

ADIEU PHILIPPINES
REMARQUES SUR LA DISTINCTION
ENTRE LES RECLAMATIONS
CONVENTIONNELLES ET CONTRACTUELLES
DANS LE DROIT DE L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL

ALAIN PELLET*

*Professeur à l'Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense,
Membre et ancien Président de la Commission du Droit international des Nations Unies,
Associé de l'Institut de Droit international.*

« Dès lors l'action menée par les pays développés tend à faire avancer de pair internationalisation de l'économie et internationalisation du droit : mais la démarche est des plus classiques, puisque c'est celle du recours à la convention internationale, comme le montre la multiplication des instruments conventionnels. À cet égard, il peut être soutenu que le moyen privilégié de l'internationalisation de la règle de traitement ne doit pas être recherché dans le contrat d'État, mais dans la convention bilatérale, voire multilatérale, de promotion de l'investissement, qui, par l'accord qu'elle manifeste entre État de nationalité de l'investisseur et État de nationalité de l'investissement, fournit son véritable fondement à cette internationalisation »¹.

La mondialisation de l'économie est généralement présentée comme la manifestation du rôle prédominant des acteurs privés dans les relations économiques internationales². Pourtant, comme l'écrivent les dédicataires de ces lignes, les États conservent un rôle éminent en la matière – ne fût-ce que parce qu'il dépend d'eux de procéder à l'internationalisation du droit applicable³.

* Je remercie vivement Daniel Müller pour l'aide qu'il m'a apportée dans la finalisation de ce travail – qui trouve son origine dans une conférence prononcée à l'invitation de l'Attorney-General de Singapour le 5 novembre 2008.

¹ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, 3^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007, p. 491 (n° 1353).

² V. R. Chemain, « Ordre économique international et mondialisation », in P. Daillier, G. de la Pradelle et H. Ghérari (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, pp. 24-25. V. aussi D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, 3^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007, p. 2 (n° 5).

³ V. aussi J. Verhoeven, « Souveraineté et mondialisation, libre propos », in E. Loquin et C. Kessedjian (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000, p. 51.

Le droit des investissements internationaux en fournit une double illustration, au plan normatif et en matière de règlement des différends. Mais la coexistence des instruments – privés et publics – de cette internationalisation du droit ne va pas sans poser de difficiles problèmes de coordination. La distinction entre les réclamations conventionnelles (*treaty claims*) d'une part et contractuelles (*contract claims*) d'autre part, des investisseurs privés, illustre la concurrence, dans ce domaine, du droit international et des droits internes et, bien souvent, des mécanismes internationaux de règlement des différends et des tribunaux internes ou d'arbitrages purement privés.

I - LE SYSTEME INTERNATIONAL DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Il n'est ni utile ni possible dans le cadre de la présente contribution de revenir en grands détails sur le régime juridique moderne de la protection des investissements⁴. Il suffit de rappeler que, comme d'ailleurs le droit international en général, il se caractérise par une décentralisation marquée aussi bien au niveau de l'élaboration des normes qu'à celui de la mise en œuvre. Dans les deux autres « chapitres » du droit international économique, c'est-à-dire le droit monétaire et le droit du commerce international⁵, des traités multilatéraux déterminent aujourd'hui les « règles du jeu ». Les Statuts du F.M.I. comme le GATT, puis les accords de l'O.M.C., ont mis en place des institutions destinées à assurer – ou contrôler – le respect des codes de conduites constitués d'une part par les accords monétaires de Bretton Woods et, d'autre part, par les accords de Marrakech – respectivement le F.M.I. et l'O.M.C. Rien de ce genre n'existe en ce qui concerne le troisième pilier du droit international de l'économie, à savoir le droit des investissements internationaux. Car contrairement aux Statuts du F.M.I., l'accord créant la B.I.R.D. ne contient aucune norme relative à la mobilité des capitaux, pas davantage qu'il ne confère un pouvoir quelconque à la Banque mondiale pour la mise en œuvre de ces normes ... inexistantes.

Les règles applicables dans le domaine des investissements ont été pendant longtemps essentiellement unilatérales, chaque État déterminant lui-même les conditions mises aux investissements de ses nationaux à l'étranger et des étrangers sur son territoire. À ces encadrements juridiques unilatéraux, se sont superposées des réglementations bilatérales également (le bilatéralisme cachant, bien souvent, l'unilatéralisme du plus fort⁶). Le meilleur exemple est constitué

⁴ V. not. D. Carreau et P. Juillard, *op. cit.* note 2, p. 395-557 ; P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.*, tome 250-III, 1994, pp. 13-215 ; P. Daillier, G. de la Pradelle et H. Ghérari (dir.), *op. cit.* note 1, pp. 643-774 ; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États – Trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris 2004, XIII-727 p. ; Ph. Kahn (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Nijhoff, Leiden, 2007, XXXV-1036 p. ; R. Dolzer et Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford UP, 2008, XLIII-433 p. ; P. Muchlinski, F. Ortino et Ch. Schreuer (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford UP, 2008, LXV-1282 p.

⁵ Dans leur manuel (*op. cit.* note 2), les dédicataires de ces lignes distinguent ainsi entre les échanges internationaux (Partie 1), le financement international de l'économie (Partie 3) et la localisation des facteurs de production (Partie 2) dont la part du lion revient aux investissements (pp. 395-557).

⁶ D. Carreau et P. Juillard, *op. cit.* note 2, p. 401 (n° 1127) et p. 48 (n° 128).

par les fameux traités d'amitié, de commerce et de navigation (*FCN Treaties*) conclus par les États-Unis jusqu'au début des années 1960. Ils ont été remplacés par les conventions bilatérales d'investissements (CBI) – dont, depuis que la première a été signée entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959, presque 3000 ont été conclues à ce jour. Vues de Sirius, elles se ressemblent toutes ; mais elles varient assez considérablement lorsque l'on y regarde de plus près. S'y ajoute aujourd'hui une nouvelle « espèce », celle des accords de libre-échange qui ne sont pas des membres très présentables de la famille (ne fût-ce que parce qu'ils font peser une menace sur le principe du traitement de la nation la plus favorisée dans le cadre des relations commerciales, qui a été, jusqu'à il y a peu, un de piliers du système économique international) et qui constituent certainement (ou au moins ont constitué jusqu'à la récente crise financière – les choses sont susceptibles de changer dans les mois ou années à venir) un instrument efficace au service de l'impérialisme économique des États-Unis.

On ne saurait, pour autant, présenter le droit international des investissements comme étant seulement national ou bilatéral. Non seulement l'OCDE a été le promoteur efficace de la libéralisation des mouvements de capitaux entre les pays capitalistes industrialisés (et, à travers eux, au niveau mondial – au moins depuis la fin de la guerre froide), mais encore :

- *premièrement*, malgré l'échec de l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) et en l'absence de tout traité multilatéral en la matière, un droit international général des investissements n'en existe pas moins, constitué par les principes communs aux nombreuses CBI, comme le principe du traitement juste et équitable des investissements étrangers, celui de leur sécurité, et des règles communes concernant l'expropriation de biens étrangers ; il convient certainement de mentionner également à cet égard un instrument de soft law, qui exerce une influence non négligeable dans ce domaine : les Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger de 1992.

- *deuxièmement*, en absence d'une procédure centralisée pour la mise en œuvre de ces règles, la Convention de Washington de 1965, également conclue sous les auspices de la Banque mondiale, a institué un mécanisme novateur de règlement des différends relatifs aux investissements : le Centre pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). À l'époque de sa conclusion, ce mécanisme semblait tellement novateur qu'il est longtemps resté inutilisé car on le considérait comme une intrusion dans, ou une menace à, la souveraineté étatique. Et il l'est effectivement si l'on retient la définition traditionnelle (mais inacceptable) de la souveraineté : un pouvoir absolu, qui connaît peut-être des égaux, mais certainement pas de supérieur et dont le titulaire, l'État, ne peut, en aucune manière être mis sur un pied d'égalité avec des personnes privées. Or c'est exactement ce qui se passe dans le cadre du CIRDI : une fois qu'un État a donné (unilatéralement) son consentement au recours à l'arbitrage obligatoire du Centre, il ne peut plus se dédire et doit honorer cet engagement.

L'article 25, paragraphe 1, de la Convention intitulé « Compétence du Centre », qui est au cœur de la problématique, dispose :

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

En contrepartie de ce consentement, l'article 27 prévoit :

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

La première affaire n'a été soumise au Centre qu'en 1972 (*Holiday Inns S.A. et autres c. Maroc*⁷), et la première sentence sur le fond n'a été rendue qu'en 1977 (*Adriano Gardella S.p.A. c. Côte d'Ivoire*⁸), c'est-à-dire plus de dix ans après la signature de la Convention de Washington. Néanmoins, la Convention comptait, au 30 juin 2008, après le retrait de la Bolivie, 155 États signataires et 143 États parties. A la même date, 128 affaires étaient pendantes devant le Centre, tandis que 48 nouvelles ont été soumises pendant l'année 2007-2008 « amenant à 268 le nombre total d'affaires enregistrées depuis la création du Centre »⁹. Durant la même période, 18 sentences ont été rendues. Le CIRDI joue sans aucun doute un rôle moteur et a engendré nombre de règlements arbitraux dans le domaine des investissements internationaux, mais il a encouragé, dans son sillage, de nombreux arbitrages rendus soit sur la base du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1975, soit sur une base *ad hoc*, soit encore par la CCI ou, plus souvent, sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.

Cette formidable vitalité s'est manifestée après qu'un tribunal CIRDI a décidé, en 1998, que

« the Parties have given their consent to ICSID arbitration, consent that is valid, there thus being a presumption in favor of ICSID arbitration ... The investor's consent, which comes from its written consent by letter of September 17, 1997, and its request for arbitration of October 1, 1997, and the consent of the State which comes directly from the Argentina-U.S. Treaty, which gives the investor the choice of forum for settling its disputes, indicate that there is no stipulation contrary to the consent of the parties »¹⁰.

Vu le texte de l'article 25 de la Convention, cette décision n'allait pas de soi : l'exigence d'un consentement « par écrit » aurait pu être interprétée comme

⁷ V. Pierre Lalive, « The First 'World Bank' Arbitration (*Holiday Inn v. Morocco*) – Some Legal Problems », *B.Y.B.I.L.*, vol. 51, 1980, pp. 123-162; *ICSID Reports*, vol. 1, pp. 645-681.

⁸ Sentence du 29 août 1977, *Adriano Gardella S.p.A. v. Côte d'Ivoire*, affaire n° ARB/74/1, *ICSID Reports*, vol. 1, p. 283.

⁹ CIRDI, *Rapport 2008*, p. 5.

¹⁰ Décision préliminaire sur la compétence, 8 décembre 1998, *LANCO International Inc. c. République argentine*, affaire n° ARB/97/6, *I.L.M.*, vol. 40, 2001, p. 470, § 40.

nécessitant un accord exprès de recourir à la compétence du Centre, formulé conjointement par les parties (l'investisseur et l'État) ou une clause expresse à cet effet dans leur contrat. Néanmoins, cette interprétation osée est aujourd'hui largement acceptée et il va sans dire qu'à partir du moment où le consentement de l'État de recourir au CIRDI a été donné (ou est réputé avoir été donné), une fois pour toutes, soit par une loi interne, soit dans la CBI elle-même sans qu'aucune autre formalité soit nécessaire, le « big bang » de l'arbitrage mixte auquel on assiste depuis dix ou douze ans n'est plus un mystère.

II - RECLAMATIONS CONVENTIONNELLES ET RECLAMATIONS CONTRACTUELLES

Ceci ne résout cependant pas tous les problèmes de compétence. L'une des difficultés les plus importantes réside dans le fait que des investissements internationaux – peu importe leur définition (question difficile et toujours controversée) – demeurent régis par les deux catégories d'instruments :

- *premièrement*, le contrat entre l'investisseur et l'État étranger ou une entité (publique ou privée) ayant une nationalité différente de celle de l'investisseur ; et
- *deuxièmement*, un traité conclu entre les deux États concernés – l'État de nationalité de l'investisseur et l'État hôte de l'investissement.

En vertu de la théorie classique (qui, selon moi, est toujours applicable à cette question), le contrat est enraciné dans un droit national, normalement celui de l'État hôte de l'investissement, tandis que le traité est soumis au droit international. Comme la Cour permanente l'a dit dans son célèbre *dictum* dans l'affaire des *Emprunts serbes* :

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois. Les règles en peuvent être communes à plusieurs États et même être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des États. Mais, à part cela, il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne »¹¹.

Les CBI, au contraire, constituent « un contrat entre des États en tant que sujets du droit international » et correspondent parfaitement à la définition, pourtant restrictive, du terme « traité » de l'article 2, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 : elles sont des « accord[s] internationa[ux] conclu[s] par écrit entre États et régi[s] par le droit international... ».

Conséquence logique, force est d'accepter que, en principe, les différends concernant l'interprétation ou l'application d'une CBI doivent être réglés conformément au droit international public tandis que ceux qui découlent de

¹¹ Arrêt du 12 juillet 1929, *série A*, n° 20/21, p. 41

l'interprétation et de l'application d'un contrat doivent être résolus en référence au droit, en général national, applicable au contrat. Ceci constitue une première source de difficultés étant donné que le traité, d'une part, et le contrat, d'autre part, peuvent, au moins en partie, avoir le même objet ; c'est notamment le cas si le traité tente de s'« approprier » ou d'attirer les réclamations contractuelles par le jeu de ce que l'on appelle une « clause parapluie » (« *umbrella clause* »)¹².

Qui plus est, les deux instruments, le contrat et le traité, peuvent non seulement avoir le même objet – ou des objets si intrinsèquement liés qu'il peut s'avérer extrêmement difficile, voire impossible, de distinguer entre ce qui est « contractuel » et ce qui relève du « conventionnel » – mais ils peuvent également prévoir, et le font la plupart du temps, des procédures de règlement de différends. Il s'agit notamment de l'arbitrage, mais de l'arbitrage dans des *fora* et selon des modalités différentes.

A priori, comme l'a souligné un comité *ad hoc* du CIRDI dans la décision d'annulation dans l'affaire *Vivendi* en 2002,

« il est manifeste qu'un différend relatif à un investissement peut en même temps soulever des questions d'interprétation et d'application des dispositions du BIT et des questions de nature contractuelle »¹³.

Le comité *ad hoc* a ainsi considéré que :

« la détermination de l'existence d'une violation du BIT et celle d'un manquement au contrat sont deux questions distinctes. Chacune d'elles sera déterminée par application du droit qui lui est applicable – dans le cas du BIT, le droit international ; dans le cas du contrat de concession, le droit applicable au contrat »¹⁴.

Et le comité de continuer :

« Une action fondée sur un traité diffère d'une action reposant sur un contrat ; elle requiert qu'il soit clairement démontré qu'un comportement, dans les circonstances de l'espèce, va à l'encontre des dispositions du traité »¹⁵.

En choisissant d'introduire une requête devant le CIRDI, le demandeur prend donc « le risque qu'un Tribunal décide que les actes contestés ne pouvaient s'élever, ni individuellement, ni collectivement, au rang d'une violation du BIT »¹⁶.

Autrement dit, si le demandeur invoque une violation du contrat, le droit applicable sera le droit qui régit le contrat (à savoir, le contrat lui-même et, en principe, le droit interne du pays hôte de l'investissement) et le mécanisme pour trancher ce différend sera celui prévu dans le contrat ; en l'absence d'une disposition spécifique dans le contrat, il s'agit donc des tribunaux internes. Si, le motif de la réclamation, la « *cause of action* » est cependant la violation de la CBI, le droit applicable sera le droit international public et le tribunal arbitral prévu dans le traité aura compétence pour connaître du différend. Si le traité ne

¹² Voir *infra*, pars. 26-35.

¹³ Décision d'annulation, 3 juillet 2002, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. République argentine*, affaire n° ARB/97/3, par. 60, in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, p. 736.

¹⁴ *Ibid.*, par. 96, p. 744.

¹⁵ *Ibid.*, par. 113, p. 750.

¹⁶ *Ibid.*

contient aucune disposition quant au mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et un des États parties, les mécanismes traditionnels du règlement pacifique international des différends et la protection diplomatique seront applicables. Ces considérations de principe ont été appliquées dans un grand nombre de sentences arbitrales et sont sans aucun doute bien établies. Au plan des principes, elles sont incontestables.

Toutefois, cette situation, qui paraît simple à première vue, est à l'origine d'une multitude de problèmes juridiques difficiles et fascinants. Comme le tribunal CIRDI dans l'affaire *SGS c. Pakistan* l'a formulé dans sa décision sur la compétence rendue en 2003 :

« BIT claims and contract claims appear reasonably distinct in principle. Complexities, however, arise on the ground, as it were, particularly where, as in the present case, each party claims that one tribunal [the ICSID Tribunal or the arbitrator envisaged in the contract] has jurisdiction over both types of claims which are alleged to co-exist »¹⁷.

En premier lieu, aucun problème ne se pose dans le cas où le traité exclut la compétence du tribunal arbitral pour toute violation du contrat (comme c'est le cas des CBI conclues par le Canada¹⁸). De même, il n'y a pas de difficulté si le traité prévoit expressément la compétence du tribunal pour connaître des réclamations contractuelles ; ce cas, qui constitue une exception, se produit cependant parfois, par exemple, dans des CBI entre pays en voie de développement¹⁹. Mais qu'en est-il lorsque le traité reste muet sur cette question, comme c'est le plus souvent le cas ?

Dans cette hypothèse, en admettant que le comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi*²⁰ avait raison – ce que je crois même si ceci demeure contesté, quels sont les critères pour distinguer des réclamations résultant du contrat, d'une part, et du traité, d'autre part ? Le critère de la « base essentielle » (« *essential basis* ») adopté par le comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi* reste assez flou à cet égard.

Dans cette dernière affaire, le différend entre une société française, la Compagnie générale des eaux (CGE, qui est devenue plus tard Vivendi Universal) et l'Argentine portait sur un système de distribution d'eau. Le contrat de concession contenait une clause attributive de compétence exclusive en faveur des juridictions administratives de la province argentine de Tucumán, tandis que l'article 8 de l'accord franco-argentin sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements de 1991²¹ prévoit clairement la compétence du

¹⁷ Décision du 6 août 2003, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, affaire n° ARB/01/13, par. 147, *ILM*, vol. 42, 2003, p. 1315.

¹⁸ V. par exemple l'article XIII de l'Accord entre le Canada et la Barbade sur la promotion et la protection réciproques des investissements du 29 mai 1996 ; l'article XII de l'Accord entre le Canada et la République d'El Salvador pour l'encouragement et la protection des investissements du 6 juin 1999 ; ou l'article XII de l'Accord entre le Canada et le Venezuela sur la promotion et la protection réciproques des investissements du 1^{er} juillet 1996.

¹⁹ V. par exemple l'article 9, paragraphe 1, de l'Accord entre Maurice et les Comores concernant la promotion et la protection réciproques des investissements.

²⁰ V. *supra*, par. 0.

²¹ *JORF* n°128 du 5 juin 1993, p. 8164.

CIRDI pour « [t]out différend relatif aux investissements, au sens du présent Accord, entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante ». Dans sa sentence de 2000, le tribunal a décidé qu'il avait compétence pour connaître des réclamations de la CGE concernant les violations de l'accord, ce qui n'a rien d'extraordinaire. Mais, dans un second temps, le Tribunal a considéré que

« given the nature of the dispute between Claimants and the Province of Tucumán, it is not possible for this Tribunal to determine which actions of the Province were taken in exercise of its sovereign authority and which in the exercise of its rights as a party to the Concession Contract considering, in particular, that much of the evidence presented in this case has involved detailed issues of performance and rates under the Concession Contract. To make such determinations, the Tribunal would have to undertake a detailed interpretation and application of the Concession Contract, a task left by the parties to that contract to the exclusive jurisdiction of the administrative courts of Tucumán »²².

Sur cette base, le Tribunal a rejeté la demande. Bien que, dans cette décision, le refus du tribunal ait été basé sur une formulation catégorique de la clause attributive de compétence du contrat, cette position montre à quel point il est difficile dans certaines, voire dans de nombreuses, circonstances de distinguer entre les réclamations contractuelles et conventionnelles.

Vivendi n'a pas accepté la sentence et a introduit une demande en annulation conformément à l'article 52 de la Convention de Washington. Dans sa décision, le comité *ad hoc* a partiellement annulé la sentence. Il s'est montré convaincu que le tribunal arbitral a commis un « excès de pouvoir manifeste » et n'a pas accepté l'idée que le tribunal était dans l'« impossibilité » de décider. Selon le comité, « en vertu de l'article 8 (4) du BIT [CIB], le Tribunal était compétent pour fonder sa décision sur le contrat de concession, à tout le moins autant que nécessaire pour déterminer s'il y avait eu une violation des règles matérielles du BIT »²³.

Cette décision est assez obscure et ne respecte guère la distinction pourtant claire, établie par le comité *ad hoc* dans la même décision, entre la violation du traité et celle du contrat, qui sont en effet des choses différentes. Mais, comme c'est souvent le cas, la décision d'annulation subit l'« attractivité » du traité et, en fin de compte, fait prévaloir celui-ci sur le contrat – dans l'intérêt de l'investisseur, et comme l'a admis clairement et « idéologiquement », voire cyniquement, la décision sur la compétence dans l'affaire *SGS c. Philippines*²⁴ en 2004 :

« The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended 'to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other' »

²² Sentence du 21 novembre 2000, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. République argentine*, affaire n° ARB/97/3, par. 79, *ILM*, vol. 40, 2001, p. 443.

²³ Décision d'annulation, 3 juillet 2002, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. République argentine*, affaire n° ARB/97/3, par. 110, in E. Gaillard, *op. cit.* note 13, p. 749.

²⁴ Décision sur la compétence du 29 janvier 2004, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, affaire n° ARB/02/6, *ICSID Reports*, vol. 8, p. 518.

It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments »²⁵.

Il n'est pas sans intérêt de constater que le tribunal a soigneusement évité de mentionner le paragraphe suivant du préambule de l'accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproques des investissements de 1997, par lequel les deux États parties reconnaissent « la nécessité d'encourager et de protéger les investissements étrangers en vue de promouvoir la prospérité économique des deux États »²⁶. Les deux buts se trouvent donc sur un pied d'égalité et, comme l'a constaté le tribunal arbitral dans l'affaire *El Paso c. Argentine* dans sa décision sur la compétence du 27 avril 2006 :

« a balanced interpretation is needed, taking account both State sovereignty and the State's responsibility to create an adapted evolutionary framework for the development of economic activities, and the necessity to protect foreign investment and its continuing flow »²⁷.

Une telle préférence pour l'investisseur peut également être observée – pour une autre raison – dans l'affaire *Salini c. Maroc*. Dans la décision sur la compétence du 23 juillet 2001, le tribunal CIRDI a constaté que la clause juridictionnelle avait une portée très générale, mais que :

« l'article 8 [la clause compromissoire de la CBI italo-marocaine] oblige l'État à respecter l'offre de compétence à raison des violations de l'Accord bilatéral et *de tout manquement à un contrat* qui le lierait directement. L'offre de compétence de l'article 8 ne s'étend pas, par contre, aux violations d'un contrat auquel une entité autre que l'État est nommément partie »²⁸.

Enfin encore, bien que le Tribunal fasse mine d'accepter la distinction entre les réclamations contractuelles et conventionnelles, il accepte sa compétence pour les réclamations contractuelles qui visent directement l'État.

On peut constater la même position dans une autre cause célèbre déjà mentionnée, *SGS c. Philippines*. Dans la décision sur la compétence de 2004, le tribunal a en effet considéré que « the phrase 'disputes with respect to investments' naturally includes contractual disputes »²⁹. Il faut souligner que ces termes n'étaient nullement inclus dans une *umbrella clause*³⁰, mais dans la clause juridictionnelle du traité, c'est-à-dire dans l'article 8 de la CBI. Par cette décision, le tribunal a pris une position diamétralement opposée à celle prise par un autre tribunal CIRDI à peine six mois plus tôt dans une autre affaire introduite par SGS contre le Pakistan. Dans cette décision, le tribunal a, en effet, dû se prononcer sur la même clause juridictionnelle lui donnant compétence pour

²⁵ *Ibid.*, par. 116.

²⁶ Pour le texte de l'accord, v. <http://www.admin.ch/ch/f/as/2001/438.pdf>.

²⁷ Décision du 27 avril 2006, *El Paso Energy International Company c. République argentine*, affaire n° ARB/03/15, par. 70, *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 21, 2006, p. 488.

²⁸ Décision du 23 juillet 2001, *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Maroc*, affaire n° ARB/00/4, par. 61 (italiques ajoutés), in E. Gaillard, *op. cit.* note 13, p. 635.

²⁹ Préc. note 24, par. 132.

³⁰ V. *infra*, pars. 26-35.

connaître des « disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party », mais il a considéré que

« [t]hat phrase, ... while descriptive of the factual subject matter of the disputes, does not relate to the legal basis of the claims, or the cause of action asserted in the claims. In other words, from that description alone, without more, we believe that no implication necessarily arises that both BIT and purely contract claims are intended to be covered by the Contracting Parties in [the provision in question]. ... Thus, we do not see anything in Article 9 or in any other provision of the BIT that can be read as vesting this Tribunal with jurisdiction over claims resting *ex hypothesi* exclusively on contract »³¹.

Les deux tribunaux « SGS » ont également pris des positions divergentes quant à l'effet d'une *umbrella clause* sur l'étendue de leur compétence.

III - LES PROBLEMES PARTICULIERS POSES PAR LES *UMBRELLA CLAUSES*

La distinction entre réclamations contractuelles et conventionnelles est encore plus douteuse et incertaine lorsque le traité comprend une telle clause³². Il s'agit d'une disposition, incluse *dans le traité*, qui renvoie au contrat par le biais de l'engagement de l'État partie de respecter toutes les obligations souscrites relatives à un investissement. On ne trouve pas cette clause dans toutes les CBI contemporaines ; ainsi, le tribunal CIRDI dans l'affaire *Impregilo c. Pakistan* a remarqué, dans sa décision sur la compétence du 22 avril 2005³³, que « [u]nlike other BITs to which Pakistan is a party, the BIT between Italy and Pakistan does not contain an 'observance of commitments' or 'umbrella clause' »³⁴.

Dans l'affaire *SGS c. Philippines*, cependant, l'article X, paragraphe 2, du traité bilatéral entre la Suisse et les Philippines prévoyait que « [c]haque des Parties contractantes se conformera à toutes ses obligations à l'égard d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur de l'autre Partie contractante ». Résumant les développements qu'il a consacrés à cette question, le tribunal arbitral a noté que :

« Article X (2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments »³⁵.

Cette décision a été prise après une longue discussion de la solution retenue par le tribunal de l'affaire *SGS c. Pakistan* sur la même question et concernant une clause très similaire (malgré l'insistance de la décision de 2004 sur des différences de rédaction mineures...). Les deux décisions sont clairement

³¹ Décision préc. note 17, par. 161.

³² Dont la pratique trouve son origine dans l'affaire de l'*Anglo Iranian Oil Company* de 1952 ; v. A.C. Sinclair, « The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection », *Arbitration International*, vol. 20, 2004, pp. 411-434.

³³ *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, affaire n° ARB/03/3, disponible sur <http://icsid.worldbank.org/>.

³⁴ *Ibid.*, par. 187.

³⁵ Préc. note 24, par. 128.

compatibles et les positions prises inconciliables³⁶ : le tribunal *SGS c. Pakistan* à juste titre, refusé de reconnaître à la clause litigieuse l'effet de « transformer » ou d'« élever » des violations du contrat au rang de violations du traité³⁷ ou, selon le tribunal, « [to] transform[] purely contractual claims into BIT claims »³⁸. Il n'a cependant pas exclu que, dans des circonstances exceptionnelles, une intention claire à cet effet puisse être exprimée par les deux parties à la convention bilatérale, mais, comme le tribunal l'a noté, une telle proposition « would have to be considerably more specifically worded before it could reasonably be read in the extraordinarily expansive manner »³⁹. Cette interprétation « manière extraordinairement extensive » a cependant été retenue, quelques mois plus tard, dans *SGS c. Philippines* et, à nouveau, en 2005, dans l'affaire *Noble Ventures*⁴⁰, par exemple.

Je ne peux, pour ma part, que souscrire aux explications données par un autre tribunal dans l'affaire *Joy Mining c. Egypte* dans des termes particulièrement clairs :

« Dans ce contexte [celui décrit par le Tribunal], on ne saurait admettre que l'insertion d'une *umbrella clause* dans le Traité, et encore de manière pas très proéminente, puisse avoir pour effet de transformer tout différend contractuel en un différend relatif à un investissement en application du Traité, à moins bien sûr qu'il y ait une violation claire des droits et obligations nés du Traité ou une violation d'obligations contractuelles d'une telle ampleur qu'elle déclenche la protection du Traité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce »⁴¹.

Cette explication n'est cependant que partiellement éclairante car l'idée du « déclenchement de la protection du traité » (« triggering the Treaty protection ») est assez incompréhensible. Qu'est-ce que cela peut bien signifier ? Quels en sont les critères ? Il aurait été certainement plus approprié de se référer au droit international général : en fait, la véritable distinction doit être faite entre les réclamations faites en vertu du droit international, d'une part, et celles qui restent créées dans le droit interne de l'État hôte, d'autre part. Or des violations importantes de l'obligation de protection des étrangers relèvent traditionnellement du droit international.

Inversement, comme l'a souligné récemment un tribunal arbitral dont la sentence n'a pas été publiée, des réclamations conventionnelles ne peuvent pas non plus être « transformées » ou ramenées au niveau de « simples » réclamations contractuelles.

³⁶ V. cependant *contra* : James Crawford, « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration International*, vol. 24, 2008, p. 353.

³⁷ Décision préc. note 17, par. 159.

³⁸ *Ibid.*, section 5.

³⁹ *Ibid.*, par. 171.

⁴⁰ Sentence du 12 octobre 2005, *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*, affaire n° ARB/01/11, par. 53, disponible sur <http://investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-179-2005.pdf>. V. également tribunal CNUDCI, sentence partielle du 19 août 2005, *Eureko BV c. Pologne*, *ICSID Reports*, vol. 12, p. 331, pars. 244-60.

⁴¹ Sentence du 6 août 2004, *Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Égypte*, affaire n° ARB/03/11, par. 81, *Clunet*, vol. 132, 2005, p. 135.

Ceci étant, le tribunal *SGS c. Philippines* lui-même n'a pas poussé l'argument jusqu'à ses conséquences logiques. Il a, en effet, décidé que, néanmoins, la clause compromissoire du contrat constitue une *lex specialis* pouvant paralyser la mise en œuvre de l'« umbrella clause » ainsi interprétée. Bien que la séquence, ou la relation de cause à effet, de l'argumentation ne soit pas limpide, la majorité du tribunal a décidé, sur la base de la *comitas gentium*, de suspendre la procédure CIRDI jusqu'à ce que les réclamations contractuelles aient été décidées par un tribunal arbitral « privé ». Il s'agit d'une solution pragmatique pour laquelle on peut avoir une certaine sympathie. Néanmoins, on peut nourrir les doutes les plus sérieux sur le fait qu'une clause compromissoire « privée » puisse primer sur un accord interétatique. De toute manière, il n'y a aucune logique dans une telle décision, comme l'a constaté le tribunal dans l'affaire *Impregilo c. Pakistan* :

« such a stay, if anything, would confuse the essential distinction between the Treaty Claims and the Contract Claims... »⁴².

Dans le même esprit (mais sur la question plus générale de l'interprétation extensive d'une *umbrella clause*), le tribunal *SGS c. Pakistan* a déploré qu'une de ses conséquences « would be that an investor may, at will, nullify any freely negotiated dispute settlement clause in a State contract »⁴³.

Il n'en reste pas moins que ces clauses doivent signifier quelque chose, ne serait-ce qu'en raison du principe de l'effet utile. À cette fin, deux pistes sont possibles : la première a été déjà brièvement mentionnée lors de la discussion de la position du tribunal dans l'affaire *Joy Mining* : ces *umbrella clauses* peuvent être interprétées comme se référant à des violations si importantes des droits de l'investisseur qu'elles équivalent à des violations du droit international général. L'autre piste a été développée d'une manière particulièrement convaincante par le tribunal dans l'affaire *El Paso* qui, après une critique brillante de la décision *SGS c. Philippines*, a considéré que l'*umbrella clause* en l'espèce :

« will not extend the Treaty protection to breaches of ordinary commercial contract entered into by the State or a State-owned entity, but will cover additional investment protections contractually by the State as a sovereign – such as a stabilization clause – inserted in an investment agreement »⁴⁴.

Ceci semble être, en effet, fort raisonnable.

Pour sa part, la décision récente du 25 septembre 2007⁴⁵ annulant partiellement la sentence rendue dans l'affaire *CMS Gas Transmission*⁴⁶ a énuméré d'une façon complète et très claire les différentes objections qui peuvent être formulées contre une interprétation trop large d'une *umbrella clause*⁴⁷, sans pour autant

⁴² Préc. note 33, par. 289.

⁴³ Décision préc. note 17, par. 168.

⁴⁴ *Op. cit.* note 27, par. 81 (italiques ajoutés). V. aussi la décision sur la compétence, 27 juillet 2006, *Pan American Energy LLC et BP Argentina Exploration Company c. République argentine*, affaire n° ARB/03/13, pars. 96-113, disponible sur <http://investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-183-2006.pdf>.

⁴⁵ Disponible sur <http://icsid.worldbank.com/>.

⁴⁶ Sentence du 12 mai 2005, *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, affaire n° ARB/01/8, *ILM*, vol. 44, 2005, p. 1205.

⁴⁷ Préc. note 45, par. 95.

prendre position sur le bien-fondé de ces objections étant donné que le comité *ad hoc* a annulé partiellement la sentence du tribunal pour défaut de motivation.

* * *

En guise de conclusion de ce rapide tour d'horizon de la problématique relative à la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles en matière d'investissement, force est de constater en premier lieu que les choses sont loin d'être claires. Ni sur la question de la compétence proprement dite, ni sur celle de l'effet des *umbrella clauses* (qui concerne davantage la détermination du droit applicable que celle de la compétence – bien qu'il existe des chevauchements) des principes généralement applicables, acceptés comme tels, n'ont vu le jour. Deux approches générales peuvent néanmoins être décelées dans la jurisprudence, symbolisées par les deux décisions *SGS*, qui se contredisent si nettement sur ces deux questions. Une chose est au moins très claire : en aucune manière, la décision dans *SGS Philippines* et ses épigones ne peuvent être conciliés avec l'autre approche de l'arbitrage international d'investissement telle qu'elle s'est affirmée dans les positions du tribunal *SGS c. Pakistan* énoncées peu de temps auparavant et réaffirmant clairement les principes « *Vivendi* », ce qui l'a conduit à refuser de se prononcer sur les réclamations contractuelles du demandeur ; cette position a, elle aussi, été reprise par la suite par nombre d'autres tribunaux.

Bien que des statistiques précises soient impossibles et que j'aie une très nette préférence pour *Vivendi/SGS Pakistan* plutôt que pour *SGS Philippines*, force est de constater qu'aucune de ces deux approches ne l'a emporté sur l'autre pour le moment.

Cette incertitude est malheureuse pour tous les intéressés : le droit est censé être source de sécurité et de stabilité et les conventions bilatérales d'investissements sont précisément conclues à cette fin. En ce qui concerne les incertitudes quant à la compétence des tribunaux arbitraux, elles sont d'autant plus troublantes que, quelle que soit l'opinion de certains arbitres sur ce point, les États ne sont pas des parties contentieuses banales. Ils sont des entités souveraines et leur acceptation d'un règlement arbitral définitif ne peut pas (ou ne devrait pas) être présumée facilement.

La deuxième conclusion est que, malheureusement, ces incertitudes ne vont pas se dissiper bientôt : le monde de l'arbitrage international est terriblement décentralisé. Il n'y a aucune autorité centrale susceptible d'harmoniser la jurisprudence, de la rendre prévisible et dont les décisions pourraient prévaloir *in fine*, comme c'est le cas *de jure* dans les systèmes juridiques étatiques et, probablement *de facto* dans le droit interétatique du fait de l'influence prépondérante de jurisprudence de la Cour mondiale. Comme le tribunal *SGS c. Philippines* l'a remarqué, à juste titre (pour une fois...) : « there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding

effect of a single decision»⁴⁸. Mais en absence d'un organe d'appel ou de révision, ceci contribue largement à rendre le système extrêmement imprévisible et instable. Il est amplement temps de mettre en place un tel mécanisme ou, au moins, un système de coordination qui, à défaut de jurisprudence constante, pourrait éviter l'établissement de « blocs de décisions » (*patterns of decisions*)⁴⁹ incompatibles, contradictoires, voire diamétralement opposés. Puisque certains envisagent de prendre l'occasion de la crise financière actuelle pour restructurer et réorganiser le capitalisme, la création d'un tel mécanisme pourrait constituer un début timide, mais utile, en ce sens ...

Troisièmement et finalement, le système (ou non-système) de l'arbitrage international mixte est désespérément déséquilibré en faveur du secteur privé. Le temps est mûr pour trouver un équilibre nouveau et meilleur. Par ailleurs, la conviction générale que la conclusion des CBI et l'acceptation de la compétence des mécanismes arbitraux stimulent les investissements étrangers est très discutable : le Brésil ne conclut pas de CBI et ceci n'a, jusqu'à maintenant, pas découragé les investisseurs étrangers, surtout quand on compare cette situation avec celle, malheureuse, de l'Argentine – un acteur très actif, malgré lui, dans le jeu de l'arbitrage d'investissement !⁵⁰ Mais comme le tribunal dans l'affaire *El Paso* l'a noté, de nouveau à juste titre :

« the investors will not use appropriate restraint – and why should they? – if the ICSID tribunals offer them unexpected remedies. The responsibility for showing appropriate restraint rests in the hands of the ICSID tribunals »⁵¹.

Il s'agit d'une déclaration digne de respect et fort encourageante. Bien que la « retenue » de la part des tribunaux CIRDI soit certainement plus que souhaitable, elle ne va probablement pas être suffisante. Une réforme relève de la responsabilité de toute la communauté internationale.

Bien que ceci puisse paraître trop optimiste, il y a, du reste, peut-être une lueur d'espoir dans le fait que les pays du nord traditionnellement exportateurs de capitaux se retrouvent aujourd'hui également dans le rôle d'États hôtes et, de ce fait, se trouvent sous la menace d'un phénomène boomerang. Il se pourrait, en conséquence, qu'ils soient, à l'avenir, moins enthousiastes pour accepter, sous le couvert d'une réciprocité moins factice que naguère, de telles limitations à leurs compétences souveraines. Cette nouvelle donne pourrait préparer le terrain pour l'établissement d'un système plus équilibré et plus stable.

⁴⁸ Décision préc. note 24, par. 97.

⁴⁹ V. James Crawford, *op. cit.* note 36, p. 353.

⁵⁰ V. Hakeem Seriki, « Umbrella Clauses and Investment Treaty Arbitration: All Encompassing or a Respite for Sovereign States and State Entities », *Journal of Business Law*, 2007, p. 571.

⁵¹ Décision préc. note 27, par. 82.

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON-SORBONNE

CENTRE D'ETUDE ET DE RECHERCHE EN DROIT INTERNATIONAL

COLLECTION DES CAHIERS INTERNATIONAUX N°20

LE DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE

A L'AUBE DU XXIème SIECLE

*En Hommage
aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*

Textes réunis par Jean-Marc SOREL

Editions A. Pedone
13, rue Soufflot
75005
Paris