

BIBLIOTHÈQUE DE L'INSTITUT DES HAUTES
ÉTUDES INTERNATIONALES DE PARIS
collection dirigée par Jean Combacau et Joe Verhoeven

LE CONTENTIEUX ARBITRAL TRANSNATIONAL RELATIF À L'INVESTISSEMENT

Nouveaux développements

Sous la direction de Charles Leben

Charles Leben
Yves Nouvel
Walid Ben Hamida
Claire Crépet Daigremont
Ibrahim Fadlallah
Alejandro A. Escobar
Noah Rubins
Farouk Yala
Thomas W. Wälde
Kaj Hobér
Eduardo Silva Romero
Joe Verhoeven



L.G.D.J

La distinction *treaty claims* – *contract claims* et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous faussé route ?*

Ibrahim Fadlallah

Professeur émérite de l'Université Paris X

1. L'objet de cette communication est de rechercher l'incidence du fondement des demandes sur la compétence d'un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI. La question se pose lorsqu'il existe, entre États parties à la Convention de Washington, un traité de protection et d'encouragement réciproque des investissements, le plus souvent bilatéral (T.B.I.) qui prévoit la faculté, pour l'investisseur, de recourir à l'arbitrage CIRDI, et qu'en même temps, il existe un contrat qui prévoit la juridiction exclusive d'une autre instance, étatique ou arbitrale. La situation est très courante, en raison des innombrables traités bilatéraux en vigueur à ce jour¹, de l'universalité croissante de la Convention de Washington, et de ce que, le plus souvent, les réclamations de l'investisseur sont relatives à un contrat.

2. La notion d'investissement est aujourd'hui si large que toute opération économique impliquant une certaine durée réalisée dans un pays est éligible à la convention de Washington. Entreprise de construction, concession de service public, financement, projet industriel ou commercial, voire tout droit économique impliquant un minimum de durée et de risque², sont à la confluence des T.B.I. et de la Convention de Washington. Il est rare que l'investisseur ait une réclamation étrangère à l'exécution d'un contrat : il soutient généralement que l'État a violé le contrat et les dispositions du traité prévoyant

* Les sentences citées sont récapitulées, avec leurs références, en fin d'article.

1 Au 1^{er} janvier 2003, 2181 BIT avaient été conclus (source: CNUCED).

2 Voy. F. YALA, « Notion d'investissement », in « Investissements internationaux et arbitrage », *Les Cahiers de l'arbitrage* (supplément de la *Gazette du Palais*), 2003, n° 2, deuxième partie, pp. 9 et s., commentaires des décisions *Salini Costruttori et Italstrade SpA c. Royaume du Maroc* (ARB/00/4), 23 juillet 2001, et *Mihaly International Corp. c. République socialiste et démocratique du Sri Lanka* (ARB/00/2), 15 mars 2002. Les sentences citées sont récapitulées, avec leurs références, en fin d'article.

un traitement juste, équitable et non discriminatoire, la sécurité de l'investissement et la protection contre l'expropriation. La combinaison d'un T.B.I. et d'un contrat est donc appelée à devenir une situation habituelle devant le CIRDI. Elle présente une grande importance pratique. La supériorité de l'arbitrage CIRDI réside en ce que la sentence est dispensée d'*exequatur* et qu'en dépit du maintien de l'immunité éventuelle d'exécution (Convention de Washington, article 55) les États sont enserrés dans un réseau conventionnel international qui favorise l'exécution volontaire. Délaissant les juridictions nationales de l'État d'accueil, les investisseurs ont de plus en plus tendance, dans le choix qui leur est généralement offert par les T.B.I., à préférer l'arbitrage CIRDI à d'autres arbitrages possibles, institutionnels ou non. Il est donc important de déterminer la compétence de ce que l'on a appelé, depuis la sentence *AAPL c. Sri Lanka*³, de manière peut-être excessive mais frappante, « *Arbitration without privity* »⁴.

3. Diverses sentences sont intervenues à l'intersection des traités et des contrats. Si elles convergent vers certaines solutions, leur démarche est parfois contradictoire et les difficultés, au lieu de se résoudre au fil de la jurisprudence arbitrale, s'aggravent. Il faut alors se poser à nouveau les questions fondamentales en revenant aux sources. L'amorce d'une réflexion critique conduit même à se demander si nous ne sommes pas en train de faire fausse route.

Plusieurs sentences récentes permettent d'illustrer les difficultés rencontrées, quant au fondement des demandes, pour apprécier la compétence de l'arbitre CIRDI. On en donnera un aperçu (I) avant de les commenter (II).

I. Aperçu

4. Les sentences retenues sont *Salini c. Maroc* du 23 juillet 2001⁵, *Compañía de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal c. Argentine* du 21 novembre 2000, partiellement annulée par décision du 3 juillet 2002⁶, *CMS c. Argentine* du 17 juillet 2003⁷, *SGS c. Pakistan* du 6 août 2003⁸ et *SGS c. Philippines* du 29 janvier

3 *AAPL c. Sri Lanka* (ARB/87/3, 27 juin 1990, ILM, 1991, p. 577); *Lanco International, Inc c. Argentine*, décision du 8 décembre 1998 (ICSID Case N° ARB/97/6).

4 J. PAULSSON, « Arbitration without Privity », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10 (2), 1995, pp. 232-257.

5 *Salini c. Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence, 23 juillet 2001.

6 *Compañía de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal c. Argentine* (ARB/97/3), sentence du 21 novembre 2000.

7 *CMS Gaz Transmission Company c. Argentine* (ARB/01/8), décision sur la compétence, 17 juillet 2003.

8 *SGS Société générale des Surveillances s.a. c. République islamique du Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003.

2004⁹. D'autres sentences abordent plus rapidement la question : *Generation Ukraine c. Ukraine* du 16 septembre 2003, *Azurix Corp. c. Argentine* du 8 décembre 2003, *Enron Corp. c. Argentine* du 14 janvier 2004 et du 2 août 2004, *Siemens AG c. Argentine* du 3 août 2004¹⁰. Une sentence *RFCC c. Maroc*¹¹, qui peut être rapprochée de la sentence *Salini*, a été rendue sur le fond le 22 décembre 2003 et comporte des précisions intéressantes.

Dans tous les cas, un investisseur, contractant de l'État ou de l'une de ses émanations ou subdivisions territoriales, a agi devant le CIRDI contre l'État, en vertu d'une clause d'un T.B.I., pour violation du contrat ou du traité. Or, dans le même temps, le contrat comportait une clause attributive de compétence à une autre juridiction, arbitrale ou étatique. Les États se sont fondés sur ces clauses pour dénier la compétence du CIRDI.

Les solutions théoriquement possibles allaient de la compétence totale à l'incompétence du CIRDI, en passant par une compétence partielle.

5. Dans l'affaire *Salini c. Maroc*, il s'agissait d'un contrat passé entre une entreprise italienne et la Société des Autoroutes du Maroc, considérée comme une émanation de l'État; l'entrepreneur présentait des réclamations, essentiellement fondées sur le contrat, pour violation de celui-ci et du Traité bilatéral italo-marocain dont l'article 8 offrait une compétence alternative des juridictions marocaines, d'un arbitrage C.N.U.D.C.I. ou du CIRDI, voie choisie par l'investisseur. L'État soutenait que le contrat, qui sert de base aux demandes, prévoyait la compétence des tribunaux marocains, ce qui valait renonciation à l'arbitrage CIRDI. Le tribunal n'a pas admis cette renonciation. Il a considéré qu'il était compétent pour statuer sur les violations du contrat qui constituent en même temps une violation du traité, mais qu'il n'était pas compétent pour les violations purement contractuelles.

6. L'affaire *Vivendi Universal* [anciennement C.G.E.] *contre l'Argentine* est plus complexe et mérite d'être simplifiée pour être utile à notre propos. Un contrat de concession, s'inscrivant dans le cadre de la privatisation des réseaux d'eau et d'égout, a été conclu entre la CGE et sa filiale argentine d'une part, et la province de Tucumán d'autre part. Ce contrat attribuait compétence exclusive aux juridictions de Tucumán. Le T.B.I. franco-argentin du 3 juillet 1991

⁹ *SGS Société générale de surveillance s.a. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004.

¹⁰ *Generation Ukraine c. Ukraine* (ARB/00/9), sentence, 16 septembre 2003; *Azurix Corp. c. Argentine* (ARB/01/12), décision sur la compétence, 8 décembre 2003; *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine* (ARB/01/3), décisions sur la compétence, 14 janvier 2004 et 2 août 2004; *Siemens A.G. c. Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence, 3 août 2004.

¹¹ *Consortium RFCC c. Maroc* (ARB/00/6), décision sur la compétence, 16 juillet 2001, sentence, 22 décembre 2003.

offrait, dans son article 8, le même choix de compétence que le T.B.I. italo-marocain, mais précisait que le choix effectué serait définitif. Le Tribunal arbitral a estimé qu'il avait compétence pour connaître des violations éventuelles du traité par l'Argentine, mais qu'il ne pouvait pas déterminer quelles actions de la province de Tucumán relevaient de l'exercice de son autorité souveraine et quelles autres de l'exercice de ses droits de partie au contrat (§ 79). Selon le Tribunal, la nature des faits invoqués au soutien de la plupart des demandes lui rend impossible de distinguer les violations du traité de l'inexécution du contrat, à moins d'interpréter et d'appliquer préalablement les clauses détaillées de ce contrat. Il en conclut que les demandeurs auraient dû réclamer leurs droits découlant du contrat devant les tribunaux de Tucumán auxquels une compétence exclusive avait été conférée pour en connaître (p. 3). En conséquence, le tribunal rejette les demandes contre l'Argentine.

7. Le Comité *ad hoc* a annulé cette sentence pour excès de pouvoir, ce qui couvre le refus par l'arbitre d'exercer son pouvoir. Le Comité distingue les violations du contrat de celles du traité et pose que, dès lors que le tribunal avait correctement jugé qu'il avait compétence pour connaître des violations du traité, il devait trancher le litige y afférent même si cela impliquait de se prononcer sur le contrat. La compétence du Tribunal s'étend au contrat dans la mesure nécessaire au règlement de la question de la violation du traité.

8. Dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le demandeur avait acquis de l'État une participation minoritaire dans une société argentine bénéficiaire d'une licence de transport de gaz. Diverses mesures ayant été prises par l'Argentine à la suite de la crise économique de 1999, CMS soutenait que son investissement en était affecté en violation du Traité États-Unis – Argentine. Comme divers autres litiges étaient pendants concernant les droits de la société licenciée, qui relevaient des juridictions locales, le Tribunal arbitral a été conduit, une fois de plus, à distinguer les demandes contractuelles de celles fondées sur le traité et à retenir sa compétence pour ces dernières, nonobstant toutes autres clauses attributives de compétence.

9. La sentence *SGS c. Pakistan* concerne un contrat directement signé entre ces deux entités, relatif à l'inspection à l'embarquement (*pre-shipment inspection*) et à la tarification douanière des marchandises destinées à être exportées de certains pays vers le Pakistan. L'objectif était d'assurer une classification appropriée des produits et d'améliorer l'efficacité des douanes pour la perception des droits et leur accroissement. Ce contrat contenait une clause d'arbitrage de droit pakistanais. Le Pakistan a résilié le contrat. SGS a fait valoir que le Pakistan avait violé le contrat et le T.B.I. conclu postérieurement avec la Suisse. Elle a introduit un arbitrage CIRDI, alors que le Pakistan avait mis en

œuvre l'arbitrage prévu par le contrat¹². Le Tribunal CIRDI a décidé, comme l'avait fait la sentence *Salini*, qu'il avait compétence pour connaître de la violation du T.B.I., mais non des violations du contrat qui ne constituent pas une violation des normes substantielles du traité (§ 162). Les sentences *Generation Ukraine c. Ukraine*, *Azurix c. Argentine* et *Siemens AG c. Argentine* se situent dans la même ligne.

10. Une autre sentence *SGS c. Philippines*, du 29 janvier 2004¹³, a, sur des faits analogues, expressément pris, sur diverses questions, le contre-pied de la sentence qui opposait la SGS au Pakistan. Elle a considéré qu'en principe, le Tribunal CIRDI avait compétence pour connaître du litige, y compris dans ses aspects contractuels, mais qu'il en allait autrement si le contrat comportait une clause de juridiction exclusive qui s'imposait à lui. Il en a déduit que les litiges purement contractuels devaient être soumis au for contractuel. Puis il a considéré que la demande formée devant lui, en paiement d'une somme d'argent, était dans la dépendance de la détermination, par le juge du contrat, du montant dû; que ce préalable constituait une condition de recevabilité (*admissibility*) à la demande en paiement fondée sur la violation du traité, demande jugée prématurée. En conséquence, le Tribunal arbitral a sursis à statuer jusqu'à ce que le préalable du montant contractuellement dû ait été déterminé par la juridiction contractuelle ou par accord entre les parties.

Cette sentence qui, par sa réticence à régler le préalable contractuel, se rapproche de la sentence *Vivendi* annulée sur ce point, est particulière dans sa démarche: elle reconnaît une compétence générale de l'arbitre international, fondée à la fois sur la clause de règlement des litiges et sur l'*umbrella clause*, mais elle aboutit, en transformant un élément du litige au fond en condition de recevabilité préjudicielle, à rendre inutile le recours à l'arbitre.

11. La sentence *Azurix c. Argentine* du 8 décembre 2003 refuse de tenir compte de la clause contractuelle de juridiction, lorsque le contrat lie l'investisseur à une partie autre que l'État hôte. Elle rejette, pour la même raison, le moyen tiré de la clause de choix définitif ouverte par le traité (*fork in the road*).

Les sentences *Occidental c. Equateur*, rendue sous l'égide de la L.C.I.A. le 1^{er} juillet 2004¹⁴, et *Enron c. Argentine* des 14 janvier et 2 août 2004, posent

12 Le Tribunal CIRDI a dû ordonner une mesure provisoire (*Procedural Order* n° 2 du 16 octobre 2002) recommandant la suspension de l'arbitrage local jusqu'à ce qu'il ait statué sur sa compétence. SGS avait aussi agi à Genève contre le Pakistan mais sa demande a été écartée en raison de la clause d'arbitrage (tribunal de première instance) puis de l'immunité de juridiction de l'État étranger (cour d'appel et Tribunal fédéral).

13 *SGS c. Philippines*, du 29 janvier 2004 (Case No. ARB/02/6) « Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction » (déjà cité note 9).

14 *Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*, London Court of International Arbitration (Case n° UN3467), sentence finale, 1^{er} juillet 2004.

l'exigence d'un choix véritable, qui n'existe pas lorsque l'investisseur fait face à une contrainte de saisir les tribunaux locaux (par exemple en matière fiscale) ; l'investisseur conserve le choix lorsque la saisine des tribunaux internes n'est pas son fait.

II. Commentaire

12. Aucune sentence n'a dénié la compétence CIRDI offerte par un traité lorsque l'investisseur invoque une violation de ce traité, même si elle repose sur une violation du contrat. La faculté pour l'investisseur d'invoquer l'offre de l'arbitrage CIRDI figurant dans un T.B.I., en dépit de l'existence d'une clause contractuelle conduisant à une autre juridiction, est antérieure aux sentences ici commentées¹⁵. Les difficultés concernent l'articulation entre les diverses procédures, notamment l'étendue de la compétence des juridictions concurrentes. Le système élaboré par les sentences ne paraît ni cohérent ni satisfaisant, comme le montrent les nombreuses complications apparues. Il est utile de reprendre, en termes aussi simples que possible, les interrogations fondamentales sur l'étendue de la compétence *ratione materiae* (A), l'incidence de l'identité des parties sur la compétence de l'arbitre CIRDI (B), et la clause de choix définitif (C).

A. Étendue de la compétence *ratione materiae*

1. Compétence générale de la juridiction saisie

13. Les traités, dans leur grande majorité, comportent une option de compétence pour « tous les différends relatifs à un investissement » entre un investisseur et l'État hôte. La compétence est ainsi définie par l'*objet* du litige, et non par sa nature (contractuelle ou non) ou par le fondement de la demande (violation du contrat, violation du traité)¹⁶. La distinction entre les demandes fondées sur le contrat et les demandes fondées sur le traité (*contract claims—treaty claims*), si elle peut avoir quelque intérêt dans l'examen du litige au fond, apparaît radicalement artificielle au regard de la compétence. L'*umbrella clause*, entendue comme une clause du traité engageant l'État à respecter toutes ses

15 Voy. *AAPL c. Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990; *Lanco c. Argentine* (ARB/97/6), décision sur la compétence du 8 décembre 1998; *Azurix Corp. c. Argentine* (ARB/01/12), décision sur la compétence du 8 décembre 2003; *Alex Genin et autres c. Estonie* (ARB/99/2), sentence du 25 juin 2001; *Tradex Hellas S.A. c. Albanie* (ARB/94/2), décision sur la compétence du 24 décembre 1996. On ajoutera la sentence *Azinian c. Mexique* (ARB(AF)/97/2), 1^{er} novembre 1999, rendue sur le fondement de l'ALENA, selon le mécanisme supplémentaire.

16 Sauf, bien entendu, restriction expresse du Traité comme dans l'ALENA.

obligations (sous-entendu: même contractuelles) envers l'investisseur, est inutile pour la compétence: elle n'a d'intérêt, à cet égard, que si l'on a admis au préalable la distinction selon le fondement des demandes.

14. Il faut se garder de spécialiser les juridictions, destinées à résoudre les litiges relatifs aux investissements, en fonction du fondement des demandes. L'on aboutirait, sinon, à un dépeçage artificiel des litiges, parfaitement ressenti dans les sentences *Vivendi c. Philippines* et *SGS c. Philippines* et, hélas, fort mal résolu: tantôt l'on a rejeté la demande sans l'examiner, tantôt l'on a sursis à statuer, rendant dans les deux cas inopérante l'intervention de la juridiction arbitrale.

15. Mais surtout, il est erroné de cantonner la compétence de la juridiction CIRDI à la seule violation des sources internationales. Les T.B.I. prennent appui sur la Convention de Washington et celle-ci a été d'abord conclue pour donner un for arbitral international aux contrats d'investissement, quelle que soit la loi applicable (articles 25 et 42). Dès lors que le T.B.I. permet le recours à l'arbitrage CIRDI pour les litiges relatifs aux investissements, la compétence des arbitres s'étend à tous ces litiges. Il n'existe pas de principe de division du travail entre l'arbitre CIRDI, gardien du respect du droit international, et l'arbitre du contrat à qui serait dévolue la tâche moins noble de vérification de la bonne exécution des contrats.

16. La même compétence générale s'applique aux autres juridictions potentielles: arbitrage non-CIRDI ou juridictions nationales. L'arbitre du contrat a normalement compétence, si la clause n'est pas rédigée de manière limitative, pour vérifier si l'exécution du contrat ne viole pas la protection promise par le traité. Les tribunaux nationaux, compétents pour statuer sur un litige découlant de l'investissement ou du contrat y relatif, ont la parfaite latitude de rechercher si l'État hôte a violé un traité protecteur de l'investissement, fût-ce dans le cadre de l'exécution du contrat. Il n'en irait autrement, ici encore, qu'en cas d'exclusion expresse. Mais si les juridictions nationales étaient empêchées, par quelque règle de leur droit national, d'appliquer le traité, un recours spécifique serait ouvert à l'investisseur pour violation du traité par refus d'application.

2. La concurrence d'une clause attributive de juridiction dans le contrat

17. Lorsque le contrat prévoit une clause attributive de juridiction à un arbitre étranger au CIRDI ou aux tribunaux étatiques, la jurisprudence dominante donne effet à cette clause au détriment de l'arbitre CIRDI. Mais elle limite la compétence du juge ainsi désigné aux litiges purement contrac-

tuels. Même la sentence *SGS c. Philippines*, qui avait admis le principe de compétence générale qui vient d'être décrit, refuse d'examiner les aspects purement contractuels du litige. La ligne de partage est la suivante : l'arbitre CIRDI peut connaître de toutes les violations du traité, y compris celles qui résultent d'une violation du contrat. Il doit alors examiner le contrat afin de vérifier si la violation alléguée constitue une violation du traité¹⁷. Les arbitres CIRDI font la distinction entre une simple violation ou inexécution du contrat, et sa transformation en violation des obligations substantielles du traité, notamment au regard du traitement juste et équitable, non discriminatoire, de la protection de l'investissement et du respect des règles relatives à l'expropriation (intérêt public, compensation rapide et équitable). Les décisions insistent sur ce que les critères d'appréciation du respect du traité relèvent du droit international et ne peuvent être affectés par la loi ou les décisions, administratives ou juridictionnelles, internes. La tendance générale qui se dégage est que la simple violation d'un contrat n'est pas par elle-même une violation du traité, si elle n'atteint pas un degré tel qu'elle affecte les garanties qu'il énonce.

18. Cette jurisprudence révèle une dichotomie entre les éléments d'un même litige. Si les arbitres recherchent si une violation du contrat constitue une violation du traité, ils peuvent adopter deux approches : une approche hypothétique, qui suppose la violation du contrat acquise et qui consiste à se demander si cette violation constitue une infraction au traité ; en cas de réponse positive, ils sont bien obligés de se demander si la violation du contrat est effective. Une autre approche consiste à se demander d'abord si la violation du contrat existe effectivement et, dans l'affirmative, à la confronter aux exigences du traité¹⁸. Certes, le regard n'est pas le même selon qu'il s'agit d'apprécier la conformité au contrat ou la violation du traité, pour laquelle le comportement de l'État jouera un rôle prépondérant, mais dans tous les cas, le litige contractuel aura été largement abordé et parfois tranché par les arbitres. En dépit du souci manifesté dans la sentence *SGS c. Philippines* pour justifier le sursis à statuer par la nature spécifique du préalable contractuel dans le litige dont il était saisi, la situation est récurrente et se retrouve, peu ou prou, toutes les fois que l'arbitre doit confronter la violation alléguée d'un contrat au respect du traité.

17 Décision sur la compétence *Salini c. Maroc*; Décision d'annulation *Vivendi c. Argentine*; décision sur la compétence *SGS c. Philippines*.

18 Certains arbitres se déclarent incompétents au motif qu'il n'y a pas violation du Traité : *SGS c. Philippines* sur l'expropriation, *Joy Mining c. Egypte*, ARB/03/11 (à rapprocher de *PSEG c. Turquie*, ARB/02/05). Mais l'on est à la limite de la distinction de la compétence et du fond.

19. Ce système, qui n'est pas simple, se complique encore s'il existe une *umbrella clause* en vertu de laquelle le traité, en exigeant le respect par l'État de toutes ses obligations, viserait aussi ses obligations contractuelles. Dès lors, toute violation du contrat constituerait, *ipso facto*, une violation du traité justiciable de l'arbitrage CIRDI. La sentence *RFCC c. Maroc* a refusé de reconnaître cette équivalence, en l'absence, il est vrai, d'une clause dans le traité. Se situant sur le terrain de l'interprétation du traité et du droit international commun, elle a considéré qu'il n'existait pas de règle d'assimilation de la violation du contrat à la violation du traité. Dans les affaires *SGS c. Pakistan* et *SGS c. Philippines*, une telle clause existait. Mais la première sentence en a limité la portée aux engagements résultant du traité lui-même. La seconde sentence a considéré que cette interprétation privait la disposition de sens utile. Néanmoins, elle a maintenu la compétence contractuelle pour les litiges de cette nature en raison de la volonté spécifique des parties exprimée par la clause contractuelle de juridiction exclusive.

20. Tout ce débat n'a pas lieu d'être si l'on admet la compétence générale de l'arbitre CIRDI, pourvu que soit réglé le conflit entre l'offre du traité et la clause attributive de compétence. Mais y a-t-il véritablement conflit entre ces deux normes ?

3. Y a-t-il conflit entre l'option du traité et la juridiction conventionnelle ?

21. Un conflit de normes implique que l'une exclut l'autre. Le traité, par hypothèse, ouvre une option à l'investisseur entre la compétence CIRDI, l'arbitrage prévu par le contrat et les juridictions nationales. Cette compétence est parfois assortie de la clause de choix définitif: *electa una via...* Parfois encore, un recours préalable aux juridictions nationales est imposé, dont certains traités enferment le résultat dans un délai déterminé¹⁹. Ce dispositif, dans ses divers éléments pris ensemble, établit une équivalence entre les diverses voies ouvertes

¹⁹ Cette clause, dite d'épuisement des recours internes, est moins commune. La tendance actuelle est de l'abandonner, depuis le traité États-Unis – Argentine du 14 novembre 1991. Elle est de nature à retarder considérablement la solution internationale du litige. Elle s'impose d'autant moins que la Convention de Washington (qui l'autorise néanmoins: article 26 *in fine*) a entendu établir une égalité procédurale entre les parties et que, sur le fond, le respect des règles de l'État d'accueil est indifférent à l'appréciation de son comportement au regard des normes internationales. Cette clause présente en outre l'inconvénient que la discussion se limite ensuite à l'appréciation des décisions nationales au regard des normes internationales (voy. la sentence *Azinian c. Mexique* où les faits étaient, il est vrai, accablants pour les demandeurs). Il convient de rappeler que les conditions de la compétence CIRDI échappent aux juridictions nationales, dont les décisions ne lient pas le Tribunal international (*Azinian*, § 100 où le Tribunal considère que si les décisions nationales déclarant nul le contrat ne sont pas contestées, il n'y a plus de contrat susceptible d'expropriation. La sentence examine cependant le bien-fondé des décisions mexicaines).

à l'investisseur; il paraît bien exclure que le traité ait envisagé des compétences d'étendue différente. Sinon, l'alternative n'aurait pas grand sens, ni le caractère définitif du choix exercé. Comment a-t-on pu, dans ces conditions, limiter la compétence de l'arbitre CIRDI lorsque l'investisseur, dans le respect du traité²⁰, choisit cette voie?

22. Il n'est pas cohérent de prétendre que l'option prévue par le traité serait déjà exercée par l'insertion, dans le contrat, d'une clause d'arbitrage ou de prorogation de compétence. L'option offerte par le traité *présuppose* l'existence d'une telle clause.

Est-il plus heureux de soutenir que la clause de juridiction exclusive insérée dans le contrat emporterait renonciation à l'option? L'argument soulève plusieurs objections. Tout d'abord, la compétence contractuelle doit inclure la violation du traité; sinon l'investisseur se fermerait tout recours sur ce fondement; l'option procédurale emporterait renonciation à la protection au fond. Si le contrat est antérieur au traité (hypothèse *SGS c. Pakistan*), la renonciation perd l'une de ses assises, puisque l'on ne peut renoncer à une option inexistante; s'il est postérieur (hypothèse *Vivendi c. Argentine*), et à défaut d'une renonciation expresse de l'investisseur à la protection prévue par l'offre alternative²¹, la juridiction contractuelle peut parfaitement s'insérer dans le jeu du traité dont elle constituera l'une des branches de l'option. Le T.B.I. est un instrument de l'ordre international qui échappe aux normes du droit interne et ouvre une option incluant le choix contractuel: la prévision contractuelle d'une branche de l'option ne peut valoir, sauf clause spéciale, renonciation à l'option. Plus particulièrement, lorsque la clause du contrat confirme la compétence impérative des juridictions nationales administratives, les arbitres sont encore plus réfractaires à y voir une renonciation à l'arbitrage CIRDI²². L'État hôte sera tenu par la clause du contrat, mais l'investisseur aura le choix. Prétendre qu'une attribution conventionnelle de juridiction épuiserait l'offre du traité revient à permettre à l'État de méconnaître celui-ci par l'insertion de cette clause. En effet, l'État retirerait l'offre alternative par cela seul que l'une de ses branches aurait été prévue.

23. C'est pour les mêmes raisons que l'on ne suivra pas la sentence *SGS c. Philippines* qui, pour faire prévaloir l'arbitrage local prévu par le contrat, invoque la maxime *specialia generalibus derogant*. L'option ouverte par le traité et la clause conventionnelle d'arbitrage ne sont pas incompatibles. Au contraire, l'une *présuppose* l'autre. La maxime invoquée, qui ne concerne que deux

20 Négociation préalable, saisine préalable des juridictions nationales, selon les cas.

21 L'on n'examine pas ici la validité *in se* de cette renonciation (voy. *Azurix c. Argentine*); peut-elle, en outre, intervenir avant la naissance du litige et donc avant que ne s'ouvre le choix effectif prévu par le Traité?

22 Décisions *Salini c. Maroc*, *Lanco c. Argentine*, précitées.

textes de même portée, aboutirait à neutraliser le traité alors que celui-ci avait en vue l'existence de la clause attributive de compétence. Celle-ci ne saurait neutraliser l'option, tant que le choix n'est pas effectivement épuisé par l'exercice de l'une des voies de recours prévues.

B. Incidence de l'identité des parties au contrat sur l'étendue de la compétence CIRDI

24. Les développements qui précèdent s'appliquent lorsque l'État hôte est en même temps le signataire du contrat où est insérée la clause de juridiction exclusive. La perspective change s'il en va autrement.

Dans les affaires *Salini c. Maroc* et *RFCC c. Maroc*, les arbitres ont considéré que l'État n'avait pas entendu, dans le traité, soumettre à l'arbitrage CIRDI un contrat dont il n'était pas directement signataire, fût-il conclu par une entité qui pouvait être considérée comme son émanation. Ces sentences n'excluent pas que l'entité signataire du contrat puisse être une émanation de l'État. Mais elles interprètent l'offre d'arbitrage CIRDI prévue par le traité comme ne couvrant pas les contrats émanant de telles entités. On peut penser qu'il s'agit d'une pure question d'interprétation de la volonté des États Parties au traité quant à leur soumission à l'arbitrage CIRDI : les litiges purement contractuels, lorsque l'État n'est pas signataire, ne ressortissent pas aux litiges entre l'investisseur et l'État visés par l'offre du traité²³.

Ainsi comprise, la solution donnée par ces sentences ne contredit pas le système précédemment proposé. Elle invite à distinguer les parties au contrat des parties à l'arbitrage CIRDI et aurait pu donner un autre éclairage à l'affaire *Vivendi c. Argentine* où le signataire du contrat était la province de Tucumán. L'État est alors attiré nécessairement en vertu de ses obligations internationales. La théorie de l'émanation n'est écartée qu'au stade de l'offre de compétence. Elle peut trouver à s'appliquer au fond dans les hypothèses où elle permet d'imputer à l'État les violations du traité dont il n'aurait pas été directement l'auteur.

Ces décisions sont à rapprocher de la sentence *Azurix c. Argentine*, qui rejette le moyen tiré de la renonciation à la compétence CIRDI, induite du contrat, au motif, notamment, que les parties (ainsi que l'objet du litige) n'étaient pas les mêmes. L'on observera aussi que l'État n'était pas partie au contrat dans les affaires égyptiennes gérées par des organismes publics²⁴.

²³ Rapprocher *PSEG et autres c. Turquie*, 4 juin 2004, qui établit un lien entre la reconnaissance de la qualité d'investisseur et le consentement à l'arbitrage.

²⁴ *Wena, Joy Mining, PSEG*.

C. La clause de choix définitif

25. Une option s'épuise lorsqu'elle est exercée. S'il s'agit de l'arbitrage CIRDI, l'article 26 confirme que «Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours (...)».

De nombreux traités prévoient que le choix d'une voie de recours est définitif (*fork in the road*). Certaines difficultés sont apparues pour l'application de cette clause²⁵; elles ont été largement résolues en faveur de l'investisseur. Pour constituer l'exercice d'un choix définitif, la voie de recours doit d'abord avoir été introduite entre les mêmes parties et par l'investisseur: sinon, l'État pourrait supprimer l'option à sa guise. Il faut encore que l'investisseur ne soit pas en situation défensive (par exemple pour s'opposer à un titre exécutoire de l'administration) ou contraint, en raison de brefs délais, à saisir dans l'urgence les tribunaux locaux (par exemple en matière fiscale). À cela s'ajoute parfois l'exigence d'une identité de l'objet du litige, voire de sa cause. Cette dernière condition doit être maniée avec prudence car l'on peut toujours diviser un litige et l'exigence d'un choix définitif est destinée, notamment, à éviter le dépeçage des litiges.

26. En conclusion, il nous apparaît peu fondé de limiter la compétence CIRDI aux seules violations du traité, même s'il existe, dans le contrat, une clause attributive de compétence arbitrale ou judiciaire, pourvu que les parties à l'arbitrage CIRDI soient les parties au contrat. Le choix appartient alors à l'investisseur, qui doit pouvoir l'exercer sans contrainte.

Sentences citées

- *Asian Agricultural Products Limited (AAPL) c. Sri Lanka* (ARB/87/3), 27 janvier 1990, sentence et opinion dissidente, 30 *ILM* 577 (1991), *ICSID Rev.*, 1991, p. 526, *J.D.I.*, 1991, p. 216.
- *Robert Azinian et autres c. Mexique* (ARB(AF)/92/2), sentence du 1^{er} novembre 1999, 14 *ICSID Rev.-FILJ* 538 (1999); 39 *ILM* 537 (2000); 121 *ILR* 2 (2002); 5 *ICSID Rep.* 272 (2002).
- *Azurix Corp. c. Argentine*, (ARB/01/12). Décision sur la compétence. 8 décembre 2003, 43 *ILM* 262 (2004), <http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>, *J.D.I.*, 2004, p. 275.
- *CMS Gaz Transmission Company c. Argentine* (ARB/01/8), décision sur la compétence du 17 juillet 2003, *ILM* 2003, p. 788, *J.D.I.* 2004, p. 236.

25 Sentences précitées: *Vivendi c. Argentine*; *SGS c. Pakistan*; *Siemens AG c. Argentine*; *Enron c. Argentine*; *Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*; *Generation Ukraine c. Ukraine*.

- *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. Argentine* (ARB/97/33), sentence du 21 novembre 2000, partiellement annulée par décision du 3 juillet 2002, 16 *ICSID Rev.—FILJ* 643 (2001); 40 *ILM* 426 (2001); 125 *ILR* 1 (2004); 26 *Y.B. Com. Arb.* 61 (2001) (extraits); décision d'annulation du 3 juillet 2002, 41 *ILM* 1135 (2002); 6 *ICSID Rep.* 340 (2004); 125 *ILR* 58 (2004); *J.D.I.*, 2003 p. 195.
- *Consortium RFCC c. Maroc* (ARB/00/6), décision sur la compétence du 16 juillet 2001, sentence, 22 décembre 2003, <http://www.worldbank.org/icsid/>
- *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine* (ARB/01/3), décisions sur la compétence du 14 janvier 2004, www.asil.org, et du 2 août 2004, <http://ita.law.uvic.ca/>
- *Generation Ukraine c. Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003 www.asil.org/ilm/ukraine.pdf
- *Alex Génin c. Estonie* (ARB/99/2), 25 juin 2001, 17 *ICSID Rev.—FILJ* 395 (2002).
- *Lanco International, Inc. c. Argentine* (ARB/97/6), décision sur la compétence du 8 décembre 1998, 40 *ILM* 457 (2001), <http://ita.law.uvic.ca/documents/Lanco-Final.pdf>
- *Joy Mining Machinery Limited c. The Arab Republic of Egypt* (ARB/03/11), décision sur la compétence du 30 juillet 2004, http://www.asil.org/ilib/JoyMining_Egypt.pdf
- *Occidental Exploration and Production Company c. Equateur* (UN3467), 1^{er} juillet 2004, sentence finale rendue sous l'égide de la LCIA, 1^{er} juillet 2004, http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf
- *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. Republic of Turkey* (ARB/02/5), décision sur la compétence, 4 juin 2004, <http://www.asil.org/ilib/PSEGDecision.pdf>
- *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, *J.D.I.*, 2002, p. 196; traduction anglaise in 42 *ILM* 609 (2003), 6 *ICSID Rep.* 400 (2004).
- *SGS Société générale de surveillance s.a. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence du 6 août 2003, *ICSID Rev. / FILJ*, 2003, p. 307, *ILM*, 2003, p. 1290, *J.D.I.*, 2004, p. 257.
- *SGS Société générale de surveillance s.a. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence du 29 janvier 2004, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSv-Phil-final.pdf>.
- *Siemens AG c. Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004, <http://www.asil.org/ilib/ilib0715.htm>
- *Tradex Hellas S.A. c. République d'Albanie* (ARB/94/2), Décision sur la compétence du 24 décembre 1996, 14 *ICSID Rev.—FILJ* 161 (1999); 5 *ICSID Rep.* 47 (2002); extraits in *J.D.I.*, 2000, p. 151.

- *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* (Case No. ARB/98/4), décision sur la compétence du 29 juin 1999, 41 *ILM* 881 (2002); 6 *ICSID Rep.* p. 74 (2004); sentence du 8 décembre 2000, 41 *ILM* 896 (2002); 6 *ICSID Rep.* p. 89 (2004); décision du comité *ad hoc* du 6 mars 2001 rejetant la demande d'annulation du 5 février 2002, 41 *ILM* 933 (2002); 6 *ICSID Rep.* 129 (2004); *J.D.I.*, 2003, p. 167.

Les sentences parues au *Journal du droit international* peuvent être retrouvées in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004.