoutent les intérêts²⁸.

La question de l'attribution des coûts de l'arbitrage est tranchée de manière relativement audacieuse par les arbitres. Ayant retenu sa compétence puis certaines des demandes de l'investisseur, mais une évaluation du dommage subi extrêmement éloignée des prétentions des investisseurs, le Tribunal arbitral a fait pourtant subir à la Turquie les deux tiers des frais de l'arbitrage, y compris les frais de représentation des parties.

II. Sentence du 26 juillet 2007, *Tokios Tokelès contre Ukraine*²⁹

Composition du Tribunal arbitral : Lord Mustill³⁰, Président; Daniel Price³¹ et Piero Bernardini³².

La sentence rendue le 26 juillet 2007 met un terme définitif à la tumultueuse affaire *Tokios Tokelès c. Ukraine*. On se souvient que la procédure a été marquée par la rarissime démission du président du Tribunal arbitral, Prosper Weil, après que celui-ci ait accompagné la décision sur la compétence du 29 avril 2004 d'une vigoureuse opinion dissidente. L'affaire avait fait grand bruit et l'opposition des positions des membres du Tribunal arbitral quant à la nationalité de la société demanderesse, détenue intégralement par des personnes de nationalité ukrainienne, est depuis au centre de nombreuses plaidoiries lors d'affaires CIRDI.

Sans entrer dans les détails des faits particulièrement complexes de cette affaire, on peut rappeler que le contexte des atteintes aux biens de l'investisseur y est éminemment politique. Tokios Tokelès détenait en effet une imprimerie en Ukraine dont la principale activité consistait à participer à la campagne électorale de l'un des candidats d'opposition, Mme Yulia Tymoshenko.

La principale question tranchée par le Tribunal arbitral a porté sur l'évaluation des mesures prises par le gouvernement ukrainien à l'encontre de Tokios Tokelès afin de déterminer si celles-ci constituaient une violation des protections offertes par le traité de protection des investissements signé entre la Lituanie et l'Ukraine (le « Traité »)³³. Ces mesures ont été décrites par le demandeur comme une

²⁸ *Ibid.* aux para. 302-352.

²⁹ *Tokios Tokelès c. Ukraine* (2007), n° ARB/02/18 (CIRDI), [*Tokios Tokelès (sentence)*]. Cette sentence datant de 2007 n'a été publiée qu'au courant de l'année 2008.

³⁰ Nommé par le Secrétaire général du CIRDI après la démission de Prosper Weil à l'issue de la décision sur la compétence du 24 avril 2004; Voir aussi nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 196 et s.

³¹ Nommé par le demandeur.

³² Nommé par l'État.

³³ Certaines questions de compétence ayant été soulevées à nouveau par l'Ukraine, on peut retenir l'intéressante précision du Tribunal arbitral sur la question de la légalité de l'investissement de Tokios Tokelès. Celui-ci relève en effet que toute violation du droit ukrainien par l'investisseur n'a pas *ipso facto* pour effet que dénier à l'investissement la protection du Traité : « *if the assets were in reality investments within the meaning of the Investment Treaty a failure to observe the bureaucratic*

campagne orchestrée par le pouvoir pour détruire ses investissements en Ukraine, notamment par le biais d'un harcèlement constant des autorités fiscales qui a abouti à la fuite des dirigeants de Tokios Tokelès. Ces derniers ont par la suite obtenu l'asile politique en Lituanie. Le terme ukrainien de « *nayizd* » est revenu de manière régulière :

*Tokios Tokelès claims in the given case concern actions committed by state agencies of Ukraine which are connected by a unity of wrongful intent and purpose on the part of government officials of interfering with the business of Tokios Tokelès' wholly-owned subsidiary in Ukraine, Taki spravy. This goal of intentionally damaging Taki spravy was realised through various measures implemented by state agencies of Ukraine in order to ultimately achieve an illegitimate political goal, namely to punish Taki spravy for supporting an opposition politician, Yulia Tymoshenko. Similar practices of a concerted campaign against a particular company or individual have an established history in Ukraine. Such practices have received their own nomenclature – “nayizd”.*³⁴

La question de savoir si les mesures prises par l'État ukrainien constituent ou non un « *nayizd* » est au centre de la sentence au point d'occulter d'autres points qui auraient pu mériter quelques développements. Les faits de l'espèce sont trop particuliers pour être développés ici, mais on peut retenir que, pour la majorité du Tribunal arbitral, le point de savoir si les mesures étatiques dont se plaint l'investisseur étaient ou non coordonnées et préméditées, et donc constitutives d'un « *nayizd* », est fondamentale. En d'autres termes, la majorité des arbitres nous semble accorder une importance – sans doute trop importante – aux motivations de l'État. Pour reprendre les termes de la sentence, si l'État a voulu mettre en œuvre un « *nayizd* » alors il peut en résulter une violation du Traité. Dans le cas contraire, la preuve d'un manquement de l'État à ses obligations internationales est bien plus difficile à apporter. On peut regretter l'importance prise par la recherche d'un « *nayizd* », concept ukrainien érigé un peu trop hâtivement à notre sens au rang de violation du droit international. « *Nayizd* » ou pas, la question nous semble différente puisqu'il ne s'agit pas de mesurer si l'on est en présence ou non d'un tel concept, mais plutôt de savoir si des normes de traitement des investisseurs lituaniens ont été violées par l'Ukraine. Dans cette mesure, la conclusion du Tribunal qui retient qu'il est « *impossible to treat the existence of a nayizd as the most plausible explanation of the events which found the Claimant's case* »³⁵ ne nous convainc qu'en partie dès lors qu'il ne s'agit pas, à notre avis, de l'étalon de mesure d'une violation du Traité.

L'opinion dissidente de M. Price, portant principalement sur l'évaluation des preuves de la violation du Traité apportées par l'investisseur, nous semble plus équilibrée, au moins pour ce qui est de la caractérisation des faits invoqués par les parties. Celui-ci conclut que l'Ukraine a violé son obligation d'accorder au

formalities of the domestic law could not have caused their character to change. » Tokios Tokelès (sentence), *supra* note 29 au para. 97.

³⁴ *Ibid.* au para. 12.

³⁵ *Ibid.* au para. 136.

demandeur un traitement juste et équitable dès lors que « *the State refuses to provide any justification for acts which, on the evidence, appear arbitrary or to raise serious questions about their motivation* »³⁶.

Plus généralement, on peut s'étonner que le Tribunal arbitral n'accorde pas plus de poids à l'asile politique octroyé par la Lituanie aux dirigeants ukrainiens de l'investisseur. Le seul fait que la Lituanie accorde sa protection de la sorte souligne la gravité des événements qui se sont déroulés en Ukraine et aurait mérité de plus amples développements.

III. Sentence du 21 novembre 2007, *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. C États-Unis du Mexique*³⁷

*Composition du Tribunal arbitral : Bernardo Cremades, Président; Arthur W. Rovine et Eduardo Siqueiros*³⁸.

La sentence dans cette affaire sur le fondement de l'*Accord de libre-échange nord-américain*³⁹, et en application du mécanisme supplémentaire du CIRDI, a été rendue plus de deux années après la décision sur la non-consolidation de ces procédures avec l'affaire *Corn Product c. Mexique*⁴⁰. Cette sentence condamne le Mexique à plus de 33,5 millions de dollars de dommages-intérêts, soit la plus lourde condamnation jamais prononcée à l'encontre d'un État sur le fondement de l'*ALÉNA*. Cette condamnation fait suite à l'adoption par le Mexique d'une taxe sur le sirop de sucre à forte teneur en fructose violant deux articles de l'*ALÉNA* comme nous allons le voir ci-après. La sentence, publiée en juillet 2008, est cependant tronquée, dépourvue de toute référence technique sur l'activité précise des investisseurs, afin de préserver la confidentialité de certaines informations quant aux produits en question, à la part de marché de l'investisseur, etc. Ce caviardage fait écho à la décision refusant la consolidation des instances, rendue notamment sur le fondement du secret industriel et sur l'impossibilité d'échanger certaines informations entre des entreprises en concurrence acharnée⁴¹.

³⁶ *Tokios Tokelès (sentence)*, Opinion dissidente de M. Daniel Price, *ibid.* au para. 20.

³⁷ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. United Mexican States* (2007), ARB(AF)/04/5 (CIRDI), [*Archer (sentence)*].

³⁸ Le Tribunal a été constitué suite à un accord des parties qui souhaitaient conserver le même tribunal que celui ayant décidé de la non-consolidation des affaires avec celle impliquant *Corn Products*. Voir nos commentaires sur ces ordonnances de non consolidation dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 333 et s.

³⁹ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can 1994 n°2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

⁴⁰ *Corn Products International, Inc. c. États-Unis d'Amérique*, Ordonnances sur la consolidation du 20 mai 2005, *supra* note 8; voir également nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 333 et s.

⁴¹ Julien Fouret et Dany Khayat, *ibid.* aux pp. 334-335.

L'affaire met aux prises deux demanderesses, *Archer Daniels Midland Company* et *Tate & Lyle Ingredients Americas*, deux des plus grosses entreprises de raffinage de maïs au monde, au Mexique. Ces deux entreprises sont des pionnières dans l'industrie du sirop de sucre à forte teneur en fructose dérivé du maïs, lequel est désormais devenu indispensable à l'industrie des sodas en Amérique du Nord. Le Mexique étant le plus gros marché de sodas par habitant dans cette région, il était logique que ces deux entreprises s'y installent tout en mettant une forte pression économique sur un autre type de producteurs, celui de sirop de sucre à forte teneur en fructose dérivé du sucre de canne, production traditionnelle au Mexique. Ainsi, le 31 décembre 2001, le Mexique a adopté une loi augmentant de 20 % les taxes sur les sodas et les sirops non issus de canne à sucre. En raison de pressions internationales, notamment par le biais d'une plainte devant l'OMC, le Mexique a néanmoins retiré sa loi le 31 décembre 2006, mais les demanderesses ont poursuivi l'arbitrage afin d'obtenir une compensation pour les pertes subies durant cette période de quatre années⁴². L'intérêt de cette sentence est résiduel, mais nous adresserons trois points qui nous semblent cependant intéressants pour le droit des investissements internationaux.

A. Contre-mesures et confusion du Tribunal arbitral

Pour la première fois à notre connaissance dans un arbitrage investisseur-État, un défendeur, le Mexique en l'occurrence, invoque l'article vingt-deux du projet de la CDI sur la responsabilité des États. Celui-ci pose : « [I]llicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie »⁴³.

En effet, le Mexique arguait qu'il ne pouvait être tenu pour responsable du fait de la législation fiscale qu'il avait adoptée, car celle-ci était :

*a lawful countermeasure, enacted as a response to alleged violations by the Government of the United States concerning its obligations to Mexico regarding access of Mexican-produced sugar to the U.S. market, and for failure to take part in the NAFTA Chapter Twenty Dispute Settlement process with respect to such obligations.*⁴⁴

La longue analyse du Tribunal sur la question est pour le moins étrange, voire même pour la majorité de celui-ci, à notre avis, en contradiction avec les

⁴² Les faits sont repris extrêmement longuement dans la sentence, tant ceux concernant la présente procédure que les procédures devant l'OMC ou celles envisagées en matière d'arbitrage interétatique entre le Mexique et les États-Unis en vertu de l'article 2008 de l'*ALÉNA*; *Archer (sentence)*, *supra* note 37, aux para. 39-99.

⁴³ *Projet d'Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires relatifs* (Doc. NU A/56/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 2001, art. 22, en ligne : CDI <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf> [*Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*].

⁴⁴ *Archer (sentence)*, *supra* note 37, aux para. 110.

principes mêmes du droit des investissements internationaux. Mais l'on se doit d'exclure, de cette prise de position contestable du Tribunal, M. Arthur M. Rovine qui a rédigé une opinion dissidente pour contester l'argumentaire retenu par ses co-arbitres sur la question.

Dans un premier temps, le Tribunal a dû déterminer si l'article vingt-deux est applicable dans un différend entre un investisseur et un État. Les arbitres retiennent tout d'abord qu'un investisseur privé ne bénéficierait d'aucun droit direct en vertu du chapitre onze de l'*ALÉNA*⁴⁵, si l'on exclut son droit procédural de saisir un tribunal arbitral⁴⁶. Le Tribunal retient ainsi que la première partie (A) du chapitre onze sur l'investissement ne conférerait des droits directs qu'aux États⁴⁷ alors que la partie (B) conférerait des droits à agir aux personnes privées. Comme l'affirment certains auteurs « les conclusions de la majorité du tribunal sur ce point ne peuvent que laisser perplexe »⁴⁸. Si ce n'est de la perplexité, c'est tout du moins un étonnement voir une incompréhension totale qui guette le lecteur de la sentence.

La majorité du Tribunal en est même venue à tenir un raisonnement de protection diplomatique inversée où l'investisseur se substituerait ainsi à son État de nationalité pour défendre les intérêts ou l'honneur de ce dernier⁴⁹. Par conséquent, cet État serait fondé à faire respecter les obligations découlant de l'*ALÉNA* en adoptant des contre-mesures à l'encontre d'un État partie ne respectant pas ses obligations. Cela semble absolument contraire à toute l'évolution de l'arbitrage sur le fondement des TBI, comme l'a rappelé dans son opinion séparée Arthur Rovine, et contraire en tout état de cause à l'esprit de l'*ALÉNA* :

*countermeasures cannot, consistently with customary international law and the International Law Commission Articles on State Responsibility, eliminate, supersede, or suspend the rights of NAFTA investors to legal redress should the countermeasures constitute a breach of Chapter Eleven, whether such investor rights are characterized as direct and substantive, or derivative and procedural. In my view, NAFTA investor rights to legal redress for wrongs committed are substantive, but in the final analysis, it makes no difference how they are characterized. In my judgment, Chapter Eleven investor rights to remedies belong to the investor, not the state, and cannot, under the circumstances of this case, customary international law and NAFTA, be suspended or eliminated by countermeasures taken against the state of the investor.*⁵⁰

⁴⁵ *Ibid.* aux para. 168-180; « *the proper interpretation of the NAFTA does not substantiate that investors have individual rights as alleged by Claimants* ».

⁴⁶ *Ibid.* au para. 179.

⁴⁷ *Ibid.* aux para. 168-173.

⁴⁸ Mathieu Raux, « Les circonstances excluant l'illicéité dans le cadre du contentieux investisseurs-États » (Décembre 2008) *Gazette du palais* 23 au para. 15.

⁴⁹ *Archer (sentence)*, *supra* note 37 au para. 169; « *If a breach of these standards occurs, the investor will be in reality stepping into the shoes and asserting the rights of the home State* ».

⁵⁰ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. United Mexican States*, Opinion séparée d'Arthur Rovine, *supra* note 37 à la p. 1.

L'arbitre exprime ainsi dans les termes les plus clairs la réalité de la situation juridique confinant à l'absurde et retenue par le Tribunal qui autorise les États à recourir à la « justice privée »⁵¹, à se faire justice eux-mêmes alors que les investisseurs, les véritables « personnes » lésées, ne pourraient donc plus bénéficier de la protection de l'ALÉNA pour leurs investissements et ainsi être dédommagés. Cela ne serait bien entendu pas acceptable et la décision du Tribunal de ne pas reconnaître la législation fiscale adoptée comme des « contre-mesures » valables en vertu de l'article vingt-deux du projet de la CDI ne dissipe pas le malaise certain à la lecture du raisonnement du Tribunal sur ce point⁵².

B. Une analyse traditionnelle de l'Article 1102

Le second point d'intérêt de la sentence est une confirmation et concerne la violation par le Mexique de l'article 1102 de l'ALÉNA sur le traitement national. Suivant en cela les précédents ayant eu à statuer sur la question⁵³, le Tribunal a dû déterminer, en fonction des conditions posées par l'article, si l'investisseur se trouvait, par rapport aux investisseurs nationaux, (i) dans des circonstances analogues, (ii) mais subissant un traitement moins favorable⁵⁴.

Concernant les circonstances analogues, le Tribunal a relevé que les sirops produits à partir de maïs ou de canne à sucre ne sont pas analogues. Toutefois, ceux-ci « *compete face-to-face in the same market, it is the Tribunal's view that when no comparators exist, the foreign investor may be compared with less like comparators, if the overall circumstances of the case suggest that they are in like circumstances* »⁵⁵. Ainsi, les deux producteurs de sirop doivent néanmoins être considérés, notamment du fait de leur compétition acharnée, comme étant *de facto* dans des circonstances analogues⁵⁶.

Quant au traitement reçu, à la fois l'intention du Mexique – avérée par son acceptation du fait que la législation était une contre-mesure – et les effets sur les investisseurs étrangers indiquent sans contestation possible que le traitement des étrangers était moins favorable que celui des investisseurs locaux en violation claire de l'article 1102⁵⁷.

⁵¹ Sur la question générale de la justice privée entre États voir, Denis Alland, « Justice privée et ordre juridique international : étude théorique des contre-mesures en droit international public » (1995) 47:2 R.I.D.C. 591, en ligne : <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1995_num_47_2_5097>.

⁵² *Archer (sentence)*, *supra* note 37 aux para. 180-184.

⁵³ Voir *Marvin Feldman c. Mexique*, (2002), Sentence du 16 décembre 2002, n° ARB(AF)/99/1 (CIRDI); voir aussi *ADF Group Inc. c. United States of America* (2003), Sentence du 9 janvier 2003, n° ARB(AF)/00/1 (CIRDI); ainsi que nos commentaires Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 52 et s. et 67 et s.

⁵⁴ *Archer (sentence)*, *supra* note 37 aux para. 193 et s.

⁵⁵ *Ibid.* au para. 202.

⁵⁶ *Ibid.* aux para. 197-204.

⁵⁷ *Ibid.* aux para. 205-213.

C. Le champ d'application très large de l'article 1106.3 de l'ALÉNA

Le troisième et dernier point d'intérêt de cette sentence a concerné l'analyse de la violation de l'article 1106 sur les prescriptions de résultat (« *performance requirements* ») dont l'interprétation ne limite pas son application aux investissements effectués par des investisseurs de l'un des trois États partie à l'ALÉNA⁵⁸. Ainsi, en raison de cette rédaction très large de l'article, les demandeurs ont soutenu que le Mexique accordait des avantages fiscaux (une exemption de 20 % sur la taxe sur le sirop de sucre à forte teneur en fructose) aux investisseurs utilisant du sucre plutôt que le sirop de maïs. Par conséquent, en tant que producteur de ce sirop, Archer et Tate étaient en mesure de demander une compensation pour les avantages reçus par ces autres investisseurs, qu'ils proviennent d'un État membre de l'ALÉNA ou non⁵⁹.

Le Tribunal a été convaincu par cet argument en raison de l'impact sur l'investisseur étranger des mesures fiscales favorisant l'utilisant du sucre de canne :

*Both the structure of the Mexican sugar industry in Mexico and the underlying intent of the Tax conferred advantages on the sugar industry in Mexico. These advantages—consisting of an exemption from the Tax—were provided in connection with the Claimant's investment in Mexico because they had a detrimental effect on the profitability of the investment. As these advantages are conditioned on the exclusive use of cane sugar—which the Tribunal believe is essentially domestic—and discriminate against the HFCS industry in which Claimants have made their investment, the Tax is inconsistent with Article 1106.3 of the NAFTA.*⁶⁰

Cette décision est intéressante, car les prescriptions de résultat sont rarement soulevées devant les Tribunaux ALÉNA⁶¹ alors que, comme l'illustre l'analyse de l'article 1106, la rédaction de la disposition est extrêmement large, s'appliquant même aux ressortissants d'États tiers. Il est donc possible que cet état de fait change à l'avenir dans les futures demandes d'investisseurs de l'ALÉNA.

Enfin, même si cette sentence est celle qui a le plus lourdement condamné un État membre de l'ALÉNA, les investisseurs n'en étaient visiblement pas satisfaits. Ils ont ainsi demandé une décision supplémentaire, à la fois du Tribunal arbitral et des juridictions de l'Ontario pour tenter d'obtenir 170 millions de dollars supplémentaires devant l'une ou l'autre de ces juridictions. La procédure canadienne interne a été suspendue en attendant la décision du Tribunal arbitral sur la demande de décision supplémentaire qui a été rendue le 10 juillet 2008. Cependant, celle-ci n'a pas encore été publiée. Aucune information n'a filtré à propos de la reprise ou non de la

⁵⁸ L'article dispose en partie : « 3. Aucune des Parties ne pourra subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage, en ce qui concerne un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers, à l'observation de l'une quelconque des prescriptions suivantes »; ALÉNA, *supra* note 39.

⁵⁹ Archer (sentence), *supra* note 37 aux para. 215-218.

⁶⁰ *Ibid.* au para. 227.

⁶¹ Voir l'analyse de cette disposition, à notre connaissance la seule dans une affaire ALÉNA-CIRDI, dans *ADF c. United States of America*, sentence du 9 janvier 2003, *supra* note 49; voiez également nos commentaires Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 67 et s.

procédure ontarienne. Les deux investisseurs semblent, pour le moment, vouloir rester discrets sur l'issue de ces deux procédures parallèles et supplémentaires.

IV. Ordonnance du 17 décembre 2007, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*⁶²

*Composition du Tribunal arbitral : Ahmed Sadek El Kosheri, Président*⁶³, *James Crawford*⁶⁴, *Antonio Crivellaro*⁶⁵.

L'ordonnance du 17 décembre 2007 intervient dans cette affaire après près de quatre années de suspension de procédure. On rappellera en effet que, dans une décision sur la compétence du 29 janvier 2004 qui a fait l'objet de critiques⁶⁶, le Tribunal arbitral s'était reconnu compétent pour trancher le litige entre les parties sur le fondement d'une clause de respect des engagements, tout en assortissant sa décision d'une suspension de la procédure arbitrale en attendant que soit déterminé, par les juridictions philippines jugées compétentes pour trancher le litige contractuel entre les parties, le montant litigieux restant éventuellement dû à l'investisseur.

En l'absence de progrès sur les questions ayant justifié, aux yeux du Tribunal arbitral, la suspension de la procédure, celui-ci a écrit aux parties pour leur indiquer que son « intention n'était pas de suspendre la procédure *sine die* »⁶⁷, ce qu'il estimait d'ailleurs « inapproprié » au regard de la *Convention de Washington*. La précision était bienvenue tant la suspension pouvait s'éterniser. Afin de permettre aux parties de s'exprimer sur l'état de leurs demandes, le Tribunal arbitral a ainsi ordonné la reprise de la procédure le 26 septembre 2007 suivie d'une audience à la fin de cette même année.

À l'issue de celle-ci, le Tribunal arbitral a établi un calendrier de procédure qu'il n'a pas été nécessaire de suivre. En effet, les parties ont trouvé un accord et conclu une transaction dans les semaines qui ont suivi, ce qui a été constaté par sentence d'accord-parties le 11 avril 2008⁶⁸.

L'épilogue de cette affaire laisse donc entière la question de la prise en compte, par le Tribunal arbitral, d'une éventuelle décision des juridictions philippines sur la violation du contrat entre SGS et les Philippines au regard de sa propre détermination de la violation du traité pour les mêmes faits. Dans un domaine dans lequel les craintes d'une double indemnisation du préjudice subies par l'investisseur

⁶² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Republic of the Philippines* (2007), n° ARB/02/6 (CIRDI), [*SGS Philippines (ordonnance)*]. Le commentaire de cette décision figure dans la présente livraison de cette chronique car elle n'a été rendue publique qu'en 2008.

⁶³ Nommé par le Secrétaire général du CIRDI.

⁶⁴ Nommé par les Philippines.

⁶⁵ Nommé par le demandeur.

⁶⁶ Voir par ex. le commentaire des auteurs dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 à la p. 189 et les références citées.

⁶⁷ *SGS Philippines (ordonnance)*, *supra* note 62 au para. 5.

⁶⁸ Cette sentence n'a pas été publiée.

sur le fondement du contrat et du traité sont nombreuses, un précédent aurait été appréciable.

V. Commentaires conjoints

Décision sur la suspension d'exécution de la sentence, 28 décembre 2007⁶⁹

***Azurix Corp. c. République argentine*⁷⁰**

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

Décision sur la suspension d'exécution de la sentence, 7 octobre 2008, Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. c. République argentine⁷¹

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

Décision sur la suspension d'exécution de la sentence, 7 novembre 2008

***Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine*⁷²**

Composition du Comité ad hoc : Ahmed S. El Kosheri, Président; Jan Hendrik Dalhuisen et Andreas J. Jacovides, membres.

L'Argentine, « pourvoyeur » majeur d'affaires au CIRDI depuis ces dernières années⁷³, est aussi devenue le plus grand demandeur à des procédures d'annulation avec pas moins de sept procédures pendantes, sur les quinze en cours, et une décision rendue fin 2008⁷⁴. C'est ainsi que trois des procédures d'annulation

⁶⁹ Cette décision est commentée dans la présente chronique publiée en 2008.

⁷⁰ *Azurix Corp. c. Argentine Republic* (2007), n° ARB/01/12 (CIRDI), [*Azurix (suspension)*]. La procédure au fond avait donné lieu à une décision sur la compétence en 2003 et une sentence au fond en 2006 toutes deux commentées dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 152 et s. et 430 et s.

⁷¹ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine Republic* (2008), n° ARB/01/3 (CIRDI), [*Enron (suspension)*]. La procédure au fond avait donné lieu à une décision sur la compétence en 2004 et une sentence au fond en 2007 toutes deux commentées dans Julien Fouret et Dany Khayat, *ibid.* aux pp. 179 et s. et 536 et s.

⁷² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine Republic* (2008), n° ARB/97/3 (CIRDI), [*Vivendi (suspension)*]. La première sentence au fond dans cette affaire avait déjà fait l'objet d'une décision d'annulation en 2002, puis d'une demande de décision supplémentaire en 2003 et enfin d'une sentence au fond en 2007 toutes trois commentées dans Julien Fouret et Dany Khayat, *ibid.* aux pp. 35 et s., 80 et s. et 589 et s.

⁷³ Voir les introductions annuelles pour les statistiques d'enregistrement des affaires argentines dans Julien Fouret et Dany Khayat, *ibid.* aux pp. 65, 177, 295, 393 et 487.

⁷⁴ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine Republic* (2007), Décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007, n° ARB/01/8 (CIRDI), [*CMS*]; voir nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *ibid.* aux pp. 605 et s.; Cette décision n'a annulé que partiellement la sentence et n'a eu aucun effet sur le montant des dommages intérêts. Néanmoins la sentence n'a toujours pas été exécutée, voir notamment Luke Eric Peterson, « Argentine Crisis Arbitration Awards Pile Up, but

concernant l'Argentine ont fait l'objet en 2008 d'une décision en matière de suspension d'exécution de la sentence avec des résultats et des prises de position parfois fort divergents. Il est intéressant de noter que dans les trois décisions rendues en 2008, deux des comités sont présidés par le même membre, ce qui explique probablement que les deux décisions *Azurix* et *Enron* sont quasiment similaires, contrairement à la décision dans *Vivendi* qui n'a pas choisi la même approche.

Comme pour toute décision sur la suspension d'exécution, deux questions se posent. Tout d'abord, sans véritable suspense, la question de savoir si, la suspension d'exécution va être maintenue (A). Dans un second temps, et de manière totalement aléatoire ces dernières années, celle de savoir si le Comité va poser une condition, et quel type de condition, en échange de la suspension d'exécution (B).

A. Le renversement du principe posé par la *Convention de Washington* en matière de suspension d'exécution

Si le nombre de décisions concernant la suspension d'exécution n'est pas très important, une quinzaine à notre connaissance, l'impact que ces dernières ont eu sur le mécanisme mis en place par la *Convention de Washington* est indéniable. La procédure de la suspension d'exécution est ainsi un mécanisme connexe au mécanisme d'annulation, une des « *specific features of ICSID arbitration and reasons of its success* »⁷⁵. Cependant, lors des débats entre rédacteurs de la *Convention*, l'automatisme de la suspension d'exécution avait été refusée⁷⁶ pour n'être analysée qu'en présence d'une demande des parties, à la discrétion du comité *ad hoc*, comme l'énonce l'article 52(5) de la *Convention*⁷⁷. Ainsi, tout comité a, selon la rédaction de l'article 52(5), la discrétion d'accepter ou de refuser d'accorder une suspension d'exécution selon les arguments présentés par les parties. En théorie seulement.

En effet, la pratique est fort différente et les trois comités *ad hoc* en l'espèce, ne dérogent pas à la règle de l'automatisme de l'octroi de la suspension d'exécution. Tous les comités ont accordé cette suspension qui s'est poursuivie jusqu'à la décision d'annulation⁷⁸.

Investors Still Wait for a Payout» [2001] Focus Europe, en ligne : <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1202431736731&Argentine_Crisis_Arbitration_Awards_Pile_Up_but_Investors_Still_Wait_for_a_Payout>.

⁷⁵ Hans Van Houtte, « Article 52 of the Washington Convention—A Brief Introduction », dans Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, dir., *Annulment of ICSID Awards: A Joint IAI-ASIL, Conference, Washington, DC April 1 2003*, Huntington, New York, 2004 à la p. 11.

⁷⁶ International Centre for Settlement of Investment Dispute, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning The Origin and Formulation Of the Convention on the Settlement of Investments Disputes between States and Nationals of Other States*, vol. 2, Washington, ICSID, 2001 à la p. 849.

⁷⁷ L'article 52(5) pose : « Le 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 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 »; *Convention de Washington*, *supra* note 3, art. 52(5).

⁷⁸ La seule exception étant le Comité dans *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* (2006), n° ARB/01/10 (CIRDI); dans laquelle le Comité avait conditionné la

Cependant, et cela doit être noté, les comités constitués dans les affaires *Azurix* et *Enron* n'ont fait que peu de cas de la question de la suspension, sans véritable analyse des conditions pouvant justifier sa levée, en l'accordant automatiquement et sans justification⁷⁹. Encore plus étonnant, et à notre sens contraire à l'objet et au but de la *Convention CIRDI*, le comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *Azurix* a renversé le principe établi par l'article 52(5) en affirmant « *the Committee accepts that there may be very exceptional circumstances where a stay ought not to be ordered, that is not the situation here* »⁸⁰. Ainsi, c'est la levée de la suspension qui devient exceptionnelle, et la règle qui devient la poursuite de la suspension d'exécution. En réalité, le comité n'a fait qu'affirmer la pratique de tous les comités avant lui, mais il n'en reste pas moins que la *Convention* n'a pas été rédigée de la sorte. Le comité renforce donc la présomption d'impossibilité d'obtenir la levée de la suspension d'exécution provisoire accordée lors de la demande d'annulation ce qui ne nous semble pourtant pas souhaitable, surtout au vu du délitement progressif de la règle prévalant par le passé, et consistant en l'octroi d'une garantie en échange de cette suspension.

Le troisième comité constitué dans l'affaire *Vivendi* accorde bien entendu la suspension, mais avec une analyse un peu plus poussée, en se fondant sur un argument déjà énoncé par ces prédécesseurs : l'impact et les dommages économiques causés à l'Argentine si la suspension d'exécution n'était pas prononcée⁸¹.

B. L'absence de logique ou le délitement progressif de la règle tacite du conditionnement de la suspension d'exécution à une garantie financière

*For the time being, ICSID ad hoc committees have gotten it right on the question of stay of enforcement and requirement of bond pending annulment proceedings, and this is so whether a stay of enforcement is requested by the State or the foreign investor. A discretionary stay of enforcement pending an annulment application should be obtainable only at a cost. The cost should be a bond, a bond that would more likely than not be needed at the end of the day.*⁸²

Cette affirmation de Paul Friedland, qui notait cependant déjà que cela pouvait n'être que passager (« *for the time being* »), nous semblait décrire une tendance qui répondait au mieux aux attentes des rédacteurs de la *Convention CIRDI* en instaurant un véritable équilibre entre les parties, et en offrant à chacun des

suspension d'exécution à l'octroi d'une garantie bancaire. La garantie n'ayant jamais été obtenue, le Comité avait levé la suspension d'exécution dans son ordonnance du 22 février 2006. Voir nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 396 et s.

⁷⁹ *Azurix (suspension)*, *supra* note 70 aux para. 21-22; *Enron (suspension)*, *supra* note 71 aux para. 22-23.

⁸⁰ *Azurix (suspension)*, *ibid.* au para. 22.

⁸¹ *Vivendi (suspension)*, *supra* note 72 au para. 40.

⁸² Paul D. Friedland, « Stay of Enforcement of the Arbitral Award Pending ICSID Annulment Proceedings », dans Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, *supra* note 75, p. 177, art 185.

protagonistes à la procédure d'annulation une garantie leur permettant de s'engager sereinement et sans crainte dans cette procédure exceptionnelle. Cependant, cette affirmation, valable jusqu'en 2004, semble dorénavant plus proche du vœu pieux aux vues des décisions les plus récentes en la matière, et notamment les trois dernières faisant l'objet du présent commentaire.

Dans les faits, la condition principale prise en compte par les comités *ad hoc* afin de décider de la nécessité de conditionner la suspension d'exécution à une garantie est désormais celle de savoir si l'État exécutera rapidement et volontairement la sentence dans l'éventualité où la sentence n'était pas annulée. Ce principe articulé par la décision *MTD c. Chili*⁸³ a été repris depuis, notamment dans la décision *Enron*, dans les termes suivant : « *the relevant enquiry is whether in all the circumstances it may be said that there is sufficient doubt as to whether there will be compliance with ICSID Convention obligations on a final award in the event it is not annulled* »⁸⁴.

Cette recherche, extrêmement difficile à réaliser, et foncièrement subjective à notre sens, a été déterminée par les comités en utilisant un grand nombre de facteurs tels que

- les déclarations et la conduite des officiels de l'État⁸⁵;
- l'application de la *Convention CIRDI* dans les dispositions de droit interne⁸⁶;
- l'analyse de la demande d'annulation afin de déterminer si elle pouvait n'avoir qu'un caractère dilatoire⁸⁷ ou enfin;
- l'historique de paiement de l'État vis-à-vis de ces obligations pécuniaires, notamment les sentences arbitrales CIRDI antérieures⁸⁸.

Ces facteurs ont été au centre du refus de l'octroi d'une véritable garantie dans les trois décisions commentées. En effet, les trois comités, comme leurs récents prédécesseurs, ont cherché toutes les justifications possibles afin de refuser l'octroi de cette garantie.

En premier lieu, dans les affaires *Azurix* et *Vivendi*, les deux comités ont souligné le fait que les sentences avaient accordé des intérêts composés afin de soutenir leur position de refuser d'accorder une garantie bancaire⁸⁹. En effet, pour ces

⁸³ *MTD c. République du Chili* (2005), n° ARB/01/7 (CIRDI) au para. 29.

⁸⁴ *Enron (suspension)*, *supra* note 71 au para. 49.

⁸⁵ *Azurix (suspension)*, *supra* note 70 au para. 36; Voir aussi *CMS Gas Transmission c. République Argentine* (2006), n° ARB/01/08 (CIRDI) aux para. 49-50.

⁸⁶ *Azurix (suspension)*, *ibid.* au para. 38; Voir aussi *MTD c. République du Chili*, *supra* note 83 aux para. 32-35; *CMS Gas Transmission c. République Argentine*, *ibid.* aux para. 41-49.

⁸⁷ Voir notamment *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)*, ordonnance, *supra* note 78 au para. 9.

⁸⁸ *Azurix (suspension)*, *supra* note 70 au para. 39; Voir aussi *MTD c. République du Chili*, *supra* note 83 au para. 35.

⁸⁹ *Azurix (suspension)*, *ibid.* au para. 40; *Vivendi*, *supra* note 72 au para. 40; Voir aussi *MTD c. République du Chili*, *ibid.* au para. 30; *CMS Gas Transmission c. République Argentine*, *supra* note 74 au para. 40.

deux comités, le fait que des intérêts composés aient été accordés est à la fois une garantie suffisante et un dédommagement pour la période d'annulation durant laquelle ces intérêts courent, mais aussi durant la période d'éventuelle inexécution de la sentence.

Cependant, il ne nous semble pas que les intérêts composés fournissent une justification convaincante au refus d'octroi d'une garantie. Un État, dans la majorité des cas, possède un budget plus important à sa disposition qu'un investisseur qui a, parfois, tout perdu. L'argument ne convainc pas, car les intérêts sont prévus essentiellement pour couvrir la période depuis la violation des dispositions du TBI, ou du contrat, reconnu par le Tribunal jusqu'au rendu de la sentence. Si la sentence est contestée, les intérêts continuent bien entendu à courir, mais cela est simplement la conséquence de la sentence et non une garantie ou une compensation en cas de procédure d'annulation. Si la sentence n'est jamais exécutée, on ne perçoit pas l'intérêt d'une augmentation de ces montants avec le temps. Cela ne nous apparaît pas, malgré les affirmations des comités dans *Azurix* et *Vivendi*, comme une alternative crédible à une garantie bancaire.

Les trois comités ont ainsi refusé tout octroi d'une garantie bancaire. Dans *Azurix*, le refus est tombé comme un couperet, sans même tenter de rassurer l'investisseur quant à la volonté ou la capacité de l'Argentine à payer le montant de la sentence arbitrale⁹⁰.

Dans *Enron* et *Vivendi*, les deux décisions se placent dans une tendance récente demandant aux États de fournir des assurances écrites, en lieu et place des garanties pécuniaires, promettant d'exécuter la sentence arbitrale si la demande d'annulation venait à échouer. Ces déclarations ont pour objectif de démontrer la bonne foi et la bonne volonté de l'État. Ces lettres prennent ainsi la forme d'une lettre officielle adressée aux comités afin d'assurer les membres de l'exécution de la sentence le cas échéant. Cependant, il nous apparaît qu'aux vues des expériences récentes, cette solution ne devrait pas être retenue. En effet, hormis *Enron* et *Vivendi*, le comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *CMS c. Argentine* avait déjà obtenu de telles promesses. Pourtant, depuis l'échec de la demande d'annulation le 25 septembre 2007, l'investisseur n'a jamais été en mesure de percevoir les montants qui lui avaient été accordés par la sentence⁹¹.

Dans *Vivendi*, l'Argentine a refusé de rédiger la lettre de manière inconditionnelle, en violation des dispositions de la *Convention CIRDI*. Ainsi, les conseils de la demanderesse ont dû réitérer leur demande auprès du comité afin d'obtenir la levée de la suspension ou une garantie bancaire⁹². Concernant *Enron*, un tel problème ne semble pas s'être posé ou ne pas avoir fait l'objet d'une publicité. Il

⁹⁰ *Azurix (suspension)*, *supra* note 70 au para. 44.

⁹¹ *CMS c. Argentina*, *supra* note 74; Voir nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 605 et s.; Cette décision n'a annulé que partiellement la sentence et n'a eu aucun effet sur le montant des dommages intérêts. Néanmoins la sentence n'a toujours pas été exécutée : Luke Eric Peterson, *supra* note 74.

⁹² Voir Lettre du gouvernement argentin au Comité, 28 novembre 2008, en ligne : International Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca>>; Lettre des demandeurs au Comité en réponse à la lettre du gouvernement argentin, 8 décembre 2008, en ligne : <<http://ita.law.uvic.ca>>.

semble ainsi que l'Argentine a dû répondre aux demandes du Comité qui lui demandait de s'engager plus fermement, en application des dispositions de la *Convention CIRDI*⁹³.

Il est permis cependant de douter de telles garanties écrites et regretter l'absence de volonté des comités *ad hoc* de permettre aux parties d'être toujours sur un pied d'égalité durant le déroulement de la procédure d'annulation.

Il faut en effet craindre cette tendance à refuser l'octroi de garanties bancaires. Celle-ci ne doit pas être la première étape d'une transformation du mécanisme d'annulation, envisagé par les rédacteurs de la *Convention CIRDI* comme une procédure ne devant mener à l'annulation que dans de "very rare cases"⁹⁴, fondés sur des raisons exceptionnelles pour de "very extreme cases of serious misconduct"⁹⁵, en un recours général et commun contre toutes les sentences. Aux vues des récentes manifestations jurisprudentielles, nous avons toutes les raisons de le redouter.

VI. Sentence du 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC c. République du Yémen*⁹⁶

*Composition du Tribunal arbitral : Pierre Tercier*⁹⁷, *Président ; Jan Paulsson*⁹⁸ *et Ahmed El-Kosheri*⁹⁹.

La sentence *Desert Line*, souvent citée pour être la première affaire dans laquelle des dommages et intérêts pour préjudice moral ont été accordés à l'investisseur, est également intéressante sur d'autres points.

Le litige entre *Desert Line Projects LLC*, une société omanaise, et la République du Yémen concerne la construction d'une route dans ce dernier pays. L'arbitrage a été porté devant le CIRDI en application du traité de protection des investissements signé entre Oman et le Yémen en 1998 (le traité). Cette affaire s'inscrit dans une tendance récente de litiges investisseurs/États impliquant des sociétés de pays en développement contre d'autres pays en développement. Il s'agit par ailleurs de la première affaire opposant une société d'un pays arabe à un autre pays arabe, voisin de surcroît¹⁰⁰.

⁹³ *Enron*, *supra* note 71 aux para. 101-103.

⁹⁴ International Centre for Settlement of Investment Dispute, *supra* note 76, art. 852.

⁹⁵ *Ibid.*, art 854; Cela a également été confirmé en doctrine, par ex. Aristidi Tsatsos, « ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity, A Call for Appeal? » (2009) 6:1 Transnational Dispute Management 1 à la p. 4 (en ligne : <<http://www.transnational-dispute-management.com>>); Christoph Schreuer, « Three Generations of ICSID Annulment Proceedings », dans Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, *supra* note 75, art 42.

⁹⁶ *Desert Line Projects LLC c. Republic of Yemen* (2008), n° ARB/05/17(CIRDI), [*Desert Line (sentence)*].

⁹⁷ Nommé par accord des parties.

⁹⁸ Nommé par la demanderesse.

⁹⁹ Nommé par l'État.

¹⁰⁰ Voir depuis, *MTN (Dubai) Limited et MTN Yemen for Mobile Telephones c. République du Yémen* (2010), n° ARB/09/7 (CIRDI); qui a fait l'objet d'une transaction en 2010.

Dans les faits, le litige entre les parties a été porté dans un premier temps, au terme d'un compromis d'arbitrage, devant un tribunal arbitral avec un siège au Yémen. Une sentence a été rendue en un délai record, condamnant le Yémen à verser à Desert Line des sommes substantielles. Toutefois, face aux difficultés d'exécution de la sentence et à la pression économique de ses sous-traitants, Desert Line a accepté une transaction avec le Yémen par laquelle cette société n'a perçu qu'une fraction de la somme à laquelle elle avait initialement droit.

C'est cette transaction, obtenue selon elle sous la contrainte, que Desert Line a contestée devant le Tribunal arbitral. Desert Line soutient que la contrainte qu'elle a subie constitue une violation des dispositions du traité, notamment l'obligation souscrite par le Yémen de lui accorder un traitement juste et équitable.

Dans sa sentence du 6 février 2008, le Tribunal arbitral a disposé aisément de l'une des objections à sa compétence formulées par le Yémen. En se fondant sur les dispositions du traité, le Yémen a soutenu que l'investissement de Desert Line n'était pas protégé, car il n'avait pas reçu de certificat d'investissement des autorités yéménites. Le Tribunal arbitral a rejeté cet argument en relevant d'une part que l'investissement n'a nullement été réalisé en violation du droit yéménite et, d'autre part et surtout qu'il est convaincu que, si le demandeur avait demandé le certificat en question, il l'aurait sans nul doute obtenu, « *both because of the general endorsement of the investment at the highest level of the State, and in light of the extension of YIL [Yemeni Investment Law] benefits by the ad hoc decision communicated by the Vice Prime Minister* »¹⁰¹. Si la décision est indiscutablement libérale et ne manquera pas d'être critiquée par certains, elle n'en reste pas moins justifiée au regard des circonstances de l'espèce. Considérer que l'investissement de Desert Line au Yémen ne devrait pas bénéficier de la protection du traité aurait été excessivement formaliste.

Le Tribunal arbitral n'a également eu aucune difficulté à décider que la clause de choix irrévocable (« *fork in the road* ») du traité, ne trouvait pas à s'appliquer dès lors que « *[t]he Yemeni Arbitration was commenced pursuant to the Yemeni Arbitration Agreement, and the claims there asserted were fundamentally distinct from the claims related to the violation of the BIT by the Respondent* »¹⁰².

Sur le fond, on peut relever l'analyse approfondie du Tribunal arbitral sur la question de l'absence de validité, en droit international, des accords conclus sous la contrainte. Bien que la contrainte ici décrite soit principalement une contrainte d'ordre économique (Desert Line a été contrainte à transiger, car elle devrait recouvrer des fonds pour payer ses propres sous-traitants)¹⁰³, même s'il y a également eu une contrainte physique du fait des forces de sécurité yéménites¹⁰⁴, le Tribunal arbitral en a conclu – justement à notre sens – à la violation du standard de protection

¹⁰¹ *Desert Line (sentence)*, supra note 96 au para. 117.

¹⁰² *Ibid.* au para. 137.

¹⁰³ « *The Claimant found itself in severe financial difficulties due to the Respondent's conduct when Yemeni officials were denying the Claimant's legitimate requests for due payments, thereby starving the Claimant for cash and being the proximate cause of the discomfit of the subcontractors. The Arbitral Tribunal finds that the Claimant therefore had no realistic choice but to enter into the Settlement Agreement* ». *Ibid.* au para. 181.

¹⁰⁴ *Ibid.* au para. 185.

juste et équitable et à l'absence d'effet international de la transaction¹⁰⁵. Le Tribunal arbitral a alors pu décider de l'indemnisation à accorder au demandeur pour violation des dispositions du traité.

La sentence *Desert Line*, très motivée, est sévère à l'encontre du Yémen, mais les circonstances de l'espèce ont sans doute favorisé cette conclusion qui inspirera sans doute à l'avenir d'autres affaires.

VII. Décision sur la compétence du 5 mars 2008, *Noble Energy Inc & MachalaPower Cia c. République d'Équateur et Consejo Nacional de Electricidad*¹⁰⁶

*Composition du Tribuna arbitral : Gabrielle Kaufmann-Kohler*¹⁰⁷, *Président; Bernardo M. Cremades*¹⁰⁸ *et Henri Alvarez*¹⁰⁹.

La décision sur la compétence rendue le 5 mars 2008 oppose les deux sociétés Noble Energy et Machalpower à la République d'Équateur sur un triple fondement, objet de nombreuses questions quant à la compétence du Tribunal arbitral que nous détaillerons ci-après : un fondement conventionnel – à savoir le TBI entre les États-Unis et l'Équateur –, un fondement contractuel avec une société d'État et enfin un accord investisseur-État entre l'Équateur et une filiale de Noble Energy.

Le différend entre les demanderesses et l'Équateur résulte des actions prétendument menées par l'Équateur à l'égard des investisseurs ayant provoqué des pertes importantes dans leur projet de production d'électricité. Noble, et sa filiale à 100 % MachalaPower, soutiennent que, après la libéralisation du marché de l'électricité en Équateur, elles (i) firent face à nombre de difficultés en tentant de vendre leur électricité, générée par des centrales thermiques au pétrole, à des entreprises de distribution d'État qui ne payaient pas leurs factures; (ii) constatèrent le traitement plus favorable accordé à d'autres entreprises étrangères, et enfin (iii) remarquèrent que certaines entreprises d'État se voyaient accorder des subventions déguisées¹¹⁰.

L'Équateur pour sa part a soulevé des objections à la compétence de trois ordres : *ratione personae*, *ratione materiae* et enfin concernant le fondement de l'arbitrage et les trois instruments distincts invoqués par les parties. Nous étudierons tour à tour ces trois objections ci-après, mais exclusivement les points présentant un véritable intérêt pour la « jurisprudence » du CIRDI.

Cependant, et de manière préliminaire, il faut noter que le Tribunal a repris l'exacte formulation énoncée dans la décision sur la compétence dans l'affaire *Saipem*

¹⁰⁵ *Ibid.* au para. 194.

¹⁰⁶ *Noble Energy Inc. and MachalaPower Cia. Ltd. c. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad* (2008), n° ARB/05/12 (CIRDI), [*Noble-MachalaPower*].

¹⁰⁷ Nommée conjointement par les parties.

¹⁰⁸ Nommé par la défenderesse.

¹⁰⁹ Nommé par les demanderesses.

¹¹⁰ *Noble-MachalaPower*, *supra* note 106 aux para. 1-21.

*c. Bangladesh*¹¹¹, mais aussi *Duke Electroquil c. Équateur*¹¹² et *Pey Casado c. Chili*¹¹³ cette année, en indiquant que les arbitres sont conscients de la nécessité de tenter de créer un droit des investissements harmonieux, malgré leur refus de la reconnaissance d'une règle du précédent obligatoire¹¹⁴. S'expliquant aisément par le fait que les conseils et arbitres s'appuient essentiellement sur les décisions rendues antérieurement sur des questions similaires, le caractère explicite de cette reconnaissance *de facto* d'une règle de *stare decisis* n'est en réalité que la formalisation d'une règle implicite suivie par les arbitres CIRDI dès l'origine de cette institution arbitrale dont les décisions tombent désormais quasi-automatiquement dans le domaine public, contrairement à l'arbitrage commercial « classique ».

A. La compétence *ratione personae* et la question de la limite du droit de recours de certains actionnaires dans la chaîne de contrôle d'une société

La question centrale qui se posait au Tribunal était de savoir jusqu'à quel niveau il fallait remonter la chaîne des actionnaires d'une société pour que la qualification d'actionnaire indirecte soit reconnue et que la protection du TBI soit accordée¹¹⁵.

Le caractère d'actionnaire indirect n'est en rien une barrière à la compétence d'un tribunal arbitral comme l'ont reconnu nombre de tribunaux par le passé¹¹⁶. Néanmoins, et à juste titre, le Tribunal se demande « *how indirect can a shareholder be and still qualify as an investor for treaty purposes?* »¹¹⁷. Cela signifie en termes anglo-saxons, quel est le « *cut-off point* », la limite au-delà de laquelle il n'est plus possible d'accepter la qualité d'actionnaire indirect sans violer le but et l'objet des TBI?

En effet, il pourrait être justifié de considérer qu'un actionnaire séparé par cinq ou six niveaux d'actionnaires avec les actionnaires directs d'une société investissant à l'étranger puisse ne pas se voir accorder la protection d'un TBI, car sa relation avec l'entreprise en bout de pyramide sociétale ne serait que fort ténue. Néanmoins, un tel critère est forcément flexible et les tribunaux devront être fort vigilants puisque le risque d'arbitraire et de décision de facilité – notamment en

¹¹¹ Voir la décision sur la compétence et recommandations en matière de mesures conservatoires du 21 mars 2007, *Saipem S.p.A. c. People's Republic of Bangladesh* (2007), n° ARB/05/7 (CIRDI) au para. 67; Voir aussi nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 522-523.

¹¹² Voir nos commentaires au chapitre XXI dans la présente chronique et au para. 117 de la sentence.

¹¹³ Voir nos commentaires au chapitre X dans la présente chronique et au para. 119 de la sentence.

¹¹⁴ *Noble-MachalaPower*, *supra* note 106 au para. 50.

¹¹⁵ Nous n'aborderons pas la question de l'invocation de la clause de résolution de différends de l'accord et du contrat par Noble et MachalaPower dès lors que celle-ci n'est que purement factuelle, *Ibid.* aux para. 85-118.

¹¹⁶ Parmi les nombreux exemples, voir notamment *Siemens AG c. République Argentine* (2004), décision sur la compétence, n° ARB/02/8 (CIRDI) aux para. 135 et s.; voir également, encore plus récemment *Ioannis Kardassopoulos c. République de Géorgie* (2007), n° ARB/05/18 (CIRDI) aux para. 113 et s.; ainsi que nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 262-263 et 563-564.

¹¹⁷ *Noble-MachalaPower*, *supra* note 106 au para. 80.

évitant une véritable analyse des différents niveaux d'actionnaires – peuvent mener à des résultats peu homogènes. Cependant, en l'espèce, le Tribunal affirme à juste titre que « *the cut-off point, whatever it may be, is not reached with two intermediate layers.* »¹¹⁸. En effet, Noble Energy détenait toutes les filiales impliquées dans l'arbitrage et toutes ces filiales étaient détenues entièrement ou en partie directement par Noble Energy¹¹⁹. Il était par conséquent difficile de refuser à Noble d'agir en lieu et place de ses filiales dont toutes les décisions étaient nécessairement dictées par la société mère.

B. Compétence *ratione materiae* ou le maintien de la condition objective de définition d'un investissement

L'analyse du Tribunal sur la notion d'investissement est intéressante, car elle confirme une vision de plus en plus tranchée entre deux approches de la définition d'une activité économique comme investissement : une conception objective, utilisant le « test Salini », combinant la *Convention de Washington* et le TBI, en se fondant sur certaines caractéristiques et une conception subjective faisant essentiellement dépendre la qualification d'investissement de l'accord des parties, c'est-à-dire de la liste des activités définies comme telles et contenues dans le TBI applicable sans véritable égard pour la *Convention CIRDI*. Nous n'avons jamais caché notre préférence pour une vision largement objective de la notion d'investissement qui à notre sens garantit à la fois le but et l'objet de la *Convention CIRDI*¹²⁰, mais aussi permet indiscutablement de différencier les activités purement commerciales de celles relevant de la sphère des investissements, tout en conservant une certaine flexibilité dans l'application des caractéristiques du *test Salini*¹²¹.

Ainsi, le Tribunal utilise également ce *test* afin « d'objectiviser » le plus possible la notion d'investissement et d'éviter de s'appuyer sur une notion purement subjective¹²². En l'espèce, il ne faisait pas vraiment de doute que l'activité en question était un investissement, car il était notamment question d'une concession de plus de trente ans suite à la construction, entre autres, d'une centrale, ce qui participait de manière évidente au développement de l'État¹²³. Ainsi, le Tribunal se reconnaît à juste titre compétent *ratione materiae*.

¹¹⁸ *Ibid.* au para. 82.

¹¹⁹ *Ibid.* au para. 82.

¹²⁰ Cette position a notamment été soutenue par *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte* (2004), décision sur la compétence, n° ARB/03/11 (CIRDI) aux para. 49-50; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan* (2005), décision sur la compétence, n° ARB/03/29 (CIRDI) au para. 122; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. Égypte* (2006), décision sur la compétence, n° ARB/04/13 (CIRDI) aux para. 90-96; et nos commentaires dans Julien Fourret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 271 et s., 384 et s et 422 et s; La particularité de l'arbitrage CIRDI dans la définition de la notion d'investissement a même été reconnue par des juridictions internes, voir C.A. Paris, 4 décembre 2008, S. 2008. 07/01309, en ligne : en ligne : <<http://www.ca-paris.justice.fr/>>.

¹²¹ Julien Fourret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 386-387, 423-424, 427-428, et 524-525.

¹²² *Noble-MachalaPower*, *supra* note 106 au para. 128.

¹²³ *Ibid.* aux para. 132 et s.

C. Une procédure arbitrale, mais trois fondements à la compétence : une économie procédurale bienvenue de la part du Tribunal arbitral

Le dernier point d'intérêt de cette décision fait écho au paragraphe 50 de la sentence dans lequel le Tribunal arbitral avait retenu que « *it should seek to foster the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law* »¹²⁴. En effet, comme nous l'indiquions en introduction, le Tribunal faisait potentiellement face à trois fondements distincts : le TBI, un contrat avec une entreprise d'État et enfin un accord conclu avec l'État. Cependant, chacun de ces instruments incluait une disposition faisant référence à l'arbitrage CIRDI et trois arbitrages pouvaient ainsi être initiés simultanément sur le fondement de chacun de ceux-ci.

Le Tribunal va donc s'assurer de l'homogénéité et de l'harmonie des décisions rendues en acceptant sa compétence pour analyser des violations des trois instruments simultanément et non conjointement. En effet, afin de garantir « *fair and efficient dispute resolution* » et en raison de l'évidente existence d'une « *connectivity* » entre les différentes questions, il apparaît qu'une consolidation des différentes demandes en une seule procédure est souhaitable¹²⁵. Cependant, le Tribunal note qu'il est en principe nécessaire d'avoir le consentement des parties, mais qu'en l'espèce tous les éléments sont implicitement en faveur d'une telle jonction de toutes les demandes en une même procédure. En effet, les questions sont imbriquées les unes dans les autres, l'accord et le contrat sont interdépendants, les clauses de règlement des différends sont similaires et, enfin, l'Équateur est partie, à un titre ou à un autre, aux trois instruments. Ainsi, le Tribunal ne peut qu'accepter d'analyser simultanément toutes les demandes¹²⁶.

Cependant, afin de préserver l'intégrité de chacun de ces instruments, le Tribunal n'analysera pas conjointement ces demandes, mais distinguera les demandes selon le droit applicable à chaque instrument, et selon les parties impliquées, car « *each Respondent is entitled to know which claims it faces, and which damages it has allegedly caused to each Claimant* »¹²⁷. Ainsi, le Tribunal est conscient que la nécessité d'économie des procédures judiciaires ne devra pas se faire au détriment des raisonnements juridiques pour résoudre le différend.

Nous ne pouvons que saluer cette décision qui donnera vraisemblablement lieu à une sentence complexe, mais qui règlera de manière définitive tous les différends en une seule décision arbitrale.

¹²⁴ *Ibid.* au para. 50.

¹²⁵ *Ibid.* aux para. 192 et s.

¹²⁶ *Ibid.* aux para. 197-205.

¹²⁷ *Ibid.* au para. 206.

VIII. Décision sur la compétence du 18 avril 2008, *The Rompetrol Group N.V. c. République de Roumanie*¹²⁸

*Composition du Tribunal arbitral : Franklin Berman, Président*¹²⁹; *Donald Francis Donovan*¹³⁰ *et Marc Lalonde*¹³¹.

La décision sur la compétence rendue le 18 avril 2008 dans l'affaire opposant la société néerlandaise Rompetrol Group N.V. (*Rompetrol*) à la République de Roumanie comporte une analyse particulièrement convaincante de la question de la nationalité de l'investisseur-personne morale. Il est aujourd'hui fréquent que des tribunaux arbitraux constitués en application de la *Convention de Washington* aient à trancher la question de savoir si la nationalité que revendique une personne morale est effectivement celle qui doit être retenue. Le doute provient du fait que ces sociétés sont, dans certains cas, constituées dans un État donné, donnant accès à l'arbitrage en application de la *Convention de Washington*, alors que leurs actionnaires, personnes physiques ou morales sont, quant à eux, ressortissants d'États qui n'auraient pu y prétendre¹³². Ce type d'affaires est révélateur de la recherche – encore en cours – des limites du mécanisme mis en place par la *Convention de Washington* et par les traités de protection des investissements.

La décision *Rompetrol* apporte une réponse nette et particulièrement convaincante à la question de savoir si une société néerlandaise, contrôlée de manière indirecte par un ressortissant roumain, pouvait se prévaloir des dispositions du traité d'encouragement et de protection réciproque des investissements entre les Pays-Bas et la Roumanie pour porter son litige avec ce dernier État devant un tribunal arbitral constitué en application de la *Convention de Washington*.

Les faits de cette affaire peuvent être brièvement résumés. Ils se situent dans le contexte du programme de réforme politique et économique qui donna lieu à la privatisation de plusieurs sociétés jusqu'alors propriétés de l'État roumain. Parmi ces sociétés figurait la société de droit roumain détenant et gérant un complexe pétrochimique et une raffinerie de pétrole connue sous le nom de Rompetrol. À l'issue de sa privatisation, le capital de cette société était détenu de la manière suivante aux dates importantes du litige :

- En mai 2000, à près de 85 % par une société néerlandaise Rompetrol Group N.V., elle-même détenue par une société luxembourgeoise, elle-même contrôlée par deux ressortissants roumains, MM. Marin et Patriciu.

¹²⁸ *The Rompetrol Group N.V. c. Romania* (2008), n° ARB/06/3(CIRDI), [*Rompetrol (decision)*].

¹²⁹ Nommé par les deux arbitres conjointement.

¹³⁰ Nommé par la demanderesse.

¹³¹ Nommé par le défendeur.

¹³² Voir notamment *Tokios Tokelès c. Ukraine*, opinion dissidente du Professeur Prosper Weil, *supra* note 29; Voir aussi nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 196 et s; *TSA Spectrum de Argentina, S.A. c. Argentine* (2008), n° ARB/05/5 (CIRDI); *African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. République Démocratique du Congo* (2008), n° ARB/05/21 (CIRDI).

- En décembre 2005, à près de 85 % lors de la soumission de la requête d'arbitrage par la société néerlandaise Rompetrol Group N.V., elle-même entièrement détenue par une société suisse qui était détenue à 80 % par M. Patriciu, ressortissant roumain.

Le litige entre les parties est la conséquence des enquêtes initiées par les autorités roumaines à l'encontre de certaines activités de Rompetrol Group N.V., notamment lors de l'acquisition par cette dernière d'autres sociétés privatisées en Roumanie. Le demandeur a allégué que ces enquêtes ont été réalisées en violation des engagements pris par la Roumanie dans le TBI. La Roumanie a, quant à elle, considéré qu'il ne s'agissait que de la mise en œuvre de sa politique de lutte anticorruption.

L'essentiel des objections de la Roumanie à la compétence du Tribunal arbitral concernait le fait que le capital de la demanderesse était indirectement et majoritairement détenu par un ressortissant roumain :

*The dispute amounts in its essence to a complaint by a Romanian national against Romanian authorities and in relation to activities in Romania. Accordingly, all the matters covered in the Request fall exclusively within the domestic jurisdiction of Romania, are subject to the authority of the Romanian courts, and are not within the purview of an ICSID tribunal. This is not altered by the fact that the claim was in fact brought through TRG, a "shell company" incorporated in The Netherlands.*¹³³

La thèse de la Roumanie s'est essentiellement appuyée sur deux arguments : d'une part, le ressortissant d'un État ne peut tenter un arbitrage devant le CIRDI contre son propre État, tout particulièrement lorsque les fonds investis proviennent de cet État lui-même et, d'autre part, dans les cas de double nationalité ou de liens avec plus d'un État, c'est la « nationalité effective » qui doit s'appliquer, même pour les personnes morales. Sur le premier point, on reconnaîtra aisément la position défendue par le Professeur Prosper Weil dans son opinion dissidente rendue dans l'affaire *Tokios Tokeles c. Ukraine*¹³⁴. Le second point est plus audacieux et, même si la Roumanie se défend d'introduire la notion de double nationalité des personnes morales, il n'en reste pas moins qu'elle se réclame spécifiquement de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm*¹³⁵.

La décision du Tribunal sur ces deux points occupe la majeure partie des dix-huit pages d'analyse juridique des prétentions des parties.

L'absence de définition, dans la *Convention de Washington*, de la « nationalité » au sens de son article vingt-cinq constitue le point de départ du

¹³³ *Rompetrol (décision)*, *supra* note 128 au para. 50.

¹³⁴ *Tokios Tokeles c. Ukraine*, décision sur la compétence, *supra* note 7; voir également les observations critiques sur l'opinion dissidente du Prof. Weil dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 196 et s.

¹³⁵ *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, [1955] C.I.J. rec. 4.

raisonnement du Tribunal. Dans la mesure où la définition de la nationalité est laissée aux parties, c'est donc bien dans le TBI que se retrouveront les règles relatives à la définition de la nationalité des personnes physiques et morales : « *it is the Contracting Parties to the BIT themselves, having under international law the sole power to determine national status under their own law, who decide by mutual and reciprocal agreement which persons or entities will be treated as their "nationals" for the purposes of enjoying the benefits the BIT is intended to confer* »¹³⁶. Il en résulte qu'il est nécessaire d'entamer l'analyse par l'examen du TBI avant de passer à celui de la *Convention de Washington*, contrairement à ce qui était soutenu par le Professeur Weil dans son opinion dissidente : « *Given the latitude granted to States under the ICSID Convention to settle the applicable nationality criteria, there is nothing illogical in looking first of all to whether the nationality criteria set forth in the BIT are satisfied before going on to examine whether there is anything in Article 25 of the Convention which stands in the way of giving effect to that* »¹³⁷.

En appliquant cette démarche, le Tribunal retient qu'il ne cautionnerait aucun « abus » du mécanisme de la *Convention de Washington*, comme le soutenait le Professeur Weil qui estimait que « *economic reality should prevail over formal legal structure when it comes to the interpretation of both the ICSID Convention and the specific provisions of BITs for the purposes of ascertaining the nationality of corporate investors* »¹³⁸. Le Tribunal juge que cette analyse est non seulement isolée, mais également en contradiction avec la méthode d'interprétation des traités qui résulte de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, ce qui nous semble tout à fait exact¹³⁹. Cela a également été l'occasion pour le Tribunal arbitral de rejeter l'argument de la Roumanie visant à appliquer aux personnes morales les critères de la nationalité effective des personnes physiques ou encore la prétention à se fonder sur la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction* à la recherche d'autres éléments que le siège social pour déterminer la nationalité d'une société¹⁴⁰.

La conclusion du Tribunal arbitral est d'une concision et d'une clarté remarquable : « *there is simply no room for an argument that a supposed rule of "real and effective nationality" should override either the permissive terms of Article 25 of the ICSID Convention or the prescriptive definitions incorporated in the BIT* »¹⁴¹.

Ayant décidé que la détermination de la nationalité d'une société dans un arbitrage CIRDI fondé sur un traité de protection des investissements devait reposer sur le traité lui-même, le Tribunal arbitral a analysé les dispositions du TBI applicables.

Le Tribunal arbitral relève que la définition du terme « investisseur » dans le TBI n'est nullement ambiguë et qu'elle est, de par les termes mêmes du traité, valable

¹³⁶ *Rompetrol (décision)*, supra note 128 au para. 81.

¹³⁷ *Ibid.* au para. 82.

¹³⁸ *Ibid.* au para. 85.

¹³⁹ *Ibid.* au para. 85.

¹⁴⁰ *Ibid.* aux para. 89-90.

¹⁴¹ *Ibid.* au para. 93.

« *for the purposes of applying this Agreement* »¹⁴². Il en conclut sans difficulté que, sur la base des dispositions claires du traité, la Roumanie n'a pas pu vouloir exclure les sociétés qui, telle la demanderesse, sont détenues par des capitaux ou des nationaux roumains.

En réalité, cette décision met les États devant leurs responsabilités : il leur appartient d'exclure les catégories d'investisseurs ou de litiges qu'ils ne souhaitent pas voir bénéficier d'un traité de protection des investissements. Il ne revient pas aux arbitres de compléter la volonté clairement exprimée des parties au traité par leur propre appréciation du droit des investissements. Nous approuvons cette analyse : il ne peut être soutenu qu'un État ne connaît pas les multiples possibilités existantes pour l'un de leurs ressortissants de constituer à peu de frais une société à l'étranger ce qui, dans certains cas comme en l'espèce, permet à cette société de bénéficier de la protection d'un traité de protection des investissements. Si l'État en question n'en tire pas de conséquences pour les besoins de la formulation du Traité, pour des raisons qui lui sont propres ou pour des questions d'équilibre des forces lors de la négociation du traité en question, le Tribunal arbitral ne saurait imposer ses propres conceptions aux États et aux investisseurs bénéficiaires de ce traité : « *The question, in other words, is not what the Parties to this bilateral treaty might (or might not) conceivably have intended, but what they actually did, and the evidence for that is the terms of the treaty they concluded. That, so far as the Tribunal can see, is what the Vienna Convention requires* »¹⁴³. Nous souscrivons entièrement à cette position qui rappelle aux États les enjeux de la négociation et de l'application des traités de protection des investissements

IX. Décision sur la participation d'un conseil à la procédure du 6 mai 2008, *Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. République de Slovénie*¹⁴⁴

*Composition du Tribunal arbitral : David A.R. Williams*¹⁴⁵, *Président; MM. Charles Brower*¹⁴⁶ *et Jan Paulsson*¹⁴⁷.

Cette décision est une première. Comme son intitulé l'indique, le Tribunal a dû trancher la question du droit pour un conseil de participer à la procédure, et plus particulièrement à des audiences. La procédure dans cette affaire arrivait à son terme par l'audience au fond prévue à partir du 5 mai 2008 entre l'investisseur croate et la Slovénie lorsque, l'échange traditionnel de l'identité des participants à cette audience révéla à la demanderesse que parmi les participants coté Slovène figurait

¹⁴² *Agreement between the Governments of the Kingdom of Netherlands and the Socialist Republic of Romania on the reciprocal encouragement and protection of investments*, 27 octobre 1983, 1392 R.T.N.U. 23304 (entrée en vigueur : 1^{er} octobre 1984) [*TBI : Pays-Bas et Roumanie*]

¹⁴³ *Rompétrol (décision)*, *supra* note 128 au para. 109.

¹⁴⁴ *Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. Republic of Slovenia* (2008), n° ARB/05/24 (CIRDI) [*Hrvatska*].

¹⁴⁵ Nommé conjointement par les deux co-arbitres.

¹⁴⁶ Nommé par la demanderesse.

¹⁴⁷ Nommé par la défenderesse.

M. David Mildon, *barrister* dans le même *chamber* que le Président du tribunal, à savoir M. David Williams¹⁴⁸.

Il s'en suivit de nombreux échanges entre les parties et le Tribunal. La demanderesse ne souhaitait pas voir apparaître M. Mildon dans l'équipe de la défenderesse, étant très inquiète des liens entre le représentant d'une partie et le président du Tribunal. Les conseils de la demanderesse tentèrent d'obtenir des informations sur l'implication de ce nouveau conseil, mais la défenderesse refusa de communiquer ces informations et força la demanderesse à tenter d'empêcher ce *barrister* à participer aux audiences. La défenderesse refusa l'ensemble de ces demandes en soulignant que le Tribunal ne disposait pas de tels pouvoirs.

Cette décision n'a qu'un intérêt anecdotique, mais elle démontre toute la complexité des questions traitées par les tribunaux CIRDI ainsi que l'absence de connaissance, pour bon nombre de systèmes juridiques, du fonctionnement des *chambers* anglaises. Comme le souligne le Tribunal : « *Barristers are sole practitioners. Their chambers are not law firms. Over the year it has often been accepted that members of the same Chambers acting as counsel, appear before other fellow members acting as arbitrators* »¹⁴⁹.

Le demandeur n'est absolument pas familier avec ce système et le Tribunal reconnaît que cela doit être pris en compte¹⁵⁰. Cependant, avant de rendre sa décision le Tribunal précise que celle-ci ne doit pas être considérée comme une décision de principe, mais uniquement une réponse relative par rapport aux faits de l'affaire.

En conséquence, il était nécessaire de choisir entre le président du Tribunal et le conseil, mais aucune des deux parties ne souhaitait que le président ne démissionne¹⁵¹. Il fallait donc trouver une solution acceptable pour les deux parties alors que le Tribunal rappelait que « *[t]he ICSID Convention and Rules does not, however, explicitly give the power to tribunals to exclude counsel* »¹⁵².

Néanmoins, au vu du caractère tardif de la mention de la participation du *barrister*, le fait que la défenderesse ne voulait donner qu'un minimum d'information sur son implication et la date de sa première implication, il était logique de trouver une solution aux appréhensions de l'investisseur, à savoir empêcher M. Mildon d'apparaître aux audiences¹⁵³.

En l'absence de règle claire dans la *Convention*, le Tribunal arbitral a mené une interprétation téléologique originale qui, à notre sens, est tout à fait conforme à l'esprit et au but de la *Convention CIRDI*. Il a réaffirmé en premier lieu l'immutabilité d'un tribunal constitué posée par l'article 56(1) de la *Convention*, principe repris dans tous les projets menant au texte final de la *Convention*¹⁵⁴. Ainsi, le Tribunal doit tout

¹⁴⁸ *Hrvatska, supra* note 144 aux para. 1-3.

¹⁴⁹ *Ibid.* au para. 17.

¹⁵⁰ *Ibid.* au para. 31.

¹⁵¹ *Ibid.* au para. 21.

¹⁵² *Ibid.* au para. 24.

¹⁵³ *Ibid.* aux para. 31-32.

¹⁵⁴ Christophe H. Schreuer et al., *The ICSID Convention : A Commentary*, 2^{ème} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009 à la p. 1188.

faire pour préserver l'intégrité de sa formation et selon l'article 44 de la même Convention, « si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal »¹⁵⁵. Il apparaît donc nécessaire et conforme à la *Convention* que le Tribunal tranche la question qui lui est posée¹⁵⁶.

Le Tribunal a refusé d'admettre la participation dudit *barrister* aux audiences, car cela serait « *inappropriate and improper* »¹⁵⁷. Le fait que son implication ait été révélée bien après la constitution du Tribunal, à la dernière minute, alors qu'il travaillait depuis un certain temps déjà sur le dossier, a renforcé la position du Tribunal. Celle-ci témoigne également d'une faveur à une administration diligente de la justice, car le Tribunal indique que les audiences devront reprendre le lendemain de la décision¹⁵⁸.

Cette décision nous apparaît absolument correcte et conforme à l'esprit de la *Convention* CIRDI aux vues des faits de l'affaire, et notamment de l'attitude à la fois peu conciliante et peu prolixe de la défenderesse sur la question. Néanmoins, il nous semble que si cette question venait à se poser à nouveau au début de la procédure, lors de la constitution du Tribunal par exemple, il est possible de penser que le président aurait décliné sa nomination, car il est tout aussi vrai que « *as a general rule parties may seek such representation as they see fit* », et c'est au Tribunal de s'adapter dans un cas de figure « normal »¹⁵⁹.

X. Sentence du 8 mai 2008 et décision sur la suspension d'exécution de la sentence du 5 août 2008, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. République du Chili*¹⁶⁰

*Composition du Tribunal arbitral : Pierre Lalive*¹⁶¹, Président; *Mohammed Chemloul*¹⁶² et *Emmanuel Gaillard*¹⁶³.

« Dans toute action, dans tout choix, le bien c'est la fin, car c'est en vue de cette fin qu'on accomplit toujours le reste »¹⁶⁴. C'est probablement ce qu'a dû se dire Victor Pey Casado, un des deux demandeurs à l'instance, une fois la sentence rendue en sa faveur alors que le chemin fut plus que long¹⁶⁵. En effet, plus de dix ans se sont

¹⁵⁵ *Convention de Washington*, supra note 3 art. 44.

¹⁵⁶ *Hrvatska*, supra note 144 aux para. 33-34.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.* au para. 15.

¹⁵⁹ *Ibid.* au para. 24.

¹⁶⁰ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c. Republic of Chile* (2008), n° ARB/98/2 (CIRDI), [*Pey Casado (sentence et décision)*].

¹⁶¹ Nommé par le CIRDI.

¹⁶² Nommé par les demanderesses.

¹⁶³ Nommé par le CIRDI.

¹⁶⁴ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. par Jules Tricot, Paris, J.Vrin, 1990 à la p. 54.

¹⁶⁵ Pour un résumé des nombreux soubresauts, particulièrement concernant la constitution du tribunal arbitral, entièrement différent de celui saisi de l'affaire à l'origine, voir *Pey Casado (sentence)*, supra

écoulés entre l'enregistrement de la demande le 20 avril 1998 et la sentence sur le fond le 8 mai 2008, soit la plus longue procédure jusqu'au prononcé de la sentence de toute l'histoire du CIRDI.

Nous analyserons conjointement dans le présent commentaire les deux décisions rendues et publiées durant l'année 2008, en nous concentrant principalement sur la sentence du 8 mai 2008. La sentence repose essentiellement sur des interprétations factuelles qui y sont analysées de manière approfondie et sur lesquelles nous ne reviendrons que très brièvement¹⁶⁶. Nous analyserons dans le présent commentaire, comme à l'accoutumée, uniquement les questions de droit international des investissements, car sur les 233 pages de la sentence, une grande majorité est consacrée à l'analyse du droit chilien et à l'interprétation des faits.

Les faits de cette affaire résultent d'un événement historique majeur, à savoir le coup d'État du général Pinochet au Chili en septembre 1973. À la suite de ce coup d'État, bon nombre d'opposants politiques furent expropriés de leurs biens et obligés de fuir le Chili pour des raisons de sécurité. Une fois installé au pouvoir, le général Pinochet décida de fermer « El Clarín », un journal proche du président déchu, Salvador Allende, et de dissoudre la société CPP S.A. qui le détenait¹⁶⁷. M. Pey Casado, dont la double nationalité chilienne/espagnole a fait l'objet d'une analyse approfondie par le Tribunal¹⁶⁸, détenait des actions dans la société CPP S.A.

Le second demandeur est la Fondation Allende établie pour promouvoir la liberté de la presse et les valeurs démocratiques. Cette fondation de droit espagnol a été créée en 1989 par Pey Casado et certains de ses amis à son retour en Espagne¹⁶⁹. Ce dernier ayant fait donation de 90 % des avoirs qu'il possédait dans CPP S.A. à la fondation, cette dernière a donc engagé le présent arbitrage conjointement avec Pey Casado.

À la fin des années 80, après la chute du gouvernement Pinochet, Pey Casado est revenu pour la première fois au Chili afin de tenter d'obtenir réparation pour les préjudices qu'il avait subis. En effet, le nouveau gouvernement démocratique avait promis d'indemniser les pertes subies par les entreprises et/ou investisseurs durant la dictature de Pinochet¹⁷⁰. Cependant, n'étant pas en mesure d'obtenir de réparation par des négociations amiables ou devant les juridictions chiliennes, ce dernier, conjointement avec la Fondation Allende a déposé une requête d'arbitrage le 7 novembre 1997, enregistrée le 18 mars 1998, sur le fondement du traité bilatéral entre l'Espagne et le Chili (TBI).

note 160 aux para. 4-54. Les arbitres étaient à l'origine MM. Francisco Rezek, Galo Leoro Franco et Mohamed Bedjaoui.

¹⁶⁶ *Ibid.* aux para. 55-80.

¹⁶⁷ L'achat des actions a fait l'objet d'un traitement particulier du fait de la complexité de l'opération et de son importance pour la compétence du Tribunal, voir *ibid.* aux para. 81-84.

¹⁶⁸ M. Pey Casado est né espagnol, en Espagne en 1915 puis a quitté ce pays après la chute des républicains en 1939 pour le Chili où il a acquis la nationalité chilienne en 1958. Voir *ibid.* aux para. 81-84.

¹⁶⁹ *Ibid.* aux para. 97-98 et 503-511.

¹⁷⁰ *Ibid.* aux para. 77-80.

De manière liminaire, et avant de parvenir à l'analyse du fond de l'affaire, il est intéressant de souligner que pour la seconde fois en une année, un tribunal statue en *obiter dictum*, et explicitement, sur la question des précédents et l'absence de *stare decisis* dans l'arbitrage CIRDI. Néanmoins, et comme dans l'affaire *Saipem c. Bangladesh*¹⁷¹, il semble que les arbitres se considèrent désormais investis d'une sorte de devoir moral de garantir la prédictibilité et la stabilité du cadre juridique relatif aux investissements internationaux et ne craignent plus de l'affirmer :

*[L]e Tribunal tient à préciser qu'il n'est pas lié par les décisions et les sentences CIRDI rendues antérieurement. Le présent Tribunal estime toutefois qu'il se doit de prendre en considération les décisions des tribunaux internationaux et de s'inspirer, en l'absence de justification impérieuse en sens contraire, des solutions résultant d'une jurisprudence arbitrale établie [...] le Tribunal estime aussi devoir s'efforcer de contribuer au développement harmonieux du droit des investissements et, ce faisant de satisfaire à l'attente légitime de la communauté des États et des investisseurs quant à la prévisibilité du droit en la matière.*¹⁷²

En réalité, ce paragraphe est une reproduction quasi fidèle de celui figurant dans *Saipem* qui semble ainsi s'ériger en sentence de principe sur la question.

Concernant l'analyse de la sentence en elle-même, les questions de compétence et de fond ayant été jointes, nous reviendrons en premier lieu longuement sur l'analyse des exceptions à la compétence qui fait l'objet de 150 pages d'étude par le Tribunal, sur les 233 pages de la sentence **(A)** pour ensuite aborder les développements concernant le fond de l'affaire, la réparation du préjudice ainsi que la décision sur la suspension d'exécution, trois points intimement liés **(B)**.

A. La reconnaissance de la compétence du Tribunal pour les deux demandeurs

L'analyse des exceptions de compétence sera faite conjointement pour les deux demandeurs, en raison du peu d'exceptions soulevées uniquement pour la Fondation Allende. Il sera ainsi nécessaire de comprendre le raisonnement du tribunal concernant la notion d'investissement **(1)**, celle de la nationalité de l'investisseur **(2)**, tant pour le TBI que la *Convention CIRDI*, mais également la question de l'application *ratione temporis* du TBI **(3)** avant d'aborder finalement la recevabilité des demandes, tant pour ce qui est de la question de la *fork-in-the-road* que de l'obligation préalable de règlement à l'amiable du différend **(4)**.

¹⁷¹ *Saipem c. République du Bangladesh*, décision sur la compétence et recommandations en matière de mesures conservatoires, *supra* note 111 au para. 67; voir également nos commentaires dans Julien Fourret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 521 et s.

¹⁷² *Pey Casado (sentence)*, *supra* note 160 au para. 119.

1. LA CONDITION D'INVESTISSEMENT : UNE PRISE DE POSITION SUR LA DÉFINITION OBJECTIVE DE LA NOTION

L'analyse du Tribunal se concentre alternativement sur la qualité d'investissement tant au sens de la *Convention de Washington* qu'au sens du TBI.

a) *Un investissement en application de la Convention de Washington*

Le Tribunal détermine en premier lieu si, concernant Pey Casado, ses actions dans les sociétés détenant El Clarin ont bien été achetées et transférées¹⁷³. Ces questions factuelles, complexes en raison des nombreux protocoles signés, sont résolues par l'affirmative : « au moment où a été effectuée la saisie du journal El Clarin, M. Pey Casado devait être considéré comme le seul propriétaire légitime de la société CPP S.A. »¹⁷⁴. Cette détermination factuelle de la détention de ces actions a permis au Tribunal de déterminer si cette activité économique peut être qualifiée juridiquement d'investissement.

Si la notion d'investissement, comme nous l'avons évoqué à de nombreuses reprises par le passé¹⁷⁵, fait l'objet de controverses continues quant à ses caractéristiques ou sa définition¹⁷⁶, le Tribunal en l'espèce a très clairement pris position sur le sujet. Pour ce dernier, et en l'absence de définition dans la *Convention de Washington*, il est nécessaire, en s'appuyant sur la jurisprudence passée, de considérer qu'il y a bien une « définition de l'investissement au sens de la convention CIRDI et qu'il ne suffit pas de relever la présence de certaines des "caractéristiques" habituelles d'un investissement pour que cette condition objective de la compétence du Centre soit satisfaite »¹⁷⁷.

Outre que le Tribunal n'a pas analysé la différence entre la définition objective et subjective d'investissement, il a repris le fameux *test Salini*¹⁷⁸ pour en écarter expressément et sans hésitation son fameux élément controversé : l'exigence d'une contribution au développement de l'État d'accueil¹⁷⁹. Il nous semble que la

¹⁷³ *Ibid.* aux para. 180-230.

¹⁷⁴ *Ibid.* au para. 229.

¹⁷⁵ Voir notamment nos commentaires sur les décisions CIRDI, *Joy Mining Machinery Limited c. Arab Republic of Egypt* (2004), n° ARB/03/11 (CIRDI); *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c. People's Democratic Republic of Algeria* (2005), n° ARB/03/8 (CIRDI); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Islamic Republic of Pakistan* (2005), n° ARB/03/29 (CIRDI); *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* (2008), n° ARB/04/13 (CIRDI); *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. c. People's Democratic Republic of Algeria* (2008), n° ARB/05/3 (CIRDI); *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. Republic of Hungary* (2006), n° ARB/03/16 (CIRDI); ou encore, celle, controversée rendue dans l'affaire *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo* (2004), n° ARB/99/7 (CIRDI) dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 273-275, 300-302, 386-387, 423-424, 427-428, 450-451 et 477-480.

¹⁷⁶ Voir le plus récent des articles sur le sujet, Sébastien Manciaux, « The Notion of Investment : New Controversies » (2008) 9:6 *Journal of World Investment & Trade* 443.

¹⁷⁷ *Pey Casado (sentence)*, *supra* note 160 au para. 232.

¹⁷⁸ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc* (2001), décision sur la compétence, n° ARB/00/4 (CIRDI) au para. 52.

¹⁷⁹ *Pey Casado (sentence)*, *supra* note 160 aux para. 232-235 et voir aussi S. Manciaux, *supra* note 176 aux para. 457-460.

justification donnée pour écarter cet élément de la définition doit être approuvée. En effet, celui-ci, inclus en référence au préambule de la *Convention*, est parfois à l'origine de confusions dommageables pour la jurisprudence CIRDI¹⁸⁰. Le Tribunal a ainsi indiqué que

[l]'exigence d'une contribution au développement de l'État d'accueil, difficile à établir, lui paraît en effet relever davantage du fond du litige que de la compétence du Centre. Un investissement peut s'avérer utile ou non pour l'État d'accueil sans perdre cette qualité. Il est exact que le préambule de la Convention CIRDI évoque la contribution au développement économique de l'État d'accueil. Cette référence est cependant présentée comme une conséquence, non comme une condition de l'investissement : en protégeant les investissements, la Convention favorise le développement de l'État d'accueil. Cela ne signifie pas que le développement de l'État d'accueil soit un élément constitutif de la notion d'investissement. C'est la raison pour laquelle, comme l'ont relevé certains tribunaux arbitraux, cette quatrième condition est en réalité englobée dans les trois premières.¹⁸¹

Le Tribunal a retenu que les trois autres éléments de l'investissement – contribution, durée et risques – sont remplis en l'espèce et que même celle de la contribution au développement aurait été remplie, car El Clarin, en raison de son importance au Chili, « a indubitablement participé à l'essor économique, social et culturel du pays »¹⁸². La notion d'investissement au sens de la *Convention CIRDI* continue ainsi son lent chemin définitionnel au gré des soubresauts jurisprudentiels¹⁸³.

Avec la reconnaissance de l'investissement de Pey Casado, il restait au Tribunal à vérifier si la Fondation Allende avait elle aussi effectué un investissement au sens de la *Convention CIRDI*. Le Tribunal reconnaît en premier lieu la validité et l'authenticité de la cession des actions en faveur de la Fondation par Pey Casado, sept ans avant le début de la procédure arbitrale, permettant d'écarter l'argument de la fraude à la loi¹⁸⁴.

De plus, la qualité d'investisseur de la Fondation lui a été automatiquement accordée du fait de la cession des actions en sa faveur par Pey Casado et « le fait que, dans le cas d'espèce, M. Pey Casado ait cédé les actions en vertu d'une donation ne change rien au fait que la fondation a obtenu la qualité d'investisseur par cette cession

¹⁸⁰ Voir *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, décision du comité *ad hoc* sur l'annulation, *supra* note 175; ou *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaysia* (2007), n° ARB/05/10 (CIRDI); et nos critiques dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 476-485 et 545-552. Cette dernière sentence est actuellement analysée par un comité *ad hoc* qui aura la lourde tâche de revenir sur l'approche de l'arbitre unique quant à la définition de l'investissement choisie pour déterminer si une annulation est justifiée ou non.

¹⁸¹ *Pey Casado (sentence)*, *supra* note 160 au para. 232.

¹⁸² *Ibid* au para. 234.

¹⁸³ Voir sur cette question de la définition de l'investissement au sens de la *Convention CIRDI*, Devashish Krishnan, « A Notion of ICSID Investment » dans Todd J. Grierson Weiler, dir., *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Huntington, New York, 2008, 61 et s.

¹⁸⁴ *Pey Casado (sentence)*, *supra* note 160 aux para. 525-530.

»¹⁸⁵. Pey Casado étant lui-même investisseur, il n'y avait en effet aucune raison de refuser cette qualité à la personne morale à qui une partie de son investissement a été transférée¹⁸⁶.

b) *Un investissement au sens du TBI Chili-Espagne*

Après avoir exposé les positions des parties¹⁸⁷, le Tribunal décide sans difficulté que la définition de l'investissement posée à l'article 1(2) du TBI couvre les actions et les participations et, par conséquent, que les titres de Pey Casado étaient couverts par le traité bilatéral. L'unique condition posée étant l'acquisition en conformité avec le droit local¹⁸⁸.

Le Tribunal a mené sur cette question une longue analyse factuelle et juridique des dispositions applicables en la matière en droit chilien, sur laquelle nous ne reviendrons pas¹⁸⁹, pour conclure qu'il n'y avait pas « de définition établie de l'investissement étranger et que l'opération réalisée par Pey Casado s'est conformée au droit chilien qui lui était applicable »¹⁹⁰.

De ce fait, l'analyse du Tribunal a été consacrée essentiellement à cette condition de respect du droit chilien, car les titres du demandeur étaient couverts, de manière évidente, par la disposition classique contenue dans le TBI, sous forme de liste non exhaustive concernant le type d'activités économiques admis à la protection du traité.

Pour la seconde demanderesse, la Fondation Allende, la décision du Tribunal est logique. Dès lors que l'investissement est similaire à celui de Pey Casado, le Tribunal en déduit à juste titre que la Fondation remplit aussi les conditions du TBI en la matière¹⁹¹.

2. LA QUESTION CENTRALE DE LA NATIONALITÉ DES DEMANDEURS

La condition de la nationalité des demandeurs, autre que celle de l'État hôte est d'importance, car Pey Casado a, ou a eu, la nationalité chilienne, et est un membre fondateur de la Fondation Allende, qui bien qu'enregistrée en Espagne, est contrôlée par des personnes prétendument de nationalité chilienne. C'est l'ensemble de ces points qu'a dû traiter le Tribunal.

Concernant en premier lieu Pey Casado, le Tribunal a rappelé les principes applicables en la matière en droit international¹⁹² se résumant comme suit : « les

¹⁸⁵ *Ibid* au para. 542.

¹⁸⁶ *Ibid* aux para. 542-544.

¹⁸⁷ *Ibid* aux para. 327-354.

¹⁸⁸ *Ibid* au para. 368.

¹⁸⁹ *Ibid* aux para. 379-410.

¹⁹⁰ *Ibid* au para. 411.

¹⁹¹ *Ibid* aux para. 555-562.

¹⁹² *Ibid* aux para. 254-260.

règles qui déterminent la nationalité sont du domaine réservé de l'État »¹⁹³. Ce sont les principes du droit chilien qui s'appliqueront pour déterminer si « M. Pey Casado a valablement renoncé à la nationalité chilienne ». Pey Casado est en effet né espagnol et n'a acquis la nationalité chilienne que lors de son exil après la prise de pouvoir du général Franco en Espagne¹⁹⁴.

Le Tribunal a relevé dans un premier temps que les actes subis 1973 par Pey Casado et le fait qu'il ait été obligé de se réfugier dans une ambassade étrangère ne lui ont pas fait perdre sa nationalité chilienne¹⁹⁵. Cependant, du fait des démarches faites en Espagne en 1974 et du traité de double nationalité entre les deux États en question, la nationalité « primaire » de Pey Casado était la nationalité espagnole et la « secondaire » la chilienne¹⁹⁶. Malgré cela, et aux vues des faits jusqu'en 1997, Pey Casado demeurait binational¹⁹⁷.

Il restait donc à analyser l'argument du demandeur concernant sa renonciation volontaire à la nationalité chilienne.¹⁹⁸ En effet, ce dernier a informé, par diverses déclarations, les autorités chiliennes et espagnoles du fait qu'il renonçait aux bénéfices du traité de double nationalité et donc, de fait, à sa qualité de ressortissant chilien. Le Chili, de son côté, s'appuyant sur la constitution chilienne, indique qu'une telle renonciation volontaire n'était pas possible en droit chilien¹⁹⁹.

La réponse du Tribunal est explicite et posée au premier paragraphe de ses conclusions en la matière :

De l'avis du Tribunal arbitral, la défenderesse n'est pas parvenue à apporter une démonstration convaincante de l'impossibilité ou l'illégalité, en droit chilien, d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne, en l'absence de textes précis et de jurisprudence pertinente²⁰⁰.

Le fait que la situation particulière ne menait pas à l'apatridie, mais à un retour à la nationalité d'origine du demandeur a probablement, et à juste titre, pesé dans la décision prise par le Tribunal arbitral²⁰¹.

En outre, en s'appuyant sur la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* prévoyant une telle possibilité de renonciation, le Tribunal a pu se fonder sur un instrument international s'appliquant au Chili. Reprenant les différentes affaires arbitrales ayant eu à statuer en matière de nationalité, en particulier sur le pouvoir d'un tribunal d'apprécier « le contenu et les effets » des dispositions internes relatives à la nationalité, le Tribunal a décidé que la renonciation réalisée par Pey Casado est valable et que, par conséquent, la condition de nationalité posée à l'article 25(1) de la

¹⁹³ *Ibid* au para. 254.

¹⁹⁴ *Supra* note 165.

¹⁹⁵ *Pey Casado (sentence)*, *supra* note 160 aux para. 265-274.

¹⁹⁶ *Ibid.* au para. 278.

¹⁹⁷ *Ibid.* aux para. 279-286.

¹⁹⁸ *Ibid.* aux para. 287-323.

¹⁹⁹ *Ibid.* aux para. 302-306.

²⁰⁰ *Ibid.* au para. 307.

²⁰¹ *Ibid.* aux para. 311-309.

Convention CIRDI est en l'espèce remplie, le demandeur devant être considéré uniquement comme un ressortissant espagnol²⁰².

Pour le second demandeur, la Fondation Allende, le Tribunal s'est appuyé sur les décisions antérieures en matière de nationalité des personnes morales. La jurisprudence constante jusqu'à 2008 ayant consisté à ne pas percer le voile social, il était logique que le Tribunal se soit fondé sur lieu d'incorporation pour déterminer la nationalité, à savoir l'Espagne, au sens de l'article vingt-cinq de la *Convention CIRDI*²⁰³.

Concernant le TBI, l'article 1(1) pose le double critère de l'incorporation et du siège, la nationalité espagnole est logiquement retenue par les arbitres²⁰⁴.

3. COMPÉTENCE *RATIONE TEMPORIS* ET APPLICABILITÉ AUX VIOLATIONS SUBSTANTIELLES DU TBI

Pour que le TBI soit applicable à Pey Casado, ressortissant espagnol ayant investi au Chili, il était nécessaire que celui-ci, entré en vigueur le 29 mars 1994, soit applicable *ratione temporis* aux actes prétendument commis par l'État Chilien dès 1973. Le Tribunal effectue en premier lieu une distinction importante : « [I]’application dans le temps du traité soulève deux questions distinctes : celle de la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral saisi sur le fondement de l’API et celle de l’applicabilité *ratione temporis* des obligations de fond de l’API »²⁰⁵.

Cette distinction déjà réalisée par d’autres tribunaux permet de distinguer les questions de compétence et de fond concernant l’applicabilité du traité *ratione temporis*. En effet, si les demandeurs souhaitent pouvoir engager la responsabilité du Chili il faut à la fois que le Tribunal soit compétent *ratione temporis*, mais aussi que les dispositions de fond du TBI soient applicables *ratione temporis* aux violations alléguées. Ainsi, « [I]e Tribunal ne pourra se déclarer compétent *ratione temporis* que si l’investissement des parties demandresses est couvert par l’API au moment des faits litigieux et si le ou les différends invoqués sont eux-mêmes couverts par l’API »²⁰⁶.

L'article 2(2) du TBI définit les investissements protégés et prévoit l'application du traité tant pour les investissements effectués à partir de son entrée en vigueur que pour ceux réalisés antérieurement²⁰⁷. Ainsi, comme pour la majorité des TBI, tous les investissements sont ainsi couverts, peu importe la date de leur réalisation.

²⁰² *Ibid.* aux para. 319-323; voir nos commentaires notamment sur *Soufraki c. EAU* dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 242-246.

²⁰³ *Ibid.* aux para. 548-550.

²⁰⁴ *Ibid.* aux para. 561-562.

²⁰⁵ *Ibid.* au para. 423.

²⁰⁶ *Ibid.* au para. 428.

²⁰⁷ *Ibid.* aux para. 431-433.

Cependant, le Tribunal note que l'article 2(3) indique qu'il ne s'appliquera pas aux « controverses et réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur »²⁰⁸. Le Tribunal analyse donc trois différends soulevés par les demandeurs.

Le premier est celui de 1995, date à laquelle les premières actions devant les cours chiliennes avaient été engagées. Afin de déterminer l'applicabilité du TBI, le Tribunal s'appuie sur la jurisprudence antérieure en la matière sur la définition d'une « controverse », équivalent pour les parties à la notion de différend. Pour le Tribunal, « ce n'est qu'avec l'expression et la confrontation des points de vue que se cristallise le différend »²⁰⁹. Pour le Tribunal, en interprétant les faits de l'affaire qui lui ont été soumis, il est clair que le différend est né après l'entrée en vigueur du traité, car les parties ne se sont pas opposées sur la question antérieurement à 1995²¹⁰. L'analyse des différends de 2000 – concernant une décision administrative – et de 2002 – date à laquelle se cristallise la demande concernant le déni de justice devant les juridictions chiliennes – est similaire : ainsi les trois différends rentrent dans le champ de compétence *ratione temporis* du TBI²¹¹.

Pour la Fondation Allende, le Tribunal a repris les conclusions retenues ci-dessus dans la mesure où les différends sont similaires pour les deux parties²¹².

4. DE LA RECEVABILITÉ DES DEMANDES OU COMMENT ÉCARTER RAPIDEMENT LA CLAUSE D'OPTION IRRÉVOCABLE ET L'OBLIGATION PRÉALABLE DE NÉGOCIATION

L'article dix du TBI pose la clause d'option irrévocable, « *fork-in-the-road* », qui empêche tout investisseur étranger ayant déjà soumis des demandes devant les juridictions internes de l'État hôte de se prévaloir de la protection du traité bilatéral devant un tribunal arbitral sur ces mêmes questions²¹³.

Le tribunal se veut didactique en la matière et énonce en premier lieu :

L'exercice de l'option irrévocable suppose la réunion de trois conditions. Les demandes portées respectivement devant les juridictions nationales et devant le Tribunal arbitral doivent avoir à la fois le même objet et le même fondement et être présentées par les mêmes parties.²¹⁴

Cette définition devrait être explicitée, car il nous semble qu'interprétée strictement, elle pourrait priver la clause d'option irrévocable de tout effet. La

²⁰⁸ *Ibid.* au para. 434.

²⁰⁹ *Ibid.* au para. 443.

²¹⁰ *Ibid.* au para. 446.

²¹¹ *Ibid.* aux para. 448-466.

²¹² *Ibid.* aux para. 563-567.

²¹³ Voir sur la question, nos commentaires, notamment des affaires *Azurix c. Argentine*, *Champion c. Égypte*, *CMS c. Argentine* ou encore, *MCI Power c. Équateur* dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 155-156, 150-151, 111-112 et 577-578.

²¹⁴ *Pey Casado (sentence)*, *supra* note 160 au para. 483.

condition du même fondement et des mêmes parties doivent être adaptées au cas de chaque espèce. En effet, s'il est parfois impossible d'invoquer le traité bilatéral devant des juridictions internes, les dispositions de droit interne pouvant y être invoquées portent des obligations similaires pour l'État et aucun formalisme ne devrait empêcher le Tribunal de reconnaître la similarité des deux procédures en vertu de la similarité des violations soulevées, fussent-elles contenues dans différents instruments. Il en irait de même pour l'identité des parties, car si un investisseur agit par le biais d'une de ses entités de droit local devant les juridictions internes, le Tribunal arbitral devrait pouvoir prendre en compte le lien entre les personnes privées et ainsi déclarer que les demandeurs sont les mêmes et que la clause d'option irrévocable devrait être mise en œuvre pour empêcher l'accès parallèle à deux juridictions.

Le Tribunal en l'espèce n'a pas explicité sa prise de position sur cette définition en raison de l'absence évidente des trois conditions qu'il a posées²¹⁵.

Notamment, les demandes portées devant le juge chilien ne concernaient pas les mêmes éléments, car elles portaient sur le remboursement d'une rotative expressément exclue des demandes devant le tribunal arbitral²¹⁶.

La clause d'option irrévocable de l'article dix du TBI ne peut ainsi pas, à juste titre, jouer en l'espèce.

La seconde objection de recevabilité, la fin de non-recevoir en raison de l'obligation préalable de négociation, est également écartée par le Tribunal. Les arbitres relèvent en premier lieu que Pey Casado a tenté de diverses manières de négocier avec les autorités chiliennes sans succès, même si cela n'a pas été formalisé²¹⁷. Cela permet au Tribunal de considérer cette condition remplie en se fondant également sur les preuves apportées par les demanderesses quant au caractère vain de telles négociations.

Cependant, le Tribunal a souhaité conclure son analyse par un *obiter dictum* sur la question. En effet, pour les arbitres,

l'exigence de consultations préalables amiables ou de tentatives de conciliation...n'a en général et dans le présent litige aucun caractère impératif ou contraignant, mais plutôt, et seulement le caractère d'une simple recommandation procédurale, voire une clause de style diplomatique.²¹⁸

Outre que cette affirmation se situe dans la droite ligne de bon nombre de décisions antérieures²¹⁹, elle confirme un peu plus l'absence de caractère contraignant de la clause de négociation préalable dans les dispositions relatives au règlement des

²¹⁵ *Ibid* au para. 486.

²¹⁶ *Ibid* aux para. 488-491.

²¹⁷ *Ibid.* au para. 571-572.

²¹⁸ *Ibid.* au para. 573.

²¹⁹ *Ibid.* au para. 573.

différents. La célérité du règlement du différend est ainsi privilégiée et, dans la présente affaire, il importait d'éviter de retarder la procédure²²⁰.

B. Des violations limitées du TBI entraînant de faibles dommages-intérêts et une demande de suspension d'exécution de la sentence

Le Tribunal arbitral a séparé son analyse des violations de fond, après s'être reconnu compétent, en deux parties distinctes. En premier lieu, il est revenu sur l'application *ratione temporis* des dispositions de fond du TBI (1), avant d'analyser le bien-fondé des violations alléguées (2). Enfin, le Tribunal a déterminé le montant des dommages-intérêts à allouer aux demandeurs, montant qui est l'objet principal de la demande de révision de la sentence ayant mené à sa suspension d'exécution (3)

1. INTERROGATION SUR L'APPLICATION *RATIONE TEMPORIS* DES DISPOSITIONS DE FOND DU TBI

Comme le Tribunal l'avait décidé lors de son analyse de la compétence, il lui faut désormais apprécier si les différends sont nés antérieurement au TBI ce qui entraîne l'inapplicabilité des dispositions de fond, ou postérieurement au TBI, ce qui entraîne l'application de ces dispositions. Le Tribunal a divisé son analyse en deux parties : suffit-il que la controverse survienne postérieurement à l'entrée en vigueur du TBI pour appliquer celui-ci rétroactivement à des violations antérieures d'une part et, d'autre part, les violations antérieures à l'entrée en vigueur du traité étaient-elles continues ou étaient-elles issues d'un « fait illicite composite ».

Sur le premier point, il nous semble que l'interprétation littérale et conforme au but du traité effectuée par le Tribunal doit être saluée :

Le paragraphe 2.2 de l'API Espagne-Chili dispose simplement que les investissements antérieurs à l'entrée en vigueur de l'API peuvent être couverts par ce dernier. Il ne préjuge pas de l'applicabilité des dispositions de fond de l'API aux violations alléguées et ne peut être interprété comme conférant un effet rétroactif à l'API permettant de l'appliquer aux violations antérieures à son entrée en vigueur.²²¹

Si le Tribunal n'avait pas choisi cette interprétation, le TBI aurait eu une application temporelle extrêmement étendue. En outre, cela aurait été contraire au principe général de non-rétroactivité des normes à des faits commis alors que cette norme n'existait pas ou n'était pas en vigueur. En effet, « [l]e principe général, en droit international comme en droit interne, est celui de la non-rétroactivité. Selon ce

²²⁰ Voir nos commentaires de l'affaire *Bayindir c. Pakistan*, *supra* note 175, dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 385-386.

²²¹ *Pey Casado(sentence)*, *supra* note 160 au para. 579.

principe, l'applicabilité d'une norme à des situations ou à des faits survenus avant son entrée en vigueur est exclue, sauf indication contraire de l'auteur de la norme »²²².

Enfin, le fait que le TBI précise qu'il ne s'applique pas aux différends postérieurs ne signifie pas qu'il s'applique *a contrario* à des violations commises postérieurement²²³. Par conséquent, ces dernières sont écartées de son champ d'application.

Concernant la différence entre fait illicite continu et composite, le Tribunal a rappelé en premier lieu les faits²²⁴, et conclut que le TBI n'est applicable qu'à la violation résultant de la décision n°43 et du déni de justice, mais d'aucun autre fait²²⁵.

Le décret n°165 d'expropriation de 1975 ne rentre ainsi pas dans le champ d'application, mais peut être pris en compte « au titre du contexte des événements qui ont eu lieu avant cette date »²²⁶. La décision n°43 de 2000 autorisant l'indemnisation d'autres parties que les demanderesses, parfois même pour les actions en fait détenues par les demanderesses²²⁷, entre dans le champ d'application des dispositions de fond du TBI tout comme le déni de justice qui s'étend postérieurement à l'entrée en vigueur du traité bilatéral²²⁸.

2. L'UNIQUE VIOLATION DU TBI : LA QUESTION DU DÉNI DE JUSTICE

Pour le Tribunal, il ne fait aucun doute que le Chili a commis un déni de justice à l'encontre de Pey Casado et de la Fondation Allende. Cependant, une fois encore, le Tribunal a débuté son analyse par un *obiter dictum* en énonçant que le traitement juste et équitable et le déni de justice sont souvent analysés conjointement, car ils « présentent ce caractère commun d'être, sinon indéfinissables, du moins peu susceptibles d'une définition qui fasse l'objet d'un consensus quant à son contenu »²²⁹.

Cependant, et dans la longue lignée des décisions tentant d'appréhender la notion de traitement juste et équitable²³⁰, les arbitres énoncent logiquement qu'un déni de justice violerait automatiquement la norme de traitement non contingent²³¹.

Sur les faits de l'affaire, l'absence de décision d'une juridiction de première instance durant sept ans, entre 1995 et 2002, « doit être qualifié[e] de déni de justice

²²² Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « rétroactivité ».

²²³ *Pey Casado (sentence)*, supra note 160 au para. 583.

²²⁴ *Ibid.* aux para. 589-597

²²⁵ *Ibid.* au para. 600.

²²⁶ *Ibid.* au para. 612.

²²⁷ *Ibid.* aux para. 614-623.

²²⁸ *Ibid.* au para. 626.

²²⁹ *Ibid.* au para. 654.

²³⁰ Voir les références à nos analyses de la question dans toutes les sentences arbitrales entre 2002 et 2007 Julien Fouret et Dany Khayat, supra note 7 à la p. 710.

²³¹ *Pey Casado (sentence)*, supra note 160 aux para. 656-657.

de la part des tribunaux chiliens. En fait, des délais procéduraux importants constituent bien une des formes classiques de déni de justice »²³².

En outre, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexpliquées – à des personnages qui, de l’avis du Tribunal arbitral, n’étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu’elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesse de façon juste et équitable.²³³

Ainsi, la conclusion retenue est logique : le Tribunal a reconnu la violation du traitement juste et équitable qui doit donner lieu à réparation, en raison non seulement de l’absence de décision des juridictions de première instance durant sept années, mais également en raison de l’indemnisation obtenue par d’autres individus, en vertu de la décision n°43, et du refus en parallèle du gouvernement chilien d’entendre les demandes répétées de Pey Casado et de la Fondation en vertu de cette même décision n°43²³⁴.

3. LES DOMMAGES-INTÉRÊTS ACCORDÉS ET LA QUESTION DE LA RÉVISION

Le Tribunal a énoncé en premier lieu qu’il n’a pas retenu les actes d’expropriation dans sa condamnation au fond en raison de leur survenance en 1975 et que, par conséquent et en toute logique, ils ne seront pas pris en compte pour le calcul du préjudice²³⁵.

Refusant les demandes de réparation du *damnum emergens, lucrum cessans* et du préjudice moral²³⁶, pour absence de preuve, le Tribunal a indiqué qu’il ne s’attardera que sur les dommages subis en raison du déni de justice, « afin de mettre les demanderesse dans la position dans laquelle elles seraient si les violations en question n’avaient pas eu lieu »²³⁷.

Le Tribunal se fonde donc sur les indemnisations indûment allouées en vertu de la décision n°43 afin de déterminer le montant à accorder aux demanderesse²³⁸. Il en résulte au final un montant de plus de dix millions de dollars avec paiement d’intérêts composés annuellement sur cette somme à partir de la date des indemnisations ayant eu lieu en vertu de la décision n°43²³⁹.

²³² *Ibid.* au para. 659.

²³³ *Ibid.* au para. 674.

²³⁴ *Ibid.* aux para. 665-674.

²³⁵ *Ibid.* aux para. 687-688.

²³⁶ Contrairement à l’affaire *Desert Line c. Yémen*, *supra* note 96; commentée par ailleurs ci-dessus dans la présente chronique.

²³⁷ *Pey Casado (sentence)*, *supra* note 160 au para. 693.

²³⁸ *Ibid.* aux para. 693-704

²³⁹ *Ibid.* au para. 709.

Enfin, le Tribunal exprime sa frustration face à la longueur de la procédure et au manque de coopération flagrant du Chili en lui faisant supporter les trois quarts des frais de procédure²⁴⁰. Pour le Tribunal,

[il est] approprié de prendre en considération l'attitude des parties et leur degré de coopération à la procédure et à la mission confiée au Tribunal. De ce point de vue, force est de constater que la durée de la présente procédure, et par conséquent ses coûts pour toutes les parties et pour le Centre, ont été notablement augmentés par la politique adoptée par la défenderesse consistant, au-delà des exceptions usuelles ou « normales » à la compétence, à multiplier objections et incidents parfois incompatibles avec les usages de l'arbitrage international.²⁴¹

Nous ne pouvons que saluer cette décision qui devrait être suivie par bon nombre de tribunaux en raison de la propension de certains États d'obstruer les débats et de retarder une décision définitive le plus longtemps possible. Si certains investisseurs, comme nous l'avons noté durant notre analyse de la jurisprudence en 2007, avaient usé du mécanisme du CIRDI comme moyen de pression à mauvais escient, il ne faut *a contrario* pas que celui-ci soit détourné de son sens par des procédures trop longues.

Cette sentence enfin rendue, les demanderesses ont cependant tenté de rouvrir les débats par une demande en révision du 2 juin 2008, notamment en raison d'un supposé nouvel élément sur la question de l'expropriation et, par conséquent, de tenter de changer substantiellement le montant du préjudice. Si cette question n'a pas encore été tranchée, une décision sur la suspension d'exécution a été rendue le 5 août 2008. L'utilisation de la règle cinquante-quatre du règlement d'arbitrage n'est pas habituelle, ou plus exactement est rarement invoquée lors de procédures de révision, contrairement aux procédures d'annulation. La demande de rectification ayant été soumise par les demandeurs, le Chili a demandé la suspension d'exécution durant cette procédure. Cette dernière lui a été accordée par le Tribunal en une décision de deux pages dans l'attente de sa décision de rectification. Le feuilleton Pey Casado n'en est vraisemblablement donc pas, avec la sentence du mois de mai 2008, à son dernier épisode.

XI. Commentaire conjoint :

Décisions sur la deuxième demande de récusation du 12 mai 2008, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. c. République argentine et Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Interaguas Servicios Integrales del Agua S.A. C. République argentine*²⁴²

²⁴⁰ *Ibid.* au para. 731.

²⁴¹ *Ibid.* au para. 729.

²⁴² *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine Republic* (2008), n° ARB/03/19 (CIRDI); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interaguas*

Composition du Tribunal arbitral : Jeswald Salacuse²⁴³, Président, Gabrielle Kaufmann-Kohler²⁴⁴ et Pedro Nikken²⁴⁵ arbitres

Décision sur la demande de récusation du 25 juin 2008, EDF International S.A., SAUR International S.A., León Participaciones Argentinas S.A. c République argentine²⁴⁶

Composition du Tribunal arbitral : William Park²⁴⁷, Président, Gabrielle Kaufmann-Kohler²⁴⁸ et Jesús Remón²⁴⁹ arbitre.

Les décisions rendues les 12 mai 2008 et 25 juin 2008 en réponse aux demandes de récusation formées par la République argentine doivent être étudiées ensemble. Elles répondent en effet à deux demandes de la République argentine portant, à quelques différences près, sur les mêmes faits, et ont été présentées toutes deux le 29 novembre 2007²⁵⁰.

Les affaires *Suez c. République argentine* se distinguent toutefois de l'affaire *EDF et autres c. République argentine* dans la mesure où Mme Kaufmann-Kohler avait déjà dû faire face à une première demande de récusation soumise par la République argentine. Les deux arbitres avaient déjà rejeté cette première demande par une décision du 22 octobre 2007²⁵¹.

Les faits soutenant les deux demandes de récusation de Mme Kaufmann-Kohler concernent sa participation au conseil d'administration de la banque suisse UBS²⁵². La République argentine soutient que cette position est constitutive d'une situation dans laquelle Mme Kaufmann-Kohler ne disposerait plus des qualités requises par l'article 14(1) de la *Convention de Washington* qui dispose comme suit :

Servicios Integrales de Agua S.A. c. Argentine Republic (2008), n° ARB/03/17 (CIRDI), [*Suez (décision)*]; Cette décision est commune à l'affaire rendue en application du règlement d'arbitrage de la CNUDCI par le même tribunal, *AWG Group Limited c. République argentine* (2006).

²⁴³ Nommé par le CIRDI en accord avec les parties.

²⁴⁴ Nommée par les sociétés demanderesse. Mme Kaufmann-Kohler est concernée par la demande de récusation à l'origine de la présente décision et n'a donc pas pris partie à la procédure.

²⁴⁵ Nommé par la République argentine.

²⁴⁶ Décision sur la demande de récusation 25 juin 2008, *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentine Republic* (2008), n° ARB/03/23 (CIRDI).

²⁴⁷ La décision sur la demande de récusation ne fournit pas d'informations sur le mode de nomination du président, William Park. M. Jesús Remón a été désigné par la République argentine.

²⁴⁸ Nommée par les sociétés demanderesse. Mme Kaufmann-Kohler est concernée par la demande de récusation à l'origine de la présente décision et n'a donc pas pris parti à la procédure.

²⁴⁹ Nommé par la République argentine.

²⁵⁰ La République argentine a formé une même demande dans l'affaire *Electricidad Argentine S.A. et EDF International S.A. c. République argentine* (2007), n° ARB/03/22 (CIRDI). Toutefois, aucune décision n'a été rendue dans cette affaire dans la mesure où la procédure y est suspendue.

²⁵¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. République argentine* (2007), n° ARB/03/19 (CIRDI); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. C. République argentine*, Ordonnance du 22 octobre 2007, supra note 242; voir également nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, supra note 7 aux pp. 619 et s.

²⁵² Mme Kaufmann-Kohler aurait été élue au conseil d'administration de la banque UBS en avril 2006. La République argentine soutient toutefois qu'elle n'a eu connaissance de cette information que le 22 novembre 2007, quelques jours avant de déposer sa demande de récusation.

Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante.²⁵³

Par ailleurs, la République argentine conteste par ailleurs le fait que Mme Kaufmann-Kohler n'ait pas divulgué cette circonstance aux parties dans le courant de la procédure.

Des deux arguments de la République argentine, il nous semble que le second est le plus crédible même si la sanction n'est pas évidente.

Les arbitres ayant statué dans ces affaires n'ont pas été convaincus par le fait que Mme Kaufmann-Kohler siège au conseil d'administration de la banque UBS soit incompatible avec les qualités requises pour un arbitre en application de la *Convention de Washington*. L'argument argentin consistait, dans les affaires ici commentées, à tenter d'établir un lien, le plus souvent minime, entre UBS et les sociétés demanderesse. Qu'il s'agisse de prise de participation – minoritaires – d'UBS, de recommandations d'achat faites par cette banque pour certains titres des demandeurs ou d'autres « liens » de ce type, l'ensemble était trop ténu²⁵⁴. On peut toutefois relever les critères dégagés par MM. Salacuse et Nikken pour examiner les arguments argentins. Pour ceux-ci, l'évaluation des liens allégués entre une partie et un arbitre et l'atteinte éventuelle à l'indépendance et impartialité de ce dernier peuvent être mesurés selon (i) la proximité, (ii) l'intensité, (iii) la dépendance et (iv) l'importance matérielle des bénéfices résultant de ces liens²⁵⁵.

La question de la non-divulgaration par Mme Kaufmann-Kohler de ses liens avec UBS dans ces arbitrages est un peu plus problématique. Il est vrai que la sanction d'une absence de divulgation, en tant que telle, n'est pas évidente. Il en découle généralement une situation d'absence d'indépendance ou d'impartialité, ce qui n'a pas été accepté dans ces affaires. La conclusion des arbitres dans ce cas a été de s'en remettre au jugement de Mme Kaufmann-Kohler elle-même. Dans ce contexte, on apprend que celle-ci a divulgué à UBS, lors du processus ayant mené à sa nomination au conseil d'administration de cette banque, la liste des arbitrages dans laquelle elle était nommée afin qu'UBS évalue les risques de conflits d'intérêts. C'est sur la base de l'analyse de la banque, qui n'a pas retenu de situation délicate, que Mme Kaufmann-Kohler n'a pas estimé nécessaire de divulguer aux parties l'existence de ses liens avec UBS.

²⁵³ *Convention de Washington*, *supra* note 3, art. 14(1).

²⁵⁴ On peut citer comme illustration le fait que, dans l'affaire CNUDCI, le seul lien allégué ait consisté en l'intérêt d'UBS pour le secteur de l'eau et le développement de produits financiers dans ce secteur.

²⁵⁵ *Suez (décision)*, *supra* note 242 au para. 35.

Ces affaires sont révélatrices d'une tendance de plus en plus marquée des parties dans les arbitrages CIRDI à tenter d'obtenir la récusation des arbitres²⁵⁶. Dans le cas particulier des liens de Mme Kaufmann-Kohler avec UBS, on peut renvoyer à une prochaine livraison de cette chronique dans laquelle la demande d'annulation de la sentence rendue dans l'affaire *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine* a été formée précisément sur ce motif. Dans la mesure où la sentence faisant l'objet de la demande d'annulation a été rendue avant que la République argentine « n'apprenne » la nomination de Mme Kaufmann-Kohler auprès d'UBS, c'est devant un comité *ad hoc* que la question de la composition du Tribunal dans cette affaire sera tranchée.

XII. Décision sur l'objection du défendeur en vertu de l'article 41(5) du 12 mai 2008, *Trans-Global Petroleum, Inc. c. Royaume hashémite de Jordanie*²⁵⁷

*Composition du Tribunal arbitral : V.V. Veeder*²⁵⁸, *Président; Donald Mc Rae*²⁵⁹ *et James Crawford*²⁶⁰.

La décision du 12 mai 2008 est la première décision, rendue en application de l'article 41(5) résultant de la modification du Règlement d'arbitrage du CIRDI le 10 avril 2006²⁶¹. Cet article avait pour objectif d'améliorer l'efficacité du système CIRDI en permettant à une partie défenderesse de saisir un tribunal récemment

²⁵⁶ Voir par le passé, *Azurix Corp. c. République argentine* (2006), Sentence, *supra* note 70; voir sur ce sujet nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 430 et s; *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine* (2003), Décision, n° ARB/00/9 (CIRDI); voir à ce sujet nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 129 et s; *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États Unis d'Amérique* (2003), Sentence, n° ARB/(AF)/98/3 (CIRDI); voir à ce sujet nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 97 et s; *Sempra Energy International c. République argentine* (2007), Sentence, n° ARB/02/16 (CIRDI); voir sur ce sujet nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 616 et s; *Compagnie De Aguas Del Aconquija S.A et Vivendi Universal (Ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2002), Décision du Comité *ad hoc*, n° ARB/97/3 (CIRDI); voir sur ce sujet nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, *supra* note 7 aux pp. 35 et s.; De même, postérieurement aux décisions objet du présent commentaire : *Cemex Caracas Investments B.V. et Cemex Caracas II Investments B.V c. République du Venezuela* (2009), Décision n° ARB/08/15 (CIRDI); *Participaciones Inversiones Portuarias SARL c. République gabonaise* (2009), Décision n° ARB/08/17 (CIRDI); *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine* (2010), décision, n° ARB/07/16 (CIRDI); *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République argentine* (2010), décision, n° ARB/07/26 (CIRDI).

²⁵⁷ *Trans-Global Petroleum, Inc. c. Hashemite Kingdom of Jordan* (2008), n° ARB/07/25 (CIRDI), [Trans-Global].

²⁵⁸ Nommé conjointement par les co-arbitres.

²⁵⁹ Nommé par le demandeur.

²⁶⁰ Nommé par le défendeur.

²⁶¹ Pour un commentaire de ces amendements, voir Aurelia Antonietti, « The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules » (2006) 21:2 ICSID Review Foreign Investments Law Journal 427; Abby Cohen Smutny et Erika Serran, « The Amended ICSID Rules – In Brief » (2006) 1:4 Global Arbitration Review 29; Emmanuel Gaillard, « Amended Arbitration Rules Now in Effect for Investment Disputes » *N.Y.L.J.* (14 décembre 2006) 3.

constitué afin que celui-ci écarte des débats les demandes de l'investisseur manifestement dénuées de fondement juridique. Ce paragraphe dispose :

Sauf si les parties ont convenu d'une autre procédure accélérée pour soumettre des déclinatoires et moyens préliminaires, une partie peut, dans un délai maximum de 30 jours après la constitution du Tribunal, et, en tout état de cause, avant la première session du Tribunal, soulever un déclinatoire ou invoquer un moyen, relatif à une demande manifestement dénuée de fondement juridique. La partie indique aussi précisément que possible les bases juridiques du déclinatoire ou du moyen. Le Tribunal, après avoir donné aux parties la possibilité de présenter leurs observations, notifie aux parties, lors de la première session ou immédiatement après, sa décision sur le déclinatoire ou le moyen. La décision du Tribunal ne porte en aucune manière atteinte au droit d'une partie de soulever un déclinatoire conformément à l'alinéa (1) et d'invoquer, au cours de l'instance, un moyen relatif à une demande dénuée de fondement juridique.²⁶²

La Jordanie a donc décidé de se fonder sur cette procédure accélérée le 25 février 2008. La présente décision a ainsi été rendue moins de trois mois plus tard²⁶³. L'aspect célérité, qui était central pour ce qui est de cette disposition, semble ainsi avoir été respecté.

Cependant, les arbitres ont eu la lourde tâche de mettre en œuvre cette procédure pour la première fois et de servir de maître étalon dans l'interprétation de l'article 41(5) pour les prochains tribunaux saisis de son application.

Les faits en eux-mêmes n'ayant que peu d'intérêt, nous nous contenterons de mentionner que le différend est né de la mise à l'écart du demandeur des possibilités d'exploration suite à la découverte d'un gisement pétrolier en Jordanie²⁶⁴. Nous étudierons donc l'interprétation de l'article 41(5) par le Tribunal avant de souligner son application au fond de l'affaire.

A. L'interprétation des termes « demande manifestement dénuée de tout fondement juridique », socle fondateur de l'article 41(5)

Les termes « demande manifestement dénuée de tout fondement juridique » constituent le socle fondateur de l'article 41(5) afin de déterminer si une demande d'objection fondée sur cet article doit être acceptée ou non. Nous ne pouvons que noter la similitude dans la rédaction avec le pouvoir qui est accordé au Secrétaire général du CIRDI lors de l'enregistrement d'une requête d'arbitrage, à savoir l'article 36(3) de la *Convention de Washington* qui dispose :

Le Secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède

²⁶² *Convention de Washington*, *supra* note 3 art.41(5).

²⁶³ *Trans-Global*, *supra* note 257 aux para. 19 à 24

²⁶⁴ *Ibid.* aux para. 9 et s.

manifestement la compétence du Centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.²⁶⁵

Si, pour le Secrétaire général, c'est la compétence du Centre qui doit être « manifestement » absente, pour le Tribunal c'est le fondement juridique, c'est-à-dire la conjonction du fondement de la compétence, ici le TBI, ainsi que les conditions de la *Convention de Washington* qui doivent être manifestement absents du litige en question. La requête ayant été enregistrée, le caractère manifeste de la demande vis-à-vis de la compétence du Centre, c'est-à-dire les questions juridiques posées par la *Convention de Washington* seront vraisemblablement réunies à chaque demande, tout du moins en apparence. Il nous semble ainsi qu'une « demande manifestement dénuée de fondement juridique » se rapporterait essentiellement aux conditions posées par le TBI (dans cette affaire).

Pour le Tribunal, il faut donc décider ce que signifie « manifeste » puis ensuite « sans fondement juridique »²⁶⁶.

Le premier terme se retrouve bien entendu dans l'article 52 de la *Convention CIRDI* ayant trait au mécanisme d'annulation pour l'excès de pouvoir manifeste et a déjà fait de nombreux commentaires par des comités *ad hoc*. Pour ces comités, ce qui est « manifeste » est clair, évident, certain ou encore « saute aux yeux »²⁶⁷. Cette interprétation est constante et il est logique que le Tribunal ait suivi cette interprétation dans son analyse de l'article 41(5) du Règlement. Le Tribunal s'est d'ailleurs également appuyé sur l'analyse des articles 57 et 36 de la *Convention* contenant eux aussi le terme « manifeste » : « *the ordinary meaning of the word requires the respondent to establish its objection clearly and obviously, with relative ease and despatch. The standard is thus set high* »²⁶⁸. Et le Tribunal de constater que, contrairement à l'article 36 où le Secrétaire général ne rend pas de décision à proprement parler, c'est une sentence qui est rendue en vertu de l'article 41(5). A ce titre le Tribunal se doit de prendre de grandes précautions avant de rendre sa décision, car ce serait

a grave injustice if a claimant was wrongly driven from judgment seat by a final award under Article 41(5), with no opportunity to develop and present its case under the written and oral procedures [...] [A]s a basic

²⁶⁵ *Convention de Washington*, *supra* note 3 art.36(3).

²⁶⁶ *Ibid*, aux para. 82 et s.

²⁶⁷ Voir notamment *Wena Hotel Limited c. République arabe d'Égypte* (2002), n° ARB/98/4 (CIRDI), décision du 28 Janvier 2002, au para. 25, *CDC Group plc c. République des Seychelles*(2005), CIRDI n° ARB/02/14 (CIRDI), décision du 29 Juin 2005, au para. 41; *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* (2007), n° ARB /01/10 (CIRDI), décision du 8 Janvier 2007, au para. 36 *Soufraki c. Emirats arabes unis* (2007), n° ARB /02/07 (CIRDI), décision du 5 Juin 2007, au para. 39 et *Industria Nacional de Alimentos, S.A. et Indalsa Perú, S.A. c. Pérou* (2007), n° ARB/03/4 (CIRDI), décision du 5 Septembre 2007, au para. 58. Voir nos commentaires sur ces décisions dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 5 et s., 356 et s., 497 et s., 553 et s. et 594 et s.

²⁶⁸ *Trans Global*, *supra* note 257 au para. 88.

*principle of procedural fairness, an award under Rule 41(5) can only apply to as clear and obvious case.*²⁶⁹

Ainsi, le caractère « manifeste » sert à restreindre l'applicabilité de l'article 41(5) afin qu'il reste confiné à des cas exceptionnels.

Concernant les termes « sans fondement juridique », le Tribunal a relevé en toute logique que « juridique » s'oppose à « factuel », même s'il reconnaît qu'il est souvent difficile de déterminer ce qui est « juridique » sans référence aux éléments factuels sur lesquels se fondent une demande²⁷⁰. Ainsi, comme pour l'article 36, les arbitres ont décidé que ce sont les seuls faits décrits dans la requête d'arbitrage qui doivent être pris en compte pour déterminer le bien fondé juridique d'une demande²⁷¹. La similitude avec l'article 36 est ainsi encore renforcée. Par conséquent, le Tribunal a retenu que si d'autres soumissions ont suivi, il doit se fonder sur la requête d'arbitrage pour déterminer si le fondement juridique existe, tout en évitant de retenir des demandes fondées sur des faits manifestement insusceptibles de constituer des violations des dispositions du TBI applicable²⁷². Comme le Tribunal l'a affirmé, son interprétation, qui nous semble appropriée, fait ainsi de l'article 41(5) un recours exceptionnel compte tenu du caractère extrêmement strict des critères à remplir pour qu'un tribunal décline sa compétence sur ce fondement. Les futurs tribunaux saisis de demandes similaires indiqueront donc si la voie ouverte par *Trans-Global* sera suivie.

B. Application de l'interprétation de l'article 41(5) au fond de l'affaire

Après avoir déterminé le contenu et la portée de l'article 41(5), le Tribunal applique l'article aux faits de l'affaire et aux trois demandes de l'investisseur concernant la violation du traitement juste et équitable, le traitement injuste et discriminatoire et, enfin, la période de consultation obligatoire²⁷³.

Le Tribunal rejette nettement les objections fondées sur les deux premières demandes, car les éléments soulevés par la Jordanie étaient uniquement factuels et ne pouvaient donc être retenus²⁷⁴.

Concernant la troisième demande, l'objection portait sur l'argument soulevé par le demandeur selon lequel l'article VIII du TBI emportait obligation de consultation entre les États parties au TBI, mais s'appliquait également à l'investisseur. Par conséquent, selon l'investisseur, la Jordanie a violé son obligation de consultation durant l'exécution du contrat. Pour le Tribunal, la réponse est évidente : « *the essential legal basis for this claim is entirely missing under the BIT* »

²⁶⁹ *Ibid.* au para. 92.

²⁷⁰ *Ibid.* au para. 97.

²⁷¹ *Ibid.* aux para. 98-99.

²⁷² *Ibid.* au para. 105.

²⁷³ *Ibid.* aux para. 15-16.

²⁷⁴ *Ibid.* aux para. 107-117.

et cela avait même été reconnu par l'investisseur lors des audiences²⁷⁵. En effet, aucune obligation juridique vis-à-vis de l'investisseur ne pouvait exister en vertu de l'article VIII qui était exclusivement interétatique. Le caractère manifeste de l'absence de fondement juridique était clair.

Le Tribunal a donc décliné sa compétence pour cette troisième demande tout en acceptant les deux premières.

En conclusion, il apparaît que le Tribunal a pris toutes les précautions possibles pour respecter le but et l'objet de cette nouvelle disposition sans oublier de faire référence à l'architecture globale mise en place par la Convention de Washington. Si la Jordanie pouvait toujours soulever des exceptions d'incompétence malgré la décision, il semble que les parties en aient décidé autrement, car une sentence accord parties a été rendue le 8 avril 2009 pour régler définitivement le différend²⁷⁶.

XIII. Sentence du 6 juin 2008, *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. République argentine*²⁷⁷

*Composition du Tribunal arbitral : Rodrigo Oreamuno Blanco, Président*²⁷⁸; *Duncan H. Cameron*²⁷⁹ et *Jean Paul Chabaneix*²⁸⁰.

La sentence rendue dans l'affaire *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. République argentine* porte, à l'instar de nombreuses autres affaires tranchées ou en cours devant des tribunaux arbitraux CIRDI, sur les conséquences de la crise financière argentine de la fin de l'année 2001. Toutefois, contrairement à certaines affaires qui ont soulevé des questions juridiques complexes, l'affaire *Metalpar* ne marquera pas la jurisprudence arbitrale internationale en matière de droit des investissements. Qu'il s'agisse des incertitudes du demandeur quant à l'objet de ses demandes ou son incapacité à démontrer qu'il ait subi le moindre préjudice, il faut admettre que l'investisseur a, dans cette affaire, particulièrement bien aidé son adversaire à l'emporter devant les arbitres.

L'affaire portait sur la prise de participation des sociétés chiliennes *Metalpar* et *Buen Aire* dans une société argentine de construction de carrosseries de bus. Celles-ci ont invoqué le Traité de promotion et de protection réciproque des investissements signé en 1991 entre le Chili et l'Argentine (« TBI ») pour contester les mesures que l'Argentine aurait prises à leur encontre lors de la crise financière. Confronté aux objections argentines à sa compétence, le Tribunal arbitral avait rendu une décision du 27 avril 2006 dans laquelle il les écartait intégralement²⁸¹.

²⁷⁵ *Ibid.* au para. 119.

²⁷⁶ Cette sentence fera l'objet d'un commentaire dans la prochaine chronique dans le numéro 22.1.

²⁷⁷ *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. c. Argentine Republic* (2008) n° ARB/05/3 (CIRDI) [*Metalpar (sentence)*], original en langue espagnole et traduction anglaise non-officielle.

²⁷⁸ Nommé par le Président du Conseil administratif du CIRDI après consultation des parties.

²⁷⁹ Nommé par les demandereses.

²⁸⁰ Nommé par la défenderesse.

²⁸¹ Voir nos observations dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 à la p. 406.

Les investisseurs ont choisi de présenter leur demande devant le Tribunal arbitral d'une manière qui avait toutes les chances de se retourner contre eux. C'est ainsi qu'ils n'ont finalement pas présenté lors des audiences les témoins et experts qui avaient soumis des témoignages et consultations, « *for reasons unknown to the Tribunal* »²⁸². Ces derniers ont été contraints de relever qu'ils pouvaient pallier les carences des demandeurs « *without breaching the procedural equilibrium that should exist between the parties* »²⁸³. Les investisseurs ont également spécifiquement informé le Tribunal arbitral qu'ils ne soutenaient pas que leur investissement a été visé par des mesures argentines, mais les « *rights and credits that Metalpar had against its clients, which it has been unable to exercise fully, because the Argentine authorities have prevented it from doing so through the financial measures enforced to that effects* »²⁸⁴. Allant encore plus loin lors de l'audience, les demanderesses précisait que « *the issue is not [...] about the value of the investments but about the expropriation of credits, a contractual breach* »²⁸⁵.

L'Argentine a eu le beau rôle dans cette affaire lorsqu'elle a soutenu que les demandeurs confondent leur investissement (leur participation dans leur filiale argentine) avec les contrats de prêts signés par leur filiale argentine. Plus encore, la défenderesse n'a pas manqué de relever que, de l'aveu même des investisseurs, la santé financière de leur filiale – et donc la valeur de leur investissement – n'a cessé d'augmenter sur la période du différend. La principale difficulté des demanderesses a en effet été leur incapacité à prouver que leur investissement avait été affecté par les mesures de l'État argentin.

Sur le fond, le Tribunal arbitral s'est prononcé de manière prévisible sur l'ensemble des demandes des investisseurs. L'argument de la discrimination par les autorités argentines a été rapidement écarté puisque les demanderesses comparaient leur situation à celles de sociétés du secteur financier, pour lesquelles d'autres règles s'appliquaient²⁸⁶.

L'argument de l'expropriation est également écarté par le Tribunal qui a relevé que les investisseurs n'ont à aucun moment été empêchés de gérer leur participation et de contrôler leurs filiales qui ont pu poursuivre leurs activités²⁸⁷.

Par ailleurs, on peut relever la demande formée par les investisseurs pour entrave à la liberté des transferts de fonds à l'étranger, en violation du TBI. La jurisprudence des tribunaux CIRDI compte peu d'exemples d'invocation de cette garantie qui se retrouve pourtant dans la quasi-totalité des traités de protection des investissements. Le Tribunal arbitral l'a pourtant également refusée en quelques paragraphes, dès lors que la difficulté résultait de la propre banque des investisseurs et non de la Banque centrale argentine²⁸⁸.

²⁸² *Metalpar (sentence)*, supra note 277 au para. 153

²⁸³ *Ibid.* au para. 155

²⁸⁴ *Ibid.* au para. 75.

²⁸⁵ *Ibid.* au para. 76.

²⁸⁶ *Ibid.* aux para. 160-164.

²⁸⁷ *Ibid.* au para. 165-174.

²⁸⁸ *Ibid.* au para. 176-179.

Le rejet de l'argument des investisseurs selon lequel l'Argentine n'aurait pas respecté son engagement de leur assurer un traitement juste et équitable a été décidé de manière également succincte. Après avoir évoqué les nombreuses décisions ayant eu à interpréter la notion et son corollaire, le respect des attentes légitimes de l'investisseur, à partir de la sentence *Tecmed c. Mexique*, le Tribunal arbitral a retenu que, dans toutes ces affaires, l'État entretenait une relation contractuelle avec l'investisseur. Or, dans la présente affaire, il n'existe pas de telle relation, ce qui permet au Tribunal de conclure à l'absence d'attente légitime de la part des investisseurs : « *[i]n this specific case, there was no bid, license, permit or contract of any kind between Argentina and Claimants, and the Tribunal considers that there were no legitimate expectations entertained by Claimants that were breached by Argentina* »²⁸⁹. La décision peut surprendre, même si le Tribunal arbitral a complété son analyse sur ce point en relevant que les investisseurs étaient des professionnels avertis qui savaient que le secteur de l'industrie automobile était en mauvaise santé depuis des années et en insistant une nouvelle fois sur le fait que l'investissement des demandeurs n'a pas été atteint. Il reste qu'il ne nous semble pas pertinent de lier la notion des attentes légitimes de l'investisseur à l'existence de relations de type contractuelles entre l'investisseur et l'État. Les attentes légitimes de l'investisseur peuvent résulter de nombreuses autres situations, par exemple une loi ou un règlement. L'approche du Tribunal arbitral est trop restrictive sur ce point central de la protection accordée aux investisseurs à notre avis.

On ne s'étendra pas sur l'analyse du Tribunal arbitral sur les circonstances de l'investissement dans la mesure où il a été relevé que les demandeurs n'ont pas pu prouver que leur investissement ait été affecté d'une quelconque manière. Dans cette analyse – superflue – le Tribunal arbitral a relevé, à notre avis de manière trop sévère, que les investisseurs

*were aware of the fact that in the near past Argentina had suffered serious instability issues and, possibly, with a little diligence, they would have been able to discover in 1996 and the following years, when they were making their investments in Argentina (...), that a new crisis was shaping although, of course, it would have been impossible to foresee the gravity of the events that were to come.*²⁹⁰

En définitive, il nous semble que le motif principal ayant conduit le Tribunal arbitral à rejeter les demandes des investisseurs est bien le fait qu'ils ont été incapables de prouver que leur investissement avait subi le moindre préjudice en Argentine.

²⁸⁹ *Ibid.* au para. 186.

²⁹⁰ *Ibid.* au para. 139.

XIV. Sentence du 3 juillet 2008, *Helnan International Hotels A/S contre République arabe d'Égypte*²⁹¹

*Composition du Tribunal arbitral : Yves Derains*²⁹², *Président ; Rudolf Dolzer*²⁹³ *et Michael Lee*²⁹⁴.

Dans une sentence rendue le 3 juillet 2008, le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire opposant une société danoise dans le secteur de l'hôtellerie, Helnan International (« Helnan »), à la République arabe d'Égypte a rejeté au fond l'ensemble des demandes présentées par l'investisseur étranger. On rappellera qu'une décision sur la compétence avait été rendue le 17 octobre 2006 dans cette affaire. Le Tribunal arbitral y avait retenu sa compétence sur le fondement du Traité bilatéral de promotion et de protection réciproque des investissements conclu entre le Danemark et l'Égypte le 24 juin 1999 et entré en vigueur le 29 juin 2000 (ci-après le « TBI »)²⁹⁵.

L'allégation centrale de l'investisseur concernait le préjudice qu'il aurait subi du fait du changement de catégorie de l'Hôtel Shephard exploité par la demanderesse, déclassé de cinq étoiles en quatre étoiles par les autorités touristiques égyptiennes. L'investisseur a soutenu devant les arbitres que cette décision n'était que l'un des actes de l'État égyptien destiné à rompre le contrat de management de l'Hôtel Shephard liant l'Égypte à la société Helnan.

Le Tribunal arbitral a rejeté l'ensemble des demandes de l'investisseur en retenant que les autorités égyptiennes ont certes procédé de manière irrégulière lors de leur inspection de l'hôtel, mais que cela n'était pas suffisant pour retenir la responsabilité de l'Égypte pour violation du TBI.

Avant d'entamer l'examen au fond des violations alléguées du TBI par l'Égypte, le Tribunal arbitral a tranché deux nouvelles questions de compétence portant sur l'existence d'un investissement au moment du dépôt de la requête d'arbitrage et sur le caractère *res judicata* d'une sentence arbitrale rendue en Égypte entre les parties. Le Tribunal arbitral a retenu sur le premier point que si l'article 25 de la *Convention de Washington* impose l'existence d'un différend relatif à un investissement, il n'impose l'existence d'un investissement au moment de la requête d'arbitrage, rejetant ainsi la prétention égyptienne²⁹⁶. Quant à la sentence arbitrale rendue sur le différend par un tribunal arbitral siégeant au Caire, le Tribunal arbitral a décidé à juste titre que le différend qu'il doit trancher oppose d'autres parties, pour d'autres motifs et que l'autorité de la chose de jugée qui résulte de la sentence rendue au Caire n'a pas de conséquence sur l'arbitrage CIRDI²⁹⁷.

²⁹¹ *Helnan International Hotels A/S c. Arab Republic of Egypt* (2008) n° ARB/05/19 (CIRDI) [*Helnan (sentence)*].

²⁹² Nommé par les deux arbitres.

²⁹³ Nommé par le défendeur.

²⁹⁴ Nommé par la société demanderesse.

²⁹⁵ Voir sur cette décision, nos commentaires dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 493 et s.

²⁹⁶ *Helnan (sentence)*, *supra* note 291 au para. 120.

²⁹⁷ *Ibid.* aux para. 121 et s.

Au fond, le Tribunal arbitral a porté l'essentiel de son attention sur la décision des autorités égyptiennes, à la suite de plusieurs inspections, de déclasser l'hôtel géré par Helnan de 5 à 4 étoiles, ce qui avait pour conséquence que les obligations contractuelles d'Helnan, à savoir maintenir l'hôtel dans la catégorie la plus élevée, n'était plus remplies. Il s'agissait du « *pivotal point* », selon l'investisseur, dans la série d'actes que la société Helnan reproche aux autorités égyptiennes. Dans son analyse, le Tribunal arbitral n'a pourtant retenu aucune violation du TBI.

Les arguments d'Helnan selon lesquels l'Égypte aurait violé son engagement de la traiter de manière juste et équitable n'ont pas convaincu. Le Tribunal arbitral a décidé que les inspections réalisées par les autorités égyptiennes étaient, par certains aspects, « *a semblance, carried out as a mere formality, deprived of any substance and part of the implementation of an already taken decision to downgrade the Shephard Hotel* »²⁹⁸. Toutefois, le Tribunal arbitral a également retenu que cette inspection intervenait après une autre inspection qui avait révélé d'importants manquements d'Helnan dans sa gestion de l'hôtel et qui auraient pu, en eux-mêmes, justifier de déclasser l'hôtel.

Surtout, le Tribunal arbitral a décidé qu'Helnan « *never attempted to challenge the downgrading before the competent Egyptian administrative courts* » et s'est contentée de contester la décision au niveau ministériel égyptien²⁹⁹. Le Tribunal arbitral en a conclu que « *The ministerial decision to downgrade the hotel, not challenged in the Egyptian administrative courts, cannot be seen as a breach of the Treaty by EGYPT. It needs more to become an international delict for which EGYPT would be held responsible under the Treaty* »³⁰⁰. Et le Tribunal de citer, au soutien de sa conclusion, la sentence rendue le 16 septembre 2003 dans l'affaire *Generation Ukraine c. Ukraine* dans laquelle le tribunal arbitral retenait que « *the failure to seek redress from national authorities disqualifies the international claim, not because there is a requirement of exhaustion of local remedies, but because the very reality of conduct tantamount to expropriation is doubtful in the absence of a reasonable - not necessarily exhaustive - effort by the investor to obtain correction* »³⁰¹.

La position du Tribunal arbitral dans la présente sentence laisse planer le doute. S'agit-il en effet, comme il semble résulter de la sentence *Generation Ukraine*, d'une question de preuve? En d'autres termes, Helnan n'aurait pas prouvé de manière convaincante que l'Égypte a violé son engagement de lui accorder un traitement juste et équitable, car elle n'aurait pas porté son affaire devant les juridictions égyptiennes, ce qui aurait donné plus de « substance » à ses affirmations? Si c'est le cas, il nous semble que le Tribunal arbitral aurait dû indiquer qu'il ne s'agit que d'une question de preuve.

²⁹⁸ *Ibid.* au para. 146.

²⁹⁹ *Ibid.* au para. 148.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Generation Ukraine c. Ukraine*, sentence du 16 septembre 2003, citée dans *Helnan (sentence)*, au para. 148. V. nos observations sur la sentence rendue dans l'affaire *Generation Ukraine c. Ukraine* dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 129 et s.

Au contraire, la sentence du Tribunal arbitral semble plutôt faire de l'exigence de porter le différend devant les juridictions égyptiennes une question plus substantielle et l'ont ne peut manquer d'y voir une intrusion de la notion de l'épuisement des voies de recours internes qui sont pourtant écartées, sauf stipulation contraire du traité applicable par exemple, en matière de droit des investissements internationaux. Or le TBI ne contient pas une telle exigence. Il est donc étonnant que le Tribunal arbitral la retienne, sans caractériser ce qu'il entend par la nécessité d'une procédure devant les juridictions égyptiennes. S'agit-il d'une simple assignation, exige-t-il un appel, un pourvoi en cassation?

En définitive, que faut-il de « plus », comme l'indique le Tribunal, (« *[the ministerial decision to downgrade the hotel] need more to become an international delict for which Egypt would be held responsible under the Treaty* »³⁰²)? La sentence n'est pas claire sur ce point qui est pourtant d'importance.

XV. Décision sur la requête de décision complémentaire du 8 juillet 2008, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp et LG&E International, Inc. c. République argentine*³⁰³

*Composition du Tribunal arbitral : Tatiana de Maekelt*³⁰⁴, Présidente; *Francisco Rezek*³⁰⁵ et *Albert Jan van den Berg*³⁰⁶.

Nous ne reviendrons pas sur les faits de l'affaire, ni sur les trois précédentes décisions rendues par le présent Tribunal qui ont toutes trois été analysées dans la présente chronique de manière approfondie³⁰⁷.

En application de l'article 49 de la *Convention de Washington* et de la Règle 49 du Règlement d'arbitrage, les demanderesses estiment que le Tribunal n'aurait pas pris en compte leurs remarques à la suite de l'ordonnance de procédure n°6 et que, par conséquent, certaines questions relatives aux dommages et intérêts n'auraient pas été analysées, principalement celles concernant le choix de la date permettant le calcul des dommages-intérêts³⁰⁸.

Cette décision n'a en réalité que peu d'intérêt, mais a le mérite de rappeler la fonction première d'une décision complémentaire :

³⁰² *Helnan (sentence)*, *supra* note 291 au para. 148.

³⁰³ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. Argentine Republic* (2008), n° ARB/02/1 (CIRDI) [*LG&E (décision supplémentaire)*].

³⁰⁴ Nommée par le CIRDI avec l'accord des parties.

³⁰⁵ Nommé par la défenderesse.

³⁰⁶ Nommé par le demandeur.

³⁰⁷ *LG&E et autres c. Argentine* (2004), n° ARB/02/1(CIRDI), décision sur la compétence du 30 avril 2004, sentence sur la responsabilité du 4 octobre 2006 et sentence sur les dommages du 25 juillet 2007, et nos commentaires Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 216 et s., 455 et s. et 570 et s.

³⁰⁸ *LG&E (décision supplémentaire)*, *supra* note 303 aux para. 5-8.

the purpose of recourse to a supplementary decision, as set out in Article 49(2) of the ICSID Convention, is to provide a remedy to questions that the Tribunal has omitted to decide in the award

[...]

*The Supplementation mechanism is not a mechanism by which parties can continue proceedings on the merits or seek a remedy that call into question the validity of the Tribunal's Decision.*³⁰⁹

Pour le Tribunal, la question de la date limite pour le calcul des dommages – « *cut-off date* » – a été plus que largement abordée et analysée³¹⁰. Ainsi, selon le Tribunal, et à juste titre, « *Claimants are attempting to reopen the discussion of a question that has been dealt with and disposed by the Tribunal* »³¹¹. Cela avait déjà été très clairement tranché par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi* qui avait « sèchement écarté cette demande » afin de préserver l'intégrité du processus arbitral³¹².

Le Tribunal en l'espèce ne procède pas différemment et décide que, si les demanderesses souhaitent solliciter de nouveaux dommages et intérêts, libre à elles d'initier une nouvelle procédure arbitrale. Afin de souligner plus encore la frivolité des demandes, et prévenir toute multiplication de telles procédures, le Tribunal a fait supporter tous les frais et coûts de la procédure aux demanderesses³¹³. Nous ne pouvons que saluer cette prise de position finale et espérer que cela découragera d'autres parties de présenter indûment de telles demandes.

XVI. Décision sur les questions préliminaires du 23 juin 2008, *Libananco Holdings Co. Limited c République de Turquie*³¹⁴

*Composition du Tribunal arbitral : Michael Hwang*³¹⁵, *Président ; Henri Alvarez*³¹⁶ *et Franklin Berman*³¹⁷.

L'affaire *Libananco* se situe dans le contexte troublé des enquêtes initiées par les autorités turques à l'encontre de la famille Uzan, ex-magnats du capitalisme turc naissant et aujourd'hui recherchés pour fraude massive. La disgrâce des Uzan a

³⁰⁹ *Ibid.* aux para. 13 et 16.

³¹⁰ Voir les citations de la sentence à *Ibid.* au para. 14.

³¹¹ *Ibid.* au para. 15.

³¹² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine* (2003), n° ARB/97/3 (CIRDI), décision du Comité *ad hoc* sur les demandes de décision supplémentaire et de rectification du 28 mai 2003 et nos commentaires dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 80 et s.

³¹³ *LG&E (décision supplémentaire)*, *supra* note 303 au para. 18.

³¹⁴ *Libananco Holdings Co. Limited c. Republic of Turkey* (2008) n° ARB/06/8 (CIRDI), [*Libananco (décision sur les question preliminaries)*].

³¹⁵ Nommé par le Secrétaire général du CIRDI.

³¹⁶ Nommé par la demanderesse.

³¹⁷ Nommé par la République de Turquie.

eu des répercussions jusque dans le domaine des litiges investisseurs/États avec la soumission de plusieurs demandes d'arbitrage, notamment devant le CIRDI, par des individus ou des sociétés cessionnaires de certains de leurs actifs³¹⁸. L'affaire Libananco, à l'instar de ces autres arbitrages, est donc éminemment politique en même temps que juridique. La décision sur les questions préliminaires se lit comme une nouvelle policière avec une mystérieuse « *third party* » et des milliers de communications électroniques examinées par l'élite de la police turque.

La décision sur les questions préliminaires du 23 juin 2008 tranche deux demandes soumises par la Turquie et une troisième par l'investisseur. Les décisions du Tribunal sur chacune ces trois demandes sont examinées successivement.

La demande turque d'imposer à Libananco de constituer une « *security for costs* » (ou caution *judicatum solvi*) est rejetée par le Tribunal arbitral. Celui-ci a relevé que le fait que Libananco soit une coquille vide est classique en matière d'investissements internationaux. Le Tribunal n'identifie par ailleurs aucune tendance ou jurisprudence dans l'arbitrage CIRDI qui favorise une décision de ce type.

La demande de production de documents soumise par la Turquie portait quant à elle sur la preuve de la détention des actions constituant l'investissement allégué par le demandeur. Cette question, cruciale pour l'arbitrage, a également été au centre d'autres arbitrages concernant la famille Uzan³¹⁹. La Turquie conteste en effet l'authenticité de cet actionnariat, ce qui est d'autant plus délicat que les actions en questions sont au porteur, ce qui implique que « *ownership over them passes by mere physical transfer and dealings in them are not recorded in any formal trading register* »³²⁰. Plus encore, la Turquie a indiqué au Tribunal arbitral qu'elle avait des raisons de croire que les mêmes actions objet de l'affaire *Libananco* faisaient également l'objet d'autres arbitrages³²¹. C'est sur ces bases que le Tribunal arbitral a accordé la demande de production de documents sollicités par la Turquie. Il le fait toutefois en prenant soin de préciser que, loin de faciliter la tâche de l'État défendeur qui a la charge de prouver ses allégations, il a tenu compte de l'offre de l'investisseur de mettre en place un mécanisme permettant au Tribunal arbitral et à l'État turc de vérifier l'authenticité des actions. Le Tribunal arbitral a ainsi entériné une sorte d'accord des parties tout en conservant le contrôle sur la procédure de vérification.

La troisième demande émane de l'investisseur et porte sur les informations en sa possession concernant les interceptions de ses communications par les autorités turques. La gravité de ces allégations est renforcée par le fait que l'investisseur a informé le Tribunal arbitral que ses communications avec ses propres conseils ont été interceptées, notamment des projets de soumission au Tribunal arbitral. Confronté à ces présomptions, le Tribunal arbitral n'avait d'autre choix que de souligner que

³¹⁸ *Saba Fakes c. République de Turquie* (2010), n° ARB/07/20 (CIRDI), *Cementownia "Nowa Huta" S.A. c. République de Turquie* (2009), CIRDI n° ARB(AF)/06/2 (CIRDI), *Europe Cement Investment and Trade S.A. c. République de Turquie* (2009), n° ARB(AF)/07/2 (CIRDI). Dans le cas de l'affaire *Libananco*, la société demanderesse a été immatriculée à Chypre et l'arbitrage est fondé sur le Traité sur la Charte de l'énergie.

³¹⁹ *Saba Fakes*, supra note 318, sentence du 14 juillet 2010.

³²⁰ *Libananco (décision sur les questions préliminaires)*, supra note 314 au para. 64.

³²¹ *Ibid.* au para. 68.

[t]hese allegations and counter-allegations strike at principles which lie at the very heart of the ICSID arbitral process and the Tribunal is bound to approach them accordingly. Among the principles affected are : basic procedural fairness, respect for confidentiality and legal privilege (and indeed for the immunities accorded to the parties, their counsel, and witnesses under Article 21 and 22 of the ICSID Convention); the right of parties both to seek advice and to advance their respective cases freely and without interferences; and no doubt others as well. For its own part, the Tribunal would add to the list the respect for the Tribunal itself.³²²

Dès lors, même si le droit de chaque État de conduire les enquêtes pénales qu'il juge utiles est un principe fondamental au même titre que le respect de sa souveraineté, le Tribunal décide de manière très ferme que « *[t]he right and duty to investigate crime, accepted by the Tribunal above, cannot mean that the investigative power may be exercised without regard to other rights and duties or that, by starting criminal investigation, a State may balk an ICSID arbitration* »³²³. C'est sur cette base que le Tribunal arbitral accorde au demandeur une série de mesures destinées à assurer que les enquêtes pénales en cours en Turquie n'affectent pas ses droits.

Au-delà des points précis tranchés par les arbitres dans cette décision, l'affaire illustre sans aucun doute les particularités des litiges investisseurs/États et le déséquilibre qui peut s'instaurer dans certains cas, au profit des États, notamment lorsque ceux-ci « actionnent » la force publique de manière plus ou moins légitime. Le rôle des tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du CIRDI n'en est que renforcé.

XVII. Sentence du 24 juillet 2008, *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. contre République unie de Tanzanie*³²⁴

*Composition du Tribunal arbitral : Bernard Hanotiau*³²⁵, *Président; Gary Born*³²⁶ *et Toby Landau*³²⁷.

La sentence rendue en près de 250 pages dans l'affaire *Bewater Gauff c. Tanzanie*, sur le fondement du traité de protection des investissements signé entre la Grande-Bretagne et la Tanzanie en 1994 (le « Traité ») et de la loi tanzanienne sur les investissements, contient plusieurs développements intéressants tant des questions de compétence que de fond.

Au préalable, on peut rappeler que cette sentence a été précédée de plusieurs ordonnances sur des demandes de mesures provisoires rendues en 2006 et de deux

³²² *Ibid.* au para. 78.

³²³ *Ibid.* au para. 79.

³²⁴ *Bewater Gauff (Tanzania) Limited c. United Republic of Tanzania* (2008), n° ARB/05/22 (CIRDI) [*Bewater (sentence)*].

³²⁵ Nommé par les deux co-arbitres.

³²⁶ Nommé par l'investisseur et auteur d'une opinion dissidente jointe à l'arrêt.

³²⁷ Nommé par l'État.

autres ordonnances de 2007 sur la participation d'*amicus curiae*, toutes déjà commentées par les auteurs de cette chronique³²⁸.

Le litige entre la société britannique Biwater Gauff (Tanzania) Ltd (« Biwater ») et la Tanzanie concerne l'exécution d'un projet de réhabilitation et la gestion du réseau de distribution d'eau de la capitale tanzanienne Dar el Salam. Plusieurs contrats ont été conclus dans ce contexte, notamment un contrat de bail de certains biens nécessaires à l'acheminement et à l'évacuation de l'eau, conclu en 2003 pour une durée de 10 ans. De très nombreuses difficultés d'exécution du projet se sont manifestées de part et d'autre. Il reste que le Tribunal arbitral a relevé d'emblée dans sa sentence que « *taken overall, [Biwater Gauff] has seriously underestimated the amplitude of the task* »³²⁹ concernant le projet. Malgré diverses tentatives de négocier une issue amiable au litige, le contrat de bail a été résilié par les autorités tanzaniennes en mai 2005. Quelques jours plus tard, des représentants de l'investisseur étaient expulsés de Tanzanie.

Bien que traitée succinctement par le Tribunal arbitral, la question de compétence principale de cette sentence mérite que l'on s'y attarde (**A**). Les décisions du Tribunal arbitral sur les questions de fond sont plus classiques même si les arbitres retiennent que l'investisseur n'a prouvé aucun dommage (**B**).

A. L'apport de la sentence Biwater à l'appréciation de la notion d'investissement dans le système CIRDI

L'invocation de l'incompétence du Tribunal arbitral sur le fondement de la « notion maudite » d'investissement au sens de l'article 25 de la *Convention de Washington* a été évoquée de manière originale dans la sentence Biwater. En effet, l'argument de la Tanzanie ne consistait pas à soutenir que la prise de participation de Biwater dans des sociétés tanzaniennes pour les besoins du projet ainsi que le contrat de bail ne constituaient pas un investissement. La Tanzanie a plutôt soutenu que, dès lors que le projet de Biwater était déficitaire et voué à l'échec, il ne pouvait être couvert par la *Convention de Washington* notamment en l'absence des critères de « risque » et de « d'apport substantiel ». Ces critères figurent au nombre de ce qu'il est convenu d'appeler les « critères Salini », retenus par certaines sentences arbitrales comme définissant la notion d'investissement, avec les critères de « durée » et de « contribution au développement économique du pays d'accueil de l'investissement »³³⁰. Plusieurs tribunaux arbitraux ont considéré que ces critères

³²⁸ Voir Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires » *supra* note 7 : *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République unie de Tanzanie* (2006), n° ARB/05/22 (CIRDI), ordonnances de procédure 1, 2 et 3 des 31 mars 2006, 24 mai 2006, 29 septembre 2006, p 417 et *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République unie de Tanzanie* (2007), n° ARB/05/22 (CIRDI), ordonnances de procédure des 2 février et 25 avril 2007, p. 502.

³²⁹ *Biwater (sentence)*, *supra* note 324 au para. 149.

³³⁰ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc* (2001), n° ARB/00/4 (CIRDI), décision sur la compétence du 23 juillet 2001. Voir auparavant en doctrine, Dominique Carreau, Thiébauld Flory et Patrick Juillard, « Droit international économique », 3^e éd., en ligne : (1992) 44 : 2 *Revue internationale de droit comparé* <<http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/revue/ridc>>.

devaient tous être examinés afin d'identifier un investissement au sens de la *Convention CIRDI*. C'est le cas par exemple de la sentence rendue dans l'affaire *Noble Energy Inc. et MachalaPower Cia Ltd c. République d'Equateur* qui a décidé que les critères Salini étaient « *closely interrelated, should be examined in their totality and will normally depend on the circumstances of each case* »³³¹.

A l'inverse, d'autres sentences arbitrales ont plutôt retenu que les « critères Salini » étaient des repères utiles, mais pas nécessairement tous indispensables, pour identifier un investissement au sens de la *Convention CIRDI*. Parmi ces sentences figurent celles rendues par les tribunaux arbitraux constitués dans l'affaire *CSOB c. République slovaque*, *MCI c. République d'Equateur*, *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*.

L'affaire *Biwater Gauff c. République de Tanzanie* constitue à ce jour la meilleure illustration de cette approche. Les arbitres s'en remettent en effet à une référence très « lâche » aux critères Salini :

*[T]here is no basis for a rote, or overly strict, application of the five Salini criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law. They do not appear in the ICSID Convention. On the contrary, it is clear from the travaux préparatoires of the Convention that several attempts to incorporate a definition of 'investment' were made, but ultimately did not succeed.*³³²

Le Tribunal arbitral n'en reste pas là et retient même qu'il ne saurait y avoir de définition inflexible de la notion d'investissement dès lors que la *Convention de Washington* n'en fournit justement aucune :

*Given that the Convention was not drafted with a strict, objective, definition of investment, it is doubtful that arbitral tribunals sitting in individual cases should impose such definition which would be applicable in all cases and for all purposes. (...) Further, the Salini test is itself problematic as, as some tribunals have found, the 'typical characteristics' of an investment as identified in that decision are elevated into a fixed and inflexible test, and if transactions are to be presumed excluded from the ICSID Convention unless each of the five criteria are satisfied. This risks the arbitrary exclusion of certain type of transaction from the scope of the Convention.*³³³

³³¹ *Noble-Machala Power*, *supra* note 100, décision sur la compétence rendue le 5 mars 2008. Voir également les affaires *Consortium LESI-Dipenta c. République algérienne*, *supra* note 175; *Bayindir c. République islamique du Pakistan*, *supra* note 175; *Jan de Nul c. République arabe d'Égypte*, *supra* note 175; *Saipem c. République du Bangladesh*, *supra* note 111 et *Ioannis Kardassopoulos c. République de Géorgie*, *supra* note 116; *Consortium LESI-Dipenta c. République populaire démocratique algérienne* (2005), n° ARB/03/8 (CIRDI), sentence du 10 janvier 2005.

³³² *Biwater (sentence)*, *supra* note 324 au para. 312.

³³³ *Ibid.* aux para. 313-314.

Et le Tribunal arbitral de retenir une approche souple et pragmatique qui ne repose sur aucun postulat, mais sur une étude au cas par cas des circonstances et notamment, comme le notent les arbitres, « *the nature of the instrument containing the relevant consent to ICSID* »³³⁴. Le Tribunal arbitral est même allé jusqu'à préciser que, même si la Tanzanie parvenait à démontrer que tous les critères Salini n'étaient pas respectés, « *this would not necessarily be sufficient – in and of itself – to deny jurisdiction* »³³⁵. La position est particulièrement tranchée et se distingue nettement de l'approche retenue jusqu'à présent par les tribunaux arbitraux, même les plus libéraux sur cette question. Elle méritait d'être soulignée à ce titre.

Dans les faits, le Tribunal arbitral a décidé que la demanderesse avait effectivement réalisé un investissement au sens de la *Convention de Washington*. En particulier, les arbitres ne retiennent pas l'objection de la Tanzanie selon laquelle un investissement non rentable ne peut être protégé au titre de la *Convention CIRDI*, notamment si la décision de le mener à bien malgré les pertes envisagées, est prise en fonction de paramètres propres à l'investisseur :

*The Republic's suggested approach would entail a difficult and possibly protracted investigation into the economic profile of any given project, as well as the particular motivation of those behind it, as an initial jurisdictional issue. The Arbitral Tribunal considers that this was not the intention of Article 25 of the ICSID Convention, which was premised neither upon any particular IRR threshold, nor any particular conception of economic return or benefit.*³³⁶

Cette question résolue, le Tribunal arbitral a écarté la compétence alléguée au titre de la loi tanzanienne sur les investissements (qui ne contenait pas de consentement unilatéral à l'arbitrage CIRDI et imposait au contraire un accord distinct entre les parties dans ce but)³³⁷. Enfin, le Tribunal arbitral a retenu que l'obligation d'une période de négociation de six mois avant de soumettre le litige à l'arbitrage, comme prévu dans le traité de protection des investissements, ne devait pas être entendue comme une condition de compétence, notamment lorsque, comme c'est le cas de cette affaire, « *any further delay on [Biwater Gauff]'s part would not have served any useful purpose* »³³⁸.

B. Les allégations de violations du Traité et l'absence de dommage

La décision du Tribunal arbitral sur les allégations de violation du Traité soulevées par l'investisseur est longue et détaillée. Biwater Gauff a en effet soutenu que le République de Tanzanie avait exproprié son investissement de manière illégale, sans indemnisation et que celle-ci avait enfreint son obligation de lui assurer un

³³⁴ *Ibid.* au para. 316.

³³⁵ *Ibid.* au para. 318.

³³⁶ *Ibid.* au para. 321.

³³⁷ *Ibid.* aux para. 326-337.

³³⁸ *Ibid.* au para. 347.

traitement juste et équitable. Par ailleurs, l'investisseur a également considéré que la Tanzanie a pris des mesures discriminatoires et arbitraires à son égard et a manqué à son obligation de lui fournir une protection pleine et entière et la liberté de transférer les revenus de son investissement hors du pays.

Sans entrer dans un examen détaillé de ces demandes, qui ont été en partie retenues, on peut relever le fil directeur qui a guidé le Tribunal arbitral lors de l'examen de l'ensemble de ces questions. Le Tribunal arbitral a en effet insisté tout au long de ses développements sur le fait que, quelque soit la violation du Traité alléguée, elle ne pouvait donner lieu à réparation, car elle n'a « causé » aucun dommage à l'investisseur. En effet, selon le Tribunal arbitral, toutes les pertes dont l'investisseur réclame indemnisation existaient déjà avant les violations commises par l'État « *for both expropriatory and non-expropriatory breaches of the treaty* »³³⁹. Les arbitres se réfèrent sur cette question à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire ELSI qui s'était fondée sur une analyse des causes « *underlying or dominant* » des dommages subis :

*There were several causes acting together that led to the disaster to ELSI. No doubt the effects of the requisition might have been one of the factors involved. But the underlying cause was ELSI's headlong course towards insolvency; which state of affairs it seems to have attained even prior to the requisition.*³⁴⁰

Or, le Tribunal arbitral retient que Biwater Gauff n'est pas parvenu à prouver que la valeur de son investissement a diminué ou que les violations de la Tanzanie à ses obligations en vertu du Traité – avérées pour certaines – ont été la cause d'une diminution de la valeur de son investissement. La conclusion est sans doute douloureuse pour l'investisseur :

*[T]he conclusions on causation reached by the majority of the Tribunal are based on the lack of linkage between each of the wrongful acts of the Republic, and each of the actual, specific heads of loss and damage for which BGT has articulated a claim for compensation. In other words, the actual loss and damage for which BGT has claimed – however it is quantified – is attributable to other factors.*³⁴¹

³³⁹ *Ibid.* au para. 782.

³⁴⁰ *Affaire de l'Elettronica Sicula SpA [ELSI] (États-Unis c. Italie)*, [1989] C.I.J. rec. 15 p. 62, au para. 101, cité in *Biwater (sentence)*, *supra* note 324 au para. 786.

³⁴¹ *Biwater (sentence)*, *supra* note 324 au para. 805. Cette conclusion est contestée par l'arbitre nommé par l'investisseur. Dans son opinion dissidente, M. Born a en effet critiqué la position du Tribunal arbitral selon laquelle c'est l'absence de lien de causalité entre le dommage allégué et les mesures contraire au Traité qui doit entraîner l'absence d'indemnisation. Pour M. Born au contraire, il s'agit d'une question de montant de l'indemnisation plutôt que de causalité, même s'il ne conteste pas que l'investisseur n'a pas pu démontrer la moindre perte pouvant justifier une indemnisation au titre du Traité. L'opinion dissidente de M. Born couvre également d'autres points notamment sur la question de l'allocation des coûts de l'arbitrage.

En conclusion, on peut relever que le Tribunal arbitral a pris le soin d'indiquer que les soumissions des *amicus curiae*³⁴², autorisées par les ordonnances du Tribunal arbitral des 2 février et 25 avril 2007, ont été prises en compte dans les développements de la sentence.

XVIII. Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité du 29 juillet 2008, *African Holding Company of America, Inc. et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. République démocratique du Congo*³⁴³

*Composition du Tribunal arbitral : Francisco Orrego Vicuña*³⁴⁴, *Président; Otto L. O. de Witt Wijnen*³⁴⁵ *et Dominique Grisay*³⁴⁶.

La sentence arbitrale rendue dans l'affaire initiée par la société African Holding Company of America, Inc. (ci-après « African Holding »), une société immatriculée au New Jersey et la Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. (ci-après « SAFRICAS »), une société de droit congolais, contre la République démocratique du Congo, est intéressante à plus d'un titre. Rendue sur le fondement du Traité de protection des investissements signé entre les États-Unis et le Zaïre en 1984 (le « TBI »), cette sentence porte notamment sur la question d'actualité des modalités de prise en compte de la nationalité des personnes morales détenues par des ressortissants d'autres États.

Si l'on peut regretter que la sentence ne comporte pas plus de détails sur les faits de l'affaire, on comprend que le litige découle d'une dette due par l'État à l'encontre de SAFRICAS pour la construction d'une route en République démocratique du Congo.

L'existence même des contrats de construction de la route en question, « perdus ou détruits » au début des années 1990, a constitué la première difficulté tranchée par le Tribunal arbitral. Celui-ci admet de manière pragmatique que :

les éléments de preuve fournis par les Demandresses pour prouver l'existence des contrats sont suffisants, quoiqu'indirects, compte tenu des circonstances. Étant donné la situation qui prévalait à Kinshasa aux périodes concernées, qui est bien connue et n'est pas contestée par la Défenderesse, le Tribunal ne saurait ne pas tenir compte du fait qu'il est probable que les contrats aient été perdus lors des pillages et des troubles civils, comme les Demandresses l'ont expliqué.³⁴⁷

³⁴² Détaillées aux para. 356-392 de la sentence.

³⁴³ *African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. Democratic Republic of the Congo* (2008), n° ARB/05/21 (CIRDI) [*African Holding (sentence)*]. La sentence est rendue en français.

³⁴⁴ Nommé par le Secrétariat du CIRDI après la démission d'Ahmed El Koshari.

³⁴⁵ Nommé les sociétés demandresses.

³⁴⁶ Nommé par l'État.

³⁴⁷ *African Holding (sentence)*, supra note 343 au para. 43.

Le Tribunal arbitral a également rejeté de manière catégorique la défense de la République démocratique du Congo qui a soutenu que les contrats étaient inexistantes « parce que les marchés de travaux ont été obtenus au moyen de pratiques de corruption du régime Mobutu dans lesquelles la société SAFRICAS était lourdement impliquée »³⁴⁸. La décision du Tribunal arbitral qui a retenu qu'aucune preuve d'actes de corruption n'était rapportée par l'État, sera probablement reprise dans d'autres affaires pour son appréciation générale de l'argument :

Le Tribunal s'inquiète de constater qu'un certain nombre d'administrations des parties défenderesses dans des cas d'arbitrage international ont recours à des allégations de corruption pour empêcher que le tribunal ne se déclare compétent ou pour en influencer la décision sur le fond, ce qui constitue une raison supplémentaire pour laquelle la norme de la preuve doit, à cet égard, être particulièrement élevée.³⁴⁹

La question de la cession des droits de SAFRICAS à African Holding pose peu de problèmes au Tribunal qui a conclu à son incompétence à l'égard de SAFRICAS puisque « [u]ne fois que la cession a été exécutée, seule African Holding a qualité de cessionnaire des droits juridiquement liés à la RDC aux fins de l'investissement effectué et du consentement donné à l'arbitrage concernant ledit investissement »³⁵⁰.

Les développements de la sentence sur la question de l'existence d'un investissement protégé méritent une mention puisque le Tribunal arbitral s'est prononcé sur la contribution au développement économique du Congo s'agissant de la créance que l'investisseur a acquise, par l'effet de la cession des droits ci-dessus mentionnée, à l'égard de ce pays :

En fait, la cession de la créance n'est pas un simple transfert de dette. Elle est aussi la cession de la valeur économique du travail effectué et non payé. Si ledit paiement était dû à SAFRICAS en tant qu'investisseur il reste toujours dû au cessionnaire et pourtant, le montant de cette valeur économique liée à un investissement n'est toujours pas réglé. Dans cette mesure, le cessionnaire a exactement le même intérêt que l'investisseur initial et le cédant est, de ce fait, lui-même, un investisseur. (...) Le Tribunal ne doit en conséquence pas accepter une solution consistant à décharger un État de son obligation de s'acquitter de sa dette toutes les fois qu'il y a une cession de droits, une situation qui perturberait gravement les marchés financiers internationaux sur lesquels la dette souveraine est échangée chaque jour entre différents porteurs d'obligations et autres instruments. C'est cette obligation qui explique le fait que la plupart des traités bilatéraux sur les investissements, y compris celui visé dans la

³⁴⁸ *Ibid.* au para. 48.

³⁴⁹ *Ibid.* au para. 55.

³⁵⁰ *Ibid.* au para. 71.

présente instance, prévoient que des créances monétaires soient considérées comme un type d'investissement protégé.³⁵¹

Il reste que la question la plus délicate posée au Tribunal arbitral a concerné la question du contrôle de SAFRICAS, à l'époque des faits. Était-elle ou non contrôlée par des investisseurs eux-mêmes couverts par le Traité? La question était posée en raison de la formulation de l'article VII(6) du Traité selon lequel :

toute société dûment constituée aux termes des lois et règlements applicables de l'une ou l'autre Partie mais qui, avant l'événement ou les événements donnant lieu au différend, était la propriété ou tombait sous le contrôle de ressortissants ou d'une société de l'autre Partie, est traitée comme un ressortissant ou une société de ladite autre Partie.³⁵²

S'il ne fait pas de doute pour le Tribunal arbitral que le contrôle en question incluait le contrôle indirect³⁵³, Le Tribunal a dû se pencher sur la question factuelle de savoir si, « au moment où le différend est survenu »³⁵⁴, SAFRICAS était ou non détenue, directement ou indirectement, par des ressortissants américains, donc couverts par le Traité. Comme l'a souligné le Tribunal arbitral, en citant les affaires *Helnan*³⁵⁵, *Maffezini*³⁵⁶ ou encore *Jan de Nul*³⁵⁷ et *Lucchetti*³⁵⁸, « [l]e Tribunal doit en premier lieu faire remarquer que la détermination de la date exacte à laquelle naît un différend est devenue une question fondamentale dans de nombreux cas, car la compétence dépendra bien souvent de ladite date »³⁵⁹. Souvent, la question n'est pas posée en des termes aussi simples. S'il est possible de se prononcer sur la date à laquelle le différend naît, il subsiste une autre question importante et plus complexe, celle de savoir si, le différend se poursuivant dans le temps n'est qu'une « simple continuation » de l'événement initial, auquel cas, « il faudra décliner la compétence » ou si la « nature [des événements] est différente et traduit une modification de ces faits ou de son fondement juridique » auquel cas « la compétence est maintenue »³⁶⁰ comme le retient le Tribunal arbitral.

³⁵¹ *Ibid.* aux para. 78 et 81.

³⁵² Cité, dans la traduction fournie par le Tribunal dans *Ibid.* au para. 85.

³⁵³ En raison de la définition de l'investissement figurant à l'article 1(c) du Traité « qui fait référence à un investissement "possédé ou contrôlé directement ou indirectement" [qui] ne laisse aucun doute sur le fait que le contrôle indirect est permis », *Ibid.* au para. 99.

³⁵⁴ *Ibid.* au para. 104.

³⁵⁵ *Helnan*, *supra* note 291, voir aussi nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 493 et s.

³⁵⁶ *Emilio Agustin Maffezini c. Kingdom of Spain* (2007) n° ARB/97/7 (CIRDI).

³⁵⁷ *Jan de Nul c. Égypte*, *supra* note 175, voir aussi nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 422 et s.

³⁵⁸ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. et Indalsa Perú, S.A. (précédemment Empresas Lucchetti, S.A. et Lucchetti Perú, S.A.) c. République du Pérou* (2007), n° ARB/03/4 (CIRDI), voir aussi nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 à la page 307 et voir aussi *Tza Yap Shum c. République du Pérou* (2007), n° ARB/07/6 (CIRDI).

³⁵⁹ *African Holding (sentence)*, *supra* note 339 au para. 114.

³⁶⁰ *Ibid.* au para. 116.

En l'espèce, la question centrale est celle de savoir si le refus par la République démocratique du Congo de payer sa dette à l'égard de SAFRICAS est susceptible d'être considéré comme un différend continu ou une succession de différends de nature juridique variée. Pour le Tribunal, le refus de l'État de payer sa dette n'a pas évolué dans le temps. Quelque soit la période considérée, le différend restait le même à savoir l'absence de paiement pour les travaux exécutés. Dès lors, le Tribunal en a déduit que la date de naissance du différend remontait à la période durant laquelle SAFRICAS était détenue par des ressortissants belges, donc non couverts par le Traité, et se reconnaît ainsi incompétent.

Si l'on fait abstraction de l'absence de clarté de certains développements – due sans doute au peu d'informations disponibles sur les faits de l'espèce – cette sentence ne manquera pas de retenir l'attention pour son analyse des questions importantes du contrôle indirect et, plus encore, de la compétence *ratione temporis* et des conséquences des changements de contrôle de l'investisseur.

XIX. Sentence du 29 juillet 2008, *Rumeli Telecom A.S. et Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. République du Kazakhstan*³⁶¹

*Composition du Tribunal arbitral : Bernard Hanotiau*³⁶², *Président; Stewart Boyd*³⁶³ *et Marc Lalonde*³⁶⁴.

L'affaire opposant deux sociétés turques dans le domaine des télécommunications, Rumeli Telecom A.S. (« Rumeli ») et Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. (« Telsim ») à la République du Kazakhstan a marqué l'année 2008 par le montant très important de l'indemnisation accordée aux investisseurs, 125 millions de dollars, hors intérêts.

Les faits de cet arbitrage remontent à la fin des années 90 lorsque Rumeli a investi au capital de KaR-Tel, une société kazakhe destinée à la création d'un réseau de télécommunications au Kazakhstan. En 1998, KaR-Tel remportait une licence de téléphonie mobile pour la création d'un deuxième réseau au Kazakhstan en proposant une somme de plus de 67 millions de dollars. En 2000, Telsim devenait également actionnaire de KaR-Tel.

Toutefois, selon les demandeurs, une fois l'investissement réalisé et la réussite de KaR-Tel assurée, les autorités kazakhes, à travers les actionnaires des associés locaux de Rumeli et Telsim, ont mis en œuvre un plan visant à leur éviction et à faire main basse sur leurs avoirs. En février 2002, le Comité d'investissement institué par la loi kazakhe sur les investissements décidait de résilier le contrat d'investissement de KaR-Tel pour violation par cette dernière de certaines de ses

³⁶¹ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Republic of Kazakhstan* (2008), n° ARB/05/16 (CIRDI) [*Rumeli (sentence)*].

³⁶² Nommé par les co-arbitres.

³⁶³ Nommé par le défendeur.

³⁶⁴ Nommé par les demandeurs.

dispositions, notamment en matière d'obligations d'information. Une assemblée générale extraordinaire des actionnaires de KaR-Tel a alors eu lieu en avril 2002, en l'absence des représentants de Rumeli et Telsim qui n'auraient jamais été notifiés de la tenue de cette assemblée générale. Les résolutions adoptées lors de cette réunion visaient à préparer et initier les procédures judiciaires visant Rumeli et Telsim pour le préjudice que leur gestion de KaR-Tel a causé et pour obtenir la saisie de leurs actions.

Une série de procédures ont alors été initiées contre Rumeli et Telsim devant les juridictions kazakhes. Des poursuites pénales contre les représentants de ces sociétés au Kazakhstan ont également été lancées. Le 6 juin 2003, une juridiction d'Almaty validait l'assemblée générale et consacrait notamment le principe d'un rachat forcé des actions de Rumeli et Telsim. Cette décision a été validée le 30 octobre 2003 par la Cour suprême du Kazakhstan. Le 15 septembre 2003, le *Presidium* de la Cour suprême du Kazakhstan, la plus haute instance civile dans ce pays, fixait le prix de vente des actions détenues par Rumeli et Telsim à un montant symbolique total de 3000 dollars. Moins d'un an plus tard, la société KaR-Tel était cédée au prix de 350 millions de dollars.

C'est à cette période, en février 2004, que les sociétés Rumeli et Telsim, détenues initialement par des membres de la famille Uzan, ont été placées sous administration judiciaire par les autorités turques.

La requête d'arbitrage des sociétés Rumeli et Telsim a été déposée le 20 juillet 2005. La compétence du Tribunal arbitral y est fondée, selon les investisseurs, sur le traité de promotion et de protection réciproque des investissements signé le 1^{er} mai 1992 (le « TBI ») ainsi que sur la loi kazakhe sur les investissements étrangers du 27 décembre 1994. Les demandeurs soutiennent que la République du Kazakhstan a violé plusieurs des protections offertes aux investisseurs dans ces instruments (B). Plusieurs questions de compétence étaient également soulevées par la République du Kazakhstan (A).

A. Les objections kazakhes à la compétence du Tribunal arbitral

La République du Kazakhstan a soulevé plusieurs arguments pour contester la compétence du Tribunal arbitral.

L'allégation selon laquelle l'État n'aurait pas consenti à la compétence du Tribunal arbitral en raison de la violation prétendue du droit local par l'investisseur est de plus en plus répandue devant les tribunaux arbitraux CIRDI. Elle participe d'un certain « retour de balancier » après une période initiale considérée comme favorable aux investisseurs. La décision rendue dans l'affaire *Inceysa c. Salvador* dans laquelle l'investisseur espagnol avait notamment fourni des informations mensongères afin d'obtenir un marché public, ce qui a été sanctionné par le Tribunal arbitral qui a refusé de se reconnaître compétent, est souvent prise comme référence. Dans la présente affaire au contraire, le Tribunal arbitral n'a pas eu de mal à rejeter les allégations de l'État sur ce point après avoir retenu, comme dans l'affaire *LESI-*

Astaldi c. République algérienne, que la violation alléguée du droit local doit porter sur de « *fundamental legal principles of the host country* »³⁶⁵. Le Tribunal arbitral a relevé d'une part que l'existence de jugements à l'étranger visant les actionnaires des sociétés demanderessees n'est d'aucune pertinence pour l'appréciation de la légalité de leur investissement au Kazakhstan et, d'autre part, qu'aucune preuve n'est soumise par l'État kazakh au soutien de ses autres allégations sur ce point.

La décision du Tribunal arbitral sur sa compétence *ratione personae* doit elle aussi être approuvée. Face à l'argument selon lequel les sociétés Rumeli et Telsim n'ont plus aucune activité et s'apparentent à des coquilles vides, le Tribunal arbitral n'a relevé aucune raison de « *“pierce the corporate veil” [et a rappelé que] [t]he BIT does not provide a basis for looking beyond a company on the alleged basis that it would be a shell company and does not exclude such companies from its scope of application from the moment it is incorporated in another contracting State* »³⁶⁶. L'approche du Tribunal est stricte à l'égard des États signataires qui auraient pu, s'ils l'avaient souhaité, négocier les dispositions du TBI de manière à prévoir des exceptions aux dispositions définissant les investisseurs de l'autre partie contractante, mais ont choisi de ne pas le faire.

Le Tribunal devait également répondre à un argument original et, à notre connaissance, soulevé pour la première fois devant un tribunal CIRDI. Dans la mesure où une institution étatique turque avait été nommée pour gérer Rumeli et Telsim placées en liquidation, la République du Kazakhstan alléguait que l'État turc était le réel demandeur à l'arbitrage, ce qui serait impossible dans le cadre de la Convention de Washington. Le Tribunal arbitral n'a pas retenu l'argument dans la mesure où l'État turc ne disposait pas de la propriété des actions des sociétés Rumeli et Telsim et ne sera pas le seul à recevoir d'éventuelles sommes issues du processus de liquidation³⁶⁷.

On relèvera enfin la prise de position particulièrement ferme du Tribunal arbitral qui a retenu sa compétence sur le fondement de la clause de règlement des différends de la loi kazakhe sur les investissements étrangers. La difficulté provenait de ce que cette loi avait été abrogée avant le dépôt de la requête d'arbitrage. Le Tribunal arbitral n'accorde pas d'effet à cette abrogation dans la mesure où la loi elle-même fournissait aux investisseurs une « *protection against adverse changes in legislation for a period of ten years from the date they made their investment* »³⁶⁸.

³⁶⁵ *Rumeli (sentence)*, supra note 361 au para. 361. Voir *LESI, S.p.A. et Astaldi, S.p.A. c. République Démocratique d'Algérie*, supra note 175, voir nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », supra note 7 aux pp. 298 et s ; voir également la décision sur la compétence du 29 avril 2004 dans l'affaire *Tokios Tokelés c. Ukraine*, supra note 132 au para. 27, qui a également retenu que « *[i]n our view, however, neither the text of the definition of “investment,” nor the context in which the term is defined, nor the object and purpose of the Treaty allow such an origin-of-capital requirement to be implied. The requirement is plainly absent from the text. In addition, the context in which the term “investment” is defined, namely, “every kind of asset invested by an investor,” does not support the restriction advocated by the Respondent* », voir nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », supra note 7 aux pp. 196 et s.

³⁶⁶ *Rumeli (sentence)*, supra note 361 au para. 326.

³⁶⁷ *Ibid.* au para. 325 et s.

³⁶⁸ *Ibid.* au para. 333.

Mais il y a plus. Le Tribunal arbitral retient en effet, se fondant sur les principes de « *good faith, estoppel and venire factum proprium* » que « *it is also well established in international law that a State may not take away accrued rights of a foreign investor by domestic legislation abrogating the law granting these rights* »³⁶⁹. Pour être complet sur ce point, il faut indiquer que la compétence du Tribunal arbitral sur le fondement de la loi kazakhe n'était présentée par les investisseurs qu'à titre subsidiaire. Dès lors que le Tribunal arbitral avait retenu sa compétence sur le fondement du TBI, il n'était pas nécessaire qu'il se prononce sur sa compétence sur le fondement de la loi. Le fait que le Tribunal est néanmoins jugé utile de le faire, avec une fermeté toute particulière, montre l'importance que celui-ci accordait aux principes qu'il a dégagés.

B. L'appréciation des atteintes alléguées à l'investissement par la République du Kazakhstan

Après avoir déterminé que l'appréciation de la violation alléguée des engagements internationaux de la République du Kazakhstan serait tranchée en application des principes consacrés par la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des États³⁷⁰, le Tribunal a examiné les demandes des investisseurs sur le fond.

Sur l'allégation de la violation du traitement juste et équitable dû à l'investisseur, le Tribunal a relevé la caractéristique principale de cette notion, à savoir qu'elle est « *not precisely defined* »³⁷¹ et qu'il lui revenait ainsi de l'apprécier en fonction des éléments de fait du dossier. Il s'agissait en l'espèce de déterminer si la résiliation du contrat par les autorités kazakhes sans suspension préalable, pourtant prévue contractuellement, ainsi que l'impossibilité donnée aux investisseurs de se défendre, constituaient des violations du principe du traitement juste et équitable. La décision du Tribunal est sans ambiguïté puisqu'il a relevé que la décision de résilier le contrat d'investissement a été « *arbitrary, unfair, unjust, lacked in due process and did not respect the investor's reasonable and legitimate expectations* »³⁷². Le Tribunal n'a pas manqué également de souligner que l'argument de l'État selon lequel ces actes étaient valables en droit local ne saurait en aucun prospérer puisque « *it is a general principle of international law that a State cannot rely on its internal law to invalidate its own undertakings* »³⁷³.

³⁶⁹ *Ibid.* au para. 335

³⁷⁰ *Ibid.* au para. 576. On peut relever ici que les parties ont épargné au Tribunal arbitral de trancher la question délicate de l'application de la clause de la nation la plus favorisée du BIT pour « importer » certaines dispositions de fond contenues dans d'autres traités de protection des investissements signés par le Kazakhstan. La sentence relève en effet que « *[t]he parties agree that in view of the MFN clause contained in the BIT, Respondent's international obligations assumed in other bilateral treaties, and in particular the United Kingdom-Kazakhstan BIT, are applicable to this case* » (*Ibid.* au para. 575).

³⁷¹ *Ibid.* au para. 610.

³⁷² *Ibid.* au para. 615

³⁷³ *Ibid.* au para. 616. On notera ici que le Tribunal arbitral a jugé que la demande des investisseurs portant sur le déni de justice dont ils auraient été victimes devant les juridictions kazakhes est écartée car les faits allégués ont déjà été examinés par le Tribunal arbitral en matière de traitement juste et équitable et qu'elles sont « *better qualified and dealt with as issues falling under the fair and equitable*

L'appréciation du Tribunal arbitral quant à la demande des investisseurs de retenir la responsabilité de l'État kazakh pour atteinte à la protection pleine et entière qu'il s'était engagé à leur fournir en application du TBI est restrictive. Alors que certains tribunaux arbitraux ont adopté une conception large de ce concept – qui ne se limiterait pas à la protection physique³⁷⁴ – la présente sentence a retenu une conception plus limitée, empruntée la sentence du 17 mars 2006 dans l'affaire *Saluka c. République tchèque* selon laquelle elle vise à protéger « *the physical integrity of an investment against interference by use of force* »³⁷⁵.

L'analyse du Tribunal arbitral sur la notion d'expropriation – résultant de la décision des juridictions kazakhes de procéder à la vente forcée des actions des demandeurs – est classique en ce qu'elle a retenu, d'une part, qu'une mesure d'expropriation ne doit pas nécessairement être prise au bénéfice direct de l'État (ce qui est le cas en l'espèce puisque les actions ont été vendues à une autre actionnaire de la société KaR-Tel) dès lors que le processus judiciaire a été « *instigated by the State* »³⁷⁶.

Au terme d'une analyse détaillée de l'indemnisation due aux investisseurs dans le cas d'une expropriation illégale, comme retenu en l'espèce, le Tribunal a fixé le montant de la réparation due aux demandeurs à 125 millions de dollars. Nous aurons l'occasion de revenir sur certains aspects de cette sentence dans la mesure où la République du Kazakhstan a soumis une demande d'annulation contre cette sentence. Un comité *ad hoc* composé de MM. Schwebel (président), McLachlan et Silva Romero (membres), a été institué et devrait rendre sa décision dans le courant de l'année 2010.

treatment standard which also includes in its generality the standard of denial of justice » *Ibid.* au para. 654. Il en va de même pour l'allégation de la violation de la protection à l'encontre des mesures déraisonnables, arbitraires et discriminatoires *Ibid.* au para. 681.

³⁷⁴ Voir par exemple la sentence rendue le 14 juillet 2006 dans l'affaire *Azurix c. Argentine*, *supra* note 70 et nos observations dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 430 et s, ou encore la sentence rendue le 20 août 2007 dans l'affaire *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine Republic* (2007), n° ARB/97/3 (CIRDI) et nos observations dans Fouret et Khayat, Recueil des Commentaires, *supra* note 7 aux pp. 589 et s. Contra, *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine Republic* (2007), n° ARB/01/3 (CIRDI) sentence du 22 mai 2007 et nos observations dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 536 et s.

³⁷⁵ *Rumeli (sentence)*, *supra* note 361 au para. 671.

³⁷⁶ *Ibid.* aux para. 700 et s.

XX. Décision sur la compétence du 9 septembre 2008, *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. République d'Équateur*³⁷⁷

Composition du Tribunal arbitral : L. Yves Fortier, Président; David A.R. Williams et Brigitte Stern³⁷⁸.

Dans une décision sur la compétence rendue le 9 septembre 2008, le Tribunal arbitral, constitué dans l'affaire opposant les demandresses à l'Équateur, a rejeté les objections présentées par cet État et retenu sa compétence pour connaître le fond du litige entre les parties.

Les faits de l'espèce ne sont abordés que de manière succincte dans la décision. On y apprend que le différend porte sur les violations qui auraient été commises par l'Équateur lorsqu'il a résilié, suivant une procédure de « *caducidad* » propre au droit équatorien, un contrat portant sur l'exploration et l'exploitation d'hydrocarbures par les demandresses dans le bassin de l'Amazonie. Cette décision est intervenue le 15 mai 2006, deux jours avant que la requête d'arbitrage ne soit soumise au CIRDI sur le fondement du *Traité d'encouragement et de protection réciproque des investissements* signé entre les États-Unis et l'Équateur (le « TBI »).

La décision du Tribunal arbitral porte principalement sur une question d'interprétation de certaines dispositions du contrat objet du différend. Selon l'Équateur, celles-ci avaient pour effet d'exclure, dans certains cas ou pour certains litiges, la compétence d'un tribunal arbitral constitué en application de la *Convention de Washington*. Le Tribunal arbitral n'a pas retenu l'argumentation de l'Équateur pour des raisons tenant à la rédaction des dispositions en question qu'il n'est donc pas nécessaire de reprendre ici. Le fondement de l'interprétation du Tribunal arbitral est en revanche pertinent pour les praticiens de l'arbitrage CIRDI puisque, citant la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Aguas del Tunari c. République de Bolivie*³⁷⁹, le Tribunal a repris à son compte les formules suivantes :

*[I]t is the Tribunal's view that an ICSID tribunal has a duty to exercise its jurisdiction in such instances absent any indication that the parties specifically intended that the conflicting clause act as a waiver or modification of an otherwise existing grant of jurisdiction to ICSID. (...) The Tribunal will not read an ambiguous clause as an implicit waiver of ICSID jurisdiction; silence as to the question is not sufficient.*³⁸⁰

³⁷⁷ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Republic of Ecuador* (2008), n° ARB/06/11 (CIRDI) [*Occidental (décision)*].

³⁷⁸ La décision sur la compétence ne fournit pas d'informations sur le mode de nomination de M. Fortier ou sur la partie ayant nommé Mme Stern et M. Williams.

³⁷⁹ *Aguas del Tunari SA c. République de Bolivie* (2005), n° ARB/02/3 (CIRDI), décision sur la compétence du 21 octobre 2005, v. Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 à la p. 368.

³⁸⁰ *Occidental (décision)*, *supra* note 377 aux para. 71 et 85, citant la décision rendue dans l'affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie*.

Il ne fait aucun doute que ces formules témoignent d'un certain libéralisme du Tribunal arbitral sur l'appréciation de sa compétence. La République d'Équateur, qui a tenté d'avancer divers arguments pour convaincre le Tribunal du contraire – et notamment de ce que le droit équatorien limiterait le droit des investisseurs de recourir au CIRDI³⁸¹ – et dont la politique récente est pour le moins hostile au CIRDI³⁸², appréciera.

On peut également relever que la République d'Équateur avait tenté d'avancer l'argument selon lequel les demanderesses n'auraient pas respecté la période de négociation amiable préalable de six mois prévue par le TBI. Relevant les nombreuses discussions ayant eu lieu entre les parties et retenant que cette obligation n'a pas lieu de constituer un obstacle à la compétence dès lors que de tels efforts auraient été futiles, le Tribunal arbitral a également rejeté cette objection³⁸³.

XXI. Sentence du 18 août 2008, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. République d'Équateur*³⁸⁴

*Composition du Tribunal arbitral : Gabrielle Kaufmann-Kohler*³⁸⁵,
*Président; Albert Jan van den Berg*³⁸⁶ *et Enrique Gomez Pinzon*³⁸⁷.

Cet arbitrage trouve son origine dans une multitude de contrats de production d'électricité conclus par l'Équateur avec, notamment Electroquil S.A., une entreprise équatorienne. Ces contrats, des « *Power Purchase Agreements* » (« PPA »), résultent de la crise énergétique équatorienne qui en 1992 a atteint son paroxysme en raison d'une pénurie d'électricité ayant provoqué des problèmes d'approvisionnement³⁸⁸. L'Institut équatorien de l'électrification (« INECEL ») fut ainsi habilité à conclure ces PPA pour assurer l'approvisionnement constant en électricité du pays par le biais d'entreprises privées. Electroquil a ainsi conclu deux PPAs en 1995 et 1996 pour la fourniture de l'électricité au le réseau équatorien, avec des prix fixés pour chacun³⁸⁹.

Plusieurs problèmes ont surgi entre les parties dès le milieu de l'année 1996, période durant laquelle INECEL a commencé à imposer des amendes aux investisseurs qui et ce jusqu'en 2001, pour un montant total de plus de 8 millions

³⁸¹ Ce à quoi le Tribunal arbitral répond de manière ferme que « *it cannot invoke its domestic law for the purpose of avoiding ICSID jurisdiction under the Treaty* » *Ibid.* au para. 87.

³⁸² La République d'Équateur a en effet dénoncé la *Convention de Washington* le 6 juillet 2009 avec effet au 7 janvier 2010 (V. communiqué de presse du CIRDI du 9 juillet 2009, publié sur le site internet du CIRDI).

³⁸³ *Occidental (décision)*, *supra* note 377 aux para. 90-96 et notamment les précédents dans le même sens relevés au para. 94.

³⁸⁴ *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. c. Republic of Ecuador* (2008), n° ARB/04/19 (CIRDI) [*Duke Electroquil*].

³⁸⁵ Nommée conjointement par les parties.

³⁸⁶ Nommé par le défendeur.

³⁸⁷ Nommé par le demandeur.

³⁸⁸ *Duke Electroquil*, *supra* note 384 aux para. 10-15.

³⁸⁹ *Ibid.* aux para. 16-35.

d'euros³⁹⁰. C'est en 1998 que Duke Energy Electroquil Partners, une entreprise américaine, et le second demandeur, font leur apparition dans le secteur de l'électricité en Équateur en acquérant 51.5 % d'Electroquil. Cette participation augmenta jusqu'à atteindre 79.7 % du capital de cette même entreprise³⁹¹.

Cependant en mars 1999, INECEL fut placé en liquidation et le président équatorien demanda au Ministère de l'Énergie et des Mines (« MEM ») de remplacer INECEL pour les obligations que cette dernière avait contractées³⁹². Une des premières manifestations de cette substitution est le lancement entre MEM et Electroquil de deux médiation-arbitrages locaux en mai 2000 concernant à la fois les amendes imposées par INECEL, mais aussi des questions sur le résultat d'opération en matière de fourniture d'électricité pour la première année³⁹³. Ces « med-arbs » ont résulté en la liquidation des deux PPAs en novembre 2001 et août 2002³⁹⁴. Ces faits rappelés brièvement, la procédure CIRDI débute le 25 août 2004 avec la soumission de la requête d'arbitrage par les investisseurs³⁹⁵ pour les motifs suivants :

- (i) *late and inappropriate implementation of the Payment Trusts;*
- (ii) *non-payment of interest on late payments;*
- (iii) *wrongful imposition of fines and penalties;*
- (iv) *disregard of customs duties application; and*
- (v) *failure to entertain the Claimants' suits under local arbitration.*³⁹⁶

Pour appuyer leurs demandes, les investisseurs se fondent à la fois sur le TBI entre les États-Unis et l'Équateur ainsi que sur un compromis arbitral signé le 26 avril 2004 entre les parties qui avait pour objectif de soumettre au CIRDI certains différends non réglés par la liquidation des PPAs³⁹⁷. L'analyse de la violation de ces compromis, soumis uniquement au droit équatorien, n'a que peu d'intérêt et dépasse le cadre de la présente chronique. Nous nous contenterons ainsi d'évoquer les quatre points d'intérêt de la sentence pour le développement du droit des investissements internationaux³⁹⁸.

i) Cela apparaît désormais comme une sorte de rituel chez certains arbitres de reprendre l'exacte formulation énoncée dans la décision sur la compétence

³⁹⁰ *Ibid.* aux para. 42-43.

³⁹¹ *Ibid.* au para. 44.

³⁹² *Ibid.* aux para. 45-48.

³⁹³ *Ibid.* aux para. 49-55.

³⁹⁴ *Ibid.* aux para. 56-62.

³⁹⁵ *Ibid.* aux para. 74 et s. pour le résumé de la procédure depuis la requête d'arbitrage.

³⁹⁶ *Ibid.* au para. 99.

³⁹⁷ *Ibid.* au para. 62.

³⁹⁸ L'analyse des violations des accords de liquidation des PPAs, en application du droit équatorien, se trouve à *Ibid.* aux para. 205-310.

dans l'affaire *Saipem c. Bangladesh*³⁹⁹ sur la prise de conscience du rôle des arbitres, consistant à tenter de créer un droit des investissements harmonieux, malgré leur refus de reconnaître une véritable règle du précédent. Cela revient néanmoins à créer une sorte de *stare decisis de facto*. La phrase est ainsi toujours la même, déjà reprise début 2008 dans *Noble & Machalpower c. Équateur*⁴⁰⁰ et en français dans *Pey Casado c. le Chili*⁴⁰¹ :

*While the Tribunal considers that it is not bound by previous decisions, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions made by other international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to consider the solutions consistently established in prior similar cases. Subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the case under review, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law, and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards establishing certainty in the rule of law.*⁴⁰²

Cette prise de position qui tend donc désormais à devenir la norme, sous l'impulsion notamment de Gabrielle Kaufmann-Kohler⁴⁰³, s'explique aisément par le fait que les conseils des parties s'appuient essentiellement sur les précédents et il est extrêmement difficile pour des arbitres de s'en départir sans de longues et difficiles explications. Il est donc permis de penser que la rédaction d'un tel paragraphe n'est en réalité que la mise en forme d'une pratique déjà répandue depuis quasiment l'origine du CIRDI, mais qui n'avait jamais été exprimée aussi explicitement avant 2007.

ii) En matière de compétence, les arguments en présence ne posaient pas de véritables difficultés. Sous l'empire du compromis arbitral, la clause de règlement des différends était claire et restreinte, soumettant les différends pour les amendes et les pénalités à l'arbitrage CIRDI, mais excluant *de facto* (i) les demandes des investisseurs relatives au mécanisme de paiement mis en place entre les parties suite au PPA et (ii) les questions de droits de douane contestés⁴⁰⁴. Sur le fondement du TBI, la nationalité des parties n'était pas en jeu, ni le fait que les activités doivent être considérées comme un investissement⁴⁰⁵. Ainsi, même si les demanderesses ont

³⁹⁹ Voir la Décision sur la compétence et recommandations en matière de mesures conservatoires du 21 mars 2007, *Saipem c. Bangladesh*, *supra* note 111, au para. 67 et nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 522-523.

⁴⁰⁰ Voir nos commentaires au Chapitre VII dans la présente chronique et au para. 50 de la sentence.

⁴⁰¹ Voir nos commentaires au Chapitre X dans la présente chronique et au para. 119 de la sentence.

⁴⁰² *Duke Electroquil*, *supra* note 384 au para. 117.

⁴⁰³ Déjà à l'origine de la décision *Saipem*, elle avait auparavant exprimé sa vision dans Gabrielle Kaufmann-Kohler, « Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse? – *The Freshfields Lecture* », (2007) 23.3 *Arb. Int'l* 357.

⁴⁰⁴ *Duke Electroquil*, *supra* note 384 aux para. 120-143.

⁴⁰⁵ *Ibid.* aux para. 145-149.

invoqué tardivement le BIT⁴⁰⁶, et que deux fondements de compétence ont ainsi été soulevés en définitive⁴⁰⁷, cela n'a posé aucune difficulté au Tribunal.

Néanmoins, il est intéressant de noter qu'une partie des demandes concernait des droits de douane imposés indûment, selon les investisseurs, par l'Équateur⁴⁰⁸. Cependant, le TBI contenait une disposition, à l'article X(2)(c) qui excluait tout litige en matière fiscale de son champ d'application⁴⁰⁹. Le TBI ne définit pas ce qu'il entend par des mesures en matière fiscale, mais le Tribunal, se fondant sur la définition des mesures fiscales retenues dans l'affaire CNUDCI *Encana c. Équateur*⁴¹⁰, a décidé en toute logique que les droits de douane sont des mesures fiscales qui sont exclues du champ d'application du BIT⁴¹¹. Ainsi, se reconnaissant compétent, le Tribunal a réduit néanmoins son champ d'action en se reconnaissant incompétent pour seulement un des cinq chefs de demande des investisseurs.

iii) Sur le fond de l'affaire, après avoir constaté que l'Équateur avait violé le droit équatorien en vertu de ses obligations découlant des PPA⁴¹², le Tribunal s'est tourné vers les questions soulevées par les dispositions du TBI. Les demandes des investisseurs consistaient essentiellement à alléguer une violation de la clause de respect des engagements, ou *umbrella clause*, du traitement juste et équitable et enfin de l'interdiction de se conduire de manière arbitraire et discriminatoire.

Concernant l'« *umbrella clause* », le Tribunal a fait face à une clause classique : « *each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments* »⁴¹³. Le Tribunal a donc analysé littéralement cette disposition très claire pour déterminer que l'État avait souscrit des obligations vis-à-vis de l'investisseur en vertu des PPA, que ces obligations étaient en relation directe avec l'investissement et enfin que l'État a violé ces obligations envers cet investisseur. Ainsi, il peut sembler justifié que le Tribunal ait retenu que la clause de respect des engagements a été violée⁴¹⁴.

Pour le traitement juste et équitable, le Tribunal a analysé la nature et le contenu du standard avant de déterminer si celui-ci a été violé par l'Équateur. Concernant sa nature, le Tribunal revient sur son caractère coutumier ou non et sur

⁴⁰⁶ *Ibid.* au para. 155.

⁴⁰⁷ *Ibid.* aux para. 156-162.

⁴⁰⁸ *Ibid.* aux para. 171-189.

⁴⁰⁹ *Ibid.* aux para. 171-172.

⁴¹⁰ *Ibid.* au para. 174.

⁴¹¹ *Ibid.* au para. 186.

⁴¹² *Ibid.* aux para. 205-310.

⁴¹³ *Ibid.* au para. 313

⁴¹⁴ *Ibid.* aux para. 317-325. Pour les récentes analyses sur les questions théoriques que soulève cette clause, mais qui n'ont pas été abordées en l'espèce, voir dans les écrits les plus récents, Todd J. Grierson Weiler dir., *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Huntington, juris, New York, International Arbitration Institute, 2008 à la p. 60; Jean-Christophe Honlet et Guillaume Borg, « The Decision of the ICSID *Ad Hoc* Committee in *CMS v. Argentina* Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause : *SGS v. Philippines* Revisited » dans *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Leiden, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, aux pp. 1 et s.; ainsi que nos commentaires sur la question : dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 126-128, 194-195, 287-289, 320-321, 363-365, 411-415, 460-461, 507-508, 541-542 et 609-612.

son rapport avec le standard minimum de traitement. Le Tribunal a conclu que « *the standards are essentially the same* » en s'appuyant sur certaines décisions arbitrales antérieures⁴¹⁵. Le traitement juste et équitable semble ainsi devenir, pas à pas, une norme coutumière à part entière, codifiée ou formalisée dans les TBI. Quant à son contenu, le Tribunal a réitéré l'obligation désormais connue d'assurer un cadre juridique et commercial stable et prévisible directement lié aux attentes légitimes de l'investisseur. Comme nous l'avions affirmé par le passé, ces attentes sont désormais l'« élément central », le « socle définitionnel » de ce standard⁴¹⁶. Sans le citer, le Tribunal a repris l'analyse du tribunal arbitral dans l'affaire *Enron* pour ne protéger que les attentes justifiées de l'investisseur, car « *the investor's expectations must be legitimate and reasonable at the time when the investor makes the investment [taking] into account all the circumstances, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State* »⁴¹⁷. Dans la continuité de la sentence *Enron c. Argentine* en 2007, c'est le spectre de la réinsertion des clauses de stabilisation qui semble définitivement s'éloigner, car les attentes légitimes ne peuvent plus être avancées par l'investisseur pour résulter en un « *freezing of the legal system* »⁴¹⁸. Outre cette réaffirmation bienvenue, le Tribunal n'a pas imposé la condition que l'État ait agi de État de mauvaise foi pour retenir une violation du traitement juste et équitable⁴¹⁹; la violation de ce standard de traitement est ainsi analysée manière objective, bien qu'il soit possible d'opposer la mauvaise foi de l'État pour augmenter le calcul des dommages-intérêts⁴²⁰. Enfin, le fait que les investisseurs se soient appuyés sur les assurances de l'État quant à la garantie de paiement, alors que le paiement n'a pas été effectué, viole très clairement l'obligation de traitement juste et équitable⁴²¹.

Enfin, sur la question de la conduite arbitraire de l'État et de la violation de l'article II(3)(b) du TBI, le Tribunal a retenu que les allégations avancées par les investisseurs sont de simples violations contractuelles qui ne peuvent être considérées comme une violation du Traité. Le Tribunal, ayant déjà reconnu d'autres violations,

⁴¹⁵ *Duke Electroquill*, *supra* note 384 au para. 337 et nos commentaires sur la sentence *Azurix c. Argentine* dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 433-434; Voir également sur la question OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international de l'investissement*, Documents de travail sur l'investissement international n° 2004/3, Paris, septembre 2004, en ligne : OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/13/49/34327194.pdf>>. *A contrario*, voir la distinction avec la norme coutumière au paragraphe 258 de la sentence *Enron c. Argentine* et nos commentaires Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 541-542.

⁴¹⁶ Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 458 et 601. Voir également une récente contribution sur la question par Rudolf Dolzer, « Fair and Equitable Treatment : Judicially Manageable Criteria » dans Jean-Marc Sorel, dir., *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle – En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009, aux pp. 83 et s.

⁴¹⁷ *Duke Electroquill*, *supra* note 384 au para. 340.

⁴¹⁸ *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine*, sentence du 22 mai 2007, *supra* note 71 para. 261.

⁴¹⁹ *Duke Electroquill*, *supra* note 384 au para. 341.

⁴²⁰ Cela vient donc mettre un terme à l'introduction de cette condition dans l'affaire *Tecmed c. Mexique* qui avait déjà été écartée à bon escient dans la sentence *LG&E c. Argentine*, voir notre analyse en ce sens Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 458-459.

⁴²¹ *Duke Electroquill*, *supra* note 384 aux para. 348-361.

s'est contenté d'une analyse sommaire pour rejeter l'argumentaire des investisseurs⁴²². Le Tribunal a conclu son analyse sur le fond par un dernier argument sur le prétendu déni de justice, mais l'analyse étant purement factuelle, elle présente peu d'intérêt d'autant plus que l'argument est en fin de compte rejeté⁴²³.

iv) Ayant retenu de multiples violations par l'Équateur, les arbitres doivent donc déterminer les dommages et intérêts à accorder aux investisseurs. Le Tribunal a mené une analyse minutieuse des faits présentés et du préjudice allégué par les investisseurs pour déterminer les montants à accorder au titre des réparations⁴²⁴. Du fait des multiples violations, à la fois des PPA et du TBI, le Tribunal a surtout gardé à l'esprit la volonté d'éviter un « *double recovery* »⁴²⁵. Concernant la violation des PPA et suivant son analyse du fond de l'affaire, le Tribunal a déduit donc du montant allégué les droits de douane, ainsi que de certaines amendes qu'il a jugées valables, pour parvenir au montant de 5 578 566 dollars⁴²⁶. Aucun montant supplémentaire ne sera accordé par les arbitres sur le fondement⁴²⁷.

Les arbitres ont ainsi rendu une sentence classique, sans innovation majeure et qui ne restera vraisemblablement pas dans les annales du droit des investissements internationaux. Les faits de l'affaire ne nécessitant pas d'inventivité particulière, les arbitres ont ainsi souvent réaffirmé des principes ou des raisonnements déjà établis, en conformité avec leur « *duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law* »⁴²⁸.

XXII. Sentence du 18 août 2008, *Duke Energy International Peru Investments n° 1, LTD. contre République de Pérou*⁴²⁹

Composition du Tribunal arbitral : L. Yves Fortier⁴³⁰, Président; Guido Santiago Tawil⁴³¹ et Pedro Nikken⁴³².

Le litige opposant la société Duke Energy International Peru Investments n° 1, LTD (« Duke ») à la République du Pérou concernait l'application d'une clause de stabilisation contenue dans un contrat conclu entre Duke, dont le siège social est aux Iles Bermudes, et la République de Pérou. Ce contrat comportait une clause d'arbitrage donnant compétence au CIRDI pour tout litige relatif à « l'interprétation,

⁴²² *Ibid.* aux para. 367-383.

⁴²³ *Ibid.* aux para. 384-403.

⁴²⁴ *Ibid.* aux para. 404-490.

⁴²⁵ *Ibid.* au para. 441.

⁴²⁶ *Ibid.* au para. 462.

⁴²⁷ *Ibid.* aux para. 467-483.

⁴²⁸ *Ibid.* au para. 117.

⁴²⁹ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. Republic of Peru* (2008) n° ARB/03/28(CIRDI) [*Duke (sentence)*].

⁴³⁰ Nommé par les parties.

⁴³¹ Nommé par la demanderesse qui avait nommé au préalable Dr. Héctor A. Mairal mais qui s'était récusé.

⁴³² Nommé par le défendeur.

l'exécution ou la validité du contrat »⁴³³. La violation du contrat alléguée par Duke concernait une discrimination en matière fiscale exercée par les autorités péruviennes.

Le litige se situe dans le contexte de la privatisation du secteur de l'électricité au Pérou et a déjà été décrit dans le commentaire de la décision sur la compétence rendue dans cette affaire le 1^{er} février 2006⁴³⁴. Le caractère unitaire de l'investissement de la société Duke avait alors été au centre des débats dans cette première phase de l'arbitrage.

L'essentiel des faits, décrits de manière détaillée dans la sentence⁴³⁵, concernait les garanties fiscales octroyées par le Pérou à Duke en application de ce contrat ainsi que leur mise en œuvre par cet État. En novembre 2001, les autorités fiscales péruviennes ont exigé le paiement de taxes d'un montant de plus de 12 millions de dollars auxquelles elles ont ajouté près de 36 millions de dollars d'intérêts et de pénalités. À l'issue de diverses demandes d'exemption portées par Duke devant les juridictions péruviennes, le montant des taxes dues par Duke a finalement été fixé à 16 millions de dollars. Ce sont ces taxes qui sont contestées par Duke au motif qu'elles violent l'engagement de stabilité que le Pérou a contractuellement pris à son égard.

Les clauses de stabilisation fiscales prévoyaient en effet que le Pérou garantissait le maintien du même régime en matière d'impôt sur le revenu, pendant une période de 10 ans, à savoir l'exemption de l'imposition des dividendes et autres formes de distribution des profits⁴³⁶.

La sentence rendue par le Tribunal retient notamment l'attention sur les principes posés sur l'interprétation des clauses de stabilisation et leur application.

Au préalable, le Tribunal arbitral a tranché la question de la détermination du droit applicable. En l'absence de choix dans le contrat, le Tribunal arbitral avait décidé dans sa décision sur la compétence que l'article 42(1) de la *Convention de Washington* imposait d'appliquer le droit péruvien et le droit international. Le Tribunal a conclu qu'il disposait ainsi de « *the authority and the duty to subject Peruvian law to the supervening control of international law* »⁴³⁷. Au fond, la question posée au Tribunal était celle de savoir si cette décision permettait à l'investisseur de fonder certaines de ses demandes sur le droit international pris de manière autonome par rapport au droit péruvien. Le Tribunal arbitral a évité de répondre directement à cette question en retenant qu'en l'espèce le contenu des normes de droit international invoquées par l'investisseur (le principe de bonne foi et du traitement juste et équitable) étaient « *redundant in light of the protections provided to Claimant under the [contract] and Peruvian law* »⁴³⁸. Il était donc inutile d'examiner les demandes de l'investisseur fondées sur le droit international de manière distincte.

⁴³³ *Duke (Sentence)*, *supra* note 429 au para. 120.

⁴³⁴ Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 403 et s.

⁴³⁵ *Duke (Sentence)*, *supra* note 429 aux para. 37 à 137.

⁴³⁶ *Ibid.* aux para. 186 et 187.

⁴³⁷ *Ibid.* au para. 144.

⁴³⁸ *Ibid.* au para. 161.

La question des effets de la demande d'exemption fiscale soumise par Duke est également traitée de manière préalable par le Tribunal arbitral. Le Pérou a en effet soutenu que cette demande formulée par l'investisseur devant les juridictions péruviennes était constitutive d'une renonciation au droit de porter son litige devant le CIRDI. L'analogie recherchée par le Pérou avec les clauses de choix irrévocable (« *fork-in-the-road* ») contenues dans les traités de protection des investissements est évidente. Elle n'en demeurerait pas moins hardie en l'absence de toute disposition en ce sens dans le contrat, qui contenait plutôt une clause permettant à l'investisseur de soumettre « tout différend » relatif au contrat de stabilisation à la compétence d'un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI. Comme l'a relevé le Tribunal arbitral, en droit international, la renonciation à la compétence du CIRDI doit être explicite, quelle que soit la position du droit péruvien en la matière. En l'absence d'une telle manifestation explicite par l'investisseur, le Tribunal arbitral a décidé que nulle renonciation au droit de porter son litige devant un tribunal CIRDI ne pouvait être retenue en l'espèce⁴³⁹.

La sentence rendue dans l'affaire *Duke c. Pérou* contient également d'importants développements sur la question de l'interprétation des clauses de stabilisation. On rappellera que de telles clauses figurent rarement dans la jurisprudence arbitrale récente en matière de protection des investissements et notamment celle des tribunaux arbitraux CIRDI⁴⁴⁰. Certaines affaires concernant le Pérou sont une exception dans la mesure où cet État a, dans le contexte de la privatisation du secteur des hydrocarbures et de l'électricité, fréquemment accordé aux investisseurs étrangers un tel avantage, notamment en matière fiscale⁴⁴¹.

L'intérêt de la sentence réside notamment dans ses développements relatifs à l'inclusion dans la stabilisation, non seulement des dispositions des lois et règlements, mais également de leur interprétation et application au moment de la stabilisation, qui se trouve ainsi « incorporée » dans la stabilisation⁴⁴². La difficulté, soulignée par le Tribunal, a résulté dans le fait qu'il n'est nullement juge de la validité ou de la justesse de l'interprétation et de l'application des lois par les juridictions et autorités péruviennes. Son rôle est limité à l'appréciation de la compatibilité et de la cohérence des décisions prises par ces dernières par rapport au régime fiscal stabilisé octroyé à l'investisseur. C'est dans ce sens que le Tribunal arbitral estime que cette démarche est purement « comparatiste ».

Afin de procéder à cette détermination, le Tribunal arbitral a relevé dans sa sentence qu'il revient à l'investisseur de prouver, d'une part, l'existence d'une interprétation ou application « stable » du régime fiscal en question et, d'autre part, une modification de celles-ci. Le Tribunal arbitral a apporté une précision supplémentaire puisqu'en l'espèce, il s'est écoulé une période trop courte depuis l'adoption des lois et règlements en question. Dans ce cas de figure, le Tribunal

⁴³⁹ *Ibid.* au para. 182.

⁴⁴⁰ Voir les références citées dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 et par ex. l'affaire *Burlington Resources Inc. et al. c. République d'Equateur et PetroEcuador* (2008), n°ARB/08/05 (CIRDI).

⁴⁴¹ *V. Aguyatia c. Pérou* et le commentaire de cette sentence par ailleurs dans la présente Chronique.

⁴⁴² *Duke (sentence)*, *supra* note 429 aux para. 210 et s.

arbitral a estimé qu'il revient au demandeur d'apporter la preuve, au regard d'un standard raisonnable, non d'une application erronée du droit péruvien, que le Tribunal se refuse d'apprécier, mais d'une application déraisonnable ou arbitraire.

La conclusion du Tribunal arbitral sur l'étendue de la clause de stabilisation dans cette affaire est suffisamment large pour mériter d'être citée intégralement :

*[T]ax stabilization guarantees that : (a) laws or regulations that form part of the tax regime at the time the LSA is executed will not be amended or modified to the detriment of the investor, (b) a stable interpretation or application that is in place at the time the LSA is executed will not be changed to the detriment of the investor, and (c) even in the absence of (a) and (b), stabilized laws will not be interpreted or applied in a patently unreasonable or arbitrary manner.*⁴⁴³

Il ne fait pas de doute que l'autorité de cette conclusion dépasse largement le cadre de cette affaire et sera exploitée dans d'autres arbitrages.

Le Tribunal arbitral a poursuivi son étude de la clause de stabilisation contenue dans le contrat entre les parties en rappelant que, dans sa décision sur la compétence, il avait retenu que la protection octroyée par cette clause ne découlait pas seulement de son contenu-même, mais également des « garanties implicites » qui découlent du droit péruvien. Parmi celles-ci figurent l'obligation de l'État d'agir de bonne foi, et son corollaire, l'interdiction pour un État de se contredire au détriment d'autrui ou « *doctrina de los actos propios* » en droit péruvien, également connu sous le terme d'estoppel, définie par le Tribunal arbitral comme « *a general legal principle, both in civil and international law, to prohibit a State from taking actions or making representations which are contrary to or inconsistent with actions or representations it has taken previously to the detriment of another* »⁴⁴⁴.

La position de Duke sur ce point était intéressante. Elle a consisté à soutenir que le principe de l'estoppel devait s'appliquer non seulement pour les actes incohérents et contradictoires qu'une même institution publique prenait au détriment d'un investisseur, mais également pour de tels actes pris par différentes institutions publiques dès lors qu'ils sont attribuables à l'État. L'investisseur cherchait ainsi à réunir les effets des principes d'attribution des actes à l'État, notamment ceux découlant des articles sur la responsabilité des États de la Commission du droit international, à ceux de l'estoppel. Le Tribunal arbitral a refusé de suivre cette voie. « *Claimant goes too far, however, in asserting that principles of State responsibility should apply, for purposes of estoppel, in attributing conduct of various State bodies or agencies to the State as a whole* »⁴⁴⁵.

Pour le Tribunal, il existe une distinction incontournable entre ces deux principes puisque l'estoppel n'implique pas que les actes pris soient de nature à mettre en cause la responsabilité internationale de l'État. Il suffit que ces actes

⁴⁴³ *Ibid.* au para. 227.

⁴⁴⁴ *Ibid.* au para. 231.

⁴⁴⁵ *Ibid.* au para. 242.

« induces reliance by a third party as to the State's position on a particular subject »⁴⁴⁶. Le Tribunal en a conclu qu'il est nécessaire, pour que l'estoppel trouve à s'appliquer, que les autorités qui seraient à son origine soient compétentes, dès lors que « no one can reasonably have confidence in representations or statements coming from an organ which manifestly lacks the competence to make them »⁴⁴⁷. Dans ce contexte, le Tribunal arbitral a également clairement estimé que les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États n'étaient pas pertinents. Pour que des actes d'un État puissent être invoqués en matière d'estoppel, le Tribunal a insisté, se référant à l'article 46 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, sur leur caractère non-équivoque, « that is to say, it must be the result of an action or conduct that, in accordance with normal practice and good faith, is perceived by third parties as an expression of the State's position, and as being incompatible with the possibility of being contradicted in the future »⁴⁴⁸. Cette appréciation restrictive de l'estoppel ne manquera certainement pas d'être discutée à l'avenir dans d'autres affaires.

L'analyse de l'application de ces principes aux violations alléguées par Duke de ses droits à stabilisation fiscale dépasse le cadre de cette chronique. Il suffit ici de relever qu'au terme d'une sentence détaillée et sur la base de calculs d'experts, le Tribunal arbitral a condamné le Pérou à verser à Duke la somme de 18,4 millions de dollars⁴⁴⁹.

L'affaire n'est toutefois pas achevée puisque Duke a saisi le CIRDI d'une demande d'annulation de la sentence le 24 décembre 2008. La décision du Comité *ad hoc* ne devrait pas être connue avant le début de l'année 2010.

XXIII. Sentence du 27 août 2008, *Plama Consortium Ltd. c. République de Bulgarie*⁴⁵⁰

*Composition du Tribunal arbitral : Carl Salans*⁴⁵¹, *Président; Albert Jan van den Berg*⁴⁵² *et Van Vechten Veeder*⁴⁵³.

La sentence dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* a été rendue plus de 3 ans après la décision sur la compétence⁴⁵⁴. Cette affaire avait été largement publicisée comme la première enregistrée par le CIRDI sur le fondement du *Traité sur la Charte de*

⁴⁴⁶ *Ibid.* au para. 245.

⁴⁴⁷ *Ibid.* au para. 247, voir aussi au para. 250.

⁴⁴⁸ *Ibid.* au para. 249.

⁴⁴⁹ Il faut ici mentionner les deux opinions dissidentes partielles rendues par MM. Tawil et Nikken portant sur divers points qu'il serait trop long d'aborder dans le cadre de cette chronique.

⁴⁵⁰ *Plama Consortium Limited c. Republic of Bulgaria* (2008), n° ARB/03/24 (CIRDI) [*Plama (sentence)*]

⁴⁵¹ Nommé par le CIRDI.

⁴⁵² Nommé par le demandeur.

⁴⁵³ Nommé par la défenderesse.

⁴⁵⁴ *Plama Consortium Limited c. Republic of Bulgaria* (2005), n° ARB/03/24 (CIRDI) [*Plama (compétence)*], décision sur la compétence du 8 février 2005 et nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 310 et s.

l'énergie (« TCE »)⁴⁵⁵. Comme nous l'avons expliqué lors de l'analyse de la décision sur la compétence, l'investisseur chypriote se plaignait des diverses mesures ayant affecté sa prise de participation dans une raffinerie de pétrole en Bulgarie⁴⁵⁶.

S'étant reconnu compétent, le Tribunal arbitral a analysé le fond de l'affaire, mais force est de constater que, sur les 98 pages de la sentence, ce dernier aurait pu s'arrêter à la moitié de son analyse, à savoir à la page 43, une fois le dol, « *misrepresentation* », commis par le demandeur, reconnue. Cependant les arbitres ont même choisi d'analyser, et de manière extensive, les prétentions au fond des parties pour, au final, décider que les problèmes rencontrés par l'investisseur « *were not attributable to any unlawful actions of Bulgaria* »⁴⁵⁷. Nous reviendrons essentiellement sur cette première partie dans laquelle l'analyse du Tribunal n'est pas contestable quant aux conséquences du dol, mais l'est profondément quant à la méthode employée (A). Nous commenterons ensuite sur les questions les plus importantes de l'*obiter dictum* de 55 pages que constitue l'analyse des violations des dispositions de fond du TCE (B).

A. De l'interprétation du TCE ou comment le Tribunal n'a pas respecté les termes clairs du Traité concernant la recevabilité des demandes.

Le Tribunal a entamé son analyse préliminaire par une analyse préalable de la question de savoir si la demanderesse, société chypriote, était contrôlée ou détenue par des « *citizens or nationals of a State Party to the ECT* »⁴⁵⁸. Si l'on peut s'étonner que cette analyse n'ait pas été traitée lors des questions de compétence, force est de constater que le Tribunal a rapidement analysé cette question dans la présente sentence. Elle découle des arguments présentés par la défenderesse sur l'application de l'article 17.1 TCE permettant d'exclure du champ de protection du TCE les investissements des entités contrôlées par des tiers n'ayant pas d'activité substantielle sur le territoire d'une partie contractante⁴⁵⁹. Cependant, l'entreprise Plama est enregistrée à Chypre, État partie au TCE, et la personne contrôlant l'entreprise, d'après le Tribunal, M. Vautrin, est français et donc citoyen d'un État contractant. L'article 17.1 du TCE ne trouve ainsi pas à s'appliquer en l'espèce et ne peut servir à la Bulgarie pour refuser l'applicabilité de la Partie III du TCE sur la protection des investissements⁴⁶⁰.

Cet argument préalable écarté, le Tribunal s'est concentré de manières approfondies sur la défense présentée par la Bulgarie consistant à alléguer l'irrecevabilité des demandes de Plama au motif qu'un dol aurait été commis, que le

⁴⁵⁵ Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 310-311 et Emmanuel Gaillard, « Energy Charter Treaty : International Centre for Settlement of Investment Dispute Decision » [*NewYork*] *Law Journal* (7 avril 2005), en ligne: New York Law Journal <<http://www.nylj.com>>.

⁴⁵⁶ *Plama (sentence)*, *supra* note 450 aux pp. 16-21.

⁴⁵⁷ *Ibid.* au para. 305.

⁴⁵⁸ *Ibid.* au para. 77.

⁴⁵⁹ *Ibid.* aux para. 79-80.

⁴⁶⁰ *Ibid.* aux para. 94-95.

*Claimant obtained its investment in Nova Plama via misrepresentations in violation of Bulgarian Law, which is, therefore, void ab initio under the Privatisation Act and voidable Under the Bulgarian Obligations and Contracts Act. Accordingly, Claimant does not own the investment and did not acquire the control if in accordance with the Bulgarian law.*⁴⁶¹

Pour la Bulgarie, la demanderesse a dissimulé volontairement à l'agence d'État en charge de réguler les privatisations l'identité des personnes contrôlant la société chypriote afin de laisser croire que les ressources financières de cette société étaient bien plus substantielles qu'en réalité⁴⁶².

Ainsi, le Tribunal est revenu premier lieu sur l'obligation d'obtenir une autorisation de l'agence d'État en charge des privatisations⁴⁶³. Il a indiqué, à juste titre, que cette question concerne la recevabilité des demandes et non des questions de compétence, ce qui explique qu'il ne les avait pas traitées lors de la décision de 2005⁴⁶⁴. La question est en effet de savoir si « *Claimant is entitled to the substantive protections offered by the ECT* »⁴⁶⁵. Le Tribunal a décidé sur ce premier point que la demanderesse n'avait pas présenté la réalité du projet, à savoir le rachat de bon nombre d'actions dans Nova Plama, lors de l'approbation du projet par l'Agence. Ainsi, la condition de la nécessité d'une autorisation de l'agence d'État en charge des privatisations n'a pas été respectée⁴⁶⁶. Restait à déterminer s'il y a eu dol de la part de la demanderesse lorsque celle-ci n'a pas respecté les dispositions bulgares en matière de privatisation.

Le Tribunal énonce dans un premier temps qu'il est évident que « *Mr. Vautrin was determined not to disclose his true role in the privatization and, by doing so, he deliberately misrepresented to the Bulgarian authorities the true identity of the investors in Nova Plama* »⁴⁶⁷. Ainsi, pour le Tribunal il est évident que l'acquisition de Nova Plama :

*was the result of a deliberate concealment amounting to fraud, calculated to induce the Bulgarian authorities to authorize the transfer of shares to an entity that did not have the financial and managerial capacities required to resume operation of the Refinery... this behavior is contrary to other provisions of the Bulgarian law and to international law and that it, therefore, precludes the application of the protections of the ECT.*⁴⁶⁸

⁴⁶¹ *Ibid.* au para. 96.

⁴⁶² *Ibid.* aux para. 96-106.

⁴⁶³ Voir le caractère relatif de la nécessité de l'obtention formelle de cette autorisation dans la présente chronique, *Desert Line Project c. Yémen*, chapitre 6.

⁴⁶⁴ *Plama (sentence)*, *supra* note 450 au para. 112.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ *Ibid.* aux para. 114-115.

⁴⁶⁷ *Ibid.* aux para. 128-129.

⁴⁶⁸ *Ibid.* au para. 135.

Ce raisonnement semble à première vue logique, et même dans la lignée des tribunaux CIRDI ayant eu à analyser les questions relatives à l'admission et l'établissement d'un investissement en conformité avec le droit de l'État d'accueil. En effet, bon nombre de TBI contiennent des dispositions à cet effet et de nombreux tribunaux ont eu à trancher la conformité d'un investissement avec le droit de l'État d'accueil afin de décider si l'investissement devait être protégé au non⁴⁶⁹. Il n'en est cependant rien en l'espèce.

En effet, le TCE ne contient aucune disposition relative au respect du droit local et l'article 17 posant les conditions permettant à un État de refuser l'application du TCE dans certaines conditions n'y fait aucunement référence⁴⁷⁰. Le Tribunal a d'ailleurs noté que « *the ECT does not contain a provision requiring the conformity of the Investment with a particular law* »⁴⁷¹. En conséquence, la conformité au droit local n'est pas une condition de recevabilité du TCE même si l'on peut aisément prendre en considération cette violation du droit local lors de l'examen du fond du litige, notamment lors de l'analyse de la responsabilité de l'État ou de l'évaluation du préjudice. Cela permettrait à la fois de tenir compte de l'illégalité afin que l'investisseur ne puisse en bénéficier sans conséquence, mais également de ne pas détourner les dispositions de l'instrument conventionnel applicable, le TCE en l'espèce. Cependant, cela ne pourrait être réalisé que lors de l'analyse par le Tribunal des violations de fond alléguées et non pas par « *l'introduction prétorienne d'une condition de recevabilité dans un traité qui ne la contient pas* »⁴⁷².

C'est pourtant cette dernière voie que le Tribunal a empruntée.

En effet, le Tribunal a affirmé que « *[t]his does not mean, however, that the protection provided by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law* »⁴⁷³. En utilisant le préambule du TCE, le Tribunal a noté que le TCE a pour but de renforcer l'application des règles de droit dans le domaine énergétique et que, par conséquent, le respect du droit local doit être vu comme une conséquence logique du préambule : « *[T]he substantive protections of the ECT cannot apply to investments made contrary to law* »⁴⁷⁴. Se fondant sur les précédents ayant refusé l'application d'un traité de protection des investissements (quoi que ces derniers contenaient une disposition sur la violation du droit local), le Tribunal a décidé de l'irrecevabilité des demandes de l'investisseur, c'est-à-dire

⁴⁶⁹ Voir notamment *Saluka Investments BV (The Netherlands) c. République Tchèque*, Sentence partielle CNUDCI du 17 mars 2006, au para. 204; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. République du Salvador* (2006), n° ARB/03/26 (CIRDI), sentence du 2 août 2006, aux para. 230-244; *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie* (2007), n° ARB/05/18 (CIRDI), décision sur la compétence du 6 juillet 2007, para. 182; *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A c. Maroc* (2001), n° ARB/00/4 (CIRDI), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, para. 46; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. République des Philippines* (2007), n° ARB/03/25(CIRDI), sentence du 16 août 2007, aux para 327-394. Et nos commentaires de certaines de ces décisions Fouret & Khayat, « Recueil des Commentaires », *supra* note 7 aux pp. 436-438, 562-569 et 579-585.

⁴⁷⁰ *Plama (sentence)*, *supra* note 450 aux para. 106-107.

⁴⁷¹ *Ibid.* au para. 138.

⁴⁷² Emmanuel Gaillard, « Chronique des sentences arbitrales CIRDI », (2009) 136.1 JDI 333 à 341.

⁴⁷³ *Plama (sentence)*, *supra* note 450 au para. 138.

⁴⁷⁴ *Ibid.* au para. 139.

l'impossibilité pour ce dernier d'être protégé par les dispositions substantielles du TCE⁴⁷⁵.

Nous ne pouvons que regretter la voie choisie par le Tribunal qui aurait ainsi pu, comme indiqué ci-dessus, parvenir aux mêmes fins sans détourner les dispositions du TCE, mais en retenant, par exemple, que « des mesures prises par un État à l'encontre d'agissements illégaux pourront être considérés comme n'engageant pas la responsabilité de l'État »⁴⁷⁶. Le raccourci utilisé par les arbitres est un choix délibéré d'interprétation, qui nous rappelle que les moyens d'interprétation « auxiliaires », notamment le préambule ou les travaux préparatoires, prévus dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ne sont qu'auxiliaires et qu'en cas de sens ambigu ou si l'interprétation sans ces moyens est absurde⁴⁷⁷. Le TCE étant clair, les arbitres auraient dû s'y limiter sur les questions de recevabilité en conservant l'essentiel de l'analyse pour les questions de fond.

On ne peut s'empêcher de penser que les arbitres, premiers à rendre une sentence finale sur le fondement du TCE, ont souhaité faire œuvre doctrinale dans l'interprétation de l'instrument conventionnel.

B. Des quelques apports substantiels de l'*obiter dictum*

Une fois encore, et comme nous l'avions déploré par le passé, l'*obiter dictum* figure dans un nouvel arbitrage fondé sur un instrument international de protection des investissements⁴⁷⁸. En l'espèce, bien qu'ayant décidé de l'irrecevabilité des demandes, les arbitres ont pourtant consacré pas moins de 56 pages sur les 99 pages de la sentence à l'analyse des prétentions des parties au fond pour déterminer qu'aucune de celles-ci n'aurait été fondées en tout état de cause⁴⁷⁹. Il est bien entendu impossible de savoir si les arbitres auraient décidé de la même manière si la recevabilité avait été retenue, mais il est probable que ce serait le cas au vu des faits analysés de manière précise et détaillée par le Tribunal. Nous ne reviendrons que sur les quelques points dignes d'intérêt pour l'arbitrage CIRDI en général.

Tout d'abord, nous notons que les arbitres ont choisi de ne pas s'appesantir sur des questions épineuses du droit des investissements, en les évitant soigneusement, comme celle relative au contenu précis du traitement et de la

⁴⁷⁵ *Ibid.* au para. 146.

⁴⁷⁶ Emmanuel Gaillard, « Chronique des sentences arbitrales CIRDI », (2009) 136.1 JDI 333 à 341.

⁴⁷⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) art. 32. Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

⁴⁷⁸ Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 310 et s.

⁴⁷⁹ *Plama (sentence)*, *supra* note 450 au para. 305.

protection pleine et entière pour laquelle leur analyse juridique tient en trois paragraphes⁴⁸⁰. Il est vrai qu'ils n'étaient nullement tenus d'en faire plus.

En réalité, le seul intérêt véritable de cette partie de la sentence concerne l'analyse du changement de législation en matière environnementale afin de décider si ce changement violait le traitement juste et équitable garanti par le TCE⁴⁸¹.

Pour le demandeur, la modification de cette législation environnementale créait de nouvelles responsabilités pour l'investisseur, engendrant des engagements financiers beaucoup plus importants, en violation patente du TCE⁴⁸². Pour le Tribunal, pour établir une violation du traitement juste et équitable, « *the investor is only protected if (at least) reasonable and justifiable expectations were created in that regard. [En l'espèce] it does not appear that Bulgaria made any promises or other representations to freeze its legislation on environmental law for the Claimant at all* »⁴⁸³. Le traitement juste et équitable est donc appliqué en conformité avec la « jurisprudence » antérieure sur la question refusant nécessairement de transformer ce traitement en une clause de stabilisation juridique des dispositions réglementaires interne d'un État⁴⁸⁴. Il faut en effet que des dispositions législatives ou réglementaires soient « *aimed directly against Claimant and its investment* »⁴⁸⁵ pour qu'une violation puisse être reconnue. En outre, aucune conséquence pécuniaire définitive et incontestable n'a pu être prouvée par l'investisseur après la mise en œuvre de cette réglementation, si tant est que celle-ci ait pu constituer une violation du traitement juste et équitable⁴⁸⁶. Dans tous les cas de figure envisagés par le Tribunal, l'investisseur n'aurait de toute façon rien obtenu.

⁴⁸⁰ Le Tribunal ayant choisit en effet de ne pas répondre aux questions de savoir si cette protection s'applique uniquement à la sécurité physique et à la protection des biens ou si elle octroie des garanties, notamment juridiques, plus larges en matière de stabilité et de prévisibilité du cadre juridique applicable aux investissements. *Ibid.* aux para. 179-181.

⁴⁸¹ *Ibid.* aux para. 194-228.

⁴⁸² *Ibid.* aux para. 194-206.

⁴⁸³ *Ibid.* au para. 219.

⁴⁸⁴ Voir, notamment sur la question de la validité des clauses de stabilisation au regard du principe de souveraineté des États, Prosper Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérés dans les accords de développement économique » dans *La communauté internationale - Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, A. Pedone, 1974 à la p. 301; Jean-Flavien Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées : Développements récents » (1983) 181-III Rec. des Cours 9. Plus généralement, sur les clauses de stabilisation en arbitrage international, voir Abdullah Faruque, « Validity and Effects of Stabilization Clauses » (2006) 23 J. Int'l Arb. 317; Andrea Giardina, « Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire? » 2003-3 Rev. Arb. 647; Sébastien Manciaux, « Changement de législation fiscale et arbitrage international » (2001) 2 Rev. Arb. 311; Abba Kolo et Thomas W. Wälde, « Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects » (2000) 5 J. World Inv't 47; Piero Bernardini, « The Renegotiation of the Investment Contract » (1998) Foreign Investment Law Journal 411; Sameer K. Chatterjee, « The Stabilisation Clause Myth in Investment Agreements » (1988) 5.4 J. Int'l Arb 97; Muthucumaraswamy Sornarajah, « Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts » (1988) 5.2 J. Int'l Arb. 97; Pierre Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État » (1986) 113 J.D.I. 5.

⁴⁸⁵ *Plama (sentence)*, *supra* note 450 au para. 218.

⁴⁸⁶ *Ibid.* aux para.. 225-227.

La conciliation des modifications du droit local avec le traitement juste et équitable ainsi que son énonciation de manière claire et précise sont nécessaires et doivent être encouragées afin que certains investisseurs cessent de soumettre des demandes infondées, croyant que les traités de protection des investissements constituent des polices d'assurance tous risques contre les agissements, légitimes ou non, d'un État⁴⁸⁷.

Les autres demandes de l'investisseur, fondées sur des révoltes ouvrières et sur les mesures fiscales sont également rejetées sur des fondements largement factuels. Elles ne présentent pas d'intérêt pour la présente chronique⁴⁸⁸.

En conclusion, l'analyse par le Tribunal de la répartition des coûts entre les parties illustre sa volonté de sanctionner l'investisseur en raison d'une procédure allongée de son fait et de son absence de volonté de soumettre certains documents lors de la phase de l'instruction de la compétence, notamment sur la structure de l'entreprise en question⁴⁸⁹.

Principalement en raison du dol commis par le demandeur, le Tribunal arbitral a poursuivi sa logique en décidant que tous les frais et honoraires des arbitres seront supportés par le demandeur et qu'en outre, une partie importante des frais de défense de la Bulgarie, soit 7 millions de dollars, seront également à sa charge. Le demandeur se voit donc dans l'obligation de payer près de 7,5 millions de dollars à la défenderesse⁴⁹⁰ dans la lignée de bon nombre de décisions, en vertu du principe retenu dans de nombreux cas en matière d'arbitrage commercial selon lequel les « *costs follow the event* » ou le principe « *loser pays* »⁴⁹¹. En l'espèce, cela nous apparaît justifié, même si le demandeur aurait sans doute apprécié que les arbitres ne fassent pas augmenter les coûts de l'arbitrage en limitant leur analyse et la sentence à la question de la recevabilité de la demande, sans faire d'une grande partie de cette sentence l'un des plus longs *obiter dictum* de l'histoire du CIRDI.

⁴⁸⁷ *Emilio Agustín Maffezini c. Kingdom of Spain* (2000), n° ARB/97/7 (CIRDI), sentence du 13 novembre 2000, au para. 64

⁴⁸⁸ *Plama (sentence)*, *supra* note 450 aux para. 229 et s.

⁴⁸⁹ *Ibid.* au para. 318.

⁴⁹⁰ *Ibid.* aux para. 318-324.

⁴⁹¹ Voir notre analyse dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 573 et s.

XXIV. Sentence du 5 septembre 2008, *Continental Casualty Company c. République argentine*⁴⁹²

*Composition du Tribunal arbitral : Giorgio Sacerdoti*⁴⁹³, *Président ; V.V. Veeder*⁴⁹⁴ *et Michell Nader*⁴⁹⁵.

Cette sentence, partie prenante du contingent des affaires argentes instituées sur le fondement du *Traité bilatéral de protection des investissements* (« TBI ») américano-argentin, fait suite à la décision sur la compétence rendue en 2006⁴⁹⁶.

Continental a réalisé un investissement dans CNA, une compagnie d'assurance, puis a augmenté progressivement sa participation pour atteindre 100 % du capital en 2000⁴⁹⁷. Pour le demandeur, CNA disposait des portefeuilles d'investissements avant mars 2001 en pesos convertibles en dollars américains. Cependant, avec la mise en place du régime de contrôle des changes, la dévaluation du pesos ainsi que les restrictions sur les transferts de fonds, Continental a soutenu qu'il a subi de lourdes pertes du fait des mesures prises par le gouvernement argentin (plus de 45 millions de dollars) en violation des protections offertes par le TBI au titre du traitement juste et équitable, de la liberté de transfert et de l'indemnisation du fait d'une expropriation⁴⁹⁸. Il est intéressant de noter que le Tribunal, et pour la première fois si clairement à notre connaissance, explique l'ensemble du contexte argentin et les mesures prises pendant et à la suite de la crise de manière extrêmement détaillée⁴⁹⁹. L'analyse d'ensemble de la sentence permet de comprendre pourquoi le point central de l'analyse se porte sur le contexte argentin et sur les mesures économiques : la question de l'état de nécessité est la question centrale analysée par le Tribunal arbitral (A). Ce dernier, une fois l'analyse de l'état de nécessité effectuée, est revenu sur les violations du TBI alléguées par l'investisseur (B)

A. De la reconnaissance de l'état de nécessité pour la seconde fois dans le contentieux arbitral argentin.

Nous l'avions déjà affirmé par le passé, la tendance d'opposition frontale entre les sentences *CMS*, refusant d'admettre l'état de nécessité, et *LG&E*, qui l'a accepté, tournait largement à l'avantage de la première, car aucune autre sentence n'avait reconnu l'état de nécessité de l'Argentine⁵⁰⁰.

⁴⁹² *Continental Casualty Company c. Argentine Republic* (2008), n° ARB/03/9 (CIRDI) [*Continental (sentence)*]

⁴⁹³ Nommé par le CIRDI.

⁴⁹⁴ Nommé par le demandeur.

⁴⁹⁵ Nommé par la défenderesse.

⁴⁹⁶ Décision sur la compétence du 22 février 2006 et nos commentaires Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 406 et s.

⁴⁹⁷ *Continental –(sentence)*, *supra* note 492 aux para. 1-16.

⁴⁹⁸ *Ibid.* aux para. 17-22.

⁴⁹⁹ *Ibid.* aux para. 100 - 159.

⁵⁰⁰ Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 543 et s. Voir aussi Julien Fourret, « 'CMS c. LG&E' ou l'état de nécessité en question » (2007), 2 *Rev. arb.* 249.

Il apparaissait cependant que cette situation résultait également du fait que le président du tribunal, dans trois de ces affaires, était le même et nous avons ainsi parlé, comme d'autres⁵⁰¹, d'« interprétation *vicuñesque* » de l'état de nécessité⁵⁰². Cela ne semblait pourtant pas refléter la réalité économique argentine, mais correspondait à une position qui nous apparaissait idéologique, difficilement défendable juridiquement. La sentence *Continental* vient ainsi contredire cette tendance en menant une analyse, sur plus de trente pages, de cette question et de l'articulation entre l'article XI du TBI⁵⁰³ et de l'état de nécessité en tant que circonstance excluant l'illicéité du droit international coutumier.

Nous suivons dans notre commentaire le déroulement logique choisi par le Tribunal arbitral qui se démarque tout d'abord de toutes les analyses faites auparavant en affirmant qu'il est préférable d'examiner, dans un premier temps, si l'Argentine se trouvait dans une situation d'état de nécessité avant de déterminer si elle avait violé ses obligations résultant du TBI⁵⁰⁴.

Pour ce qui est de l'analyse, le Tribunal pose en premier lieu la différence entre l'article XI du TBI et la défense coutumière de l'état de nécessité. Cette analyse suit en réalité les contours exacts de l'analyse du comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS c. Argentine* qui avait mené une analyse poussée, et comparative, de ces deux défenses⁵⁰⁵.

En effet, ces deux dispositions n'ont pas le même champ d'application. Pour la disposition conventionnelle :

*Art. XI restricts or derogates from the substantial obligations undertaken by the parties to the BIT in so far as the conditions of its invocation are met. In fact, Art. XI has been defined as a safeguard clause; it has been said that it recognizes "reserved rights," or that it contemplates "non-precluded" measures to which a contracting state party can resort.*⁵⁰⁶

De son côté, la disposition coutumière, dérivée de l'article 25 du projet d'articles de la Commission du droit international, est une circonstance excluant l'illicéité d'un acte qui n'est pas en conformité avec les obligations internationales d'un État en application de conditions extrêmement strictes⁵⁰⁷.

⁵⁰¹ Mathieu Raux, « Les circonstances excluant l'illicéité dans le cadre du contentieux investisseurs-États » dans *Gazette du Palais*, 16 décembre 2008, 23.

⁵⁰² Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 539 et s.

⁵⁰³ Cet article dispose : « *This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.* »

⁵⁰⁴ *Continental (sentence)*, *supra* note 492 au para. 161.

⁵⁰⁵ CMS, *supra* note 74 aux para. 111 et s., décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007 et nos commentaires Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 612-614.

⁵⁰⁶ *Continental (sentence)*, *supra* note 492 au para. 164.

⁵⁰⁷ *Ibid.* aux para. 166-167.

L'analyse du Tribunal est des plus intéressante, car il a comparé les deux défenses en indiquant principalement que les conditions d'application ne sont pas les mêmes. En effet, pour le Tribunal, le caractère extrêmement strict des conditions de la norme coutumière s'explique par son application générale à l'encontre de tout type d'obligations, alors que l'article XI limite simplement les obligations générales contractées par les deux États parties en matière de protection des investissements⁵⁰⁸. Cependant, le Tribunal a reconnu un lien entre ces défenses qui permettent plus de flexibilité dans l'application des obligations internationales, reconnaissant la protection nécessaire de principes et d'intérêts impérieux pour l'État, sans être tenu responsable pour les actes qu'il a pris pour assurer cette protection. Ainsi, les conséquences pouvant en découler sont similaires : « *condoning conduct that would otherwise be unlawful and thus removing the responsibility of the State* »⁵⁰⁹. Le Tribunal a donc retenu la règle coutumière pour les conditions d'application de l'article XI, si et seulement si elle l'assiste pour appliquer la disposition conventionnelle.

1. LA CRISE ARGENTINE RENTRE-T-ELLE DANS LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE XI SUR LE MAINTIEN DE L'ORDRE PUBLIC ET LES INTÉRÊTS ESSENTIELS POUR LA SÉCURITÉ DE L'ÉTAT ?

Le Tribunal a réaffirmé en premier lieu ce que toutes les sentences rendues auparavant en relation avec la crise économique argentine avaient affirmé, à savoir qu'une crise économique pouvait mettre en péril l'ordre public et les intérêts essentiels de la nation au même titre que des menaces armées à la paix et à la sécurité de l'État⁵¹⁰. Il s'agit désormais d'une position de principe de tous les tribunaux, qu'ils aient accepté ou non l'état de nécessité, et il est souhaitable que cela ne puisse plus être remis en question.

Le Tribunal a ensuite clarifié un point d'importance en décidant qu'il n'est pas nécessaire que la situation ait déjà dégénéré jusqu'à un point de non retour, sinon l'application du principe serait inutile⁵¹¹. Les arbitres n'ont pu, pour autant, nier l'évidence de la situation argentine :

a crisis that brought about the sudden and chaotic abandonment of the cardinal tenet of the country's economic life, such as the fixed convertibility rate which had been steadfastly recommended and supported for more than a decade by the IMF and the international community; the near collapse of the domestic economy; the soaring inflation; the leap in unemployment; the social hardships bringing down more than half of the population below the poverty line; the immediate threats to the health of young children, the sick and the most vulnerable members of the population, the widespread unrest and disorders; the real risk of insurrection and extreme political disturbances, the abrupt resignations of

⁵⁰⁸ *Ibid.* au para. 167.

⁵⁰⁹ *Ibid.* au para. 168.

⁵¹⁰ *Ibid.* aux para. 173-175.

⁵¹¹ *Ibid.* au para. 180.

*successive Presidents and the collapse of the Government, together with a partial breakdown of the political institutions and an extended vacuum of power; the resort to emergency legislation granting extraordinary legislative powers to the executive branch, that all of this, taken together, does not qualify as a situation where the maintenance of public order and the protection of essential security interest of Argentina as a state and as a country was vitally at stake.*⁵¹²

Il semble même que le Tribunal ait été tout près d'affirmer que quiconque soutenant que les intérêts vitaux n'étaient pas en jeu serait de mauvaise foi et n'aurait pas pris en compte la réalité de la situation à l'époque. Cette position est salubre tant il est évident que la situation argentine était objectivement catastrophique. Ainsi, il est nécessaire de permettre à l'État de réagir aux menaces sur la stabilité du pays tout entier, car « *a time of grave crisis is not the time for nice judgments, particularly when examined by others with the disadvantage of hindsight* »⁵¹³. La crise argentine rentre donc bien dans le champ d'application de l'article XI.

2. QUI EST COMPÉTENT POUR JUGER QUE LES INTÉRÊTS ESSENTIELS DE L'ÉTAT SONT EN JEU, OU LE CARACTÈRE *SELF-JUDGING* DE L'ARTICLE XI

Cette question n'en est plus véritablement une, car toutes les sentences ont reconnu la capacité des arbitres à trancher ce point qui ne pouvait être laissé entièrement à la discrétion de l'État, au risque d'encourager une utilisation abusive de cette disposition⁵¹⁴.

Le Tribunal n'a pas décidé autrement, en s'appuyant sur la jurisprudence de la CIJ et du CIRDI, car « *caution must be exercised in allowing a party unilaterally to escape from its treaty obligations in the absence of clear textual or contextual indications* »⁵¹⁵. Par conséquent, hormis les dispositions dans lesquelles le caractère *self-judging* est explicitement indiqué – même si cela pourra toujours faire l'objet d'une interprétation –, il ne sera jamais reconnu dans tous les autres cas.

3. LES MESURES PRISES PAR L'ARGENTINE ÉTAIENT-ELLES NÉCESSAIRES POUR MAINTENIR L'ORDRE PUBLIC ET PROTÉGER LES INTÉRÊTS ESSENTIELS DE L'ÉTAT?

Le caractère nécessaire des mesures prises est le point central de l'analyse, car si l'état d'urgence semblait évident, il restait à déterminer si les mesures prises étaient nécessaires et appropriées en fonction de la situation.

⁵¹² *Ibid.* au para. 180.

⁵¹³ *Ibid.* au para. 181.

⁵¹⁴ Voir sur ce sujet nos commentaires de CMS et LG&E, Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp 347-348 et 462-463.

⁵¹⁵ *Continental (sentence)*, *supra* note 492 aux para. 187-188.

Le Tribunal, en s'appuyant principalement sur la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, a tenté en premier lieu de déterminer les contours du caractère « nécessaire » des mesures. Les arbitres ont retenu ainsi qu'une mesure nécessaire n'est pas forcément indispensable, mais que la prise de décision implique un processus destiné à évaluer l'importance relative des intérêts en jeu, la contribution de la mesure à la réalisation des objectifs poursuivis et enfin son impact sur les obligations en matière d'investissement. De plus, une mesure ne doit pas être jugée nécessaire si une mesure alternative, permettant un meilleur respect des obligations conventionnelles, pouvait être raisonnablement prise par l'État et était disponible⁵¹⁶.

Pour le Tribunal, les mesures prises par l'État, tel que la *pesification* de l'économie ou la restructuration des instruments de crédit, étaient parfaitement nécessaires :

[T]he Measures at issue (the Corralito, the Corralon, the pesification, the default and the subsequent restructuring of those debt instruments involved here) were in part inevitable, or unavoidable, in part indispensable and in any case material or decisive in order to react positively to the crisis, to prevent the complete break-down of the financial system, the implosion of the economy and the growing threat to the fabric of Argentinean society and generally to assist in overcoming the crisis. In the Tribunal's view, there was undoubtedly "a genuine relationship of end and means in this respect."⁵¹⁷

Cette analyse est logique, car les quatre mesures principales ont été prises afin que le système économique argentin ne s'effondre pas totalement. Cependant, il restait au Tribunal à déterminer si des alternatives raisonnables, viables et, surtout, qui auraient eu des conséquences moindres sur les investisseurs étrangers auraient pu être mises en place.

Le Tribunal a ensuite analysé exhaustivement tous les moyens soulevés par l'investisseur pour contrer l'applicabilité de l'état de nécessité, à savoir une possible alternative pour toutes les mesures prises par l'Argentine⁵¹⁸, ou encore pour soutenir que l'Argentine aurait pu, et donc du, prendre des mesures plus rapides et surtout antérieures à celles incriminées par le demandeur⁵¹⁹.

Même s'il a déterminé que les mesures prises étaient nécessaires et n'auraient pu faire l'objet d'alternatives véritables, le Tribunal s'est principalement appuyé sur une analyse téléologique, en fonction des mesures alternatives proposées par l'investisseur. Ce dernier avait en effet tenté de démontrer que l'Argentine aurait pu prendre des mesures qui lui auraient causé des dommages moins importants et que

⁵¹⁶ *Ibid.* aux para. 193-195.

⁵¹⁷ *Ibid.* au para. 197.

⁵¹⁸ *Ibid.* aux para. 200 à 222.

⁵¹⁹ *Ibid.* aux para. 223 à 230.

l'état de nécessité ne pourrait donc servir d'excuse aux mesures prises par la défenderesse⁵²⁰.

Emprunt de pragmatisme, le Tribunal a indiqué en premier lieu que l'Argentine « *made reasonable efforts to take measures that would have, or might have maintained convertibility thus respecting its international obligations connected thereto [...] we consider that the Government's efforts struck an appropriate balance between that aim and the responsibility of any government towards the country's population* »⁵²¹. En outre, le Tribunal a relevé que les alternatives proposées par Continental n'auraient pu à la fois garantir le traitement de l'investissement et la sauvegarde de l'économie argentine. Les propositions du demandeur n'étaient donc pas de véritables alternatives aux mesures argentines⁵²².

L'ensemble des arguments du demandeur ayant été rejeté, le Tribunal retient l'excuse de l'État de nécessité : *We consider that Argentina's conduct in the face of the economic and social crisis conformed, by and large, with the conditions required for derogating from its obligations Under Art. XI of the BIT as to the Measures challenged in the present dispute*⁵²³.

Le Tribunal a ensuite examiné les conséquences de sa décision.

4. LES CONSÉQUENCES DE L'APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE XI

C'est donc à la lumière de l'application de l'article XI que les violations du TBI alléguées par Continental devront être analysées.

Les arbitres ne se sont toutefois pas arrêtés à cette analyse et se sont également assurés que l'Argentine n'a pas contribué à l'état de nécessité dans lequel elle s'est trouvée, une application en quelque sorte, sans le citer, du principe général de droit *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Dans cette analyse, le Tribunal a énoncé que les officiels argentins ont reconnu une part de responsabilité dans la situation économique argentine. Pour autant, loin de s'arrêter à ce point formel, les arbitres ont retenu que les États-Unis ainsi que les institutions financières internationales avaient eux-mêmes soutenu la politique économique précédant la crise⁵²⁴. Il aurait en effet été absurde d'analyser rétrospectivement ces mesures sans prendre en compte l'état d'esprit général au moment où ces mesures ont été prises, notamment pour ce qui est de la convertibilité du dollar et du peso. Le Tribunal en a donc conclu :

[i]n the light of the analysis available and of the evidence submitted to us we have come to the conclusion that the most likely means to avoid the crisis and the measures adopted to face and overcome it, would have been to adopt different policies years before, against the advice and support that

⁵²⁰ *Ibid.* aux para. 198 à 199.

⁵²¹ *Ibid.* au para. 227.

⁵²² *Ibid.* au para. 230.

⁵²³ *Ibid.* au para. 233.

⁵²⁴ *Ibid.* au para. 235.

*Argentina was receiving from the outside. In this context we do not consider that Argentina because of its own conduct is barred from invoking Art. XI of the BIT.*⁵²⁵

C'est donc pour la première fois qu'un Tribunal arbitral reconnaît, et à juste titre, que les mesures ayant mené à la crise et à l'état de nécessité de l'État argentin n'étaient pas uniquement de son fait, mais avaient été encouragées et soutenues par ses alliés et les institutions internationales. Nous approuvons cette prise de position du Tribunal qui contribue à proposer une appréciation exacte de l'état de nécessité dans le contentieux arbitral argentin en matière d'investissements internationaux⁵²⁶.

B. Quatre violations alléguées du BIT pour un maigre bilan final pour l'investisseur

La première violation alléguée concerne la violation de l'article V du TBI sur la liberté pour l'investisseur étranger de transférer des fonds sur les « *proceeds from the sale or liquidation of all or any part of an investment* »⁵²⁷. Cette demande est rapidement rejetée par le Tribunal arbitral, car l'impossibilité de transfert alléguée ne concernait pas directement l'investissement, mais un simple placement à court terme hors d'Argentine, ce qui n'était nullement une violation du TBI⁵²⁸.

La seconde violation alléguée concernait l'article III(2)(a) du TBI sur le traitement juste et équitable de l'investissement. Il s'agit de la seule violation du TBI que le Tribunal, a retenu, notamment sur la question de la stabilité du cadre juridique en Argentine. Cependant, et avant toute analyse de la question, le Tribunal a tenu fermement à rappeler que cela serait « *unconscionable for a country to promise not to change its legislation as time and needs change* »⁵²⁹ et s'est inscrit ainsi dans la lignée de ses prédécesseurs, conscient du risque de réintroduction des clauses de stabilisation juridique présente parfois dans les contrats d'État⁵³⁰. Le Tribunal, toujours dans une approche extrêmement minutieuse⁵³¹, a analysé chacune des mesures et retenu la violation du traitement juste et équitable uniquement pour l'une d'entre elles, à savoir la restructuration en 2004 des LETES, les bons du trésor argentin, ayant eu un impact sur l'investissement. Ceux-ci, contrairement à la *pesification* de l'économie couverte par l'état de nécessité, ne sont pas couverts par cet état. L'Argentine doit donc être tenue pour responsable de cette mesure qui ne respecte pas les attentes légitimes de

⁵²⁵ *Ibid.* au para. 236.

⁵²⁶ Voir déjà notre soutien à la reconnaissance de l'état de nécessité dans Julien Fouret, « "CMS c. LG&E" ou l'état de nécessité en question » (2007), 2 *Rev. arb.* 249.

⁵²⁷ *Continental (sentence)*, *supra* note 492 au para. 237.

⁵²⁸ *Ibid.* au para. 244.

⁵²⁹ *Ibid.* au para. 258.

⁵³⁰ Voir par exemple la sentence *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine Republic* (2007), n° ARB/01/03 (CIRDI), sentence du 22 mai 2007, aux para. 261 et s. ou *Parkerings-Compagniet AS c. Republic of Lithuania* (2007), n° ARB/05/8 (CIRDI), sentence du 11 septembre 2007, aux para. 332 et s. ainsi que nos commentaires Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 542 et 601 et s.

⁵³¹ Cette approche est une première explication à la longueur, 152 pages, de cette sentence.

l'investisseurs et qui leur a causé un préjudice de 2,8 millions de dollars, plus intérêts, selon le Tribunal⁵³².

Les deux autres violations du TBI, qu'il s'agisse de l'expropriation indirecte ou de la clause de respect des engagements, ne sont pas retenues par le Tribunal, ou sont couvertes par le champ de « protection » de l'état de nécessité de l'Argentine⁵³³. Nous noterons simplement que l'analyse de l'*umbrella clause* ou clause de respect des engagements est assez consensuelle, se fondant à la fois sur l'analyse de la décision du comité *ad hoc* dans *CMS*, tout en acceptant la position issue de la sentence *LG&E* sur les possibles engagements résultant de dispositions législatives⁵³⁴. Nous avons décrit la position des arbitres dans l'affaire *CMS* comme trop absolutiste, il semble que le présent Tribunal soit du même avis et ait choisi une solution médiane, la plus juste, quant au champ d'application de la clause⁵³⁵.

Au final, les dommages et intérêts accordés à l'investisseur sont faibles, 2,8 millions de dollars soit près de 40 fois moins que le montant réclamé par Continental. Ce dernier a ainsi initié le 14 janvier 2009 une procédure d'annulation à l'encontre de la sentence. Cette procédure nous semble cependant délicate à la vue de l'excellente sentence du Tribunal, principalement sur la question de l'état de nécessité, mais également sur les refus des violations du TBI. La dérive de l'automatisme du recours à la procédure d'annulation, pourtant exceptionnel dans le système CIRDI, semble ainsi se poursuivre au détriment de la finalité des sentences arbitrales et des objectifs des rédacteurs de la *Convention de Washington*.

XXV. Décision sur la compétence du 9 septembre 2008, *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. République d'Équateur*⁵³⁶

Composition du Tribunal arbitra : L. Yves Fortier, Président; David A.R. Williams et Brigitte Stern.

Dans une décision sur la compétence rendue le 9 septembre 2008, le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire opposant les demanderesse à l'Équateur a rejeté les objections présentées par cet État et retenu sa compétence pour connaître du fond du litige entre les parties.

Les faits de l'espèce n'ont été abordés que de manière succincte dans la décision. On y apprend que le différend portait sur les violations commises l'Équateur lorsqu'il a résilié, suivant une procédure de *caducidad* propre au droit équatorien, un contrat portant sur l'exploration et l'exploitation d'hydrocarbures par les demanderesse dans le bassin de l'Amazone. Cette décision est intervenue

⁵³² *Continental (sentence)*, *supra* note 492 au para. 265.

⁵³³ *Ibid.* aux para. 271-303.

⁵³⁴ *Ibid.* aux para. 301-302.

⁵³⁵ Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 609-612.

⁵³⁶ *Occidental (décision)*, *supra* note 377, décision sur la compétence du 9 septembre 2008. La décision ne comporte pas de précisions sur les modalités de constitution du Tribunal arbitral.

le 15 mai 2006, deux jours avant que la requête d'arbitrage ne soit soumise au CIRDI sur le fondement du *Traité d'encouragement et de protection réciproque des investissements* signé entre les États-Unis et l'Équateur.

La décision du Tribunal arbitral porte principalement sur une question d'interprétation de certaines dispositions du contrat objet du différend. Selon l'Équateur, celles-ci avaient pour effet d'exclure, dans certains cas ou pour certains litiges, la compétence d'un tribunal arbitral constitué en application de la *Convention de Washington* pour en connaître. Le Tribunal arbitral n'a pas retenu l'argumentation de l'Équateur pour des raisons tenant à la rédaction des dispositions en question qu'il n'est donc pas nécessaire de reprendre ici. Le fondement de l'interprétation du Tribunal arbitral est, en revanche, pertinent pour les praticiens de l'arbitrage CIRDI puisque, citant la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Aguas del Tunari c. République de Bolivie*⁵³⁷, le Tribunal reprend à son compte les formules suivantes :

*[i]t is the Tribunal's view that an ICSID tribunal has a duty to exercise its jurisdiction in such instances absent any indication that the parties specifically intended that the conflicting clause act as a waiver or modification of an otherwise existing grant of jurisdiction to ICSID. (...) The Tribunal will not read an ambiguous clause as an implicit waiver of ICSID jurisdiction; silence as to the question is not sufficient.*⁵³⁸

Il ne fait aucun doute que ces formules témoignent d'un certain libéralisme du Tribunal arbitral sur l'appréciation de sa compétence. La République d'Équateur, qui a tenté d'avancer divers arguments pour convaincre le Tribunal du contraire – et notamment de ce que le droit équatorien limiterait le droit des investisseurs de recourir au CIRDI⁵³⁹ – et dont la politique récente est pour le moins hostile au CIRDI⁵⁴⁰, appréciera.

On relèvera également que la République d'Équateur avait tenté d'avancer l'argument selon lequel les demandereses n'auraient pas respecté la période de négociation amiable préalable de six mois prévue par le TBI. Relevant les nombreuses discussions ayant eu lieu entre les parties et retenant que cette obligation n'a pas lieu de constituer un obstacle à la compétence dès lors que ces de tels efforts auraient été futiles⁵⁴¹.

⁵³⁷ *Aguas del Tunari SA c. République de Bolivie* (2005), n° ARB/02/3 (CIRDI), décision sur la compétence du 21 octobre 2005, voir Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 à la p. 368.

⁵³⁸ *Occidental (décision)*, *supra* note 377 aux para. 71 et 85, citant la décision rendue dans l'affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie*.

⁵³⁹ Ce à quoi le Tribunal arbitral répond de manière ferme que « *it cannot invoke its domestic law for the purpose of avoiding ICSID jurisdiction under the Treaty* » *Ibid.* au para. 87.

⁵⁴⁰ La République d'Équateur a en effet dénoncé la Convention de Washington le 6 juillet 2009 avec effet au 7 janvier 2010 (voir communiqué de presse du CIRDI du 9 juillet 2009, publié sur le site internet du CIRDI).

⁵⁴¹ *Aguas del Tunari c. Bolivie*, *supra* note 532, décision, aux para. 90-96 et notamment les précédents dans le même sens relevés au para. 94.

XXVI. Décision sur la compétence et la recevabilité du 24 septembre 2008, *Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. Roumanie*⁵⁴²

*Composition du Tribunal arbitral : Laurent Lévy*⁵⁴³, *Président ; Stanimir Alexandrov*⁵⁴⁴ *et Claus-Dieter Ehlermann*⁵⁴⁵.

La décision sur la compétence et la recevabilité dans l'affaire *Micula et autres c. Roumanie* a été rendue en septembre 2008 soit près de trois ans après l'enregistrement de la requête par le secrétariat du CIRDI.

Les demandeurs sont deux personnes physiques, les frères Micula, ainsi que trois entreprises, propriété en tout ou partie de ces deux frères se présentant comme de nationalité suédoise⁵⁴⁶. Le différend trouve sa source dans diverses dispositions législatives mises en place par la Roumanie dès 1998 afin d'encourager les investissements dans certaines zones du territoire roumain en accordant des avantages, notamment des exemptions de droits de douane⁵⁴⁷. Les investisseurs, engagés dans le domaine agro-alimentaire, avaient profité de ces avantages afin, notamment, de construire des usines et des moulins⁵⁴⁸. Cependant, après l'accession de la Roumanie à l'Union européenne, certaines de ces dispositions législatives d'encouragement aux investisseurs ont été considérées contraires au droit européen, ce qui a contraint la défenderesse à modifier son cadre réglementaire⁵⁴⁹. C'est sur le fondement de ces modifications que les investisseurs ont allégués de violations du TBI entre la Suède et la Roumanie.

Avant d'analyser ces prétentions au fond, le Tribunal a tout d'abord écarté les objections à la compétence assez classiques soulevées par la Roumanie dans la décision qui fait l'objet du présent commentaire.

La première question soulevée concernait le standard applicable à l'analyse du Tribunal des objections soulevées par la Roumanie⁵⁵⁰. Pour le Tribunal, la question est bien celle de déterminer ce qui relève de la compétence et ce qui relève de la recevabilité. Comme le tribunal l'a affirmé « *it is disputed whether the concept of admissibility is helpful in ICSID arbitration* »⁵⁵¹, mais contrairement à d'autres, il tient à faire la distinction entre les deux concepts qui sont clairement différents. Pour le Tribunal, une analyse de la recevabilité ne pourra être réalisée qu'une fois les

⁵⁴² *Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. Roumanie* (2008), n° ARB/05/20 (CIRDI) [*Micula*]

⁵⁴³ Nommé conjointement par les parties.

⁵⁴⁴ Nommé par le demandeur.

⁵⁴⁵ Nommé par la défenderesse.

⁵⁴⁶ *Micula, supra* note 542 aux para. 1-48.

⁵⁴⁷ *Ibid.* aux para. 28-33.

⁵⁴⁸ *Ibid.* aux para. 34-39.

⁵⁴⁹ *Ibid.* aux para. 40-48. Les problèmes de conformité de certaines législations au droit européen ont déjà fait l'objet de décisions et notamment *Eastern Sugar B.V. c. République tchèque*, SCC Case n° 088/2004, sentence du 12 avril 2007.

⁵⁵⁰ *Micula, supra* note 542 aux para. 54-68.

⁵⁵¹ *Ibid.* au para. 63.

objections à la compétence écartée⁵⁵². Nous partageons cette position et nous avons déjà par le passé critiqué certaines décisions qui ne jugeaient pas nécessaire de faire la distinction en raison de l'absence de précision sur ce point dans la convention CIRDI⁵⁵³. Les deux notions sont juridiquement distinctes et les tribunaux se doivent ainsi de reconnaître la définition propre à chacune : il est incontestablement différent qu'un tribunal se reconnaisse incompétent ou juge la demande irrecevable. Le Tribunal retient en l'espèce que « *the vast majority of Respondent's objections are actually objections to jurisdiction* »⁵⁵⁴.

La première objection a trait à la question de la nationalité des frères Micula et des trois entreprises demanderesse. Concernant Ioan Micula, sa nationalité suédoise, ainsi que son abandon de la nationalité roumaine ne sont pas contestés par la défenderesse⁵⁵⁵. Pour Viorel Micula, le Tribunal s'est appesanti sur son acquisition de la nationalité suédoise et sur l'opposabilité de celle-ci à la Roumanie. Sur la première question, le Tribunal a décidé que la Roumanie n'a pas été en mesure de prouver qu'il n'avait pas acquis la nationalité suédoise au moment des faits contestés⁵⁵⁶. Sur le second point, la défenderesse avait tenté de se fonder sur le critère de la nationalité effective pour justifier l'absence d'opposabilité de la nationalité suédoise à la Roumanie. Cependant, comme le Tribunal l'a décidé, les frères Micula « *are not currently Romanian nationals and, therefore, their Swedish nationality cannot become less effective or less dominant than their Romanian nationality* »⁵⁵⁷. Ainsi, chacun des frères possédant uniquement la nationalité suédoise, celle-ci ne pouvait être considérée comme non effective vis-à-vis d'une autre nationalité, et encore moins non effective de manière non contingente, pour refuser la compétence du Tribunal⁵⁵⁸.

Pour ce qui concerne la nationalité des trois sociétés demanderesse, la question a été rapidement réglée, car tant le TBI que la Convention de Washington prévoient que des sociétés enregistrées dans l'État d'accueil, peuvent être considérées comme étrangères si elles sont contrôlées par des actionnaires étrangers. C'était le cas pour les trois sociétés en question, sans que cela ne soit contesté par la Roumanie. Le Tribunal a donc retenu reconnaît sa compétence pour les trois sociétés⁵⁵⁹. L'analyse du Tribunal sur ces deux points a été très classique.

La seconde objection à la compétence concernait la compétence *ratione materiae* du Tribunal arbitral. Il est tout d'abord intéressant de noter, malgré la tentation de certains tribunaux de ne retenir que la définition de l'investissement au

⁵⁵² *Ibid.* aux para. 63-65. On notera également que la décision est une décision sur la compétence de la recevabilité.

⁵⁵³ Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pages 186-187. Voir aussi Jan Paulsson, « Jurisdiction and Admissibility » dans Gerald Aksen dir., *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in Honor of Robert Briner*, Paris, ICC Publishing, 2005, à la p. 601 et s.

⁵⁵⁴ *Micula*, *supra* note 542 au para. 64.

⁵⁵⁵ *Ibid.* au para. 90.

⁵⁵⁶ *Ibid.* aux para. 91-97.

⁵⁵⁷ *Ibid.* au para. 103.

⁵⁵⁸ *Ibid.* aux para. 98-106.

⁵⁵⁹ *Ibid.* aux para. 107-116.

sens du TBI, et de n'en faire ainsi qu'une notion absolument subjective, que le Tribunal a maintenu le parfait équilibre entre la Convention de Washington et le TBI en décidant que les conditions posées par ces deux instruments conventionnels se doivent d'être respectées pour conserver une part d'objectivité dans l'approche définitionnelle de cette notion⁵⁶⁰. En tout état de cause, et au vu de l'activité des demandeurs et des montants injectés dans l'économie roumaine, il aurait été difficile de ne pas reconnaître qu'un investissement avait eu lieu : « *it would be hard to argue that the ownership and operation of the plants for the production of food and related services [...] is not an investment under any reasonable interpretation of the term* »⁵⁶¹.

La troisième objection ne mérite qu'une simple mention, car la Roumanie avait allégué que les demandes des investisseurs concernaient des chefs de préjudice qui ne pouvaient être indemnisés. Le Tribunal a répondu, à juste titre, que cette question relève du fond de l'affaire et n'a pas à être réglée au stade de la compétence et/ou de la recevabilité⁵⁶².

Enfin la quatrième objection relative à la compétence *ratione temporis* est également très classique et ne mérite qu'une simple mention, car le Tribunal n'a fait qu'appliquer l'article 9 du TBI : la date critique pour l'application du TBI est la date de survenance du différend et non celle des actions ou des événements qui peuvent avoir créé le différend⁵⁶³. Cependant, et à juste titre, le Tribunal réaffirme que « *[t]he temporal application of the substantive provisions of the BIT is indeed different from the matter of jurisdiction ratione temporis* »⁵⁶⁴, car ces premières ne peuvent être examinées que lors du fond de l'affaire.

La décision du Tribunal est donc très classique. Elle est particulièrement intéressante, nous semble-t-il, pour la nécessaire objectivité en matière de définition de l'investissement qu'elle retient. Cette prise de position contribue à éviter que la notion d'investissement ne perde sa substance et sa spécificité par rapport à des opérations purement commerciales.

⁵⁶⁰ *Ibid.* aux para. 122-125. Cette position de conformité aux deux instruments a notamment été soutenue par *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte* (2004), n° ARB/03/11 (CIRDI), sentence sur la Compétence, 6 Août 2004, aux para. 49-50; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan* (2005), n° ARB/03/29 (CIRDI), décision sur la compétence, 14 Novembre 2005, au para. 122; *Jan de Nul(décision) supra* note 120; *N.V and Dredging International N.V. c. Égypte* (2006), n° ARB/04/13 (CIRDI), décision sur la compétence, 16 Juin 2006, aux para. 90-96 et nos commentaires Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 271 et s., 384 et s et 422 et s. La particularité de l'arbitrage CIRDI dans la définition de la notion d'investissement a même été reconnue par des juridictions internes : voir *Cour d'appel de Paris*, Décision de la 8^{ème} Chambre - Section B, 4 Décembre 2008.

⁵⁶¹ *Micula, supra* note 542 au para. 125.

⁵⁶² *Ibid.* aux para. 135-141.

⁵⁶³ *Ibid.* aux para. 153-157.

⁵⁶⁴ *Ibid.* au para. 157.

XXVII. Décision sur la compétence et la recevabilité du 22 août 2008, *Vanessa Ventures c. République Bolivarienne du Vénézuéla*⁵⁶⁵

Composition du Tribunal arbitral : Robert Briner⁵⁶⁶, Président; Brigitte Stern⁵⁶⁷ et Charles Brower⁵⁶⁸.

La décision sur la compétence dans l'affaire *Vanessa Ventures c. Venezuela* est extrêmement concise et n'apportera que peu de nouveaux éléments au droit des investissements.

Le différend résulte d'une expropriation alléguée de droits d'exploitation de mines de cuivre et d'or qui avaient été accordés à Vanessa Ventures. Cette dernière soutient qu'en 2002, des décrets présidentiels ont révoqué ces droits d'exploitation de manière indue⁵⁶⁹. Le fondement de l'arbitrage est le TBI entre le Canada et le Venezuela et celui-ci est administré en application du Mécanisme supplémentaire du CIRDI.

Le Venezuela a soulevé 4 objections à la compétence, mais seules trois ont été écartées par le Tribunal, car la décision sur la quatrième, portant sur des questions de droit vénézuélien, est jointe au fond de l'affaire⁵⁷⁰.

La première objection concernait l'exclusion du champ d'application du TBI des nouvelles entreprises ou des acquisitions d'entreprises qui avaient fait l'objet d'une décision officielle de l'un des États partie leur refusant le droit de s'établir. Cette exclusion est expressément prévue dans une annexe du TBI⁵⁷¹. En l'espèce, l'agence gouvernementale en charge de la région où se trouvait les mines, avait protesté, par voie de lettres et de communiqués, contre les transferts d'actions et de responsabilité concernant l'exploitation des gisements entre les différentes sociétés créées par l'investisseur pour les besoins de son investissement. Cependant le Tribunal a refusé cet argument, car l'annexe du TBI précise bien que l'interdiction doit résulter de « décisions des autorités ». En l'espèce, il ne s'agit que d'échange de lettres, lesquelles, de surcroît, critiquaient les transferts en question sans explicitement les refuser ou les déclarer illicites. Cette objection est ainsi écartée à juste titre⁵⁷².

La seconde objection concernait l'obligation pour l'investisseur, posée à l'article XII(3)(b) du TBI, de renoncer à son droit de recourir aux juridictions internes, ou de poursuivre des procédures en cours, pour les mêmes mesures que celles contestées devant le tribunal arbitral. Le Tribunal disposant d'une décision de la Cour suprême vénézuélienne indiquant que des demandes éventuelles de

⁵⁶⁵ *Vanessa Ventures Ltd. c. République Bolivienne du Vénézuéla* (2008), n° ARB(AF)/04/06 (CIRDI) [*Vanessa Ventures*]

⁵⁶⁶ Nommé conjointement par les parties.

⁵⁶⁷ Nommée par le défendeur.

⁵⁶⁸ Nommé par le demandeur.

⁵⁶⁹ *Vanessa Ventures*, supra note 565 aux pp. 3-6.

⁵⁷⁰ *Ibid.* aux pp. 20-23.

⁵⁷¹ *Ibid.* aux pp. 15-17.

⁵⁷² *Ibid.* aux pp. 17-19.

l'investisseur ne seraient pas recevables, cela est suffisant pour écarter également cette objection à la compétence⁵⁷³.

La troisième et dernière objection rejetée par le Tribunal est purement factuelle et porte sur le contenu de la requête d'arbitrage. Il s'agissait de déterminer si les demandes concernant les mines de cuivre étaient incluses ou non dans le champ de compétence du tribunal. Sans connaître la requête d'arbitrage, il est difficile de commenter cette section, sinon pour constater que le Tribunal a interprété ce document comme incluant ces demandes, et que la question ne s'était même pas posée à sa lecture⁵⁷⁴.

Cette décision rendue, l'arbitrage se poursuit au fond et l'on peut penser que la sentence sera d'un tout autre intérêt. En effet, les demandes sont supérieures à 1 milliard de dollars et les mesures contestées par l'investisseur sont centrales dans la politique récente de nationalisation développée par le président vénézuélien, Hugo Chavez.

XXVIII. Décision sur les mesures provisoires du 15 octobre 2008 et décision sur l'objection à la compétence du 17 novembre 2008, *Railroad Development Corporation c. Guatemala*⁵⁷⁵

Composition du Tribunal arbitral : Andres Rigo Sureda⁵⁷⁶, Président; Stuart Eizenstat⁵⁷⁷ et James Crawford⁵⁷⁸.

Cette affaire a fait l'objet de deux décisions durant l'année 2008, l'une sur les mesures provisoires en matière de protection des preuves et l'autre sur la compétence en vertu de l'article 10.20.5 du Traité de libre échange entre les États-Unis et les États d'Amérique centrale (« CAFTA »). C'est ainsi la première décision fondée, hormis l'ALÉNA, sur l'un des récents traités de libres échanges, « FTAs », conclu par les États-Unis depuis une dizaine d'années⁵⁷⁹.

Les faits de l'affaire peuvent être aisément résumés : une entreprise américaine, Railroad Development Corporation (« RDC »), avait pris part au processus de privatisation de la principale ligne de transport ferroviaire au Guatemala. RDC avait remporté l'appel d'offre en 1998 pour un usufruit de 50 ans de cette ligne ferroviaire en échange d'un programme de reconstruction de celle-ci par le biais d'un investissement d'une dizaine de millions de dollars⁵⁸⁰. L'arbitrage a été initié après la

⁵⁷³ *Ibid.* aux pp. 27-28.

⁵⁷⁴ *Ibid.* aux pp. 30-32.

⁵⁷⁵ *Railroad Development Corporation c. République du Guatemala* (2008), n° ARB/07/23(CIRDI), [RDC (provisaires)] et [RDC (compétence)].

⁵⁷⁶ Nommé par le CIRDI après consultation des parties.

⁵⁷⁷ Nommé par le demandeur.

⁵⁷⁸ Nommé par la défenderesse.

⁵⁷⁹ La liste de ces FTAs, leur texte et les négociations en cours peuvent être consultés en ligne : <http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Section_Index.html>.

⁵⁸⁰ *RDC (compétence)*, *supra* note 575 aux para. 6 et s.

conclusion de ce contrat d'usufruit en raison, selon l'investisseur, de violations du contrat de concession/usufruit. RDC soutenait également que le Guatemala avait manqué à ses obligations de garantir la sécurité de ses biens autour des voies de chemin de fer⁵⁸¹.

C'est dans ce contexte que RDC a soumis sa requête d'arbitrage le 14 juin 2007 et a déposé une demande de mesures provisoires le 21 août 2008 afin de « *preserve certain categories of documents while the arbitration proceedings are pending* »⁵⁸². Quatre catégories de documents ont été identifiées par RDC afin que ceux-ci soient préservés et ne soient pas l'objet de dommages irréparables (destruction ou disparition) en cas de nécessité de production durant l'arbitrage⁵⁸³. Pour le Guatemala cette demande est une « *fishing expedition which has no place in international arbitration* »⁵⁸⁴, car les demandes de RDC sont trop larges et extrêmement difficiles à mettre en place au sein de la fonction publique guatémaltèque du fait de la difficulté de protéger tous les documents demandés par l'investisseur.

Le Tribunal a énoncé de manière liminaire dans sa première décision de 2008 qu'il ne fait aucun doute qu'il puisse ordonner de telles mesures, en vertu de la Convention CIRDI et du CAFTA⁵⁸⁵. Cependant, il semblait évident, comme le Tribunal l'a rappelé, qu'il est « *doubtful that such all encompassing requests, if recommended, can realistically be put in practice* »⁵⁸⁶ et que de telles requêtes mettraient en réalité l'État face à nombre d'obligations quasiment impossibles à mettre en place. En outre, présenté de manière plus théorique que réelle par RDC, le caractère urgent de la protection de ces données n'était pas présent comme l'a souligné le Tribunal pour rejeter les demandes de l'investisseur⁵⁸⁷.

Enfin, le Guatemala avait soutenu que, pour que ces mesures soient acceptées, il fallait que le demandeur prouve qu'il existe une absolue nécessité. Le Tribunal n'est pas de cet avis, à juste titre nous semble-t-il, car pour lui : *the standard to be applied is one of reasonableness, after consideration of all the circumstances of the request and after taking into account the rights to be protected and their susceptibility to irreversible damage should the tribunal fail to issue a recommendation*⁵⁸⁸.

C'est donc un standard moins élevé que celui de la nécessité absolue, ou de l'impérieuse nécessité, qui a été retenu. Cela nous apparaît comme une solution souhaitable qui sera, à n'en pas douter, reprise par de futurs tribunaux. Elle permet en effet à un tribunal d'évaluer les intérêts des deux parties équitablement, le critère du caractère « raisonnable » s'appliquant autant à une partie qu'à l'autre. Ce standard permet également de prononcer plus aisément des mesures provisoires qui sont

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² *Ibid.* au para. 1.

⁵⁸³ *Ibid.* aux para. 4-5.

⁵⁸⁴ *Ibid.* aux para. 9 et s.

⁵⁸⁵ *Ibid.* au para. 31.

⁵⁸⁶ *Ibid.* au para. 33.

⁵⁸⁷ *Ibid.* au para. 34.

⁵⁸⁸ *Ibid.* au para. 34.

indispensables pour garantir l'autonomie parfaite du système CIRDI. Ainsi les parties n'auront plus le réflexe, parfois fort néfaste, d'avoir recours aux juridictions internes pour obtenir rapidement de telles mesures.

La seconde décision de 2008 portait sur des questions de compétence du Tribunal en vertu du CAFTA limitées toutefois à la question de la renonciation obligatoire, en application de l'article 10.18.2, réalisée par RDC en son nom et au nom de sa filiale locale FVG, à agir dans les arbitrages internes en cours. En effet, de telles procédures engagées par FVG étaient toujours en cours et le Guatemala avait donc soutenu que le déroulement de ces arbitrages internes était en contradiction avec les renonciations permettant d'avoir accès à la procédure CIRDI et que le danger de « *double-jeopardy, double-recovery or contradictory rulings* »⁵⁸⁹ était présent⁵⁹⁰.

Si les arbitres ont reconnu que ces renonciations étaient parfois incorrectes, ils ont néanmoins accepté de se reconnaître compétents. Pour le Tribunal, la question centrale était de déterminer si les mesures incriminées par le demandeur dans les arbitrages internes sont les mêmes que celles soumises au Tribunal CIRDI⁵⁹¹. Les arbitres se sont trouvés face à une situation similaire que lors de l'analyse d'une clause d'option irrévocable (« *fork-in-the-road* ») d'un TBI : analyser les demandes devant les deux juridictions arbitrales, internes et internationales, en fonction du critère du fondement principal (« *essential basis* ») des demandes⁵⁹². Si ce fondement est le même, alors la procédure internationale doit cesser. Si tel n'est pas le cas, alors les deux procédures peuvent se poursuivre parallèlement, car leur objet n'est pas le même. Si ce parallélisme avec la clause de respect des engagements est intéressant, la décision du Tribunal en elle-même n'est pas d'un intérêt majeur pour le droit des investissements. Le Tribunal s'est ainsi contenté de constater que certaines mesures, dont le demandeur se plaignait, étaient similaires à celles pour lesquelles il demandait réparation dans les arbitrages internes⁵⁹³.

Ainsi, le Tribunal a déduit que les renonciations étaient valables uniquement pour une seule des demandes qui ne figurait pas dans les arbitrages internes⁵⁹⁴. Cependant, il est intéressant de noter que le Tribunal ne retient à aucun moment, bien qu'il ait décidé qu'une partie des renonciations n'était pas valable, qu'il n'est pas

⁵⁸⁹ Investment Arbitration Reporter, Vol. 1-15, 25 Novembre 2008, Section 6, <<http://www.iareporter.com>>.

⁵⁹⁰ RDC (compétence), *supra* note 575 aux para. 18-41.

⁵⁹¹ *Ibid.* au para. 48.

⁵⁹² Pour l'établissement de ce critère, voir *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. République Argentine* (2002), n° ARB/97/3 (CIRDI), décision sur la demande d'annulation, 3 juillet 2002, aux para. 55 et s. ainsi que paragraphe 98. Voir également nos commentaires sur cette décision et d'autres traitant de la question de la *fork-in-the-road* dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 40-41, 111-112, 126, 150-151, 155-156, 187-188, 219-220, 261-262 et 577-578 ainsi que les nombreux commentaires, notamment, Peter Turner, Discussion, "The 'Fork in the Road' Revisited", dans Federico Ortino, Audley Sheppard and Hugo Warner, *Investment Treaty Law, Current Issues Volume 1*, British Institute of International and Comparative Law, (2006) art 1781 et Christoph Schreuer, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the Vivendi I case considered", dans *International Investment Law and Arbitration*, Cameron May, 2005, 281, 307.

⁵⁹³ RDC (compétence), *supra* note 575 aux para. 48-58.

⁵⁹⁴ *Ibid.* au para. 76.

compétent pour les demandes présentées devant les deux juridictions arbitrales, internes et internationales, concomitamment.

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

XXIX. Sentence du 6 novembre 2008, *Jan de Nul et Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte*⁵⁹⁵

*Composition du Tribunal arbitral : Gabrielle Kaufmann-Kohler*⁵⁹⁶,
*Président; Pierre Mayer*⁵⁹⁷ *et Brigitte Stern*⁵⁹⁸.

Cette sentence rendue dans une affaire opposant deux investisseurs belges et l'Égypte, fondée sur les deux TBIs belgo-luxembourgeois de 1997 et 2002, avait déjà fait l'objet d'une décision sur la compétence en juin 2006⁵⁹⁹.

Le différend est né de l'activité principale de ces deux investisseurs, à savoir le dragage de fleuves et de canaux. Ceux-ci furent retenus en 1992, après plusieurs appels d'offre lancés dès 1991 par la *Suez Canal Authority* (« SCA ») pour draguer, approfondir et élargir certaines portions du Canal de Suez⁶⁰⁰. Les investisseurs achevèrent ce travail en 1994. Cependant, selon les investisseurs, les conditions indiquées dans ces appels d'offre étaient délibérément erronées pour induire les contractants en erreur sur la nature et la quantité des matériaux à draguer, comme par exemple sur le fait que le sol était composé de roches et d'autres éléments d'une dureté non mentionnée dans ces appels d'offre⁶⁰¹. Après avoir tenté sans succès d'obtenir réparation pour ces dissimulations alléguées devant les juridictions internes égyptiennes, les investisseurs se sont ainsi tournés vers le CIRDI pour obtenir réparation pour un montant de près de 80 millions de dollars⁶⁰².

Comme nous l'avons indiqué lors de notre analyse de la décision sur la compétence⁶⁰³, si l'attribution *prima facie* des actes de la SCA à l'Égypte lors de cette première phase était aisée, il est désormais nécessaire de déterminer, à l'issue d'une analyse bien plus poussée, si les actes de cette dernière peuvent, au fond, être effectivement attribués à la défenderesse (A). En outre, la question du déni de justice

⁵⁹⁵ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. Arab Republic of Egypt* (2008), n° ARB/04/13 (CIRDI) [*Jan de Nul*].

⁵⁹⁶ Nommée conjointement par les co-arbitres.

⁵⁹⁷ Nommé par le demandeur.

⁵⁹⁸ Nommée par le défendeur.

⁵⁹⁹ Voir nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 423 et s.

⁶⁰⁰ *Jan de Nul*, *supra* note 595 aux para. 43-78.

⁶⁰¹ *Ibid.* au para. 43.

⁶⁰² *Ibid.* au para. 115.

⁶⁰³ Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 426.

par les juridictions égyptiennes était également centrale dans la détermination de la violation du traitement juste et équitable (B). Ces deux points importants de la décision seront donc analysés ci-après.

A. Les actes de la SCA ne sont pas attribuables à l'Égypte

L'attribution d'actes d'entités paraétatiques ou d'organes de l'État à ce dernier est une question récurrente dans les procédures internationales et particulièrement en matière d'arbitrage investisseur/État dans lesquels ces entités sont souvent le bras commercial de l'État et concluent contrats et accords avec les investisseurs étrangers⁶⁰⁴. L'attribution et l'engagement de la responsabilité de l'État ont été codifiés par la Commission du droit international des Nations Unies dans son *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* en 2001⁶⁰⁵.

En l'espèce, le Tribunal a eu à se pencher alternativement sur les articles 4 et 5 de ce projet afin de déterminer si la SCA était un organe de l'État ou une entité publique exerçant des prérogatives de puissance publique⁶⁰⁶.

En premier lieu, il fallait déterminer si la SCA était un organe de l'État qui « s'entend de toutes les personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'État et qui agissent en son nom. Elle englobe les organes de toute collectivité publique territoriale à l'intérieur de l'État, au même titre que les organes du gouvernement central de cet État »⁶⁰⁷.

La SCA a été créée par une loi interne de 1975 qui la dote d'une personnalité juridique indépendante, mais ne la considère pas comme un organe de l'État égyptien. Si la première question n'a aucune importance pour l'attribution des actes à l'État (« [*public international law, in its rules on attribution, is indifferent to whether separate legal personality exists or not* »), la loi de 1975 a de lourdes conséquences pour l'application de l'article 4. En effet, même si une analyse fonctionnelle permet de constater que la SCA a été créée pour gérer et exploiter une activité nationalisée, la

⁶⁰⁴ Voir notamment sur l'ensemble de la question, Emmanuel Gaillard et Jennifer Younan, dir., *State Entities in International Arbitration*, Huntington, New York, IAI, 2008.

⁶⁰⁵ *Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, 2001, en ligne : UN <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d%27articles/9_6_2001_francais.pdf>

⁶⁰⁶ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, supra note 43 articles 4 et 5 Ces deux articles disposent : Article 4, COMPORTEMENT DES ORGANES DE L'ÉTAT : 1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État. 2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État. Article 5, COMPORTEMENT D'UNE PERSONNE OU D'UNE ENTITÉ EXERÇANT DES PRÉROGATIVES DE PUISSANCE PUBLIQUE. Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

⁶⁰⁷ *Ibid.* au para.1 du commentaire de l'article 4.

législation égyptienne est claire sur le fait que, structurellement, la SCA n'est pas un organe de l'État. Par conséquent, sur le fondement de l'article 4, les actes de la SCA ne pouvaient être attribués à l'Égypte⁶⁰⁸.

En second lieu, le Tribunal a analysé l'applicabilité de l'article 5 et donc des deux conditions cumulatives qui doivent être réunies : (i) habilitation à exercer des prérogatives de puissance publique et (ii) avoir agi en cette qualité pour les actes contestés. C'est ainsi l'expression de la fameuse et classique distinction entre les actes *de jure gestionis* et *de jure imperii*.

(i) Il n'a fait aucun doute pour le Tribunal que la SCA était habilitée, et l'est toujours, pour exercer des prérogatives de puissance publique, comme émettre des décrets ou encore collecter des taxes en vertu de la loi l'ayant créée⁶⁰⁹.

(ii) S'il est exact que les contrats ont été attribués suivant la procédure des appels d'offre pour les entités publiques et parapubliques, le Tribunal a cependant énoncé que cela n'est pas suffisant, car « *what matters is not the "service public" element, but the use of 'prérogatives de puissance publique' or governmental authority.* » Un simple refus d'allongement d'un délai pour l'appel d'offre ne peut être ainsi qualifié et l'entité n'a donc pas agi en exerçant ses prérogatives⁶¹⁰.

Par conséquent, les actes de la SCA ne peuvent pas être non plus attribués à l'Égypte en vertu de l'article 5. Le Tribunal arbitral a ainsi décidé que les actes contestés par les investisseurs ne peuvent être considérés comme des actes attribuables à la défenderesse et tous les arguments fondés sur ces actes ne sont par conséquent pas analysés par le Tribunal⁶¹¹.

Restait ainsi à déterminer si l'Égypte avait commis un déni de justice par le biais de ses juridictions internes, fait indépendant de toute attribution des actes de la SCA à l'État.

B. L'absence d'un déni de justice par les juridictions égyptiennes

Les demanderesses avaient allégué que, en tout état de cause, les procédures devant les juridictions égyptiennes n'avaient pas respecté les standards internationaux et qu'elles avaient subi un déni de justice en violation de l'article du TBI sur le traitement juste et équitable⁶¹².

Cette notion, définie comme « *fait illicite d'un État à la suite de la violation d'une norme relative à l'exercice de la fonction juridictionnelle à l'égard des étrangers* »⁶¹³, est désormais à la base de demandes récurrentes d'investisseurs qui ne

⁶⁰⁸ *Jan de Nul*, *supra* note 595 aux para. 160-162.

⁶⁰⁹ *Ibid.* aux para. 165-166.

⁶¹⁰ *Ibid.* au para. 170.

⁶¹¹ *Ibid.* au para. 174.

⁶¹² *Ibid.* aux para. 176-181.

⁶¹³ Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « Déni de justice ». Voir aussi Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005. L'Institut de Droit international avait déjà établi ce principe en 1927 à l'article 5 de sa résolution

sont pas satisfaites, à tort ou à raison, du traitement reçu devant les juridictions de l'État d'accueil de l'investissement⁶¹⁴. Ce déni de justice peut prendre trois formes différentes, à savoir (i) le refus d'accès aux tribunaux, (ii) le déni procédural ou formel suite à de graves irrégularités de procédure et enfin (iii) le déni substantiel ou matériel quand la décision au fond est manifestement inique⁶¹⁵.

Le premier type de déni de justice n'est pas soulevé, car les demandresses ont eu effectivement accès aux cours égyptiennes.

Pour le deuxième type, à savoir le déni de justice formel, l'analyse du Tribunal suit les trois arguments des investisseurs. En premier lieu, le « *due process* » dont le Tribunal a analysé les éléments purement factuels et reconnaît notamment que le jugement rendu après 10 ans de procédure est sans doute court, mais que cela ne peut constituer un déni de justice⁶¹⁶. Concernant la durée de 10 ans pour la première instance :

*there is no doubt that ten years to obtain a first instance judgment is a long period of time. However, the Tribunal is mindful that the issues were complex and highly technical, that two cases were involved, that the parties were especially productive in terms of submissions and filed extensive expert reports. For these reasons [...] it does not rise to the level of a denial of justice.*⁶¹⁷

Le dernier argument, pour ce deuxième type de déni de justice, concernait la remise en cause d'une décision substantielle rendue par un tribunal, notamment concernant la compétence de ce tribunal. Le Tribunal arbitral, à juste titre, a directement rejeté cet argument, n'étant pas une juridiction d'appel de décisions internes, notamment en matière de compétence, tout en se réservant la possibilité de réagir « *if the result were to show discrimination or severe impropriety* »⁶¹⁸ ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le Tribunal a ainsi mené une analyse du déni de justice formel très complète et parfaitement articulée en vertu des principes du droit international même si, comme nous le verrons ci-après, on peut s'étonner qu'il n'ait pas débuté son analyse par la vérification de l'épuisement des voies de recours internes.

Le troisième type de déni de justice, à savoir le déni de justice substantiel, est également rejeté par le Tribunal. Pour les investisseurs, la fraude commise par la SCA dans ses appels d'offres n'avait pas été reconnue par les tribunaux et cela constituait

de Lausanne sur la *Responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers*, en ligne : <http://www.idi-il.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf>.

⁶¹⁴ Voir notamment Louis-Christophe Delanoy et Tim Portwood, « La responsabilité de l'État pour déni de justice dans l'arbitrage investissement », *Rev. arb.* 3 (2005) 603 et nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 48-49, 172 et 210.

⁶¹⁵ Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, aux pp. 320-321.

⁶¹⁶ *Jan de Nul*, *supra* note 595 aux para. 176-181.

⁶¹⁷ *Ibid.* au para. 204.

⁶¹⁸ *Ibid.* au para. 206.

ainsi un déni de justice. Une fois encore, le Tribunal a rappelé fermement qu'il n'est pas une juridiction d'appel et qu'il ne pourra analyser ces décisions qu'en ce qu'elles pourraient avoir donné lieu à « *discrimination, bias or malicious application of the law based on sectional prejudice* »⁶¹⁹. En tout état de cause, après une analyse poussée des faits, le Tribunal a constaté qu'il n'existait pas de fraude et que, par conséquent, il n'était pas nécessaire de vérifier si les juridictions internes n'avaient pas convenablement analysé une fraude inexistante en l'espèce⁶²⁰.

Enfin, la dernière étape de l'analyse du déni de justice par le Tribunal concernait l'épuisement des voies de recours internes. Cela est étonnant, car le déni de justice requiert, par principe, que ces recours soient épuisés dans l'organisation judiciaire interne⁶²¹. En effet, il est logique qu'un déni de justice ne puisse être reconnu par un tribunal international que lorsque tous les recours ont été épuisés et que la décision n'est plus susceptible de recours. Ce principe doit être atténué par le fait que ces recours ne doivent bien entendu pas être épuisés s'ils sont objectivement futiles⁶²², s'ils n'offrent aucune véritable opportunité de succès ou si le remède ou la solution finale ne serait pas acceptable en tout état de cause. Cette obligation d'épuisement est donc partiellement relative, mais reste généralement considérée comme la première étape de toute analyse d'un déni de justice. En l'espèce, les procédures étaient toujours pendantes devant des cours d'appel en Égypte⁶²³. A notre sens, le Tribunal aurait pu entamer son analyse par la question de l'épuisement des recours internes et, s'il devait retenir un manquement à cette règle, s'épargner l'analyse précédemment évoquée.

Qu'elles soient ou non justifiées, ces analyses du Tribunal arbitral permettent de rejeter l'argument du déni de justice et, par conséquent, de refuser toutes les demandes des investisseurs. L'Égypte, après une première série de trois arbitrages en sa défaveur⁶²⁴, compte désormais avec cette sentence cinq arbitrages au fond consécutifs tranchés en sa faveur⁶²⁵ démontrant, s'il était encore nécessaire, le bon

⁶¹⁹ *Ibid.* au para. 209.

⁶²⁰ *Ibid.* aux para. 210-254.

⁶²¹ Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005 à la p. 116; Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 6^e éd., USA, Oxford University Press, 2003 aux pp. 507-508; Voir aussi par exemple les affaires *Marvin Feldman c. Mexique* (2002), n° ARB(AF)/99/1 (CIRDI), sentence du 16 décembre 2002, au para. 139, *Azinian, Kenneth Davitian and Ellen Baca c. Mexique* (1999), n° ARB (AF)/97/2 (CIRDI), sentence du 1^{er} novembre 1999, au para. 97.

⁶²² *Pérou c. États Unis* ("Montano"), Moore Arbitrations 1630.

⁶²³ *Jan de Nul*, supra note 595 aux para. 260-261.

⁶²⁴ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République arabe d'Égypte* (1992), n° ARB/84/3 (CIRDI), décision sur la compétence du 20 mai 1992; *Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Égypte* (2002), n° ARB/98/4 (CIRDI), sentence du 8 décembre 2000 et *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Égypte* (2002), n° ARB/99/2 (CIRDI), sentence du 12 avril 2002.

⁶²⁵ Les quatre autres sont *Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Égypte* (2004), n° ARB/03/11 (CIRDI), sentence sur la compétence du 6 août 2004; *Champion Trading Company et Ameritrade International Inc. c. République arabe d'Égypte* (2006), n° ARB/02/9 (CIRDI), sentence du 27 octobre 2006; *Ahmonseto, Inc. Et al. c. République arabe d'Égypte* (2007), n° ARB/02/15 (CIRDI), sentence du 18 juin 2007 (sentence non publiée mais l'investisseur a entamé un procédure d'annulation en novembre 2007) et *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Égypte* (2008), n° ARB/05/19, sentence du 3 juillet 2008.

équilibre du système CIRDI entre les intérêts divergents de ses deux utilisateurs, à savoir les États et les investisseurs privés.

XXX. Sentence du 12 novembre 2008, *LESI SpA et ASTALDI SpA c. République algérienne démocratique*⁶²⁶

*Composition du Tribunal arbitral : Pierre Tercier*⁶²⁷, Président; *André Faurès*⁶²⁸ et *Emmanuel Gaillard*⁶²⁹.

La sentence dans l'affaire *Lesi-Astaldi* a été rendue plus de 3 ans après l'enregistrement de la requête et deux décisions successives sur la compétence pour cette même affaire dont la procédure, cela est rare et mérite d'être souligné, a été réalisée uniquement en français⁶³⁰.

L'affaire a pour origine un appel d'offre remporté par les investisseurs, *Lesi-Astaldi*, en 1992 sous la responsabilité de l'ANB, Agence nationale des barrages, pour la construction d'un barrage afin de fournir de l'eau potable à la population d'Alger. Cependant, le projet ne vit jamais le jour du fait de l'instabilité politique, des vagues de violence ayant frappées l'Algérie au milieu des années 90, mais également, et surtout selon les demanderesses, du fait des actes et des prises de position de l'ANB⁶³¹. Les demanderesses ont donc allégué une expropriation indirecte, la violation du traitement juste et équitable et enfin l'absence de protection et de sécurité pleines et entières. Le Tribunal arbitral a rejeté une à une toutes les demandes des investisseurs. Auparavant, le Tribunal a déterminé si les actes de l'ANB, qui auraient entraîné les violations du TBI, étaient attribuables à l'État algérien **(A)**. Ensuite, le Tribunal a tour à tour, retenu l'absence d'expropriation indirecte **(B)**, rejeté l'argument de la violation du traitement juste et équitable **(C)** et, enfin, refusé de constater la violation de la clause de protection et de sécurité pleine et entière de l'investissement **(D)**.

A. De l'attribution des actes de l'ANB à l'État algérien ou l'application précise des critères dégagés par la Commission du droit international des Nations Unies.

Le problème de l'attribution des actes d'une émanation de l'État ou d'une entité paraétatique, selon les termes, à l'État est une question récurrente dans la

⁶²⁶ *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. c. People's Democratic Republic of Algeria* (2008), n° ARB/05/3 (CIRDI) [*ASTALDI (sentence)*].

⁶²⁷ Nommé conjointement par les co-arbitres.

⁶²⁸ Nommé par les demanderesses.

⁶²⁹ Nommé par la défenderesse.

⁶³⁰ Décision sur la compétence du 10 janvier 2005 dans l'affaire *L.E.S.I.-Dipenta c. Algérie* puis resoumission et nouvelle décision sur la compétence du 12 juillet 2006 [*ASTALDI (compétence)*] et nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 298 et s. et 427 et s.

⁶³¹ *ASTALDI (sentence)*, *supra* note 626 aux para. 3-55 pour les faits complets et les différents rebondissements avant l'arrêt du projet.

jurisprudence du CIRDI⁶³². Cependant, l'application qu'en faite le Tribunal en l'espèce est particulièrement claire et didactique et doit être soulignée. Le Tribunal, reconnaissant l'absence de règles d'imputabilité dans le TBI a relevé que, conformément à l'article 42(1) de la *Convention* CIRDI, il va appliquer le droit international général en la matière, et notamment les articles de la Commission du droit international des Nations Unies sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (« articles CDI »)⁶³³.

En analysant en liminaire si l'ANB n'était pas un organe de l'État, et ne pouvait dans ce cas pas entrer dans le champ d'application de l'article 4 des articles CDI, il lui fallait déterminer si l'ANB est « néanmoins habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique conformément à l'Article 5 CDI (critère structurel) et si les faits litigieux relèvent de l'exercice des prérogatives de puissance publique de cette entité (critère fonctionnel) »⁶³⁴.

L'analyse du Tribunal a ainsi porté en premier lieu sur le critère structurel, car utilisant la jurisprudence antérieure, les arbitres ont relevé que la « responsabilité de l'État peut être engagée dans des contrats passés par des entreprises de droit public distinctes de lui lorsque son influence n'en reste pas moins importante voir prédominante »⁶³⁵.

En l'espèce, plusieurs décrets régissaient l'activité de l'ANB qui y est définie comme « établissement public à caractère administratif et à vocation technique, doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière »⁶³⁶. En outre, l'ANB met en œuvre des programmes décidés par le gouvernement et son conseil d'administration est composé uniquement de représentants des ministères intéressés par son activité, lesquels ne sont pas défrayés pour cette activité.

De surcroit, son directeur est nommé par le ministre en charge de l'hydraulique et ses comptes sont tenus selon les règles de comptabilité publique⁶³⁷. Ainsi, il était prévisible que le Tribunal ait reconnu le fait que l'ANB exerce des prérogatives de puissance publique et que ces actes puissent être imputés à l'État malgré sa personnalité morale distincte⁶³⁸. Le critère structurel était donc rempli.

Concernant le critère fonctionnel, « il convient encore d'examiner si ces actes ont une nature gouvernementale puisque seuls les actes réalisés par cette entité en cette qualité peuvent être imputés à l'État »⁶³⁹. Les premiers actes contestés

⁶³² Voir notamment, *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie* (2005), n° ARB/01/11 (CIRDI), sentence du 12 octobre 2005 et *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Égypte* (2006), n° ARB/05/19 (CIRDI), décision sur la compétence du 17 octobre 2006, aux para. 91-94 et nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 366 et 494-495. Voir également l'affaire *Jan de Nul*, *supra* note 595 dans la présente chronique au chapitre 28.

⁶³³ Ces articles sont annexés à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies n° 56/83 du 12 décembre 2001 (Doc. A/RES/56/83).

⁶³⁴ *ASTALDI (sentence)*, *supra* note 626 au para. 105.

⁶³⁵ *Ibid.* au para. 106.

⁶³⁶ *Ibid.* au para. 107 i).

⁶³⁷ *Ibid.* au para. 108.

⁶³⁸ *Ibid.* au para. 110.

⁶³⁹ *Ibid.* au para. 111.

concernent le grief en matière d'expropriation, et notamment la résiliation du marché pour la construction du barrage en juin 2001. Pour le Tribunal, il n'a fait aucun doute que cette résiliation :

est de nature gouvernementale, et par conséquent imputable à l'État algérien. Cette observation est corroborée par un autre indice : si le but de l'ANB de passer un marché de construction de barrage avait été de nature commerciale, cette agence aurait résilié le Contrat bien avant le 27 juin 2001 afin d'éviter des pertes financières.⁶⁴⁰

La décision du Tribunal sur ce point est on ne peut plus logique tant il est vrai qu'aucun entrepreneur commercial n'aurait attendu près de trois ans avant de résilier le contrat alors que les travaux étaient arrêtés.

Les autres actes contestés concernaient le grief relatif au traitement juste et équitable et « l'attitude de l'ANB sur les questions de sécurité, sur le changement de mode de construction, sur le rejet de la proposition faite par le groupement concernant le moyen de financement alternatif à la BAD et sur le lancement du nouvel appel d'offre »⁶⁴¹. A l'énoncé simple de ces actes allégués de l'ANB, il apparaît qu'ils relèvent *prima facie* de l'exercice de prérogatives de puissance publique. Le Tribunal, en toute logique a retenu que ces mesures « ont été dictées par un but d'intérêt général et non commercial [...] Le Tribunal est d'avis que l'ANB a [...] réalisé des actes de nature gouvernementale »⁶⁴². Ainsi, le critère fonctionnel est rempli pour ces deux griefs et, par conséquent, les actes de l'ANB sont de nature à pouvoir engager la responsabilité internationale de l'État algérien⁶⁴³. Il faudra désormais que le Tribunal détermine si les violations alléguées du TBI ont effectivement eu lieu.

B. L'absence de reconnaissance d'une mesure d'expropriation

Pour Lesi-Astaldi, la résiliation du marché « constitue une expropriation indirecte » indéniable⁶⁴⁴. Cependant, il est rapidement apparu aux arbitres, après une analyse poussée de la notion dans les précédents arbitraux⁶⁴⁵, que les conditions pour une telle expropriation ne sont pas remplies en l'espèce :

- L'ANB a offert une indemnisation aux investisseurs à plusieurs reprises tout en demandant des justifications à Lesi-Astaldi afin d'expliquer leurs réclamations. La Défenderesse n'a de surcroît pas contesté que l'investisseur ait subi un préjudice⁶⁴⁶.

⁶⁴⁰ *Ibid.* au para. 114.

⁶⁴¹ *Ibid.* au para. 115.

⁶⁴² *Ibid.* au para. 115.

⁶⁴³ *Ibid.* au para. 118.

⁶⁴⁴ *Ibid.* au para. 129.

⁶⁴⁵ *Ibid.* aux para. 129-132.

⁶⁴⁶ *Ibid.* au para. 136.

- Lesi-Astaldi n'ont pas été dépossédés ou privés de l'usage et/ou de la jouissance de leur investissement, critère central pour reconnaître une expropriation⁶⁴⁷. C'est uniquement le montant de l'indemnisation, dont le principe est reconnu, qui doit être déterminé.

Par conséquent le Tribunal a décidé à juste titre que « la résiliation reprochée n'a pas eu pour effet de déposséder ou de priver les Demanderesses de leur propriété mais de faire naître un différend qu'il appartenait aux Parties de faire trancher conformément aux dispositions du contrat et au droit applicable par les tribunaux compétents »⁶⁴⁸. L'article 4.2 du TBI sur l'expropriation n'a donc pas été violé⁶⁴⁹, Il n'aurait pu en être autrement au vu des descriptions qui ont été données par le Tribunal et du manque de bonne volonté évident des demanderesses de régler ce différend par la négociation alors même que l'État reconnaissait son obligation de les indemniser.

C. L'absence de violation du traitement juste et équitable

La seconde violation du TBI alléguée concernait le traitement juste et équitable, disposition importée du TBI avec l'Union Belgo-Luxembourgeoise par le biais de la clause de la nation la plus favorisée, car le TBI applicable en l'espèce n'en contenait pas.

Cette « importation » ne fait aucune difficulté, contrairement à celle consistant à modifier la clause de règlement des différends⁶⁵⁰, car le Tribunal a justement indiqué que la clause « a, tant par son esprit que par sa lettre, vocation à s'étendre à tous les aspects du 'traitement' des investissements étrangers, qu'il s'agisse de leur promotion ou de leur protection »⁶⁵¹.

Si l'on écarte les déterminations purement factuelles qui ont permis au Tribunal de rejeter les arguments des demanderesses, notamment du fait de leur responsabilité dans l'absence de proposition d'indemnisation rapide, le raisonnement du Tribunal sur la notion de traitement juste et équitable en lui-même est extrêmement intéressant.

Le Tribunal a en effet apporté une nouvelle pierre à l'édifice consistant à ne pas faire dépendre la reconnaissance d'une violation uniquement de la subjectivité des investisseurs vis-à-vis de leurs attentes légitimes⁶⁵². Cet édifice s'était essentiellement constitué pour contrer la tentative de réintroduction des clauses de stabilité juridique

⁶⁴⁷ *Ibid.* au para. 137. Voir notamment la longue analyse de ce critère dans la sentence *Waste Management c. Mexique* (2004), ARB (AF)/00/3 (CIRDI), sentence du 30 avril 2004, aux para. 141 et s. et nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des Commentaires », *supra* note 7 aux pp. 212 et s.

⁶⁴⁸ *ASTALDI (sentence)*, *supra* note 626 au para. 137.

⁶⁴⁹ *Ibid.* au para. 139.

⁶⁵⁰ Voir nos nombreux commentaires, notamment sur l'affaire *Telenor c. Hongrie*, ainsi que les nombreuses références doctrinales sur le sujet dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 445 et s. et note 197.

⁶⁵¹ *ASTALDI (sentence)*, *supra* note 626 au para. 150.

⁶⁵² *Ibid.* au para. 151.

par le biais de la notion de traitement juste et équitable; les tribunaux avaient ainsi peu à peu affirmé que si l'investisseur avait droit à un environnement juridique stable et prévisible, il devait cependant être conscient du fait que chaque État souverain pouvait au fil du temps modifier son cadre réglementaire sans que cela viole nécessairement le TBI⁶⁵³.

En l'espèce, il n'est donc pas question de dispositions législatives, mais de prise en compte du contexte global pour que des garanties de traitement impossibles à respecter pour certains États comme l'Algérie ne soient consacrées. Cela renforce donc encore l'idée d'une « objectivisation » de la définition du traitement juste et équitable par rapport aux attentes de l'investisseur. Le Tribunal a en effet indiqué que

Le présent Tribunal arbitral considère que cette obligation signifie que l'État doit agir de manière cohérente, dénuée d'ambiguïté, transparente, qu'il doit maintenir un environnement suffisamment stable pour permettre à un investisseur raisonnablement diligent d'adopter une stratégie commerciale et la mettre en œuvre dans la durée, et qu'il doit agir de façon non arbitraire ou discriminatoire et sans détournement de pouvoir et dans le respect de ses engagements La sécurité offerte au Groupement a été en proportion de ce qui était dans le pouvoir algérien de faire. [...] Enfin, les décisions prises par l'État algérien en matière de sécurité ne sont pas arbitraires.⁶⁵⁴

Ainsi, la légitimité des attentes, si elle n'est pas contingente du traitement reçu par d'autres investisseurs, est cependant contingente de la capacité de l'État à réagir ou à protéger l'investisseur. Si cela peut sembler difficile à mettre en œuvre, car il sera nécessaire d'étudier attentivement les capacités ou non de l'État en question, cette nouvelle pierre à l'édifice définitionnel des attentes légitimes, et donc du traitement juste et équitable, permet de s'éloigner peu à peu de « l'imprécision » de sa définition⁶⁵⁵ et de l'imprévisibilité dans son application qui affectaient lourdement ce standard par le passé⁶⁵⁶. Nous espérons que cela permettra de renforcer les contours de cette notion et d'obtenir une détermination précise qui écartera la suspicion permanente à son égard.

D. Les circonstances excluant l'illicéité prévues par le TBI afin d'excuser la violation de du devoir de protection et sécurité de l'investissement

La dernière violation du TBI alléguée par les demandresses concerne le devoir de protection et sécurité de l'investissement à l'article 4.1. Comme les deux

⁶⁵³ Voir notamment *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie* (2007), n° ARB/05/8 (CIRDI), sentence du 11 septembre 2007, aux para. 332 et s. et nos commentaires Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 601 et s.

⁶⁵⁴ *ASTALDI (sentence)*, *supra* note 626 aux para. 151 et 154.

⁶⁵⁵ Patrick Juillard, *L'évolution des sources du droit des investissements*, The Hague Academy of International law, 1994 à la p. 133.

⁶⁵⁶ Voir sur le sujet le récent article montrant l'évolution progressive du principe vers un critère utilisable, défini et prévisible : Rudolf Dolzer, *supra* note 416 à la p. 83.

violations précédentes, celle-ci est rejetée par le Tribunal arbitral en s'appuyant sur l'article 4.5 du TBI qui pose :

Les nationaux ou personnes morales de l'un des États contractants dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte survenus sur le territoire de l'autre État contractant, bénéficient, de la part de ce dernier, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou personnes morales ou à ceux de la nation la plus favorisée⁶⁵⁷.

L'intérêt du raisonnement du Tribunal repose sur l'articulation entre l'article 4.1 et 4.5. En effet, contrairement aux circonstances excluant l'illicéité récemment soulevées devant des tribunaux arbitraux en matière d'état de nécessité⁶⁵⁸, le Tribunal n'a pas abordé l'article 4.5 comme une excuse au non respect de l'article 4.1, mais comme une *lex specialis*, « une règle spéciale dérogeant à la règle générale du premier paragraphe afin de permettre aux États contractants d'être libérés de leur obligation de pleine et entière protection en cas de guerre ou autre conflit armé... »⁶⁵⁹.

Outre que cette approche simplifie l'analyse du Tribunal qui n'a pas à analyser si l'article 4.1 est violé et ensuite à déterminer si l'État est excusé au titre de l'article 4.5. Une lecture attentive des deux articles semble conforter la vision adoptée par les arbitres. En effet, les articles ne peuvent être analysés cumulativement et, suivant les faits de l'espèce, un tribunal devra choisir si la protection pleine et entière peut être demandée ou si les conditions d'application de l'article 4.5 sont réunies. De la sorte, l'État doit simplement s'assurer que l'investisseur est traité de la même manière que les nationaux de l'État hôte ou les autres investisseurs étrangers. C'est donc bien deux types d'obligations séparées, exclusives l'une de l'autre qui sont insérées dans ce TBI. Enfin, le Tribunal indique néanmoins que dès lors que son interprétation a pour conséquence « d'amoindrir substantiellement le niveau de protection de l'investisseur » lors de l'application de l'article 4.5, il est nécessaire d'interpréter restrictivement les cas d'ouverture cités dans l'article afin de ne pas transformer ce régime exceptionnel en un régime général⁶⁶⁰.

Cependant à la vue des violences en Algérie à l'époque, on peut comprendre que le Tribunal ait accepté l'application de l'article 4.5 en l'espèce. En outre, l'Algérie a traité les demanderessees comme toutes les autres parties sur son territoire, en tentant de les protéger de la manière la plus appropriée possible compte tenu de l'éloignement du site de construction. La défenderesse a ainsi parfaitement respecté ses obligations en matière de traitement selon le Tribunal arbitral⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ *ASTALDI (sentence)*, *supra* note 626 au para. 173.

⁶⁵⁸ Notamment les sentences arbitrales mettant en cause l'Argentine, *CMS, LG&E, Enron* ou encore *Sempra*, toutes commentées dans Fourret et Khayat, « Recueil des Commentaires », *supra* note 7 aux pp. 344-348, 461-469, 543-544, 612-613 et 617 et Julien Fourret, « "CMS c. LG&E" ou l'état de nécessité en question » (2007), 2 *Rev.arb.* 249.

⁶⁵⁹ *ASTALDI (sentence)*, *supra* note 626 au para. 174.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, au para. 175. Ces cas étant la guerre ou tout autre conflit armé, la révolution, l'état d'urgence national et la révolte survenus sur le territoire de l'État contractant.

⁶⁶¹ *Ibid.*, au para. 181.

Aucune violation du TBI n'est reconnue, mais le Tribunal a souligné dans son dispositif qu'il « [p]rend acte du fait que la Défenderesse ne s'oppose pas au principe de l'indemnisation » comme elle l'avait déjà proposé aux demanderesses par le passé⁶⁶². Ainsi, le Tribunal a encouragé à bon escient les parties à trouver un terrain d'entente sur la question de l'indemnisation contractuelle en incitant Lesi-Astaldi à coopérer de bonne foi avec l'Algérie pour résoudre cette question.

XXXI. Sentence du 8 décembre 2008, *Wintershall Aktiengesellschaft c. République argentine*⁶⁶³

*Composition du Tribunal arbitral : Fali S. Nariman*⁶⁶⁴, *Président; Piero Bernardini*⁶⁶⁵ *et Santiago Torres Bernardez*⁶⁶⁶.

La sentence rendue le 8 décembre 2008 dans l'affaire *Wintershall*, une société allemande, contre la République argentine est, au moins du point de vue des faits de l'espèce, aisée à appréhender. Les arbitres ont révélé en effet extrêmement peu de détails sur le litige : on apprend simplement que l'investisseur allemand soutient que ses droits de producteur et d'explorateur d'hydrocarbures dans les provinces argentines de Mendoza, de la Terre de Feu et de Neuquén ont été affectés par certaines mesures prises par l'État argentin. Plusieurs indices permettent de situer ce litige, comme de très nombreux avant lui, dans le contexte de la crise économique argentine du début des années 2000.

D'emblée, le Tribunal arbitral n'a laissé planer aucun doute sur l'issue réservée aux demandes de l'investisseur : « *it is the first Preliminary Objection to Jurisdiction that is sustained and upheld by this decision and Award* »⁶⁶⁷. Cette objection argentine portait sur l'impossibilité de recourir à la clause de règlement des différends du Traité de protection des investissements signé entre l'Allemagne et l'Argentine en 1991 (le « Traité Allemagne / Argentine ») dès lors que l'investisseur n'avait pas soumis son différend aux juridictions argentines comme l'imposait l'article 10(2) du Traité Allemagne / Argentine. L'article 10(2) de ce traité dispose ainsi :

in the event that the dispute cannot be settled amicably within the period of six months counted as from the date in which one of the parties to the dispute has initiated it, the dispute shall be submitted, on request of one of them, for resolution to the competent courts of the Party wherein the investment has been made. If the case is submitted to the courts of Argentina, the parties may resort to international arbitration if (i) the court has not rendered a final decision within eighteen (18) months as

⁶⁶² *Ibid.* au para. 188.

⁶⁶³ *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine Republic* (2008), n° ARB/04/14(CIRDI) [*Wintershall (sentence)*].

⁶⁶⁴ Nommé par le Secrétaire général du CIRDI après accord des parties.

⁶⁶⁵ Nommé par la demanderesse

⁶⁶⁶ Nommé par la République argentine.

⁶⁶⁷ *Wintershall (sentence)*, *supra* note 663 au para. 27

*from the initiation of the court proceeding or (ii) even upon a final decision rendered by a court, if the parties are still under dispute...*⁶⁶⁸

La difficulté de cette disposition ressort clairement. La clause de résolution des différends du Traité Allemagne / Argentine ne contient le consentement de la République argentine de recourir à l'arbitrage CIRDI pour les différends avec les investisseurs que 18 mois après que ces derniers aient soumis ce même litige aux juridictions argentines compétentes.

L'investisseur ne s'y était bien entendu pas trompé et avait clairement fondé sa demande non sur l'article 10(2) du Traité Allemagne / Argentine, mais sur l'article VII du traité de protection des investissements signé entre les États-Unis et l'Argentine en 1994 (le « Traité États-Unis/Argentine ») et qui a été maintes fois éprouvé dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI. Pour invoquer l'article VII du Traité États-Unis/Argentine, l'investisseur s'est fondé sur la clause de la nation la plus favorisée qui est prévue, dans le Traité Allemagne / Argentine aux articles 3(1) et 7(1).

L'article 3(1) du Traité Allemagne / Argentine, dans sa version espagnole, prévoit que :

*Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.*⁶⁶⁹

En revanche, l'article 7(1) du Traité Allemagne / Argentine, dans sa version espagnole, prévoit que :

*Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de las obligaciones emanadas del derecho internacional no contempladas en el presente Tratado, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante un trato mas favorable que el previsto en el presente Tratado, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Tratado, en cuanto sea mas favorable.*⁶⁷⁰

La question posée au Tribunal arbitral à ce stade de l'examen des objections à la compétence présentées par la République argentine a consisté à savoir s'il est

⁶⁶⁸ *Ibid.* au para. 6.

⁶⁶⁹ *Traité de promotion et de protection réciproque des investissements*, Allemagne et Argentine, 9 avril 1991, art.2, en ligne : CNUCED <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>> [TBI].

⁶⁷⁰ *Ibid.*, art. 7.

possible de se fonder sur la clause de la nation la plus favorisée pour « importer » une disposition de règlement des différends considérée plus favorable à partir d'un autre traité.

Prise de manière plus générale, la question n'est pas nouvelle. L'étendue de la clause de la nation la plus favorisée a été maintes fois soulevée dans les arbitrages CIRDI, avec, il est vrai, des décisions aux issues variées selon le type de disposition qu'il est envisagé d'« importer »⁶⁷¹.

Pour rendre sa décision, le Tribunal arbitral et à sa tête son Président Fali Nariman, dispose de cette question et accepte de retenir les deux objections à la compétence présentées par l'Argentine dans les termes suivants :

*it is the Respondent's contention that before resorting to an arbitral Tribunal, Wintershall should have referred the dispute to Argentina Courts having competent jurisdiction (and then waited for an eighteen-month period) – as provided in Article 10(2) of the Argentina-Germany BIT – Not having done so, the Tribunal is not competent to entertain and adjudicate the claim on merits the Respondent's contention is that Wintershall cannot rely on the most-favored-nation-clause in Article 3 of the Argentina-Germany BIT in order to avoid compliance with the requirements set out in Article 10(2) of the Argentina-Germany BIT – i.e. the MFN clause contained in Article 3 of the Argentina-Germany BIT cannot be extended to the dispute resolution provision (Article 10).*⁶⁷²

C'est, d'une part, en adoptant un ton et un style inhabituel et, d'autre part, en reprenant à son compte la seconde proposition argentine que la sentence rendue dans l'affaire *Wintershall* ne convainc pas.

Le ton de la sentence pourrait apparaître à certains pédagogique, à d'autres professoraux, comme par exemple sur l'historique de la clause de la nation la plus favorisée ou sur les règles d'interprétation des traités. De nombreuses pages et de nombreuses digressions installent un décor juridique qui nous semble trop fouillé. Par ailleurs, l'hostilité assez évidente du Tribunal arbitral à l'égard de la position de l'investisseur ressort indiscutablement. Cette hostilité pourrait-elle s'expliquer par le dédain affiché de l'investisseur à l'égard des juridictions argentine? On ne peut en effet éviter de relever que le Tribunal arbitral a mis en exergue de manière directe les écritures de l'investisseur qui soutenait qu'il était « futile » et « discriminatoire » pour

⁶⁷¹ Voir nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 : *Consortium R.F.C.C. c. Royaume Du Maroc* (2006), n° ARB/00/6 (CIRDI) à la p. 163; *MTD Equity SDN.BHD et MTD Chile S.A. c. République du Chili* (2007), n° ARB/01/7 (CIRDI), p. 222; *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie* (2007), n° ARB/05/8 (CIRDI), à la p. 597; *Plama Consortium LTD. c. République de Bulgarie* (2008) n° ARB/02/24 (CIRDI), à la p. 310; *Salini Costruttori SPA et Italstrade SPA C. Royaume hachémite de Jordanie* (2006), n° ARB/02/13(CIRDI), p. 281; *Siemens A.G. c. République argentine* (2004), n° ARB/02/8, à la p. 260; *Telenor Mobile Communications A.S. C. République de Hongrie* (2006), n° ARB/04/15 (CIRDI), à la p. 442; *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique* (2003), n° ARB/00/2 (CIRDI), à la p. 83; *Impregilo SPA. c. République islamique du Pakistan* (2005), n° ARB/03/3(CIRDI) à la p. 316.

⁶⁷² *Wintershall* (sentence), *supra* note 663 au para. 72.

Wintershall de recourir aux juridictions locales argentines en lieu et place de l'arbitrage CIRDI⁶⁷³. Cette position radicale est qualifiée d'erronée par le Tribunal arbitral.

On peut également relever d'autres signes de l'opposition très nette du Tribunal arbitral à l'encontre des thèses de l'investisseur, tantôt qualifiés de « *specious* »⁶⁷⁴ ou de « *plainly erroneous* »⁶⁷⁵ ou encore lorsqu'il revient sur l'audition du Professeur Schreuer, expert nommé par la demanderesse.

Le point central de la sentence consiste à soutenir que, dès lors que la clause de la nation la plus favorisée ne s'étend pas de manière indiscutable aux dispositions de règlement des différends (en pratique, cela signifie que cette question n'est pas directement mentionnée dans la clause elle-même qui aurait dû l'indiquer textuellement), alors la clause de la nation la plus favorisée ne peut la couvrir. Il est pourtant possible de considérer la question de manière exactement inverse et retenir que, si les États n'ont pas entendu restreindre le champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée, c'est qu'ils n'ont précisément pas voulu le faire. Dans notre commentaire sur la décision sur la compétence dans l'affaire *El Paso Energy International Company c. République argentine* et *Pan American Energy LLC et BP Argentina Exploration Company c. République argentine*, nous regrettons que le Tribunal ait semblé, sans nous convaincre, chercher à imposer une prise de position doctrinale à l'égard de l'interprétation de la clause de respect des engagements⁶⁷⁶. La méthode retenue dans la sentence rendue dans l'affaire Wintershall apparaît très semblable.

Le Tribunal arbitral justifie sa décision de ne pas donner effet à la clause de la nation la plus favorisée pour ce qui est d'une clause de règlement des différends par l'invocation du caractère particulier de cette clause et par le « mécanisme » qu'elle met en place. Le Tribunal arbitral retient que, dès lors que la clause de règlement des différends du Traité États-Unis / Argentine n'impose pas de saisir dans un premier temps les juridictions argentines (pendant 18 mois), mais une simple période de négociation préalable obligatoire, le régime du recours à l'arbitrage est différé. Que cette conclusion soit justifiée ou non importe moins, nous semble-t-il, que le fait qu'une clause de résolution des différends n'imposant pas la saisine des juridictions de l'État hôte de l'investissement est, sans doute, plus « favorable » pour un investisseur étranger que la disposition du Traité Allemagne / Argentine. Ce constat n'a pas été, à notre avis, suffisamment pris en compte par le Tribunal arbitral et aurait pu le mener à une conclusion différente ou, à tout le moins, à une justification différente de la solution retenue.

⁶⁷³ Voir par ex. *ibid.* au para. 196 et *supra* note 104.

⁶⁷⁴ *Ibid.* au para. 191.

⁶⁷⁵ *Ibid.* au para. 161-196.

⁶⁷⁶ Voir nos commentaires dans Fouret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 406 et s., notamment aux pp. 411 et s.

XXXII.Sentence du 11 décembre 2008, *Aguaytia Energy LLC c. République du Pérou*⁶⁷⁷

*Composition du Tribunal arbitral : Robert Briner*⁶⁷⁸, *Président; William Rowler*⁶⁷⁹ *et Claus Von Wobeser*⁶⁸⁰.

Cette sentence fait donc suite à un différend entre la société américaine *Aguaytia Energy LLC* et la *République du Pérou* sur le fondement, assez rare en matière d'arbitrage CIRDI, d'un contrat de stabilisation juridique conclut en 1996⁶⁸¹. Cette affaire, ainsi que *Duke Energy* dont la sentence est commentée ci-dessus, remet au goût du jour ces clauses de stabilité dont la validité a longtemps été remise en question du point de vue du droit international du fait de l'atteinte à la souveraineté de l'État dans l'exercice de ses prérogatives législatives⁶⁸².

En l'espèce, *Aguaytia* avait investi au milieu des années 1990 dans le secteur du gaz naturel et réclame des dommages-intérêts pour un montant de 140 millions de dollars en soutenant que le Pérou avait accordé un traitement plus favorable à un investisseur colombien dans un secteur d'activité similaire⁶⁸³.

De manière préliminaire, il est intéressant de noter que ni la question de la compétence du Tribunal⁶⁸⁴ ni celle du droit applicable, le droit péruvien essentiellement⁶⁸⁵, n'ont fait l'objet de débat entre les parties.

La seule véritable question qui se posait concernait le fait de savoir si le contrat de stabilisation, et particulièrement son article III qui garantissait la stabilité

⁶⁷⁷ *Aguaytia Energy, LLC c. Republic of Peru* (2008), n° ARB/06/13 (CIRDI) [*Aguaytia*].

⁶⁷⁸ Nommé par le CIRDI après consultation des parties.

⁶⁷⁹ Nommé par le demandeur.

⁶⁸⁰ Nommé par la défenderesse.

⁶⁸¹ Voir récemment, et déjà contre le Pérou, *Duke Energy International Peru Investments n° 1, Ltd. c. République du Pérou* (2006), n° ARB/03/28 (CIRDI), décision sur la compétence du 1^{er} février 2006 et nos commentaires dans Fourret et Khayat, « Recueil des commentaires », *supra* note 7 aux pp. 402 et s ainsi que l'affaire *Liberian Eastern Timber Corporation c. Liberia* (1986), n° ARB/83/2 (CIRDI), sentence du 31 mars 1986 publiée au (1987) 26 I.L.M. 647.

⁶⁸² Voir, sur la question de la validité des clauses de stabilisation au regard du principe de souveraineté des États, Prosper Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique » dans *La communauté internationale - Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, A. Pedone, 1974 à la p. 301; Jean-Flavien Lalive, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées : Développements récents » (1983) 181-III Rec. des Cours 9. Plus généralement, sur les clauses de stabilisation en arbitrage international, voir Abdullah Faruque, « Validity and Effects of Stabilization Clauses » (2006) 23 J. Int'l Arb. 317; Andrea Giardina, « Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire? » 2003-3 Rev. Arb. 647; Sébastien Manciaux, « Changement de législation fiscale et arbitrage international » (2001) 2 Rev. Arb. 311; Abba Kolo et Thomas W. Walde, « Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects » (2000) 5 J. World Inv't 47; Piero Bernardini, « The Renegotiation of the Investment Contract » (1998) Foreign Investment Law Journal 411; Sameer K. Chatterjee, « The Stabilisation Clause Myth in Investment Agreements » (1988) 5.4 J. Int'l Arb 97; Muthucumaraswamy Somarajah, « Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts » (1988) 5.2 J. Int'l Arb. 97; Pierre Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État » (1986) 113 J.D.I. 5.

⁶⁸³ Les faits sont repris très longuement et en détail à *Aguaytia*, *supra* note 677 aux para. 31-62.

⁶⁸⁴ *Ibid.* au para. 67.

⁶⁸⁵ *Ibid.* aux para. 71-74.

juridique, permettait ou non de protéger l'investisseur contre un traitement discriminatoire ou moins favorable⁶⁸⁶. La réponse négative est, nous semble-t-il, logique, car un contrat de stabilisation permet uniquement de garantir la stabilité du système juridique pour une période donnée, dix ans en l'espèce, mais n'offre généralement aucune autre garantie en matière de protection des droits individuels ou substantiels⁶⁸⁷. L'accord prévoyait uniquement la stabilité juridique sur cinq points biens précis et énumérés à l'article III⁶⁸⁸. En effet, « *it is also clear from the wording of the Agreement that the guarantees it contains concerning juridical stability do not convey a most favored investment status* »⁶⁸⁹.

Par conséquent, les demandes de l'investisseur, exclusivement fondées sur ce contrat, sont logiquement refusées et chacune des parties, en application dudit contrat, devra supporter ses propres coûts et la moitié des frais de l'arbitrage.

⁶⁸⁶ *Ibid.* aux para. 85 et s.

⁶⁸⁷ *Ibid.* au para. 89.

⁶⁸⁸ *Ibid.* au para. 9.

⁶⁸⁹ *Ibid.* au para. 96.