

# L'ARBITRAGE SUR LE FONDEMENT DES TRAITÉS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

par

**Emmanuel GAILLARD**

*Professeur à l'Université de Paris XII  
Associé, Shearman & Sterling, Paris*

## RÉSUMÉ

L'arbitrage international sur le fondement des traités de protection des investissements a connu depuis quelques années un essor considérable. Bien que ce type de contentieux ait un caractère collectif prononcé, il repose essentiellement sur la multiplication des options procédurales ouvertes à l'investisseur, le législateur international ayant organisé en la matière un *forum shopping in favorem* qui participe de la protection de fond accordée à l'investisseur. Le droit qui résulte de l'exercice de ces options s'articule autour de la distinction de la responsabilité contractuelle en tant que telle de la partie étatique et la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil dont le régime tend à s'affranchir des contraintes qui pèsent sur le contrat, tant en ce qui concerne les clauses de juridictions compétentes que les clauses de droit applicable.

## SUMMARY

*International arbitration on the basis of bilateral investment treaties has experienced a significant increase in the past few years. Although this type of litigation has a pronounced collective nature, it relies essentially on the multiplication of procedural options available to the investor. The international legislator has created in this area a forum shopping in favorem that enhances the substantive protection afforded to the investor. The law resulting from the exercise of these options is characterized by the distinction between the contractual responsibility of the State party as such and the international responsibility of the host State, with the regime of the latter tending to disenfranchise itself from the constraints contained in the contract, as relates to both forum selection and governing clauses.*

1. Les opérateurs du commerce international ont récemment pris conscience du fait qu'ils pouvaient, dans un nombre de situations de plus en plus fréquentes, demander directement à l'Etat d'accueil réparation des dommages causés à leurs investissements internationaux. C'est le cas notamment, en présence d'un instrument de protection des investissements, lorsqu'il peut être reproché à l'Etat de ne pas avoir suffisamment protégé l'investissement, de ne pas avoir accordé un traitement « juste et équitable », de lui avoir réservé un traitement discriminatoire ou d'avoir pris, à son égard, des mesures équivalant à une expropriation. De telles demandes peuvent être portées devant les juridictions, étatiques ou arbitrales, désignées à cet effet par l'instrument de protection des investissements dont la violation est alléguée. Ces instruments sont les traités bilatéraux ou multilatéraux d'encouragement et de protection des investissements ainsi que des lois adoptées aux mêmes fins unilatéralement par les Etats. Les lois faisant partie intégrante de l'ordre juridique interne des Etats concernés, par opposition aux engagements internationaux des Etats résultant des traités qui les lient, des distinctions sont susceptibles d'en découler dans le régime de la protection résultant de chacun de ces types d'instruments (1). Les développements qui suivent se concentreront au premier chef sur les hypothèses dans lesquelles la protection de l'investissement résulte d'un traité.

2. Le contentieux arbitral qui s'est développé sur ce fondement est aujourd'hui considérable et ne fait que s'amplifier. On dénombre plus de 2 000 traités bilatéraux de protection des investissements dans le monde (2). La plupart d'entre eux offrent à l'investisseur la faculté de faire régler par voie d'arbitrage international le différend l'opposant à l'Etat. Des traités multilatéraux aussi importants que l'Accord de Libre-Echange Nord-Américain (ALENA) ou le Traité sur la Charte de l'Energie (3) constituent également un fondement possible à la

---

(1) V. *infra*, note 47.

(2) E. Obadia, « ICSID, *Investment Treaties and Arbitration : Current and Emerging Issues* », 18 *News from ICSID*, n° 2 (2001). Sur l'ensemble de la question, v. 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 ; *Investment Treaties and Arbitration, ASA Special Series*, n° 19, 2002.

(3) Signé en 1994, ce traité lie, au 1<sup>er</sup> janvier 2003, 51 Etats et l'Union Européenne. Entre autres objectifs, il assure la protection des investissements nationaux des parties contractantes dans le domaine de l'énergie.

saisine d'un tribunal arbitral international. La multiplication de ces instruments explique le développement spectaculaire qu'a connu le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) depuis quelques années. Le nombre d'affaires soumises au Centre sur le fondement de conventions d'arbitrage traditionnelles est resté constant : une en 1999, une en 2000, deux en 2001 et une en 2002. Ce rythme est très comparable à celui qu'avait connu le CIRDI jusqu'au milieu des années quatre-vingt dix (4). En revanche, outre ces saisines opérées sur un fondement classique, le Centre a enregistré, sur le fondement de traités, sept affaires nouvelles en 1999 (5), neuf en 2000 (6), douze en 2001 (7) et seize en 2002 (8). Selon toute vraisemblance, cette croissance se poursuivra dans les années à venir. Le développement de l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements ne se limite pas à l'arbitrage CIRDI, la plupart des traités bilatéraux, l'ALENA et le Traité sur la Charte de l'Energie, permettant également la saisine d'un tribunal arbitral international statuant en application du règlement de la CNUDCI (9). Même si, s'agissant d'arbitrage *ad hoc*, la publication de l'information est moins systématique, la même tendance peut être observée. Hors CIRDI, l'ALENA a déjà donné lieu, au minimum, à une vingtaine d'affaires (10). Certaines affaires rendues sur le fondement de traités bilatéraux en application du règlement d'arbitrage de la CNUDCI ont défrayé la chronique (11).

---

(4) Le nombre total d'affaires d'arbitrage nouvelles enregistrées par le CIRDI jusqu'en 1997, date à laquelle la saisine sur le fondement de traités devient significative (v. *infra*, note 16) est de 32, ce qui représente une moyenne d'une affaire par an environ.

(5) Deux sur le fondement de l'ALENA, cinq sur le fondement de traités bilatéraux.

(6) Trois sur le fondement de l'ALENA, six sur le fondement de traités bilatéraux.

(7) Onze sur le fondement de traités bilatéraux, une sur le fondement du Traité sur la Charte de l'Energie.

(8) Quinze sur le fondement de traités bilatéraux, une sur le fondement de l'ALENA, auxquels s'ajoutent deux affaires sur le fondement de lois de protection des investissements.

(9) Certains traités bilatéraux permettent également le recours, plus improbable, aux juridictions de l'Etat d'accueil, avec ou sans clause d'option irrévocable (sur cette clause, v. *infra*, note 31).

(10) Recensées sur divers sites internet dont [www.naftalaw.org](http://www.naftalaw.org).

(11) Voir par exemple la sentence rendue le 3 septembre 2001 dans l'affaire opposant *Ronald Lauder* à la *République tchèque* dans un arbitrage *ad hoc*

3. Le phénomène est très récent. Si les traités bilatéraux sont aujourd'hui au nombre de 2 000, il n'étaient que 500 il y a dix ans (12). L'ALENA est entré en vigueur en 1994 ; le Traité sur la Charte de l'Énergie en 1998. L'Argentine, qui se trouve aujourd'hui sous les feux de l'actualité du CIRDI (13), n'a ratifié la Convention de Washington que le 19 octobre 1994. Elle est aujourd'hui liée par des traités bilatéraux y faisant référence avec plus de 50 pays (14). La première sentence CIRDI rendue sur le fondement d'un traité bilatéral, et non d'une convention d'arbitrage classique, est la sentence *AAPL c/ Sri Lanka* rendue le 27 juin 1990 par MM. A. El Kosheri, Président, B. Goldman et S. Asante, avec une opinion dissidente de ce dernier (15). Ce n'est pourtant qu'à partir de 1997 que la saisine du CIRDI sur ce fondement est devenue régulière (16). La première sentence CNUDCI rendue sur le fondement de l'ALENA l'a été le 24 juin 1998 dans l'affaire *Ethyl Corporation c/ Canada* (17). La première sentence CIRDI rendue sur le même fondement l'a été le 30 août 2000 dans l'affaire *Metalclad Corporation c/ Etats-Unis du Mexique* (18).

4. Pour récente qu'elle soit, la pratique de l'arbitrage sur le fondement de traités de protection des investissements a déjà développé des caractères propres qui ne manqueront pas d'avoir à leur tour une incidence sur le droit commun de l'arbitrage. Ces caractères sont l'affaiblissement de la confidentialité, l'usage de la procédure d'*amicus curiae* et le développement d'une véritable jurisprudence arbitrale, plus nourrie et plus cohérente que dans tout autre domaine.

---

conduit en application du règlement d'arbitrage de la CNUDCI et la sentence CNUDCI rendue le 13 septembre 2001 dans une procédure parallèle opposant la société *CME* à la *République tchèque*. Un résumé de ces deux sentences, dont les résultats sont sensiblement différents, est publié au *Bull. ASA*, 2002.249.

(12) E. Obadia, art. préc.

(13) V. *infra*, n° 11.

(14) G. Tawil, « *Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable* », *La Ley*, 20 novembre 2002.

(15) *JDI*, 1992.216, obs. E. Gaillard.

(16) Les demandes nouvelles formées en 1994, 1995 et 1996, au nombre de trois chaque année, dont une instance de conciliation en 1994, l'ont toutes été sur le fondement de conventions classiques.

(17) 38 *ILM* 708 (1999).

(18) 40 *ILM* 36 (2001) ; *JDI*, 2002.190, obs. E. Gaillard.

5. La confidentialité est moins marquée dans cette forme d'arbitrage qu'en droit commun. Le choix du CIRDI de publier les noms des parties et des arbitres ainsi que l'état d'avancement de la procédure a fait naître une attente très forte du public de connaître également le dénouement de l'affaire (19). Par ailleurs, dans la mesure où elle met en cause la responsabilité des Etats, cette forme d'arbitrage se prête, plus qu'une autre, à un contrôle des citoyens. Dans certains Etats, au premier rang desquels figurent les Etats-Unis d'Amérique, cette transparence est perçue comme une exigence du fonctionnement normal d'une démocratie. Aussi, la plupart des sentences rendues en la matière font l'objet d'une publication, d'accord entre les parties ou unilatérale (20). Certaines parties vont même jusqu'à rendre publique, sur leur site internet, l'intégralité de la procédure arbitrale (21).

6. La possibilité pour des tiers de faire valoir leur point de vue dans la procédure, comme ils auraient pu le faire devant certaines juridictions étatiques, a également été présentée comme une aspiration légitime dans ce type d'affaires. L'ALENA prévoit la possibilité pour chacun des deux Etats membres non directement concernés de faire entendre leur voix sur des questions d'interprétation du traité dans les procédures engagées à l'encontre du troisième Etat (art. 1128). Les organisations non gouvernementales ont également demandé, avec le soutien des Etats-Unis et du Canada, à se faire entendre, en qualité d'*amicus curiae*, dans certaines procédures d'arbitrage. Cela a été le cas en particulier dans des affaires soulevant des questions de protection de l'environnement. Par une décision

---

(19) Sur les incidents relatifs au respect de la confidentialité pendant le déroulement de l'arbitrage, v. *Amco c/ République d'Indonésie*, décision du 9 décembre 1983 sur la demande de mesures provisoires, 24 *ILM* 365 (1985) ; *Metalclad Corp. c/ Etats-Unis du Mexique*, sentence du 30 août 2000, *JDI*, 2002.190, obs. E. Gaillard.

(20) Par ailleurs, les sentences non publiées circulent d'un plaideur à l'autre et sont parfois invoquées, à titre de précédent, dans une autre affaire. C'est donc aujourd'hui, paradoxalement, l'absence résiduelle de transparence qui peut paraître critiquable dans la mesure où elle est susceptible de rompre l'égalité des parties.

(21) V. par ex. le site internet du département d'Etat américain qui contient de nombreux documents relatifs à des affaires concernant les Etats-Unis, le Canada et le Mexique devant des tribunaux arbitraux saisis en application du Chapitre 11 de l'ALENA : <http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>. V. également pour le Canada : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-en.asp>.

rendue le 15 janvier 2001 dans l'affaire *Methanex Corporation c/ États-Unis* un tribunal arbitral composé de MM. V.V. Veeder, Président, W. Christopher et W. Rowley, statuant sur le fondement de l'ALENA en application du règlement de la CNUDCI, a décidé d'accepter, à titre provisoire, les mémoires d'*amicus curiae* de diverses organisations de défense de l'environnement, tout en déniaut à celles-ci la possibilité de participer à l'arbitrage et d'accéder officiellement à la procédure (22). Cette décision a aussitôt été acceptée comme ayant valeur de précédent par une décision rendue le 17 octobre 2001 dans l'affaire *United Parcels Services of America Inc. c/ Canada* par un tribunal arbitral composé de M.M. R. Cass, Président, Y. Fortier et K. Keith (23) statuant sur le fondement de l'ALENA en application du règlement de la CNUDCI.

7. Ainsi que le fait ressortir ce dernier exemple, la matière des traités de protection des investissements a permis le développement d'une jurisprudence arbitrale au plein sens du terme. La publication fréquente des décisions, la similitude des questions soulevées sur le fondement de textes qui se recoupent largement, incitent les arbitres statuant sur ces matières à porter une attention toute particulière aux précédents rendus par d'autres tribunaux arbitraux. S'il n'est guère contestable aujourd'hui qu'il existe, en droit commun de l'arbitrage, une véritable jurisprudence arbitrale (24), cela se vérifie tout particulièrement dans le domaine de la protection des investissements.

8. Si l'on cherche à présent à analyser le phénomène résultant de la saisine fréquente d'arbitres sur le fondement des traités de protection des investissements pour tenter d'en comprendre la nature, quatre caractéristiques, d'importance inégale, se présentent à l'esprit.

9. La première est qu'il s'agit d'une forme d'arbitrage dans lequel le consentement des parties à la convention d'arbitrage

---

(22) Cette décision ainsi que d'autres documents relatifs à cette affaire sont disponibles sur le site [www.naftalaw.org](http://www.naftalaw.org).

(23) Cette décision ainsi que d'autres documents relatifs à cette affaire sont disponibles sur le site [www.naftalaw.org](http://www.naftalaw.org) ainsi que sur le site du département d'État américain et sur celui du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international canadien cité *supra*, note 21.

(24) Sur les controverses entourant la notion de jurisprudence arbitrale, v. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996, n° 371 et s.

est dissocié (25). L'Etat émet une offre générale de contracter en spécifiant, dans l'instrument de protection des investissements concerné, que les litiges relatifs aux investissements couverts par cet instrument pourront être réglés par voie d'arbitrage. L'investisseur n'accepte cette offre qu'au moment de former la demande d'arbitrage. Les auteurs de la Convention de Washington avaient prévu, dès l'origine, la possibilité d'une telle dissociation (26). La convention d'arbitrage reposant, une fois conclue, sur la volonté commune des parties, cette première caractéristique ne nous paraît pas de nature à rendre compte, à elle seule, du particularisme de cette forme d'arbitrage.

10. La seconde tient à l'absence d'*intuitus personae* dans la convention d'arbitrage. Par définition, l'Etat consent à recourir à l'arbitrage à l'égard d'une catégorie abstraite d'investisseurs qu'il n'appréhende pas de façon individuelle. L'investisseur lui-même ne recourt pas à l'arbitrage en considération de la qualité de l'Etat mais parce qu'il estime que cette procédure, négociée pour lui par l'Etat dont il est le ressortissant, constitue la meilleure protection de l'investissement qu'il estime injustement traité. Nul *intuitus personae* n'en résulte. Cependant, là encore, cette considération n'est pas spécifique à la protection des investissements. Le fait que l'arbitrage soit devenu le mode normal des règlements des différends du commerce international est allé de pair avec l'altération de l'*intuitus personae* susceptible d'exister dans les conventions d'arbitrage. Le droit commun de la transmission de la convention d'arbitrage, qui suit en général le sort du contrat principal et ne peut être considérée comme conclue *intuitu personae* que si les parties l'ont expressément spécifié, en est la preuve (27). Il en va autrement des deux caractéristiques suivantes qui révèlent la véritable nature de l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements.

11. La troisième caractéristique réside dans le caractère fortement collectif du régime de protection auquel se rapporte la convention d'arbitrage et, par voie de conséquence, du conten-

---

(25) Sur cet aspect, v. J. Paulsson, « Arbitration Without Privity », 10 *ICSID Review* 232 (1995).

(26) V. le Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 mars 1965, Publication du CIRDI n° 15, janvier 2003, p. 43-44.

(27) Sur la question, v. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, n° 712.

tieux susceptible d'en résulter. Elle concerne moins la convention d'arbitrage elle-même que la matière qui correspond, dans une convention d'arbitrage classique, au contrat de fond auquel celle-ci se rapporte.

Chaque instrument de protection des investissements s'adresse à une catégorie, à une classe entière, d'investisseurs potentiels. Cependant, l'aspect collectif de la matière est loin de s'arrêter là. Chaque Etat le plus souvent, aura conclu, non pas un seul mais de nombreux traités de protection des investissements. Les traités conclus par les différents Etats varient certes selon leur ancienneté et leur origine géographique, mais de très nombreuses dispositions s'y retrouvent en des termes identiques ou voisins, de sorte qu'une typologie par familles de traités peut en être dressée. Les notions de traitement « juste et équitable », d'« expropriation », de « mesures d'effet équivalent » sont utilisées de façon très générale. D'autres dispositions, comme les clauses d'option irrévocable (« *fork in the road* ») ou d'effet miroir (« *umbrella clause* ») (28), ne figurent que dans certaines catégories de traités, ce qui contribue à les distinguer par groupes. Il reste que, dans chaque cas, ces similitudes, ou ces différences, contribuent très fortement à la création d'une jurisprudence arbitrale. C'est non seulement parce que les sentences sont souvent publiées mais aussi parce qu'elles portent sur des questions récurrentes et supposent l'interprétation de textes de portée générale, par opposition à tel ou tel contrat spécifique, qu'une véritable jurisprudence tend à se former en la matière (29).

Le caractère collectif de ce contentieux est plus apparent encore lorsque le même événement donne lieu à de multiples demandes de la part d'investisseurs placés dans des situations analogues. Ainsi, la loi argentine sur l'urgence économique n° 25 561 du 6 janvier 2002 qui, entre autres mesures, a abandonné la parité peso-dollar, a suscité une vague de demandes d'arbitrages fondées sur divers traités de protection des investissements. Les investisseurs concernés ont en effet soutenu que la mesure affectant les tarifs de leur concession ou l'équilibre de leur contrat constituait une mesure équivalente à une expropriation et qu'elle violait diverses dispositions protectrices des traités. Des dizaines d'affaires ont été ou sont en passe d'être

---

(28) Sur ces notions, v. *infra*, notes 31 et 43.

(29) V. *supra*, n° 7.

portées devant des dizaines de tribunaux arbitraux à ce sujet. Devant le seul CIRDI, au 1<sup>er</sup> septembre 2003, vingt affaires sont pendantes contre l'Argentine dont la majorité concerne cette mesure. Cela signifie que des dizaines de tribunaux arbitraux, composés différemment, auront à connaître de questions très semblables. C'est sans doute là le principal défi auquel aura à faire face l'institution au cours des années à venir. L'État argentin est le premier à se trouver placé dans cette situation mais celle-ci ne doit nullement être considérée comme exceptionnelle. La structure des engagements internationaux pris par les États au profit d'investisseurs privés est telle aujourd'hui que toutes les grandes mesures de portée générale que l'on a connues dans le passé dans certains pays (nationalisation d'un secteur d'activité, moratoire de certaines catégories de dettes...) sont susceptibles de susciter des vagues de contentieux analogues.

L'aspect collectif de ces contentieux se trouve renforcé par l'existence dans de nombreux traités, d'une « clause de la nation la plus favorisée ». Une telle clause a pour effet de faire bénéficier les investisseurs relevant du traité qui la contient des dispositions plus favorables des autres traités conclus par le même État. Un tribunal arbitral l'a jugée applicable non seulement aux dispositions régissant le fond de la protection de l'investisseur mais également à la clause d'arbitrage elle-même. Ainsi a-t-il été décidé qu'un investisseur n'avait pas à respecter la clause du traité selon laquelle les juridictions de l'État d'accueil étaient exclusivement compétentes pour connaître de tout litige relatif à l'investissement en question pendant une période de 18 mois après la naissance de ce litige, sauf convention contraire des parties, au motif qu'un autre traité prévoyait qu'une action pouvait être introduite devant un tribunal arbitral après seulement six mois de négociations (décision rendue le 25 janvier 2000 dans l'affaire *Maffezini c/ Espagne* par un tribunal arbitral composé de MM. F. Orrego Vicuña, Président, Th. Buergenthal et M. Wolf) (30). Une telle disposition contribue fortement à aligner le régime de la protection offerte par chaque État aux investisseurs opérant sur son territoire.

On aurait pu penser, suivant en cela le modèle des procédures collectives, qu'un contentieux présentant un caractère collectif si

---

(30) 16 *ICSID Review* 212 (2001).

prononcé ne peut être résolu de manière satisfaisante que par sa soumission à un régime impératif et centralisateur. Or — et c'est là le paradoxe, au moins apparent, de la matière — le droit de la protection des investissements a opéré un choix rigoureusement inverse.

12. Sa quatrième caractéristique consiste en effet non seulement à laisser chaque investisseur décider des procédures qu'il convient de conduire mais à lui ouvrir une pluralité d'options. L'existence de ces options, très caractéristiques du droit contemporain des investissements, participe de la protection de l'investisseur. Typiquement, un traité permettra à l'investisseur qui s'estime victime d'un traitement contrevenant à ses dispositions de porter sa demande de réparation, à son choix, devant les juridictions internes de l'Etat concerné, devant un tribunal arbitral international statuant en application du règlement de la CNUDCI ou devant le CIRDI. Les traités réglementent le régime de ces choix, parfois en stipulant qu'une fois exercée, l'option est irrévocable (31), parfois en se contentant d'exiger que l'investisseur renonce aux recours locaux qu'il a pu exercer avant de prétendre bénéficier du régime de l'arbitrage international. Ainsi par exemple, dans l'affaire *Waste Management c/ Etats-Unis du Mexique*, un tribunal arbitral a estimé, par une décision du 26 juin 2002, que l'investisseur ayant renoncé clairement aux recours qu'il avait exercés devant les tribunaux mexicains était recevable à former une demande d'arbitrage CIRDI bien qu'une première sentence ait déclaré l'action irrecevable faute d'avoir, à l'époque, satisfait cette condition (32).

On aura reconnu le pari du libéralisme économique appliqué à l'arbitrage : chaque investisseur est invité à se déterminer en fonction de ses intérêts propres ; on attend qu'il en résulte, non le chaos, mais l'harmonie internationale des solutions. En droit commun, le *forum shopping* est découragé. L'ambition ultime du droit international privé est de le rendre inopérant par l'harmonisation, par la voie de conventions internationales, des droits

---

(31) C'est ce qui résulte de clauses qualifiées de croisée des chemins (« *fork in the road* ») dans la littérature de langue anglaise. La terminologie parfois utilisée par l'OCDE qui traduit « *fork in the road* » par « bifurcation et voie unique » n'est pour sa part pas satisfaisante (v. *JDI*, 2003 p. 231). Il paraît donc préférable de parler en français de clause d'option irrévocable.

(32) Décision du 26 juin 2002 rendue par MM. J. Crawford, Président, B. Civiletti et E. Magallón Gómez, disponible sur le site internet du CIRDI.

de fond ou à tout le moins des règles de conflit applicables dans chacun des Etats susceptibles d'être concernés. Le droit des investissements internationaux fait émerger un concept inverse. Pour parvenir au même résultat, ce que l'on n'ose appeler le législateur international, organise un *forum shopping in favorem*. Le paradoxe n'est qu'apparent si l'on garde présent à l'esprit que l'option elle-même fait partie du régime de protection offert à l'investisseur. En termes d'harmonisation des solutions, la méthode n'a rien d'absurde. Les investisseurs exerceront sans doute leur choix dans le sens d'une protection maximale de l'investissement. Comme chaque fois qu'une option est ouverte à l'un des protagonistes, c'est en réalité un but substantiel qui est poursuivi, ici celui d'assurer aux investissements internationaux une protection maximale.

13. Après six années de recul (33), la cohérence de la jurisprudence arbitrale rendue sur le fondement des traités de protection des investissements paraît très réelle.

Le droit contemporain de la protection des investissements internationaux s'articule autour de la distinction, de plus en plus marquée, entre deux plans, celui du contrat, pris en tant que tel, et celui du traité sur lequel est fondée la demande d'arbitrage tendant à voir engagée la responsabilité internationale de l'Etat.

Dans les années soixante-dix, la protection de l'investisseur se concevait autour du thème de l'internationalisation du contrat (34). Tout l'effort était destiné à émanciper, dans toute la mesure du possible, le contrat de l'emprise exclusive d'un droit national qui se trouvait être, dans bien des cas, celui de l'Etat contractant. Le mouvement était celui de l'internationalisation d'une relation de droit privé. La protection de l'investisseur passe aujourd'hui par la démarche rigoureusement inverse. Loin d'être internationalisé, le contrat se trouve en effet soigneusement maintenu dans la sphère de droit privé de façon à ne pas rendre applicable au régime de la responsabilité internationale de l'Etat, fondée sur le traité, certains des éléments qui lui sont propres. L'ambition n'est plus d'internationaliser la relation contractuelle en la publicisant, mais au contraire de préserver la pureté de la relation de droit international en maintenant

---

(33) V. *supra*, n° 3, note 16.

(34) Sur la question, v. par ex. P. Weil, « Droit international et contrats d'Etat », in *Ecrits de droit international*, PUF, 2000, p. 351 et s.

une distinction rigoureuse entre le contentieux du contrat et celui de la responsabilité internationale de l'Etat.

14. Cette idée fondatrice, consacrée simultanément par deux décisions de comités *ad hoc* statuant sous l'égide du CIRDI à quelques mois d'intervalle (35), développe ses effets aussi bien au regard des clauses attributives de compétence (I) qu'au regard des clauses de détermination du droit applicable au fond du litige (II).

### I. – L'ARBITRAGE SUR LE FONDEMENT DES TRAITÉS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET LES CLAUSES ATTRIBUTIVES DE COMPÉTENCE

15. Trois décisions récentes, toutes rendues sous l'égide du CIRDI, concourent à fixer les relations entre les clauses attributives de compétence contenues dans l'instrument par lequel l'investissement a été réalisé et celles qui figurent dans le traité de protection des investissements sur le fondement duquel la responsabilité internationale de l'Etat est recherchée. Il s'agit de la décision sur la compétence rendue le 8 décembre 1998 par un tribunal arbitral composé de MM. B. Cremades, Président, G. Aguilar Alvarez et L.O. Baptista dans l'affaire *Lanco c/ Argentine* (36), de la décision sur la compétence rendue le 23 juillet 2001 par un tribunal composé de MM. R. Briner, Président, B. Cremades et I. Fadlallah dans l'affaire *Salini c/ Maroc* (37) et de la décision d'annulation prononcée le 3 juillet 2002 par un Comité *ad hoc* composé de MM. Y. Fortier, Président, J. Crawford et J.C. Fernández Rozas dans l'affaire *Vivendi c/ Argentine* (38).

16. Dans chacune de ces affaires, la situation de fait était analogue. La convention par laquelle l'investissement avait été réalisé contenait une clause attributive de compétence au profit

---

(35) V. *infra*, notes 38 et 48.

(36) 40 *ILM* 457 (2001) ; *JDI*, 2002.212.

(37) *JDI*, 2002.196, obs. E. Gaillard.

(38) V. l'original en langue anglaise in 41 *ILM* 1135 (2002). La décision est reproduite intégralement, en traduction française, in *JDI*, 2003.195, obs. E. Gaillard.

des juridictions locales : dans l'affaire *Lanco*, le contrat de concession pour la construction et l'exploitation d'un terminal portuaire contenait une clause de compétence au profit des juridictions administratives de Buenos Aires ; dans l'affaire *Salini*, le contrat de construction d'un tronçon d'autoroute au Maroc donnait compétence, par le jeu de divers renvois, aux tribunaux administratifs marocains et, dans l'affaire *Vivendi*, ce sont les juridictions administratives de la Province de Tucumán qui avaient reçu compétence exclusive pour connaître de tout différend relatif à « l'interprétation et l'application » du contrat de concession d'exploitation du système de distribution d'eau et d'évacuation d'eaux usées litigieux. Dans les trois cas, la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil était recherchée sur le fondement d'un traité bilatéral de protection des investissements. Il s'agissait respectivement du Traité conclu entre les Etats-Unis et l'Argentine en 1991, du Traité italo-marocain de 1990 et du Traité franco-argentin de 1991. Chacun de ces traités donnant à l'investisseur une option de compétence incluant le CIRDI, la partie demanderesse cherchait dans chaque cas à engager la responsabilité de l'Etat pour violation du traité concerné devant un tribunal arbitral constitué sous l'égide du Centre. *Lanco* reprochait à l'Argentine d'avoir manqué à son obligation de réserver à l'investissement un « traitement juste et équitable » et d'avoir pris des mesures équivalant à une expropriation (39), *Salini* au Maroc d'avoir rejeté ses réclamations relatives au décompte établi à l'issue des travaux et violé les droits reconnus à l'entrepreneur en tant qu'investisseur étranger (40) et *Vivendi* (ex. CGE) au Gouvernement de la Province de Tucumán, dont répond l'Argentine, ainsi qu'à l'Argentine directement, d'avoir pris diverses mesures destinées à entraver le fonctionnement de la concession ou à la contraindre à la renégocier. Dans chaque cas, l'Etat a invoqué l'existence de la clause attribuant compétence à ses juridictions administratives pour faire juger que l'action fondée sur le traité, très étroitement dépendante de la question du respect des dispositions du contrat litigieux, était portée devant une juridiction incompétente ou, à tout le moins, qu'elle était prématurée.

Cette argumentation n'a prospéré dans aucune des trois affaires. Chacun des tribunaux arbitraux a en effet estimé devoir

---

(39) 40 *ILM* 457 (2001), 472.

(40) *JDI*, 2002.196, p. 197.

retenir sa compétence pour connaître des violations alléguées du traité concerné.

17. Il est vrai que, dans l'affaire *Vivendi*, tout en retenant sa compétence, le tribunal arbitral, composé de MM. F. Rezek, Président, P. Trooboff et Th. Buergenthal, a estimé, dans sa sentence sur la compétence et sur le fond du 21 novembre 2000, que les griefs fondés sur la violation du traité étaient si étroitement liés aux questions d'interprétation et d'exécution du contrat relevant de la compétence des juridictions de la Province du Tucumán, que l'investisseur ne pouvait se prévaloir de la violation du traité alors qu'il n'avait pas jugé opportun de saisir les juridictions compétentes pour connaître de ces questions d'interprétation et d'exécution de la concession (41).

Cette décision ambiguë a donné l'occasion au Comité *ad hoc* de se prononcer, en des termes de principe, dans sa décision d'annulation du 3 juillet 2002, sur l'incidence de la clause attributive de compétence sur la compétence du tribunal arbitral saisi sur le fondement du traité.

Celui-ci affirme : « [s]elon le Comité, il n'appartient pas à un tribunal CIRDI compétent en vertu d'un BIT pour connaître d'une demande fondée sur une disposition matérielle de ce BIT, de rejeter la demande au motif qu'elle pouvait ou aurait dû être examinée par une juridiction nationale. Dans une telle hypothèse, l'examen que le tribunal CIRDI doit conduire est soumis à la Convention CIRDI, au BIT et aux règles de droit international applicables. Un tel examen n'est par principe ni commandé, ni exclu, par une question quelconque de droit interne, y compris par l'accord de droit interne conclu entre les parties » (42). Il relève également qu'« un Etat ne peut s'abriter derrière une clause attributive de compétence exclusive d'un contrat pour éviter la qualification de son comportement en acte internationalement illicite en application d'un traité ». Par cette décision, le Comité *ad hoc* distingue on ne peut plus nettement entre le plan du contrat, qui peut comporter sa propre clause attributive de compétence, et celui du traité, qui fixe, de son côté, les règles de compétence des organes qui auront à connaître de la responsabilité internationale de l'Etat. La répartition des compétences entre ces diverses instances dépend de l'objet de la demande et

---

(41) 40 *ILM* 426 (2001), 443 ; *JDI*, 2003.232.

(42) *JDI*, 2003.195, p. 225, par. 102.

non de la nature des questions susceptibles de se poser. S'il s'agit d'engager la responsabilité internationale de l'Etat en raison des violations du traité qui contient la clause donnant compétence au CIRDI, c'est cette institution qui sera compétente. S'il s'agit seulement de voir retenir la responsabilité contractuelle du signataire — Etat ou personne morale distincte — du contrat par lequel l'investissement a été réalisé, la clause attributive de compétence que contient cet investissement devra être respectée. Le fait que cette clause précise avoir un caractère exclusif, comme c'était le cas dans l'affaire *Vivendi*, ou non, comme cela semblait être le cas dans les affaires *Lanco* et *Salini*, ne change rien à l'affaire. L'exclusivité de la compétence ainsi conférée à la juridiction — étatique ou arbitrale — désignée pour connaître du contentieux du contrat ne joue qu'à l'égard des demandes tendant à engager la responsabilité contractuelle du signataire de l'acte. Elle demeure sans effet lorsque l'objet de la demande est d'engager la responsabilité internationale de l'Etat. Celle-ci se développe sur un plan qui lui est propre, conformément à ses propres règles attributives de compétence. Il importe peu également que, pour se prononcer sur la responsabilité internationale de l'Etat au regard du traité concerné, le tribunal arbitral saisi en application de ce dernier, doive connaître, dans une étape ou une autre de son raisonnement, de l'interprétation ou du respect des dispositions du contrat contenant la clause attributive de compétence derrière laquelle l'Etat prétend s'abriter. Cette appréciation peut être pertinente pour s'assurer que l'Etat a réservé à l'investissement un « traitement juste et équitable », qu'il n'a pas traité l'investissement de façon discriminatoire ou qu'il n'a pas pris à son égard des mesures équivalant à une expropriation. L'Etat qui respecte les dispositions d'un contrat de concession par exemple ne peut être accusé de ne pas avoir un comportement « juste et équitable ». Si une disposition du contrat justifie une distinction, un traitement différencié pourra ne pas être jugé « discriminatoire ». Si un Etat se prévaut, sans détournement de pouvoir, d'une disposition contractuelle lui permettant de rompre le contrat dans certaines circonstances, et si les conditions prévues au contrat sont satisfaites, la rupture ne pourra être considérée comme « équivalant à une expropriation ». Ces exemples, que l'on n'aurait aucune peine à multiplier, montrent que, dans de très nombreuses circonstances, les questions d'interprétation et d'exécution du contrat se trouveront au cœur du raisonnement que devra conduire la juridiction compétente pour déterminer si la responsabilité internationale

de l'Etat est ou non engagée. Il en ira ainsi *a fortiori* dans tous les cas dans lesquels l'Etat s'est engagé, dans l'instrument international concerné, à respecter les engagements pris à l'égard des investisseurs. Dans une telle hypothèse, la violation d'un contrat s'analyse nécessairement également en une violation du traité (43). Les questions de validité d'un contrat seront également très souvent pertinentes pour le juge de la responsabilité internationale de l'Etat. Il n'est pas rare que les traités de protection des investissements comptent les contrats ou toutes « réclamations portant sur des sommes d'argent » au rang des investissements protégés. Un contrat atteint d'une cause de nullité pourra cependant ne pas bénéficier de la protection du traité. De ce fait, le juge de la responsabilité internationale de l'Etat pourra avoir à connaître de l'exception consistant, pour l'Etat, à arguer le contrat de nullité. Dans toutes ces hypothèses, le fait que ces questions aient une nature contractuelle et qu'elles puissent, le cas échéant, être également portées, en tant que telles, devant le juge du contrat ne suffit pas à dessaisir le juge de la responsabilité internationale de l'Etat. Celui-ci reste compétent pour en connaître dès lors que la question ne constitue qu'un élément d'un raisonnement tendant, s'il est accueilli, à voir constater que l'Etat n'a pas respecté ses engagements internationaux. C'est donc bien l'objet de la demande et non la nature des questions litigieuses qui permet de déterminer les contours de la compétence du juge de la responsabilité internationale de l'Etat. Plus encore que les décisions *Lanco* et *Salini*, la décision rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi* ne laisse planer aucun doute à ce sujet.

18. La décision rendue le 3 juillet 2002 dans l'affaire *Vivendi* présente également l'intérêt d'éclairer le fondement, et par voie de conséquence la portée, de la jurisprudence qui condamne l'argument d'incompétence tiré par l'Etat de l'existence d'une clause attributive de compétence dans le contrat par lequel l'investissement a été réalisé.

---

(43) Ces clauses, parfois évoquées sous le nom d'« *umbrella clauses* », pourraient, de façon plus explicite, être qualifiées de « clauses d'effet miroir ». Le traité a en effet pour conséquence de refléter au plan du droit international ce qui s'analyse, au regard du droit privé applicable, en de simples violations contractuelles, v. nos obs. *JDI*, 2003, p. 235. Sur cette question, v. déjà P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », in *Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye*, 1969-III, tome 128, 1970, p. 101, spéc. p. 130 et s.

19. Certains motifs de la décision *Lanco* avaient fait naître une ambiguïté à ce sujet. Le traité bilatéral entre l'Argentine et les Etats-Unis donnait en effet une option de compétence à l'investisseur entre les juridictions de l'Etat d'accueil, les juridictions antérieurement choisies par les parties (« *any applicable, previously agreed dispute settlement procedures* ») et l'arbitrage international (CIRDI, CNUDCI ou autre). La question s'était ainsi posée de savoir si la clause attributive de compétence figurant dans la concession pouvait être considérée comme un « choix antérieur des parties » au sens de la deuxième branche de cette alternative. Contrairement à ce que soutenait l'investisseur, qui estimait que tel était le cas, le tribunal arbitral, tout en reconnaissant que les parties auraient pu recourir à l'arbitrage, interne ou international, a estimé que la compétence des juridictions administratives étant impérative dans l'ordre juridique interne argentin, la référence qui y était faite dans le contrat de concession ne pouvait pas être considérée comme un « choix antérieur des parties » : « *La compétence des juridictions administratives contentieuses ne pouvant faire l'objet d'un choix ni d'une renonciation, la soumission aux juridictions administratives contentieuses ne peut être comprise comme un mécanisme de règlement des litiges antérieurement choisi par les parties* » (sentence, n° 26). L'affirmation est discutable. En effet, comme le tribunal arbitral l'observe lui-même, les parties auraient pu décider de faire trancher les litiges nés de leur convention par voie d'arbitrage, local ou international, et la décision des parties de s'en tenir à la compétence des juridictions administratives ne peut, selon nous, être écartée au seul motif qu'il ne correspondait pas à une volonté réelle. Le fait que, dans nombre de situations, la référence aux juridictions administratives relève davantage du contrat d'adhésion que d'une véritable négociation ne nous paraît pas suffisant pour qu'il soit permis de la disqualifier en tant que « choix des parties ». S'il devait être pris à la lettre, ce motif ferait peser sur les contrats administratifs internationaux une insécurité peu conforme à l'esprit du commerce international.

En revanche, il importe de souligner que la réponse à cette question ne commandait nullement la compétence du tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI dans l'affaire *Lanco*. Qu'un « choix antérieur des parties » ait été opéré ou non, le traité bilatéral en cause donnait incontestablement à l'investisseur la faculté de saisir soit les juridictions locales, soit les juridictions ayant fait l'objet d'un « choix antérieur des parties »,

soit un tribunal arbitral international, CNUDCI ou CIRDI, comme cela a été le cas en l'espèce. Ce dernier choix était subordonné à la seule condition que l'investisseur n'ait pas déjà saisi une autre des instances susceptibles de connaître du différend (44). L'existence ou l'absence de « choix antérieur des parties » n'épuisait donc nullement l'option accordée par le traité à l'investisseur. Le tribunal arbitral le reconnaît du reste expressément. Il observe en effet que « *même s'il avait été possible de soumettre le différend à un mécanisme antérieurement choisi par les parties, ce qui n'est pas le cas, l'investisseur ne l'a pas fait, et, en conséquence, le seul choix ouvert est celui de l'article VII(2)(c)* » du traité, qui concerne l'arbitrage international (sentence, n° 28).

N'ayant soumis le différend ni aux juridictions administratives argentines, ni à un mécanisme antérieurement choisi par les parties, l'investisseur demeurait libre, en dépit de la clause d'option irrévocable du traité (45), de saisir le CIRDI d'une demande tenant à voir sanctionner la violation de cet instrument international (sentence, n° 30). La sentence relève du reste expressément que « *l'offre faite par la République argentine de couvrir les investisseurs par le Traité Argentine-USA ne se trouve pas affectée par la soumission aux juridictions locales argentines auxquelles, le contrat de concession fait référence* » (sentence, n° 40).

20. La motivation surabondante de la décision *Lanco* sur le « choix antérieur des parties » serait restée sans incidence réelle si la décision rendue le 23 juillet 2001 dans l'affaire *Salini* ne l'avait reprise pour lui donner une portée bien différente. Le Traité italo-marocain ne contenait pas de référence au mécanisme du règlement des différends ayant fait l'objet d'un « choix antérieur des parties ». Il se contentait de donner une option à l'investisseur entre les juridictions de l'Etat d'accueil, un tribunal saisi en application du règlement de la CNUDCI et un tribunal constitué sous l'égide du CIRDI (v. sentence, n° 27). Pour rejeter l'argument de l'Etat selon lequel la clause du contrat de concession donnant compétence aux tribunaux marocains valait renonciation au bénéfice de l'option de compétence ouverte par le traité, le tribunal arbitral affirme que « *la compétence des*

---

(44) V. la clause du *BIT* citée par la sentence, n° 20.

(45) V. *supra*, note 31.

*tribunaux du contentieux administratif ne pouvant être prorogée, l'acceptation [...] de la juridiction du CIRDI prévaudra sur le contenu de [la clause de compétence du contrat de concession], cet article ne pouvant constituer une véritable clause de prorogation de compétence régie par le principe de l'autonomie de la volonté* » (sentence, n° 27). Alors que la décision *Lanco* se bornait à déduire de l'idée – contestable – que la clause attributive de compétence au profit des juridictions administratives de l'Etat d'accueil ne correspondait pas à un véritable choix le fait qu'elle ne pouvait être qualifiée de « choix antérieur des parties », la décision *Salini* en tire au contraire la justification même de son refus de considérer que la clause fasse obstacle au jeu de l'option de compétence figurant au traité pour ce qui concerne les réclamations nées de la violation du traité. Même si la solution est parfaitement cohérente avec celle qui a été retenue dans l'affaire *Lanco* et avec celle qui le sera par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi*, une telle justification laissait planer une ambiguïté sur la portée de la décision. On pouvait en effet penser que la solution aurait pu être différente si le contrat par lequel l'investissement a été réalisé avait contenu une clause attribuant compétence aux juridictions civiles ou commerciales de l'Etat d'accueil, à des juridictions d'un autre Etat ou à un tribunal arbitral, local ou international. Dans chacune de ces situations, l'argument de l'exclusion de toute faculté de prorogation de compétence ne peut être avancé et la réalité de la volonté des parties dépend des circonstances de la cause. Fallait-il en conclure que, dans toutes ces hypothèses, la clause attributive de compétence figurant au contrat l'emporte sur l'option de compétence résultant du traité ? Contrairement à la décision *Lanco*, la décision *Salini* pouvait le laisser entendre.

21. La décision rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi* le 3 juillet 2002 coupe court à toute interprétation en ce sens. La décision du Comité d'annuler la sentence rendue le 21 novembre 2000 pour avoir refusé d'examiner les griefs tirés par l'investisseur de la violation du traité tout en retenant sa compétence à cet effet au motif que les différends de nature contractuelle devaient être tranchés par les juridictions locales désignées par le contrat ne doit rien au fait que ces juridictions aient été, là encore, des juridictions de l'ordre administratif. C'est au contraire la distinction des demandes fondées sur la violation du contrat et de celles fondées sur la violation du traité qui justifie toute entière la décision du Comité. Dès lors que l'investisseur se prévaut d'une violation du traité pour voir enga-

ger la responsabilité internationale de l'Etat, c'est la clause attributive de compétence du traité qui trouve à s'appliquer. Ce n'est que si l'investisseur entend se prévaloir des seules dispositions du contrat pour voir sanctionner sa violation en tant que telle que la clause attributive de compétence du contrat trouve à s'appliquer. Les mêmes faits pouvant caractériser à la fois une violation du contrat et une violation du traité, des concours de compétence sont susceptibles d'en résulter, que les clauses d'option irrévocable s'efforcent de réduire (46). Le raisonnement s'applique quelle que soit la nature des juridictions désignées par les parties comme « juges du contrat ». C'est parce que le « juge du contrat » ne se confond pas avec le « juge du traité » que la désignation par les parties de celui-ci n'affecte pas la compétence, fixée par le traité, de celui-là. Qu'il s'agisse de juridictions civiles, de juridictions arbitrales ou de juridictions administratives, qu'il s'agisse de juridictions de l'Etat d'accueil ou de juridictions étrangères, leur désignation en tant que « juge du contrat » ne fait pas d'elles les juges de la responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des dispositions du traité. Pleinement conforme à la motivation principale de la décision *Lanco*, cette justification, très explicite dans la décision du Comité *ad hoc* statuant dans l'affaire *Vivendi*, rend compte de la solution retenue dans l'affaire *Salini* mais en généralise la portée à tout type de clause susceptible de figurer dans le contrat par lequel l'investissement a été réalisé (47).

22. La même dissociation du plan du contrat et de celui du traité (48) se trouve au cœur du raisonnement retenu à propos

---

(46) Sur les autres moyens de coordonner les actions locales en violation du contrat et celles qui visent à engager la responsabilité internationale de l'Etat devant un tribunal international, v. *JDI*, 2003, p. 236 et s.

(47) V. également dans le même sens, la première décision rendue en application du traité multilatéral ASEAN par MM. J. Sucharitkul, président, J. Crawford et F. Delon dans l'affaire *YCO Trading c/ Myanmar* le 31 mars 2003, 42 *ILM* n° 3 (2003).

(48) Une telle distinction se conçoit beaucoup plus difficilement lorsque l'arbitrage est engagé par l'investisseur sur le fondement d'une loi de protection des investissements adoptée unilatéralement par un Etat. Le mouvement naturel de la jurisprudence arbitrale sera sans doute d'assimiler les deux types de protection que sont le traité et la loi mais l'on doit reconnaître que, sur le terrain des principes, des nuances doivent être apportées. Celles-ci pourront avoir une incidence tant sur la question de la portée des clauses attributives de compétence que de celles des clauses de choix du droit applicable contenues dans les conventions par lesquelles les investissements sont réalisés.

des clauses de détermination du droit applicable par le Comité *ad hoc* qui a eu à connaître l'affaire *Wena Hotels c/ République arabe d'Égypte*.

## II. - L'ARBITRAGE SUR LE FONDEMENT DE TRAITÉS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET LES CLAUSES DE DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE

23. Quelques mois avant que le Comité *ad hoc* saisi dans l'affaire *Vivendi* ne rende sa décision d'annulation partielle, le Comité *ad hoc* mis en place dans l'affaire *Wena Hotels c/ République arabe d'Égypte* et composé de MM. K. Kerameus, Président, A. Bucher et F. Orrego Vicuña, a rendu, le 5 février 2002, une décision (49) refusant de prononcer l'annulation de la sentence rendue le 8 décembre 2000 par MM. M. Leigh, Président, I. Fadlallah et D. Wallace. Cette décision constitue le pendant, à l'égard des clauses de détermination du droit applicable, de la décision *Vivendi* à l'égard des clauses attributives de compétence. Dans l'un et l'autre cas, les clauses contenues dans le contrat par lequel l'investissement a été réalisé se sont trouvées strictement cantonnées dans leur domaine d'application propre, celui du contrat, et n'ont pas été étendues à la relation découlant du traité sur le fondement duquel l'investisseur prétendait engager la responsabilité internationale de l'État.

Dans l'affaire *Wena*, l'investissement litigieux concernait deux hôtels situés à Louxor et au Caire sur lesquels deux baux à long terme avaient été accordés, respectivement en 1989 et 1990, à Wena Hotels par une entreprise publique égyptienne dotée de la personnalité morale, Egyptian Hotel Company (EHC).

L'investissement ayant fait l'objet de diverses mesures de saisie puis d'expulsion, Wena a cherché, après s'être engagée dans diverses procédures locales, à obtenir réparation devant le CIRDI sur le fondement du Traité bilatéral conclu entre le Royaume-Uni et l'Égypte le 11 juin 1995. La question soumise aux arbitres était essentiellement de savoir si l'État avait failli à ses obligations, résultant du traité, d'assurer à l'investisseur « un

---

(49) V. l'original en langue anglaise in 41 *ILM* 933 (2002). La décision est reproduite intégralement, en traduction française, in *JDI*, 2003.167, obs. E. Gaillard.

traitement juste et équitable » ainsi qu'une « protection et une sécurité pleine et entière » et de ne pas procéder à une « expropriation sans indemnité prompte, adéquate et effectivement réalisable » (50).

Les contrats de bail étaient l'un et l'autre soumis au droit égyptien. L'Etat égyptien prétendait en déduire, devant les arbitres puis devant le Comité *ad hoc*, que le litige dont était saisi le CIRDI était lui-même régi par le droit égyptien en application de la première phrase de l'article 42(1) de la Convention de Washington. Cette première phrase vise, on le sait, la situation dans laquelle les parties ont elles-mêmes désigné le droit applicable au différend. L'investisseur soutenait au contraire que la situation relevait de la deuxième phrase de l'article 42(1), aucun choix de droit applicable n'ayant été opéré par les parties sur la question, distincte du litige contractuel, et opposant d'autres parties, de la responsabilité internationale de l'Etat.

24. L'enjeu de la distinction tenait au fait que, dans le premier cas, c'était le droit égyptien seul qui trouvait à s'appliquer et que, dans le second, c'était le droit de l'Etat d'accueil « ainsi que les principes de droit international en la matière » comme le prévoit l'article 42(1), deuxième phrase, de la Convention. L'intérêt de la controverse est ressorti particulièrement clairement des débats intervenus devant le Comité *ad hoc*. Le tribunal arbitral avait en effet assorti la condamnation en principal de l'Égypte d'intérêts composés trimestriellement. Une telle solution se justifiait en droit international (51), mais non en application du seul droit égyptien. Aussi, devant le Comité *ad hoc*, l'Égypte prétendait qu'en statuant ainsi, alors que, selon elle, le droit égyptien était seul applicable au différend, le tribunal arbitral avait « manifestement excédé ses pouvoirs » au sens de l'article 52(1) (b) de la Convention de Washington. Le Comité n'a pas retenu cette argumentation au motif que la question du respect par l'EHC des dispositions des contrats de bail

---

(50) V. La description du litige retenue par la décision du Comité *ad hoc*, n° 15 et s.

(51) V. déjà la sentence rendue le 17 février 2000 dans l'affaire *Compañía del Desarrollo de Santa Helena c/ Costa Rica*, JDI, 2001.150, obs. E. Gaillard ; la sentence rendue le 13 novembre 2000 dans l'affaire *Maffezini c/ Espagne* 40 ILM 1148 (2001) ou, depuis lors, la sentence rendue le 12 avril 2002 dans l'affaire *Middle East Cement Shipping and Handling Co. c/ Egypte*, disponible sur le site internet du CIRDI, à l'adresse <http://www.worldbank.org/jcsid/cases/awards.htm>.

et celle du respect par l'Égypte des dispositions du traité bilatéral étaient distinctes et que le choix du droit applicable opéré par les parties pour la première ne s'étendait pas nécessairement à la seconde. C'est donc bien en application de l'article 42(1), deuxième phrase, que le tribunal arbitral était fondé à statuer. On le voit, la démarche est très semblable à celle qui permettra, quelques mois plus tard, au Comité *ad hoc* statuant dans l'affaire *Vivendi* de ne pas étendre à la relation née du traité le jeu de la clause attributive de compétence figurant au contrat.

25. Il est vrai que, dans l'affaire *Wena*, le fait que le contrat ait été conclu par l'investisseur non avec l'Etat lui-même, comme c'est parfois le cas, mais avec une société nationale dotée d'une personnalité juridique propre, l'EHC, rend la portée de la décision plus difficile à cerner. On peut se demander en effet si la distinction de la relation contractuelle et de celle qui résulte du traité aurait suffi, si l'Etat avait signé lui-même le contrat soumis au droit égyptien, à justifier la même solution. Certains motifs de la décision du Comité *ad hoc* permettent de le penser. Celui-ci indique en particulier que l'on ne saurait faire un amalgame entre les différents instruments juridiques et les différents mécanismes de règlement des litiges (décision, n° 35). Surtout, dans le paragraphe qui conclut le raisonnement sur la portée du choix opéré par les parties, le Comité observe que « *la question faisant l'objet des contrats de bail soumis au droit égyptien est différente de la question soumise à l'arbitrage CIRDI en application [du traité bilatéral]. Il en résulte qu'il ne peut être soutenu que les parties au présent litige ont choisi une loi applicable au sens de la première phrase de l'article 42(1) de la Convention CIRDI* » (décision, n° 36). C'est donc bien la nature des questions litigieuses (respect du contrat en tant que tel ou responsabilité de l'Etat au regard des dispositions résultant du traité), plus que la considération des parties signataires au contrat par lequel l'investissement a été réalisé, qui paraît justifier la décision du Comité. Le parallèle avec la décision *Vivendi* est dès lors très net. On ne peut manquer en effet d'être frappé par la cohérence des décisions prises par les deux comités *ad hoc* qui, suivant une logique semblable, appliquée tantôt aux clauses de choix du droit applicable, tantôt aux clauses attributives de compétence, ont parfaitement joué le rôle régulateur que leur a confié la Convention de Washington en posant de la manière la plus claire les bases du nouveau droit de l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements.

## DÉBATS

### Ch. Leben

Juste une remarque. S'agissant de l'évolution récente comparée à l'évolution antérieure, je ne crois pas que ce que le Professeur E. Gaillard a présenté soit un bouleversement. De quoi s'agit-il ? Il existe et il existera toujours des contrats qui prévoient que le droit applicable sera le droit interne et le tribunal compétent un juge étatique : ces contrats d'investissement ne sont pas des contrats d'État. Ils restent et resteront insérés dans l'ordre juridique interne. Ce qui est nouveau, c'est qu'ils peuvent faire l'objet d'un arbitrage international du fait de l'existence de traités bilatéraux de protection des investissements. Ce n'est pas un retournement par rapport aux années 80 et 90, c'est la continuation du climat international de l'internationalisation des problèmes d'investissement.

### M. Sacerdoti

Je reviens sur le brillant exposé de M. Gaillard. Je ne crois pas, à propos des rapports entre le contrat et le traité, qu'il ait voulu dire que toute violation du contrat était une violation du traité bilatéral. Je me réfère à l'affaire *Salini*, dont vous avez parlé, et dans laquelle j'ai plaidé. A mon avis, on doit être en présence d'un acte qui engage la responsabilité de l'État et pas seulement d'une société cocontractante ; c'est une violation du standard du traitement équitable et cela dépend des clauses de chaque traité.

En outre, je crois qu'il faut craindre l'expansion excessive de la compétence de ces tribunaux arbitraux sur la base des traités bilatéraux, en liaison ou non avec le CIRDI.

### M. Ammar

Je voulais surtout parler de la loi applicable et de l'article 42 de la Convention de Washington. Les tribunaux arbitraux et les divers comités *ad hoc* qui ont eu à appliquer l'article 42 l'ont interprété à leur manière. La volonté des administrateurs de la Banque mondiale, en rédigeant la Convention de Washington, a été de donner une liberté totale aux arbitres. Le regretté A. Broches l'avait dit clairement : l'article 42 a été fait pour écarter la loi nationale. Il n'y a aucun doute là-dessus. Cela figure dans les documents de la Convention de Washington, mais les arbitres ont eu, au départ, une certaine réticence qui s'explique peut-être si on la situe dans le contexte dans lequel ils ont rendu leur sentence.

### E. Gaillard

Je suis tout à fait d'accord avec le Professeur Sacerdoti ; simplement, dans la précipitation, mon propos n'a pas pu être assez clair. Bien entendu la violation du contrat n'est une violation du traité que s'il y a

une clause l'indiquant clairement ; cette clause, c'est vrai, vous le dites aussi, se retrouve dans un certain nombre de traités bilatéraux. C'est l'archétype de la dissociation fonctionnelle de ce qui relève du contrat avec un juge du contrat et ce qui relève du traité avec un juge du traité qui peut être différent du premier. Il y aura des études à faire sur les conflits de normes susceptibles d'en résulter et les conflits de décisions. La réponse sera la primauté du droit international, de la même façon que la norme internationale prime sur la norme interne, la décision rendue dans la sphère du droit international primera sur la décision du droit interne, mais cela soulèvera toute une série de questions.

Pour répondre à Ch. Leben, je persiste à croire que la jurisprudence arbitrale récente sur les traités bilatéraux, à défaut de constituer une nouveauté conceptuelle, est bien une nouveauté procédurale ; rappelez-vous les tâtonnements — légitimes — des années 90. La première sentence rendue sur le fondement d'un traité bilatéral constatait seulement que les deux parties avaient plaidé sur le fondement du traité bilatéral, donc que celui-ci constituait la loi applicable : et les considérations doctrinales ont été renvoyées à l'opinion dissidente. Ces hésitations ont disparu dans la jurisprudence récente. Les arbitres y adoptent une approche nouvelle pour déterminer le droit international applicable à la protection des investissements ; même si les idées ne sont pas complètement neuves, leur reconnaissance expresse par les sentences et les décisions des comités *ad hoc* est tout à fait importante.

Enfin, à propos de l'article 42 de la Convention de Washington, je ne suis pas en désaccord avec M<sup>e</sup> Ammar : effectivement, à l'époque où la Convention a été rédigée, on était obsédé par la norme nationale qui ne serait pas conforme au droit international, et on se demandait ce qui se passerait si la loi locale à laquelle on allait renvoyer disait qu'une expropriation sans indemnité est valable. Alors, il fallait se référer au droit international, pour dire qu'elle n'était pas valable sans une juste et préalable indemnité ou quelque autre correctif. On pensait surtout à la fonction correctrice du droit international.

## J. Verhoeven

Il me reste à mettre un terme à la première partie de ces travaux. En évoquant ces questions de droit international public, on a en quelque sorte introduit la deuxième partie, puisqu'après tout l'article 42 de la Convention de Washington s'interprète conformément aux règles de droit international applicables à tous les autres traités. Il n'y a aucune règle disant que le sens d'un traité est uniquement fonction des mots qui y sont utilisés ou de la volonté imputée à tort ou à raison à l'un ou l'autre de ceux qui l'ont rédigé. C'est assurément une question bien plus complexe que celle de lui trouver un sens, cinquante ans après sa signature qui corresponde aux besoins actuels.

Pour présenter le programme qui suit, il n'y a pas de grande introduction à faire. L'intérêt de la journée est de ne pas être limité à des

rapports strictement arbitraux, mais de voir un peu (comme M. Leboulanger l'a dit en commençant) la place de l'Etat dans les relations qu'il entretient aujourd'hui avec les particuliers, et — ce qui est *a priori* plus naturel — avec ses congénères. Ceci dans un environnement dont traditionnellement ne s'occupait guère le droit international : celui des relations économiques.