

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

Julien Fouret et Dany Khayat

Volume 16, numéro 2, 2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1069430ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1069430ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Fouret, J. & Khayat, D. (2003). 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*, 16(2), 257–322.
<https://doi.org/10.7202/1069430ar>

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

Par Julien Fouret et
Me Dany Khayat***

Introduction

Le second semestre 2003 a tout d'abord été marqué par l'entrée en fonction, au mois de novembre, du nouveau Secrétaire général du CIRDI, Monsieur Roberto Dañino. De nationalité péruvienne, ce dernier a été élu à l'unanimité par le Conseil administratif du Centre.

En outre, la *Convention de Washington* est entrée en vigueur dans un nouvel État¹. En effet, la République de Malte a ratifié la *Convention* en date du 3 novembre 2003, devenant ainsi le 140^e État membre du CIRDI. Le nombre d'États signataires est resté stable à cent cinquante-quatre².

Soulignons dès le départ que seize nouvelles affaires ont été enregistrées auprès du Secrétariat du CIRDI, entre le mois de juillet et le mois de décembre 2003³. À la fin décembre, le Centre avait donc enregistré cent quarante-cinq affaires depuis l'entrée en vigueur de la *Convention* en 1966. Il est à noter, cependant, qu'une de ces affaires est issue d'une demande de conciliation, la quatrième seulement depuis la

* Maîtrise en droit international et communautaire et D.E.J.A. II (Université Paris X - Nanterre) ; D.E.A. en droit des relations économiques internationales et communautaires (Université Paris X - Nanterre) ; LL.M. (McGill).

** Avocat au Barreau de Paris, Shearman & Sterling LLP (Paris). Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris; Maîtrise (Université Panthéon-Sorbonne – Paris I); D.E.A Droit international (Paris II).

¹ La liste des États contractants et signataires de la *Convention de Washington* peut être consultée sur le site du CIRDI : <<http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-fr.htm>>.

² 20.2 *News From ICSID* 11.

³ *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie* (Affaire No. ARB/03/16) ; *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c. République argentine* (Affaire No. ARB/03/17) ; *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, et Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c. République argentine* (Affaire No. ARB/03/18) ; *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal c. République argentine* (Affaire No. ARB/03/19) ; *Telefonica S.A. c. République argentine* (Affaire No. ARB/03/20) ; *Enerjis, S.A. et autres c. République argentine* (Affaire No. ARB/03/21) ; *Electricidad Argentina S.A. et EDF International S.A. c. République argentine* (Affaire No. ARB/03/22) ; *EDF International S.A., SAUR International S.A. et Léon Participaciones Argentinas S.A. c. République argentine* (Affaire No. ARB/03/23) ; *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie* (Affaire No. ARB/03/24) ; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. République des Philippines* (Affaire No. ARB/03/25) ; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. République du Salvador* (Affaire No. ARB/03/26) ; *Unysis Corporation c. République argentine* (Affaire No. ARB/03/27) ; *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd c. République du Pérou* (Affaire No. ARB/03/28) ; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan* (Affaire No. ARB/03/29) ; *Azurix Corp. c. République argentine* (Affaire No. ARB/03/30) ; *TG World Petroleum Limited c. République du Niger* (Affaire No. CONC/03/1).

création du CIRDI⁴. Durant ce second semestre 2003, soixante et onze affaires étaient pendantes ou ont été résolues. Parmi celles-ci, soixante-deux ont été engagées sur le fondement de dispositions, concernant le règlement arbitral des différends, incluses dans des traités bilatéraux ou multilatéraux de promotion et de protection des investissements. Les neuf autres découlaient de clauses contenues dans des législations internes ou dans des contrats.

Au cours des six premiers mois de l'année 2003, dix sentences ou décisions ont été rendues et neuf d'entre elles ont été publiées⁵. Ces dernières font ainsi l'objet de la présente chronique de même qu'une décision du premier semestre 2003 qui n'avait pas encore été rendue publique lors de la parution de notre dernière chronique⁶.

Julien FOURET et Dany KHAYAT

I. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine*⁷

Composition du Comité ad hoc : Monsieur L. Yves. Fortier, C.C., Q.C., Président ; Professeur James R. Crawford et Professeur José Carlos Fernandez Rozas, membres.

Près de huit années après son enregistrement par le CIRDI, l'affaire *Vivendi c. Argentine* n'est toujours pas achevée. Elle reprend même de plus belle avec la nouvelle soumission du différend après annulation à un second tribunal arbitral, le 24 octobre 2003.

Avant ce dernier épisode, l'Argentine avait formé, devant le Comité *ad hoc* ayant annulé partiellement la sentence du 21 novembre 2000⁸, une demande de décision supplémentaire et de rectification en application de l'article 49 (2) de la *Convention de Washington*⁹ et de l'article 49 du *Règlement d'arbitrage* du CIRDI¹⁰. Il

⁴ La demande de conciliation concerne donc l'affaire *TG World Petroleum Limited c. République du Niger* (Affaire No. CONC/03/1).

⁵ La sentence non publiée est *AIG Capital Partners, Inc. et CJSC Tema Real Estate Company c. République du Kazakhstan* (Affaire No. ARB/01/6).

⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine* (2003), Affaire No. ARB/97/3, Décision supplémentaire et de rectification du Comité *ad hoc* du 28 mai 2003, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi-suppl.pdf>>. Pour la liste des sentences commentées, se référer au sommaire du début de la « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (Julien Fouret et Mario Prost, dir.).

⁷ Affaire No. ARB/97/3, Décision du Comité *ad hoc* du 28 mai 2003 sur les demandes de décision supplémentaire et de rectification, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi-suppl.pdf>> [*Vivendi*].

⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. et Compagnie Générale des Eaux (Vivendi Universal) c. République argentine* (21 novembre 2000), Affaire No. ARB/97/3, 40 I.L.M. 426 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ada_AwardoftheTribunal.pdf>.

⁹ Article 49 (2) :

s'agit là de la première demande de décision supplémentaire ou de rectification formulée devant un comité *ad hoc* dans l'histoire du CIRDI.

Conformément à l'article 50 (2) de la *Convention de Washington*¹¹, applicable à la procédure devant un comité *ad hoc*, c'est le Comité *ad hoc*, qui avait annulé la sentence, qui a également statué sur la demande argentine de rectification. Sans surprise, la principale discussion a porté sur la question de savoir si la demande de décision supplémentaire ne constituerait pas plutôt une tentative de réouverture des débats devant le Comité *ad hoc* (1). Les demandes de rectification ont également été traitées avec la même précaution (2).

1. Le Comité *ad hoc* a pris soin de rappeler les règles relatives aux demandes de décisions supplémentaires, également valables pour les demandes de rectification. Il a souligné, citant Christoph Schreuer¹², que

any supplementary decision or rectification as may result, in no way consists of a means of appealing or otherwise revising the merits of the decision subject to supplementation or rectification. [...] Still less may a request for supplementation or rectification of a *decision on annulment* be employed as a vehicle by which to examine the correctness, not of the decision of the *ad hoc* committee, but of the underlying arbitral award¹³.

En application de ces principes, le Comité *ad hoc* a rejeté la demande de décision supplémentaire de l'Argentine. Cette demande portait sur le fait que le Comité *ad hoc* n'avait pas examiné un grief formulé devant le Tribunal arbitral concernant le transfert des actions d'un demandeur à un autre et qui n'avait pas été autorisé par le gouvernement de la province de Tucumán.

Sur requête d'une des parties, à présenter dans les 45 jours de la sentence, le Tribunal peut, après notification à l'autre partie, statuer sur toute question sur laquelle il aurait omis de se prononcer dans la sentence et corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence. Sa décision fait partie intégrante de la sentence et est notifiée aux parties dans les mêmes formes que celle-ci. Les délais prévus à l'article 51, alinéa (2) et à l'article 52, alinéa (2) courent à partir de la date de la décision correspondante.

Dans *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, (entrée en vigueur : 14 octobre 1966), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap04.htm#s04>> [*Convention de Washington*].

¹⁰ Dans *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage*, 18 mars 1965, (entrée en vigueur : 14 octobre 1966), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>> [*Règlement d'arbitrage*].

¹¹ Article 50 (2):

La demande est, si possible, soumise au Tribunal qui a statué. En cas d'impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué conformément à la section 2 du présent chapitre. Le Tribunal 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 interprétation.

Dans *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, (entrée en vigueur : 14 octobre 1966), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap04.htm#s05>> [*Convention de Washington*].

¹² Christoph Schreuer, *The ICSID Convention - A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, particulièrement le commentaire de l'article 49, au para. 47.

¹³ *Vivendi*, *supra* note 1 au para. 11.

Le Comité *ad hoc* a sèchement écarté cette demande relevant d'une part qu'il avait effectivement statué sur le grief formulé par l'Argentine et qu'en tout état de cause, s'il ne l'avait pas fait, sa décision n'aurait nullement été différente. Le Comité *ad hoc* n'a pas épargné l'Argentine en relevant que

it appears that the Respondent is seeking to reopen a substantive debate that occurred and was resolved during the earlier, merits phase of the annulment proceeding [...]. This is something that, in this exceptional phase of the annulment proceeding, the Committee cannot and will not do.¹⁴

2. Par ailleurs, le Comité *ad hoc* a noté que les demandes de rectification pouvaient être également dangereuses pour la cohérence des mécanismes d'arbitrage CIRDI. Se fondant sur d'autres décisions de rectification rendues dans le système du CIRDI, il a rappelé qu'une rectification ne peut concerner qu'une « clerical, arithmetical or similar error in an award or decision » relative à « an aspect of the impugned award or decision that is purely accessory to the merits »¹⁵. C'est sur cette base que le Comité *ad hoc* a rejeté cinq des sept demandes de rectification formulées par l'Argentine. Elles lui sont apparues comme constituant un « malentendu » quant au principe fondamental selon lequel « the sole purpose of a rectification is [...] not to reconsider the merits of issues already decided »¹⁶.

Le Comité *ad hoc* n'a accepté de tenir compte que de deux demandes de rectification dont seule la seconde mérite d'être évoquée. Dans sa décision d'annulation, le Comité *ad hoc* avait souligné que « neither party disputes that a tribunal may commit an excess of powers not only by purporting to exercise a jurisdiction that it does not possess, but also by failing to exercise a jurisdiction that it in fact does possess »¹⁷. L'Argentine avait en fait contesté cette affirmation dans ses écritures, et le Comité *ad hoc* en a pris acte en supprimant le membre de phrase « and neither party disputes ».

Soulignons au passage que l'Argentine tient particulièrement à préserver son argumentation à ce sujet. En effet, l'objet de cette dernière demande en rectification, soit le principe selon lequel un excès de pouvoir au sens de l'article 52 (1)(b) de la *Convention* peut également résulter du fait de ne pas exercer une compétence qui existe pourtant bel et bien, est longuement discuté par Carlos Ignacio Suárez Anzorena, ancien membre de la *Procuración del Tesoro de la Nación* argentine et représentant de l'Argentine dans l'affaire *Vivendi*, dans un article récent¹⁸. Gageons

¹⁴ *Ibid.* au para. 19.

¹⁵ *Ibid.* au para. 25.

¹⁶ *Ibid.* au para. 25.

¹⁷ *Ibid.* au para. 38, correspondant au para. 86 de la Décision sur l'annulation. Voir nos commentaires sur la décision du Comité *ad hoc* dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 R.Q.D.I. 115 à la p. 192.

¹⁸ *Ibid.* au par 65.

que cet argument reviendra souvent dans les affaires impliquant l'Argentine, même si Monsieur Anzorena n'en défend plus, pour le moment, les intérêts.

D.K.

II. *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*¹⁹

Composition du Tribunal : Professeur Francesco Orrego Vicuña, Président; Marc Lalonde P.C., O.C., Q.C. et le Juge Francisco Rezek, arbitres.

L'origine du différend est similaire à nombre d'arbitrages portés devant le Centre contre l'Argentine du fait de l'effondrement de son économie et de sa devise²⁰. Le fondement de cet arbitrage est le fameux *Traité bilatéral de protection des investissements* (ci-après « BIT ») américano-argentin qui a donné lieu à de nombreux arbitrages devant le CIRDI et à d'importants développements en droit international des investissements²¹. Le rappel des faits indique que :

Beginning in 1989, the Republic of Argentina undertook a broad program of privatization of State-owned companies and other activities, while at the same time it proceeded to peg the Argentine peso to the United States dollar and adopted other stabilization measures. Important aims of this program were to achieve currency stability, eliminate inflation and attract foreign investment.²²

Le domaine gazier a été particulièrement touché par cette vague de privatisations et de nombreux instruments juridiques ont été mis en œuvre pour permettre que cette transition se fasse dans les meilleures conditions possibles.

C'est dans ce contexte que TGN, Transportadora de Gas del Norte, a obtenu une autorisation de transport de gaz. Grâce à un nouvel appel d'offres en 1995, CMS

¹⁹ Affaire No. ARB/01/8, Décision du Tribunal du 17 juillet 2003 sur les exceptions d'incompétence, 42 I.L.M. 788, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf> [*CMS Gas*].

²⁰ Il y avait, au 1^{er} novembre 2004, 30 affaires enregistrées suite aux problèmes financiers qu'a connus l'économie argentine et qui ont culminé à partir de 2001. La présente décision est la première rendue dans ces affaires. Par la suite, l'affaire *Azurix*, commentée au chapitre VIII de la présente chronique, et les affaires suivantes ont donné lieu à des décisions : *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine*, Affaire No. ARB/01/3, Décision sur la compétence du 14 janvier 2004, (CIRDI), en ligne : International Law in Brief <<http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf>>; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Et LG&E International Inc. c. République argentine*, Affaire No. ARB/02/1, Décision sur la compétence du 30 avril 2004, (CIRDI), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/LGE-DecisiononJurisdiction-English.pdf>> et *Siemens A. G. c. République argentine*, Affaire No. ARB/02/8, Décision sur la compétence du 3 août 2004, (CIRDI), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/SiemensJurisdiction-English-3August2004.pdf>>.

²¹ « Jurisprudence – Introduction to the case law section » (2004) 22.1 ASA bulletin 65.

²² *CMS Gas*, *supra* note 1 au para. 18.

a acheté 25% de TGN, puis 4,42% supplémentaire²³. Le calcul des droits de douane était prévu en dollars, mais exprimé en pesos, avec une réévaluation, tous les six mois, du montant. Cependant,

[f]ollowing a major economic and financial crisis, the Republic of Argentina enacted, starting late 1999, various measures which had, in the claimant's view, an adverse impact on its business and breached the guarantees which protected its investment in TGN. These measures later led to the devaluation of the currency and the adoption of additional financial and administrative measures also alleged to have an adverse impact on the investor.²⁴

Selon la défenderesse, en l'occurrence l'Argentine, ces mesures en sont d'intérêt public et ne sont pas spécifiquement dirigées à l'encontre de l'industrie gazière. Elle les considère, en outre, comme « transitoires » par nature²⁵, car elles répondent à l'urgence, en raison de la situation générale du pays. Même si le Tribunal analyse les arguments des parties, la distinction entre ces deux types de mesures (la dévaluation de la devise, d'une part, et les diverses mesures financières et administratives, d'autre part) est rapidement résolue, par un simple test *prima facie* car, pour le Tribunal, démontrer le fait que la défenderesse « has been adversely affected by measures adopted by the Republic of Argentina is sufficient [...] to consider that the claim, as far as this matter is concerned, is admissible and that it has jurisdiction to examine it on the merits »²⁶. Cet examen rapide de la question promet cependant une analyse très intéressante des mesures prises par l'Argentine lors de la sentence sur le fond²⁷.

²³ *Ibid.* au para. 19.

²⁴ *Ibid.* au para. 20.

²⁵ *Ibid.* au para. 21.

²⁶ *Ibid.* au para. 35.

²⁷ Ce test *prima facie* est de plus en plus souvent utilisé par les tribunaux statuant sur leur compétence, que ce soit sous l'égide du CIRDI ou dans les arbitrages utilisant les règles de la CNUDCI : *Emilio Augustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, Affaire No. ARB/97/7, Décision du 25 janvier 2000 sur les objections à la compétence, 16 ICSID Rev – Foreign Inv't L. J. 212 (CIRDI) ; *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc*, Affaire No. ARB/00/4, Décision du 23 juillet 2001 sur la compétence, 129 J.D.I. 196 (2002) [Original en français] (Traduction en anglais dans 42 I.L.M. 609 (2003)) (Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements) ; *Methanex Corp. c. États Unis d'Amérique*, Première sentence partielle du 7 août 2002, (Arbitrage CNUDCI), en ligne : U.S. Department of State <<http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>>; *United Parcel Service of America c. Gouvernement du Canada*, sentence du 22 novembre 2002 sur la compétence, (Arbitrage CNUDCI), en ligne : Ministères des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Jurisdiction%20Award.22Nov02.pdf>>; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République Islamique du Pakistan*, Affaire No. ARB/01/13, Décision du 6 août 2003 sur les objections à la compétence, 18 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 301 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) et les commentaires dans la présente chronique au chapitre IV ; *Azurix Corp. c. République argentine*, Affaire No. ARB/01/12, Décision du 8 décembre 2003 sur la compétence, *International Law Brief*, en ligne : The American Society of American Law <<http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>> (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) et le commentaire dans la présente chronique au chapitre VIII.

A. Le *Jus standi* de CMS ou la qualité pour agir d'un actionnaire minoritaire

Il nous semble que cette première exception que nous venons de soulever est la plus intéressante. L'Argentine invoque le fait que le Tribunal ne peut se reconnaître compétent pour une affaire portée devant lui par un actionnaire minoritaire, ressortissant d'un autre État partie, d'une société incorporée en Argentine. Pour l'Argentine, seul TGN pourrait obtenir des dommages-intérêts directs et CMS ne serait pas, par conséquent, en position de demander que des dommages-intérêts indirects²⁸. En effet, « CMS is not claiming for rights pertaining to TGN but for the rights associated with its investment in the company »²⁹.

Le Tribunal, aux fins de sa décision, prend une posture extrêmement méthodique en analysant point par point et argument par argument les éléments qui lui ont été présentés. En préambule à l'analyse des droits des actionnaires, le Tribunal s'attache à la nationalité des personnes morales en Argentine. La défenderesse rappelle en effet qu'il est un principe commun aux grands systèmes de droit, que ce soit de droit civil ou de *common law*, que la personnalité juridique de l'entreprise est distincte de celle des actionnaires³⁰.

Cet argument est écarté par le Tribunal sur le fondement du droit applicable car

the applicable jurisdictional provisions are only those of the *Convention* and the *BIT*, not those which might arise from national legislation. But even if the Argentine legislation were relevant, it is also worth noting that that legislation has contributed significantly to the piercing of the corporate veil when the real interests behind the corporate personality need to be identified.³¹

Le Tribunal va donc analyser les droits des actionnaires en trois temps : au regard du droit international (1), de la *Convention de Washington* (2) et enfin du *BIT* (3).

1. DROIT DES ACTIONNAIRES ET DROIT INTERNATIONAL

Comme il est désormais de coutume lorsqu'une telle question est invoquée, le Tribunal fait référence au célèbre arrêt de la Cour internationale de Justice *Barcelona Traction*³². Pour l'Argentine, cette affaire illustre parfaitement son point de vue en ce qu'elle interdit la protection des investisseurs par leur État national, lorsque ce dernier n'est pas l'État du siège de l'entreprise, *a fortiori* lorsque le dommage est

²⁸ *Ibid.* au para. 36.

²⁹ *Ibid.* au para. 40.

³⁰ *Ibid.* au para. 42.

³¹ *Ibid.*

³² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, [1970] C.I.J. rec. 3 [*Barcelona Traction*].

subi dans un État tiers³³. Le Tribunal accepte la position du demandeur qui indique que cette affaire s'appliquait uniquement en matière de protection diplomatique et qu'elle n'est donc pas directement applicable en l'espèce, quand bien même elle amorcerait un changement fondamental en la matière³⁴. Le Tribunal ne manque pas d'invoquer l'affaire *ELSI*³⁵, où la protection des actionnaires d'une société par leur État national a été admise, en application d'un traité bilatéral italo-américain, alors que la personnalité juridique de cette société était reconnue en raison de son incorporation dans le droit interne de la défenderesse³⁶. Étant donné qu'en l'espèce, comme en l'affaire *ELSI*, le droit international général est concurrencé par un droit international spécial, à savoir celui du *BIT* et de la *Convention de Washington*, le Tribunal conclut à la possibilité d'écarter le principe coutumier consacré dans l'affaire *Barcelona Traction*, et à la possibilité de percer le voile social pour protéger le droit propre des actionnaires.

En outre, pour la défenderesse, de tels droits reconnus aux actionnaires, indépendamment de ceux de la société, ne l'ont été que lorsque ces derniers étaient majoritaires ou contrôlaient la société. Le Tribunal ne la suit pas dans cet argument et abonde plutôt dans le sens du demandeur : « [m]inority and non-controlling participations have thus been included in the protection granted or have been admitted to claim in their own right »³⁷. Pour soutenir cette prétention, le Tribunal se fonde sur une abondante jurisprudence³⁸, et décide finalement que rien, en droit international, n'empêche CMS d'engager une procédure arbitrale.

2. LES DROITS DES ACTIONNAIRES ET LA *CONVENTION CIRDI*

[T]he 1965 Convention is the paramount example of the approach now prevailing in international law in respect of claims arising from foreign investments.³⁹

Suivant cette affirmation de principe, les arbitres indiquent que le fait de posséder des actions a toujours été perçu comme un investissement, même avant l'interprétation large de cette notion dans les arbitrages CIRDI⁴⁰, et en particulier lors des négociations de la *Convention de Washington*⁴¹. Il n'existe aucun critère particulier de contrôle considérant la définition peu précise de la *Convention*, ni d'obligation de posséder la moitié des actions.

³³ *CMS Gas*, *supra* note 19 au para. 43.

³⁴ *Ibid.* au para. 44.

³⁵ *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États Unis d'Amérique c. Italie)*, [1989] C.I.J. rec. 15 [*ELSI*].

³⁶ *CMS Gas*, *supra* note 19 au para. 44.

³⁷ *Ibid.* au para. 47.

³⁸ *Ibid.* au para. 53. Voir également *infra* note 28.

³⁹ *Ibid.* au para. 49.

⁴⁰ *Tradex Hellas S.A. c. République d'Albanie*, Affaire No. ARB/94/2, Sentence du 29 avril 1999, 14 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 197, aux para. 105-107 et *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. c. République slovaque*, Affaire No. ARB/97/4, Décision du 24 mai 1999 sur la compétence, 5 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 335 aux para. 63-72.

⁴¹ *CMS Gas*, *supra* note 19 au para. 50.

Pour le Tribunal, cela répond à la volonté de ne pas voir la personnalité juridique de l'entreprise interférer avec les intérêts réels associés à l'investissement⁴². Cet élément est le plus important pour le Tribunal et est nécessaire pour permettre à la *Convention* de s'appliquer le plus efficacement possible. Malgré la diversité des affaires traitant des droits des investisseurs, nous rejoignons le Tribunal quand il esquisse une tendance générale en faveur de l'indépendance de l'actionnaire par rapport à la société.

La compétence du Tribunal est également retenue sur le fondement de la *Convention de Washington*⁴³.

3. LES DROITS DES ACTIONNAIRES ET LE *BIT* AMÉRICANO-ARGENTIN

L'article I (1) du *BIT*⁴⁴ constitue la pomme de discorde entre les parties. Ces dernières se réfèrent à nouveau à des sentences rendues par le CIRDI, notamment dans l'affaire *Lanco*⁴⁵, où le même traité bilatéral avait été interprété, sans référence toutefois à la nécessité d'un contrôle de la société comme condition préalable à la protection des investisseurs⁴⁶. Puisqu'une *equity share* de 18,3 % avait suffi à qualifier *Lanco* d'investisseur⁴⁷ aux termes de cet article I (1), le Tribunal en conclut donc que

jurisdiction can be established under the terms of the specific provisions of the *BIT*. Whether the protected investor is in addition a party to a concession agreement or a license agreement with the host State is immaterial for the purpose of finding jurisdiction under those treaty provisions, since there is a direct right of action of shareholders.⁴⁸

Le Tribunal apporte un éclaircissement enrichissant et utile quant à la qualité à agir des actionnaires minoritaires devant le CIRDI. Il se déclare finalement compétent, pour traiter de la demande des actionnaires minoritaires de CMS, sur les trois fondements discutés.

⁴² *Ibid.* au para. 51.

⁴³ *Ibid.* au para. 56.

⁴⁴ Article I (1) du BIT entre l'Argentine et les États-Unis d'Amérique

(a) 'Investment' means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation :

[...]

(ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof [...]

Ibid. au para. 57.

⁴⁵ *Lanco International, Inc c. République argentine*, Affaire n° ARB/97/6, Décision préliminaire du 8 décembre 1998 sur la compétence, 40 I.L.M. 457, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Lanco*].

⁴⁶ *CMS Gas*, *supra* note 1 au para. 62.

⁴⁷ *Ibid.* au para. 63.

⁴⁸ *Ibid.* au para. 65.

B. Différend en matière d'investissement et obligation contractuelle de règlement des différends : deux exceptions mineures

Deux autres exceptions d'incompétence sont soulevées devant le Tribunal, mais méritent une moindre attention.

La première concerne l'existence d'un lien direct entre le différend et un investissement. La défenderesse soulève une nouvelle fois le moyen concernant l'impossibilité pour l'actionnaire d'agir devant les arbitres dès lors que les droits sont ceux de TGN et non pas de CMS. À ses yeux, l'acquisition d'actions n'est pas assimilable à un investissement⁴⁹. Le Tribunal se voit donc obligé, avec une certaine redondance, de rappeler les conclusions rendues précédemment quant au droit à agir de manière indépendante d'un actionnaire minoritaire. Il réitère ainsi l'idée que « the present dispute arises directly from the investment made and that therefore there is no bar to the exercise of jurisdiction on this count »⁵⁰.

La seconde exception concerne une obligation contractuelle de règlement des différends. La disposition est contenue dans la licence de TGN et donne compétence aux juridictions argentines⁵¹. Pour le Tribunal, « a number of recent ICSID cases have had to discuss and decide on similar or comparable provisions concerning contracts and the scope of the Treaty »⁵². Le Tribunal se réfère aux conclusions des sentences *Lanco*⁵³, *Vivendi*⁵⁴ et *Wena*⁵⁵ pour déterminer que

the clauses in the License or its Terms referring certain kinds of disputes to the local courts of the Republic of Argentina are not a bar to the assertion of jurisdiction by an ICSID tribunal under the Treaty, as the functions of these various instruments are different.⁵⁶

Cette déférence pour ces « précédents » peut nous paraître surprenante alors que, rappelons-le, les décisions des tribunaux ne possèdent pas, dans le système du CIRDI, la valeur de *stare decisis*. C'est là toutefois un facteur d'homogénéité retrouvé dans la jurisprudence CIRDI dont on peut penser qu'il jouera un rôle important à l'avenir lorsqu'un tribunal devra statuer sur sa compétence.

⁴⁹ *Ibid.* au para. 66.

⁵⁰ *Ibid.* au para. 68.

⁵¹ *Ibid.* au para. 70.

⁵² *Ibid.* au para. 72.

⁵³ *Lanco*, *supra* note 45.

⁵⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine*, Affaire No.ARB/97/3, Sentence du 21 novembre 2000, 40 I.L.M. 426, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements des différends relatifs aux investissements) [*Vivendi*]. Voir nos commentaires sur la décision du Comité *ad hoc* dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 R.Q.D.I. 115 à la p. 192.

⁵⁵ *Wena Hotels Limited c. République arabe d'Égypte*, Affaire No. ARB/98/4, Décision du 5 février 2002 du Comité *ad hoc*, 41 I.L.M. 933 [*Wena*]. Voir nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 R.Q.D.I. 115 à la p. 167.

⁵⁶ *Ibid.* au para. 76.

C. « Fork in the road » ou la conciliation entre juridictions internes et tribunaux CIRDI par l'option de compétence irrévocable

La clause *fork in the road*, selon laquelle un tribunal du CIRDI doit se reconnaître incompétent si le même différend est soumis aux juridictions internes, semble revenir de plus en plus souvent devant des tribunaux CIRDI⁵⁷. Elle figure à l'article VII (3)(a) du *Traité*. Pour l'Argentine, cette clause s'enclenche automatiquement (*triggers*), car TGN a présenté des demandes devant des juridictions internes en Argentine concernant des termes contractuels de la licence⁵⁸.

Aux fins de détermination de sa compétence, le Tribunal fait nécessairement la distinction entre les demandes contractuelles et les demandes conventionnelles, en se basant sur la jurisprudence antérieure du CIRDI selon laquelle une demande interne concernant un litige contractuel n'empêche pas la soumission à l'arbitrage de demandes fondées sur le *Traité*⁵⁹. En outre, CMS n'a soumis aucune demande devant les juridictions internes et la clause *fork in the road* ne pourrait être déclenchée du fait des actions engagées par TGN.

La distinction entre CMS et TGN n'en est que plus prononcée en l'espèce, car même si la décision est en fait rendue en raison de la différence entre un différend résultant d'une violation du contrat et un différend fondé sur le *Traité*, cette analyse renforce encore davantage l'indépendance pleine et entière des actionnaires, même minoritaires.

En relation avec cette clause, le Tribunal rappelle le droit applicable en matière de détermination de la compétence, et se prononce notamment sur l'applicabilité des articles 42 et 25 de la *Convention de Washington*. Pour l'Argentine, son droit national est applicable en raison de l'article 42⁶⁰. CMS, quant à elle, allègue que l'article 42 n'est applicable qu'au fond du différend et ne concerne pas les questions de compétence qui sont régies par le *Traité* et le droit international⁶¹.

Le Tribunal fait donc droit à cette dernière prétention puisqu'il indique que l'article 42 ne s'applique pas aux questions de compétence du Tribunal, auxquelles ne s'applique que l'article 25 de la *Convention*, ainsi que les dispositions du *Traité* applicables à cette question⁶². « Le droit de l'État défendeur doit être [aussi] écarté »⁶³. Le Tribunal insiste particulièrement sur la clause de *fork in the road*, puisque l'Argentine est persuadée que le droit argentin doit s'appliquer en raison du « déclenchement automatique » de cette disposition. En ayant écarté cette disposition,

⁵⁷ Voir l'analyse d' Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Éditions Pédone, 2004, entre autres aux pp. 753 et 856-861.

⁵⁸ *CMS Gas*, *supra* note 19 au para. 77.

⁵⁹ *Ibid.* au para. 80.

⁶⁰ *Ibid.* au para. 87.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.* au para. 88.

⁶³ Claire Crépet, « La détermination du droit applicable » dans Ibrahim Fadlallah et Charles Leben, dir., *Investissements internationaux et arbitrage*, Gaz. Pal., 7-8 novembre 2003, 3361 à la p. 3375.

le Tribunal conclut donc, à juste titre, que le droit argentin n'a aucun rôle à jouer dans la détermination de la compétence du Tribunal, du moins aucun rôle direct⁶⁴.

D. L'exception tirée de la nature et du nombre de différends

Nous sommes d'avis que cette analyse n'a pas forcément l'intérêt des précédentes. Toutefois, l'application que met le Tribunal à la disséquer nous oblige à en mentionner au moins les grandes lignes.

Le premier point soulevé concerne la différence, pour l'Argentine, entre la demande issue de la requête d'arbitrage et celle soumise par l'investisseur, notamment dans une lettre ultérieure datée du 12 mars 2001⁶⁵. Le Tribunal réfute cet argument car il note une « correlation between the content of the letters sent to the Argentine authorities before the Request for Arbitration and the Request itself »⁶⁶. Pour le Tribunal, les lettres ont toujours été claires quant au contenu ainsi qu'aux fondements de cette demande qui découlait tout naturellement de la requête d'arbitrage. Cette exception d'incompétence est donc rejetée par le Tribunal.

La seconde question soulevée concerne l'existence de deux différends distincts et non d'un seul se poursuivant dans le temps. Pour l'Argentine, le premier différend serait celui soumis devant les juridictions internes et engagé par l'Ombudsman argentin, tandis que le second serait celui engagé par les pouvoirs exécutif et législatif argentins, eu égard à la crise économique du pays. Cette seconde requête n'a pas été enregistrée par le CIRDI, car elle n'a pas respecté la période impartie par l'article VII (3). L'intérêt du raisonnement du Tribunal se cristallise surtout autour de la question ayant trait au refus de recevoir cette argumentation de l'Argentine en se basant sur les travaux de la CDI, et notamment sur l'article 4 du projet d'articles adopté en seconde lecture sur la responsabilité des États⁶⁷. Ce faisant, il indique que le droit international, ainsi que cet arbitrage, sont indifférents à ces actions en droit interne.

Il précise un peu plus loin que « at the outset of this Decision, the Tribunal drew the line between acts which directly affect the investor's rights under binding legal commitments and other acts which relate to questions of public policy »⁶⁸. On comprend que, pour le Tribunal, la prise en considération de telles actions ne sera effectuée que dans les cas où l'investisseur a été affecté par celles-ci ou si les demandes sont parfaitement identiques. En l'espèce, le Tribunal refuse de reconnaître l'existence de deux demandes séparées et concurrentes. Il conclut plutôt à l'existence

⁶⁴ *CMS Gas*, *supra* note 19 au para. 89.

⁶⁵ *Ibid.* au para. 92.

⁶⁶ *Ibid.* au para. 99.

⁶⁷ On notera par ailleurs qu'il n'est fait aucune mention de la nature de ce projet. Il est donc utilisé comme faisant partie intégrante du droit international sans nécessité de le qualifier soit de coutumier, soit comme étant utilisé de manière récurrente dans des arbitrages CIRDI.

⁶⁸ *CMS Gas*, *supra* note 19 au para. 109.

de demandes *incidentes*, directement liées au différend soumis au Tribunal, en conformité avec l'article 46⁶⁹ de la *Convention de Washington*.

E. Conclusion

En définitive, le Tribunal se reconnaît compétent, eu égard à toutes les demandes qui lui ont été présentées par CMS et, en raison de la clarté de l'analyse de cette décision sur la compétence, nous sommes en droit d'espérer une décision enrichissante sur le fond. Il convient toutefois de souligner, avec Emmanuel Gaillard, que, tout opportune que puisse paraître la possibilité pour l'actionnaire minoritaire d'agir seul devant le CIRDI, elle n'est pas sans poser problème quant à la position de l'État hôte :

Elle [la possibilité d'agir] le place devant la perspective de faire face, à propos de la même mesure prise à l'égard de la même société de droit local, à des contentieux multiples, tant devant les juridictions locales que devant un ou plusieurs tribunaux arbitraux internationaux.⁷⁰

Nous verrons à l'usage si une telle jurisprudence engendrera des abus ou si les actionnaires d'une même société agiront de concert et de bonne foi.

J.F.

III. *Fireman's Fund Insurance Company c. États-Unis du Mexique*⁷¹

Composition du Tribunal : Andreas F. Lowenfeld, Président ; Messieurs Francisco Carrillo Gamboa et Albert Van der Berg, arbitres.

Cette décision a trait à la compétence du Tribunal. Le fondement de cette affaire est l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA). Ceci entraîne automatiquement l'utilisation du mécanisme supplémentaire⁷² et, par conséquent, la

⁶⁹ Article 46

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre.

Dans *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage*, 18 mars 1965, (entrée en vigueur : 14 octobre 1966), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap04.htm#s03>> [*Règlement d'arbitrage*].

⁷⁰ Emmanuel Gaillard, *supra* note 57 à la p. 812.

⁷¹ Affaire No. ARB (AF)/02/1, Décision du 17 juillet 2003 sur la question préliminaire – compétence –, (Mécanisme Supplémentaire – CIRDI), en ligne: Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/FiremansAward.pdf>> [*Fireman's Fund c. Mexique*].

⁷² Voir notamment les commentaires des affaires *Waste, Mondev* ou encore *CEMSA* dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 R.Q.D.I. 115 à la p. 167 ou encore les commentaires concernant les

suppression de certaines garanties de la *Convention de Washington* telles la procédure d'annulation ou la reconnaissance automatique des sentences dans les États parties⁷³.

En l'espèce, Fireman's Insurance Fund Company, entreprise incorporée selon les lois de l'État de Californie, poursuit les États-Unis du Mexique (ci-après « Mexique ») pour la violation des articles 1102, 1105, 1110 et 1405 de l'ALÉNA⁷⁴. Le Mexique s'oppose à la compétence *ratione materiae* du Tribunal, car les mesures contestées sont, selon lui, exclusivement régies par le chapitre 14⁷⁵ qui traite des services financiers⁷⁶. L'entreprise réclame cinquante millions de dommages avec les intérêts afférents. L'histoire procédurale est particulièrement détaillée pour une décision relative à une question préliminaire et n'est pas d'un grand intérêt doctrinal⁷⁷. On notera toutefois que des éclaircissements ont été demandés par le Canada ainsi que par les États-Unis, non parties au litige, en conformité avec l'article 1128 créé à cet effet⁷⁸.

A. Faits de l'affaire

Au Mexique, les holdings financiers (« sociedades controladoras de grupos financieros ») sont sujets à la supervision du Secretaria de Hacienda y Crédito Publico (SHCP) qui possède des pouvoirs d'investigation et de supervision relativement étendus⁷⁹. Ces sociétés possèdent des marges de manœuvre assez limitées en termes d'activités commerciales autorisées par la législation mexicaine⁸⁰.

affaires *ADF* et *Tecmed* dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16.1 R.Q.D.I. 125 à la p. 223.

⁷³ Si un mécanisme d'appel éventuel a été prévu dans la législation américaine en vertu du Trade Act de 2002, son application paraît en pratique difficile: voir Barton Legum, « The Introduction of an Appellate Mechanism: the U.S. Trade Act 2002 » dans Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, dir., *Annulment of ICSID Awards*, IAI series on International Arbitration n°1, Juris Publishing, 2004, à la p. 289.

⁷⁴ *Fireman's Fund c. Mexique*, *supra* note 71 au para. 10.

⁷⁵ *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), en ligne: Secrétariat de l'ALÉNA <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID=340> [ALÉNA].

⁷⁶ Article 1401: Portée et champ d'application
2. Les articles 1109 à 1111, 1113, 1114 et 1211 sont incorporés dans le présent chapitre et en font partie intégrante. Les articles 1115 à 1138 sont incorporés dans le présent chapitre et en font partie intégrante, uniquement pour les manquements par une Partie aux articles 1109 à 1111, 1113 et 1114 incorporés dans le présent chapitre.

Voir également l'annexe VII qui contient les réserves exprimées par les parties à ce chapitre. ALÉNA, *Ibid.* <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID=340>.

⁷⁷ *Fireman's Fund c. Mexique*, *supra* note 71 aux para. 9-38.

⁷⁸ *Ibid.* aux para. 35-36.

Article 1128: Participation d'une Partie

Après notification écrite donnée aux parties contestantes, une Partie pourra présenter à un tribunal des conclusions sur une question d'interprétation du présent accord.

⁷⁹ *Ibid.* au para. 45.

⁸⁰ *Ibid.* aux para. 47-48.

En 1992, le SHCP autorise la création d'une entreprise mexicaine dénommée Grupo financiero BanCreceer qui est le holding pilotant Banco BanCreceer. En 1995, Fireman's Fund a investi cinquante millions de dollars dans l'acquisition d'obligations à cinq ans émises par GF BanCreceer, suivant l'autorisation de la Banque du Mexique⁸¹.

Dans un contexte de crise financière à l'échelle nationale, la Banco BanCreceer rencontra en 1997, elle aussi, des problèmes financiers. Pour permettre à la banque de survivre, il est prévu, dans un plan de sauvetage négocié avec l'investisseur, que les obligations souscrites par Fireman's Fund lui seront remboursées, avant d'être réinvesties dans la Banco BanCreceer, une fois celle-ci restructurée. Cependant, un second plan, dont la teneur n'est cette fois pas décidée en accord avec Fireman's Fund, prévoit le remboursement, avec l'appui de l'État mexicain, des obligations émises en pesos⁸². Lorsqu'il apprend l'existence de ce second plan, en avril 1998, Fireman's Fund demande un traitement équivalent. Il se voit opposer un refus définitif un an plus tard⁸³.

En juillet de la même année, l'investisseur demande l'autorisation d'acheter les obligations en dollars selon les mêmes termes que pour celles émises en pesos. Cette « faveur » lui est également refusée par la Banque du Mexique, en août 1999⁸⁴.

En novembre 1999, la liquidation et la dissolution du holding GF BanCreceer sont ordonnées. La demande d'arbitrage est donc soumise au Secrétariat du CIRDI le 30 octobre 2001⁸⁵.

B. Un raisonnement limpide du Tribunal : des étapes convaincantes et nécessaires en matière de différentiation des chapitres 11 et 14 de l'ALÉNA

La première question d'importance concerne le chapitre en application duquel les demandes doivent être accueillies soit les chapitres 11 (à propos des investissements) et 14 (à propos des services financiers). Le Tribunal indique que l'interprétation devra se faire en conformité avec l'article 102 de l'ALÉNA pour respecter l'architecture du traité dans son ensemble⁸⁶. L'analyse donnée par les tribunaux CIRDI, constitués sur le fondement de l'ALÉNA, est toujours effectuée en conformité avec les dispositions contenues dans la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, en particulier les articles 31 et 32⁸⁷.

⁸¹ *Ibid.* aux para. 51-53.

⁸² *Ibid.* au para. 55.

⁸³ *Ibid.* au para. 56.

⁸⁴ *Ibid.* au para. 58.

⁸⁵ *Ibid.* aux para. 59-60.

⁸⁶ *Ibid.* aux para. 69-70.

⁸⁷ *Ibid.* au para. 63 et voir l'affaire *ADF Group Inc c. États-Unis d'Amérique* (2003), Affaire No. ARB(AF)/00/1, 18 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 195, au para. 149 n.153 (Mécanisme supplémentaire – Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). Cette sentence est commentée par Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir.,

Le demandeur indique que le chapitre 11 doit s'appliquer car les conditions du chapitre 14 ne sont pas remplies. Le défendeur soutient, pour sa part, que l'investissement est couvert par le champ d'application du chapitre 14⁸⁸. Pour trancher cette question, on doit faire référence à l'article 1101 (3), qui dispose que « [l]e présent chapitre ne s'applique pas aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie dans la mesure où celles-ci sont couvertes par le chapitre 14 (Services financiers) »⁸⁹.

Le Tribunal, prenant note de l'article 1103 (3), indique précisément sur quelle base se fondera sa décision :

if the measures challenged in this arbitration are covered by Chapter Fourteen, the claims brought under Articles 1102, 1105, and 1405 must be dismissed, and only the claim for expropriation pursuant to Article 1110 remains to be decided by this Tribunal [disposition incluse dans le chapitre 14]. If, on the other hand, the conditions for application of Chapter

« Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16.1 R.Q.D.I. 223. Voir aussi *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique* (2002), Affaire No. ARB(AF)/99/2, 42 I.L.M. 85, au para. 43 – sentence commentée par Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » dans Julien Fouret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 R.Q.D.I. 167.

Les articles de la *Convention de Vienne* disposent :

Article 31 : Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;

b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;

c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Article 32 : Moyens complémentaires d'interprétation

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'art. 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'art. 31

a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou

b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Dans *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, en ligne : Les autorités fédérales de la Confédération suisse <http://www.admin.ch/ch/f/rs/0_111> [*Convention de Vienne*].

⁸⁸ *Ibid.* au par 65.

⁸⁹ *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), en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/chap11-fr.asp?#article_1101> [*ALÉNA*].

Fourteen are not met, the claims under Article 1102 (National Treatment) and Article 1105 (Minimum Standards of Treatment) remain before this Tribunal, along with the expropriation claim under Article 1110.⁹⁰

Ces déterminations ne seront possibles qu'en analysant le type d'investissement de Fireman's Fund au Mexique. Le chapitre 14, en son article 1401, indique le type d'activités pouvant être menées sur le territoire d'un autre État partie à l'ALÉNA :

Article 1401 : Portée et champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie et concernant :
 - a) les institutions financières d'une autre Partie;
 - b) les investisseurs d'une autre Partie et les investissements de tels investisseurs dans des institutions financières situées sur le territoire de la Partie; et
 - c) le commerce transfrontières des services financiers⁹¹.

Dans le cas présent, le Tribunal s'est ainsi intéressé aux activités relevant des institutions financières. Le droit à l'établissement d'une telle institution est expressément autorisé par l'article 1403 (1)⁹². Le Tribunal doit cependant analyser les activités menées par Fireman's pour déterminer si elles relèvent bien de cette catégorie. Si tel est bien le cas, le principe du traitement national, défini à l'article 1405⁹³, devra alors s'appliquer⁹⁴.

⁹⁰ *Fireman's Fund c. Mexique*, *supra* note 71 au para. 67.

⁹¹ *Supra* note 20, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/chap14-fr.asp?#article_1401>.

⁹² Article 1403 : Établissement d'institutions financières

Les Parties reconnaissent le principe selon lequel un investisseur d'une autre Partie devrait être autorisé à établir, sur le territoire d'une Partie, une institution financière dans la forme juridique choisie par l'investisseur.

Supra note 20, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/chap14-fr.asp?#article_1403>.

⁹³ Article 1405 : Traitement national

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs, dans des circonstances analogues, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'institutions financières, et d'investissements dans des institutions financières, sur son territoire.

2. Chacune des Parties accordera aux institutions financières d'une autre Partie et aux investissements effectués dans des institutions financières par des investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres institutions financières et aux investissements effectués dans des institutions financières par ses propres investisseurs, dans des circonstances analogues, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'institutions financières et d'investissements.

Supra note 20 <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/chap14-fr.asp?#article_1405>.

⁹⁴ *Fireman's Fund c. Mexique*, *supra* note 71 au para. 74.

C. La définition d'une institution financière par rapport au concept de *sociedad controladora* en droit mexicain

La position du demandeur est claire : il ne veut pas que s'applique le chapitre 14 car, pour lui, cela équivaldrait à restreindre son champ d'action aux investissements dans une institution financière, comme définie par l'article 1416 :

[Une] institution financière désigne un intermédiaire financier, ou autre entreprise, qui est autorisé à exercer des activités commerciales et qui est réglementé ou supervisé à titre d'institution financière en vertu de la législation de la Partie sur le territoire de laquelle il est situé.⁹⁵

En l'espèce, et comme nous l'avons indiqué précédemment, les obligations convertibles ont été émises par GF BanCreceer, un holding financier, ou *sociedad controladora*. Pour le demandeur, cette dénomination ne remplit pas les critères d'une institution financière, car elle n'est pas « authorized to do business and because it is not regulated as a financial institution »⁹⁶ selon la loi mexicaine.

Ce point de vue n'est pas partagé par le défendeur pour qui la *sociedad controladora* répond aux critères posés par l'article 1416, considérant, entre autres, la multitude d'autorisations nécessaires à l'exercice de son activité⁹⁷.

Pour trancher le différend sur ce point, le Tribunal va déterminer la nature juridique de GF BanCreceer en trois étapes.

1. LE CRITÈRE DÉCISIF DE LA RELATION AVEC LE PUBLIC

Le Tribunal, en l'espèce, interprète le terme « institution financière » de l'article 1416 selon la structure de l'accord et indique, très logiquement, que

NAFTA contains chapters addressed to several distinct sectors [...] it would be strange indeed to conclude that a financial holding company [...] does not belong to the financial services sector. If it is an institution or entity, then surely GF BanCreceer must be a financial institution.⁹⁸

L'interprétation du demandeur est ainsi rejetée. Pour ce dernier, l'interdiction d'effectuer des prestations financières avec le public s'oppose à l'obligation de l'article 1416 d'autoriser l'institution « à exercer des activités commerciales ». Il s'agit là d'une interprétation trop restrictive pour le Tribunal, lequel soutient que le droit mexicain considère comme constituant des holdings financiers les institutions autorisées à posséder une majorité des actifs de banques, de compagnies d'assurances ou autres fournisseurs de services financiers⁹⁹.

⁹⁵ *Supra* note 20, en ligne : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/chap14-fr.asp?#article_1416>.

⁹⁶ *Fireman's Fund c. Mexique*, *supra* note 71 au para. 77.

⁹⁷ *Ibid.* au para. 78.

⁹⁸ *Fireman's Fund c. Mexique*, *supra* note 71 au para. 80.

⁹⁹ *Ibid.* au para. 81.

La décision du Tribunal semble donc s'appuyer sur la différenciation terminologique entre entité financière et institution financière dans le cadre juridique mexicain. On comprend mal le fondement juridique d'une telle différenciation. On peut imaginer qu'elle a été avancée pour parer à l'application du chapitre 14. Toutefois, le manque d'analyse approfondie du système juridique mexicain nous apparaît regrettable. Le Tribunal conclut, en tout état de cause, à la similarité entre ces deux termes et refuse de suivre le demandeur sur ce point¹⁰⁰.

2. L'INTENTION DES RÉDACTEURS DE L'ALÉNA

Une fois de plus, l'analyse menée par le Tribunal est globale et tente de prendre en considération la volonté des rédacteurs d'après l'architecture de l'*Accord*. La non-inclusion de certaines dispositions générales de l'*Accord* dans le chapitre 14, comme l'absence de traitement juste et équitable ou les différences majeures avec les dispositions sur le traitement national, indique qu'une harmonisation des législations et une dérégulation n'étaient pas à l'ordre du jour lors de la rédaction de l'*Accord*. Les législations internes devaient alors rester dominantes¹⁰¹.

On rajoutera que, loin d'avoir exclu du chapitre 14 les investissements dans les secteurs financiers, les rédacteurs de l'ALÉNA ont décidé d'introduire l'article 1415, portant sur le règlement des différends en matière d'investissements, dans le secteur financier.

Pour toutes ces raisons, le Tribunal conclut que si une législation financière interne doit être contestée par un investisseur alors les procédures de l'article 14 s'appliqueront. Si l'investisseur se déclare exproprié, les procédures du chapitre 11 lui seront ouvertes comme en l'espèce et aucune raison ne subsiste pour que ces holdings financiers ne jouissent pas de ces possibilités¹⁰².

3. LA VOLONTÉ DES PARTIES CONTRACTANTES DE L'ALÉNA EST NOTAMMENT EXPRIMÉE DANS L'ANNEXE VII

L'annexe au chapitre 14 est extrêmement utile car elle « establishes exceptions and commitments towards liberalization »¹⁰³. En effet, cette annexe VII permet aux États d'indiquer des réserves au chapitre 14 pour des secteurs économiques qui entreraient, en principe, dans le champ de compétence de l'ALÉNA. Cela permet d'apporter des restrictions au libre échange général des services financiers prôné par le chapitre 14. Sur ce point, le Tribunal tranche sans équivoque. Il déclare en effet que « [...] the definitions and classifications set out in the Schedule of Mexico to Annex VII do no support Claimant's case »¹⁰⁴. Effectivement, le

¹⁰⁰ *Ibid.* au para. 82.

¹⁰¹ *Ibid.* au para. 83.

¹⁰² *Ibid.* au para. 85.

¹⁰³ *Ibid.* au para. 71.

¹⁰⁴ *Ibid.* au para. 86.

Mexique n'ayant pas inscrit ces holdings dans l'annexe, elles ne peuvent être une exception à l'application du chapitre 14. On comprend, derrière cette conclusion qui laisse peu de place au doute, que la qualification des holdings en tant qu'« institutions particulières » n'empêche en rien leur inclusion au sein de la catégorie plus large des « institutions financières »¹⁰⁵.

Le droit interne mexicain est celui qui a déterminé la qualification précise de ces entités. Les holdings y sont soumis, de fait, à un régime juridique spécial. Ils doivent être distingués des « entreprises » qui, elles, sont en contact direct avec le public et avec leurs clients. Pour le Tribunal, cette différenciation ne pose pas de problème au regard dudit accord nord-américain car si les holdings financiers, que sont les *sociudades controladoras*, constituent certes des institutions financières particulières d'après la loi mexicaine, ils rentrent néanmoins dans les critères plus généraux énoncés à l'article 1416¹⁰⁶. La différence, posée en droit interne, n'a donc que peu d'influence à l'échelle du droit de l'ALÉNA.

D. Les obligations de Fireman's Fund sont-elles un « capital réglementaire »?

Pour pouvoir appliquer le chapitre 14, il faut encore que les conditions du paragraphe 7 de l'article 1416 soient remplies. Ce dernier dispose, en ses parties pertinentes qu'un

investissement a le même sens qu'à l'article 1139 (Investissement Définitions), sous réserve que, s'agissant des « prêts » et des « titres de créance » visés dans ledit article :

- a) un prêt consenti à une institution financière ou un titre de créance établi par une institution financière est un investissement uniquement s'il est considéré comme capital réglementaire par la Partie sur le territoire de laquelle l'institution financière est située.¹⁰⁷

Le problème qui se pose réside dans le fait que l'ALÉNA n'offre aucune définition d'un « capital réglementaire »¹⁰⁸.

Il faut donc avoir recours à l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* afin d'interpréter ces termes dans le contexte du traité dans son ensemble. Le Tribunal répond alors à deux questions : est-ce que les obligations sont considérées comme un « capital » au Mexique? Si la réponse est positive, ce capital peut-il être assujéti à certaines réglementations du Mexique?

¹⁰⁵ *Ibid.* au para. 88.

¹⁰⁶ *Ibid.* au para. 91.

¹⁰⁷ *Supra* note 26.

¹⁰⁸ *Fireman's Fund c. Mexique*, *supra* note 71 au para. 94.

La réponse à la première question est affirmative, comme l'indiquent certaines circulaires émises par des autorités financières mexicaines, et considérant, également, que le holding lui-même a considéré que ses obligations constituaient des fonds propres, au même titre qu'un capital¹⁰⁹.

Quant à la seconde question, les réglementations habituellement applicables aux capitaux dans les législations internes de différents pays¹¹⁰ n'existent pas au Mexique. Une interprétation plus large du terme « réglementaire » autorise toutefois le Tribunal à conclure, en analysant les obligations des institutions financières, que le capital d'une *sociedad controladora* est, *de facto*, traité comme un capital réglementaire au Mexique et entre donc dans le champ d'application de l'article 1416 (7)(a)¹¹¹.

E. Conclusion

Le Tribunal décide finalement que les réclamations concernant les articles du chapitre 11, hormis l'article 1110, ne sont pas de son ressort eu égard à l'application du chapitre 14. Ce dernier chapitre constituera donc le fondement de sa compétence si les parties souhaitent poursuivre l'arbitrage. Cependant, les arbitres n'entendent pas statuer sur l'opportunité générale de la poursuite des procédures par le demandeur. Ils laissent à ce dernier l'initiative de poursuivre sur ce fondement plus réduit.

On prendra note de la soumission, le 6 juillet, du mémoire en demande sur le fond du litige qui semble indiquer que le demandeur est déterminé à voir reconnaître la violation d'au moins un article du chapitre 11, à savoir l'article 1110 en matière d'expropriation¹¹².

J.F.

IV. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*¹¹³

Composition du Tribunal : Monsieur Florentino P. Feliciano, Président ; Messieurs André Faurès et J. Christopher Thomas, arbitres.

Le 6 août 2003, un tribunal arbitral, constitué sur le fondement de la *Convention de Washington* et en application du *Traité bilatéral de protection des*

¹⁰⁹ *Ibid.* au para. 97.

¹¹⁰ Celles-ci sont données au para. 100 « capital adequacy requirements in the sense of tier 1 and tier 2 capital, spread of capital, deductions, risk asset ratios, market risk, etc. ».

¹¹¹ *Fireman's Fund c. Mexique*, *supra* note 71 aux para. 93 et 109.

¹¹² Mémoire disponible en ligne : <<http://www.naftalaw.org>>.

¹¹³ Affaire n° ARB/01/13, Décision du 6 août 2003 sur la compétence, 42 I.L.M. 1290 (CIRDI) [*SGS c. Pakistan*], en ligne : ICSID <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf>>. Voir également la traduction française dans Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Éditions Pédone, 2004, 815. L'auteur tient à préciser que le cabinet dans lequel il pratique est intervenu comme conseil auprès de la demanderesse dans cette affaire.

investissements conclu le 11 juillet 1995 entre la Confédération helvétique et la République islamique du Pakistan (le « BIT »), a rendu une intéressante décision sur la compétence, et ce à plusieurs titres.

Le litige entre SGS Société Générale de Surveillance S.A. (ci-après « SGS ») et le Pakistan découlait d'un contrat de prestation de services par lequel SGS devait assister les douanes pakistanaises en vérifiant le contenu des déclarations des importateurs. Ce contrat contenait une clause compromissoire selon laquelle tout litige devait être tranché par un tribunal arbitral siégeant à Islamabad en application de l'*Arbitration Act* pakistanais. C'est en application de la clause de règlement des différends du *BIT* que SGS a porté son différend devant le CIRDI en octobre 2001, reprochant au Pakistan d'avoir nui à son investissement dans ce pays par diverses mesures, dont la rupture unilatérale du contrat, contrairement à la protection offerte par le *BIT*.

Le dépôt par SGS de la requête d'arbitrage devant le CIRDI n'était pas, loin s'en faut, la première saisine d'une juridiction dans ce litige aux multiples rebondissements. SGS avait en effet antérieurement saisi, sur la base des mêmes faits, un tribunal suisse qui s'était déclaré incompétent, décision confirmée en appel et en cassation. De son côté, le Pakistan avait également saisi un tribunal arbitral en application de la clause compromissoire du contrat litigieux et de l'*Arbitration Act* pakistanais. SGS avait alors introduit une instance devant les juridictions pakistanaises afin d'empêcher la poursuite de l'arbitrage local au bénéfice de l'arbitrage du CIRDI. La Cour suprême du Pakistan a rejeté, le 3 juillet 2002, les demandes de SGS et lui a fait interdiction, sous astreinte, de poursuivre l'arbitrage CIRDI ou d'y participer. En d'autres termes, la juridiction suprême pakistanaise avait délivré une *anti-suit injunction* à l'encontre de SGS¹¹⁴. C'est devant le Tribunal constitué en application des règles du CIRDI que s'est jouée l'avant-dernière partie de cette longue et coûteuse procédure. En effet, dans une ordonnance du 16 octobre 2002, celui-ci a recommandé au Pakistan de ne pas liquider l'astreinte prononcée à l'encontre de SGS par la juridiction pakistanaise et de suspendre la procédure arbitrale locale en cours tant que le Tribunal arbitral CIRDI serait saisi de l'affaire¹¹⁵. Ces recommandations ayant été suivies, c'est devant le Tribunal arbitral composé de Monsieur Florentino P. Feliciano, Président, et Messieurs André Faurès et J.

¹¹⁴ Voir Martin Lau, « SGS Société Générale de Surveillance v. Pakistan », 19 *Am. Rev. Int'l. Arb.* 179 (2003).

¹¹⁵ Voir *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, Affaire No. ARB/01/13, Ordonnance du 16 octobre 2002, 18 *ICSID Rev.* 293 (2003), (CIRDI), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-order.pdf>>. L'ordonnance est intéressante à plus d'un titre, mais son étude dépasse le cadre de ce commentaire. Le lecteur pourra utilement se référer aux commentaires de cette ordonnance, particulièrement celui d'Emmanuel Gaillard, *supra* note 113 aux pp. 830-831 et plus généralement les contributions dans Emmanuel Gaillard (dir.), *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 2, New York, Juris Publishing, 2004. Voir également, Sandrine Clavel, « Anti-suit injunctions et arbitrage » (2001) 4 *Rev. arb.* 669 ; Emmanuel Gaillard, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international » (2004) 1 *Rev. arb.* 47.

Christopher Thomas que la suite (et la fin¹¹⁶) de la procédure va se dérouler. Il leur reviendra de trancher les difficultés liées aux nombreuses objections à la compétence¹¹⁷ formulées par le Pakistan. Parmi celles-ci, nous avons choisi de traiter celle relative à la notion d'investissement¹¹⁸ (A) et à l'interprétation de la clause dite de respect des engagements¹¹⁹ (B).

A. Une contribution supplémentaire à la définition de l'investissement : les contrats de prestations de services peuvent constituer un investissement

L'étendue de la notion d'investissement, centrale dans l'arbitrage CIRDI, suscite de plus en plus de controverses. Il est en effet vrai qu'un certain nombre de décisions ont semblé donner à cette notion une interprétation extensive. L'on cite classiquement les décisions *Fedax c. Venezuela*¹²⁰ et *CSOB c. République slovaque*¹²¹ comme ayant considéré, pour la deuxième affaire notamment, qu'un prêt, même sans apport financier, à destination de l'État d'accueil pouvait être considéré comme un investissement. Dans l'affaire *Salini c. Maroc*¹²², c'est un contrat de génie civil sans gestion ultérieure de l'ouvrage qui a été érigé au rang d'investissement par le Tribunal arbitral, le même d'ailleurs qui avait donné une solution identique quelques jours plus tôt dans l'affaire *RFCC c. Maroc*¹²³. Il est vrai que les affaires *Mihaly c. Sri Lanka*¹²⁴ et *Joy Mining c. Égypte*¹²⁵, en refusant d'admettre respectivement que les dépenses préalables à un investissement ou qu'une garantie bancaire pouvaient constituer un investissement, ont limité le libéralisme jusqu'alors en vigueur dans l'appréciation de cette notion.

En s'appuyant sur les dispositions « larges » du *BIT*, le Tribunal conclut aisément que le contrat signé entre SGS et le Pakistan constitue un investissement. En effet, ce contrat « gave rise to claims to money [...] [and] Pakistan effectively granted SGS a public law concession »¹²⁶, sans que l'on ne sache vraiment en quoi le premier

¹¹⁶ Après le prononcé de la décision sur la compétence, les parties ont conclu une transaction qui a eu pour effet de mettre un terme à l'instance engagée devant le CIRDI ; le Tribunal arbitral en a pris acte dans une ordonnance du 23 mai 2004 (non publiée).

¹¹⁷ Pas moins de 9 objections différentes, voir *supra* note 1, au para. 133.

¹¹⁸ *Supra* note 1 aux para. 133-143.

¹¹⁹ *Ibid.* aux para. 163-175.

¹²⁰ *Fedax N.V. c. République du Venezuela*, Affaire No. ARB/96/3, Décision du 11 juillet 1997 sur la compétence, 5 ICSID Rev. 186 (2002) [*Fedax c. Venezuela*].

¹²¹ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. c. République slovaque*, Affaire No. ARB/97/4, Décision du 24 mai 1999 sur la compétence, 14 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 251, (CIRDI), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob_decision.pdf> [*CSOB c. République slovaque*].

¹²² *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, Affaire No. ARB/00/4, Décision du 23 juillet 2001 sur la compétence, 129 J.D.I. 196 (2002) [Original en français]; Traduction en anglais dans 42 I.L.M. 609 (2003) (CIRDI) [*Salini*].

¹²³ Voir ci-dessous le commentaire sur cette décision au chapitre X de la présente chronique.

¹²⁴ Voir F. Yala, « Chronique Arbitrage Investissements – Obs. sous *Mihaly c. Sri Lanka* », Les cahiers de l'arbitrage/Gazette du Palais 7-8 novembre 2003, p. 10.

¹²⁵ Voir F. Yala, « Chronique Arbitrage Investissements – Obs. sous *Joy Mining Machinery c. République arabe d'Égypte* », Les cahiers de l'arbitrage/Gazette du Palais 5-7 décembre 2004 et le commentaire dans la prochaine édition de cette Revue.

¹²⁶ *Supra* note 1 au para. 135.

argument permet de conclure à l'existence d'un investissement. D'autre part, le contrat « defined the commitments of SGS in such a way as to ensure that SGS, if it was to comply with them, had to make certain expenditures in the territory of Pakistan »¹²⁷.

La décision du Tribunal contribue donc à étendre la notion d'investissement et sera en grande partie reprise par les arbitres ayant statué sur un autre différend impliquant SGS devant le CIRDI, cette fois contre les Philippines¹²⁸. Cet élargissement est sévèrement critiqué par certains¹²⁹. Il est vrai qu'une extension démesurée de cette notion sera en définitive préjudiciable à l'arbitrage du CIRDI lui-même. Toutefois, il ne nous semble pas que les décisions rendues en ce sens soient choquantes, surtout au regard de la formulation très large des BIT. Quoi que l'on pense de l'incapacité de certains États à négocier ces BIT ou à s'en voir imposer le contenu, il ne relève pas, selon nous, du rôle des arbitres des investissements internationaux d'en corriger les effets.

B. Une clause pour rien : la première appréciation de l'effet d'une clause de respect des engagements

« Contract claim / treaty claim », « fork in the road / clause de choix irrévocable », et, à présent, « umbrella clause / clause de respect des engagements »; la terminologie des décisions et des sentences CIRDI peut à première vue sembler ésotérique, mais elle devient pourtant rapidement accessible en raison de la fréquence avec laquelle ces termes reviennent dans la jurisprudence du Centre. La décision *SGS* est la première à se prononcer sur la portée de la clause de respect des engagements, également appelée « umbrella clause ». Gageons qu'elle ne sera pas la dernière¹³⁰.

En l'espèce, la clause de respect des engagements du *BIT* en cause était libellée de la manière suivante : « Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party »¹³¹.

Il s'agit d'une clause relativement fréquente que l'on retrouve avec une formulation différente d'un BIT à l'autre, par exemple, à l'article 3 du *BIT* entre la France et Hong Kong du 30 novembre 1995, à l'article 11 (2) du *BIT* entre l'Allemagne et le Koweït du 30 mars 1994 ou encore à l'article 8 (2) du *BIT* entre

¹²⁷ *Ibid.* au para. 136.

¹²⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, Affaire No. ARB/02/6, Décision du 29 janvier 2004 sur la compétence, (CIRDI), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>> et traduction française dans Emmanuel Gaillard, *supra* note 113, p. 893.

¹²⁹ Voir F. Yala, « The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: a Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" thoughts on Salini, SGS & Mihaly » (2004), vol. 1, issue 4, *Transnational Dispute Management*. Voir également F. Yala, « Chronique Arbitrage Investissements – Obs. sous Mihaly c. Sri Lanka », *Les cahiers de l'arbitrage/Gazette du Palais* 7-8 novembre 2003, p. 10.

¹³⁰ *SGS c. Philippines*, *supra* note 16. Voir aussi le commentaire d'Emmanuel Gaillard, *supra* note 113 à la p. 866.

¹³¹ *Supra* note 1 au para. 53.

l’Autriche et la Yougoslavie du 25 octobre 1989. Une clause de respect des engagements se trouve également à l’article 10 (1) du *Traité sur la Charte de l’énergie*.

À la lecture de ces clauses, on saisit tout de suite l’intérêt qu’elles revêtent. La distinction, parfois rigide entre les « contract claims » et les « treaty claims »¹³² pourrait être assouplie, voire abolie. Si la clause de respect des engagements veut bien dire ce qu’elle semble vouloir dire, l’État sera contraint de respecter les engagements contractuels assumés par lui à l’égard de l’investisseur. Voici donc un « contract claim » érigé en « treaty claim ». Une telle conclusion, si elle devait être adoptée par un tribunal, serait importante pour de nombreux investisseurs, dont SGS en l’espèce.

Malgré la limpidité des termes de cette clause et l’appui d’éminents auteurs, le Tribunal n’a pas suivi l’argumentation de SGS. Il a considéré d’une part que l’article 11 « falls considerably short of saying what the Claimant asserts it means »¹³³. Il estime, d’autre part, que cette solution se déduit de la volonté des parties (entendre, les « parties contractantes du BIT ») d’inclure une clause dont les conséquences sont « so far-reaching in scope, and so automatic and unqualified and sweeping in their operation, so burdensome in their potential impact upon a Contracting Party »¹³⁴. Enfin, c’est en faisant preuve d’un certain formalisme que le Tribunal a relevé que l’emplacement de l’article 11 dans le BIT¹³⁵ le conforte dans son analyse :

Given the above structure and the sequence of the rest of the *Treaty*, we consider that, had Switzerland and Pakistan intended Article 11 to embody a substantive “first order” standard obligation, they would logically have placed Article 11 among the substantive “first order” obligations set out in Articles 3 to 7¹³⁶.

Le Tribunal conclut alors au rejet de la thèse de SGS et à l’absence d’effet de l’article 11 du BIT. La clause de respect des engagements semble donc pour le moment enterrée.

L’argumentation du Tribunal n’est pas convaincante, pour le moment seulement, surtout en ce qui concerne sa réponse complexe à l’argument de SGS selon lequel l’article 11 ne peut être une clause creuse et sans effet¹³⁷. De même, l’analyse de la volonté des États contractants, que le Tribunal a voulu exhaustive et qui sous-tend l’ensemble de sa décision sur ce point, a été ultérieurement sérieusement ébranlée par l’intervention peu commune de la Suisse, qui, par la voix de son gouvernement, a estimé devoir exprimer officiellement son rejet de la position

¹³² Voir, ne serait-ce que dans cette Revue, les développements sous *Azurix* au chapitre VIII et sous *RFCC* au chapitre X.

¹³³ *Supra* note 1 au para. 166.

¹³⁴ *Ibid.* au para. 167.

¹³⁵ *Ibid.* au para. 169.

¹³⁶ *Ibid.* au para. 170.

¹³⁷ *Ibid.* au para. 172.

du Tribunal¹³⁸. Enfin, quelques mois après cette décision, un autre tribunal du CIRDI, également saisi par SGS, critiquera l'argumentation adoptée dans l'affaire *SGS c. Pakistan*, sans pour autant que sa solution ne permette de mettre en œuvre la clause dans le sens souhaité par l'investisseur¹³⁹.

L'édifice n'en reste pas moins fragile, comme le soulignent certains auteurs¹⁴⁰. La tâche des tribunaux qui, bientôt, auront la responsabilité de trancher à nouveau une question relative à la mise en œuvre d'une clause de respect des engagements, n'en sera pas facilitée.

D.K.

V. *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*¹⁴¹

Composition du Tribunal : Monsieur Jan Paulsson, Président ; Docteurs Eugen Salpius et Jürgen Voss, arbitres.

La sentence rendue le 15 septembre 2003 et notifiée aux parties le lendemain dans l'affaire *Generation Ukraine Inc. (« Generation Ukraine ») c. Ukraine* porte sur un litige résultant d'un projet de construction d'un ensemble immobilier à Kiev débutant en 1992. Comme le permet l'article 41 (4) du *Règlement d'arbitrage* du CIRDI, les arbitres ont choisi de traiter dans une même sentence le déclinatoire de compétence soulevé par l'Ukraine et la demande de l'investisseur sur le fond.

Generation Ukraine, société américaine incorporée au New Hampshire, soutenait que l'Ukraine l'a encouragée, dès 1992, à investir dans un projet de construction d'un immeuble de bureaux à Kiev pour lequel une société de droit local, Heneratsiya Ltd, détenue à 100 % par Generation Ukraine et une personne physique de nationalité américaine, a été créée. Toutefois, selon l'investisseur, une fois l'autorisation d'investir accordée, le projet n'a jamais pu être mené à bien en raison des multiples entraves à son bon déroulement posées par la municipalité de Kiev. Pour Generation Ukraine, ces mesures sont assimilables à une expropriation dont elle réclame réparation sur le fondement du *Traité bilatéral de protection des*

¹³⁸ « ICSID Tribunal's Interpretation of BIT Article 11 Worries Swiss » (Février 2004), 19 Int'l. Arb. Rev. 3.

¹³⁹ *SGS c. Philippines*, *supra* note 16. Voir aussi le commentaire sur la décision d'Emmanuel Gaillard, *supra* note 113 à la p. 866 et que nous ne manquerons pas de commenter dans la prochaine livraison de cette chronique. Voir également la décision rendue par le Tribunal constitué dans l'affaire *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume hachémite de Jordanie*, Affaire No. ARB/02/13, Décision du 29 novembre 2004 sur la compétence, (CIRDI), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>> qui sera également ultérieurement commentée dans cette chronique.

¹⁴⁰ Voir par exemple les positions critiques vis-à-vis de la décision *SGS c. Pakistan* d'Emmanuel Gaillard, *supra* note 113 aux pp. 828-835 ; S. Alexandrov, « Note sur *SGS c. Pakistan* », 42 I.L.M. 1285 (2003) ; T. Wälde, « 'The Umbrella' (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on *SGS v. Pakistan*, Jurisdictional Decision of August 6, 2003 » (à paraître), Arb. Int'l.

¹⁴¹ Affaire No. ARB/00/9, Décision du 16 septembre 2003, (CIRDI), en ligne : The American Society of International Law (ASIL) <<http://www.asil.org/ilm/Ukraine.pdf>> [*Generation Ukraine*].

investissements conclu le 4 mars 1994 entre les États-Unis et l'Ukraine et entré en vigueur le 16 novembre 1996 (le « BIT »).

Le Tribunal arbitral, constitué pour trancher le différend, était composé de Monsieur Jan Paulsson, Président, du Docteur Eugen Salpius, nommé par Generation Ukraine et du Docteur Jürgen Voss, nommé par l'Ukraine en tant que tel. Ce dernier a fait l'objet d'une demande de récusation de la part de l'investisseur qui a donné lieu à une procédure originale et inédite au CIRDI. En effet, les deux autres membres du Tribunal n'ayant pu s'accorder sur une même position quant à la demande de récusation de leur co-arbitre, le Président du Conseil administratif du CIRDI¹⁴² a été saisi en application de l'article 58 de la *Convention de Washington de 1965*¹⁴³ et des articles 9 (4) et 9 (5) du *Règlement d'arbitrage* du Centre afin de prendre une décision. Toutefois, eu égard aux activités antérieures du Docteur Voss à la Banque mondiale, et, par conséquent, d'une éventuelle partialité du Président de cette institution, c'est le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye qui a été consulté pour avis¹⁴⁴. En définitive, suivant les recommandations de ce dernier, le Président de la Banque mondiale a écarté la demande de récusation. Au terme d'une procédure d'un peu plus de deux ans, les arbitres ont statué sur les objections à leur propre compétence formulées par l'Ukraine (A) avant de rejeter au fond l'ensemble des demandes de l'investisseur (B).

A. Le Tribunal se reconnaît partiellement compétent pour statuer sur les demandes de l'investisseur après un examen de la déclinaison classique des objections à la compétence

C'est au terme d'un examen des moyens des parties, qu'il qualifie lui-même de laborieux, que le Tribunal statue sur les objections formulées par l'Ukraine sur sa propre compétence. En effet, comme il le fera à d'autres reprises dans la sentence, le Tribunal n'a pas de mots assez durs pour fustiger la qualité des écritures et des

¹⁴² Article 5

Le Président de la Banque est de plein droit Président du Conseil administratif (« Président ») sans avoir le droit de vote. S'il est absent ou empêché ou si la présidence de la Banque est vacante, la personne qui le remplace à la Banque fait fonction de Président du Conseil administratif.

Dans *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, (entrée en vigueur : 14 octobre 1966), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap01.htm>> [*Convention de Washington*].

¹⁴³ Article 58

Les autres membres de la Commission ou du Tribunal, selon le cas, se prononcent sur toute demande en récusation d'un conciliateur ou d'un arbitre. Toutefois, en cas de partage égal des voix, ou si la demande en récusation vise un conciliateur ou un arbitre unique ou une majorité de la Commission ou du Tribunal, la décision est prise par le Président. Si le bien-fondé de la demande est reconnu, le conciliateur ou l'arbitre visé par la décision est remplacé conformément aux dispositions du chapitre III, section 2 ou du chapitre IV, section 2.

Ibid., en ligne : CIRDI : <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap05.htm>>.

¹⁴⁴ *Supra* para. 4.16. La consultation du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage n'est pas prévue dans la *Convention* du CIRDI ou dans le *Règlement d'arbitrage*. Elle s'explique, dans ce cas particulier et peu commun, par le fait que le Président de la Banque mondiale a estimé que sa décision pourrait ne pas être impartiale et, par conséquent, être sujette à critique.

plaidoiries des parties, particulièrement celles du demandeur. Ces reproches, rarement formulés de la sorte dans les sentences arbitrales et en particulier dans celles rendues sous l'égide du CIRDI, apparaissent dès le paragraphe 6.1 lorsque le Tribunal relève que « [t]he disparate elements of the Claimant's alleged investments are shrouded in intricate detail »¹⁴⁵. Le Tribunal regrette un peu plus loin que « the Parties' pleadings on jurisdiction and admissibility have been unhelpfully diffuse »¹⁴⁶.

L'Ukraine a contesté tant la compétence *rationae materiae* (1), *rationae personae* (2) que *rationae temporis* (3) du Tribunal sur le fondement du *BIT* et de la *Convention de Washington*, tout en formulant d'autres objections (4).

1. COMPÉTENCE RATIONAE MATERIAE

Les objections ukrainiennes à la compétence *rationae materiae* du Tribunal sont classiques. Elles consistent à dénier à l'activité déployée par Generation Ukraine la qualification d'investissement définie à l'article I (1)(a) du *BIT* et, par conséquent, à l'exclure du champ d'application de l'article 25 (1) de la *Convention*. Par ailleurs, le Tribunal doit évaluer la pertinence de l'argumentation ukrainienne selon laquelle Generation Ukraine n'aurait en tout cas pas eu de « différend » avec l'Ukraine au sens du *BIT* et de la *Convention*. Ces objections sont aisément écartées par le Tribunal.

C'est en effet à l'issue d'une analyse sans surprise ni difficulté que le Tribunal considère, d'une part, que la détention par l'investisseur de la presque totalité du capital de Heneratsiya, société de droit ukrainien, consiste bien en un investissement au sens de l'article I (1)(a) du *BIT* qui inclut effectivement les « shares of stock or other interests in a company »¹⁴⁷ de l'autre État contractant. Consacrée pour la première fois dans la jurisprudence du CIRDI dans la sentence *AMT c. Congo*¹⁴⁸, cette solution apparaît comme acquise.

D'autre part, dès lors que le principe de l'existence d'un investissement est reconnu, encore faut-il qu'il existe également un « différend » entre l'investisseur et l'État d'accueil¹⁴⁹. Confronté à « an extraordinarily broad and heterogenous swathe of claims based on Ukrainian tort law, Ukrainian constitutional law and administrative law and the BIT itself »¹⁵⁰, le Tribunal ne retient que les différends découlant de l'investissement du demandeur en ce qu'ils sont dirigés contre la municipalité de Kiev, tout en étant imputables à l'Ukraine, et qu'ils constituent un manquement aux

¹⁴⁵ *Ibid.* au para. 6.2.

¹⁴⁶ *Ibid.* au para. 6.4.

¹⁴⁷ *Ibid.* au para. 18.1.

¹⁴⁸ *American Manufacturing & Trading, Inc. c. République démocratique du Congo*, Affaire No. ARB/93/1, Sentence du 21 février 1997, 5 *ICSID Rev.* 14 (2002), (CIRDI) [*AMT c. Congo*].

¹⁴⁹ *Supra* note 1 au para. 8.10. L'article VI (1) du *BIT* définit les différends relatifs aux investissements entre un État partie et un(e) ressortissant/personne physique ou morale de l'autre État partie comme ceux qui découlent ou se rapportent à « (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority to such national or company ; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment ».

¹⁵⁰ *Supra* note 1 au para. 8.9.

obligations prises par cet État au regard de l'article VI (1)(c) du *BIT*. Le Tribunal écarte aisément ceux allégués par l'investisseur contre l'Ukraine directement, étant donné l'absence de tout lien juridique entre l'investisseur et cet État (article VI (1)(a) du *BIT*) ou contre l'autorité ukrainienne d'investissement pour les mêmes raisons (article VI (1)(b) du *BIT*).

2. LA COMPÉTENCE RATIONAE PERSONAE

C'est en faisant preuve d'une certaine témérité que l'Ukraine, a par ailleurs contesté la compétence *rationae personae* du Tribunal à son égard ne s'estimant pas liée par les actes de la municipalité de Kiev, seule entité ayant contracté avec l'investisseur. La position du Tribunal à ce sujet était prévisible et se décline en référence aux principes connus et à présent balisés de la notion d'actes imputables à l'État : premier acte, l'article 4 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite portant sur le comportement d'un organe de l'État¹⁵¹. Puis deuxième acte : l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond) selon lequel « au regard du droit international [...], les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États »¹⁵². Troisième acte : les attendus désormais familiers du Comité *ad hoc* ayant partiellement annulé la sentence rendue dans l'affaire *Vivendi c. Argentine* selon lesquels la République argentine est internationalement responsable des actes de ses autorités provinciales¹⁵³. La conclusion du Tribunal, qui s'estime compétent *rationae personae* à l'égard de l'Ukraine, ne surprendra personne, probablement pas même le défendeur.

3. LA COMPÉTENCE RATIONAE TEMPORIS

L'Ukraine a également soulevé l'incompétence *rationae temporis* du Tribunal à l'égard des différends qui ont pu naître avant l'entrée en vigueur du *BIT*, le 16 novembre 1996. Le fait que la protection offerte par le *BIT* puisse être étendue aux investissements qui ont été réalisés avant son entrée en vigueur n'implique pas, en effet, que les litiges relatifs à ces investissements soient justiciables du mécanisme de règlement des différends qui y est prévu. Le Tribunal tranche cette question en faveur de l'Ukraine en quelques lignes, limitant sa compétence aux différends nés après l'entrée en vigueur du *BIT* puisque, selon les arbitres, aucune obligation ne pesait sur

¹⁵¹ *Ibid.* au para. 10.2. Ces articles sont aujourd'hui annexés à une résolution des Nations Unies : Rés. AG NU, 56^e session, Doc. NU A/RES/56/83 (2002).

¹⁵² *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (1926), C.P.J.I. (sér. A) n° 7 à la p. 19.

¹⁵³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine*, Affaire No. ARB/97/3, Sentence du 21 novembre 2000, 40 I.L.M. 426, (CIRDI) [*Vivendi*]. Voir nos commentaires sur la décision du Comité *ad hoc* dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 R.Q.D.I. 115 à la p. 192.

l'Ukraine avant cette date. Cette décision est beaucoup moins nuancée que celle qui avait été rendue dans l'affaire *Tecmed c. Mexique* où la question avait été posée dans des termes similaires. On rappellera que dans cette dernière affaire, le Tribunal avait certes abouti à la même conclusion en écartant les différends antérieurs à l'entrée en vigueur du *BIT*, mais avait accepté de les prendre en compte en tant que « constituting part, concurrent factor or aggravating or mitigating element of conduct or acts or omissions of the Respondent which took place after [the entry into force of the BIT] »¹⁵⁴. En définitive, l'approche plus rigide du Tribunal adoptée dans l'affaire *Generation Ukraine* semble moins satisfaisante. Toutefois, la concision de l'analyse, qui tient en cinq paragraphes, limite la portée de cette décision.

4. AUTRES OBJECTIONS

D'autres objections à la compétence sont tranchées par le Tribunal. Laissons celles, peu intéressantes, relatives à la validité de la constitution de la société de droit ukrainien *Heneratsiya*¹⁵⁵, à la réalité des négociations préalables au déclenchement de l'arbitrage¹⁵⁶, à la représentation de l'investisseur¹⁵⁷ et à la difficulté d'interprétation d'une clause du *BIT* concernant les sociétés contrôlées par des intérêts non américains dans le cas d'espèce¹⁵⁸. Le Tribunal écarte par ailleurs rapidement l'objection ukrainienne selon laquelle elle n'aurait pas consenti à la compétence du CIRDI puisque la *Convention de Washington* n'est entrée en vigueur à son égard qu'après la signature du *BIT* et qu'elle aurait dû en conséquence réitérer son consentement après l'entrée en vigueur de la *Convention*. Le Tribunal considère en effet qu'un consentement à la compétence du Centre exprimé dans un *BIT* sous condition d'une adhésion ultérieure à la *Convention de Washington* est parfaitement valable et n'impose aucune réitération ultérieure du consentement. Enfin, l'Ukraine a également avancé, sans doute sans grande conviction, la règle de la nécessité d'épuiser les recours internes avant la saisine d'un tribunal arbitral en application du *BIT*. Le Tribunal écarte sèchement cet argument, relevant qu'il ne pourrait prospérer que si cette règle avait été exprimée dans un instrument servant de base au litige, *BIT*, législation nationale ou contrat, ce qui n'était pas le cas en l'espèce¹⁵⁹.

¹⁵⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États Unis du Mexique*, Affaire No. ARB (AF)/00/2, Décision du 29 mai 2003, 43 I.L.M. 133, (CIRDI), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf>> [*Tecmed*]. Voir para. 68 et nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 R.Q.D.I. 115 à la p. 237.

¹⁵⁵ *Supra* note 1 au para. 9.

¹⁵⁶ *Supra* note 1 au para. 14. Le Tribunal relève que le *BIT* en cause ne contient pas de clause de négociation obligatoire et rejette donc l'objection ukrainienne. Il affirme toutefois qu'il aurait été « hesitating to interpret a clear provision of the BIT in such a way so as to render it superfluous, as would be the case if a 'procedural' characterisation of the requirement effectively empowered the investor to ignore it at its discretion » (para. 14.3).

¹⁵⁷ *Supra* note 1 au para. 16.

¹⁵⁸ *Ibid.* au para. 15.

¹⁵⁹ *Ibid.* au para. 13.

C'est donc amputé d'une partie de ses demandes que l'investisseur expose son litige avec l'Ukraine au fond.

B. L'investisseur accède au fond avec un dossier... vide

Les griefs de l'investisseur ne sortent pas indemnes des décisions du Tribunal sur la compétence. Ses allégations relatives à l'expropriation dont il aurait souffert se résument donc de la manière suivante : le refus de la municipalité de Kiev de fournir à l'investisseur des contrats de bail amendés et son refus de lui permettre d'utiliser certains terrains annexes au chantier pour servir de lieu d'entreposage des matériaux nécessaires à la construction de l'ensemble immobilier. De plus, l'investisseur reproche au Conseil municipal de la ville de Kiev d'avoir ultérieurement annulé purement et simplement son bail.

Les quarante-huit pages de la sentence consacrées à l'examen au fond de certaines demandes de Generation Ukraine sont d'un intérêt limité. Le Tribunal s'excuserait presque de devoir tant développer ses décisions face à des moyens dont on ne peut que reconnaître le peu de pertinence. Le risque d'une annulation sur le fondement de l'un des griefs de l'article 52 de la *Convention de Washington*, et plus particulièrement du défaut de motifs (article 52 (1)(e)) ou de l'excès de pouvoir manifeste (article 52 (1)(b)), explique sans doute le soin pris par le Tribunal pour définir les termes du litige et motiver sa décision.

En définitive, la sentence ressemble à un *vade-mecum* des erreurs à ne pas commettre dans un arbitrage international : présenter des demandes de manière superficielle (« a plea [of creeping investment], in order to be successful, would demand a high level of analytical rigorousness and precision that is absent from the submissions before this Tribunal »¹⁶⁰) ou confuse (« the Claimant's written presentation of its case has also been convoluted, repetitive and legally incoherent »¹⁶¹), confondre les pouvoirs du Tribunal avec ceux d'une juridiction nationale (« [t]his Tribunal does not exercise the function of an administrative review body to ensure that municipal agencies perform their tasks diligently, conscientiously or efficiently »¹⁶²), présenter un rapport sur les pertes de l'investisseur réalisé par une personne sans aucune qualification, et qui, de plus, témoigne lors des audiences qu'elle sera rémunérée sur la base d'un pourcentage de ce que l'investisseur obtiendra à l'issue de l'arbitrage¹⁶³, devoir expliquer au Tribunal que pratiquement aucune preuve ne pourra lui être présentée au soutien des demandes de l'investisseur car tous les documents pertinents ont été accidentellement détruits¹⁶⁴, et, enfin, lors des plaidoiries, s'appuyer sur des sentences de tribunaux CIRDI « without mentioning that they had been partially annulled »¹⁶⁵.

¹⁶⁰ *Ibid.* au para. 20.26.

¹⁶¹ *Ibid.* au para. 24.2.

¹⁶² *Ibid.* au para. 20.33.

¹⁶³ *Ibid.* aux para. 19.5 à 19.12.

¹⁶⁴ *Ibid.* au para. 19.2.

¹⁶⁵ *Ibid.* au para. 24.7.

L'ensemble est, comme l'admet le conseil de l'investisseur lui-même au sujet de l'absence de preuves, « hugely embarrassing »¹⁶⁶ et vaut au demandeur le rejet de l'ensemble de ses prétentions ainsi que, sanction ultime, la condamnation au paiement d'une partie des frais de représentation de l'autre partie. Le moins qu'on puisse dire est que cette sentence ne devrait pas faire jurisprudence et vaut surtout pour ses aspects anecdotiques.

D.K.

VI. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (« Aucoven ») c. République du Venezuela*¹⁶⁷

Composition du Tribunal : Professeure Gabrielle Kaufmann-Kohler, Présidente ; Professeur Karl-Heinz Böckstiegel et Docteur Bernardo Cremades, arbitres.

Introduction

Cette sentence rendue sur le fond en septembre 2003 met fin à une procédure entamée le 1^{er} juin 2000 par le dépôt d'une demande d'arbitrage par Autopista Concesionada de Venezuela (ci-après « Aucoven »).

Aux fins de l'analyse de la présente sentence, il nous paraît nécessaire de présenter les faits de cette affaire de la manière la plus complète possible afin de saisir tous les enjeux qu'elle présente (**A**). Il nous faudra aussi revenir brièvement sur la première décision rendue dans cette affaire en matière de compétence, car la détermination de cette dernière en raison « du contrôle étranger de la filiale de droit local »¹⁶⁸ est d'un grand intérêt pour l'espèce, mais aussi pour la jurisprudence CIRDI dans son ensemble (**B**). Enfin, un examen poussé de la sentence, en gardant à l'esprit les deux analyses menées précédemment, nous permettra de mesurer la portée de cette décision en matière de droit applicable dans les arbitrages CIRDI ainsi qu'en matière de réparation du gain manqué en matière contractuelle (**C**).

A. Un différend résultant d'une concession autoroutière

De manière anecdotique, cet arbitrage constitue déjà la cinquième procédure engagée en raison d'un différend relatif à un investissement « autoroutier », type d'investissement propice aux différends, pourrait-on dire¹⁶⁹. Cependant,

¹⁶⁶ *Ibid.* au para. 19.3.

¹⁶⁷ Affaire No. ARB/00/5, Décision du 23 septembre 2003, 16 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 469, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/Award_Total.pdf> (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Aucoven*].

¹⁶⁸ Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Éditions Pedone, 2004, à la p. 682.

¹⁶⁹ *Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones S.A. c. République du Honduras*, Affaire No. ARB/99/8, Sentence rendue le 19 octobre 2000, 129 J.D.I. 196 (2002), (CIRDI); *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, Affaire No. ARB/00/4, Décision du 23 juillet 2001, 129 J.D.I. 196 (2002), (CIRDI); *ADF Group Inc. c. États Unis d'Amérique*, Affaire No.

contrairement aux précédents arbitrages, liés dans l'ensemble aux difficultés de construction, nous sommes ici en présence d'un problème lié à l'exploitation d'un tronçon autoroutier. Les faits résultent donc d'un contrat de concession, conclu entre Aucoven¹⁷⁰, une entreprise incorporée au Venezuela, et la République du Venezuela¹⁷¹, portant sur la construction puis l'exploitation des autoroutes.

Ce contrat avait pour but de « design, construct, operate, exploit, conserve, and maintain the Highway System »¹⁷² et incluait plus particulièrement la construction d'un viaduc. En outre, l'obligation d'Aucoven d'exploiter le système autoroutier couvrait une période de trente ans.

En ce qui concerne le Venezuela, ses obligations concernaient le financement des investissements relatifs au contrat de concession et s'articulaient en trois points précis : la recherche de financement auprès de banques privées et d'institutions multilatérales, le financement par les capitaux apportés par Aucoven ainsi que le financement par la collecte des péages. Par ailleurs, selon la disposition 22 du contrat, le Venezuela se devait d'assurer, dans les vingt jours suivant la demande d'Aucoven, des garanties au bénéfice de cette dernière auprès des institutions financières sollicitées aux fins d'obtenir des prêts¹⁷³. De plus, le défendeur était dans l'obligation d'assurer une compensation « in the event that the toll collections would not attain a minimum level (the 'Minimum Guaranteed Income' provided in Clause 23) ».

Toutes ces dispositions financières avaient un but en particulier : le EFE ou « Economic-Financial-Equilibrium ». À ces fins également, un plan économique et financier (ci-après « EFP »), un modèle mathématique visant à effectuer des prévisions en fonction de différentes variables économique-financières, est institué avec l'obligation pour Aucoven de mettre à jour l'EFP et, pour le Venezuela, de veiller à l'EFE grâce à ce plan révisé périodiquement¹⁷⁴.

À la fin janvier 1997, la disposition 21 du contrat obligeait le Venezuela à augmenter le tarif des péages. Étant donné l'opposition populaire à la proposition d'augmentation des tarifs¹⁷⁵, le Venezuela refuse de se conformer à cette disposition. Le 24 mars de cette même année, une mise à jour de l'EFP pousse les parties à trouver un accord et à établir un échéancier en vue de l'augmentation des tarifs de

ARB (AF)/00/1, Sentence du 9 janvier 2003, 18 ICSID Rev. - Foreign Inv't L. J. 195, (CIRDI) ainsi que nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2003) 16.1 R.Q.D.I. 125 à la p. 224. *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, Affaire n° ARB/00/6, Sentence arbitrale du 22 décembre 2003, en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award26>> et nos commentaires issus de la présente chronique; enfin *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, Affaire No. ARB/03/29, litige en instance vu la constitution récente du Tribunal.

¹⁷⁰ *Aucoven c. Venezuela*, *supra* note 167 aux para. 2-3.

¹⁷¹ *Ibid.* aux para. 4-5.

¹⁷² *Ibid.* au para. 21.

¹⁷³ *Ibid.* aux para. 25 et 26.

¹⁷⁴ *Ibid.* aux para. 29-31.

¹⁷⁵ *Ibid.* au para. 32.

péages, pour les véhicules de transport public. Ainsi, les véhicules privés sont épargnés¹⁷⁶. Mais les augmentations sont telles que, malgré le compromis, certaines conséquences paraissent inévitables¹⁷⁷.

Mentionnons à cet effet que de nombreuses manifestations ont résulté de ces augmentations de tarifs. Le Venezuela demande non seulement à Aucoven de suspendre la collecte des péages, mais modifie, le 29 avril 1997¹⁷⁸, les augmentations dans des proportions plus raisonnables. Il refuse par la suite d'accéder aux requêtes répétées, pour plus de deux ans et demi, d'Aucoven, qui réclamait un réajustement des frais de péage en vertu des clauses 31 et 32 du « Concession Agreement »¹⁷⁹.

Ce refus du Venezuela a eu pour conséquence qu'Aucoven ne pouvait plus continuer à financer ses investissements¹⁸⁰. L'élection d'Hugo Chavez et la nomination d'un nouveau gouvernement entraînent en outre une requête du Ministère des Infrastructures auprès du Procureur général pour que ce dernier engage des poursuites devant la Cour suprême du Venezuela afin d'obtenir la nullité du contrat. Puis, la demande de conciliation présentée par Aucoven n'aboutissant pas, cette dernière a décidé de résilier, le 13 juin 2000, le contrat de concession en assurant qu'elle était

'willing to continue performing in good faith the routine maintenance and toll collection activities described in the Concession Agreement'. Aucoven did so 'with the understanding that the execution of such activities in good faith must not in any way affect the termination of the aforementioned Concession Agreement'.¹⁸¹

Nous concluons ce rappel des faits en indiquant que de nouvelles protestations de conducteurs de poids lourds ont eu lieu en 2002 et qu'Aucoven n'a plus pu collecter les péages. Le demandeur a donc décidé de ne plus effectuer la maintenance et d'abandonner l'autoroute.

Fondée sur l'article 64 du contrat de concession stipulant la compétence du CIRDI, la requête d'arbitrage a été déposée le 1^{er} juin 2000 et enregistrée le 23 juin de la même année par le Secrétariat du CIRDI¹⁸². La première décision étant rendue sur la compétence, il nous semble nécessaire d'en analyser la substance, à tout le moins la question de la nationalité des actionnaires, en raison de son grand intérêt pour le CIRDI et pour le droit international public de manière générale.

¹⁷⁶ *Ibid.* aux para. 33-34.

¹⁷⁷ *Ibid.* au para. 35. Il s'en suit une multiplication du coût des frais de péage par 20 pour les voitures et les taxis et par 4 jusqu'à 10 pour les poids lourds.

¹⁷⁸ *Ibid.* au para. 38. Les augmentations étant divisées par deux par rapport aux premières.

¹⁷⁹ *Ibid.* aux para. 37-39.

¹⁸⁰ *Ibid.* aux para. 40-43.

¹⁸¹ *Ibid.* au para. 47.

¹⁸² Voir *Ibid.* aux para. 51-82 pour la procédure complète de l'affaire.

B. La reconnaissance de la nationalité des actionnaires, critère décisif pour pouvoir poursuivre la procédure et déterminer le fond de l'affaire

Le 27 septembre 2001, la première décision, d'une longueur déjà conséquente (cinquante pages), est rendue en réponse aux exceptions d'incompétence soulevées par la République bolivarienne du Venezuela¹⁸³. L'article 25 (2)(b) est au centre des préoccupations de ce tribunal. Il dispose :

Article 25

(2) 'Ressortissant d'un autre État contractant' signifie :

[...]

- b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.¹⁸⁴

En l'espèce, pour le Venezuela, « le concessionnaire était une société vénézuélienne [...] qu'il n'avait jamais accepté de le traiter comme ressortissant d'un autre État contractant en raison de son contrôle étranger »¹⁸⁵. À première vue, on comprend qu'Aucoven ne rentre pas, en principe, dans les critères posés par l'article 25 (2)(b)¹⁸⁶.

Aucoven est en fait contrôlée par ICA, une société mexicaine. Cette dernière est une société contrôlée par ICA Holding, elle aussi de nationalité mexicaine. Pour faire suite à la conclusion du contrat, certaines parts de la société, soit 75 %, ont été cédées à une autre filiale d'ICA Holdings, Icatech, incorporée en Floride. Toutefois, élément d'importance, cette cession a été cautionnée par le Venezuela sous condition d'un contrôle permanent de ICA Holding sur Aucoven¹⁸⁷.

¹⁸³ *Aucoven c. Venezuela*, Affaire No. ARB/00/5, Décision du 27 septembre 2001 sur la compétence, 16 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 469 (2001), (CIRDI), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/decjuris.pdf>>.

¹⁸⁴ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, (entrée en vigueur : 14 octobre 1966) [*Convention de Washington*], en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap02.htm>>.

¹⁸⁵ Emmanuel Gaillard, *supra* note 168 à la p. 683.

¹⁸⁶ Voir aussi l'analyse de cette article dans cette sentence par Eric Teynier, « Notion d'investisseur » dans I. Fadlallah et C. Leben, dir., « Investissement Internationaux et Arbitrage » Gaz. Pal., 7-8 Novembre 2003, 3361 aux pp. 3363-3365.

¹⁸⁷ Affaire No. ARB/00/5, Décision du 27 septembre 2001 sur la compétence, 16 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 469 (2001) aux para. 9-11 et 15-31, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/Award_Total.pdf> [*Aucoven*].

Après avoir reconnu l'applicabilité de la disposition 64 du contrat de concession¹⁸⁸, le Tribunal s'attache donc aux conditions de l'article 25 et particulièrement à l'accord des parties ainsi que sur le caractère objectif du contrôle étranger.

S'étant appuyé sur de nombreuses références doctrinales et suivant une méthode « très subjectiviste » comme l'indique Emmanuel Gaillard¹⁸⁹, le Tribunal convient, à propos de l'accord des parties, que celles-ci peuvent être les seules à définir si les critères objectifs posés par l'article 25¹⁹⁰ sont remplis, dans la limite du caractère raisonnable, bien entendu¹⁹¹.

Le Tribunal, ayant reconnu ces « pouvoirs » aux parties, analyse donc les critères objectifs un par un. Les conditions pour qu'un différend soit juridique sont remplies et non contestées par les parties car ce différend découle de l'accord¹⁹².

Le Tribunal analyse ensuite la condition selon laquelle une entreprise incorporée localement mais contrôlée par des étrangers peut être reconnue comme ressortissante d'un autre État partie. Comme le Tribunal l'affirme, cette disposition est une exception¹⁹³ et le Tribunal donne donc les deux conditions strictes pour qu'une entreprise soit reconnue comme telle :

- The parties have agreed to treat the said company as a national of another Contracting State for the purposes of this *Convention* ; and
- The said company is subject to foreign control¹⁹⁴.

C'est en premier lieu l'accord entre les parties qui est étudié. Comme le Tribunal l'affirme, la *Convention* « does not require any specific form for the agreement to treat a juridical person incorporated in the host state as a national of another Contracting State because of foreign control »¹⁹⁵.

Puis, eu égard à la seconde condition, les arbitres ne manquent pas de rappeler qu'en droit international général, c'est le lieu d'incorporation et non la nationalité des actionnaires qui importe en matière de nationalité des entreprises, comme l'ont confirmé de nombreuses sentences CIRDI¹⁹⁶. On peut, au passage, regretter que le Tribunal ne mentionne aucune jurisprudence de la CIJ, « gardienne » du droit international et, particulièrement, son arrêt célèbre en l'affaire de la *Barcelona Traction*.

¹⁸⁸ *Ibid.* aux para. 82-93.

¹⁸⁹ Emmanuel Gaillard, *supra* note 168 à la p. 683.

¹⁹⁰ Ces critères étant qu'il y ait un différend juridique, que ce différend soit lié à un investissement et que dans l'éventualité d'une filiale présentant une demande, que cette entité soit sous le contrôle de la société mère.

¹⁹¹ *Supra* note 22 au para. 99.

¹⁹² *Ibid.* aux para. 100-101.

¹⁹³ *Ibid.* au para. 102.

¹⁹⁴ *Ibid.* au para. 104.

¹⁹⁵ *Ibid.* au para. 105.

¹⁹⁶ *Ibid.* au para. 108. Les sentences *SOABI* et *AMCO* sont citées par le Tribunal.

Toutefois, les arbitres interprètent la *Convention de Washington* comme autorisant à dépasser ce principe général de droit international. Ils estiment notamment que l'article 25 (2)(b) a été rédigé afin, justement, d'accorder « 'the widest possible latitude' to agree on the meaning of nationality. Any definition of nationality based on a 'reasonable criterion' should be accepted »¹⁹⁷.

La recherche de ce « critère raisonnable » conduit donc le Tribunal à étudier le contrôle par des actionnaires étrangers, sans d'ailleurs se préoccuper de la difficulté de trouver les véritables actionnaires, comme la Cour internationale de Justice semblait l'exiger dans *Barcelona Traction*¹⁹⁸. C'est encore en se référant à la jurisprudence du CIRDI, et notamment aux affaires *SOABI* et *AMCO*, que le Tribunal détermine si l'on doit aller simplement rechercher des actionnaires de premier niveau ou de second niveau. Pour le Tribunal, les rédacteurs de la *Convention* ont décidé de laisser la plus grande discrétion possible « to determine under what circumstances a company could be treated as a national of another Contracting State because of foreign control »¹⁹⁹. Il reste donc au Tribunal à savoir si les parties ont exercé cette discrétion dans les limites fixées par la *Convention*²⁰⁰.

Ayant établi ces éléments théoriques, le Tribunal indique que les parties ont choisi de

subject their consent to ICSID jurisdiction to the occurrence of a transfer of the majority of Aucoven's shares to a national of another Contracting State. Thus, Aucoven and Venezuela chose to define the term 'foreign control' only by reference to Aucoven's direct shareholding. They did not take into account additional criteria, such as nationality of the directors, effective or ultimate over Aucoven.²⁰¹

Par conséquent, le tribunal estime qu'un actionnariat direct étranger est une condition, non seulement nécessaire, mais suffisante pour établir l'existence d'un « contrôle étranger ». C'est ce qu'il confirme un peu plus loin lorsqu'il affirme que, pour participer à la prise de décision dans l'entreprise, l'actionnariat direct est certainement un « élément raisonnable de contrôle »²⁰². De plus, la société n'étant pas une « coquille vide »²⁰³, reconnaître la compétence du Centre ne pose apparemment pas de problème car Aucoven n'a pas tenté de cacher quoi que ce soit au Venezuela²⁰⁴.

Le Tribunal déclare qu'il est compétent pour le différend qui lui est soumis, mais rappelle le caractère relatif de chose jugée de sa décision : « [T]his conclusion

¹⁹⁷ *Ibid.* au para. 109.

¹⁹⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, Arrêt du 5 février 1970, [1970] C.I.J. rec. 3.

¹⁹⁹ *Ibid.* au para. 113.

²⁰⁰ *Ibid.* au para. 116.

²⁰¹ *Ibid.* au para. 117.

²⁰² *Ibid.* au para. 121.

²⁰³ Emmanuel Gaillard, *supra* note 2 à la p. 683.

²⁰⁴ *Supra* note 1 aux para. 127-132.

should not be read as a general statement in favour of one definition of foreign control [...] rather than another. It does not reflect such a statement or opinion»²⁰⁵. C'est ainsi que la solution de l'affaire *Banro* a été écartée, les faits de l'affaire étant trop différents, il en est de même de la conclusion en droit²⁰⁶.

C. Droit applicable et gain manqué : deux questions centrales pour l'arbitrage CIRDI

Le 23 septembre 2003, les trois arbitres rendent donc leur sentence sur le fond. Le Tribunal reconnaît la responsabilité du Venezuela pour les actes allégués par Aucoven, dont la violation des articles 22, 23, 31, 32 et 64 du contrat de concession. Deux éléments principaux de la démonstration retiendront notre attention. Tout d'abord, l'éternel « serpent de mer » du CIRDI, à savoir la question du droit applicable **(1)**, voit encore le Tribunal s'inscrire dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure, et notamment des affaires *Klöckner*²⁰⁷ et *Wena*²⁰⁸. Par ailleurs, la réparation de la perte d'une chance, ou plutôt d'un gain en raison des actions de l'État, est aussi analysée de manière fort convaincante **(2)**. Enfin, nous verrons quelles conclusions en a tirées le Tribunal **(3)**.

1. QUEL DROIT APPLICABLE ET, PRINCIPALEMENT, QUELLE PLACE POUR LE DROIT INTERNATIONAL DANS LES ARBITRAGES CIRDI : L'UNE DES QUESTIONS INÉVITABLES DES ARBITRAGES CIRDI ET SON APPLICATION AU DIFFÉREND.

a) *Le principe dégagé par le Tribunal*

Le Tribunal est confronté à une question qui pourrait être qualifiée de « poil à gratter » du CIRDI, ces dernières années. Les écrits doctrinaux sont plus qu'abondants en la matière²⁰⁹. Le Tribunal se veut didactique dans sa manière

²⁰⁵ *Ibid.* au para. 142.

²⁰⁶ Pour un commentaire de cette sentence voir, Eric Teynier, *supra* note 20.

²⁰⁷ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others c. République du Cameroun et Société Camerounaise des Engrais*, Affaire No ARB/81/2, Décision du 3 mai 1985 du Comité *ad hoc*, 2 *ICSID Rep.* 95 (1994), (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Klöckner*].

²⁰⁸ *Wena Hotels Limited c. République Arabe d'Égypte*, Affaire No ARB/98/4, Décision du Comité *ad hoc* du 5 février 2002, 41 *I.L.M.* 933 (2002), (CIRDI) [*Wena*]. Voir aussi nos commentaires dans Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15.2 *R.Q.D.I.* 115 à la p. 167.

²⁰⁹ Le plus récent et probablement le plus complet concernant la place du droit international étant Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, « The meaning of 'and' in Article 42 (1), Second Sentence of the Washington Convention : The role of International Law in the ICSID Choice of Law Process » 18 *ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J.* 375 (2003) ; Voir, entre autres, Emmanuel Gaillard, « The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration » dans Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, dir., *Annulment of ICSID Awards*, IAI series on International Arbitration n°1, Juris Publishing, 2004, à la p. 223 ; W. Michael Reisman, « The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold » (2000) 15 *ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J.* 362 ; Christoph Schreuer, *The ICSID Convention - A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, à la p. 558. et s. ; Ibrahim Shihata et Antonio R. Parra, « Applicable Substantive Law in Dispute

d'aborder la question. Il énonce en premier lieu le contenu de l'article 42 (1) du CIRDI pour indiquer le droit applicable en la matière²¹⁰. Ensuite, il montre que les parties ne sont pas d'accord sur les dispositions du contrat relatives au droit applicable, le Venezuela soutenant que seul le droit vénézuélien est applicable alors qu'Auconven indique qu'en l'absence d'accord, le droit vénézuélien ne s'applique pas exclusivement²¹¹.

Le Tribunal fait droit à la proposition d'Auconven et déclare que « the reference to specific texts of Venezuelan law [...] does not necessarily amount to a general choice of Venezuelan law »²¹². Pour les arbitres, il était aisé d'inclure une disposition claire en matière de droit applicable et d'affirmer qu'en l'absence d'une telle clause, « it must look to the second sentence of Article 42 (1) »²¹³.

C'est particulièrement le dernier extrait cité qui fera l'objet de l'attention du Tribunal. Ce dernier semble d'ailleurs appréhender globalement les enjeux d'une telle détermination, surtout en considération du passé de cette disposition :

The role of international law in ICSID practice is not entirely clear. It is certainly well settled that international law may fill lacunae when national law lacks rules on certain issues (so called complementary function). It is also established that it may correct the result of the application of a national law when the latter violates international law (corrective function) [...] Does the role of international law extend beyond these functions?²¹⁴

Mentionnant *Wena*, le Tribunal fait preuve de circonspection en se limitant à ces deux fonctions correctives et supplétives du droit international. S'il ne désire pas utiliser une vision plus large, c'est, comme l'indique Emmanuel Gaillard, par « choix, dans les circonstances de la cause, de ne pas appliquer directement le droit international »²¹⁵. Classiquement, le Tribunal appliquera en ce cas le droit international de manière supplétive et corrective quand le droit vénézuélien ne réglerait pas une question ou quand ses dispositions seraient en contradiction avec le droit international²¹⁶.

between States and Private Foreign Parties : The Case of Arbitration under ICSID Convention » (1994), 9 ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J. 183.

²¹⁰ Article 42

Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière.

Dans *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, (entrée en vigueur : 14 octobre 1966), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap04.htm#s03>> [*Convention de Washington*].

²¹¹ *Auconven*, *supra* note 167 au para. 95.

²¹² *Ibid.* au para. 97.

²¹³ *Ibid.* au para. 100.

²¹⁴ *Ibid.* au para. 102.

²¹⁵ Emmanuel Gaillard, *supra* note 168 à la p. 846.

²¹⁶ *Auconven*, *supra* note 167 aux para. 103-105.

b) *L'application du principe à certains éléments de l'affaire*

La première application de cette détermination concerne la force majeure et l'impossibilité d'augmenter le montant des péages. Le Venezuela indique que l'impossibilité de procéder aux augmentations est due aux différentes actions entreprises par les usagers et que ces actions équivalent à la force majeure²¹⁷. Une fois de plus, le Tribunal repousse l'argument du Venezuela car il n'a pas prouvé cette force majeure²¹⁸. Le Tribunal utilise le droit vénézuélien et le droit international pour indiquer que la charge de la preuve incombe au Venezuela et que ce dernier devrait prouver « Impossibility [...] Unforeseeability [...] Non-attributability »²¹⁹. En maîtrisant parfaitement le contexte de l'affaire, le Tribunal écarte pour ainsi dire le recours à la force majeure car le Venezuela ne pouvait ignorer ce qu'allait engendrer une telle hausse du prix des péages, du fait de violences similaires survenues en 1989²²⁰.

Cependant, à des fins d'exhaustivité, le Tribunal analyse les autres conditions, en ayant recours explicitement et conjointement au droit interne et au droit international²²¹, pour en déduire que le contrat n'a effectivement pas pu être exécuté du fait des manifestations²²² importantes qui ont eu lieu. Malgré le soutien accordé aux manifestations par le gouvernement local, le Tribunal ne résout toutefois pas la question relative à l'imputabilité, au Venezuela, de ces manifestations. La première condition n'étant pas remplie, « there is no need for this Tribunal to make a final judgment on this issue here »²²³.

La deuxième question analysée par le Tribunal concerne les garanties que le Venezuela aurait dû émettre. À nouveau, et de manière très claire et utile, le Tribunal utilise donc le droit vénézuélien et le droit international conjointement²²⁴. Le refus d'émettre ces garanties est justifié par le Venezuela du fait de l'impossibilité légale, en raison de la *Organic Law of Public Credit*, d'agir ainsi²²⁵.

Le défendeur fait d'ailleurs état de ce que, à ses yeux, Aucoven connaissait les conflits juridiques pouvant résulter de la signature du contrat. Seule la responsabilité du demandeur devrait donc être retenue²²⁶. Le Tribunal conclut toutefois, en application des règles pertinentes du droit international, que le Venezuela a assumé les risques d'illégalité de l'émission de garanties. Il voit mal,

²¹⁷ *Ibid.* aux para. 106-129.

²¹⁸ *Ibid.* au para. 129.

²¹⁹ *Ibid.* au para. 108.

²²⁰ *Ibid.* aux para. 114-119.

²²¹ *Ibid.* aux para. 121-123.

²²² *Ibid.* au para. 124.

²²³ *Ibid.* au para. 128.

²²⁴ *Ibid.* aux para. 130-143.

²²⁵ *Ibid.* au para. 133.

²²⁶ *Ibid.* aux para. 136-137.

précise-t-il, « how the risk would then be shifted to Aucoven by the mere fact that the latter was aware of a potential illegality »²²⁷.

Les autres violations soulevées par Aucoven à propos, notamment, de la non-compensation par le Venezuela du fait de l'absence de maintien de l'équilibre financier²²⁸, de l'obligation de compenser pour des travaux additionnels²²⁹ et de la non-exemption des taxes²³⁰, sont toutes rejetées car Aucoven n'a pas suffisamment mis à jour l'EFP.

c) *La question litigieuse récurrente en l'absence de choix du droit applicable : intérêts simples ou intérêts composés?*

Cette question²³¹ est l'illustration parfaite des « enjeux de la controverse portant sur le rôle du droit international dans la détermination du droit applicable au litige en l'absence du choix des parties »²³². La méthode du Tribunal démontre très clairement la fonction correctrice du droit international.

En premier lieu, le Tribunal s'attache au droit vénézuélien. Le Venezuela affirme que sa législation ne permet d'accorder des intérêts composés uniquement quand les parties l'ont décidé expressément dans leur contrat. D'après Aucoven, on peut déduire de la formulation de l'article 26 que des intérêts composés doivent lui être accordés. En raison des enjeux financiers, le Tribunal analyse donc cette clause, laquelle ne fait clairement pas référence à ces intérêts, et en vient à la conclusion que « in the Tribunal's view, an agreement on compound interest must be sufficiently clear and cannot be too easily implied »²³³.

C'est donc au droit international de rentrer en jeu. Il s'agira notamment d'établir si ce dernier comble cette « lacune » du droit interne. Aucoven appuie sa demande concernant le droit international uniquement sur la sentence *Wena*, laquelle avait reconnu le droit à ces intérêts composés malgré l'interdiction posée par le droit égyptien²³⁴.

Cependant, cette invocation par le demandeur permet au Tribunal de mettre en œuvre, en quelques paragraphes seulement, cette application correctrice du droit international à propos de laquelle Emmanuel Gaillard affirme que

si au contraire les arbitres peuvent trouver la solution du litige aussi bien dans le droit de l'État d'accueil que dans les principes du droit international en la matière comme le suggère la conjonction de

²²⁷ *Ibid.* au para. 141.

²²⁸ *Ibid.* aux para. 145-160.

²²⁹ *Ibid.* aux para. 161-168.

²³⁰ *Ibid.* aux para. 169-177.

²³¹ Traitée à *Ibid.* aux para. 388-397.

²³² Emmanuel Gaillard, *supra* note 168 à la p. 846. Voir aussi l'article de Philippe Pinsolle, « Les intérêts composés dans l'arbitrage international – Exemple de sentences récentes rendues en matière d'expropriation » (2003), R.D.A.I. – IBLJ 583.

²³³ *Aucoven*, *supra* note 167 au para. 391.

²³⁴ *Wena*, *supra* note 42 aux para. 128-129.

coordination qui réunit, dans l'article 42 (1), les deux types de normes applicables par les arbitres en l'absence de choix des parties, il leur est loisible, sans naturellement y être tenus, d'assortir toute condamnation en principal à des intérêts composés.²³⁵

La solution donnée par le Tribunal apparaît donc logique : « There is no well established principle of international law requiring the award of compound interest in the present case. The other cases cited by the parties confirm this conclusion »²³⁶. Aucoven, en raison également des prescriptions du droit vénézuélien, ne peut pas, par conséquent, se voir accorder des intérêts composés.

2. L'INDEMNISATION DE LA PERTE D'UN GAIN DU FAIT D'UNE VIOLATION DES DROITS DE L'INVESTISSEUR PAR L'ÉTAT PARTIE.

Un dernier élément de cette sentence mérite d'être soulevé. Il concerne la réparation pour la perte d'un gain, ou *lucrum cessans*²³⁷. Cette locution susnommée n'est pas utilisée par le Tribunal car ce dernier s'appuie uniquement sur le droit vénézuélien, même si des références constantes au droit international viennent illustrer la similitude des solutions²³⁸.

Pour le Tribunal, et comme le prescrit le droit international, les pertes de gains doivent être établies avec suffisamment de certitude et ne peuvent être accordées que sur la base d'arguments spéculatifs²³⁹. Malgré la clarté du raisonnement, on peut s'étonner de ce que le Tribunal n'étoffe sa décision que de références au seul tribunal irano-américain ainsi qu'au CIRDI. Les conditions premières concernant le gain manqué ont pourtant été établies par le droit international dans des sentences et des jugements datant du début du XX^e siècle²⁴⁰. Les arbitres, privatistes plutôt que publicistes en cette affaire, n'ont pas dû juger utile de faire référence à des décisions de droit international public « pur ».

Cependant, cette lacune n'empêche pas le Tribunal arbitral de développer un raisonnement extrêmement clair qui lui impose de refuser, en application du droit vénézuélien, un tel dédommagement du fait du manque de précision et de certitude entourant ce prétendu gain manqué²⁴¹. De plus, les arbitres affirment que même s'ils avaient appliqué le droit international, ils auraient rendu la même décision²⁴².

²³⁵ Emmanuel Gaillard, *supra* note 168 à la p. 846.

²³⁶ Aucoven, *supra* note 167 au para. 395.

²³⁷ Voir pour les différentes modalités de réparation en droit international public : Patrick Daillier et Allain Pellet, *Droit International Public*, 7^e éd., L.G.D.J., 2003, aux pp. 798-801.

²³⁸ Voir pour le champ d'application et le but de l'indemnisation d'un gain manqué Aucoven, *supra* note 167 au para. 346.

²³⁹ *Ibid.* au para. 351.

²⁴⁰ On cite les décisions suivantes comme fondant la notion de *lucrum cessans* : *Cap Horn Pigeon (États Unis c. Russie)*, Sentence du 29 novembre 2002, IX R.S.A 65, (Asser) et *Usine de Chorzow (Allemagne c. Pologne)*, Ordonnance du 13 Septembre 1928, C.P.J.I. (série A) n° 17, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_17/57_Usine_de_Chorzow_Fond_Ordonnance_19280913.pdf>.

²⁴¹ Aucoven, *supra* note 167 au para. 353.

²⁴² *Ibid.* au para. 365.

3. CONCLUSION DU TRIBUNAL : CONDAMNATION DU VENEZUELA

Si le Tribunal a rendu une décision d'une telle longueur, soit cent treize pages, c'est afin d'expliquer et de répondre de la manière la plus exhaustive possible à toutes les questions posées et d'éviter une possible procédure en annulation. C'est un véritable cours de droit des investissements appliqué à l'espèce que les arbitres ont ici donné, prenant en compte les évolutions les plus récentes, mais oubliant parfois les plus anciennes, celles qui fournissent les bases en la matière. Ainsi, malgré le nombre des demandes, particulièrement en matière de compensation, le Tribunal ne s'est pas laissé submerger et a, à juste titre, refusé d'accorder des dédommagements pour le gain manqué, ou encore des intérêts composés, tout en faisant droit à la plupart des demandes d'Aucoven. Le Tribunal lui accorde plus de deux milliards de bolivars, soit plus de douze millions de dollars d'après le taux de change déterminé par le Tribunal. Il s'agit donc d'une décision qui fera date du fait des précisions apportées et de sa richesse en enseignements sur le droit applicable à un différend devant le CIRDI ainsi que sur la perte d'un gain.

J.F.

VII. *Champion Trading Company et Ameritrade International, Inc. c. République arabe d'Égypte*²⁴³

Composition du Tribunal : Monsieur Robert Briner, Président ; Monsieur L. Yves Fortier Q.C. et Professeur Laurent Aynès, arbitres.

Les décisions du CIRDI concernent rarement des investisseurs personnes physiques et tranchent encore plus rarement des litiges liés à leur nationalité. C'est dire le caractère inédit de la principale question en cette affaire, qui porte sur les conséquences, au regard de la *Convention de Washington*, de la double nationalité de l'investisseur, lorsque l'une de ces nationalités est celle de l'État d'accueil de l'investissement²⁴⁴.

Le litige entre James Wahba, John Wahba, Timothy Wahba, les sociétés de droit américain Champion Trading Company, Ameritrade International Inc. et la République arabe d'Égypte a été porté devant le CIRDI sur le fondement du *Traité bilatéral de protection des investissements* conclu entre les États-Unis et la République arabe d'Égypte le 29 septembre 1982 et entré en vigueur près de dix ans

²⁴³ Affaire n° ARB/02/9, Décision du 21 octobre 2003 sur la compétence, (CIRDI), en ligne : CIRDI : <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/champion-decision.pdf>> [*Champion Trading c. Égypte*]. L'auteur tient à préciser qu'il est intervenu en tant que l'un des conseils des demandeurs dans cette affaire.

²⁴⁴ Depuis, une autre sentence portant directement sur cette même question a été publiée, laquelle sera commentée dans une prochaine chronique : *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats Arabes Unis*, Affaire No ARB/02/07, Sentence du 7 Juillet 2004, en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Soufraki.pdf>>.

plus tard (le « BIT »). Les trois frères Wahba, ressortissants américains, et les deux sociétés américaines, sont actionnaires majoritaires d'une société de droit égyptien, la National Cotton Company, oeuvrant dans le domaine du commerce du coton en Égypte. Les investisseurs se sont plaints d'une série de mesures prises par l'État égyptien ayant précipité l'interruption des activités de la National Cotton Company puis sa liquidation.

L'Égypte a formulé trois objections à la compétence du Tribunal, que celui-ci a choisi d'examiner à titre préliminaire. La première de ces objections est de loin la plus intéressante. L'Égypte a considéré en effet que les frères Wahba sont non seulement ressortissants américains, mais également ressortissants égyptiens, par leur père. En leur qualité de binationaux américano-égyptiens (**A**), ils n'étaient pas recevables à porter une demande contre l'Égypte sur le fondement de la *Convention de Washington* en application de l'article 25 (2)(a). Les deux autres objections, secondaires, ont porté sur le contrôle de la National Cotton Company et l'existence d'une procédure antérieure devant les juridictions égyptiennes (**B**).

A. Être ou ne pas être binationnal

Étranges échanges que ceux qui ont opposé les frères Wahba à l'Égypte dans cette affaire : d'un côté, des personnes physiques devant prouver qu'elles ne détiennent pas une nationalité qu'elles disent n'avoir jamais été la leurs, de l'autre, un État illustré par une lourde machine administrative, se prévalant de ses propres registres pour apporter la preuve contraire. Pour une fois dans une affaire CIRDI, on ne pourra pas critiquer ici la faiblesse de l'État d'accueil de l'investissement et fustiger l'assaut mené contre lui par des investisseurs vindicatifs.

L'objection égyptienne à la compétence du Tribunal à l'égard des frères Wahba est fondée sur l'article 25 (2)(a) de la *Convention de Washington*. Cet article définit le ressortissant d'un autre État contractant, susceptible de porter son litige en application de la *Convention de Washington*, comme étant

toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au litige.²⁴⁵

Pour l'Égypte, la cause est entendue. Excitant de la nationalité égyptienne du père des frères Wahba, l'Égypte a rappelé qu'en droit égyptien, « a child born of an Egyptian father, either within or outside Egypt, automatically acquires at birth

²⁴⁵ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, (entrée en vigueur : 14 octobre 1966), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap02.htm>> [*Convention de Washington*].

Egyptian nationality if at that time the father holds Egyptian nationality »²⁴⁶. C'est à partir de ce constat, selon lequel les frères Wahba sont et ont toujours été égyptiens, que l'Égypte a soutenu que le Tribunal devait se déclarer incompétent à leur égard, en application de l'article 25 (2)(a).

Si les frères Wahba n'ont pas contesté le mécanisme de transmission de la nationalité égyptienne d'un père à ses enfants, ils ont objecté à la prétention égyptienne sur deux autres fondements. Ils avancent, d'une part, le fait que Mahmoud Wahba, le père, a renoncé à sa nationalité égyptienne en obtenant d'être naturalisé américain avant la naissance de ses enfants. Ils invoquent d'autre part, et surtout, le fait que le principe de la nationalité effective, reconnu en droit international public²⁴⁷, doit être appliqué par les arbitres pour déterminer si la nationalité projetée par l'Égypte sur les frères Wahba, de nationalité américaine, et contestée par eux, est effective. Les demandeurs prétendent qu'il n'existe aucun lien entre eux et l'Égypte, rendant inopérante l'exception d'incompétence soulevée par l'Égypte.

Le Tribunal rejette en bloc cette demande. Admettre l'argumentation des frères Wahba et évaluer s'ils disposaient ou non d'une nationalité effective égyptienne signifierait, selon lui, se départir de la lettre, indiscutable, de la *Convention de Washington*. Le Tribunal ne retient aucun des moyens soulevés par les demandeurs, et retient à leur encontre, ironie du sort, une nationalité égyptienne qui n'a aucune existence réelle à leurs yeux. En conséquence, le Tribunal a considéré qu'il n'était pas compétent *rationae personae* vis-à-vis des frères Wahba.

B. Les investisseurs, personnes morales, iront au fond

L'Égypte a également formulé deux objections de pure forme à la compétence du Tribunal vis-à-vis des sociétés américaines²⁴⁸. Le Tribunal a rejeté, et ce en une page²⁴⁹, la prétention égyptienne selon laquelle ces sociétés américaines, étant contrôlées par des binationaux, n'étaient pas des personnes morales qui possèdent « la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend » au sens de l'article 25 (2)(b). Rien dans la *Convention de Washington*, indique le Tribunal, ne permet de conclure en ce sens.

²⁴⁶ *Supra* note 1 à la p. 10.

²⁴⁷ Voir entre autres en doctrine : Chittharanjan F. Amerasinghe, « Jurisdiction *rationae personae* under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States » (1974-1975), 47 *Brit. Y.B. Int'l L.* 227. ; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 1998, aux pp. 385 et s. ; Patrick Daillier et Allain Pellet, *Droit International Public*, 7^e éd., L.G.D.J., 2003 aux pp. 492-497 ; José Francisco Rezek, « Le droit international de la nationalité » (1986), 198 *Rec. des Cours* 333 ; Michel Verwilghen, « Conflits de nationalités : Pluralité et apatridie » (1999), 277 *Rec. des Cours* 9. La jurisprudence est nombreuse et, outre la CIJ, celle du Tribunal des différends irano-américains a été particulièrement abondante dans ce domaine : voir notamment *Affaire Reza Said Malek*, Interlocutory Award No. ITL 68-193-3 (23 juin 1988), 19 *Iran-U.S. C.T.R.* 48 et *Affaire Rana Nikpour*, Interlocutory Award No. ITL 81-336-1 (18 février 1993), 29 *Iran-U.S. C.T.R.* 67.

²⁴⁸ *Supra* note 1 aux pp. 18-20.

²⁴⁹ *Ibid.* à la p. 18.

Une page a également suffit au Tribunal pour considérer que le fait que la filiale de droit égyptien des demandeurs a introduit une action devant une juridiction locale égyptienne n'a aucune influence sur le droit de ses actionnaires de porter leur différend devant le CIRDI. Le mécanisme de choix irrévocable (« fork in the road »), prévu à l'article VII (3)(a) du *BIT*²⁵⁰, est donc sans effet en l'espèce. Le raisonnement est relativement simple : la société de droit égyptien n'est pas l'investisseur et son action devant les juridictions locales ne se répercute pas sur ses actionnaires.

Au-delà des faits de l'espèce, que penser de cette décision? Le Tribunal a-t-il été excessivement formaliste en refusant de dépasser les termes de la *Convention de Washington*? En présence d'une clause aussi claire que l'article 25 (2)(a), il est vrai qu'on aurait pu le lui reprocher et que la voie de l'annulation ultérieure de la sentence aurait été tout tracé. C'est plutôt le fait que le Tribunal n'a pas pris en compte ou évoqué le déséquilibre fondamental qui existe dans un tel cas, entre l'individu et l'État en cause, qui n'est pas satisfaisant. En matière de nationalité, l'État est maître du jeu. Si le correctif, certes limité, de la nationalité effective ne joue pas, il n'est pas possible pour un individu de contester les actes, officiels par définition, qu'un État peut fournir au sujet de la nationalité de ses ressortissants alors que, dans certains cas, le doute doit être permis. C'est précisément dans ces cas, les plus difficiles, que les preuves apportées par l'État, puisqu'elles ne peuvent être critiquées par l'investisseur, seront pourtant irréfragables.

D.K.

VIII. *Azurix Corp c. République argentine*²⁵¹

Composition du Tribunal : Docteur Andrés Rigo Sureda, Président ; Sir Elihu Lauterpacht C.B.E. et Docteur Daniel H. Martins, arbitres.

La décision rendue le 8 décembre 2003 dans l'affaire opposant la société américaine Azurix Corp. (ci-après « Azurix ») à la République argentine est la deuxième décision rendue par des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI dans des affaires impliquant l'Argentine et au travers desquelles se dessine, tout au moins à l'arrière-plan, la crise économique et financière qui a touché ce pays à partir de l'année 2000.

Dans cette affaire, l'investissement d'Azurix, par le biais d'une filiale de droit local, Azurix Buenos Aires S.A. (ABA), consistait en une concession octroyée par la province de Buenos Aires dans son réseau de traitement et de distribution d'eau potable²⁵². Azurix considérait que l'Argentine avait manqué à son obligation, ceci

²⁵⁰ *Ibid.* à la p. 19.

²⁵¹ Affaire No ARB/01/12, Décision sur la compétence du 8 décembre 2003, 43 I.L.M. 262 (2004), (CIRDI), en ligne : <<http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>> [Azurix]. Voir la traduction française et les observations d'Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Éditions Pédone, Paris, 2004 à la p. 849.

²⁵² La majorité des affaires actuellement pendantes devant le CIRDI et contre l'Argentine concernent des investissements dans des secteurs liés à des services publics. Voir à ce sujet : Fabiana Zonis, « Las

découlant du désormais célèbre *Traité bilatéral de protection des investissements* conclu entre les États-Unis et l'Argentine le 14 novembre 1991 (le « BIT »)²⁵³, d'accorder un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection pleine et entière à son investissement et, de surcroît, d'avoir pris, à son encontre des mesures équivalent à une expropriation.

Un Tribunal arbitral composé de Monsieur Andrés Rigo Sureda, Président, Elihu Lauterpacht et Daniel H. Martins, a été constitué pour trancher ce litige. Confrontée à une trentaine d'affaires actuellement pendantes devant le CIRDI, l'Argentine a jusqu'à présent systématiquement opposé des objections à la compétence dans ces affaires. C'est également le cas dans l'affaire *Azurix*.

La décision rendue par le Tribunal arbitral le 8 décembre 2003 a donc tranché les objections à la compétence soulevées par l'Argentine. L'une de ces objections concernait la nature de l'investissement d'*Azurix*, l'Argentine contestant que la participation directe et indirecte de l'investisseur dans une société de droit local puisse être qualifiée d'investissement au sens du *BIT* et de l'article 25 (1) de la *Convention de Washington*. C'est par une référence directe à la décision d'un autre tribunal CIRDI²⁵⁴ que le Tribunal arbitral a rejeté la prétention argentine et a considéré que l'investissement d'*Azurix* est bien protégé par le *BIT* et par la *Convention de Washington*²⁵⁵, et que ceci lui permet d'agir en son nom propre devant un tribunal CIRDI²⁵⁶. Nous nous proposons donc de renvoyer le lecteur sur cette importante question au commentaire de la décision *CMS c. Argentine* dans la présente chronique²⁵⁷.

Restaient donc, selon l'Argentine, deux obstacles à la compétence du Tribunal pour entendre les demandes d'*Azurix*. En premier lieu, l'Argentine a considéré qu'*Azurix*, en signant des clauses attributives de juridiction et en renonçant expressément à la compétence de toutes autres juridictions que celles de La Plata, a renoncé à la compétence du CIRDI découlant du *BIT (A)*. En second lieu, et de manière directement liée à la précédente objection, l'Argentine a soutenu qu'*Azurix* a effectivement saisi, par le biais de ses filiales, les juridictions administratives de La Plata. Dès lors, en application de la clause dite « fork in the road » du *BIT*, *Azurix* a définitivement choisi le for devant lequel elle a décidé de présenter ses demandes **(B)**.

empresas privadas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional », La Ley (Buenos Aires), 24 juin 2004, en ligne : <<http://www.la-ley.com.ar/download/actualidad/ACT24062004.pdf>>.

²⁵³ Voir, ci-dessus, l'affaire *CMS Gas* commentée au chapitre II de la présente chronique.

²⁵⁴ *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, Affaire n° ARB/01/8, Décision du Tribunal du 17 juillet 2003 sur les exceptions d'incompétence, 42 I.L.M. 788, (CIRDI), en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/cms-argentina_000.pdf> [*CMS Gas*].

²⁵⁵ *Supra* note 1 aux para. 64-65.

²⁵⁶ *Ibid.* au para. 74.

²⁵⁷ Voir le chapitre II ci-dessus.

A. Nouvelles variations sur le thème de la distinction des « sphères » du contrat et du BIT

Les attendus des décisions *Lanco c. Argentine*²⁵⁸, *Salini c. Maroc*²⁵⁹ et *Vivendi c. Argentine*²⁶⁰ (annulation) ont marqué la doctrine et les praticiens de l'arbitrage international en matière d'investissements internationaux²⁶¹. Ces décisions ont contribué à dessiner une nouvelle approche des relations juridiques internationales dans le domaine particulier du droit des investissements tel qu'il découle de l'application des traités bilatéraux relatifs aux investissements. Il s'agit bien d'une nouvelle « matière » pour laquelle de nouvelles grilles de lecture doivent être définies. Schématiquement, de la décision *Lanco* à la décision *Vivendi* en passant par la décision *Salini*, on assiste à une dynamique d'autonomie de la « sphère du traité » par rapport à la « sphère du contrat » litigieux. Les arbitres et membres du comité *ad hoc* dans ces décisions ont séparé de manière de plus en plus nette les demandes dont le fondement est issu du contrat de celles qui découlent du BIT applicable. Plus simplement, un investisseur ne se plaint pas de la même mesure selon qu'il est confronté, par exemple, à l'inexécution d'une clause d'approvisionnement issue d'un contrat ou à un acte équivalent à une expropriation définie dans un BIT. De même, l'auteur de la violation du contrat n'est généralement pas le même que l'auteur de la violation du traité, qui ne peut être qu'un État contractant. Le contrat ne protège pas l'investisseur contre l'expropriation, contrairement au BIT. Inversement, le BIT serait, en principe, inefficace pour contraindre le cocontractant de l'investisseur à lui livrer des matières premières par exemple, ce qui n'est pas le cas du contrat.

Il ressort de ces principes qu'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat ne fait pas échec à ce qu'un investisseur formule une demande devant un tribunal arbitral en application d'un BIT. À « sphère » différente, juge différent. Ces principes étaient au centre des décisions précitées et de leurs commentaires auxquels il suffit de renvoyer²⁶².

Si nous pouvons considérer que cette construction reflète aujourd'hui l'état du droit en matière d'investissements internationaux, il n'est pas, à notre connaissance et à ce jour, d'auteurs l'ayant critiquée. Reste son fondement. Comme

²⁵⁸ *Lanco International, Inc. c. République argentine*, Affaire No. ARB/97/6, Décision préliminaire du 8 décembre 1998 sur la compétence, 40 I.L.M. 457, (CIRDI) [*Lanco*]. Voir aussi les extraits traduits en anglais et les observations d'Emmanuel Gaillard dans 129 J.D.I. 212 (2002).

²⁵⁹ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, Affaire No. ARB/00/4, Décision du 23 juillet 2001 sur la compétence, 129 J.D.I. 196 (2002), (CIRDI) [Original en français] (Traduction en anglais par Emmanuel Gaillard dans 42 I.L.M. 609 (2003)) [*Salini*].

²⁶⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. et Vivendi Universal (ex Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine*, Affaire No ARB/97/3, Décision du Comité *ad hoc* du 3 juillet 2002, (CIRDI), (Traduction française par Emmanuel Gaillard, 130 J.D.I. 230 (2003)) en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi_annul.pdf> [*Vivendi*].

²⁶¹ Il faudrait rajouter à ces décisions celle rendue par un comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena (Wena Hotels Limited c. République arabe d'Égypte)*, Affaire No ARB/98/4, Décision du Comité *ad hoc* du 5 février 2002, 41 I.L.M. 933 [*Wena*]. Dans la mesure où cette dernière décision porte principalement sur la question de la détermination de la loi applicable, laquelle n'est pas au centre de l'affaire *Azurix*, nous nous contenterons de la mentionner ici.

²⁶² *Lanco*, *supra* note 8, *Salini*, *supra* note 9 et *Vivendi*, *supra* note 10.

toute nouvelle construction juridique, le fondement de cette solution, ses contours et sa solidité préoccupent arbitres et auteurs. La décision *Azurix* ajoute une pierre à cet édifice et contribue à asseoir la distinction entre la sphère du contrat et celle du traité : le fondement se précise.

Les décisions *Lanco* et *Salini* pouvaient en effet laisser croire que le fondement de la distinction des sphères contractuelles et des sphères du traité provenait d'une formulation imparfaite des clauses attributives de juridiction contenues dans les contrats signés par les investisseurs concernés dans ces affaires²⁶³. Était-ce donc en raison de cette imperfection que l'investisseur pouvait bénéficier de la protection du traité? La décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi* n'avait pas suivi cette voie et, au contraire, distinguait de façon énergique un fondement autonome pour ce qui relève de la sphère du contrat ou de la sphère du traité, indépendamment de la formulation de la clause attributive de juridiction.

En l'espèce, le Tribunal a rejeté la demande argentine. Celle-ci considérait que la clause attributive de juridiction, contenue dans les documents contractuels signés par la filiale argentine d'*Azurix*, empêchait cette dernière société de saisir le Centre de ses demandes contre l'Argentine en application du *BIT*.

L'intérêt de la réponse du Tribunal à la première objection argentine réside dans le fait que l'ensemble des documents contractuels liant la filiale d'*Azurix* à la Province de Buenos Aires contenait des clauses attributives de juridiction rédigées de telle manière qu'il était impossible d'en atténuer la portée. De plus, et surtout, ces clauses contenaient également une renonciation expresse à la possibilité de porter un différend devant tout autre for. L'Argentine reconnaît que ces clauses ont été rédigées « in light of the decisions in *Lanco* and *Vivendi* precisely to avoid the situation in which the Respondent finds itself now »²⁶⁴.

C'est par argument de bon sens juridique que le Tribunal a écarté l'objection argentine et s'est rangé dans la lignée du Comité *ad hoc* de l'affaire *Vivendi*. En effet, selon le Tribunal,

the addition of the waiver has not made a substantive difference to the exclusive forum clause included in the concession agreements considered by ICSID tribunals in *Lanco* or *Vivendi I*, since the acceptance of the exclusivity of a forum implies by definition the renunciation of any other fora whether or not explicitly stated in the clause.²⁶⁵

Dès lors, dans une formulation dénuée de toute ambiguïté, « the claims or causes of action before this Tribunal are different in nature from any claims which ABA [la filiale d'*Azurix*] could bring before the courts of the city of La Plata under the Contract Documents »²⁶⁶.

²⁶³ Voir la sentence *Lanco*, *supra* note 8; la solution a été reprise dans *Salini*, *supra* note 9.

²⁶⁴ *Supra* note 1 au para. 78.

²⁶⁵ *Ibid.* au para. 80.

²⁶⁶ *Ibid.* au para. 79.

Ce n'est donc pas dans la formulation de la clause attributive de juridiction qu'il faut trouver le fondement de la distinction entre ce qu'il est convenu d'appeler les « contract claims » et les « treaty claims ». Ce fondement est autonome et procède plutôt de la différence de nature qui est inhérente à ces demandes. La cause est, semble-t-il, aujourd'hui entendue.

B. Une clause de choix irrévocable placée sous contrôle strict

C'est par une application technique de certains principes juridiques que le Tribunal arbitral a écarté la seconde objection formulée par l'Argentine sur l'application de la cause dite « fork in the road »²⁶⁷. Cette autre clause désormais célèbre des BIT interdit à un investisseur de porter sa demande devant un tribunal arbitral en application de la clause de règlement des différends du BIT s'il l'a préalablement portée devant une juridiction nationale. Dans ce cas, l'investisseur a fait un choix irrévocable comme l'indique le terme français utilisé pour désigner cette clause²⁶⁸.

En l'espèce, l'Argentine alléguait qu'Azurix avait formulé devant les juridictions locales de la Province de Buenos Aires les mêmes demandes que celles formulées devant les arbitres. L'Argentine en concluait que l'investisseur avait réalisé un choix irrévocable en faveur de ces juridictions rendant conséquemment irrecevable sa saisine du Tribunal CIRDI.

En citant les décisions rendues par d'autres tribunaux constitués sous l'égide du CIRDI²⁶⁹ que les arbitres décidèrent dans l'affaire *Azurix* que la clause de choix irrévocable ne pouvait être invoquée que lorsqu'il y a identité entre les parties, l'objet et la cause de l'action portée devant les deux tribunaux²⁷⁰. En l'espèce, l'objection argentine est rejetée puisqu'il n'existe ni identité de parties (« Neither of the parties is a party to the proceedings before the local courts. Even if Azurix had joined ABA as a plaintiff in those courts, there would not be party identity since Argentina is not a party to any of the proceedings »²⁷¹) ni identité d'objets et de fondement puisque, comme il avait été posé plus tôt dans la décision, les demandes d'Azurix devant ce Tribunal se différenciaient des demandes qui pouvaient être portées devant une juridiction nationale.

Il est raisonnable de se demander si l'on peut encore douter, après la décision *Azurix* et celle rendue dans l'affaire *CMS*, de l'existence d'une véritable jurisprudence des tribunaux CIRDI. L'émulation d'un tribunal à l'autre est évidente, les questions

²⁶⁷ Il s'agit en fait de l'article VII du *BIT*. Les objections à la compétence sur le fondement de cette clause sont sans doute en passe de devenir classiques dans les écritures de l'Argentine puisqu'on les retrouve également dans l'affaire *CMS*, commentée au chapitre II de la présente chronique, et dans les affaires *Lanco* et *Vivendi*.

²⁶⁸ Voir les développements sur ce sujet dans Emmanuel Gaillard, *supra* note 251 notamment aux pp. 856-861.

²⁶⁹ *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. République populaire du Congo*, Affaire No. ARB/77/2, Sentence du 8 août 1980, 21 I.L.M. 1478 (1982) et l'affaire *CMS Gas*.

²⁷⁰ *Supra* note 1 au para. 86, citant *Benvenuti & Bonfant*.

²⁷¹ *Supra* note 1 au para. 90.

posées, en l'occurrence par le même défendeur, sont similaires, le BIT qui sert de fondement aux demandes est ici identique ; et cette situation devrait se reproduire fréquemment. Dans l'attente d'une éventuelle transaction globale entre l'Argentine et ses créanciers-investisseurs, qui tarde à se dessiner, on doit constater que l'on assiste aux balbutiements d'une nouvelle catégorie de litiges qui génère ses propres règles au fil des décisions, de manière entièrement autonome. Ce processus n'en est qu'à ses débuts ; son observation est passionnante.

D.K.

IX. *CDC Group plc c. République des Seychelles*²⁷²

Arbitre unique: Sir Anthony Mason, AC KBE.

Nous soulignerons deux points avant d'analyser la sentence proprement dite.

Tout d'abord, l'extrême concision de cette sentence, totalisant vingt-trois pages, constitue un contraste comparativement à des sentences comme *Aucoven* commentée précédemment, qui, en l'occurrence, comptait cent treize pages. Cette longueur aurait même été étonnante pour une décision sur la compétence, les décisions en la matière faisant, règle générale, une quarantaine ou une cinquantaine de pages. On peut alors se demander si les motifs avancés par l'arbitre pour justifier sa décision résisteront à une procédure d'annulation.

Le second point apparaît comme étant plutôt anecdotique. Cette sentence a été rendue par un arbitre unique, ce qui en fait simplement la quatrième de l'histoire du CIRDI et la première dans laquelle une sentence sur le fond est véritablement rendue²⁷³. Le premier point peut ainsi être expliqué par le second puisque la masse de documents et de travail nécessaires pour rendre une sentence CIRDI nous semble extrêmement importante pour une seule et unique personne, fut-ce Sir Anthony Mason.

Pour revenir à l'espèce, le différend résulte de contestations liées à deux garanties, l'une de 1990 et l'autre de 1993, contractées par le groupe CDC, une société incorporée au Royaume-Uni, avec la République des Seychelles (ci-après « Seychelles »). Chacune de ces garanties contenait une clause compromissoire désignant le CIRDI pour régler tout différend pouvant survenir, le Royaume-Uni et les Seychelles étant parties à la *Convention de Washington* depuis, respectivement,

²⁷² Affaire No. ARB/02/14, Décision du 17 décembre 2003, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/CDCvSeychellesAward_001.pdf> (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [CDC].

²⁷³ *Philippe Gruslin c. Malaisie*, Affaire No. ARB/94/1 (CIRDI); *Misima Mines Pty. Ltd. c. État indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée*, Affaire No. ARB/96/2 (CIRDI); *Philippe Gruslin c. Malaisie*, Affaire No. ARB/99/3 (CIRDI); *Booker plc c. République co-opérative de Guyane*, Affaire No. ARB/01/9 (CIRDI). Une conciliation avec un conciliateur unique a aussi eu lieu *Tesoro Petroleum Corporation c. Trinidad et Tobago*, Affaire No. CONC/83/1 (CIRDI).

1967 et 1978²⁷⁴. La compétence du Centre n'est d'ailleurs contestée par aucune des parties.

A. Les demandes de CDC

CDC prétend donc que les Seychelles n'ont pas respecté leurs obligations eu égard aux deux garanties souscrites par le groupe auprès d'elles. Le différend concerne la mise en œuvre de garanties émises par le défendeur, afin de soutenir des prêts contractés auprès d'une entreprise locale par le demandeur, en raison de l'agrandissement et de l'amélioration de deux centrales électriques.

Ces garanties ont été contractées en 1990 et en 1993. Concernant la plus ancienne, les versements auraient dû être effectués suivant l'accord pour un montant de 450 000 livres sterling²⁷⁵. Le montant des versements pour la seconde devait, pour sa part, atteindre 1 800 000 livres sterling²⁷⁶. Selon CDC, les Seychelles n'ont pas honoré leurs engagements, ce qui a entraîné de forts désagréments pour le demandeur. CDC a donc déposé une demande d'arbitrage auprès du CIRDI le 22 août 2002²⁷⁷. CDC réclame le paiement de ce qui lui est dû, soit une somme de 2 103 379,32 livres sterling ainsi que tous les coûts afférents à la procédure arbitrale.

B. L'investissement de CDC dans les Seychelles et le droit applicable au différend : deux « no comment... » du Tribunal

Pour l'investissement, le Tribunal indique en premier lieu que

CDC's activities are commercial in substance and nature. CDC's investments in the Seychelles related to the expansion of the capacity of the Baie Ste Anne Power Station on the Island of Praslin and the upgrading of Victoria A Power Station on the Island of Mahé. These investments were made on a commercial basis²⁷⁸.

Ces accords de prêts sont conformes à la définition posée à l'article 25 (1) de la *Convention de Washington*²⁷⁹ et ne sont plus contestés par le défendeur, qui a

²⁷⁴ *CDC Group plc c. République des Seychelles*, Affaire No. ARB/02/14, (CIRDI), en ligne: Investment Treaty Arbitration <http://ita.law.uvic.ca/documents/CDCvSeychellesAward_001.pdf> aux para. 1-6.

²⁷⁵ *Ibid.* au para. 8.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ *Ibid.* aux para. 11 à 16, concernant l'historique de la procédure.

²⁷⁸ *Ibid.* au para. 17.

²⁷⁹ Article 25

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

Dans *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, (entrée en vigueur : 14 octobre 1966), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA-chap02.htm>> [*Convention de Washington*].

d'ailleurs retiré ses exceptions d'incompétence sur ce motif²⁸⁰. L'investissement n'est donc pas contesté et sa reconnaissance ne fait donc l'objet que de trois paragraphes.

En matière d'arbitrage CIRDI, il est assez rare de trouver une affaire dans laquelle la question du droit applicable ne fait pas débat²⁸¹. Cela est cependant le cas en l'espèce car la clause 7.8 spécifie clairement que le droit anglais sera applicable. Par conséquent, aucune contestation ne semble possible²⁸².

C. La détermination du caractère viable et approprié du projet de CDC

Pour les Seychelles, l'évaluation financée par son gouvernement, mais menée par CDC sur le projet Victoria A, est une déclaration implicite quant à la viabilité et à la nécessité de la nouvelle turbine.

Les Seychelles s'appuient sur une série d'arguments, notamment sur la clause 15.1 des contrats qui stipule que

[b]y way of recompense for the time spent and expenses incurred by CDC in considering proposals for the Project and in negotiating the terms and conditions of the Agreement, the Borrower shall within thirty days after the date hereof or, if earlier, upon the making of the first advance by CDC hereunder pay to CDC twenty-two thousand five hundred pounds sterling (22,500 £).²⁸³

À juste titre, le Tribunal constate qu'il n'est fait aucune mention de cette « évaluation », ni de l'existence d'une telle obligation de renseignement du fait du versement de cette somme. Les émoluments perçus n'entraînaient aucune obligation, mais permettent à CDC de faire une évaluation quant à la viabilité du prêt, de son propre point de vue. Cela lui permet uniquement d'évaluer les propositions et les termes de l'accord de prêt de 1993, en étant remboursé pour le temps et les frais encourus²⁸⁴.

²⁸⁰ CDC, *supra* note 274 au para. 19.

²⁸¹ La riche littérature en la matière atteste de la vivacité du débat entourant le CIRDI. Voir, entre autres, Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, « The meaning of 'and' in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention : The role of International Law in the ICSID Choice of Law Process » 18 ICSID Rev. – *Foreign Inv't L. J.* 375 (2003) ; Emmanuel Gaillard, « The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration » dans Yas Banifatemi et Emmanuel Gaillard, dir., *Annulment of ICSID Awards*, IAI series on International Arbitration n°1, Juris Publishing, 2004, à la p. 223 ; W. Michael Reisman, « The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold » (2000) 15 ICSID Rev. – *Foreign Inv't L. J.* 362 ; Christoph Schreuer, *The ICSID Convention - A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, à la p. 558 et s. ; Ibrahim Shihata et Antonio R. Parra, « Applicable Substantive Law in Dispute between States and Private Foreign Parties : The Case of Arbitration under ICSID Convention » (1994), 9 ICSID Rev. – *Foreign Inv't L. J.* 183.

²⁸² CDC, *supra* note 274 au para. 43.

²⁸³ *Ibid.* au para. 46.

²⁸⁴ *Ibid.* au para. 47.

Nous pensons que le Tribunal a, à cet effet, clairement et justement tranché la question en refusant que CDC ne soit soumis à une obligation d'évaluation de son projet, ni même que l'évaluation qu'elle a effectuée pour son propre compte puisse engendrer des obligations à l'égard des Seychelles²⁸⁵. Comme l'affirme le Tribunal :

There is a fundamental difference between a lender making an appraisal or study of a project for its own purpose in deciding whether it will make a loan and making an appraisal or study of a project for the benefit of the borrower. Indeed, it would be unusual for a lender to make an appraisal or study for the benefit of the borrower²⁸⁶.

La sentence indique que le défendeur n'a pas contesté la mise en œuvre de sa responsabilité pour la première garantie, mais uniquement pour la seconde. Cependant, l'arbitre unique a estimé que le défendeur n'a pas su apporter d'éléments suffisants pour sa défense, et lui ordonne donc de payer le montant total des garanties ainsi que les intérêts et les coûts de la procédure.

D. Du devoir de diligence de CDC

Le défendeur avance enfin que CDC n'a pas respecté un devoir moral vis-à-vis des Seychelles. Sa responsabilité morale s'en trouverait donc engagée.

À nouveau, l'évaluation menée par CDC est évoquée par les Seychelles, qui arguent que celle-ci a été faite avec négligence et qu'ainsi la responsabilité morale de CDC est engagée.

Le Tribunal, après avoir rappelé la position de CDC eu égard à l'absence d'obligation du prêteur de faire une évaluation de la viabilité du prêt et, par conséquent, à l'inexistence de responsabilité morale dans ce cas de figure²⁸⁷, se lance donc dans une démonstration quasi-hypothétique.

Ce dernier constate que le résultat aurait été bien différent si le prêteur avait exposé en public son évaluation et indiqué la viabilité et l'adaptabilité du projet. Le résultat aurait aussi été inverse si CDC avait su que l'emprunteur s'appuyait sur cette évaluation pour prendre sa décision.

Tout en concluant qu'en l'espèce, comme a été démontré précédemment, rien n'indique que CDC ait fait un tel exposé ou que les Seychelles se soient appuyées sur cette évaluation, le Tribunal s'accorde pour ainsi dire une petite marge de liberté pour affirmer sa position sur une question non pertinente en l'espèce, mais qui a le mérite d'être d'un grand intérêt pour les futurs arbitrages²⁸⁸.

²⁸⁵ *Ibid.* aux para. 47-48.

²⁸⁶ *Ibid.* au para. 52.

²⁸⁷ *Ibid.* au para. 56.

²⁸⁸ *Ibid.* au para. 57.

E. L'invocation désespérée des Seychelles d'une supposée inégalité de pouvoir de négociation

L'argument de l'inégalité de pouvoir de négociation a été formulé originellement par Lord Denning²⁸⁹. C'est le dernier des arguments présentés par les Seychelles pour leur défense. Ce n'est pas, loin s'en faut, le plus convaincant et le Tribunal refuse cette argumentation promptement. L'accord de prêt ne peut être considéré comme le résultat d'une inégalité de pouvoir de négociation car rien ne semble démesurément injuste, ni dans cet accord ni dans les garanties. De plus, tous les termes et les obligations contenus, en particulier dans les garanties, ne sont que des obligations très récurrentes, et non-exceptionnelles, en droit commercial²⁹⁰.

En outre, cet argument est soulevé ici pour la toute première fois et, à aucun moment durant l'exécution du contrat, les parties n'ont essayé de rompre leur engagement contractuel sur ce fondement. Le Tribunal ajoute de surcroît que « PUC and the Republic entered into the 1996 rescheduling Agreement with CDC after PUC and the Republic were well aware of the problems with the gas turbine »²⁹¹. Rien n'a été caché ni dissimulé aux Seychelles considérant une soi-disant position dominante de CDC. Toutes les informations nécessaires pour éviter une inégalité de pouvoir de négociation ont été fournies.

F. Conclusion

Le Tribunal tranche donc le litige en faveur du demandeur. La défense des Seychelles n'a pas été convaincante concernant les garanties. La République doit donc payer « principal and interest [...] under the Guarantees »²⁹². Il s'ensuit alors un calcul complet des intérêts à verser permettant au Tribunal d'ordonner le versement d'une somme de 1 771 096,75 livres sterling au titre du capital, 672 915,45 livres sterling au titre des intérêts, qui courent à hauteur de 611 livres sterling par jour. Il ordonne, enfin, le paiement de 100 000 livres sterling pour tous les frais afférents à cette procédure.

L'arbitre unique en cette affaire semble avoir été, malgré son extrême concision, d'une grande précision dans son analyse. L'on peut cependant noter le peu de conviction qui semble avoir accompagné la défense des Seychelles, lesquelles ont présenté des arguments ne résistant que rarement à une analyse rigoureuse des faits et des questions de droit²⁹³.

²⁸⁹ *Ibid.* au para. 58.

²⁹⁰ *CDC supra* note 274 aux para. 58-59.

²⁹¹ *Ibid.* au para. 60.

²⁹² *Ibid.* au para. 61.

²⁹³ Voir aussi l'analyse faite de cette affaire par R. Doak Bishop, « CMS v. Argentina - The Decision of the International Centre for Settlement of Investment Disputes and its Main Consequences for the Practice » (2004) 1 J. Int'l Dispute Res. 20.

On notera toutefois qu'une demande d'annulation a été enregistrée par le Secrétariat du CIRDI le 30 avril 2004, à la demande des Seychelles.

J.F.

X. *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*²⁹⁴

Composition du Tribunal : Robert Briner, Président ; Monsieur Bernardo M. Cremades et Professeur Ibrahim Fadlallah, arbitres.

Le litige oppose deux parties, un consortium formé de cinq entreprises italiennes et le Royaume du Maroc (ci-après « Maroc »). Le fondement de la compétence du Tribunal repose sur l'*Accord entre le gouvernement du Royaume du Maroc et le gouvernement de la République italienne relatif à la promotion et la protection réciproque des investissements* du 18 juillet 1990 (« l'Accord bilatéral »).

Le différend résulte de problèmes relatifs à l'exécution d'un contrat de construction d'autoroute. L'appel d'offres pour ce contrat a été lancé en 1994 par la Société Nationale des Autoroutes du Maroc (ci-après « ADM ») pour la construction de l'autoroute entre Rabat et Fès. C'est la seconde affaire, après *Salini*²⁹⁵, où une entreprise italienne engage une procédure arbitrale sous l'égide du CIRDI contre le Maroc, du fait d'ADM. En l'espèce, le consortium n'a obtenu qu'un seul des deux lots convoités, le lot 3B, où la construction de l'autoroute devait avoir lieu. L'autre lot, le lot 3A, a été attribué à une entreprise marocaine²⁹⁶.

Compte tenu des quelques retards et quelques difficultés que la construction a rencontrés, des protocoles d'accord pour l'allongement des délais ont été conclus entre les parties et la réception partielle des travaux a été effectuée le 31 juillet 1998²⁹⁷.

Cependant, le décompte définitif des montants dus par ADM au consortium a été communiqué à ce dernier, lequel a refusé de les signer sous prétexte de pénalités indues et de manques à gagner importants en résultant. Des problèmes de communication et le refus catégorique d'ADM et du Ministère de l'Équipement marocain de revoir leurs positions ont finalement conduit le demandeur à saisir le CIRDI d'une requête d'arbitrage ayant pour objectif d'obtenir les montants qu'il réclame²⁹⁸.

²⁹⁴ Affaire No. ARB/00/6, Sentence du 22 décembre 2003, en ligne: CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/rfcc-award.pdf>> [*RFCC c. Maroc*].

²⁹⁵ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, Affaire No. ARB/00/4, Décision du 23 juillet 2001 sur la compétence, 129 J.D.I. 196 (2002) [Original en Français]; Traduction en anglais dans 42 I.L.M. 609 (2003) (CIRDI) [*Salini*].

²⁹⁶ *R.F.C.C. c. Maroc.*, *supra* note 1 aux para. 4-6.

²⁹⁷ *Ibid.* au para. 8.

²⁹⁸ *Ibid.* aux para. 9-11.

Afin de mieux comprendre les enjeux de cette affaire, il nous paraît nécessaire de garder à l'esprit les motifs donnés par ce Tribunal lors de la décision sur la compétence :

Le tribunal se déclare compétent pour connaître des demandes du consortium telles qu'elles sont formulées, étant précisé qu'il n'est pas compétent pour connaître des manquements éventuels au seul contrat conclu entre le consortium et ADM et qui ne constituent pas en même temps une violation de l'*Accord bilatéral*²⁹⁹.

A. La décision sur la compétence ou une utilisation au fond assez surprenante

La décision du 16 juillet 2001 a reconnu, en son paragraphe 57, que « le marché conclu entre ADM et le consortium est un investissement au sens de l'Accord bilatéral. L'option de compétence de l'article 8.2 pouvait donc s'exercer en faveur d'une procédure arbitrale sous l'égide du CIRDI »³⁰⁰ ainsi qu'au sens de l'article 25 de la *Convention de Washington*³⁰¹. De plus, le Tribunal a accueilli toutes les demandes du consortium en précisant « qu'il n'est pas compétent pour connaître des manquements éventuels au seul contrat conclu entre le consortium et ADM et qui ne constituent pas en même temps une violation de l'Accord bilatéral »³⁰², mais qu'il était entièrement compétent pour ce qui est des « violations du contrat qui constitueraient en même temps, à la charge de l'État, une violation de l'Accord bilatéral »³⁰³. En outre, les paragraphes 67 à 69 de cette décision rappellent la compétence du Tribunal pour les différends relatifs au contrat dès lors que l'État en est partie :

L'article 8 oblige l'État à respecter l'offre de compétence à raison des violations de l'*Accord bilatéral* et de tout manquement à un contrat qui le lierait directement. L'offre de compétence de l'article 8 ne s'étend pas par contre aux violations d'un contrat auquel une entité autre que l'État est nommément partie³⁰⁴.

Cependant, lors de cette première phase sur la compétence, le Tribunal semble se contredire quand il affirme, dans le dispositif, qu'il n'est pas compétent concernant « les manquements éventuels au seul contrat conclu entre le consortium et ADM et qui ne constituent pas en même temps une violation de l'Accord bilatéral »³⁰⁵. Cette conclusion peut paraître un peu incongrue si l'on se remémore le raisonnement du Tribunal qui analyse structurellement et fonctionnellement ADM dans les paragraphes 36 à 38 pour arriver à la conclusion que

²⁹⁹ *RF.C.C. c. Maroc*, Affaire No. ARB/00/6, Décision du 16 juillet 2001 sur la compétence, (CIRDI) à la p. 34, en ligne: Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/ConsortiumRFCC-Jurisdiction.pdf>>.

³⁰⁰ *Ibid.* au para. 57.

³⁰¹ *Ibid.* au para. 66.

³⁰² *Ibid.* à la p. 34.

³⁰³ *Ibid.* au para. 69.

³⁰⁴ *Ibid.* au para. 68.

³⁰⁵ *Ibid.* à la p. 34.

ADM étant, d'un point de vue tant structurel que fonctionnel, une entité que seul son statut juridique distingue de l'État, le Tribunal conclut que le consortium a démontré qu'ADM est une société de l'État, agissant au nom du Royaume du Maroc³⁰⁶.

Que penser de cette contradiction : si le Tribunal est compétent pour les demandes du Maroc et si ADM agit au nom du Maroc, alors pourquoi le Tribunal n'accepte-t-il pas de reconnaître sa compétence en raison de ses propres conclusions?

Lors de la sentence au fond, les arbitres rappellent cette décision sur la compétence visant une délimitation stricte et sans équivoque de leur compétence *ratione materiae* : ils n'examineront que des demandes fondées sur une violation de l'accord, le Tribunal ayant même inscrit en gras cette exigence pour souligner un peu plus encore son importance. Il ne nous apparaît pas évident que l'on puisse déduire cela de la sentence sur la compétence. Ayant aussi rendu cette première sentence, le Tribunal doit, *a priori*, savoir quelles étaient ses propres intentions en matière de compétence.

Le Tribunal affirme, par ailleurs, qu'il n'est pas compétent pour « statuer sur des violations du Traité ou sur les violations alléguées du contrat de construction, dans l'hypothèse où l'État marocain serait directement partie à ce contrat »³⁰⁷.

Durant l'instance au fond, les parties ont voulu éclaircir les positions eu égard à cette compétence, ce que nous pouvons comprendre. Cet éclaircissement visait particulièrement la position qui indiquait que le Tribunal s'était reconnu compétent relativement aux violations du traité ou à celles du contrat, si le Maroc y était partie ou était impliqué. Comme nous l'avons précédemment observé, cela semblait être le cas, mais le Tribunal affirme que

[l]a lecture de l'ensemble de la décision [sur la compétence] révèle que le Tribunal a lié la clause d'arbitrage à l'implication de l'*Accord bilatéral relatif à la protection et la promotion des investissements* [...]. Ainsi, la compétence du Tribunal est limitée à l'examen des demandes fondées sur des violations de l'*Accord bilatéral*, comme décidé dans la décision sur la compétence.³⁰⁸

Étrange avez-vous dit? Les arbitres ne semblent pas à l'aise avec les problèmes de contrats conclus par des entités rattachées à l'État. En effet, si le Tribunal avait indiqué qu'ADM agissait au nom de l'État dans la décision³⁰⁹, la suite logique aurait été de considérer ADM comme un genre de mandataire, pouvant agir comme représentant de l'État. Or, il n'en est rien car

[c]ette solution ne peut être modifiée par l'allégation que ADM serait mandataire de l'État. Ce n'est pas en tant que telle qu'elle a signé le contrat

³⁰⁶ *Ibid.*, au para. 40.

³⁰⁷ *R.F.C.C. c. Maroc*, *supra* note 294 au par 32.

³⁰⁸ *Ibid.*, aux para. 33 et 34.

³⁰⁹ *Supra* note 6.

et le fait que la convention de concession, décidée avant, ait été signée et approuvée après la conclusion du contrat entre ADM et le demandeur, ne modifie pas la nature des relations entre les parties, ni entre ADM et l'État.³¹⁰

L'argumentaire de R.F.C.C. était fondé sur la première décision de 2001 et il ne semble pas correspondre à la vision que le Tribunal pose désormais sur sa compétence.

Quelles ont été les conséquences pour la décision rendue par le Tribunal?

B. L'analyse de la relation entre manquement contractuel et violation de l'Accord bilatéral

La réponse du Tribunal à la prétention du consortium, concernant la relation entre manquement contractuel et violation de l'Accord, au premier paragraphe de sa décision sur la question, est cinglante : « Le Tribunal considère qu'il n'existe pas de principe d'assimilation nécessaire des violations contractuelles aux violations d'un traité bilatéral d'investissement »³¹¹.

L'argumentaire se développe ensuite en trois points, suivant les prétentions présentées par le demandeur.

En premier lieu, cette assimilation serait le fait de l'Accord, notamment des articles 1 (1)(c) et (e) et 2 (2).

L'article 1 (1) dispose :

Au sens du présent accord,

le terme 'investissement' désigne toutes les catégories de biens investis après l'entrée en vigueur du présent accord par une personne physique ou morale, y compris le gouvernement d'une Partie contractante dans le territoire de l'autre partie contractante, conformément aux lois et règlements de ladite partie. Le terme 'investissement' comprend notamment :

- c) [...] les droits à toute prestation contractuelle ayant une valeur économique ;
- e) [...] tout droit de nature économique conféré par la loi ou par contrat.³¹²

L'article 2 (2) affirme que

[c]haque des Parties contractantes assurera un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante.

³¹⁰ R.F.C.C. c. Maroc, *supra* note 294 au par 34.

³¹¹ *Ibid.* au para. 38.

³¹² *Ibid.* au para. 39.

Chacune des Parties contractantes assurera la gestion, le maintien, l'utilisation ou l'affectation des investissements sur son territoire des investisseurs de l'autre Partie contractante contre toutes mesures injustifiées ou discriminatoires.³¹³

Ces articles ne posent pas d'obligation de « maintien, [ou de] l'utilisation et [de] la jouissance »³¹⁴ des droits issus du contrat comme le prétend le demandeur³¹⁵, mais font référence à la protection de l'État en matière de mesures discriminatoires et injustifiées à l'égard de l'investisseur. Il ne s'agit donc pas d'une obligation d'assurer « la bonne exécution du contrat »³¹⁶.

Le Tribunal revient ensuite sur le problème de l'assimilation des violations contractuelles avec les violations d'un BIT, qu'il avait analysé en matière de compétence, en utilisant la jurisprudence du CIRDI pour le guider dans son effort.

Il est vrai qu'une violation contractuelle ne peut pas, et ne doit pas, automatiquement être équivalente à une violation d'un BIT. La longue lignée d'arrêtés cités par le Tribunal, sans pour autant qu'il soit lié par une règle de *stare decisis*, illustre bien cette absence d'assimilation³¹⁷. Le Tribunal en conclut donc que tous ces éléments

ne permettent pas de créer à la charge de l'État du Maroc une obligation de respecter ou de faire respecter le contrat, hors des obligations expresses stipulées dans l'*Accord bilatéral* [...] les réclamations du demandeur ne pourront donc être satisfaites que si elles sont fondées sur la violation effective des obligations spécifiquement précisées aux articles 2 à 6 de l'*Accord bilatéral* (traitement juste et équitable ; clause de la nation la plus favorisée et traitement national ; indemnisation pour dommages ou pertes ; nationalisations ou expropriations; transfert des capitaux et des revenus).³¹⁸

C'est pourquoi seul l'*Accord bilatéral* pourra servir de fondement et de point d'ancrage pour les demandes du consortium et non pas le contrat, comme on aurait pu le croire à la lecture de la décision sur la compétence.

C. Quelles obligations de l'*Accord* auraient été violées?

Les manquements allégués portent sur quatre obligations : le traitement juste et équitable (article 2 (2)), la non-discrimination (articles 2 (2) et 3), l'obligation

³¹³ *Ibid.* au para. 39.

³¹⁴ *Ibid.* au para. 40.

³¹⁵ *Ibid.* au para. 36.

³¹⁶ *Ibid.* au para. 40.

³¹⁷ *Ibid.* au para. 41.

³¹⁸ *Ibid.* au para. 46.

d'indemnisation de certaines pertes (article 4 (1))³¹⁹ et les règles sur l'expropriation (article 5)³²⁰.

1. TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE

Bien que cela peut apparaître comme une prise de position importante pour ce traitement, le Tribunal indique que l'on peut « donner une portée autonome à l'obligation ». Comme il l'indique, les définitions conventionnelles sont rares, mais il faut en l'espèce imaginer ce que les parties ont désiré y inclure : certaines normes *précises mais générales* de traitement de l'investissement et de l'investisseur ou, *a contrario*, l'absence de contenu déterminé pour que celui-ci reste un étalon de mesure destiné uniquement à analyser les circonstances de l'espèce³²¹. Nous nous sommes exprimés en faveur d'une telle indépendance du concept, ainsi qu'en faveur d'une interprétation large mais contenant des obligations précises³²². Le Tribunal semble s'orienter sur cette même voie et fait droit à « une obligation de traitement juste et équitable qui, tout en garantissant les droits élémentaires de l'investisseur, ne s'y limite pas et s'applique uniquement dans la mesure où l'État d'accueil a fait usage de ses prérogatives de puissance publique »³²³.

Cependant, l'on ne peut s'empêcher de noter le contenu de cette citation *in fine* mentionnant des « prérogatives de puissance publique ». Agir au nom de l'État semble suffire et cette condition, quant aux prérogatives de puissance publique, est ajoutée sans qu'elle ne soit suggérée en droit international. On s'accordera à dire qu'il n'existe pas d'accord quant à la signification des termes « traitement juste et équitable »³²⁴. Cette condition n'est toutefois mentionnée nulle part en doctrine³²⁵ et

³¹⁹ *Ibid.* au para. 54. L'article 4 (1) dispose :

« 1) Au cas où les investissements effectués par les investisseurs de l'une des Parties contractantes subiraient des dommages du fait de guerres, conflits armés, états d'urgence, ou autres événements analogues dans le territoire de l'autre Partie contractante, ils reçoivent une indemnisation juste et adéquate pour la perte subie de la part de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a subi ladite perte ».

³²⁰ *Ibid.* au para. 58. L'article 5 dispose :

« 1) les investisseurs des deux parties contractantes ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure permanente ou temporaire qui limite le droit de propriété, de possession, de contrôle ou de jouissance de leur investissement à moins que les lois et règlements en vigueur ou une décision judiciaire n'en disposent autrement.

2) Les investissements des deux Parties contractantes ou de leurs investisseurs ne peuvent être nationalisés ou expropriés ou objet de mesures ayant des effets équivalents à la nationalisation ou à l'expropriation sur le territoire des deux parties contractantes, sauf si ces mesures sont prises :

- à des fins d'utilité publique ;
- sur une base non discriminatoire et conformément à une procédure légale ;
- et contre un dédommagement prompt, juste et adéquat ».

³²¹ *Ibid.* au para. 51.

³²² Julien Fourret, *The Notion of Fair and Equitable Treatment of Foreign Direct Investment*, Thèse de LL M, Université McGill [non publiée].

³²³ *Ibid.*

³²⁴ Rudolph Dolzer and Margaret Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995 à la p. 58.

³²⁵ Voir, entre autres, Jean-Pierre Lavieq, *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, Paris, Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Études

le Tribunal n'y a d'ailleurs pas fait référence au moment de trancher sur sa compétence. Néanmoins, le demandeur risque de voir ses demandes rejetées du fait de cette condition supplémentaire énoncée par le Tribunal.

2. CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE ET TRAITEMENT NATIONAL

La clause de la nation la plus favorisée ne soulève aucun problème d'interprétation. Son application peut toutefois s'avérer complexe, notamment lors de l'analyse des réclamations du consortium dans le but de savoir si le traitement a véritablement été différent de celui de l'investisseur national. Le seul problème pourra se situer, selon le Tribunal, dans la mesure réelle de cette différence de traitement entre ces deux types d'investisseurs³²⁶.

3. INDEMNISATIONS POUR DOMMAGES OU PERTES

Concernant l'indemnisation pour les dommages ou les pertes, le Tribunal s'attache principalement aux termes « ou autres événements analogues » de l'article 4 (1) qui font référence, selon lui, à « des événements de nature politique » imprévisibles et irrésistibles, mais analogues à ceux cités auparavant³²⁷.

4. NATIONALISATION OU EXPROPRIATION

Les notions de nationalisation et d'expropriation font l'objet de l'analyse la plus longue et la plus exhaustive. Le Tribunal opère d'abord un examen de l'objet de l'expropriation, le droit de propriété, pour ensuite s'attacher à comprendre la notion d'expropriation en elle-même.

Le Tribunal conclut premièrement que « tout type d'actif peut être a priori l'objet d'une expropriation et donc protégé par les dispositions du traité »³²⁸. Il donne donc une interprétation large du terme expropriation, et plus particulièrement des biens et actifs expropriables.

Pour déterminer ensuite le sens de la notion d'expropriation en elle-même, le Tribunal, chose surprenante, ne s'attache qu'à la jurisprudence développée dans le

Internationales – PUF, 1985 à la p. 104 ; F.A. Mann, « Notes: British Treaties for the Promotion and Protection of Investments » (1981) 52 *Brit. Y.B. Int'l L.* 240 ; Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell Publishers, Oxford, 1995 à la p. 625 ; United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Genève, United Nations Publication, 1999 aux pp. 42-43 ; Stephen Vasciannie, « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice » (1999) 70 *Brit. Y.B. Int'l L.* 99 ; John A. Westberg et Bertrand P. Marchais, « General Principles Governing Foreign Investments as Articulated in Recent International Tribunal Awards and Writings of Publicists » (1992) 7 *ICSID Rev. – Foreign Inv't L. J.* 453 à la p. 470.

³²⁶ *R.F.C.C. c. Maroc*, *supra* note 294 aux para. 52-53.

³²⁷ *Ibid.* aux para. 54-57.

³²⁸ *Ibid.* au para. 62.

cadre de l'ALÉNA, alors que celle-ci n'est souvent propre qu'à l'interprétation du traité nord-américain³²⁹.

Il indique donc son adhésion à la vision large proposée dans cette jurisprudence en matière d'expropriation, en indiquant notamment que le critère de l'exercice de prérogatives de puissance publique est clairement posé dans celle-ci. Ce critère nous paraît beaucoup plus raisonnable dans l'analyse des nationalisations ou des expropriations que dans celle du traitement juste et équitable. En se concentrant à nouveau sur l'espèce, les arbitres analysent la disposition du traité comme faisant référence à la nature même de la mesure, loi ou règlement, c'est-à-dire à une sorte de « condition de forme »³³⁰ et ne s'attachent pas uniquement aux conséquences des mesures, même si « les effets des mesures prises doivent avoir une certaine intensité pour que celles-ci puissent être qualifiées de mesures équivalentes à l'expropriation »³³¹.

En conséquence, le Tribunal dégage donc deux critères cumulatifs de l'article 5. Pour qu'une mesure équivalente à l'expropriation puisse être considérée comme telle, elle doit :

- Avoir été prise en vertu de prérogatives de puissance publique et non dans le cadre de l'exercice d'un droit prévu par un contrat.
- Avoir des effets substantiels d'une intensité certaine qui réduisent et/ou font disparaître les bénéfices légitimement attendus de l'exploitation des droits objets de ladite mesure à un point tel qu'ils rendent la détention de ces droits inutile.³³²

Concernant la substance de ce test, à savoir les critères en eux-mêmes, ceux-ci semblent conformes à la jurisprudence CIRDI en matière d'expropriation³³³.

Concernant la mise en œuvre du test, si son élaboration résulte des faits de l'affaire *RFCC*, la séquence logique visant à analyser théoriquement, dans un premier temps, les dispositions en elles-mêmes, pour ensuite, en ayant assimilé leur impact potentiel, les appliquer aux faits, devra être réutilisée à l'avenir. Cela permettra de réaffirmer, à chaque affaire, les enjeux théoriques, tout en comprenant les enjeux pratiques des cas d'espèce.

³²⁹ Emmanuel Gaillard, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.) : Chronique des sentences arbitrales » (2003) 130 J.D.I. 161, à la p. 164.

³³⁰ *R.F.C.C. c. Maroc*, *supra* note 294 au para. 66.

³³¹ *Ibid.* au para. 67.

³³² *Ibid.* au para. 69.

³³³ Voir entre autres, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États Unis du Mexique*, Affaire No. ARB (AF)/00/2, Sentence du 29 mai 2003, 43 I.L.M. 133, (CIRDI), en ligne : CIRDI <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf>> au para. 115 et s. ; *Middle East Cement Shipping and Handling Co S.A. c. République arabe d'Égypte*, Affaire No. ARB/99/6, Sentence du 12 avril 2002, (CIRDI) en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/me_cement-award.pdf> au para. 107.

D. De la théorie aux faits de l'affaire

« [L]e présent Tribunal considère qu'il n'y a pas eu de preuve quant à l'intention qu'aurait eue ADM de privilégier le groupement marocain au détriment du consortium italien »³³⁴. Étant la première phrase de la décision, cette affirmation du Tribunal n'est que le prélude à l'analyse des comportements. En effet, s'ils n'ont pas été intentionnels, rien ne prouve que ces derniers n'en ont pas moins été discriminatoires.

Le Tribunal ne reconnaît à aucun moment un caractère discriminatoire aux mesures prises à l'encontre du consortium. L'exemple flagrant a trait aux problèmes de l'indemnisation des dommages lors de la non-reconnaissance par le Maroc d'un cas de force majeure dû aux intempéries. Cette décision du Royaume est justifiable car ce sont uniquement les dommages résultant d'événements politiques qui sont couverts par l'article 4 (1)³³⁵.

D'autre part, les règles relatives à l'expropriation ne s'appliquent pas en matière contractuelle car un manquement ne peut être équivalent à une expropriation. Par conséquent, des pénalités de retard et la mise en jeu des garanties contractuelles ne peuvent « être qualifié[s] de mesure[s] équivalente[s] à une expropriation ». Les conditions sont cumulatives et, en l'espèce, les manquements du Maroc à ses obligations contractuelles ne sont pas assimilables à une expropriation. Les « effets substantiels » des mesures marocaines ne sont donc pas analysés.

Finalement, le Tribunal s'attache au traitement juste et équitable dans une analyse-fleuve comptant tout près de onze pages.

E. Comment transformer une obligation vague et générale en obligations concrètes et multiples

Le déni de justice, l'indemnisation suite à la non-attribution du lot 3A, l'indemnisation des surcoûts suite à l'augmentation de la masse des travaux effectués et aux intempéries, l'application des pénalités de retard et la mise en jeu des garanties contractuelles ainsi que l'exclusion du consortium du marché marocain constituent toutes les composantes du traitement juste et équitable analysées par le Tribunal en relation avec les demandes fondées sur le traité.

1. DÉNI DE JUSTICE

Pour le Tribunal, une absence de réponse du Président d'ADM ou du ministre de l'Équipement ne peut être qualifiée de déni de justice. Cette position est conforme à bon nombre de droits administratifs pour lesquels une absence de réponse durant un laps de temps légalement indiqué équivaut à un refus comme l'indique le Tribunal : « Le principe d'assimilation d'une absence de réponse à une décision

³³⁴ *Ibid.* au para. 74.

³³⁵ *Ibid.* au para. 80.

négative est d'ailleurs généralement admis en droit administratif et n'a rien d'extraordinaire »³³⁶. Cette position est renforcée par l'impossibilité du demandeur d'apporter la preuve d'une différence de traitement discriminatoire avec d'autres investisseurs ou d'un comportement abusif du défendeur.

2. NON-ATTRIBUTION DU LOT 3A

Cette demande est à nouveau rejetée car le demandeur ne fait pas la preuve que le Maroc a pris des mesures injustifiées ou discriminatoires, qu'il a été moins favorablement traité que d'autres investisseurs dans une situation équivalente ou bien qu'aucun motif ne justifie la décision du défendeur. Des fondements objectifs, notamment les propositions faites dans des monnaies différentes, justifient ce choix³³⁷.

3. INDEMNISATION DES SURCÔÛTS EN RAISON DE LA MODIFICATION DE LA NATURE DES TRAVAUX ET DE L'AUGMENTATION DE LA MASSE DE CEUX-CI

La réponse du Tribunal est claire, mais équivoque lorsque l'on scrute sa décision sur la compétence. Étant fondées sur le contrat, les demandes ne peuvent être accueillies car « un manquement contractuel ne saurait constituer, par définition et en lui-même, une violation du traité, comme l'a jugé le Tribunal ci-dessus ». Partant, en acceptant théoriquement qu'il puisse être compétent, le Tribunal indique que les demandes n'apportent pas la preuve ni de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, élément artificiellement attaché au traitement juste et équitable, ni que ces violations contractuelles puissent conduire du fait de leur gravité à une violation de l'*Accord bilatéral*³³⁸.

4. INDEMNISATION DES SURCÔÛTS EN RAISON DES INTEMPÉRIES

La violation du traitement juste et équitable n'est pas non plus reconnue en l'espèce car, pour le Tribunal, ce différend est purement contractuel. Ainsi, aucune

circonstance particulière n'est établie permettant d'imputer au Royaume du Maroc une violation de son obligation d'assurer un traitement juste et équitable. En particulier, le fait pour ADM d'avoir notifié au Consortium des mises en demeure en vue de faire accélérer les travaux ne saurait être qualifié de mesure prise en vertu de prérogatives de puissance publique.³³⁹

À nouveau, le recours aux prérogatives de puissance publique pour écarter la demande ne semble pas conforme, à notre avis, au droit international public.

³³⁶ *Ibid.* au para. 94.

³³⁷ *Ibid.* aux para. 96-97.

³³⁸ *Ibid.* aux para. 98-100.

³³⁹ *Ibid.* au para. 102.

5. APPLICATION DES PÉNALITÉS DE RETARD ET MISE EN JEU DES GARANTIES CONTRACTUELLES

En matière contractuelle, les pénalités de retard constituent un « droit du maître de l'ouvrage » souvent prévu au contrat. La vérification du Tribunal se limite en l'espèce à savoir « si le Royaume du Maroc a respecté ses obligations au titre de l'Accord bilatéral »³⁴⁰. Pour le Tribunal, les décisions n'ont été ni arbitraires, ni dolosives et n'ont pas été effectuées sans motifs. Le traitement juste et équitable n'a donc pas été violé concernant cette obligation. Cette prise de position nous semble raisonnable.

Pour leurs parts, les garanties constituent une prérogative contractuelle exercée par le défendeur³⁴¹. La justification de leur mise en œuvre est donc « une question purement contractuelle ». Le demandeur a, de plus, engagé des procédures internes au Maroc pour voir son bon droit reconnu, ce qui empêche, entre autres, de reconnaître la violation du traitement juste et équitable. En effet, la possibilité d'avoir un certain nombre de recours internes effectifs permet *de facto* d'atténuer, au moins pour cet aspect, la possible violation de ce traitement.

6. EXCLUSION DU MARCHÉ MAROCAIN

Cette exclusion était en quelque sorte le « serpent de mer » repris dans toutes les demandes et devait donc aboutir à la conclusion que l'investissement « aurait été réduit à néant », ce qui, à la vue des résultats des demandes précédentes, ne peut qu'être rejeté³⁴².

Par conséquent, « les violations alléguées de l'Accord bilatéral n'étant pas constituées, la question de leur imputabilité devient sans objet ».

F. Conclusion

On peut être intrigué, voire même étonné par la dissemblance, voire l'opposition des sentences rendues à deux années d'intervalle à l'encontre du Royaume, et ce, par un tribunal pourtant composé des mêmes arbitres³⁴³. La demande en annulation déposée par le Consortium permettra certainement de faire le point sur les questions de droit soulevées en l'affaire et d'harmoniser la jurisprudence sur des questions aussi fondamentales que le traitement juste et équitable ou les mesures d'expropriation. C'est une affaire à suivre...

J.F.

³⁴⁰ *Ibid.* au para. 104.

³⁴¹ *Ibid.* au para. 105.

³⁴² *Ibid.* au para. 108.

³⁴³ Voir l'introduction de ce commentaire.