



DOCUMENTS DE TRAVAIL SUR L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL  
Numéro 2006/1

## AMÉLIORER LE MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS : VUE D'ENSEMBLE

*février 2006*

*Cette étude a été rédigée par Catherine Yannaca Small, Division de l'Investissement, Direction des affaires financières et des entreprises de l'OCDE pour le Symposium qui a eu lieu à Paris le 12 décembre 2005.*

*Il a été tenu compte, dans sa rédaction, des délibérations du Comité et des divers points de vue exprimés. Revêtant la forme d'une enquête factuelle, le document ne reflète pas nécessairement l'opinion de l'OCDE ou de ses gouvernements Membres. Il ne peut être interprété comme préjugant les négociations en cours ou à venir ou les différends portant sur des accords internationaux relatifs à l'investissement.*

## TABLE OF CONTENTS

### AMÉLIORER LE MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS : VUE D'ENSEMBLE..... 3

Introduction .....	3
1. Questions relatives à la qualité des sentences arbitrales .....	4
1.1. Révision des sentences : système actuel et proposition .....	4
1.2. Discussion sur le mécanisme d'appel.....	9
1.3. Examen préalable des sentences .....	16
2. Procédures multiples et parallèles .....	19
2.1. Procédures multiples.....	20
2.2. Recherche du for le plus favorable et procédures parallèles .....	23
2.3. Jonction de procédures.....	25
3. Autres difficultés de nature juridictionnelle : distinction entre les requêtes sur le fondement d'un traité et les requêtes sur le fondement d'un contrat.....	25
3.1. Reconnaissance de la compétence en vertu d'un traité malgré la présence, dans un contrat, d'une clause attributive de compétence.....	26
3.2. La clause générale de respect de s engagements (« umbrella clause »).....	32

### Boxes

Encadré 1. Clause d'option irrévocable (« <i>Fork in the Road</i> »).....	29
---	----

## **AMÉLIORER LE MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS : VUE D'ENSEMBLE**

### **Introduction**

La plupart des traités sur l'investissement prévoient des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États qui permettent à l'investisseur étranger de demander réparation du préjudice causé par le manquement présumé de l'État d'accueil à ses obligations à l'égard des investissements. Les principales caractéristiques de ces mécanismes sont empruntées à l'arbitrage commercial, même si les différends qui opposent États et investisseurs soulèvent souvent des questions d'intérêt public généralement absentes des affaires réglées par l'arbitrage commercial international. Souvent, l'arbitrage entre investisseurs et États suppose de concilier les doctrines du droit international et les principes de droit privé du droit des contrats. Ce caractère hybride des sources de droit pose de nouveaux défis, notamment en ce qui concerne la qualité des sentences arbitrales et la compétence.

Ces dix dernières années, l'arbitrage concernant les investissements s'est développé, notamment grâce aux plus de 2500 traités bilatéraux en matière d'investissement (TBI) actuellement en vigueur dans le monde, aux accords de libre-échange, comme l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), et à d'autres traités régionaux et multilatéraux en matière d'investissement, comme le Traité sur la charte de l'énergie. Le nombre d'accords sur l'investissement ayant augmenté, les affaires traitées dans le cadre des mécanismes de règlement des différends sont également devenues de plus en plus complexes, puisqu'elles concernent de nombreux contrats et, par conséquent, de nombreuses parties contractantes et de multiples problèmes. Les accords sur l'investissement qui prévoient un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États étant de plus en plus nombreux, le risque de sentences multiples et contradictoires a également augmenté, le même litige pouvant donner lieu à des sentences rendues en vertu de traités ou contrats différents. Plus les juridictions que les parties ont la possibilité de saisir pour régler leurs différends internationaux sont nombreuses, plus le risque que soient rendues des décisions multiples et contradictoires est grand.

Malgré l'absence d'incohérences majeures entre les sentences arbitrales rendues jusqu'à ce jour, la question des dispositions transversales et le fait que plusieurs décisions aient été jugées incohérentes par certaines parties et que le contexte de l'arbitrage en matière d'investissement évolue sont autant de raisons qui ont incité le Comité pour l'investissement de l'OCDE et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) à engager des discussions sur la possibilité d'instaurer un mécanisme d'appel. Si ces discussions n'ont jusqu'à présent pas abouti à la création d'un tel mécanisme, elles ont permis de dégager des idées pour améliorer le système, en particulier par le biais d'une plus grande uniformité de la procédure de révision. Le renforcement de la transparence, qui est l'une des principales mesures d'amélioration proposées, ne sera néanmoins pas abordé dans la présente

note puisqu'il fait l'objet d'une étude à spécifique<sup>1</sup> et d'un communiqué du Comité de l'investissement de l'OCDE.

Le présent document examine i) les questions relatives à la qualité des sentences arbitrales ; ii) les problèmes liés à la multiplicité des procédures et à l'existence de procédures parallèles iii) et les difficultés qui ont trait à la compétence. Dans le cadre de l'examen de ces problèmes, on a formulé une série de propositions susceptibles d'améliorer le système d'arbitrage en matière d'investissement.

## **1. Questions relatives à la qualité des sentences arbitrales**

Il existe plusieurs procédures pour garantir la qualité des sentences. Le principal moyen de remettre en cause une sentence est la révision ou l'annulation de la sentence définitive. La procédure de révision, qui diffère selon que la sentence a été ou non rendue en vertu de la Convention du CIRDI, n'est possible que pour un nombre limité de motifs et n'est pas d'aussi large portée en appel.

La qualité des sentences peut également être garantie par un «examen préalable» du projet de sentence, conduit avant que la sentence ne devienne définitive. Cette procédure est spécifique à la Cour internationale d'arbitrage. Elle ne constitue pas une révision, mais est un moyen supplémentaire de contrôle de la qualité. Elle n'est actuellement applicable qu'aux différends portés devant la Chambre de commerce internationale (CCI), dont un petit nombre concerne l'investissement.

Cette section décrit le système de révision actuellement en vigueur, tant pour les sentences rendues en vertu de la Convention du CIRDI que pour les autres sentences, et évoque notamment les discussions sur la faisabilité de la proposition de création d'une facilité additionnelle d'annulation (Additional Annulment Facility) dans le cadre du CIRDI. Elle présente également une synthèse des débats sur les avantages et inconvénients d'un mécanisme d'appel et étudie la possibilité d'appliquer «l'examen préalable» aux procédures d'arbitrage ne relevant pas de la CCI.

### ***1.1. Révision des sentences : système actuel et proposition***

La procédure de révision vise à protéger les intérêts des parties. Lorsque la partie qui succombe n'est pas satisfaite de la sentence prononcée, elle peut essayer d'en obtenir l'annulation. Les possibilités de contestation d'une sentence diffèrent selon que les parties ont choisi un système d'arbitrage institutionnel ou *ad hoc*. Alors que les décisions rendues en vertu de la Convention du CIRDI ne peuvent pas être révisées par un tribunal national, les autres systèmes d'arbitrage qu'il est possible d'utiliser accordent un rôle prééminent aux juridictions nationales, qui peuvent avoir un préjugé local ou être soumises à l'influence du gouvernement du pays d'accueil.

#### ***1.1.1. L'arbitrage dans le cadre de la Convention du CIRDI***

Le mécanisme d'arbitrage prévu par la Convention du CIRDI est indépendant et comporte un dispositif de contrôle interne comprenant des dispositions sur l'interprétation, la révision et l'annulation des sentences. Ces dispositions permettent à l'une ou l'autre des parties de demander la révision de la décision rendue par un tribunal arbitral du CIRDI lorsque :

---

1. Voir le chapitre 1 de Droit international de l'investissement – Un domaine en mouvement, complément aux Perspectives de l'investissement international, OCDE 2005.

- Le différend concerne le sens ou la portée de la sentence (interprétation de la sentence par le tribunal qui a statué ou par un nouveau tribunal, article 50 de la Convention).
- Des faits nouveaux, de nature à avoir une incidence décisive sur la sentence, ont été découverts, à condition que ces faits aient été inconnus du tribunal et de la partie qui demande leur prise en compte ; en outre, l'ignorance de cette partie ne doit pas être due à une faute (révision de la sentence par le tribunal qui a statué ou par un autre, article 51 de la Convention du CIRDI). Ces nouveaux éléments doivent être des points de fait et pas des points de droit, et être d'une nature telle que le tribunal aurait prononcé une décision différente s'il en avait eu connaissance.<sup>2</sup>
- Chacune des parties peut demander l'annulation de la sentence par un Comité *ad hoc* distinct du tribunal (article 52 de la Convention du CIRDI). Ce Comité ne peut annuler la sentence du tribunal que pour les motifs, étroitement définis, ci-après :
  - vice dans la constitution du tribunal ;
  - excès de pouvoir manifeste du tribunal ;
  - corruption d'un membre du tribunal ;
  - inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; ou
  - défaut de motifs.

En 2004, huit requêtes en annulation avaient été formées auprès du CIRDI.<sup>3</sup> Elles concernaient les affaires *Klöckner contre la République du Cameroun* (à deux reprises),<sup>4</sup> *Amco contre la République d'Indonésie* (à deux reprises),<sup>5</sup> *MINE contre la République de Guinée*,<sup>6</sup> *SPP contre la République arabe*

---

2. Pour une analyse approfondie, voir C. Schreuer « The ICSID Convention: A Commentary », *Cambridge University Press, CIRDI, 2001*.

3. Pour une analyse complète des procédures d'annulation et des affaires dans lesquelles elles ont été utilisées, voir *IAI Arbitration Series n°1, « Annulment of ICSID Awards » (E. Gaillard et Y. Banifatemi, dir. pub., 2004)*.

4. Le Comité *ad hoc* a annulé la décision parce que le tribunal avait manqué à son obligation d'indication des motifs de la sentence. Le différend a été renvoyé devant un autre tribunal, qui a rendu une nouvelle sentence, dont les deux parties ont demandé l'annulation. Le deuxième Comité *ad hoc* a toutefois rejeté la demande d'annulation. *Klöckner contre la République du Cameroun*, sentence, 21 octobre 1983, 2 Rapports du CIRDI 9. *Klöckner contre la République du Cameroun*, décision sur l'annulation, 3 mai 1985, 2 Rapports du CIRDI 95. La deuxième sentence et la deuxième décision du Comité *ad hoc* n'ont pas été publiées. Voir C. Schreuer *op. cit.* n. 2 pp. 897 et 898.

5. Le Comité *ad hoc* a annulé la sentence au motif que le tribunal n'avait pas appliqué le droit qu'il fallait appliquer – qui n'entraînait pas dans son champ de compétence *rationae materiae*. *Amco contre la République d'Indonésie*, décision sur l'annulation, 16 mai 1986, 1 Rapports du CIRDI 509. L'affaire a été renvoyée devant un nouveau tribunal qui a d'abord statué sur la compétence (10 mai 1988, 1 Rapports du CIRDI 543), puis sur le fond (sentence, 5 juin 1990, 1 Rapports du CIRDI 569). Les deux parties ont demandé l'annulation de la deuxième sentence, ce qui a été refusé par le deuxième Comité *ad hoc* (décision non publiée). Voir C. Schreuer *op. cit.* n. 2 p. 900.

6. Le Comité *ad hoc* a annulé la partie de la décision portant sur les dommages-intérêts au motif que le tribunal n'avait pas statué sur les questions soulevées par la Guinée et que cela pouvait avoir eu une incidence sur le montant des dommages-intérêts accordés. *MINE contre la République de Guinée*, décision sur l'annulation, 22 décembre 1989, 4 Rapports du CIRDI 79. MINE a soumis la question des

d'Égypte,<sup>7</sup> *Wena Hotels contre la République arabe d'Égypte*,<sup>8</sup> *Vivendi contre la République argentine*.<sup>9</sup> En 2004 et 2005, huit nouvelles demandes ont été enregistrées.<sup>10</sup> L'annulation d'une sentence arbitrale peut également conduire à soumettre le différend à un nouveau tribunal. Ainsi, la décision rendue dans l'affaire Vivendi a été réexaminée par un nouveau tribunal. La décision prononcée dans l'affaire Wena Hotels fait l'objet d'une demande d'interprétation.

Les décisions d'annulation rendues par les Comités *ad hoc* l'ont généralement été pour les mêmes motifs : excès de pouvoir manifeste, inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et défaut de motifs. Malgré les critiques dont cette procédure a été la cible après les premières affaires, elle semble pour l'instant fonctionner de manière satisfaisante et convenir à la majorité des arbitres et des parties.

L'annulation ne doit pas être assimilée à un appel, comme en témoigne l'article 53, qui dispose que la sentence ne peut faire l'objet d'aucun appel ou autre recours à l'exception de ceux prévus à la Convention. En outre, elle n'est pas possible pour d'autres motifs que les erreurs sur le fond énumérées dans la liste, à savoir les erreurs sur des points de droit ou sur des points de fait. Lorsque la demande d'annulation aboutit, la décision initiale est invalidée, alors qu'une procédure d'appel peut entraîner une modification de la décision.<sup>11</sup> En théorie, une instance d'appel pourrait substituer sa décision à celle du tribunal compétent en première instance ou exiger que ce dernier rectifie ses erreurs.

#### 1.1.2. Arbitrage en dehors de la Convention du CIRDI

Lorsque l'arbitrage n'est pas conduit en vertu de la Convention du CIRDI, les sentences ou leur exécution peuvent être remises en cause dans le cadre du système d'arbitrage commercial instauré par la législation nationale, la Convention de New York et les autres conventions existant en la matière. Par conséquent, c'est le droit interne du lieu de l'arbitrage qui régit la demande formée par la partie qui a succombé pour annuler la sentence ou, selon le cas, en refuser l'exécution.

---

dommages-intérêts à un nouveau tribunal et les parties sont parvenues à régler leur différend par une transaction. Voir C. Schreuer *op. cit.* n. 2 p. 901.

7. Cette affaire a été réglée avant que le Comité *ad hoc* rende sa décision.
8. Le Comité *ad hoc* a rejeté les trois motifs invoqués par l'Égypte : excès de pouvoir manifeste, inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et défaut de motifs de la sentence. Voir 41 ILM 933 (2002) et E. Gaillard, *op. cit.* n. 3.
9. Le Comité *ad hoc* a annulé la décision du tribunal pour excès de pouvoir manifeste. Voir E. Gaillard, « Vivendi and Bilateral Investment Treaty Arbitration », *New York law Journal*, 6 février 2003.
10. *Patrick Mitchell contre la République démocratique du Congo* (Affaire n° ARB/99/7), *Consortium R.F.C.C. contre le Royaume du Maroc* (Affaire n° ARB/00/6), *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. contre la République du Chili* (Affaire n° ARB/01/7), *Repsol YPF Ecuador S.A. contre Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* (Affaire n° ARB/01/10), *Hussein Nuaman Soufraki contre les Émirats arabes unis* (Affaire n° ARB/02/7), *CDC Group plc contre la République des Seychelles* (Affaire n° /02/14), *Joy Mining Machinery Limited contre la République arabe d'Égypte* (Affaire n° ARB/03/11) et *CMS Gas Transmission Company contre la République argentine* (Affaire n° ARB/01/8).
11. Voir Caron D.D. « Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction between Annulment and Appeal », 7 *ICSID Review-FILJ* 21 (1992).

Les lois nationales sur l'arbitrage définissent les motifs pour lesquels les sentences arbitrales peuvent être contestées. La plupart des lois contemporaines prévoient une liste limitée de motifs de révision et la plupart d'entre elles suivent la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'arbitrage commercial international, qui, globalement, reprend la liste des motifs de non-exécution des sentences qui figure à l'article V de la Convention de New York : 1) incapacité d'une des parties lors de la conclusion d'une convention d'arbitrage ; 2) défaut d'information d'une des parties de la désignation de l'arbitre ou impossibilité pour l'une des parties de faire valoir ses droits ; 3) prise en compte dans la sentence de questions autres que celles soumises à l'arbitrage ; 4) irrégularités dans la composition du tribunal ou dans la procédure d'arbitrage ; 5) objet du différend non susceptible d'être réglé par arbitrage ; 6) violation de l'ordre public national.

Dans la pratique, les motifs sur lesquels se fondent le plus souvent les tribunaux pour annuler une sentence ou prononcer sa non-exécution sont que les arbitres ont statué sur des questions qui sortaient de leur champ de compétence ou que la sentence est contraire à l'ordre public.<sup>12</sup>

Dans la plupart des pays, les motifs d'annulation des sentences arbitrales ont un caractère impératif : les parties ne peuvent pas les contourner par leurs conventions. Toutefois, dans certains pays, les motifs d'annulation des sentences arbitrales internationales ont valeur de règles supplétives, du moins pour les affaires mettant en cause des parties étrangères.<sup>13</sup>

Cependant, une sentence peut être annulée ou infirmée sur le lieu de l'arbitrage, mais être exécutoire dans d'autres juridictions. La formulation de l'exception à l'exécution pour annulation ou infirmation sur le lieu de l'arbitrage prévue par la Convention de New York étant vague, il est arrivé que certains tribunaux accordent l'exécution de sentences infirmées par des tribunaux étrangers.<sup>14</sup>

Bien que la plupart des pays appliquent une législation qui limite les motifs pour lesquels une sentence peut être infirmée, il reste possible, dans certaines affaires, de rouvrir l'affaire sur le fond, soit

---

12. Voir N. Rubins « Judicial Review of Investment Arbitration Awards » *NAFTA Investment Law and Arbitration*, éd. Todd Weiler p. 363. Rubins affirme que « le fait que l'objet du différend ne soit pas susceptible d'être réglé par l'arbitrage et la présence d'irrégularités dans la procédure ne sont pas encore des motifs prépondérants de contestation des sentences, mais risquent de devenir plus courants si les contestations deviennent plus fréquentes ».

13. Par exemple, en Suisse, la Loi fédérale sur le droit international privé dispose que « si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences d'un tribunal arbitral ; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés (...) », *Loi fédérale sur le droit international privé*, Art. 192(1) (18 décembre 1987).

14. La France, par exemple, ne tient pas compte d'une éventuelle infirmation à l'étranger pour décider d'accorder ou non la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger ; cette solution souligne l'importance à l'accord des parties, en donnant la primauté à la sentence arbitrale ; *Article 1502 du Nouveau code de procédure civile*. Cette position est illustrée par l'affaire *Hilmarton Limited contre Omnium de Traitement et de Valorisation*, Arrêt n° 484, Cour de cassation, Première chambre civile (1994). Aux États-Unis, le tribunal du District de Columbia a adopté une approche similaire dans l'affaire *Chromalloy Aeroservices Inc contre la République arabe d'Égypte*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C.) 1996.

par l'application d'une loi d'arbitrage de large portée, soit par une interprétation large d'une loi d'arbitrage de portée étroite.<sup>15</sup>

### 1.1.3. Facilité supplémentaire d'annulation : proposition

Comme indiqué précédemment, dans le cadre du mécanisme indépendant de règlement des différends du CIRDI, les sentences rendues par le tribunal du CIRDI peuvent être annulées par des Comités *ad hoc*. Cette procédure ne s'applique toutefois qu'aux sentences prononcées par le CIRDI pour régler les différends opposant des parties à la Convention de Washington (actuellement au nombre de 142). La révision des sentences prononcées en dehors de la Convention du CIRDI, par exemple dans le cadre du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI et du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, est du ressort des tribunaux nationaux, en vertu des lois nationales sur l'arbitrage et de la Convention de New York.

Pour les pays qui ne sont pas parties à la Convention de Washington, le Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI autorise le Secrétariat du CIRDI à administrer certaines catégories de procédures opposant États et ressortissants d'autres États et n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention. Il s'agit (i) des procédures de constatation des faits ; (ii) des procédures de conciliation et d'arbitrage pour le règlement de différends entre des parties dont l'une n'est ni un État contractant ni un ressortissant d'un État contractant ; et (iii) des procédures de conciliation et d'arbitrage entre des parties dont l'une au moins est un État contractant ou un ressortissant d'un État contractant, pour le règlement de différends qui ne résultent pas directement d'un investissement, à condition que l'opération sous-jacente ne soit pas une opération commerciale ordinaire. Ce Règlement a été adopté par le Conseil administratif.

En adoptant et en appliquant ce Règlement du mécanisme supplémentaire, le CIRDI a introduit une certaine uniformité, à tout le moins dans l'administration des différends qu'il traite. Une proposition consiste à étendre cette uniformité à la révision en créant une « facilité additionnelle d'annulation », qui pourrait être utilisée en complément des règles d'arbitrage applicables, quelles qu'elles soient.<sup>16</sup>

Cela permettrait aux pays non parties à la Convention du CIRDI d'avoir eux aussi accès au régime d'annulation indépendant du CIRDI ; ainsi, toute demande de révision serait soumise à un Comité *ad hoc* et non aux tribunaux nationaux. Cela pourrait limiter le nombre d'affaires portées devant les tribunaux nationaux pour révision et servir l'une des principales finalités de l'arbitrage en matière d'investissement, puisque les différends entre investisseurs et États seraient intégralement réglés via des mécanismes régis par des procédures et normes internationales et non par celles du pays d'accueil et des tribunaux nationaux.

Cette proposition a été considérée comme un moyen intéressant de parvenir au contrôle de qualité recherché par les partisans d'un mécanisme d'appel, même si sa portée est très en-deçà de celle d'un tel

---

15. Selon certains avocats qui ont représenté des demandeurs dans des procédures d'arbitrage en matière d'investissement, dans les affaires où la pression de l'opinion et les questions d'intérêt public peuvent jouer un grand rôle, les tribunaux nationaux pourraient être plus enclins à infirmer les décisions des arbitres sur le fond. Voir Rubins *op. cit.* n. 12 p. 361.

16. Idée proposée par Jan Paulsson, responsable des groupes « droit international public » et « arbitrage international » du cabinet d'avocats *Freshfields, Bruckhaus, Deringer*, dans le cadre de la consultation lancée par le Comité de l'investissement auprès du BIAC, de la Commission syndicale consultative auprès de l'OCDE (TUAC) et des ONG en décembre 2004.



mécanisme. Reste toutefois à savoir s'il suffirait, pour créer cette facilité additionnelle d'annulation, de rédiger des règles qui seraient ensuite adoptées par le Conseil administratif du CIRDI. Il faudrait également examiner si ce dispositif permettrait réellement de mettre une sentence arbitrale à l'abri des procédures d'infirmité et d'annulation prévues par la loi sur l'arbitrage du lieu de l'arbitrage, sans qu'il soit nécessaire de prévoir une disposition dans la loi nationale sur l'arbitrage, par exemple en vertu d'un traité.

Cette proposition soulève un certain nombre d'autres interrogations. Comment, par exemple, traiter les sentences prononcées en vertu de l'ALENA, qui, dans son article 1136, envisage expressément les procédures d'annulation en vertu du droit interne ? Serait-il possible de faire de la facilité additionnelle d'annulation le seul moyen d'annulation des sentences rendues dans le cadre du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI et, dans l'affirmative, cela s'appliquerait-il uniquement aux futurs consentements à l'arbitrage dans le cadre de ce règlement ou serait-il envisageable que cela s'applique également aux consentements existants ? Une possibilité consisterait à rédiger un ensemble de règles facultatives, aux termes desquelles d'autres manifestations du consentement seraient exigées, sur la base d'une loi, d'un traité ou d'un contrat.

Toutefois, cette solution n'est, à ce stade, pas jugée souhaitable, parce qu'elle soulève toutes les questions évoquées ci-dessus et que le besoin de réforme du système actuel est limité.

## **1.2. Discussion sur le mécanisme d'appel**

Pour les investisseurs étrangers, l'un des avantages de l'arbitrage en matière d'investissement réside en ce que le règlement des différends entre investisseurs et États se fait selon des mécanismes régis par des normes et procédures internationales et ne dépend pas des normes de l'État d'accueil et des tribunaux nationaux. Le caractère définitif de la procédure d'arbitrage, à savoir le fait que la sentence arbitrale est obligatoire et non susceptible d'appel sur le fond, est généralement considéré comme un avantage de l'arbitrage par rapport au règlement par la voie judiciaire.

Certains pensent toutefois que, bien que ce caractère définitif constitue l'un des principaux intérêts de l'arbitrage international – en raison du gain de temps et d'argent qui en découle – il risque parfois d'obliger à s'accommoder de sentences erronées ou d'incohérences entre des sentences rendues sur des questions ou faits identiques ou très semblables. Les premières discussions entre universitaires sur la création d'un mécanisme d'appel pour les différends en matière d'investissement remontent au début des années quatre-vingt-dix<sup>17</sup>, tandis qu'au niveau gouvernemental, la question a commencé à être débattue durant la négociation de l'AMI.<sup>18</sup> Récemment, un certain nombre de pays ont décidé de mettre au point

---

17. Voir E. Lauterpacht « Aspects of the Administration of International Justice » 1991 ; S. Schwebel « The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards », dans *The Internationalisation of International Arbitration*, Hunter, M. Mariott, A., Veeder, V.V. (dir. pub.) 115 (1995).

18. Lors d'une réunion à haut niveau tenue en février 1998, une délégation a proposé d'instaurer, dans le cadre de l'AMI, un mécanisme d'appel pour le règlement des différends, tant entre États qu'entre investisseurs et États. Dans le cadre des consultations informelles, les délégations ont largement approuvé les objectifs consistant à garantir la constitution d'une jurisprudence cohérente et à autoriser l'appel en cas d'erreur potentielle sur un point de droit – en particulier dans l'interprétation des obligations prescrites par l'AMI. Toutefois, des préoccupations se sont exprimées quant au fait qu'un mécanisme d'appel risquait d'entraîner des retards et des coûts et une rupture avec la philosophie traditionnelle de l'arbitrage entre investisseurs et États, qui veut que l'arbitrage soit une procédure rapide, peu coûteuse, définitive et ne comportant qu'une seule instance. Une autre option a été proposée

un mécanisme d'appel et ont intégré des dispositions spécifiques à cet égard à leurs accords sur l'investissement. Mi-2005, plusieurs pays avaient signé des traités contenant de telles dispositions.<sup>19</sup>

C'est ce qui a amené gouvernements et experts juridiques à débattre des avantages et inconvénients d'un mécanisme d'appel pour l'arbitrage entre investisseurs et États. Le Comité de l'investissement de l'OCDE et le CIRDI ont organisé une réunion conjointe d'experts juridiques pour recueillir les réactions des arbitres sur cette question. Les discussions ont porté sur i) les développements concernant la création d'un mécanisme d'appel et ses conséquences potentielles, le cas échéant, pour les pays membres de l'OCDE et ii) les arguments plaçant en faveur de la création d'un tel mécanisme, en d'autres termes ses avantages et inconvénients.

### 1.2.1. *Développements concernant la création d'un mécanisme d'appel dans les nouveaux accords sur l'investissement et conséquences potentielles*

Aux États-Unis, la loi sur le commerce de 2002, qui a investi le pouvoir exécutif de la Trade Promotion Authority<sup>20</sup> et qui a servi de base à la conclusion de plusieurs accords récents de libre-échange, énonce un certain nombre d'objectifs en matière d'investissement étranger.<sup>21</sup> On trouve notamment, parmi ces objectifs, la négociation d'un mécanisme d'appel pour le règlement des différends en matière d'investissement dans le cadre des accords de libre-échange<sup>22</sup> : « prévoir une instance d'appel ou mécanisme similaire pour garantir une interprétation cohérente des dispositions sur l'investissement contenues dans les accords commerciaux (...) ».

Cette loi a abouti à l'introduction des dispositions ci-après dans les accords de libre-échange conclus par les États-Unis avec le Chili<sup>23</sup>, Singapour<sup>24</sup> et le Maroc<sup>25</sup> et dans le modèle de TBI de 2004<sup>26</sup> :

---

et acceptée, selon laquelle le mécanisme de règlement des différends prévu dans le cadre de l'AMI resterait dans un premier temps une procédure définitive et contraignante, sous réserve d'un réexamen de l'expérience pratique cinq ans après la signature de l'AMI. Il était convenu que l'Accord pourrait être modifié si les parties contractantes jugeaient, à l'issue de ce réexamen, souhaitable d'introduire une instance d'appel. « *Points concernant le règlement des différends* » (Note du Président) DAF/MAI(98)12, 13 mars 1998.

19. « Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration », CIRDI, 22 octobre 2004.
20. Cette prérogative, auparavant connue sous le nom de « fast track » (procédure accélérée) autorise l'exécutif à soumettre des projets d'accords commerciaux au Congrès pour approbation par un vote par oui ou par non à la majorité simple. Voir B. Legum « The Introduction of an Appellate Mechanism: the US Trade Act of 2002 », dans *Annulment of ICSID Awards*, voir *op. cit.* n. 3 pp. 289-313.
21. 19 U.S.C. § 3802(b)(3).
22. Voir B. Legum *op. cit.* n. 20 ; 19 U.S.C. § 3802(b)(3)(G)(iv).
23. Annexe 10-H. L'accord de libre-échange entre le Chili et les États-Unis a été signé le 6 juin 2003.
24. Échange de lettres entre R. Zoellick, représentant des États-Unis pour le commerce extérieur, et G. Yeo, ministre du Commerce et de l'Industrie de Singapour, le 6 mai 2003. L'accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour a été signé le 15 janvier 2003.
25. Annexe 10-D. L'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Maroc a été signé le 15 juin 2004.
26. Annexe D. Le texte du modèle de TBI élaboré par les États-Unis en 2004 peut être consulté à l'adresse <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf> Annexe D.

*« Dans un délai de trois ans à partir de la date d'entrée en vigueur du présent Accord, les Parties étudieront le bien-fondé d'établir une instance bilatérale d'appel ou un mécanisme similaire en vue de réviser les sentences rendues en vertu de l'article (...) dans les affaires d'arbitrage engagées après l'établissement de l'instance d'appel ou d'un mécanisme similaire. »*

Plus récemment, l'Accord de libre-échange de l'Amérique centrale (ALECA),<sup>27</sup> – conclu entre les États-Unis, cinq pays d'Amérique centrale et la République dominicaine – a fixé un calendrier très précis pour la création d'un Groupe de négociation ayant pour mission de faire progresser la création d'une instance d'appel et a défini un certain nombre de questions à étudier :

*« La Commission créera, dans un délai de trois mois suivant l'entrée en vigueur du présent Accord, un Groupe de négociation ayant pour mission de mettre en place une instance d'appel ou mécanisme similaire chargé de réviser les sentences rendues par les tribunaux en application du présent chapitre. Ladite instance ou ledit mécanisme sera conçue de manière à garantir une interprétation cohérente des dispositions sur l'investissement contenues dans l'Accord. La Commission demandera au Groupe de négociation d'examiner, entre autres, les éléments ci-après :*

- (a) la nature et la composition d'une instance d'appel ou d'un mécanisme similaire ;*
- (b) le champ d'application et la nature de la révision ;*
- (c) la transparence de la procédure mise en œuvre par une instance d'appel ou un mécanisme similaire ;*
- (d) les effets des décisions rendues par une instance d'appel ou un mécanisme similaire ;*
- (e) le lien entre la révision par une instance d'appel ou un mécanisme similaire et les règles arbitrales qui peuvent être choisies conformément aux articles 10.16 et 10.25 ; et*
- (f) le lien entre la révision par une instance d'appel ou un mécanisme similaire et le droit national et international en vigueur en matière d'exécution des sentences arbitrales.*

*La Commission demandera au Groupe de négociation de lui présenter, dans un délai d'un an à compter de sa création, un projet de modification de l'Accord visant à instaurer une instance d'appel ou un mécanisme similaire. L'Accord sera réputé modifié dès l'approbation de la modification par les parties, selon les modalités prévues à l'article 22.2 (Modifications). »*

À supposer que les parties à ce type d'accords décident dans l'avenir d'instaurer une instance d'appel ou un mécanisme similaire, cela reviendrait dans la pratique à créer une juridiction d'appel *ad hoc* dans le cadre de ces accords. L'autre solution consisterait à instaurer un mécanisme d'appel unique, de préférence institutionnel et faisant l'objet d'un large consensus. Le CIRDI, préoccupé par le risque de

---

27. Annexe 10-F. L'accord de libre-échange entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et les États-Unis (Accord de libre-échange de l'Amérique centrale, ALECA) a été signé le 5 août 2004, mais n'est pas encore entré en vigueur. Les pays d'Amérique centrale signataires sont le Costa Rica, le Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua.

fragmentation du système de règlement des différends qui pourrait découler du premier scénario et par les incidences que cela pourrait avoir sur la cohérence du droit, a émis plusieurs idées pour l'instauration d'un mécanisme d'appel facultatif au sein du CIRDI, qui serait créé et régi par un règlement spécifique (Règlement sur le mécanisme d'appel).

Il n'est pas exclu qu'un dispositif d'appel quelconque voie rapidement le jour pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Bien que les pays qui évoquent un tel mécanisme dans leurs accords soient encore peu nombreux, il est possible que leurs initiatives aient une influence sur d'autres pays. Cette influence pourrait se renforcer si une instance d'appel était réellement créée et commençait à rendre des décisions. Ces décisions auraient une incidence juridique et se répercuteraient sur la jurisprudence traditionnelle, puisqu'elles pourraient constituer des précédents. Ces instances d'appel pourraient être perçues comme des juridictions supérieures rendant des décisions à plus forte valeur jurisprudentielle, alors qu'en substance, ces décisions seraient prononcées par la même communauté juridique que celles rendues par les tribunaux arbitraux du premier degré. La création de ces instances pourrait également avoir des répercussions politiques, leur existence dans certains pays étant susceptible d'inciter le public concerné d'autres États à faire pression pour qu'un mécanisme identique soit prévu dans les accords conclus par ces derniers.

On peut craindre que certaines clauses de la nation la plus favorisée fassent intervenir une procédure d'appel dans le cadre de traités ne prévoyant pas d'appel. Par conséquent, il faut que les parties aux TBI existants et à venir examinent les interactions potentielles entre leurs accords sur l'investissement et l'éventuel mécanisme d'appel qu'ils sont susceptibles d'adopter dans l'avenir.

Bien que n'étant pas tous convaincus de la nécessité objective d'un dispositif d'appel contre les sentences rendues dans les différends entre investisseurs et États, la grande majorité des experts consultés estiment que si certains pays sont prêts à en instaurer un, il serait de loin préférable d'opter pour un mécanisme unique.

### *1.2.2. Avantages et inconvénients de la création d'un mécanisme d'appel dans le cadre du règlement des différends relatifs aux investissements*

Les avantages et inconvénients d'un mécanisme d'appel ont suscité une vive discussion au sein de la communauté juridique. Il reste toutefois difficile de faire la part entre les arguments en faveur d'un dispositif d'appel et la solution à retenir pour les modalités précises de l'appel.

#### *i) Avantages*

Les principaux avantages cités au cours de la discussion sont la cohérence, la possibilité de rectifier des erreurs sur des points de droit et d'éventuelles erreurs graves sur des points de fait ; de plus, la révision serait du seul ressort d'un tribunal neutre et non de tribunaux nationaux et l'exécution des sentences s'en trouverait ainsi améliorée.

- Cohérence

La cohérence est l'un des principaux avantages mis en avant par les partisans de la création d'un mécanisme d'appel. La cohérence de la jurisprudence favorise la sécurité juridique et renforce la légitimité de l'arbitrage en matière d'investissement. L'absence de cohérence entre les décisions rendues sur la base de faits identiques ou similaires dans les affaires *CME contre la République*

*tchèque*<sup>28</sup> et *Lauder contre la République tchèque*<sup>29</sup>, par exemple, a été très remarquée. Bien que rien ne prouve que ces incohérences auraient pu être évitées si les sentences avaient ensuite été réexaminées en appel, il n'en reste pas moins qu'une instance d'appel commune qui statuerait non seulement sur les sentences rendues par le CIRDI mais aussi sur celles prononcées par la CNUDCI, la CCI, la Chambre de commerce de Stockholm (SCC) et par les tribunaux arbitraux *ad hoc* favoriserait la cohérence.

D'après les vues exprimées, le problème de la cohérence ne concerne pas seulement les situations dans lesquelles deux collèges constitués en vertu d'accords différents examinent les mêmes faits et émettent des avis contradictoires ou parviennent à des conclusions différentes. L'enjeu peut également être de garantir une interprétation cohérente des principes de base qui sous-tendent des dispositions formulées différemment dans certains accords et, par conséquent, de favoriser la constitution d'un droit international de l'investissement plus cohérent. Toutefois, la nécessité d'aborder la question de la cohérence avec circonspection et avec des objectifs clairs a été soulignée. Par exemple, les discussions qui ont eu lieu au sein du Comité de l'investissement de l'OCDE au sujet des obligations de fond des accords sur l'investissement ont révélé que l'intention des pays quant à l'interprétation d'une même disposition de leurs accords sur l'investissement peut différer à certains égards. Ainsi, la définition de principes juridiques internationaux cohérents doit se faire en tenant compte de l'intention des parties aux différents accords. On a fait valoir que, même si l'intention des pays diffère à certains égards en ce qui concerne des dispositions similaires de leurs accords sur l'investissement, il est intéressant de favoriser la cohérence de l'interprétation de l'ensemble des accords conclus par un pays donné ou par des pays lorsque l'intention des parties est la même.

Enfin, un mécanisme d'appel permettrait de disposer d'une voie de recours plus uniforme et plus cohérente pour remettre en cause les sentences si les motifs d'annulation traditionnels y étaient intégrés et s'il devenait l'unique moyen de contester une sentence.

- Rectification d'erreurs sur des points de droit et d'éventuelles erreurs graves sur des points de fait

D'autre part, un mécanisme d'appel pourrait apaiser les craintes de la population quant à l'éventualité de l'exécution de sentences ayant d'importantes répercussions d'intérêt public malgré des erreurs graves. Il pourrait s'ensuivre un soutien accru en faveur de l'arbitrage pour régler les différends entre investisseurs et États, à l'heure où le nombre d'affaires est en augmentation.

- Révision par un tribunal neutre, et non pas les tribunaux nationaux

Alors que le système d'arbitrage actuel ne permet pas d'appel sur le fond contre les sentences arbitrales, il accorde une place, certes limitée, mais néanmoins réelle, aux tribunaux nationaux en ce qui concerne le contrôle des sentences rendues en dehors de la Convention du CIRDI. Des inquiétudes se sont exprimées quant au fait que dans certains cas, les tribunaux nationaux

---

28. *CME Czech Republic B.V. contre la République tchèque*, sentence partielle, 13 septembre 2001, à consulter sur le site <http://mfcz.cz/Arbitraz/en/PartialAward.doc>.

29. *Lauder contre la République tchèque*, sentence définitive, 3 septembre 2002, à consulter sur le site [www.mfcz.cz/scripts/hpe/default.asp](http://www.mfcz.cz/scripts/hpe/default.asp)

outrepassent leurs pouvoirs en la matière, remettant ainsi en cause le principal intérêt de l'arbitrage international.

La création d'un mécanisme d'appel conforterait le principal avantage du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, puisque la révision des sentences, en particulier de celles rendues en dehors de la Convention – dans le cadre de la CNUDCI et du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI – serait du seul ressort de tribunaux neutres et compétents statuant sur la base de procédures et normes internationales et non du ressort de tribunaux nationaux qui peuvent avoir des préjugés locaux ou être soumis à l'influence des gouvernements.

- Exécution effective

En vertu du système actuel, la Convention du CIRDI prescrit une obligation de reconnaissance, qui porte sur l'intégralité de la sentence,<sup>30</sup> et une obligation d'exécution,<sup>31</sup> qui ne concerne que les obligations pécuniaires imposées par la sentence. La disposition relative à l'exécution est un élément caractéristique de la Convention du CIRDI. La majorité des autres instruments qui régissent le règlement international des différends ne couvrent pas l'exécution, qui relève donc de la législation nationale ou des traités applicables.<sup>32</sup> Il s'ensuit que l'exécution des sentences rendues en dehors de la Convention du CIRDI relève des règles ordinaires relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales définies par la législation nationale, la Convention de New York et les autres traités applicables, qui accordent une place prépondérante aux tribunaux nationaux. Ainsi, la Convention de New York permet à un tribunal national de refuser d'accorder la reconnaissance et l'exécution d'une sentence.<sup>33</sup>

Dans le cadre des discussions concernant la création d'un mécanisme d'appel, il a été souligné que l'exécution des sentences pourrait être plus rapide et plus efficace si l'on demandait à la

---

30. Cela ne vaut pas pour toute autre obligation imposée par la sentence, par exemple l'obligation de restitution ou autre obligation de faire ou injonction de ne pas faire. Selon Schreuer, « il est concevable, quoi que peu probable, qu'une obligation non pécuniaire imposée par une sentence rendue en vertu de la Convention du CIRDI soit exécutée sur une autre base juridique – par exemple sur la base de la Convention de New York ». Christoph H. Schreuer, « The ICSID Convention: A Commentary », voir *op. cit.* n. 2 pp. 1124, 1126.

31. Selon l'article 54(1) de la Convention du CIRDI :  
« Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État. »

32. L'article 1136(3)(b) de l'ALENA prévoit expressément la possibilité d'actions devant des tribunaux nationaux en vue de la révision ou de l'annulation des sentences, et fait obligation à la partie gagnante de ne pas faire exécuter la sentence jusqu'à ce que la partie perdante ait eu la possibilité d'engager de telles actions.

33. La Convention de New York fait obligation aux États contractants de « reconnaître les sentences arbitrales comme obligatoires et de les exécuter conformément aux règles de procédure du territoire où la sentence est invoquée ». L'article V énumère une liste limitée de motifs pour lesquels la reconnaissance et l'exécution de la sentence peuvent être refusées. Voir *op. cit.* paragraphes 12-17.

partie appelante de verser une caution en garantie du montant de la sentence et si les décisions rendues en appel n'étaient pas susceptibles de contrôle par les tribunaux nationaux.

## ii) Inconvénients

En ce qui concerne les inconvénients, il a surtout été souligné qu'un mécanisme d'appel serait contraire au caractère définitif des sentences, se solderait par des retards, des coûts et une charge de travail supplémentaires et entraînerait une politisation du système.

- Remise en cause du caractère définitif des sentences

De manière générale, le caractère définitif de la procédure d'arbitrage, à savoir le fait que la sentence est obligatoire et non susceptible d'appel sur le fond, est considéré comme l'un des principaux avantages de l'arbitrage par rapport au règlement par voie judiciaire. La sentence « définitive » met rapidement un terme au litige qui oppose les parties et limite le coût du règlement du différend.

En augmentant le nombre de motifs pour lesquels une décision peut être annulée ou infirmée, un mécanisme d'appel remettrait en cause le caractère définitif des sentences arbitrales. Toutefois, l'idée a également été émise que, l'arbitrage en matière d'investissement soulevant des questions d'intérêt public, il est plus difficile que dans le domaine de l'arbitrage commercial traditionnel d'accepter le risque d'erreurs au nom du caractère définitif des décisions.

- Retards et coûts supplémentaires

L'existence d'un mécanisme d'appel ferait de la résolution des différends une procédure plus longue et plus coûteuse. En ce qui concerne les retards, il a toutefois été souligné que l'infirmité des décisions par les tribunaux nationaux était déjà à l'origine de retards considérables, plusieurs degrés de juridiction pouvant entrer en jeu (première instance, juridiction d'appel, cour suprême) avant le prononcé d'une décision définitive.

Il a également été proposé de limiter ce problème potentiel en fixant des délais précis pour la procédure d'appel.

D'autre part, il a été souligné que la portée de la révision a également une incidence sur la durée et le coût d'un mécanisme d'appel. La quasi-totalité des experts ont reconnu qu'un appel portant uniquement sur des points de droit et excluant toute recherche d'erreurs sur les faits, même graves, serait potentiellement moins coûteux et plus rapide.

- Charge de travail supplémentaire

En ajoutant des motifs à ceux qui peuvent déjà être invoqués pour faire annuler et réviser une décision, l'existence d'un mécanisme d'appel pourrait entraîner une augmentation du nombre de sentences arbitrales contestées. Le risque est que cela incite à faire appel de toutes les décisions, ce qui mettrait à mal la confiance dans le corpus de décisions principal et l'autorité des arbitres de « première instance ».

Sur ce point, il a été souligné qu'il pourrait être envisagé de prendre des mesures dissuasives pour empêcher un appel systématique, par exemple en rendant obligatoire le dépôt d'une caution couvrant le montant de la sentence ou des coûts de la procédure.

- Politisation du système

Des inquiétudes se sont également exprimées quant au fait qu'un mécanisme d'appel pourrait remettre en cause le caractère apolitique du règlement des différends relatifs aux investissements, considéré comme l'un des principaux points forts de l'arbitrage entre investisseurs et États. Certains ont estimé que, pour satisfaire leur électorat, les États risquaient de faire systématiquement appel à chaque fois qu'ils seraient perdants en première instance, ce qui en ferait les principaux bénéficiaires du mécanisme. En outre, on a également avancé qu'un choix des arbitres en appel relevant des seuls États comportait un risque de partialité au détriment des investisseurs.

Toutefois, différents arguments sur les avantages que les investisseurs pourraient retirer de la création d'un mécanisme d'appel ont été avancés. Premièrement, du fait que, statistiquement, les investisseurs perdent au moins aussi souvent que les États, ils auraient au moins autant d'occasions de faire appel. Deuxièmement, le dépôt d'une caution permettrait à l'investisseur de disposer d'une sûreté garantissant le montant de la sentence, ce qui, comme indiqué précédemment, peut revêtir une importance particulière dans les procédures d'arbitrage ne relevant pas de la Convention du CIRDI. Enfin, il a été proposé d'envisager différentes solutions pour le choix des arbitres afin de garantir la neutralité du système.

Le recensement des avantages et inconvénients d'un mécanisme d'appel n'a pas permis de parvenir à un consensus sur l'intérêt de créer un tel dispositif au sein du système de règlement des différends entre investisseurs et États. Après avoir examiné la proposition du CIRDI à cet égard, le Conseil administratif et la plupart de ceux qui ont exprimé leurs vues ont jugé qu'il serait, à ce stade, prématuré d'essayer d'établir un tel mécanisme, compte tenu, notamment, des problèmes techniques et politiques soulevés. Le Secrétariat du CIRDI va toutefois continuer d'étudier ces questions pour pouvoir prêter son concours aux pays membres quand il sera décidé, le cas échéant, de s'orienter vers la création d'un dispositif d'appel dans le cadre du CIRDI.<sup>34</sup>

### 1.3. *Examen préalable des sentences*

La plupart des règlements d'arbitrage en matière d'investissement ne prévoient pas de procédure de contrôle de la qualité avant que la sentence définitive ait été rendue et puisse alors faire l'objet d'une révision – en d'autres termes, puisse être infirmée par les tribunaux nationaux ou dans le cadre de la procédure d'annulation du CIRDI. En matière d'arbitrage commercial international, le Règlement de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI prévoit un système de contrôle de la qualité sans équivalent, dénommé «examen préalable de la sentence par la Cour». Dans le domaine du règlement des différends entre investisseurs et États, les États-Unis ont introduit un dispositif comparable dans leur modèle de TBI et dans les chapitres sur l'investissement des accords de libre-échange qu'ils ont conclus récemment.

---

34. Voir « Suggested changes to the ICSID Rules and Regulations », p. 4, *Document de travail du Secrétariat du CIRDI*, 12 mai 2005. <http://www.worldbank.org/icsid/052405-sgmanual.pdf>.



### 1.3.1. Procédure de la Cour d'arbitrage de la CCI

L'examen préalable constitue l'une des caractéristiques essentielles de la procédure d'arbitrage de la CCI et est apprécié par la plupart de ceux qui ont recours à la Cour internationale d'arbitrage, y compris par les arbitres.<sup>35</sup>

L'article 27 du Règlement d'arbitrage est libellé comme suit :

**« Examen préalable de la sentence par la Cour**

*Avant de signer toute sentence, le tribunal arbitral doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, appeler son attention sur les points intéressant le fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la Cour. »*

L'article 6 de l'appendice II du Règlement d'arbitrage est rédigé comme suit :

**« Examen préalable des sentences**

*Lors de son examen préalable des projets de sentence en vertu de l'article 27 du Règlement, la Cour prend en considération dans la mesure du possible les exigences des lois impératives du lieu de l'arbitrage. »*

La procédure

L'examen préalable vise à éviter qu'une sentence rendue par la Cour de la CCI soit entachée d'un vice de forme grave. La Cour s'assure que le projet de sentence traite toutes les demandes, comporte un dispositif et énonce tous les motifs sur lesquels se fonde la décision du tribunal arbitral.<sup>36</sup>

Dans une première étape, le tribunal soumet un projet de sentence au conseil chargé de superviser l'arbitrage au sein du Secrétariat de la Cour.<sup>37</sup> Le conseil étudie le projet et évoque certains de ses points avec le président du tribunal arbitral, qui décide s'il y a lieu d'effectuer des modifications avant de soumettre le projet à la Cour. Le conseil rédige ensuite un rapport dans lequel il fait une description générale de la procédure et relève les erreurs manifestes. La Cour désigne, parmi ses membres, un rapporteur chargé d'établir un autre rapport. Ce rapport est soumis, avec celui du conseil et le projet de sentence, à l'une des sessions hebdomadaires du comité de la Cour ou, lorsque le différend porte sur un montant élevé, soulève des questions particulièrement complexes ou nouvelles d'un point de vue juridique, ou encore lorsque les parties sont des États ou en cas d'opinions divergentes, à l'une des sessions plénières mensuelles de la Cour. Après débat, la Cour peut soit accepter la sentence telle qu'elle

---

35. À noter que les cours d'appel françaises, confrontées à un très grand nombre de sentences infirmées, ont une opinion très positive des sentences rendues par la CCI du fait de la procédure d'examen préalable.

36. Schäfer/Verbist/Imhoos « ICC Arbitration in Practice », Chapitre 3: The Rules pp. 123-125, *CCI Paris 2004*.

37. Pour une description exhaustive de l'examen préalable, voir D.T. McGovern « Scrutiny of the Award by the ICC Court », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI Vol. 5/n° 1, mai 1994 pp.46-47*.

lui a été soumise ou décider de la renvoyer devant le tribunal arbitral en prescrivant des modifications de forme et/ ou en appelant l'attention du tribunal sur des points intéressant le fond du litige sans toutefois influencer sa décision.

Quand des modifications de forme sont nécessaires, la sentence n'est approuvée qu'une fois les changements requis effectués par le tribunal. Aucune sentence ne peut être notifiée aux parties tant que le tribunal arbitral n'a pas procédé à la modification de forme prescrite par la Cour.

La Cour n'a pas le pouvoir d'obliger le tribunal arbitral à modifier le fond du projet de sentence<sup>38</sup> mais elle peut appeler son attention sur des « points intéressant le fond ». Elle peut par exemple signaler que les motifs énoncés dans la sentence sont en contradiction les uns avec les autres, ce qui la rend en partie incompréhensible. La Cour peut également faire observer que le tribunal a statué « *ultra petita* », c'est à dire s'est prononcé sur un point qui ne faisait pas partie des demandes ou a octroyé des sommes supérieures à ce qui était demandé. Elle peut en outre signaler au tribunal qu'un pays applique des délais de prescription pouvant avoir une incidence sur l'exécution de la sentence. Le tribunal arbitral a la faculté d'ignorer les commentaires de la Cour, ce qui n'autorise pas pour autant cette dernière à refuser d'approuver le projet de sentence.

La procédure d'examen préalable est censée se dérouler sur deux semaines environ à compter de la date de réception du projet de sentence par le Secrétariat. Cette durée peut varier selon que la sentence a ou non besoin d'être traduite, selon qu'elle est soumise à un comité ou à la Cour réunie en séance plénière, selon l'état du projet et selon la rapidité avec laquelle le tribunal arbitral procède aux modifications prescrites, le cas échéant.

#### Application de l'examen préalable à l'arbitrage en matière d'investissement

Bien que la Cour internationale d'arbitrage ait à traiter quelques différends opposant investisseurs et États, ils ne représentent pas la majorité des affaires dont elle est saisie. L'important est donc de déterminer s'il serait souhaitable d'essayer d'appliquer l'examen préalable à un plus grand nombre d'affaires d'arbitrage en matière d'investissement, dont la plupart relèvent du CIRDI et, dans une moindre mesure, d'autres institutions arbitrales. Cette procédure ne peut pas s'appliquer à l'arbitrage *ad hoc*, car elle suppose une institution.

L'examen préalable, tel qu'il est mis en œuvre par la CCI, nécessite un secrétariat expérimenté et bien rodé ainsi qu'une instance judiciaire indépendante et permanente – à l'image de la Cour d'arbitrage. Le CIRDI dispose d'un secrétariat expérimenté, mais pas de l'instance judiciaire susceptible de mener l'examen à bien. La création d'une telle instance nécessiterait probablement de modifier certaines règles (Règlement d'arbitrage et Règlement administratif) puis d'obtenir l'approbation du Conseil administratif.

Malgré l'intérêt que présente la procédure d'examen préalable dans le cadre de l'arbitrage par la CCI, son application à l'arbitrage en matière d'investissement nécessiterait de profondes modifications, qui ont été jugées irréalisables et injustifiées dans les circonstances actuelles.

---

38. Article 27 du Règlement arbitral.

### 1.3.2. Examen ou commentaires sur le projet de sentence par les parties contestantes

Le modèle de TBI mis au point par les États-Unis en 2004<sup>39</sup> et les accords de libre-échange conclus par les États-Unis avec l'Amérique centrale et la République dominicaine,<sup>40</sup> le Chili<sup>41</sup> et le Maroc,<sup>42</sup> prévoient, sous l'intitulé « conduite de l'arbitrage », une procédure permettant aux parties contestantes d'examiner ou de commenter une sentence avant qu'elle ne devienne définitive. Selon de cette disposition :

*« Dans toute procédure d'arbitrage menée aux termes de la présente section, sur demande de la Partie contestante, le tribunal est en droit, avant de fixer le montant des dommages-intérêts, de communiquer le montant qu'il se propose d'imposer aux Parties contestantes et à la Partie non contestante. Dans un délai de 60 jours après la date à laquelle le tribunal a communiqué sa proposition de dommages et intérêts, les Parties contestantes pourront soumettre des commentaires écrits au tribunal sur tout aspect de ladite proposition. Le tribunal prendra ces commentaires en considération et rendra sa décision ou sa sentence 45 jours au plus tard après la date d'arrivée à expiration de la période de commentaires de 60 jours. »*

## 2. Procédures multiples et parallèles

Du fait de l'augmentation du nombre de TBI en vigueur et de la mondialisation croissante de la production et des investissements, les investisseurs qui veulent engager des actions en dommages-intérêts ont souvent le choix entre plusieurs fors, c'est à dire peuvent recourir à différents régimes d'arbitrage ou à un tribunal national. Il semble que les entreprises commencent à monter leurs opérations de manière à pouvoir bénéficier des dispositions de plusieurs TBI. Les actions engagées contre la République tchèque (*CME contre la République tchèque* et *Lauder contre la République tchèque*) et les quelque 40 affaires actuellement en cours contre l'Argentine et ayant pour origine les mêmes faits témoignent de la complexité croissante des questions relatives au choix du for.

Les investisseurs peuvent parfois alléguer des viols de plusieurs TBI et chercher à obtenir réparation en utilisant différentes procédures d'arbitrage en vertu de chacun de ces TBI pour un seul et même investissement et pour les mêmes faits. Cela peut conduire à des procédures parallèles et au prononcé de sentences potentiellement contradictoires. En effet, la majorité, voire la totalité des TBI protègent non seulement les investissements directement réalisés par les ressortissants – individus ou entreprises – d'un pays dans l'autre pays, mais aussi ceux réalisés indirectement par l'intermédiaire d'une entreprise implantée dans un pays qui est partie au traité mais contrôlée par un investisseur installé dans un pays qui ne l'est pas. Les investisseurs qui sont actionnaires minoritaires peuvent également agir. Or, une même société peut avoir des actionnaires minoritaires de diverses nationalités. Par conséquent, le pays d'accueil peut devoir faire face à plusieurs procédures d'arbitrage en vertu de TBI différents pour des faits qui sont pour l'essentiel les mêmes. Cette section porte sur les questions soulevées par la recherche du for le plus favorable (« *forum shopping* ») et par les procédures multiples et parallèles et examine si la jonction d'instances pourrait être une solution pour éviter que la multiplicité des procédures ne débouche sur des sentences contradictoires et incohérentes.

---

39. Voir *op. cit.* n. 26.

40. Voir *op. cit.* n. 27.

41. Voir *op. cit.* n. 23.

42. Voir *op. cit.* n. 25.

## 2.1. Procédures multiples

Le nombre de plaintes déposées auprès du CIRDI contre l'Argentine constitue l'exemple le plus flagrant de situations dans lesquelles les mêmes faits concernant un État peuvent donner lieu à des procédures multiples. À ce jour, le CIRDI a été saisi de 40 plaintes contre l'Argentine. La grande majorité de ces procédures ont été engagées dans les mois qui ont suivi la dévaluation du peso argentin, en décembre 2001. L'Argentine avait alors, à travers une série de lois et décrets adoptés en raison de ce qu'elle qualifiait « d'état d'urgence économique » et via une réforme du système de change, mis fin à la convertibilité et à la parité du peso argentin avec le dollar, en vigueur depuis 1991. La plupart des procédures concernent le secteur des services d'utilité collective et des services comparables (entreprises de distribution d'eau, de gaz ou d'énergie, entreprises de téléphonie par exemple) et les industries extractives (concessions pétrolières). Dans la première sentence rendue, en l'occurrence *CMS Gas Transmission Company contre la République argentine* (12 mai 2005),<sup>43</sup> le tribunal a rejeté l'allégation de CMS relative à l'expropriation, mais a conclu qu'il y avait eu violation de l'obligation de réserver un traitement juste et équitable en vertu de article II(2) du traité et lui a accordé une indemnisation de 133 millions de dollars, majorée d'intérêts. Le 8 septembre 2005, l'Argentine a déposé une demande d'annulation en vertu de l'article 52 de la Convention du CIRDI en invoquant deux motifs, à savoir l'excès de pouvoir manifeste du tribunal [art. 52(1)(b)] et le défaut de motifs à l'appui la sentence [art. 52(1)(e)].<sup>44</sup>

Toutes les procédures impliquant l'Argentine administrées par le CIRDI ont été engagées au titre de TBI conclu dans les années quatre-vingt-dix, essentiellement avec les pays du G7, mais aussi avec des pays d'Amérique latine, d'Europe orientale, d'Afrique et d'Asie. Il est donc légitime de craindre que des actions multiples engagées contre un seul pays au titre de la même mesure soient une source majeure de sentences incohérentes.

Dans les affaires d'arbitrage récentes, une définition large des notions « d'investisseur » et « d'investissement » a été retenue. Il est fréquent que des sociétés étrangères créent des entités locales sous forme de filiales indirectes, immatriculées dans le pays d'accueil et gérées selon une structure à plusieurs niveaux. Le tribunal qui a statué dans l'affaire *CMS contre Argentine*,<sup>45</sup> a été le premier à reconnaître que la détention d'une participation minoritaire sans pouvoir de contrôle constituait un « investissement » au sens de la Convention du CIRDI et de la plupart des TBI. Chaque société comportant un grand nombre d'actionnaires minoritaires, le risque que des procédures multiples soient engagées pour la même demande, sur la base de la même mesure, est bien réel.

Dans l'affaire *CMS contre la République argentine*, la société CMS Gas Transition Company (« CMS ») avait acheté des actions de Transportadora de Gas del Norte (« TGN »), société argentine, dans le cadre du programme de privatisation argentin de 1995. L'Argentine alléguait que CMS ne remplissait pas les conditions exigées pour le dépôt d'une requête dans la mesure où elle ne détenait

---

43. *CMS Gas Transmission Company contre la République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/08, sentence, 12 mai 2005.

44. *CMS Gas Transmission Company contre la République argentine*, demande aux fins d'introduction d'une instance en annulation et demande de suspension de l'exécution de la sentence arbitrale, 8 septembre 2005.

45. *CMS Gas Transmission Company contre la République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, décision sur le déclinatoire de compétence, dans 42 ILM 788 (2003) [www.asil.org/ilib/cms-argentina.pdf](http://www.asil.org/ilib/cms-argentina.pdf).

qu'une participation minoritaire sans pouvoir de contrôle et ne pouvait donc pas demander de dommages-intérêts au titre des préjudices subis par TGN.<sup>46</sup> Le tribunal a estimé qu'aux termes de la Convention, il n'était pas obligatoire d'exercer un contrôle sur une société immatriculée localement pour pouvoir former une requête. Il a également considéré que la Convention n'empêchait pas un actionnaire détenant une participation minoritaire sans pouvoir de contrôle, comme CMS, de former une requête, relevant que les tribunaux antérieurs du CIRDI, lorsqu'ils avaient eux aussi reconnu avoir compétence à statuer, « *ne s'étaient pas préoccupés de la question de la participation majoritaire ou du contrôle mais plutôt de la question de savoir si des actionnaires peuvent déposer une plainte indépendamment de la société* ». Le tribunal a répondu à cette question par l'affirmative.

Dans *Lanco contre la République argentine*,<sup>47</sup> une participation de 18.3 % a été jugée suffisante pour établir la qualification d'investissement et, partant, la compétence du tribunal. Ce dernier a souligné que rien dans le traité ne disposait qu'un investisseur participant au capital devait exercer un pouvoir de contrôle sur la gestion de la société ou détenir une participation majoritaire pour que lui soit reconnu la qualité d'investisseur au sens du traité.<sup>48</sup> Le tribunal a en outre relevé, entre autres, que *Lanco* devait assumer toutes les obligations contractuelles « *à hauteur de sa participation dans le capital* » et conclu que *Lanco* était partie à l'accord « *en ses propres nom et droit* ».<sup>49</sup>

Dans l'affaire *Azurix contre la République argentine*,<sup>50</sup> le tribunal a jugé que, « *du fait de la définition large que l'article (...) donne de la notion d'investissement, les dispositions du TBI [entre les États-Unis et l'Argentine] permettent les requêtes indirectes* ». Il a cité les tribunaux qui avaient statué dans l'affaire CMS, selon lesquels « *la compétence peut être établie en vertu de la disposition y afférente du TBI. La question de savoir si l'investisseur protégé est, de surcroît, partie au contrat de concession ou de licence avec l'État d'accueil n'est pas prise en compte aux fins d'établir la compétence aux termes de cette disposition du traité puisqu'il y a droit d'action direct de l'actionnaire* ».

---

46. L'Argentine a avancé que la seule requête que pouvait formuler CMS portait sur les préjudices directs causés aux actions qu'elle détenait dans TGN (atteinte aux droits de vote) et non sur sa quote-part des préjudices subis par TGN. Du fait que la Convention du CIRDI ne définit pas le terme « investissement », le tribunal a analysé à la fois la doctrine antérieure à la Convention en matière de propriété d'actions et une série d'affaires traitant de la détention d'une participation majoritaire de contrôle. Le tribunal a conclu qu'aux termes de la Convention, il n'était pas nécessaire, pour s'en prévaloir, d'exercer un contrôle sur une société immatriculée localement.

47. *Lanco Int'l Inc. contre la République argentine*, décision préliminaire sur la compétence, 40 I.L.M.457, 463 (2001).

48. *Ibid.*, Sect. 10.

49. *Ibid.*, Sect. 12, 14.

50. *Azurix Corp. contre la République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/12, décision sur la compétence, 8 décembre 2003.

Dans *Sempra contre la République argentine*,<sup>51</sup> le tribunal a statué dans le même sens que dans les affaires citées précédemment. Se fondant sur la définition des notions d'investissement et d'investisseur retenue dans le TBI entre les États-Unis et l'Argentine, il a estimé « *qu'il s'agissait incontestablement d'une définition large, puisqu'elle avait vocation à permettre que les investisseurs bénéficient aussi d'une protection complète* ». <sup>52</sup> Il a ensuite fait référence à des tribunaux antérieurs qui avaient statué en vertu des règles du CIRDI et de la CNUDCI [dans les affaires *Goetz, Enron, CMS et Enron (requête supplémentaire)*] et avaient estimé que « *d'après les termes mêmes de la disposition, elle [la définition] couvre non seulement les actionnaires majoritaires, mais aussi les actionnaires minoritaires, qu'ils exercent, ou non, un contrôle sur la société* ». <sup>53</sup> Il a finalement conclu que « *si la finalité du traité et les termes de ses dispositions sont conformes à ce qui a été négocié et accepté par les parties, ils ne sauraient maintenant, comme cela a été relevé, être ignorés par le tribunal dans la mesure où cela reviendrait à priver le traité de tout effet utile* ». <sup>54</sup>

Dans l'affaire *Gas Natural SDG S.A. contre la République argentine*,<sup>55</sup> l'Argentine a également soutenu que la partie demanderesse ne remplissait pas les conditions requises pour être qualifiée d'investisseur aux termes du TBI, dans la mesure où elle n'était qu'un actionnaire indirect de l'entreprise argentine. Le tribunal a été de l'avis contraire, déclarant sans ambiguïté que « *l'allégation selon laquelle la partie formant une requête en vertu d'un TBI n'y est pas fondée parce qu'elle n'est qu'un investisseur indirect dans l'entreprise liée par un contrat avec l'État partie au TBI ou franchisée par ledit État a été avancée à de nombreuses reprises, mais, à la connaissance du tribunal, n'a jamais été accueillie favorablement* ». Le tribunal a ajouté que, dans l'affaire *CMS contre la République argentine*, par exemple, le tribunal avait eu une analyse « *très proche de celle du présent tribunal* ».

---

51. *Sempra Energy International contre la République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/16, décision sur le déclinatoire de compétence, 11 mai 2005. Sempra a participé au programme de privatisation du secteur gazier, lancé par l'Argentine à partir de 1989. L'entreprise détient une participation de 43.09 % dans le capital de Sodigas Sur S.A. (« Sodigas Sur») et Sodigas Pampeana S.A. (« Sodigas Pampeana»), entreprises argentines titulaires de licences de fourniture et de distribution de gaz dans plusieurs provinces du pays. Sempra prétendait que le gel des tarifs, indexés sur l'indice des prix à la production des États-Unis, des entreprises titulaires de licences, puis la « pesification » de ces tarifs intervenue par la suite en vertu la loi n° 25561, portaient atteinte à la protection de l'investissement garantie par le TBI.

52. *Ibid.*, para. 93.

53. *Idem.*

54. *Ibid.*, para. 94.

55. *Gas Natural SDG S.A. contre la République argentine*, décision du tribunal sur les questions préliminaires relatives à la compétence, Affaire CIRDI n° ARB/03/10, 17 juin 2005. Gas Natural est une société de droit espagnol qui a son principal établissement en Espagne. En 1992, elle a répondu à un appel d'offres lancé par le gouvernement argentin dans le cadre de la privatisation du secteur gazier. Elle a ensuite fait partie d'un consortium qui a acheté 70 % des actions d'une société argentine et a constitué une société argentine. La société demanderesse prétendait avoir investi en Argentine en se fondant sur la Loi n° 23, 928 et le décret n° 2/28 de 1991, qui établissaient la convertibilité et la parité du peso argentin avec le dollar des États-Unis. Elle alléguait que les mesures adoptées par le gouvernement argentin en application de la loi d'urgence violaient les garanties énoncées dans le TBI.

## 2.2. Recherche du for le plus favorable et procédures parallèles

La pratique qui consiste, pour l'une des parties à un litige, à essayer de déposer sa requête devant le for qui lui sera le plus favorable est qualifiée de «*forum shopping*». <sup>56</sup> Ce phénomène est connu depuis longtemps en droit international privé et dans de nombreux systèmes juridiques nationaux. Les litiges en matière de commerce international peuvent donner lieu à un type particulier de «*forum shopping*», les parties pouvant choisir de porter le litige devant une des diverses juridictions à leur disposition. <sup>57,58</sup>

Dans le domaine de l'arbitrage en matière d'investissement, la recherche du for le plus favorable a un autre sens et une autre application. D'une part, le traité relatif à l'investissement oriente l'investisseur étranger vers une ou des solutions d'arbitrage spécifiques – tribunaux locaux, arbitrage par le CIRDI ou arbitrage *ad hoc*. De ce fait, la recherche du for le plus favorable a une forme très différente de celle qu'elle revêt en droit international privé, dans le sens où elle constitue une possibilité délibérément offerte à l'investisseur. <sup>59</sup> D'autre part, un investisseur étranger et les parties liées à l'investisseur peuvent rechercher, non seulement le for le plus favorable, mais aussi le traité le plus favorable pour disposer d'un choix de fors plus large que celui offert par un TBI donné, voire pour engager des procédures parallèles ou multiples au titre des mêmes faits. <sup>60</sup>

---

56. Pour un examen du problème du «*forum shopping*» en général, voir Yuval Shany «*The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*», *Oxford University Press, International Court et Tribunal Series, 2003*; Andrew S Bell «*Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*», *Oxford Private International Law Series, 2003* et William Park «*International Forum Selection*», *Kluwer Law International, 1995*.

57. Ce phénomène a suscité différentes réactions. Beaucoup de pays de droit civil ont opté pour une définition restrictive de la compétence de leur tribunaux, considérant que ces derniers ne sont compétents que s'ils ont des liens substantiels avec le litige – on retrouve cette condition dans la Convention de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Bruxelles). Dans certaines juridictions, même si le tribunal est compétent pour connaître d'un litige, il peut décliner sa compétence s'il estime que les autorités d'un autre pays sont mieux placées que lui pour statuer (doctrine du *forum non conveniens*). Par ailleurs, en vertu de la *litispendance* internationale, un tribunal peut surseoir à statuer si une autre instance, impliquant les mêmes parties, reposant sur les mêmes faits et ayant le même objet, est en cours devant une autorité étrangère.

58. Selon B. Cremades et D. Cairns, «*les tribunaux arbitraux ayant à trancher des différends entre investisseurs et États vont vraisemblablement rapidement devoir élaborer une doctrine comparable à celles de la litispendance et du forum non conveniens pour traiter ce problème [actions multiples et double réparation pour les investisseurs]*». «*The Brave New World of Global Arbitration*» 3 *J. World Investment* 173 (2003).

59. E. Gaillard qualifie ce phénomène de «*forum shopping in favorem*» dans «*L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*», *Revue de l'Arbitrage* 2003, n° 3 pp. 853-875.

60. Lorsqu'il s'est penché sur les questions relatives aux rapports entre l'AMI et les autres accords internationaux, y compris ceux de l'OMC, le Groupe de négociation de l'AMI s'est interrogé sur les moyens d'éviter la recherche du for le plus favorable, la conduite de procédures multiples et le prononcé de sentences contradictoires. Les négociateurs ont estimé qu'il serait souhaitable d'éviter le plus possible la recherche du for le plus favorable. Le projet d'AMI reflétait certaines des idées initialement émises pour traiter cette question. Une disposition prévoyait de préserver le droit d'une partie à l'AMI de recourir au mécanisme de règlement des différends entre États pour régler un litige relevant d'une procédure entre investisseurs et États. Le texte proposait d'accepter qu'une partie à l'AMI puisse l'emporter dans une sentence concluant à l'absence de violation du traité rendue dans le cadre du

Ce sont les affaires *CME contre la République tchèque* et *Lauder contre la République tchèque* qui offrent l'illustration la plus parlante de ce phénomène.<sup>61</sup> Dans ces affaires,<sup>62</sup> deux procédures distinctes, relatives à certaines mesures prises par la République tchèque vis-à-vis d'une entreprise locale qui possédait une licence d'exploitation télévisuelle, ont été administrées par la CNUDCI. Les requêtes ont été déposées quasi simultanément à Londres par l'actionnaire final détenant le contrôle, en l'occurrence Lauder, investisseur américain, en vertu du TBI entre les États-Unis et la République tchèque, et à Stockholm par CME Czech Republic, entreprise néerlandaise détenant des actions dans la société locale, en vertu du TBI entre les Pays-Bas et la République tchèque. La République tchèque a eu gain de cause contre Lauder, mais a été condamnée à verser une indemnisation substantielle à CME.

Le tribunal qui s'est prononcé sur la requête déposée par Lauder a reconnu qu'il y avait un risque que des sentences contradictoires soient prononcées, relevant que « *des dommages-intérêts [pourraient] être attribués simultanément par plus d'un tribunal ou d'une instance arbitrale* ». Il a toutefois considéré que « *le deuxième tribunal ou la deuxième instance arbitrale pouvait prendre ce facteur en compte pour fixer le montant définitif des dommages-intérêts* ».<sup>63</sup> Le tribunal qui a statué sur la requête déposée par CME a examiné les procédures parallèles engagées par les parties, mais a jugé que cela ne faisait pas obstacle à ce qu'il ait compétence à se prononcer sur le même différend<sup>64</sup> :

*« La République tchèque a refusé la jonction des procédures engagées sur le fondement du traité, demandée par la partie demanderesse (encore) durant la procédure arbitrale. Le gouvernement tchèque a fait valoir son droit à ce que chaque procédure fasse l'objet d'une décision distincte et prompte. En conséquence, deux sentences seront prononcées pour le même objet et pourront être soit compatibles l'une avec l'autre, soit différentes l'une de l'autre. Le fait que deux traités différents prévoient des réparations pour les demandeurs respectifs au titre des mêmes faits ne*

---

mécanisme de règlement des différends entre États, et puisse perdre sur ce point dans le cadre d'une procédure entre investisseurs et États et être condamnée à payer des dommages-intérêts à l'investisseur. Les membres du Groupe de négociation jugeaient une telle solution acceptable et avaient insisté pour que la sentence rendue dans le cadre du mécanisme de règlement des différends entre États soit sans incidence sur la validité de celle rendue dans le cadre du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États.

61. G. Sacerdoti relève que ces affaires constituent le premier exemple de différend majeur résultant d'un TBI à être résolu par la CNUDCI (en d'autres termes, dans le cadre de l'arbitrage commercial international). Ces arbitrages ont démontré qu'associer des clauses d'arbitrage d'un TBI et le recours à l'arbitrage commercial international classique pouvait soulever des questions, voire des problèmes spécifiques. « Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards » dans *19 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 1(2004).
62. *CME (Pays-Bas) contre la République tchèque* (sentence partielle) et *Lauder (États-Unis) contre la République tchèque* (sentence définitive), voir *op. cit.* n. 28-29.
63. Para. 172 de la sentence.
64. De même, le tribunal qui a statué sur la requête de CME a écarté l'argument de la République tchèque, qui alléguait que M. Lauder avait abusivement cherché à invoquer le traité le plus favorable. « *L'argument selon lequel il y aurait eu recherche abusive du traité le plus favorable n'est pas convaincant. Une partie peut chercher à obtenir la protection juridique de tout dispositif prévu par les lois du pays d'accueil. Ce traité, de même que celui conclu avec les États-Unis, fait partie du droit de la République tchèque et aucun des deux traités ne saurait primer sur l'autre. Tout chevauchement des résultats de procédures parallèles doit être traité selon le niveau des pertes et dommages-intérêts, et pas selon le niveau de manquement au traité* ». Para. 419 de la sentence.



*prive aucun des demandeurs de la reconnaissance de la compétence, si ladite compétence est reconnue par le traité dont chaque demandeur se prévaut. À supposer que, comme l'allègue la partie défenderesse, le dépôt d'une requête par M. Lauder au titre du traité conclu avec les États-Unis ait un caractère abusif, cela serait sans incidence sur la question de la compétence dans ces procédures d'arbitrage. »<sup>65</sup>*

### **2.3. Jonction de procédures**

La jonction de procédures est courante en matière d'arbitrage commercial, sous réserve du consentement des parties.<sup>66</sup> Elle devient nécessaire dès lors que plusieurs demandes d'arbitrage portant sur des points de droit ou des faits identiques ont été formées et que des sentences incohérentes voire contradictoires risquent d'être prononcées. Ainsi, les affaires *Lauder contre la République tchèque et CME contre la République tchèque* auraient pu connaître un dénouement différent si les procédures avaient été regroupées ; en l'espèce, toutefois, l'une des parties refusait une telle jonction.<sup>67</sup>

Le chapitre 8 de la présente publication présente une étude approfondie de la jonction d'instances. Il porte en particulier sur la manière dont cet instrument procédural a été utilisé dans le domaine de l'arbitrage commercial, sur son application à l'arbitrage en matière d'investissement et, à la lumière de son utilisation dans ces deux domaines, met en évidence ses avantages et ses inconvénients et formule une série de propositions.

### **3. Autres difficultés de nature juridictionnelle : distinction entre les requêtes sur le fondement d'un traité et les requêtes sur le fondement d'un contrat**

Les TBI établissent un cadre légal pour le traitement et la protection des investisseurs et des investissements étrangers et toute requête alléguant une violation d'un traité est formée sur le fondement d'un traité. Tout investissement étranger suppose également la conclusion de contrats, par exemple de contrats de concession, entre l'investisseur et l'État d'accueil ou des entités de cet État. Bien que traités et contrats ne confèrent pas les mêmes droits à l'investisseur, des chevauchements peuvent se produire. Ainsi, lorsqu'une entreprise publique viole un contrat conclu avec un investisseur étranger – ou lorsque le pays d'accueil manque à ses obligations contractuelles vis-à-vis d'une entreprise dans laquelle un investisseur étranger détient une participation – les investisseurs peuvent former une requête contre l'État

---

65. Para. 412.

66. E. Gaillard : « Jonction de procédures arbitrale et judiciaire » dans *L'arbitrage complexe : questions de procédure*, Supplément spécial, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage, décembre 2003 pp. 35-42.

67. Dans l'affaire *CME contre la République tchèque*, le tribunal, dans la sentence définitive condamnant la République tchèque à payer des dommages-intérêts, rappelle que la partie défenderesse a systématiquement refusé la proposition de CME consistant à organiser le traitement des deux affaires de manière à éviter le risque de sentences arbitrales contradictoires :

« À l'audience, la partie défenderesse a de nouveau refusé toutes les autres options proposées par la partie demanderesse : i) de regrouper les deux procédures d'arbitrage en une seule ; ii) de faire nommer les trois mêmes arbitres pour les deux procédures ; iii) d'accepter que la partie demanderesse désigne, dans cette procédure, le même arbitre que celui désigné par M. Lauder dans la procédure engagée à Londres ; iv) de convenir que les parties à la présente procédure d'arbitrage seront liées par la décision prise par le tribunal de Londres sur le point de savoir s'il y a ou non eu violation du traité ; v) d'ajourner l'audience jusqu'à ce qu'une sentence soit prononcée à Londres, une fois que les parties auront déposé leurs mémoires en réponse et déclarations de témoins. »

à la fois sur le fondement du traité et sur celui du contrat. Ceci a un impact sur la détermination de la compétence.

Les TBI définissent les conditions de compétence des tribunaux en matière d'arbitrage entre investisseurs et États. La compétence peut être subordonnée à des conditions procédurales : ainsi, la compétence des instances arbitrales peut dépendre des procédures engagées devant les tribunaux du pays d'accueil. La compétence matérielle des tribunaux varie également et peut être définie de manière plus ou moins étroite : elle peut être limitée aux requêtes fondées sur les TBI ou s'étendre à tous les différends résultant des contrats.

Récemment, des requêtes alléguant une violation de contrat ont été soumises à l'arbitrage en matière d'investissement, via un TBI, même en l'absence de clause attributive de compétence au profit du CIRDI dans le contrat. Ce constat soulève plusieurs questions : il est ainsi permis de se demander dans quelle mesure un investisseur peut se fonder sur un TBI et invoquer des protections conférées par le traité mais découlant de contrats qui contiennent des clauses attributives de compétence exclusive en faveur d'un tribunal national ; la question se pose également de savoir si la violation d'une disposition contractuelle peut s'analyser en une violation de droits prévus par le droit international ; on peut également s'interroger sur la manière dont les tribunaux devraient appliquer la clause dite « générale » figurant dans certains TBI par laquelle les États s'engagent à respecter l'ensemble de leurs engagements et obligations. Récemment, plusieurs tribunaux du CIRDI se sont penchés sur cette question, mais n'ont pas adopté une approche réellement uniforme.

### **3.1. Reconnaissance de la compétence en vertu d'un traité malgré la présence, dans un contrat, d'une clause attributive de compétence**

Les précédents les plus directs, dans lesquels un investisseur a été autorisé à porter un différend de nature contractuelle devant un tribunal arbitral sur le fondement d'un traité malgré l'existence, dans le contrat, d'une clause spécifique sur le règlement des différends, sont les décisions prononcées dans les affaires *Lanco contre la République argentine*, *Salini contre le Royaume du Maroc* et *Vivendi contre la République argentine*. Plus récemment, le même raisonnement a été suivi dans *Sempra Energy International contre la République argentine*, *AES Corporation contre la République argentine* et *Eureko B.V. contre la République de Pologne*.

Dans *Lanco contre la République argentine*,<sup>68</sup> le tribunal a estimé que la clause attributive de compétence exclusive en faveur des tribunaux nationaux ne s'opposait pas à ce que les litiges soient soumis au CIRDI, pour deux raisons essentielles : d'une part, l'article 26 de la Convention de Washington dispose que le consentement des parties à l'arbitrage du CIRDI est « considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours » et, d'autre part, une juridiction administrative ne pouvant pas être choisie par accord mutuel, il convient d'accorder moins d'importance au choix fait par les parties dans le contrat.

Dans *Salini contre le Royaume du Maroc*,<sup>69</sup> le tribunal a estimé que, malgré l'existence d'une clause attributive de compétence en faveur des tribunaux du Maroc, les dispositions relatives à la résolution des différends entre investisseurs et États prévues dans le TBI applicable l'emportaient sur la clause

---

68. Voir *op. cit.* n. 47.

69. Voir *op. cit.* n. 78.

attributive de compétence du contrat et « *obligeait l'État à respecter la juridiction proposée en cas de violations du TBI et de manquements à un contrat liant directement l'État* ». Cette solution, négociée par l'État national de l'investisseur avec l'État d'accueil, est véritablement un élément fondamental de la protection offerte à l'investisseur étranger.<sup>70</sup>

L'arbitrage conduit dans l'affaire *Vivendi*<sup>71,72</sup> illustre parfaitement combien la distinction entre les requêtes fondées sur une violation du traité et celles fondées sur une violation du contrat est complexe. Dans l'affaire *Vivendi contre la République argentine* (procédure d'annulation),<sup>73</sup> le Comité *ad hoc* du CIRDI a également examiné indirectement la question du choix du for. Le Comité, qui était face à une clause attributive de compétence exclusive et à un TBI, a opéré une distinction entre les requêtes fondées sur une violation du contrat et celles fondées sur une violation du traité. Il a estimé que les TBI « *fixaient une norme indépendante* » de celle contenue dans les contrats et qu'il était possible qu'un État viole un traité sans pour autant violer un contrat *et vice versa*. Le Comité a conclu que lorsque « *le fondement essentiel* » d'une demande était de nature contractuelle, la clause attributive de compétence exclusive

---

70. E. Gaillard « La jurisprudence du CIRDI » p. 901, Pedone 2004. Voir également l'analyse de toutes les affaires portées devant le CIRDI.

71. *Compania de Aguas des Aconquija S.A. et Vivendi Universal contre la République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000, dans 40 ILM 426 (2001).

72. Cette affaire a pour origine une concession de longue durée pour la fourniture de services d'eau et d'assainissement dans la province argentine de Tucumán. Les services concédés devaient être fournis par la société *Compania de Aguas des Alconquija S.A.* (« CAA »), société affiliée argentine de la Compagnie Générale des Eaux (future Vivendi). CAA et Vivendi ont allégué que le TBI conclu en 1991 entre l'Argentine et la France avait été violé, à la fois par les autorités de Tucumán et par les autorités fédérales argentines. Le tribunal, lors de la phase de détermination de la compétence, a considéré que les dispositions du contrat de concession relatives au règlement des différends ne remettaient pas en cause sa compétence « ne serait-ce que parce que, en toute hypothèse, ces requêtes ne sont pas fondées sur le contrat de concession mais sur une présomption de violation du TBI ». Sur ce point, le tribunal s'est directement fondé sur la décision préliminaire sur la compétence rendue dans l'affaire *Lanco*, dans laquelle le tribunal du CIRDI avait confirmé le choix de l'arbitrage par le CIRDI fait par l'investisseur malgré l'existence d'une clause d'élection de for. Toutefois, bien que le tribunal ait estimé être compétent pour connaître de l'ensemble des requêtes de Vivendi, il a décidé de ne pas statuer sur le fond desdites requêtes, considérant que les demandes formées sur le fondement du TBI étaient liées si étroitement à celles formées sur le fondement du contrat et à des questions propres au droit argentin que le litige devait être tranché par les tribunaux de la province de Tucumán. Vivendi a demandé l'annulation de cette décision. Le Comité *ad hoc* a confirmé la sentence du tribunal sur la compétence, mais annulé sa décision relative à l'existence d'une « faute » de la part de la province de Tucumán, au motif que le tribunal avait commis un excès manifeste de pouvoirs en ne statuant pas sur les « plaintes fondées sur le comportement de la province de Tucumán » alors qu'il s'était déclaré compétent. Pour une analyse de cette affaire, voir Stanimir Alexandrov « *The Vivendi Annulment decision and the Lessons for Future ICSID Arbitrations – The Applicant's Perspective* » dans « *Annulment of ICSID Awards* » voir *op. cit. n. 3. pp 83-104* ; voir également B. Cremades et D. Cairns dans « *Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes* », dans *Arbitrating Foreign Disputes, dir. pub. Prof. N. Horn, Kluwer International (2004)*.

73. *Compania de Aguas des Aconquija S.A. et Vivendi Universal contre la République d'argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/97/3, décision sur l'annulation du 3 juillet 2002, 41 ILM 1135, p. 1156, para. 102, 103.

trouvait à s'appliquer et que lorsque la requête était fondée sur la violation d'une disposition d'un traité, il y avait lieu d'invoquer les dispositions du TBI relatives à la compétence.<sup>74</sup>

*« (...) il n'appartient pas à un tribunal arbitral compétent en vertu d'un TBI pour connaître d'une requête fondée sur une disposition matérielle dudit TBI, de rejeter la demande au motif qu'elle aurait pu ou aurait dû être examinée par un tribunal national (...) »*

*« (...) un État ne peut pas s'abriter derrière une clause attributive de compétence exclusive insérée dans un contrat pour que son comportement ne soit pas qualifié d'acte internationalement illicite aux termes d'un traité. »*

*« La demande ne pouvait pas être simplement traitée comme autant d'affaires de droit civil ou administratif relatives à autant d'actes individuels présumés violer le contrat de concession ou le droit administratif de l'Argentine. Les demandeurs avaient la possibilité de demander et ont demandé que ces actes ou certains d'entre eux soient considérés conjointement et aient valeur de violation des articles 3 et/ou 5 du TBI. »<sup>75</sup>*

---

74. Le tribunal a suivi le même raisonnement dans la première sentence arbitrale en matière d'investissement rendue en vertu de l'ASEAN, en l'occurrence dans l'affaire *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. contre le Gouvernement de l'Union du Myanmar*. Bien qu'ayant décliné la compétence, le tribunal a confirmé les conclusions antérieures voulant que, sans préjudice d'une éventuelle clause contractuelle d'élection de for renvoyant les litiges strictement contractuels devant les tribunaux du pays d'accueil, une procédure d'arbitrage peut être engagée par un investisseur sur le fondement d'un TBI eu égard à la responsabilité internationale du pays d'accueil aux termes du traité. [Affaire ASEAN n° ARB/01/1, 31 mars 2003, 42 ILM (mai 2003), commentée par E. Gaillard dans « The First Association of Southeast Asian Nations Agreement Award » dans *New York Law Journal*, 7 août 2003]. Enfin, dans une affaire récente, en l'occurrence *PSEG Global Inc, The North American Coal Corporation, et Konya Ilgin Elektrik Uterim ve Ticaret Limited Sirketi contre la République de Turquie*, le tribunal, renvoyant aux affaires précédentes et en particulier à l'affaire *Vivendi II*, a écarté l'argument selon lequel les demandeurs n'avaient pas recouru au mécanisme de règlement des différends convenu antérieurement et a souligné que la clause contractuelle d'élection de for s'appliquait si le litige avait une base contractuelle mais qu'en revanche, si le litige était fondé sur le traité, la présence d'une disposition contractuelle désignant le mécanisme de règlement des différends applicable ne saurait empêcher l'application de la norme découlant du traité. Toutefois, il a également considéré que si le litige était fondé à la fois sur le contrat et sur le traité, il serait réputé fondé sur le traité (*PSEG Global Inc, The North American Coal Corporation, et Konya Ilgin Elektrik Uterim ve Ticaret Limited Sirketi contre la République de Turquie*, Affaire CIRDI n° ARB/02/5, décision sur la compétence du 4 juin 2004).

75. Dans son commentaire des affaires *Lanco, Salini et Vivendi*, E. Gaillard relève que « bien que les deux sentences [*Lanco et Salini*] affirment que tous les différends relatifs à une violation des obligations internationales d'un État devraient être renvoyés devant le tribunal désigné dans la clause attributive de compétence du traité international, elles insistent toutes les deux sur le fait que les clauses attributives de compétence contenues dans les contrats litigieux accordaient la compétence aux tribunaux administratifs locaux, qui ne peut normalement faire l'objet ni d'un choix ni d'une renonciation, et semblent donc sous-entendre que la désignation de ces tribunaux dans une clause attributive de compétence ne peut pas constituer un véritable choix des parties. La sentence rendue dans l'affaire *Vivendi* lève cette ambiguïté, l'argumentation reposant exclusivement sur la distinction entre les demandes fondées sur le contrat, considérées isolément, et celles fondées sur une violation du traité, même lorsque ces dernières incluent une présomption de violation contractuelle. C'est donc à juste titre que le Comité ad hoc a confirmé que les mêmes faits pouvaient constituer le fondement d'une requête en violation du contrat et d'une autre requête invoquant les obligations internationales d'un État. »

Dans l'affaire *Sempra Energy International contre la République argentine*,<sup>76</sup> le tribunal a réexaminé les décisions antérieures portant sur ce point, en particulier la décision d'annulation rendue dans l'affaire Vivendi et a décidé de ne pas rompre avec l'approche selon laquelle « la requête est fondée à la fois sur le contrat et sur le traité, indépendamment du fait que des questions purement contractuelles sans effet sur les dispositions du traité peuvent faire l'objet des actions en justice prévues par le droit interne de l'Argentine. »<sup>77</sup>

Dans *AES Corporation contre la République argentine*<sup>78</sup>, l'Argentine a avancé le même argument et le tribunal a opté pour la position décrite précédemment, déjà adoptée par des tribunaux antérieurs. Il a opéré une distinction entre « deux ordres juridiques distincts : l'un international, l'autre national » et considéré qu'il n'y avait compétence exclusive du for national qu'aux termes de l'ordre juridique argentin et uniquement eu égard à l'exécution du contrat, ce qui n'empêchait pas un demandeur de faire valoir ses droits en vertu de deux instruments internationaux, en l'occurrence le TBI conclu entre les États-Unis et l'Argentine et la Convention du CIRDI. Dans la mesure où les manquements au contrat de concession constituaient également des violations des obligations internationales de l'Argentine aux termes du TBI, le tribunal s'est jugé compétent pour statuer sur ces demandes.

#### Encadré 1. Clause d'option irrévocable (« Fork in the Road »)

Tous les TBI ne contiennent pas les mêmes dispositions en ce qui concerne les rapports entre l'arbitrage international et les tribunaux nationaux. Certains d'entre eux autorisent l'investisseur à soumettre un différend à l'arbitrage une fois qu'il a été porté depuis un certain temps devant les tribunaux locaux ou les juridictions administratives, même si ces tribunaux n'ont pas clôturé la procédure.<sup>1</sup> D'autres autorisent l'arbitrage international à condition qu'aucune décision n'ait été prononcée par les tribunaux nationaux. La distinction claire entre les requêtes fondées sur un traité et celles fondées sur un contrat, qui vise à définir les deux types de procédures pouvant être engagées pour le même investissement, a des répercussions sur les conditions d'application de la clause dite d'option irrévocable. Cette clause vise à rendre irrévocable le choix de l'investisseur, qui, en son absence, aurait le choix entre de nombreuses juridictions.<sup>2</sup> Tous les accords d'investissement ne contiennent pas une telle clause.

Les investisseurs sont souvent impliqués dans des différends juridiques qui, par nature, relèvent du droit commercial ou du droit privé et peuvent devoir être portés devant une juridiction nationale. Bien que ces différends puissent avoir un certain rapport avec l'investissement, ils ne sont pas assimilables aux différends relatifs aux investissements. Ce recours aux tribunaux nationaux ne correspond donc pas nécessairement à un choix susceptible d'empêcher l'arbitrage international. La jurisprudence qui se constitue<sup>3</sup> eu égard à l'application de la clause d'option irrévocable est relativement homogène. Cette clause et l'impossibilité d'accéder à l'arbitrage international ne s'appliquent que si un même différend opposant les mêmes parties a été soumis aux tribunaux nationaux ou aux juridictions administratives du pays d'accueil avant le recours à l'arbitrage international.

**Renonciation : L'ALENA** ne contient pas de clause d'option irrévocable, mais une clause de renonciation. L'article 1121 exige comme « condition préalable à la soumission d'une plainte à l'arbitrage » que les investisseurs et, dans certains cas les entreprises qu'ils contrôlent ou possèdent « renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation interne d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer

---

« Vivendi and Bilateral Investment Treaty Arbitrations » *New York Law Journal*, 6 février 2003 ; également dans « La jurisprudence de CIRDI », voir *op. cit.* n. 95.

76. Voir *op. cit.* n. 51.

77. *Idem*, para. 101.

78. *AES Corporation contre la République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/17, décision sur la compétence, 26 avril 2005, paragraphes 90-99.

un manquement (...), à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante. »<sup>4 5</sup> On retrouve la même disposition dans le nouveau modèle de **TBI des États-Unis**,<sup>6</sup> dans l'**Accord de libre-échange de l'Amérique centrale (ALECA)**,<sup>7</sup> dans l'**Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili**<sup>8</sup> et dans l'**Accord de libre-échange entre le Royaume du Maroc et les États-Unis d'Amérique**.<sup>9</sup>

#### Mesures provisoires ou injonctives

La clause d'option irrévocable amène à poser, entre autres problèmes, celui d'un éventuel droit de recours à des mesures provisoires ou injonctives pour éviter tout préjudice irréparable, en d'autres termes pour protéger les biens de toute dispersion ou destruction, pendant la durée de la procédure de règlement du différend. Même dans les cas où un investisseur est tenu de choisir entre l'arbitrage international et les tribunaux nationaux, il peut exister des dispositions protégeant le droit des investisseurs à des mesures provisoires ou injonctives. Cette exception à la clause d'option irrévocable permet à l'investisseur de demander à bénéficier de telles mesures dans le cadre des procédures instruites par les tribunaux nationaux, sans le priver de son droit à engager une procédure d'arbitrage international. La possibilité de bénéficier de ces mesures est prévue dans la Convention du CIRDI (Article 47),<sup>10</sup> dans l'ALENA (Article 1134),<sup>11</sup> et dans de nombreux TBI ; le projet d'AMI la prévoyait également.<sup>12</sup>

Notes de l'encadré :

1. Voir les TBI entre la Roumanie et le Sri Lanka, et entre l'Argentine et l'Espagne, Article x(3)(a) ; sur ce point, voir Emilio Augustin Maffezini contre le Royaume d'Espagne, décision sur la compétence, 25 janvier 2000, 16 ICSID Review – F.I.L.J. 203(2001).
2. Voir l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République argentine sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (article 8.2) :  
  
« 2. Si le différend n'a pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties concernées, il est soumis, à la demande de l'investisseur : soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans le différend ; soit à l'arbitrage international (...). Une fois qu'un investisseur a soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée, soit à l'arbitrage international, le choix de l'une ou de l'autre de ces procédures reste définitif. »
3. *Olguin contre la République du Paraguay ; Vivendi contre la République argentine ; Genin contre la République d'Estonie ; Lauder contre la République tchèque ; Middle East Cement contre la République arabe d'Égypte ; CMS contre la République argentine ; Azurix contre la République argentine et Enron contre la République argentine*. Pour une présentation plus approfondie et plus complète de ces affaires et de cette disposition, voir C. Schreuer « Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road » 5(2) *J. World Inv.* 231 (2004) pp.231-256.
4. Selon C. Brower et J Sharp, « il semble que l'article 1121 élimine un aspect du problème soulevé par l'affaire CME, dans le sens où il empêche un investisseur comme Lauder de déposer en vertu de l'ALENA une plainte contre l'une des parties à l'ALENA s'il (ou une entreprise qu'il possède ou contrôle, comme CME) dépose simultanément une autre plainte relative à la même « mesure » gouvernementale en vertu d'un contrat ou d'un TBI. L'article 1121 n'empêcherait évidemment pas un demandeur ressortissant d'un pays non partie à l'ALENA d'introduire une procédure d'arbitrage sur le fondement d'un contrat ou d'un TBI concernant une « mesure » gouvernementale qui a également amené un autre demandeur, ressortissant du Canada, du Mexique ou des États-Unis, à déposer une plainte en vertu de l'ALENA. Comme l'a relevé le tribunal qui a statué dans l'affaire Azinian, le fait qu'un for soit compétent n'exclut par le recours à d'autres tribunaux ou tribunaux arbitraux (...) compétents sur un autre fondement ». Voir op. cit. n. 4.
5. Dans le cadre de l'ALENA, cette question a été examinée dans l'affaire *Waste Management Inc. contre les États-Unis* du Mexique, dans laquelle la partie demanderesse prétendait que la clause de renonciation de l'ALENA ne s'appliquait pas aux procédures mexicaines « dans lesquelles il était allégué que [le Mexique] avait manqué aux obligations imposées par d'autres sources de droit, y compris le droit interne du Mexique ». Le tribunal arbitral a rejeté cet argument, estimant que « si les deux actions juridiques ont les mêmes mesures pour fondement juridique, elles ne peuvent pas être poursuivies simultanément, du fait qu'il y a un risque manifeste que la partie demanderesse obtienne deux fois réparation du préjudice allégué. C'est précisément ce que l'article 1121 de l'ALENA cherche à éviter ». Le tribunal a rejeté, avec une opinion dissidente, la demande pour absence de compétence. Deux ans plus tard, la requête a été soumise à un autre tribunal, qui a jugé : « Le chapitre 11 de l'ALENA ne contient aucune disposition expresse obligeant un demandeur à choisir entre le cadre national et celui de l'ALENA pour déposer une plainte relative au même différend. Les clauses dites d'option irrévocable ne sont pas rares dans les TBI, même si elles ne sont pas toutes formulées de la même manière (...). Le chapitre 11 de l'ALENA représente un moyen terme.

De toute évidence, un investisseur contestant peut engager ou poursuivre une procédure relative à la mesure en question devant tout tribunal administratif ou autre juridiction de l'État défendeur conformément à la législation de ce dernier, sans préjudice d'un recours, finalement, à l'arbitrage international. La clause de renonciation ne s'applique qu'aux plaintes déposées en vertu de l'article 1120 ».

6. [Article 26 (2), (3)].
7. (Article 10.18).
8. (Article 10.17).
- 9 (Article 10.17).
10. Mesures conservatoires : « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties. »
11. Mesures provisoires de protection : « Un tribunal peut prendre une mesure de protection provisoire pour préserver les droits d'une partie contestante, ou pour assurer le plein exercice de sa propre compétence, y compris une ordonnance destinée à conserver les éléments de preuve en la possession ou sous le contrôle d'une partie contestante ou à protéger sa propre compétence. Il ne peut cependant prendre une ordonnance de saisie ou interdire d'appliquer telle ou telle mesure présumée constituer un manquement visé aux articles 1116 ou 1117. Aux fins du présent paragraphe, une ordonnance comprend une recommandation. »
12. « Un investisseur peut demander aux juridictions judiciaires ou administratives d'une partie contractante des mesures provisoires n'impliquant pas le paiement de réparations, afin de préserver ses droits et intérêts en attendant le règlement du litige, sans être pour autant réputé avoir intenté une action aux fins de l'alinéa (b). » DAF/MAI/EG1(96)12, « Règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante ».

Dans l'affaire *Eureko B.V. contre la République de Pologne*,<sup>79</sup> la Pologne a soutenu que les requêtes d'Eureko étaient irrecevables parce qu'elles avaient un fondement contractuel. Elle a invoqué le TBI entre les Pays-Bas et la Pologne, aux termes duquel les différends relatifs aux TBI relèvent de la compétence exclusive d'un «tribunal polonais compétent à l'égard du vendeur ». Renvoyant, entre autres, à la décision d'annulation rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi*, la Pologne a également avancé qu'aux termes du droit international, l'étendue des obligations contractuelles de l'État devait d'abord être déterminée par le for désigné dans le contrat avant qu'un tribunal constitué en vertu d'un traité puisse se prononcer sur le point de savoir si l'État a ou non violé les obligations découlant du TBI. Le tribunal a fait observer que le Comité *ad hoc* qui avait annulé la sentence *Vivendi* avait estimé que lorsque « *la requête se fonde essentiellement sur le traité qui fixe une norme indépendante pour juger la conduite des parties, la présence d'une clause attributive de compétence exclusive dans un contrat conclu entre la partie demanderesse et l'État défendeur, (...) ne peut pas faire obstacle à*

---

79. *Eureko B.V. contre la République de Pologne, sentence partielle d'un tribunal ad hoc, 19 août 2005.* Powszechny Zakład Ubezpieczeń (« PZU ») était une compagnie d'assurance polonaise appartenant entièrement à l'État. En 1999, le Trésor public polonais a lancé un appel d'offres international pour vendre 30 % du capital de PZU. Après négociations, il a sélectionné Eureko B.V. (« Eureko »), société immatriculée aux Pays-Bas, et un autre acheteur, puis a conclu un contrat de vente d'actions. Selon les allégations d'Eureko, dès les quelques mois qui ont suivi la conclusion du contrat, le pouvoir politique polonais a commis plusieurs actes interférant avec le processus de privatisation qui s'est poursuivi à partir de 2000-2002, retardant ainsi l'introduction en bourse de la société. Eureko a soutenu qu'en investissant dans le capital de PZU, elle avait acquis des droits qui devaient être protégés par la République de Pologne en vertu du TBI et que les mesures prises par l'État polonais avaient porté atteinte auxdits droits.

*l'application de la norme définie par le traité. Tout au plus peut-elle être prise en compte (...) pour apprécier s'il y a eu violation du traité.* »<sup>80</sup> Le tribunal a considéré que le principe sur lequel reposait la décision du Comité *ad hoc* l'obligeait à examiner si les faits allégués en l'espèce constituaient une violation du TBI.

### 3.2. *La clause générale de respect des engagements (« umbrella clause »)*

L'étendue de la compétence *ratione materiae* varie selon les TBI. Alors que certains d'entre eux ne couvrent que les différends portant sur « une obligation prévue par le présent accord », en d'autres termes les allégations de violation du TBI, d'autres contiennent une clause qui étend la compétence à « tout différend relatif aux investissements ». Ce deuxième type de clause<sup>81</sup> créé pour le pays d'accueil une obligation de droit international qui peut être formulée de diverses manières, par exemple : « respecter toute obligation qu'il a pu souscrire », « garantir en permanence le respect des engagements qu'il a pris », « honorer toute obligation lui incombant ». Ces clauses générales sont communément baptisées « *umbrella clauses* »<sup>82</sup>, même si d'autres termes ont parfois été également utilisés (« clause d'effet miroir », « clause ascenseur », « clause de couverture », « clause de protection parallèle », « clause de respect des engagements », « intangibilité du contrat » et « *pacta sunt servanda* »). Ce type de clause a été ajouté pour offrir une protection supplémentaire aux investisseurs et vise à couvrir les accords d'investissement (y compris les contrats) que les États d'accueil concluent fréquemment avec des investisseurs étrangers. Jusqu'à la jurisprudence récente sur son interprétation dans les deux affaires *SGS Société Générale de Surveillance SA*, il semblait exister une opinion arrêtée sur le sens et la portée de la « *umbrella clause* ». Une brève présentation de son historique et de la manière dont elle a été interprétée par la doctrine et les tribunaux arbitraux sont nécessaires pour mieux l'appréhender.

#### 3.2.1. *Historique de la clause et accords d'investissement*

L'apparition de la « *umbrella clause* »<sup>83</sup> en tant que clause distincte de protection des investissements remonte au projet de convention internationale élaboré par Abs de 1956 à 1959 pour la protection mutuelle des droits de propriété privée dans les pays étrangers (*Abs Draft International*

---

80. *Idem*, para. 101.

81. Cette clause figure souvent dans les TBI conclus par l'Allemagne, les Pays-Bas, la Suisse, le Royaume-Uni, et les États-Unis (traités établis sur la base des modèles de TBI antérieurs). *Source CNUCED* « Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s », 1998, p. 56.

82. Selon C. Schreuer « elles sont souvent dénommées « *umbrella clauses* » parce qu'elles placent les engagements sous la protection du TBI », dans « Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road », *J. World Inv* (2004) pp.231-256.

83. Pour un historique complet de la « *umbrella clause* », voir A. C. Sinclair: « The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection », *Arbitration International 2004, Vol. 20, n° 4, pp. 411-434*. D'après les travaux d'A.C. Sinclair, c'est l'avis donné par Sir Elihu Lauterpacht à l'Anglo-Iranian Oil Company en 1953-1954 dans le cadre du règlement du différend relatif à la nationalisation du secteur pétrolier iranien qui est à l'origine de cette clause. Cette « *umbrella clause* » ou « de protection parallèle » a de nouveau été proposée par Lauterpacht, dans l'avis donné en 1956-57 à un groupe de compagnies pétrolières qui envisageaient un pipeline reliant l'Irak, au niveau du Golfe persique, à l'Est de la Méditerranée en passant par la Syrie et la Turquie.



*Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries*, « projet Abs »), dont l'article 4 disposait que<sup>84</sup> :

« Si les non-ressortissants obtiennent la garantie d'un meilleur traitement que les ressortissants en vertu d'accords entre gouvernements ou autres accords ou de décrets administratifs de l'une des Hautes Parties contractantes, y compris en vertu de clauses de la nation la plus favorisée, ladite garantie prévaut. »

Cette idée a été reformulée dans l'article II du projet de Convention Abs-Shawcross de 1959 sur les investissements étrangers<sup>85</sup> :

« Chacune des parties assure à tout moment le respect de tous engagements qu'elle a pu souscrire à l'égard des investissements réalisés par les ressortissants de toute autre partie. »

Immédiatement après, la clause est apparue dans le premier **TBI, conclu entre l'Allemagne et le Pakistan**, dont l'article 7 disposait que :

« Chacune des parties s'engage à respecter toute autre obligation qu'elle a pu souscrire à l'égard des investissements réalisés par des ressortissants ou des entreprises de l'autre partie. »

Elle constituait également une règle de fond essentielle du **projet de Convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers de 1967**,<sup>86</sup> dont l'article 2 disposait que :

« Chacune des parties assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l'égard de biens des ressortissants de toute autre partie. »

Les notes et commentaires accompagnant le projet de Convention décrivent cet article comme « une application du principe général *pacta sunt servanda* en faveur des biens des ressortissants d'une autre partie et de leurs successeurs en titre sauf si l'engagement exclut expressément une telle succession ». Aux termes des commentaires, les « biens » comprennent notamment, mais non exclusivement, les investissements, que l'article 9 définit comme « tous les biens, droits et intérêts, détenus directement ou indirectement, y compris les intérêts que le membre d'une société est censé avoir dans les biens de la société ». La notion de « biens » doit être entendue « au sens le plus large ». <sup>87</sup> Toutefois, le commentaire

---

84. Voir H.J. Abs « Proposals for Improving the Protection of Private Foreign Investments », dans *Institut international d'études bancaires, Rotterdam, 1958, cité par A. C. Sinclair op. cit. n. 83.*

85. Le texte du projet Abs-Shawcross est reproduit dans la publication de la CNUCED « International Investment Instruments: A Compendium » dans *United Nations, New York, 2000, Vol. V. p. 395.*

86. « Projet de Convention sur la protection des biens étrangers et Résolution du Conseil de l'OCDE relative au projet de Convention sur la protection des biens étrangers », Publication de l'OCDE n° 23081, novembre 1967.

87. Pour une analyse approfondie de cette disposition et des Notes et Commentaires et pour lire des réactions d'universitaires, voir A. C. Sinclair *op. cit. n.83, pp. 427-433.*

limite la portée de l'article 2 en soulignant que les engagements «doivent se rattacher aux biens concernés ; un lien accessoire ne suffit pas ».<sup>88</sup>

Après avoir été introduite dans le projet de Convention de l'OCDE, cette clause l'a été dans les *modèles de TBI des États-Unis* de 1983, 1984 et 1987 :

« *Chacune des parties s'engage à respecter toute obligation qu'elle a pu souscrire à l'égard des investissements* »<sup>89</sup>

ainsi que dans un grand nombre de *TBI conclus par le Royaume-Uni*, notamment dans le premier, conclu avec l'Égypte en 1975 :

« *Chacune des parties contractantes s'engage à respecter toute obligation qu'elle a pu souscrire à l'égard des investissements réalisés par des ressortissants ou des entreprises de l'autre partie contractante.* »

Le *projet d'AMI* proposait – dans l'annexe, qui présente les propositions de deux délégations – deux formulations pour une « clause de respect »<sup>90</sup> :

---

88. Notes et commentaires relatifs à l'Article 2, para. 3(a), voir *op. cit. n. 111*.

89. TBI entre les États-Unis et le Sénégal, les États-Unis et le Panama, les États-Unis et le Zaïre. Voir R.S. Gudgeon, «United States Bilateral Investment Treaties: Comments on their Origin, Purposes, and General Treatment Standards » dans *11 Int'l Tax and Bus. L.* 105, 111 (1986).

90. Le Groupe de rédaction de l'AMI a examiné la question des dispositions à inclure dans l'Accord en ce qui concerne les droits conférés aux investisseurs par d'autres accords. Trois grandes orientations conceptuelles se sont dégagées. Il s'agit, de la moins ambitieuse à la plus ambitieuse : (i) d'une option « zéro », l'AMI ne comportant pas de disposition particulière sur les droits découlant d'accords entre investisseurs et États ; (ii) d'une disposition à caractère procédural, c'est à dire d'une clause de règlement des différends ; (iii) d'une disposition de fond et de procédure, c'est à dire d'une « clause de respect ». La troisième approche était considérée comme la plus ambitieuse. Elle érigeait en effet le respect des accords entre investisseurs et États en obligation prescrite par l'AMI, ces accords bénéficiant alors d'une protection de fond en vertu de la règle de droit international *pacta sunt servanda*. Cela pouvait avoir une incidence sur les moyens de défense pouvant être invoqués ou les réparations dues par un État exerçant ses droits d'annuler ou de modifier un contrat pour des raisons de souveraineté ou de modifier la législation ayant une incidence sur un investissement. Cette option avait également une conséquence essentielle sur le plan procédural, toute violation de l'accord entre l'investisseur et l'État pouvant faire l'objet de l'ensemble des mécanismes de règlement des différends prévus par l'AMI, notamment des procédures d'arbitrage et de consultation entre États. Dans le cadre d'un tel mode de règlement des différends, les points à examiner le seraient dans un contexte large, couvrant à la fois le droit interne et le droit international. Le Groupe de rédaction a estimé « qu'avec la deuxième et la troisième option, on modifierait en fait les accords entre investisseurs et États. Ces options pourraient être source d'incertitude quant au droit et aux réparations à appliquer en cas de différend. Elles soulèvent la question de savoir s'il faut établir une distinction – et alors, selon quelles modalités – entre les types d'accords pour lesquels la protection supplémentaire est appropriée et ceux pour lesquels elle ne l'est pas, notamment les opérations purement commerciales ou les accords réglant des questions fiscales ou autres questions administratives. » Aucun consensus ne s'est dégagé au sein du Groupe quant à l'approche à adopter. Ce choix pouvait également être fonction du sort qui serait réservé à une disposition faisant prévaloir, du régime de l'AMI ou de celui des accords entre investisseur et État, celui qui serait le plus favorable. Décider d'examiner la deuxième option (procédurale) ou la troisième (fond et procédure), aurait amené à

**Clause de respect :** « Chaque partie contractante se conforme à toute obligation qu'elle a souscrite pour un investissement déterminé d'un ressortissant d'une autre partie contractante » et

**Clause de respect : solution de fond :** « Chaque partie contractante observe toute autre obligation par écrit qu'elle aura contractée à l'égard d'investissements sur son territoire par des investisseurs d'une autre partie contractante. Les différends découlant de telles obligations sont réglés exclusivement selon les termes des contrats à l'origine des obligations. »

Le **Traité sur la charte de l'énergie**<sup>91</sup> exige, dans la dernière phrase de l'article 10(1), que :

« Chaque partie contractante respecte les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre partie contractante. »<sup>92</sup>

### 3.2.2. Doctrine

Pour ses rédacteurs et ceux qui l'ont commentée, la « *umbrella clause* » du projet de Convention de l'OCDE (clause de respect des engagements) ne couvrait vraisemblablement pas les obligations internationales, mais portait plutôt sur les obligations contractuelles acceptées par l'État d'accueil à l'égard des biens étrangers.<sup>93</sup>

---

se poser un certain nombre de questions subsidiaires, la plus importante étant celle du champ d'application. Fallait-il que la disposition s'applique à l'ensemble des droits conférés aux investisseurs par les accords entre investisseurs et États ? Dans la négative, fallait-il en limiter la portée, par exemple en distinguant les droits découlant de contrats essentiellement commerciaux (qui seraient probablement exclus) de ceux résultant d'accords dans le cadre desquels l'État exerce des prérogatives souveraines (qui seraient vraisemblablement couverts), distinction pouvant être difficile à effectuer dans la pratique, ou bien en énumérant et en définissant les diverses catégories de droits couverts, par exemple ceux découlant d'accords et d'autorisations d'investissement sur lesquels s'est fondé un investisseur. Le Groupe a étudié avec soin les choix stratégiques et les principaux problèmes, dans le temps qui lui était imparti, et a clarifié leurs conséquences. Vu la diversité des points de vue, il n'a pas rédigé de propositions de dispositions à intégrer à l'AMI. Il est néanmoins convenu de formuler les propositions présentées ci-dessus pour éclairer les choix fondamentaux. Ces textes n'ont toutefois pas été examinés par le Groupe et ne constituaient pas des recommandations spécifiques. Voir « Rapport du Groupe de rédaction concernant la protection des droits de l'investisseur découlant d'autres accords », DAF/MAI/DG1(96)REV1, 18 mars 1996, consultable à l'adresse <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/dg1/dg1961r1f.pdf>.

91. Le Traité sur la charte de l'énergie a été signé le 17 décembre 1994. Il peut être consulté à l'adresse <http://www.encharter.org/upload/1/ECT-French.pdf>

92. Le document du Secrétariat qui accompagne le traité définit son champ d'application comme suit : « L'article 10(1) a une implication importante, puisqu'il implique que la violation, par le pays d'accueil, d'un contrat d'investissement individuel devient une violation du traité sur la charte de l'énergie. Il s'ensuit qu'un investisseur étranger et son pays d'origine peuvent invoquer le mécanisme de règlement des différends du traité ». The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide, juin 2002. p. 26.

93. Voir A. C. Sinclair *op. cit* n.83.

Commentant cette clause, **Brower**,<sup>94</sup> a émis l'idée que le champ d'application *ratione materiae* de l'article avait été limité de manière à « ne couvrir que les contrats de concession et d'investissement de grande ampleur – dans l'établissement desquels l'État “exerce délibérément sa souveraineté” – et que l'on pourrait avancer que les contrats commerciaux ordinaires constituent une exception implicite à la règle générale de l'article 2. »<sup>95</sup>

Aujourd'hui, une opinion plus consensuelle semble se dégager parmi les commentateurs sur la portée de la « *umbrella clause* ». Dans la conférence qu'il a donnée à La Haye, **Prosper Weil** a émis l'idée qu'un traité d'investissement transformait une simple obligation contractuelle entre un État et un investisseur en une obligation de droit international, en particulier si le traité contenait une clause obligeant l'État à respecter ledit contrat.<sup>96</sup>

**F. Mann** partage également l'opinion selon laquelle la « *umbrella clause* » d'un TBI protège l'investisseur d'une simple violation du contrat : « il s'agit là d'une disposition particulièrement importante, dans le sens où elle protège l'investisseur de toute atteinte à ses droits contractuels, que cette atteinte résulte d'un manquement au contrat ou d'une mesure législative ou administrative, et que cette atteinte soit ou non équivalente à une expropriation. La modification, par des mesures législatives, des stipulations d'un contrat ou d'une licence, la résiliation d'un contrat ou le manquement à l'une des obligations qu'il prévoit – par exemple, le défaut de paiement ou la dissolution et la vente des actifs (avec ou sans le passif) de l'entreprise locale avec laquelle l'investisseur a conclu le contrat – et les agissements similaires sont autant d'actes que les traités rendent fautifs ».<sup>97</sup>

Dans la même logique, **Dolzer and Stevens** considèrent que « ces dispositions visent à garantir que chacune des parties au traité respectera ses engagements vis-à-vis des ressortissants de l'autre partie. Il s'agit d'une disposition particulièrement importante, parce qu'elle protège les droits contractuels de

---

94. C.N. Brower, « The Future of Foreign Investment—Recent Developments in the International Law of Expropriation and Compensation », dans V.S. Cameron (dir. pub.), *Private Investors Abroad – Problems and Solutions in International Business in 1975* (Southwestern Legal Foundation Symposium Series, Private Investors Abroad, Matthew Bender, New York, 1976), pp. 93, 105 n. 27, cité par A. C. Sinclair *op. cit.* n.83.

95. Wälde relève que les contrats relatifs aux investissements – dont on avait alors une conception plus étroite qu'aujourd'hui, en tant « qu'investissements directs étrangers » – ont toujours une dimension étatique. De plus, à l'époque, les traités ne prévoyaient que l'arbitrage entre États, ce qui était un mécanisme de filtrage, face à l'utilisation excessive et injustifiée des traités par des opérateurs commerciaux privés. « “The ‘Umbrella’ (or Sanctity of Contract/*Pacta Sunt Servanda*) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases », *Transnational Dispute Management, Volume 1 – n° 04 – octobre 2004* (à paraître en 2005, *Arbitration International*).

96. « Il n'y a en effet, pas de difficultés particulières [en ce qui concerne la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l'État] lorsqu'il existe entre l'État contractant et l'État national du cocontractant un traité de “couverture” qui fait de l'obligation d'exécuter le contrat une obligation internationale à la charge de l'État contractant envers l'État national du cocontractant. L'intervention du traité de couverture transforme les obligations contractuelles en obligations internationales et assure ainsi, comme on l'a dit, “l'intangibilité du contrat sous peine de violer le traité” ; toute inexécution du contrat, serait-elle même régulière au regard du droit interne de l'État contractant, engage dès lors la responsabilité internationale de ce dernier envers l'État national du cocontractant » *Recueil des Cours III 1969 pp. 132 et ss.*

97. F.A. Mann « British Treaties for the Promotion and Protection of Investments », *52 British Yearbook of International Law 241 (1981), p. 246.*

l'investisseur de toute atteinte, due à un simple manquement au contrat ou à des mesures législatives ou administratives, et parce que le droit international général ne permet pas de déterminer avec certitude si ces mesures constituent une violation d'une obligation internationale. »<sup>98</sup>

**E. Gaillard** relève qu'à chaque fois que l'État est tenu par un traité au respect de ses obligations contractuelles à l'égard d'investisseurs étrangers, la violation du contrat constitue également une violation du traité. Ces clauses pourraient être qualifiées de « *clauses d'effet miroir* ». Le traité a en réalité pour conséquence de refléter au plan du droit international ce qui s'analyse, au regard du droit privé applicable, en de simples violations contractuelles.<sup>99</sup>

La **CNUCED**<sup>100</sup> propose une analyse moins radicale de cette clause. Elle souligne que « la disposition est formulée de manière tellement vague qu'elle pourrait être interprétée comme couvrant les obligations de toute nature, explicites ou implicites, contractuelles ou non contractuelles, souscrites eu égard à l'investissement en général. Une disposition de cette nature pourrait modifier le régime juridique et faire relever l'accord des règles du droit international ».

**T. Wälde** adopte une position intermédiaire. Il estime que le droit international ne protège des manquements et atteintes aux contrats conclus avec le gouvernement ou soumis aux pouvoirs de l'État que si le gouvernement exerce ses prérogatives souveraines pour se soustraire à ses engagements contractuels ou porter atteinte de manière substantielle à ces engagements. Ce raisonnement s'applique aussi aux contrats exclusivement conclus avec des parties privées dans le pays d'accueil si ces contrats sont invalidés par les pouvoirs de l'État. (...) Si un différend n'a pas pour cœur ou centre de gravité l'exercice des pouvoirs de l'État (...), mais n'est qu'un litige contractuel «normal», le TBI et la « *umbrella clause* » ne jouent aucun rôle. »<sup>101</sup>

**P. Mayer** exprime une opinion différente, soutenant que la nature du rapport *inter pares* demeure inchangée et relève de la *lex contractus* et que seule la relation entre États est soumise au droit international.<sup>102</sup>

### 3.2.3 *Jurisprudence*

Alors que la « *umbrella clause* » fait l'objet de débats doctrinaux depuis des décennies, son apparition dans la jurisprudence est très récente. La première affaire soumise au CIRDI dans laquelle il en a été question date de 1998. Dans cette affaire, en l'occurrence *Fedax NV contre la République du Venezuela*,<sup>103</sup> fondée sur le TBI entre les Pays-Bas et le Venezuela, le tribunal ignorait l'existence d'une « *umbrella clause* » et n'a donc pas procédé à un examen approfondi de ses termes et de son application. Il a tout simplement appliqué son « sens ordinaire » – à savoir que les engagements devaient être respectés aux termes du TBI – au document contractuel que constituait le billet à ordre. Il a estimé que le

---

98. R. Dolzer et M. Stevens « Bilateral Investment Treaties », *Kluwer Law*, 1995, pp. 81-82.

99. « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Revue de l'Arbitrage* p. 868, note 43.

100. « Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s » Nations Unies, 1998, p. 56.

101. T. Wälde *op. cit.* n. 95.

102. « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État » *JDI*, 1986 pp. 36-37.

103. *Fedax NV contre la République du Venezuela*, sentence, 9 mars 1998, 37 ILM 1391 (1998).

Venezuela avait l'obligation « d'honorer précisément les termes et conditions de l'investissement, énoncés, pour l'essentiel dans l'article 3 de l'Accord, ainsi que d'honorer les paiements prévus dans les billets à ordre émis ». <sup>104</sup> Le fond de l'affaire avait été partiellement réglé par une transaction entre les parties.

La première affaire <sup>105</sup> dans laquelle un tribunal arbitral a évalué la portée d'une « *umbrella clause* » est l'affaire *SGS Société Générale de Surveillance, S.A. contre la République islamique du Pakistan* (2003), <sup>106</sup> fondée sur le traité entre le Pakistan et la Suisse. Le tribunal a rejeté l'argument de SGS, selon lequel cette clause érigeait les violations du contrat en violations du traité.

« Le texte de l'article 11 n'entend pas affirmer que les violations contractuelles alléguées par un investisseur eu égard à un contrat conclu avec un État (ce qui est, dans une large mesure, considéré comme étant une affaire relevant du droit interne et pas du droit international) sont automatiquement « érigées » au rang de violations du droit international ». <sup>107</sup>

Le tribunal a ajouté qu'un tel argument aurait des conséquences juridiques d'une telle ampleur et un impact potentiel tellement grave pour l'État, qu'il ne saurait être retenu sans que des preuves claires et convaincantes de l'intention des parties soient produites. Il a estimé que ces preuves faisaient défaut. <sup>108</sup> Il a également avancé que l'interprétation de la partie demanderesse « reviendrait à intégrer, par référence, un nombre illimité de contrats conclus par l'État », dont la violation serait « considérée comme une violation du traité ». <sup>109</sup>

Simultanément, SGS a engagé une autre action, contre les Philippines, <sup>110</sup> sur le fondement du TBI entre la Suisse et les Philippines. <sup>111</sup> En l'espèce, le tribunal a examiné la manière dont la clause avait été

---

104. Idem, para. 25, 29. (2002) 5 Rapports du CIRDI 186.

105. Le premier tribunal qui a statué en vertu du Traité sur la charte de l'énergie, en l'occurrence dans l'affaire *Nykomb contre Lettonie*, aurait pu se prononcer sur la base de la « *umbrella clause* » du Traité, comme le proposait la partie demanderesse, mais a préféré s'appuyer sur le traitement national. Ce faisant, il s'est dispensé d'avoir à statuer sur le point de savoir si, en l'espèce, la juridiction arbitrale du Traité sur la charte de l'énergie devait primer la clause attributive de compétence en faveur des tribunaux nationaux insérée dans le contrat. L'existence et la portée potentielle de la clause ont aussi été examinés dans l'affaire *Salini Costruttori S.P.A. et Italstrade S.P.A. contre le Royaume hachémite de Jordanie*, en vertu du TBI entre l'Italie et la Jordanie. Le tribunal a examiné les décisions rendues, sur la « *umbrella clause* », par les tribunaux qui avaient statué dans l'affaire SGS et a finalement estimé que le TBI entre l'Italie et la Jordanie ne contenait pas une telle clause.

106. *SGS Société Générale de Surveillance, S.A. contre la République islamique du Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/01/13, décision sur la compétence, 6 août 2003, 18 ICSID review F.I.L.J. 307 (2003).

107. *Ibid.*, para. 166.

108. *Ibid.*, para. 167 et 173.

109. *Ibid.*, para. 168.

110. *SGS Société Générale de Surveillance, S.A. contre la République des Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/02/6, décision sur la compétence, 29 janvier 2004, consultable à l'adresse [www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf)

111. Sur ces deux affaires, voir l'analyse d'E. Gaillard *op. cit.* n. 99, C. Schreuer *op. cit.* n. 82, T. Wälde *op. cit.* n. 95.

interprétée dans l'affaire SGS contre Pakistan et, tout en reconnaissant que cette clause n'était pas formulée de la même manière dans les deux traités, a jugé la décision non convaincante<sup>112</sup> et extrêmement restrictive.<sup>113</sup> Il a conclu que :

« Pour résumer les conclusions du tribunal sur ce point, l'article X(2) érige le non-respect par l'État d'accueil des engagements, y compris contractuels, souscrits à l'égard d'investissements particuliers, au rang d'une violation du TBI. Toutefois, il ne transforme pas pour autant la question de l'étendue du contenu desdites obligations en une question de droit international ». <sup>114</sup>

Toutefois, bien que le tribunal ait retenu une interprétation plus large de la portée de la « *umbrella clause* » que celui qui avait statué dans l'affaire SGS contre Pakistan, il a en définitive considéré que si le contrat attribuait, eu égard aux différends contractuels, la compétence exclusive à une autre juridiction (un tribunal national ou un tribunal arbitral désigné par le contrat), la compétence revenait à cette juridiction. Le tribunal du CIRDI a donc décidé de surseoir à la procédure jusqu'à ce que la partie demanderesse obtienne un jugement rendu par les tribunaux nationaux, quitte à revenir vers le CIRDI si elle n'était pas satisfaite de ce jugement.<sup>115</sup>

Dans l'affaire *Waste Management contre les États-Unis du Mexique*,<sup>116</sup> le tribunal, qui a statué en vertu de l'ALENA, a exprimé son opinion sur la « *umbrella clause* », malgré l'absence d'une telle clause dans le chapitre 11 de l'ALENA. Il a relevé que « le chapitre 11 de l'ALENA – à la différence de nombreux traités bilatéraux et régionaux sur l'investissement – ne comporte pas de disposition attributive de compétence eu égard aux violations des contrats d'investissement comme [le contrat de concession]. Il ne contient pas non plus de « *umbrella clause* » faisant obligation au pays d'accueil de respecter ses engagements contractuels. »

Suivant le même raisonnement, le tribunal qui a statué dans l'affaire *Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA contre la République algérienne démocratique et populaire*,<sup>117</sup> a, tout en constatant l'absence de « *umbrella clause* » dans le TBI entre l'Italie et l'Algérie, estimé que : « ces clauses ont pour effet de transformer les violations des engagements contractuels de l'État en violations de cette disposition du traité et, par là même, de donner compétence au tribunal arbitral mis en place en application du traité pour en connaître. »

---

112. Ibid., para. 125.

113. Ibid., para. 119 et 120.

114. Ibid., para. 128.

115. Ibid., para. 136-155 et 170-76. L'un des trois membres du tribunal, le Professeur A. Crivellaro, a rédigé une opinion dissidente.

116. *Waste Management Inc. contre les États-Unis du Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB (AF)/00/3, sentence, 30 avril 2004, para. 73, consultable à l'adresse [www.economia-snci.gob.mx/sphp\\_pages/importa/sol\\_contro/consultoria/Casos\\_Mexico/Waste\\_2\\_management/laudo/laudo\\_ingles.pdf](http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/Casos_Mexico/Waste_2_management/laudo/laudo_ingles.pdf).

117. *Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA contre la République algérienne démocratique et populaire*, Affaire CIRDI n° ARB/03/08, sentence, 10 janvier 2005, consultable à l'adresse <http://www.worldbank.org/icsid/cases/lesi-sentence-fr.pdf>.

Dans l'affaire *Sempra Energy International contre la République argentine*,<sup>118</sup> le tribunal a souligné que le différend découlait de « la manière dont la violation des engagements contractuels avec les titulaires de licence [Sempra] (...) affecte les droits que l'investisseur prétend avoir aux termes du traité et les garanties sur la base desquelles il a réalisé l'investissement bénéficiant de la protection ». <sup>119</sup> Le tribunal a reconnu que ces violations contractuelles équivalaient à des violations du traité et a été conforté dans cette opinion par le fait que « le traité contenait également la garantie d'une clause générale de type « *umbrella clause* » [par exemple la garantie de l'article II(2)(c)], relative à l'obligation de respecter les engagements contractuels à l'égard de l'investissement, qui crée un lien encore plus étroit entre le contrat, le contexte de l'investissement et le traité ». <sup>120</sup>

Dans l'affaire *Joy Mining Machinery Limited contre la République arabe d'Égypte*,<sup>121</sup> le tribunal a interprété la « *umbrella clause* » comme s'appliquant aux violations des droits contractuels qui, du fait de leur ampleur, peuvent être érigées au rang de violations du traité. Il a considéré que « dans ce contexte, on ne peut pas considérer que la présence, qui plus est discrète, d'une « *umbrella clause* » dans le contrat, pourrait avoir pour effet de transformer tous les différends résultant des contrats en différends découlant du traité, sauf, bien sûr, s'il y a violation manifeste des droits et obligations prévus par le traité ou violation des droits contractuels d'une ampleur telle que la protection du traité peut être mise en jeu, ce qui, en l'espèce, n'est pas le cas. Il manque un lien entre le contrat et le traité pour qu'un tel effet soit possible. Il pourrait en aller tout autrement dans des affaires où l'existence de ce lien est établie, ce qui, de toute évidence n'est, en l'espèce, pas le cas. » <sup>122</sup>

En rendant sa sentence partielle dans l'affaire *Eureko B. V. contre la République de Pologne*,<sup>123</sup> le tribunal a examiné très précisément la « *umbrella clause* » contenue dans le TBI entre les Pays-Bas et la Pologne. Il a interprété cette clause suivant son sens ordinaire, conformément à l'article 31, paragraphe 1 de la Convention de Vienne. Il a considéré que le « *sens simple – sens “ordinaire” – d'une disposition*

---

118. Voir *op. cit.* n. 51.

119. *Idem*, para. 100.

120. *Idem*, para. 101.

121. *Joy Mining Machinery Limited contre la République arabe d'Égypte*, décision sur la compétence, Affaire CIRDI n° ARB/03/11, 6 août 2004. Joy Mining, une société immatriculée selon le droit du Royaume-Uni, a engagé une procédure d'arbitrage devant le CIRDI en vertu du TBI entre le Royaume-Uni et l'Égypte. Le différend portait sur un « contrat pour la fourniture de systèmes miniers dits en longue taille et d'équipements annexes pour le projet de mine de phosphate d'Abu Tartur » conclu en avril 1998 entre Joy Mining et la General Organization for Industrial Projects d'Égypte. Le désaccord des parties portait sur les tests de performance de l'équipement et sur la libération des garanties. Le tribunal s'est interrogé sur le point de savoir si des garanties bancaires pouvaient être considérées comme un investissement aux termes du TBI. Relevant que ces garanties ne sont que des engagements conditionnels, il a conclu qu'elles ne pouvaient pas être considérées comme des actifs au sens du TBI et, par conséquent, comme des investissements bénéficiant de la protection du traité. En ce qui concerne la distinction entre les litiges contractuels et ceux découlant d'une violation du traité sur l'investissement, le tribunal a considéré que « dans ce contexte, on ne peut pas considérer que la présence, qui plus est discrète, d'une « *umbrella clause* » dans le contrat pourrait avoir pour effet de transformer tous les différends résultant des contrats en différends découlant du traité (...) ».

122. *Idem*, para. 81.

123. *Eureko B.V. contre la République de Pologne*, sentence partielle, 19 août 2005, consultable à l'adresse <http://www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf>



aux termes de laquelle un État “s’engage à respecter” toute obligation qu’il a pu contracter à l’égard de certains investissements étrangers n’a rien d’obscur. L’expression “s’engage à respecter” est impérative et catégorique. Le terme “toute” obligation est large ; il suppose que ne sont pas seulement visés certains types d’obligations, mais “toute obligation, en d’autres termes toutes les obligations” souscrites à l’égard des investissements réalisés par des investisseurs de l’autre partie contractante ». <sup>124</sup> Il a par conséquent conclu que le contrat entre Eureko et le gouvernement polonais relevait de sa compétence.

Dans l’affaire *Noble Ventures, Inc contre la République de Roumanie*,<sup>125</sup> le tribunal a notamment eu à analyser si les obligations contractuelles constituaient également des obligations de droit international en vertu de la « *umbrella clause* » contenue dans le TBI entre les États-Unis et la Roumanie. Dans un long commentaire de cette clause, le tribunal a estimé que l’article II(2)(c) du TBI visait à créer des obligations et « *de toute évidence, des obligations allant au-delà de celles prescrites par d’autres dispositions du TBI lui-même* », faisant clairement référence aux contrats d’investissement. Il a également souligné qu’une telle interprétation était confortée par la règle voulant que le traité soit interprété selon son objet et son but ; « *toute autre interprétation priverait l’article II(2)(c) de tout contenu pratique, et on ne peut pas se dispenser de faire référence au principe d’efficacité (...)* ». Sur ce point, le tribunal a considéré « *qu’une clause qui peut facilement être interprétée de cette manière et serait, à défaut, privée de tout caractère applicable dans la pratique, doit naturellement être interprétée comme protégeant également les investisseurs eu égard aux contrats conclus avec l’État d’accueil en général dans la mesure où la conclusion de ces contrats est en rapport avec l’investissement.* » Il a ajouté qu’en négociant un TBI, deux États peuvent créer une exception aux règles découlant de l’autonomie du droit interne et « *que si cela permettait d’atteindre le but du traité, l’État d’accueil pouvait voir sa responsabilité internationale engagée en cas de manquement à ses obligations contractuelles (...), la violation d’un contrat étant ainsi « internationalisée », en d’autres termes assimilée à une violation du traité* ». La « *umbrella clause* » crée cette exception.

Bien que les affaires précitées n’aient pas abouti à la même conclusion en ce qui concerne l’interprétation de la « *umbrella clause* » – ce qui s’explique en partie par le fait que les dispositions des traités examinés ne sont pas formulées de la même manière – il semble que cette clause soit de plus en plus souvent interprétée comme couvrant « toutes les obligations » souscrites par l’État, qu’elles découlent d’un traité ou d’un contrat (et, en particulier, qu’elles couvrent les contrats d’investissement).

---

124. *Idem*, para. 246.

125. *Noble Ventures, Inc. contre la République de Roumanie*, sentence, 12 octobre 2005, Affaire CIRDI n° ARB/ 01/11. Cette décision concerne un différend entre une entreprise américaine, Nobel Ventures, Inc (« la demanderesse ») et la Roumanie, né d’un accord de privatisation relatif à l’acquisition à la gestion et au fonctionnement d’une usine sidérurgique, Combinatul Siderurgic Resita (« CSR ») et d’actifs annexes. L’accord de privatisation a été conclu entre la société demanderesse et le Fonds roumain de la propriété de l’État (« le Fonds »). Noble Ventures a payé au Fonds la première échéance du prix de vente convenu et le Fonds a remis à Noble Ventures ses actions dans CSR, qui représentaient la quasi-totalité du capital. Noble Ventures a allégué, entre autres, que la Roumanie avait violé plusieurs des accords relatifs au contrôle de CSR, qu’elle avait donné de fausses informations sur les actifs de CSR dans le cahier des charges de l’appel d’offres lancé pour la privatisation, qu’elle n’avait pas négocié de rééchelonnement de la dette avec les créanciers publics de bonne foi comme elle s’y était engagée, qu’elle n’avait pas protégé et garanti la sécurité de l’investissement durant une grève survenue en 2001 et qu’elle avait engagé une procédure en insolvabilité de mauvaise foi, comportement qui violait la norme de traitement juste et équitable et équivalait à une expropriation.