

L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public[°]

Gabrielle Kaufmann-Kohler*

1. Un sujet en quatre temps

J'aborderai notre sujet de ce soir – l'arbitrage d'investissement entre contrat et traité, entre intérêt public et intérêts privés – en quatre temps : tout d'abord, je donnerai deux illustrations pour planter le décor. En deuxième lieu, je rappellerai quelques données de base concernant l'arbitrage en matière d'investissements étrangers¹. Troisièmement, j'ajouterai certains développements et difficultés récents et enfin, en quatrième et dernier lieu, j'aborderai quelques perspectives.

[°] Texte d'une conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth. Les paroles introductives ne sont pas reproduites ici ; le style oral a été conservé ; des titres ont été ajoutés, de même que quelques notes de bas de page pour la meilleure information du lecteur intéressé.

* Professeur à l'Université de Genève, avocate associée du cabinet Schellenberg Wittmer à Genève, Présidente de l'Association suisse de l'arbitrage (ASA).

¹ Sur l'arbitrage d'investissement, voir en particulier, Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge 2001; Lucy Reed/ Jan Paulsson/ Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, La Haye, Londres, New York, 2004, p.8. ; Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris 2004 ; Walid Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse Paris II, 2003.

2. Deux illustrations

Un investisseur nord-américain, entreprise de construction, conclut un contrat de concession avec le gouvernement vénézuélien. La concession vise à la reconstruction d'une autoroute et d'un viaduc qui relie le port principal du pays et l'aéroport international à la capitale Caracas. Après la phase de construction, la concession prévoit l'exploitation pendant trente ans. Il s'agit d'un contrat classique BOT – *build, operate, transfer*. La construction doit être partiellement financée par les péages encaissés par le concessionnaire, lesquels doivent être progressivement augmentés. Le contrat contient une clause d'arbitrage CIRDI². L'investisseur crée une société locale et prend possession de l'autoroute existante, alors que le gouvernement annonce l'augmentation des péages. C'est là que les choses se gâtent. L'annonce provoque un véritable soulèvement populaire ; des camionneurs bloquent l'accès à l'autoroute et ainsi tout l'approvisionnement de la capitale. Le gouvernement fait appel à la garde nationale, qui observe les événements sans intervenir. Après trois jours de paralysie, le gouvernement bat en retraite, renonce à augmenter les péages, et tout rentre dans l'ordre. En apparence seulement, car les travaux ne démarrent pas. L'investisseur attend des temps meilleurs. Ne les voyant pas venir, il perd patience et dépose une requête d'arbitrage

² Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, ICSID en anglais, créé par la Convention (de Washington) pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci-après Convention CIRDI). Le texte de la Convention est disponible sur le site web du CIRDI www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm.

auprès du CIRDI réclamant des dommages-intérêts pour inexécution du contrat, le remboursement des frais exposés et le gain manqué sur toute la période de la concession³.

La seconde illustration concerne un projet de construction et d'exploitation d'une centrale électrique en Turquie. Le gouvernement turc signe un contrat avec l'investisseur étranger, également américain. Le contrat est approuvé par l'instance compétente, le Danistay, juridiction administrative. Certains termes tels la capacité et le prix de la centrale, continuent toutefois à faire l'objet de discussions. Les négociations se prolongent sans aboutir à la mise en œuvre du projet. À nouveau, l'investisseur dépose une requête d'arbitrage auprès du CIRDI⁴. Cette fois-ci – et c'est là la différence par rapport à la première illustration – la requête est fondée sur le traité bilatéral d'investissement conclu entre la Turquie et les Etats-Unis. En effet, le contrat ne comprend pas de clause arbitrale. Le traité d'investissement permet toutefois à un investisseur de recourir à l'arbitrage CIRDI. Dans sa requête, la société américaine fait valoir qu'elle a fait un investissement protégé par le traité, que le gouvernement a violé le traité, et que cette violation donne droit à indemnisation. Voilà pour les illustrations.

³ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. décision sur compétence du 27 septembre 2001 et sentence finale du 23 septembre 2003, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm. La conférencière était arbitre dans cette procédure. Il va sans dire qu'elle ne révèle ici aucun fait qui ne soit connu par la publication des sentences.

⁴ *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*. La décision sur compétence a été rendue le 4 juin 2004 et est publiée in *International Law in Brief*, www.asil.org/ilib/psegdecision.pdf. La conférencière étant arbitre dans cette procédure, il va sans dire qu'elle ne révèle ici aucun fait qui ne soit connu par la publication de la décision sur compétence, et n'exprime aucune opinion personnelle.

3. Rappel de quelques données essentielles

Poursuivons maintenant avec notre deuxième aspect, le rappel de quelques données essentielles pour la bonne compréhension des enjeux. Dans le cadre de ce rappel, quelques mots d'abord sur l'objet et la délimitation de l'arbitrage d'investissement, puis quelques caractéristiques de l'arbitrage CIRDI, arbitrage d'investissement par excellence.

3.1 Objet et délimitation

Commençons donc par l'objet et la délimitation de l'arbitrage d'investissement. L'arbitrage d'investissement, pourquoi ? Dans les années cinquante, pour favoriser le développement des pays non industrialisés, il s'est avéré nécessaire de créer des conditions-cadre afin que les capitaux étrangers affluent. Il fallait promouvoir les investissements et, pour cela, donner confiance aux investisseurs et sécuriser leurs apports. Dans ce but, on peut bien sûr accorder des garanties contractuelles ou financières. Toutefois, quand celles-ci échouent, le litige est inévitable. Pour sécuriser réellement l'investissement, il faut encore mettre à disposition un mécanisme fiable de règlement des différends.

Quel mécanisme envisager ? Le recours aux tribunaux étatiques n'est pas satisfaisant. A tort ou avec raison, l'investisseur étranger craindra la partialité des tribunaux de l'Etat-hôte. Quant à ceux de l'Etat de

l'investisseur, le gouvernement-hôte ne souhaitera pas se soumettre à la juridiction d'un autre Etat. La justice étatique étant écartée, reste l'arbitrage. On pourrait concevoir un arbitrage local dans le pays-hôte, mais il est peu probable qu'il offre la sécurité nécessaire. On se tournera alors très naturellement vers l'arbitrage international. On pourrait penser à un arbitrage international mené dans un lieu neutre, dont la législation régirait l'arbitrage. Mieux encore, on peut concevoir un arbitrage réellement international, détaché de tout droit national comme de toute juridiction nationale. C'est cette idée d'un arbitrage réellement international qui a inspiré la Convention CIRDI conclue en 1965, entrée en vigueur en 1966. À ce jour, 154 Etats l'ont signée, 140 l'ont ratifiée, parmi lesquels on se réjouit de trouver depuis peu le Liban⁵.

Mais l'arbitrage selon la Convention CIRDI n'est pas le seul type d'arbitrage international d'investissement. Il y en a d'autres. Ainsi notamment l'arbitrage selon le mécanisme supplémentaire du CIRDI qui permet de recourir à la procédure du Centre, alors même que les conditions contraignantes de compétence tenant à la nationalité qu'impose la Convention, ne sont pas remplies. Par ailleurs, certains contrats d'investissements comprennent des clauses d'arbitrage classiques, notamment des clauses d'arbitrage selon le Règlement CCI ou selon le Règlement d'arbitrage CNUDCI. Le tribunal des différends irano-américains créé à la suite de la révolution iranienne et des accords d'Alger de 1981 est

⁵ L'état des ratifications est disponible sur le site web du CIRDI www.worldbank.org/icsid/constate/constate.htm.

un autre exemple de mécanisme d'arbitrage d'investissement, exemple précieux, ayant donné lieu à une très riche pratique tant en matière de procédure que de droit de fond.

Depuis une dizaine d'années, l'arbitrage d'investissement connaît une évolution fulgurante due à un nouveau développement : la conclusion de traités d'investissements. Il peut s'agir de traités bilatéraux qui garantissent l'investissement, interdisent l'expropriation sauf indemnité et prévoient la possibilité pour tout investisseur d'instaurer un arbitrage contre l'Etat-hôte. L'investisseur a généralement le choix entre différents mécanismes d'arbitrage, à savoir principalement l'arbitrage selon la Convention ou le mécanisme supplémentaire CIRDI, l'arbitrage selon le Règlement CNUDCI ou encore selon le Règlement CCI. En l'état, on compte environ 2200 traités bilatéraux dans le monde. Le Liban en a conclu une quarantaine⁶.

Il peut également s'agir de traités multilatéraux qui contiennent des clauses d'arbitrage semblables à celles des conventions bilatérales. Les principaux de ces traités sont l'ALENA, ou NAFTA en anglais, entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique, qui ouvre la voie de l'arbitrage selon le mécanisme

⁶ Une compilation de traités bilatéraux d'investissement est disponible sur le site web de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), UNCTAD en anglais, CNUDCED, www.unctad.org/ (lien direct pour la compilation, www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2310&lang=1).

supplémentaire CIRDI ou selon le Règlement CNUDCI⁷, de même que la Charte de l'énergie, qui permet notamment d'accéder à l'arbitrage CIRDI⁸.

3.2 Caractéristiques de l'arbitrage CIRDI

Cela nous amène au second volet de cette deuxième partie, à savoir le rappel des principales caractéristiques de l'arbitrage selon la Convention CIRDI.

L'arbitrage selon la Convention CIRDI n'est soumis à aucune loi nationale d'arbitrage⁹. En d'autres termes, il n'a *pas de lex arbitri nationale*. Il est exclusivement régi par la Convention CIRDI, de même que par le Règlement d'arbitrage élaboré par le CIRDI. Cette absence de soumission au droit national signifie également que les tribunaux locaux n'ont pas compétence pour intervenir en qualité de juge d'appui ou de contrôle de l'arbitrage. Il s'agit du seul système d'arbitrage d'investissement complètement isolé du droit et des tribunaux nationaux.

⁷ Voir l'article 1120 (1) du chapitre 11 ALENA: « 1. Sauf dispositions de l'annexe 1120.1 et à condition que six mois se soient écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte, un investisseur contestant pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu :
a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie de l'investisseur soient parties à la Convention;
b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie de l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI; ou
c) des Règles d'arbitrage de la CNUDCI. »

L'arbitrage selon la Convention CIRDI n'est pas utilisé, le Canada et le Mexique n'étant pas parties à la Convention.

⁸ Art. 26 (4) Charte de l'énergie, qui permet aussi l'arbitrage selon le Règlement CNUDCI ou le Règlement de la Chambre de commerce de Stockholm.

⁹ Lucy Reed/ Jan Paulsson/ Nigel Blackaby, op. cit. note 1, p. 8.

Pour que la *compétence* du tribunal arbitral soit établie, trois conditions énumérées à l'article 25 de la Convention doivent être remplies. Premièrement, l'exigence de nationalité : le litige doit opposer un Etat contractant au ressortissant d'un autre Etat contractant. Il est fréquent que des ressortissants d'un Etat étranger fondent une société locale qui constituera le véhicule de l'investissement. Pour cette hypothèse, la Convention admet qu'une personne morale ressortissante de l'Etat-hôte puisse être traitée comme une ressortissante étrangère à condition que les parties soient convenues de la traiter comme telle compte tenu du fait qu'elle est contrôlée par des intérêts étrangers¹⁰.

La deuxième condition que l'article 25 pose à la compétence est celle de l'investissement. La Convention ne donne pas de définition de l'investissement. Généralement, on considère qu'un investissement doit comprendre cinq éléments : une contribution en argent ou en biens ; un retour en termes de profits ; un risque pris par les deux contractants ; une certaine durée ; enfin, l'opération doit revêtir une certaine importance pour le développement de l'Etat-hôte. Les travaux préparatoires contenaient une définition fixant la durée minimale de l'investissement à cinq ans. Cette définition n'a pas été reprise dans le texte final. Elle donne toutefois un ordre de grandeur utile pour l'interprétation de l'article 25.

Les domaines possibles d'investissement sont multiples et variés : concessions minières, pétrolières ; concessions de distribution d'eau ou

¹⁰ Art. 25 (2)(b) Convention CIRDI.

d'électricité ; projets industriels de production de biens ; projets de fourniture de services, tels transports, administration d'infrastructures, traitement d'ordures, gestion de complexes hôteliers, construction, services bancaires et financiers. Ce sont là quelques exemples puisés dans la jurisprudence du CIRDI¹¹.

La troisième et dernière condition de la compétence d'un tribunal arbitral selon la Convention CIRDI se trouve être le consentement des parties. Dans le cadre d'un contrat d'investissement, le consentement est manifesté par la clause arbitrale intégrée au contrat.

En matière d'arbitrage fondé sur un traité, la jurisprudence considère que la disposition du traité prévoyant le recours à l'arbitrage constitue l'offre d'arbitrer exprimée par l'Etat¹². Quant à l'investisseur, il donne son consentement par le dépôt de la requête d'arbitrage auprès du CIRDI. Si la construction contractuelle du consentement est sauvegardée, en tous cas en apparence, il est indéniable que nous nous éloignons ici considérablement du fondement consensuel classique de l'arbitrage commercial.

¹¹ Voir aussi, Schreuer, op. cit. note 1, pp. 138ss, nos. 119ss.

¹² Not. *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID reports, vol. 4, pp. 246ss, no. 2; *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Zaire*, ICSID Reports, vol. 5, pp. 11ss, nos. 5.19ss. Sur ce sujet, voir aussi Schreuer, op. cit. note 1, pp. 210ss, nos. 285ss.

La *procédure devant le tribunal arbitral* est régie par la Convention et le Règlement d'arbitrage CIRDI¹³. Elle ressemble beaucoup à une procédure standard dans un arbitrage commercial international. A deux principales différences près : il n'y a pas de juge local d'appui et les parties renoncent à s'adresser aux tribunaux étatiques pour obtenir des mesures provisoires¹⁴.

Quel est le *droit applicable au fond du litige* ? La question est régie par l'article 42 de la Convention CIRDI. Il faut distinguer l'arbitrage fondé sur un contrat et l'arbitrage fondé sur un traité. Dans le premier, le droit applicable est déterminé par l'élection de droit des parties incorporée au contrat et, en l'absence d'élection, par le droit national du pays-hôte. En déclarant applicable le droit de l'Etat-hôte de l'investissement, la Convention met en œuvre le principe de proximité du droit international privé, selon lequel une situation est régie par le droit avec lequel elle présente les liens les plus étroits. Jusque-là rien de très particulier. Mais l'article 42 de la Convention prévoit encore que le tribunal appliquera « les principes de droit international en la matière ». Quel est le rôle du droit international ? Quelles en sont les sources ? La jurisprudence arbitrale a mis en lumière un double rôle, complémentaire et correcteur¹⁵. Ainsi, le droit international comble les

¹³ Art. 44 Convention CIRDI.

¹⁴ Art. 26 et 47 Convention CIRDI et art. 39 Règlement d'arbitrage CIRDI.

¹⁵ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. United Republic of Cameroon*, décision sur annulation rendue le 3 mai 1985, ICSID Reports, vol. 2, pp. 95ss, no. 69 (extraits en français publiés au Journal du droit international (Clunet), vol. 114, no. 1, pp. 163ss (1987)) ; *Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia*, décision sur annulation rendue le 16 mai 1986, ICSID Reports, vol. 1, pp. 509ss, nos. 20-22 (extraits en français publiés au Journal du droit international (Clunet), vol. 114, no. 1, pp. 175ss (1987)).

lacunes du droit national et en corrige le résultat si ce dernier lui est contraire. Ce rôle s'exerce que le droit national ait été élu par les parties ou désigné par un rattachement objectif.

Quant aux sources, ce sont celles qui sont énumérées dans le Statut de la Cour internationale de justice avec les adaptations requises par la nature de l'arbitrage d'investissement¹⁶. Il s'agit des traités, notamment des traités d'investissement ; du droit international coutumier, qui impose par exemple qu'une expropriation ne peut avoir lieu que contre indemnisation « full, prompt, and effective », pour reprendre la formule consacrée ; ainsi que des principes généraux du droit, qui comprennent parmi d'autres la règle *pacta sunt servanda*, *l'exceptio non adimpleti contractus*, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, et l'interdiction de l'enrichissement illégitime. Au titre des sources, on compte également la jurisprudence internationale, celle de la Cour internationale de justice, de la Cour de justice des Communautés et européennes, de la Cour européenne des droits de l'homme, du Tribunal des différends irano-américains, et des sentences CIRDI. Enfin, la doctrine peut aussi constituer une source de droit international.

L'article 42 de la Convention CIRDI a été conçu pour des arbitrages fondés sur un contrat, à une époque où l'on n'imaginait même pas qu'un arbitrage puisse se baser uniquement sur un traité. Voilà pourquoi son libellé n'est

¹⁶ Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, paragraphe 40, www.worldbank.org/icsid/basicdorfra/partB.htm.

pas adapté à cette dernière catégorie d'arbitrage. Toutefois, une interprétation raisonnable mène à conclure que le droit matériel applicable dans un arbitrage fondé sur un traité est constitué du traité lui-même, interprété selon la Convention de Vienne sur les traités, et par le droit international, dont je viens de décrire les sources. Que reste-t-il du droit national du pays-hôte ? Comme l'a montré le débat autour d'une récente décision sur requête d'annulation d'une sentence CIRDI¹⁷, la question est ouverte¹⁸. Quelle que soit la réponse, dans la majorité des cas les solutions dériveront directement du traité.

Poursuivons sur les caractéristiques de l'arbitrage CIRDI en abordant les *voies de recours contre la sentence*. C'est là que le détachement du droit national est le plus évident. Il n'y a pas de recours devant les tribunaux étatiques¹⁹. La Convention prévoit un mécanisme interne²⁰. Les demandes d'annulation sont portées devant un comité ad hoc de trois membres nommés par le CIRDI.

Les griefs sont énumérés à l'article 52 de la Convention. Ils comprennent la constitution irrégulière du Tribunal (qui n'a jamais été invoquée à ce jour)²¹, la violation d'une règle fondamentale de procédure, la corruption du

¹⁷ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, décision sur annulation du 5 janvier 2002, ICSID Reports, vol. 6, pp. 129ss.

¹⁸ Voir Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi (éd.), *Annulment of ICSID Awards*, IAI Series on International Arbitration no 1, New York 2004. Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, *The meaning of "and" in Article 42(1), second sentence, of the Washington Convention: The role of international law in the ICSID choice of law process*, ICSID Review, 2004, pp. 375-411.]

¹⁹ Art. 53 Convention CIRDI.

²⁰ Art. 52 Convention CIRDI.

²¹ Christoph H. Schreuer, *Three Generations of ICSID Annulment Proceedings*, in *Annulment of ICSID Awards*, op. cit. note 18, p. 22.

Tribunal (jamais invoquée non plus)²², l'excès de pouvoir manifeste et le défaut de motif. L'excès de pouvoir manifeste vise tant la décision sur compétence que la décision sur le fond. En effet, un tribunal qui statue sans être compétent excède manifestement son pouvoir²³. De façon similaire, les arbitres qui n'appliquent pas le système juridique désigné par l'article 42 de la Convention pourraient selon les circonstances commettre un excès de pouvoir²⁴. En revanche, tel n'est pas le cas s'ils commettent simplement une erreur dans l'application du droit²⁵. Quant au défaut de motifs, il est réalisé lorsque le tribunal arbitral ne traite pas d'une question essentielle ou adopte des motifs contradictoires²⁶. Les premières décisions d'annulation²⁷ avaient suivi une ligne assez sévère que des comités ad hoc ont plus récemment rectifiée²⁸. Les motifs sont suffisants dès lors que le lecteur de la décision est à même de suivre le raisonnement du tribunal²⁹. Si des maillons du raisonnement manquent, le comité ad hoc peut compléter la décision sans avoir à l'annuler³⁰.

²² Schreuer, *loc. cit.*

²³ Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitration: Are There Differences?*, in *Annulment of ICSID Awards*, *op. cit.*, note 18, p. 195 et pp. 197ss.

²⁴ Schreuer, *op. cit.* note 1, pp. 944 ss. et réf.

²⁵ Schreuer, *op. cit.* note 1, pp. 947 ss.

²⁶ Not. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, décision sur annulation du 3 juillet 2002, nos. 64 et 65 www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

²⁷ *Amco Asia et Klöckner*, note 15.

²⁸ *Wena*, note 17.

²⁹ *Maritime International Nominees Establishment v. Guinea*, décision sur annulation du 22 décembre 1989, ICSID Reports, vol. 4, pp. 79ss, no. 5.09 ; *Wena*, note 17, pp. 129ss, nos. 75ss.

³⁰ *Wena*, note 17, pp. 129ss, no.83.

La dernière caractéristique de l'arbitrage CIRDI tient à l'exécution des décisions. Dans la Convention, les Etats contractants s'engagent à reconnaître une sentence CIRDI au même titre qu'un jugement local³¹. Les sentences CIRDI échappent donc à la nécessité d'un exequatur au sens de la Convention de New York. Elles font directement l'objet d'une procédure d'exécution forcée.

Voilà qui clot le descriptif des caractéristiques essentielles de l'arbitrage CIRDI et nous mène à notre troisième étape cherchant à dégager les développements et difficultés actuels.

4. Développements et difficultés

Inutile de le nier : les difficultés sont nombreuses. Après certaines questions de technique juridique, j'en sélectionnerai trois : la transparence, la légitimité et la cohérence.

4.1 Quelques aspects de technique juridique

Auparavant, quelques mots des difficultés de technique juridique. Elles tiennent essentiellement à la définition de la compétence du tribunal arbitral et à la juxtaposition des fondements des demandes, fondements contractuels et conventionnels.

³¹ Art. 54 (1) Convention CIRDI.

Examinons tout d'abord la *compétence* et prenons pour exemple le traité entre le Liban et la France, qui offre à l'investisseur le recours à l'arbitrage CIRDI dans les termes suivants :

« Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées. Si un tel différend n'a pas 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 au différend, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre des parties au différend à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I), créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965 ».

Outre les conditions d'investissement et de nationalité à remplir tant selon le traité bilatéral que selon la Convention CIRDI, vous vous souviendrez qu'il faut le consentement. L'offre d'arbitrer de l'Etat se manifeste par la disposition citée elle-même. L'acceptation de l'investisseur s'exprime par l'action de déposer une requête d'arbitrage³².

La disposition prévoit encore un délai de carence de six mois après la première tentative de règlement à l'amiable et l'introduction de l'arbitrage. Quid si le délai n'est pas respecté ? Généralement, la compétence est admise malgré le non-respect, soit parce que le délai est considéré comme un délai d'ordre n'affectant pas la compétence, soit parce qu'il est

³² *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Zaire* , note 12, pp. 11ss, no. 5.23. Voir aussi Schreuer, op. cit. note 1, p. 218, no. 303.

démontré que les tentatives transactionnelles auraient de toute manière échoué³³.

La clause précitée du traité franco-libanais est simple. Il y en a de plus complexes. Prenons pour illustration le traité entre le Liban et le Canada, qui en son article XII prévoit le règlement à l'amiable, puis, après un délai de six mois, le choix pour l'investisseur entre l'arbitrage CIRDI³⁴ ou l'arbitrage ad hoc CNUDCI, à condition que l'investisseur ait renoncé à toute autre procédure, notamment à toute procédure devant les juridictions locales.

Certains autres traités connaissent également cette alternative, mais l'articulent de manière un peu différente. Ainsi en vertu du traité Liban-Guinée, l'investisseur a le choix entre les juridictions locales, l'arbitrage CIRDI ou l'arbitrage CNUDCI. Cependant, une fois le choix opéré il devient irrévocable. C'est la clause dite de la *fork in the road*, ou, dans une traduction un peu maladroite, de l'embranchement dans le chemin. L'intérêt des clauses de renonciation ou *fork in the road* est d'éviter des procédures parallèles avec les risques considérables de double recouvrement de la créance ou de décisions contradictoires.

³³ P. ex. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, décision sur compétence du 6 août 2003, no. 184, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm; *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, décision sur compétence du 24 juin 1998, nos. 84ss, www.naftaclaims.com/.

³⁴ Le Canada n'étant pas partie à la Convention CIRDI, il s'agira de l'arbitrage selon le mécanisme supplémentaire CIRDI.

Autre difficulté technique : la clause de la nation la plus favorisée. Beaucoup de traités garantissent à l'investisseur de l'autre Etat le même traitement qu'aux investisseurs de la nation la plus favorisée. Cela s'applique bien sûr à la protection matérielle. Cela s'applique-t-il aussi en matière de procédure ? Peut-on par exemple faire valoir une demande sur la base d'un traité bilatéral qui conditionne le recours à l'arbitrage à l'épuisement des voies internes sans épuiser ces voies au motif que l'Etat-hôte défendeur n'impose pas une telle exigence aux nationaux d'Etats-tiers plus favorisés ? Au terme d'une discussion approfondie, un tribunal CIRDI a répondu par l'affirmative dans une affaire visant l'Espagne³⁵.

Les choses se compliquent encore quand l'arbitrage est fondé tant sur un traité que sur un contrat. A titre d'exemple, on citera l'affaire Vivendi c. Argentine, dont la sentence a fait l'objet d'une annulation³⁶. Imaginons que le contrat comprenne une clause d'élection de for des juridictions locales ou encore une clause d'arbitrage local. En principe, les prétentions contractuelles suivent la clause de règlement des différends du contrat, alors que les demandes conventionnelles peuvent faire l'objet de l'arbitrage institué par le traité. Plusieurs sentences de même que la décision d'annulation Vivendi ont maintenant bien établi la distinction entre les

³⁵ Voir *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, sentence sur compétence du 25 janvier 2000, nos. 38-64 ; www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm; pour une discussion de cette décision, voir Francisco Orrego Vicuña, *Bilateral Investment Treaties and the Most-Favored-Nation Clause: Implications for Arbitration in the Light of a Recent ICSID Case*, in Gabrielle Kaufmann-Kohler/ B. Stucki (éd.), *Investment Treaties and Arbitration*, ASA Special Series No. 19, 2002, pp. 133ss.

³⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, note 26. sentence du 21 novembre 2000, et décision sur annulation du 3 juillet 2002, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

demandes conventionnelles et les demandes contractuelles et ses conséquences sur la compétence.

Une difficulté vient toutefois se greffer sur cette distinction lorsque le traité comprend une disposition dite *umbrella clause*, ou si vous préférez une clause du parapluie. Qu'est-ce que le parapluie en l'occurrence ? La clause parapluie intégrée dans un certain nombre de traités dispose que chaque Etat contractant respectera ses obligations à l'égard des investisseurs de l'autre Etat. On a vu là un moyen d'élever les obligations contractuelles de l'Etat au niveau d'obligations conventionnelles. Cette « promotion » effacerait la distinction entre demande conventionnelle et demande contractuelle et permettrait de soumettre les secondes à l'arbitre des premières. Est-ce là une solution raisonnable à la difficile question de la juxtaposition des différents types de prétentions ? Dans l'affaire SGS c. Pakistan, le tribunal arbitral a refusé d'interpréter ainsi la clause parapluie du traité pakistano-suisse³⁷ en raison de son libellé trop général et de la structure du traité. La question resurgira nécessairement à propos d'autres traités.

Voilà pour les difficultés techniques. Comme on le voit, elles ne sont pas négligeables. Mais au-delà de la technique juridique, les enjeux touchent à la fonction même de l'arbitrage d'investissement. Le premier enjeu est celui de la transparence.

³⁷ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, note 33, nos 163-173.

4.2 La transparence

On a transposé à des litiges mixtes de droit commercial et de droit international public, ou parfois même exclusivement de droit international public, une méthode de règlement des différends destinée initialement à la résolution de litiges commerciaux opposant deux opérateurs privés. La méthode a fait ses preuves. Seulement voilà, elle n'intègre pas la composante – essentielle ici – de l'intérêt public. Or les projets qui donnent lieu à des procédures d'arbitrage en matière d'investissement revêtent souvent une importance majeure pour l'économie d'un pays, parfois pour une population tout entière. Que l'on songe simplement au soulèvement populaire de mon illustration vénézuélienne. Comment intégrer l'intérêt public dans une procédure façonnée pour trancher des intérêts privés ? On peut bien sûr l'incorporer au raisonnement au fond. Mais quid sur le plan procédural ?

Au niveau de la procédure, il convient surtout de jouer la transparence. L'arbitrage commercial est largement confidentiel. L'arbitrage d'investissement doit être ouvert. Le public, la presse, les organisations non gouvernementales qui défendent légitimement certaines causes, doivent pouvoir être informés et, dans certains cas, s'exprimer dans le cadre de l'arbitrage. La transparence peut être mise en oeuvre de diverses manières :

- On peut tout d'abord songer à publier l'existence même d'un arbitrage. Si le CIRDI annonce le dépôt d'une requête et informe de l'état d'avancement des procédures sur son site, il n'y a pas de publication équivalente s'agissant des arbitrages d'investissement soumis à d'autres mécanismes, tels les arbitrages CNUDCI ou CCI. Il conviendrait d'aménager les moyens nécessaires.
- On peut également envisager de permettre à des tiers autorisés, non parties, de produire des observations écrites, sortes d' *amicus curiae* *briefs* pratiqués en particulier devant la Cour suprême des Etats-Unis. Des arbitres CIRDI ont adopté cette technique à quelques reprises récemment³⁸.
- On peut aussi concevoir d'ouvrir l'accès à l'audience. C'est ce qui a été fait récemment dans l'arbitrage Methanex fondé sur l'ALENA qui est actuellement pendant devant le CIRDI sur la base du mécanisme supplémentaire. L'ouverture de l'audience au public peut bien évidemment poser des problèmes de logistique. Avec les moyens de communication IT, ces problèmes devraient toutefois être gérables.

³⁸ *Methanex Corp. v. United States of America*, décision du 15 janvier 2001 sur l'admissibilité des *amicus curiae* *briefs*, www.naftaclaims.com/disputes_us/disputes_us_6.htm; voir aussi Mealey's International Arbitration Report, vol. 16, no. 1 (2001), p. 6 ; *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, décision du 17 octobre 2001 sur l'admissibilité des *amicus curiae* *briefs*, www.naftaclaims.com; voir aussi *Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia*, lettre du Président du tribunal de janvier 2003, www.earthjustice.org.

- On s'est également demandé s'il était possible d'admettre des tiers en qualité de parties à l'arbitrage³⁹. Les mécanismes existant ne semblent pas le permettre. En outre, on peut douter de l'utilité d'une telle admission et craindre des difficultés de gestion de procédure.

En conclusion, il faut aller dans le sens d'une transparence suffisante pour tenir compte de l'intérêt public, sans pour autant compromettre une gestion efficace de la procédure. C'est sans nul doute un équilibre délicat.

4.3 La légitimité

Deuxième enjeu : la légitimité. Les arbitres du CIRDI sont choisis par les parties ou par le CIRDI lui-même (sur la liste établie par les Etats ou, hors liste, avec le consentement des parties)⁴⁰. Ce sont des particuliers, qui ne revêtent aucune fonction officielle. Néanmoins, ils tranchent le bien-fondé, la légalité, la compatibilité avec le droit international de l'action de gouvernements. Or des voix s'élèvent pour mettre en cause la légitimité de ces juges privés.

Il en va ainsi notamment aux Etats-Unis, dans un retournement de situation qui prête à sourire. Ce n'est que depuis que les procédures opposent

³⁹ Voir Gabrielle Kaufmann-Kohler, *op. cit.* note 23, p. 216; Thomas Wälde/ Todd Weiler, Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the Light of New NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct to Economic Regulation, in Gabrielle Kaufmann-Kohler/ B. Stucki (éd.), *Investment Treaties and Arbitration*, *op. cit.* note 35, p. 215.

⁴⁰ Art. 37 à 40 Convention CIRDI et art. 1 à 4 Règlement d'arbitrage CIRDI.

parfois des investisseurs étrangers à l'Etat-hôte américain, par opposition à des investisseurs américains s'en prenant à des Etats étrangers, que les critiques se font entendre. Dans cet esprit, on a qualifié les tribunaux arbitraux de « gouvernements de l'ombre » et même parlé de « terrorisme arbitral »⁴¹.

Si les propos sont de toute évidence excessifs, cela ne doit pas occulter le fait que la préoccupation est sérieuse. Certains pensent même que l'arbitrage est une méthode de résolution des différends inadaptée aux différents investissements⁴²; d'autres estiment que nous nous trouvons dans une phase de transition et que l'arbitrage d'investissement est en passe d'évoluer de manière significative⁴³. Evoluer vers quoi ? Faut-il remplacer l'arbitre privé par un juge permanent professionnel ? Etablir une sorte de cour internationale des investissements ? Peut-être. Il n'est pas sûr toutefois que l'on gagnerait en efficacité et en qualité de la justice rendue. Surtout, la perspective n'est guère réaliste, car il y a dans le monde 140 Etats parties à la Convention CIRDI, qui ne peut être amendée qu'avec le consentement de tous. Il y a aussi plus de 2000 traités bilatéraux, dont la majorité contient des offres d'arbitrer, et plusieurs traités multilatéraux prévoyant également le recours à l'arbitrage⁴⁴. Il n'est pas raisonnable

⁴¹ Michael Goldhaber, *Arbitral Terrorism*, *American Lawyer / Focus Europe*, été 2003.

⁴² Brigitte Stern, *International Economic Relations and the MAI Dispute Settlement System*, 7th Geneva Global Arbitration Forum, *Journal of International Arbitration*, vol. 16, 1999, pp. 118-128, pp.127.

⁴³ Thomas Wälde/ Todd Weiler, *op. cit.*, note 39, p. 220.

⁴⁴ Eloïse Obadia, *ICSID, Investment and Arbitration: Current and Emerging Issues*, in Gabrielle Kaufmann-Kohler/ B. Stucki (éd.), *Investment Treaties and Arbitration*, *op. cit.* note 35, p. 67.

d'envisager de modifier tous ces traités. Il est beaucoup plus judicieux de travailler à l'amélioration de la qualité de l'arbitrage existant, soit de la procédure d'une part et des arbitres d'autre part. C'est là le moyen le plus accessible pour augmenter la légitimité.

En ce qui concerne les arbitres, il convient d'être particulièrement exigeant en termes de conflits d'intérêts et en particulier d'indépendance d'esprit. Il serait en effet souhaitable d'éviter les situations où une même personne défend une interprétation d'une clause d'un traité en tant qu'avocat dans une procédure, alors qu'il ou elle est saisi en tant qu'arbitre de la même question à propos d'un autre traité dans une autre procédure. Parce qu'il porte deux chapeaux, l'arbitre n'a plus la liberté d'esprit nécessaire à une résolution objective et sereine de la question qu'il a le devoir de trancher.

4.4 La cohérence

Cette dernière problématique mène assez naturellement à la suivante, celle de la cohérence des solutions. J'illustre mon propos par les arbitrages argentins. À la fin des années 90, la République d'Argentine procéda à une vaste privatisation de la gestion des ressources, eau, électricité et gaz. En 2001, surgit une crise économique grave. Une loi d'urgence obligea les concessionnaires à fournir l'eau, l'électricité et le gaz à des tarifs réduits,

voire gratuitement. Les concessionnaires s'estimant lésés, firent valoir des réclamations par le dépôt de requêtes d'arbitrage CIRDI⁴⁵.

La situation argentine n'est pas unique. Elle peut se reproduire ailleurs demain⁴⁶. Et même indépendamment d'une telle crise, la cohérence peut être mise en péril du fait que les traités bilatéraux d'investissement contiennent tous des dispositions semblables sujettes à interprétation. Dans les affaires argentes, lors de l'interprétation de dispositions identiques ou analogues des traités d'investissement, la même question se pose à de multiples reprises. La même question devant d'autres tribunaux. Même solution, autre solution ? Cela dépendra. Il n'y a pas en arbitrage de principe de précédent ou *stare decisis*. Un tribunal arbitral n'est pas lié par la décision d'un autre tribunal arbitral. D'où le risque d'incohérence dans les résultats qui pourrait nuire sérieusement à la crédibilité et à l'autorité de l'institution elle-même, donc à la solidité de tout l'édifice.

Le mécanisme actuel d'annulation des sentences est insuffisant à rectifier des incohérences de fond ; en effet, les griefs sont largement limités. On a donc pensé à instaurer une véritable procédure d'appel sur des questions de droit. Le Federal Trade Act américain en fait un objectif de négociation de l'administration américaine⁴⁷. Certains accords de libre échange conclus

⁴⁵ Une trentaine d'affaires sont actuellement pendantes, www.worldbank.org/icsid.

⁴⁶ Gabrielle Kaufmann-Kohler, *op. cit.*, note 23, p. 219 ; Nigel Blackaby, Public Interests and Investment Treaty Arbitration, in Gabrielle Kaufmann-Kohler/ B. Stucki (éd.), *Investment Treaties and Arbitration*, *op. cit.* note 35, pp. 153s.

⁴⁷ Section 2102 (b)(3)(G)(iv) 19 USC 3801 ; sur ce sujet, voir Barton Legum, The Introduction of an Appellate Mechanism : the US Trade Act of 2002, in *Annulment of ICSID Awards*, *op.cit.* note 18, pp. 289ss.

récemment par les Etats-Unis mentionnent également l'appel, sans toutefois encore le mettre en oeuvre⁴⁸. C'est une solution qui a des avantages et des inconvénients. Si l'instance d'appel est permanente, elle pourra veiller à l'uniformité et la cohérence des décisions. Il y a cependant un risque de politisation du processus, doublé d'un renchérissement, d'un allongement et d'un alourdissement des procédures. Le résultat concret sera acquis à un coût nettement plus élevé. Sera-t-il pour autant meilleur ? On peut en douter.

D'aucuns pensent que rien ne vaut le statu quo ; certains arbitres n'aiment pas l'idée – et c'est bien naturel – de voir leur décision soumise à une révision au fond. Il n'empêche qu'il y a une préoccupation à prendre au sérieux. Dans ce but, je me suis demandé si l'instauration d'une procédure semblable à celle du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes ne constituerait pas une meilleure solution qu'un appel⁴⁹. Dans le cadre de ce mécanisme, c'est le tribunal arbitral lui-même qui poserait à une instance permanente une question d'interprétation d'un traité dans la mesure où l'intérêt de la réponse dépasse le cas d'espèce. Cette instance répondrait exclusivement à la question de droit. La réponse reçue, le tribunal arbitral poursuivrait l'instruction de la cause et procéderait à la reddition de la sentence. Par

⁴⁸ Accord de libre échange entre les Etats-Unis d'Amérique et la République du Chili et accord de libre échange entre les Etats-Unis d'Amérique et Singapour, <http://www.trade.gov/td/tic/> ; sur les dispositions de ces traités, Walid Ben Hamida, L'arbitrage Etat – investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents, à paraître.

⁴⁹ Art. 234 (ancien art. 177) du Traité instituant la Communauté européenne. Voir pour un mécanisme similaire en matière d'arbitrage, la section 45 de la loi d'arbitrage anglaise de 1996.

rapport à l'appel, cette solution aurait l'avantage d'assurer la cohérence à moindre coût en temps et en frais.

5. Conclusion

Nous voilà au bout du périple. En conclusion, quelles sont les perspectives ? L'arbitrage d'investissement est un acquis. C'est un élément essentiel du règlement des différends dans les relations internationales, un instrument de bonne gouvernance pour les Etats⁵⁰ et un moteur de réforme économique. C'est aussi un vecteur de paix.

Il est vrai que l'arbitrage d'investissement est aujourd'hui critiqué, menacé de toutes parts. Par le public, les ONG, les gouvernements, les investisseurs qui avaient peut-être cru avoir trouvé la panacée et ont compris au vu de certaines décisions récentes⁵¹ que l'arbitrage d'investissement n'était pas le remède à tous leurs maux. Certaines critiques sont excessives ou mal fondées et peuvent être écartées. D'autres doivent être prises en compte. Il est indispensable que l'arbitrage, méthode éprouvée pour servir des intérêts privés, s'adapte pour intégrer l'élément d'intérêt public, tant au niveau de la procédure que du droit de

⁵⁰ Thomas Wälde/ Todd Weiler, *op. cit.*, note 39, p. 168.

⁵¹ P. ex. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, sentence sur compétence du 29 janvier 2004, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm; *Robert Azinian and others v. United Mexican States*, sentence du 1^{er} novembre 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm; *Waste Management Inc. V. United Mexican States*, sentence du 30 avril 2004, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

fond. J'ose espérer que les quelques pistes esquissées ce soir pourront contribuer à cette adaptation.