

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT
DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX
INVESTISSEMENTS (CIRDI)

2 Chronique des sentences arbitrales

par

Emmanuel Gaillard

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

INTRODUCTION

I. – Au cours de l'année 2008, le Centre a enregistré 21 nouvelles affaires d'arbitrage, dont une en application du Mécanisme Supplémentaire (*Quadrant Pacific c/ Costa Rica*) et aucune affaire de conciliation. Ce chiffre est le plus bas que le CIRDI ait connu depuis 2002, année au cours de laquelle 19 affaires avaient été enregistrées. Il est vrai que la hausse très significative des nouvelles affaires au cours des années 2003-2005 s'expliquait par le fait que l'Argentine, à elle seule, s'est trouvée en position de défenderesse dans un nombre très élevé d'affaires (plus de trente au total), essentiellement du fait des mesures d'urgence économique prises en 2001-2002. Comme nous l'avions indiqué dans une précédente chronique (*JDI 2007, p. 255*), pour se faire une idée réaliste de l'évolution du Centre, il est nécessaire de retraiter les chiffres de façon à éliminer l'effet de croissance exceptionnel dû à un phénomène qui n'est pas récurrent, du moins dans ces proportions. Hors Argentine, le nombre d'affaires nouvelles n'était que de 13 en 2003, de 21 en 2004 et de 22 en 2005. Il reste que, même par rapport à ces chiffres retraités, la progression n'est pas spectaculaire. En 2006, le nombre d'affaires nouvelles était de 23 et en 2007 de 36 et ces chiffres ne devaient rien à un événement tel que la crise argentine. L'année 2008 apparaît donc modeste et l'on peut s'interroger sur la question de savoir si cela traduit une relative désaffection des plaideurs pour le Centre, en particulier des investisseurs auxquels les traités de protection des investissements donnent le plus souvent le choix du type d'arbitrage destiné à régler les différends les opposant aux États, ou si ce tassement n'est que passager.

Comme pour les dernières années, l'Amérique latine reste en tête des affaires nouvelles avec 10 affaires enregistrées en 2008 (contre 15 en 2007). Les États concernés sont l'Équateur (4 affaires), l'Argentine, le Costa Rica et le Venezuela (avec 2 affaires chacun). L'Asie compte huit affaires nouvelles (contre 10 en 2007). Trois concernent l'Ukraine, deux la Géorgie, deux la Turquie, une le Kazakhstan et une la Jordanie. L'Afrique enfin reste stable avec trois affaires nouvelles en 2008 (contre 5 en 2007 et 2 en 2006). Ces affaires concernent l'Égypte, le Gabon et le Sénégal. Les secteurs d'activité concernés par les nouvelles affaires sont du même type qu'au cours des années précédentes : énergie (7 affaires), grands projets (5 affaires), industrie (4 affaires), télécommunications (2 affaires), services (2 affaires) et finance (1 affaire).

Sans surprise, les traités bilatéraux de protection des investissements, parfois doublés d'une référence contractuelle au Centre, demeurent le fondement principal des demandes. Sur les 21 affaires enregistrées en 2008, pas moins de 16 sont fondées sur un traité bilatéral. L'une d'elles, l'affaire opposant *Alapli Elektrik* à la Turquie, repose également sur le Traité sur la Charte de l'Énergie. Une affaire (*Brandes Investment Partners c/ Venezuela*) est fondée sur une loi de protection des investissements.

Le nombre total d'affaires en cours au 1^{er} janvier 2009 était de 125, contre 123 au 1^{er} janvier 2008 et 108 au 1^{er} janvier 2007. Aucune affaire de conciliation n'est aujourd'hui en cours devant le Centre, la seule qui était en cours en 2008 s'étant soldée par un échec de la conciliation. Au 1^{er} janvier 2009, 15 demandes d'annulation étaient pendantes devant le Centre. Neuf de ces demandes ont été formées au cours de l'année 2008.

Une demande de décision supplémentaire, une demande de rectification de sentence et une demande d'interprétation ont également été formées au cours de l'année. Deux demandes de révision de la sentence (formées dans les affaires *Siemens c/ Argentine* et *Pey Casado c/ Chili*) retiennent également l'attention dans la mesure où cette procédure n'avait pas été utilisée auparavant devant le Centre. Au 1^{er} janvier 2009, c'est un nombre total de 284 affaires dont le Centre a eu à connaître depuis sa création.

De très nombreuses décisions ont été rendues en 2008. Il s'agit de décisions par lesquelles le Tribunal a retenu sa compétence (intervenues dans les affaires *Railroad Development Corporation c/ Guatemala*, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c/ Équateur*, *The Rompetrol Group NV c/ Roumanie*, *Ioan Micula, Viorel Micula and others c/ Roumanie*, *Noble Energy Inc. and Machala Power Cia. Ltd. c/ Équateur* et *Vannessa Ventures Ltd. c/ Venezuela*, *EDF International SA*, *SAUR International SA and León Participaciones Argentinas SA c/ Argentine*) et de sentences par lesquelles le Tribunal a constaté son incompétence (affaires *African Holding Company of America Inc. and Société Africaine de Construction au Congo SARL c/ Congo*, *Wintershall Aktiengesellschaft c/ Argentine*). Il s'agit également de nombreuses sentences sur le fond, ou sur la compétence et le fond, rendues dans les affaires *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c/ Tanzanie*, *Desert Line Projects LLC c/ Yemen*, *TSA Spectrum de Argentina SA c/ Argentine*, *LESI SpA and Astaldi SpA c/*

Algérie, Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. c/ Équateur, Jan de Nul NV and Dredging International NV c/ Égypte, Plama Consortium Limited c/ Bulgarie, Metalpar SA and Buen Aire SA c/ Argentine, Aguaytia Energy LLC c/ Pérou, Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c/ Kazakhstan, Helnan International Hotels A/S c/ Égypte, Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c/ Gabon, Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd. c/ Pérou, Ares International Srl and MetalGeo Srl c/ Géorgie, Victor Pey Casado and President Allende Foundation c/ Chili, Continental Casualty Company c/ Argentine, Branimir Mensik c/ Slovaquie.

II. – On notera avec intérêt qu'une première décision est intervenue sur le fondement de l'article 41(5) du règlement d'arbitrage révisé au 10 avril 2006 qui permet au Tribunal de se prononcer, à l'issue d'une procédure accélérée, sur la question de savoir si la demande est « manifestement dénuée de fondement juridique » et de rendre, si tel est le cas, une sentence mettant un terme définitif à l'affaire. L'article 41(5) issu de la réforme de 2006 dispose en effet que :

Sauf si les parties ont convenu d'une autre procédure accélérée pour soumettre des déclinatoires et moyens préliminaires, une partie peut, dans un délai maximum de trent jours après la constitution du Tribunal, et, en tout état de cause, avant la première session du Tribunal, soulever un déclinatoire ou invoquer un moyen, relatif à une demande manifestement dénuée de fondement juridique. La partie indique aussi précisément que possible les bases juridiques du déclinatoire ou du moyen. Le Tribunal, après avoir donné aux parties la possibilité de présenter leurs observations, notifie aux parties, lors de la première session ou immédiatement après, sa décision sur le déclinatoire ou le moyen. La décision du Tribunal ne porte en aucune manière atteinte au droit d'une partie de soulever un déclinatoire conformément à l'alinéa (1) et d'invoquer, au cours de l'instance, un moyen relatif à une demande dénuée de fondement juridique.

Par ailleurs, l'article 41(6) a été amendé de façon à permettre au Tribunal de rendre une sentence en ce sens si « toutes les demandes sont manifestement dénuées de fondement juridique ».

Dans l'affaire *Trans-Global Petroleum c/ Royaume hachémite de Jordanie*, enregistrée par le Centre le 24 septembre 2007, l'État soutenait que les conditions d'application de l'article 41(5) étaient réunies. Le Tribunal arbitral, composé de MM. V.V. Veeder, Président, Donald McRae et James Crawford, arbitres, a rejeté, par une décision du 12 mai 2008, cette prétention (V. également *M. Raux, La première application de l'article 41(5) du règlement d'arbitrage CIRDI : Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal. 14-16 déc. 2008, p. 29*).

La demanderesse se plaignait du fait que son investissement de 29 millions de dollars effectué en application d'un accord de partage de production conclu entre sa filiale de droit local *Trans-Global Petroleum Jordanie* (TGPJ) et l'Agence des ressources naturelles (*Natural Resources Authority* ou NRA) de Jordanie en avril 1996 et ratifié par le Parlement jordanien avait fait l'objet de mesures déraisonnables et discriminatoires et n'avait pas été traité de façon juste et équitable au sens du traité bilatéral de protection des investissements conclu entre les États-Unis d'Amérique et la Jordanie en 1997. Après qu'une découverte

d'hydrocarbures ait été déclarée par TGPJ, une campagne de destruction de son investissement aurait été entreprise, qui l'aurait contrainte à abandonner son rôle d'opérateur et à céder 80 % des droits qu'elle tenait du contrat de partage de production à un tiers. Par ailleurs, les exemptions douanières de la filiale de droit local avaient été révoquées et ses salariés expulsés de Jordanie.

Le 25 février 2008, la défenderesse a soulevé une objection sur le fondement de l'article 41(5) nouveau du règlement d'arbitrage. Les parties se sont exprimées sur cette demande par écrit, puis oralement au cours d'une audience qui s'est tenue à Washington le 22 avril 2008.

Le Tribunal s'est prononcé sur cette demande le 12 mai 2008, soit moins de trois mois après qu'elle ait été formée. Cela lui a permis de clarifier le sens du terme « manifestement » et d'insister sur la signification de l'insertion du terme « juridique » qui ne se trouvait pas dans les projets initiaux de réforme du règlement. Le terme « manifestement » est le même que celui qui qualifie le pouvoir du Secrétaire général de ne pas enregistrer des demandes qui excèdent « manifestement » la compétence du Centre. C'est précisément parce que ce pouvoir du Secrétaire général ne porte que sur la compétence et non sur le fond que le nouveau règlement a donné un pouvoir analogue au Tribunal arbitral de rejeter, à l'issue d'un examen sommaire, les demandes manifestement mal fondées. Le Tribunal estime qu'il serait contraire à l'esprit de cette procédure, enfermée dans des délais très stricts, d'instruire au fond l'objection soulevée par l'État en vertu de l'article 41(5) (*décision*, § 90 et 91). En revanche, le Tribunal ne va pas jusqu'à admettre que c'est exclusivement sur la base des faits tels que présentés par la partie demanderesse à ce stade de la procédure que la demande s'apprécie. Il se contente d'observer, à propos de la discussion du terme « manifeste », que les conséquences de la décision qu'il est demandé au Tribunal arbitral de rendre sur le fondement d'un examen sommaire du dossier sont si importantes que le standard est particulièrement élevé.

92. Second, a respondent's objection under Rule 41(5) may produce an ICSID award finally disposing of the claimant's claims, with all its attendant legal effects under the ICSID Convention, the New York Arbitration Convention and national legislation. This is a materially different exercise from that performed by the ICSID Secretary-General under Article 36 of the ICSID Convention, which can produce no award or other decision having like legal effect. It would therefore be a grave injustice if a claimant was wrongly driven from the judgment seat by a final award under Article 41(5), with no opportunity to develop and present its case under the written and oral procedures prescribed by Rules 29,31 and 32 of the ICSID Arbitration Rules. In this regard, as a basic principle of procedural fairness, an award under Rule 41(5) can only apply to a clear and obvious case, i.e. in Mr Parra's words cited above, [Antonio Parra, « The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes », 41 Int. Law. 47 (2007)], « patently unmeritorious claims. »

C'est à l'occasion de la discussion des termes « dénuée de fondement juridique » que le Tribunal précise sa position, très nuancée, sur la question de

savoir si, pour les besoins de l'exercice, les faits tels que présentés par la partie demanderesse doivent être tenus pour acquis.

97. The Tribunal considers that the adjective « legal » in Rule 41(5) is clearly used in contradistinction to « factual » given the drafting genesis of Rule 41(5) : see the legal materials cited above. Accordingly, it would seem that the tribunal is not concerned, per se, with the factual merits of the Claimant's three claims. At this early stage of these proceedings, without any sufficient evidence, the Tribunal is in no position to decide disputed facts alleged by either side in a summary procedure. Nonetheless, the Tribunal recognises that it is rarely possible to assess the legal merits of any claim without also examining the factual premise upon which that claim is advanced.

105. Conclusion : In conclusion, as regards the word « manifestly », the Tribunal requires the Respondent's Objection to meet the test of clarity, certainty and obviousness discussed above. As regards the phrase « without legal merit », the Tribunal returns to the primary submission advanced by the Respondent at the outset of its submissions, set out above. In applying Rule 41(5), the Tribunal accepts that, as regards disputed facts relevant to the legal merits of a claimant's claim, the tribunal need not accept at face value any factual allegation which the tribunal regards as (manifestly) incredible, frivolous, vexatious or inaccurate or made in bad faith ; nor need a tribunal accept a legal submission dressed up as a factual allegation. The Tribunal does not accept, however, that a tribunal should otherwise weigh the credibility or plausibility of a disputed factual allegation. Lastly, in applying Article 41 (5) to the particular case, the Tribunal accepts, of course, that it must apply these two wordings together.

Ainsi, le Tribunal ne s'estime-t-il pas tenu de considérer les faits articulés par la demanderesse comme acquis, comme ce serait le cas s'il devait apprécier sa compétence, mais ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles dans lesquelles les allégations de faits de la demanderesse paraissent entachées d'insuffisances graves que le Tribunal pourra être conduit à les mettre en doute pour les besoins de la décision prise sur le fondement de l'article 41(5). L'exercice restera donc essentiellement juridique, comme le commande le texte finalement retenu par les auteurs de l'amendement au règlement.

En l'occurrence, un seul grief avancé par la défenderesse a paru satisfaire au critère de l'article 41(5). Il s'agit de la demande tendant à rejeter les prétentions de l'investisseur selon lesquelles l'État aurait violé l'article VIII du traité pour ne pas avoir engagé des consultations avant de prendre les mesures qui font l'objet du litige. La simple lecture de l'article VIII du traité permet de constater que ce texte ne concerne en réalité que les relations entre les deux États parties au traité qui se sont mutuellement promis de tenter de régler par voie de consultation tout différend susceptible de s'élever entre elles à propos de l'interprétation de l'application du traité. Le Tribunal n'a donc eu aucune difficulté à juger que la demanderesse n'avait manifestement aucun droit sur le fondement d'un texte applicable aux seuls États parties au traité. Il est vrai que sa tâche était d'autant plus facile que, s'étant rendu compte de son erreur en cours de procédure, la demanderesse a elle-même retiré cette prétention, dont le Tribunal n'a eu qu'à

confirmer qu'elle était « manifestement dénuée de fondement juridique » au sens de l'article 41(5).

III. – Parmi les sentences rendues sur le fond en 2008, deux méritent une attention particulière, même si elles ne justifient pas un long commentaire.

La première est la sentence intervenue le 27 août 2008 dans l'affaire *Plama c/ Bulgarie* sur le fondement du Traité sur la Charte de l'Énergie (« TCE ») de 1994. On se souvient que le Tribunal arbitral, composée de MM. Carl Salans, Président, V.V. Veeder et Albert Jan van den Berg avait retenu sa compétence par une décision du 8 février 2005. Il avait jugé en particulier que l'article 17(1) du TCE par lequel chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la partie III du traité relative à la protection des investissements à toute entité détenue ou contrôlée par des ressortissants d'un État tiers doit être exercé par l'État et que son exercice n'a pas d'effet rétroactif, ce qui n'avait été fait, en l'espèce, par la Bulgarie qu'au cours de la procédure. Il avait cependant renvoyé au fond la question de savoir si la société demanderesse était détenue ou contrôlée par des ressortissants d'États tiers (*V. JDI 2007, p. 251, obs. E. Gaillard*). Le Tribunal revient donc sur cette question dans la sentence du 27 août 2008 et conclut de son examen de fait que la demanderesse étant contrôlée par un ressortissant français, la défenderesse ne peut se prévaloir de l'article 17(1) du TCE pour dénier à la demanderesse, société de droit chypriote, le bénéfice de la partie du traité concernant la protection des investissements. La question de savoir si, après la date de l'exercice de ce droit, la demanderesse a perdu toute protection ne se pose donc pas, faute pour les conditions d'application de ce texte d'être réunies (*sentence, § 79 à 111, spéc. § 99 et note 7*). En revanche, le Tribunal consacre de longs développements à l'argumentation de l'État consistant à soutenir que la demanderesse a commis un dol (« *misrepresentation* ») en dissimulant l'identité des personnes exerçant le contrôle de la société à l'agence de privatisation bulgare au moment de la privatisation à l'origine de l'investissement. Il en conclut que la demanderesse a trompé l'État en laissant penser que l'investissement était réalisé au nom de sociétés ayant une surface financière plus importante que celle de la personne physique qui a été jugée, pour les besoins de l'appréciation de la propriété et du contrôle au sens de l'article 17 du TCE, exercer le contrôle ultime sur la demanderesse (§ 116-129). Le Tribunal en déduit, non seulement que cette dissimulation rend l'acquisition initiale de l'investissement illégale en droit bulgare (§ 130-137), mais également que cela prive purement et simplement l'investissement de la protection du TCE. Le raisonnement du Tribunal est le suivant :

138. *Unlike a number of Bilateral Investment Treaties,¹ the ECT does not contain a provision requiring the conformity of the Investment with a particular law.*

This does not mean, however, that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law. As

1. For example the Germany-Philippines BIT, Lithuania-Ukraine BIT, and Italy-Morocco BIT.

noted by the Chairman's statement at the adoption session of the ECT on 17 December 1994 :

[...] the Treaty shall be applied and interpreted in accordance with generally recognized rules and principles of observance, application and interpretation of treaties as reflected in Part III of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 25 May 1969. [...] The Treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of treaty in their context and in the light of its object and purpose.²

139. In accordance with the introductory note to the ECT « [t]he fundamental aim of the Energy Charter Treaty is to strengthen the rule of law on energy issues [...] ».³ Consequently, the ECT should be interpreted in a manner consistent with the aim of encouraging respect for the rule of law. The Arbitral Tribunal concludes that the substantive protections of the ECT cannot apply to investments that are made contrary to law.

140. The Tribunal finds that the investment in this case violates not only Bulgarian law, as noted above, but also « applicable rules and principles of international law », in conformity with Article 26(6) of the ECT which states that « [a] tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law ». In order to identify these applicable rules and principles, the Arbitral Tribunal finds helpful guidance in the decisions made in other investment arbitrations cited by Respondent.

141. In *Inceysa v. El Salvador*,⁴ a case in which the investor procured a concession contract for vehicle inspection services in El Salvador through fraud in the public bidding process, the tribunal found that the investment violated the following general principles of law : (i) the principle of good faith defined as the « absence of deceit and artifice during the negotiation and execution of instruments that gave rise to the investment »⁵ and (ii) the principle of *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* – that nobody can benefit from his own wrong – understood as the prohibition for an investor to « benefit from an investment effectuated by means of one or several illegal acts ».⁶ In addition, the tribunal found that recognizing the existence of rights arising from illegal acts would violate the “ respect for the law ” which is a principle of international public policy.⁷

142. The notion of international public policy was also invoked by an award in the case of *World Duty Free v. Kenya*.⁸ In this case, the investor had obtained a

2. Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation, Chairman's Statement at Adoption Session on 17 December 1994*, p. 158.

3. Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation, An Introduction to the Energy Charter Treaty*, p. 14.

4. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, Award of 2 August 2006, ICSID Case N° ARB/03/26 (“ Inceysa ”)*.

5. *Ibid.*, § 231.

6. *Ibid.*, § 240-242.

7. *Ibid.*, § 249.

8. *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, Award of 4 October 2006, ICSID Case N° Arb/00/7*.

contract by paying a bribe to the Kenyan President. According to the tribunal, the term « international public policy » was interpreted to signify « an international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora. »⁹ Accordingly, the tribunal found that « claims based on contracts of corruption or contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal. »¹⁰ The tribunal further concluded that « as regards public policy both under English and Kenyan law [...] the Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings on the ground of *ex turpi causa non oritur actio*. »¹¹ As explained in the award, the *ex turpi causa* defence « rests on a principle of public policy that the courts will not assist a plaintiff who has been guilty of illegal (or immoral) conduct [...]. »¹²

143. Claimant, in the present case, is requesting the Tribunal to grant its investment in Bulgaria the protections provided by the ECT. However, the Tribunal has decided that the investment was obtained by deceitful conduct that is in violation of Bulgarian law. The Tribunal is of the view that granting the ECT's protections to Claimant's investment would be contrary to the principle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* invoked above. It would also be contrary to the basic notion of international public policy – that a contract obtained by wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not be enforced by a tribunal.

144. The Tribunal finds that Claimant's conduct is contrary to the principle of good faith which is part not only of Bulgarian law – as indicated above at paragraphs 135-136 – but also of international law – as noted by the tribunal in the *Inceysa* case. The principle of good faith encompasses, *inter alia*, the obligation for the investor to provide the host State with relevant and material information concerning the investor and the investment. This obligation is particularly important when the information is necessary for obtaining the State's approval of the investment.

145. Claimant contended that it had no obligation to disclose to Respondent who its real shareholders were. This may be acceptable in some cases but not under the present circumstances in which the State's approval of the investment was required as a matter of law and dependant on the financial and technical qualifications of the investor. If a material change occurred in the investor's shareholding that could have an effect on the host State's approval, the investor was, by virtue of the principle of good faith, obliged to inform the host State of such change. Intentional withholding of this information is therefore contrary to the principle of good faith.

146. In consideration of the above and in light of the *ex turpi causa* defence, this Tribunal cannot lend its support to Claimant's request and cannot, therefore, grant the substantive protections of the ECT.

Le Tribunal a beau souligner le fait qu'il ne s'agit pas d'un argument d'incompétence mais que le raisonnement n'affecte que le droit de bénéficiaire de la protection de fond du traité (§ 112), la démarche est loin d'emporter la conviction. Le TCE prévoit en effet des conditions de la compétence du tribunal

9. *Ibid.*, § 139.

10. *Ibid.*, § 157.

11. *Ibid.*, § 179.

12. *Ibid.*, § 161.

arbitral et, à l'article 17, définit les situations dans lesquelles un État est en droit de refuser, pour l'avenir, le bénéfice de la partie relative à la protection de l'investissement à certains investisseurs. Lorsque les critères de compétence sont satisfaits et que les conditions d'application du jeu de l'article 17 ne sont pas réunies, le traité doit trouver à s'appliquer. Rien dans le texte du traité ou dans la contemplation de son objet et de son but ne permet de conclure que l'investissement peut être, pour une raison quelconque, privé de la protection résultant du traité. L'idée même que le tribunal « ne puisse prêter son soutien à la demande de la partie demanderesse et, en conséquence, lui accorder la protection de fond du TCE » motif pris d'une violation du droit local relève de l'excès de pouvoir manifeste, le traité ne subordonnant nullement son applicabilité à une quelconque condition du respect du droit de l'État d'accueil. Toute autre est la question de savoir si l'application de la protection de fond découlant du traité peut ou doit tenir compte, au titre de l'appréciation des faits de l'espèce, de la légalité ou de l'illégalité du comportement de l'investisseur. Il va de soi qu'une réponse positive s'impose. En particulier, des mesures prises par un État à l'encontre d'agissements illégaux pourront être considérées comme n'engageant pas la responsabilité internationale de l'État. De même, l'appréciation du préjudice, en cas d'agissement illicite de l'État, pourra très légitimement tenir compte du caractère légal ou illégal de l'investissement, la valorisation d'un investissement illégal étant vraisemblablement moindre que celle d'un investissement légal. Cette prise en considération de l'éventuelle illégalité de l'investissement au regard du droit local aux fins de l'appréciation de la responsabilité de l'État, et le cas échéant, du quantum de la réparation ne justifie en rien l'introduction prétorienne d'une condition de recevabilité dans un traité qui ne la contient pas.

La seconde sentence qui mérite d'être signalée est celle qui a été rendue le 5 septembre 2008 dans l'affaire *Continental Casualty Company c/ Argentine* par un Tribunal composé de MM. Giorgio Sacerdoti, Président, V.V. Veeder et Michell Nader (pour un commentaire, V. M. Raux, *Les circonstances excluant l'illicéité dans le cadre du contentieux investisseurs-États : Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal. 14-16 déc. 2008, p. 41*). Ici comme dans d'autres affaires nées de la crise argentine, l'État se prévalait, d'une part, des dispositions de l'article XI du BIT États-Unis-Argentine de 1991 réservant le droit de l'État de prendre toute mesure nécessaire au maintien de l'ordre public et, d'autre part, de l'état de nécessité en droit international. Suivant les préceptes de méthode énoncés par le comité *ad hoc* ayant statué dans l'affaire *CMS* le 27 septembre 2007 (V. *JDI 2008, p. 350, obs. E. Gaillard*), le Tribunal estime qu'il convient d'examiner d'abord si les conditions de l'article XI sont remplies, ce qui exclurait toute violation du traité puis, le cas échéant, l'état de nécessité en droit international général qui suppose la responsabilité de l'État engagée au titre du traité (*sentence, § 162-181*). Le Tribunal conclut de son analyse des faits de la cause que la crise économique sévère qui a affecté l'Argentine entrainé dans le champ d'application de l'article XI du traité et que l'Argentine n'a pas contribué de manière fautive à créer la situation dans laquelle elle s'est trouvée. Il conclut donc à l'absence de

responsabilité internationale de l'État et rejette les demandes de l'investisseur sauf pour une question sur laquelle le comportement de l'État a été jugé contraire à l'obligation de réserver à l'investisseur un traitement juste et équitable. Cette sentence contraste avec celles dans lesquelles, à partir de faits identiques, les tribunaux arbitraux ayant eu à en connaître sont parvenus à la conclusion inverse (V. cependant la décision rendue le 3 octobre 2006 dans l'affaire *LG&E : JDI 2007, p. 319, obs. E. Gaillard*, toutes les autres sentences rendues à ce jour s'étant prononcées en sens contraire). L'impression de malaise laissée par les divergences flagrantes de jurisprudence dans les affaires argentines ne manquera pas de relancer la réflexion, sinon sur la nécessité de mettre en place un improbable mécanisme d'appel, du moins sur celle de traiter les questions de consolidation de procédures connexes (sur l'ensemble de la question, v. *G. Kaufmann-Kohler, Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration : How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations be Handled Efficiently : ICSID Rev. 2006, p. 59-125*).

IV. – Dans le foisonnement jurisprudentiel qui caractérise l'année 2008, quatre décisions seront reproduites en extraits plus larges et, pour trois d'entre elles, commentées. Il s'agit de la sentence rendue le 6 février dans l'affaire *Desert Line c/ Yémen* (*infra p. 342*), de la décision sur la compétence rendue le 18 avril 2008 dans l'affaire *Rompetrol c/ Roumanie* (*infra p. 355*), de la sentence intervenue le 8 mai 2008 dans l'affaire *Pey Casado c/ Chili* (*infra p. 369*), et de la sentence rendue le 26 juillet 2008 dans l'affaire *Biwater c/ Tanzanie* (*infra p. 402*).

Traité de protection des investissements. – Notion d'investissement approuvé conformément aux lois et règlements. – Nécessité d'une acceptation spécifique (non).

Traité de protection des investissements. – Pressions économiques et physiques sur l'investisseur le conduisant à conclure une transaction. – Renonciation partielle aux droits découlant d'une sentence arbitrale. – Nullité de la transaction. – Préjudice économique (oui). – Préjudice moral (oui)*.

Sentence du 6 février 2008. – MM. Pierre Tercier, Président, Jan Paulsson et Ahmed El Kosheri, arbitres. – *Desert Line Projects LLC c/ République du Yémen*.

L'exigence d'un traité de protection des investissements que l'investissement protégé soit « approuvé en conformité avec les lois et règlements » de l'État d'accueil ne signifie pas que l'investissement litigieux doit avoir fait l'objet d'une procédure spécifique d'acceptation pour entrer dans le champ d'application du traité.

Il est contraire à l'esprit de l'arbitrage de contraindre une partie à négocier pour obtenir une réduction d'un montant effectivement dû lorsqu'un tribunal arbitral a rendu une sentence définitive.

* Extraits de l'original en langue anglaise publié sur le site internet du CIRDI. Pour la commodité des citations, la numérotation originale des paragraphes et des notes de bas de page a été conservée.

Même si les traités de protection des investissements ont pour objet principal de protéger des valeurs économiques, ils n'excluent pas en tant que tels que des dommages moraux puissent être recouverts indépendamment des dommages purement économiques.

Le 2 août 2005, la société de droit omanais Desert Line Projects LLP a formé une demande d'arbitrage devant le CIRDI à l'encontre de la République du Yémen sur le fondement du traité de protection des investissements (BIT) conclu entre Oman et le Yémen en 1998. La demande a été enregistrée le 30 septembre 2005 et le Tribunal arbitral constitué le 6 janvier 2006. Le Tribunal était composé de MM. Jan Paulsson, désigné par la demanderesse, Ahmed El Koshery, désigné par la défenderesse, et Pierre Tercier, Président, désigné par accord des parties. Le litige est né du contentieux de l'exécution d'une sentence rendue à propos d'un marché de travaux conclu entre Desert Line et la République du Yémen à propos de la construction de routes au Yémen. Les travaux ayant donné lieu à diverses réclamations de l'entrepreneur, les parties sont convenues de régler leur différend par voie d'arbitrage au Yémen. Une sentence de condamnation de l'État pour un montant équivalent à environ 108 millions de dollars américains a été rendue le 9 août 2004, six semaines après l'accord des parties de recourir à l'arbitrage.

La sentence n'a pas été exécutée et a fait l'objet d'un recours en annulation devant les juridictions locales. Des altercations sont intervenues entre l'armée du Yémen et certains membres du personnel de Desert Line et celle-ci a demandé en vain la protection de l'État. Par ailleurs, la sentence n'étant pas exécutoire, la demanderesse s'est trouvée confrontée à des difficultés financières grandissantes. C'est dans ce contexte que, le 22 décembre 2004, une transaction est intervenue entre les parties qui a abouti à réduire très substantiellement le montant dû à l'entrepreneur. Les garanties bancaires mises en place par l'entrepreneur en faveur du maître de l'ouvrage ont été levées. La demanderesse s'est ensuite plainte du fait que la transaction est intervenue sous la contrainte et que les agissements de l'État constituent une violation du traité bilatéral conclu entre Oman et le Yémen. Par ordonnance de procédure du 22 novembre 2006, le Tribunal a décidé, en application des dispositions de l'article 41 du règlement d'arbitrage amendé au 1^{er} janvier 2003, d'examiner les objections de compétence soulevées par le Yémen avec le fond, non sans avoir relevé que toute objection sur la compétence doit être soulevée « aussitôt que possible » et que la défenderesse a attendu le dernier jour possible, c'est-à-dire le jour où son mémoire en réponse sur le fond était attendu pour déposer une exception d'incompétence (*sentence*, § 91 et 97).

Sur la compétence, le Tribunal rejette les deux objections avancées par l'État. La première était fondée sur le texte figurant à l'article 1^{er} du traité bilatéral définissant les investissements protégés comme des investissements acceptés « en conformité avec les lois et règlements ». Après avoir observé que la mention relative à la conformité à la loi peut faire référence à l'investissement lui-même ou à son acceptation (§ 102), le Tribunal rejette l'idée que l'investissement doit avoir fait l'objet d'une procédure d'acceptation spécifique pour être protégé par le traité.

104. *In State practice in the BIT area, the phrase « according to its laws and regulations » is quite familiar. Moreover, it has been well traversed by arbitral precedents, notably Inceysa v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, 2 August 2006 and Fraport (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case N° ARB/03/25, 16 August 2007) which make clear that such references are intended to ensure the legality of the investment by excluding investments made in breach of fundamental principles of the host State's law, e.g. by fraudulent misrepresentations or the dissimulation of true ownership. No such illegality has been alleged, let alone proved, in this case. As another ICSID tribunal put it with regard to the there applicable Algeria-Italy BIT : the mention in the text of conformity to laws and regulations in vigour does not constitute a formal acknowledgement of the notion of investment as understood in Algerian law in a restrictive fashion, but rather, adopting a classic and wholly justified formulation, the loss of protection suffered by any investments made in violation of fundamental governing principles. (LESI SpA et Astaldi SpA v. Algeria, para. 83 (12 July 2006 ; translated from French).)*

105. *Under these circumstances the Respondent has not come close to satisfying the Arbitral Tribunal that the Claimant made an investment which was either inconsistent with Yemeni laws or regulations or failed to achieve acceptance by the Respondent. The contrary is established by overwhelming evidence of the lengthy dealings between the Parties at the highest level, namely the President of the Republic, the Prime Minister, the Minister of Finance, and the Minister of Public Works.*

106. *As far as concerns the issue of the certificate, the threshold inquiry is whether Article I(1) corresponds to mere formalism or to some material objective. The Arbitral Tribunal has no hesitation in opting for the second alternative. A purely formal requirement would by definition advance no real interest of either signatory State ; to the contrary, it would constitute an artificial trap depriving investors of the very protection the BIT was intended to provide. Such an idea must give way – in the absence of an explicit and compelling demonstration to the contrary – when there is, as we shall see, an obvious substantive justification for the requirement under general international law, which forms the context in which the BIT is called upon to operate.*

107. *It is striking with regard to this limb of the Respondent's objection that the notion of « investment certificate, » as opposed to that of « accepted, » is not qualified by the words « according to its laws and regulations. » This means that the certificate requirement falls to be interpreted and understood in a general sense, in light of the objectives of the BIT. This exercise of interpretation is usefully informed by well-established practice in the field of investment protection, especially given that the BIT, dated 1998, is relatively recent and was thus concluded against the backdrop of two decades of proliferation of such instruments.*

108. *Some States sign BITs without any regard to the ex ante identification of investors who may be covered by the treaty in question. This option ensures broader coverage, and may be thought to maximize the stimulation of investment flows between the two countries. Others require that investors wishing to be protected must identify themselves, on the footing that only specifically approved investments will give rise to benefits under the relevant treaty. This is a different approach, but it too has a legitimate policy rationale, in the sense that the Governments of such States evidently wish to exercise a qualitative control on the types of investments which are indeed to be promoted and protected.*

109. Yemen and Oman opted for the second model. In so doing, there is no evidence that they had in mind some specific or indispensable formality. (No travaux of the BIT were produced in these proceedings.) The word « certificate » is not self-defining. The Arbitral Tribunal cannot accept that it has a « plain and ordinary meaning » in the sense of Article 31(1) of the Vienna Convention as urged by the Respondent here. Counsel for Yemen, in his oral submissions, used this phrase repetitively, indeed at one point three times in six lines of the Transcript (5 June 2007, p. 84), concluding that the requirement of the certificate « could not be clearer. » This degree of insistence fails to mask irreducible difficulty. Indeed, if an imperative formality were intended to be required, it would have been appropriate, if not indispensable, to identify the type of document required in each of the two countries and to identify the issuing department, or at least direct the attention of readers of the Treaty – prospective investors – to the proposition that the precise nature of the required certificates is to be determined by « specific regulations in force from time to time. »

110. To illustrate, well-known examples of such specificity include, *inter alia*, the multilateral ASEAN Agreement of 1987, Article II(1) of which provides that the treaty's protections apply only to investments « registered by the host country ; » and Indonesia's BITs with (for example) the UK (1977), Australia (1993) and Chile (1999), all of which speak, in regard to investments in Indonesia, of « admission in accordance with the Law No 1 of 1967 concerning foreign investment and any law amending or replacing it. »

111. Absent such indications, the only reasonable conclusion is that the Treaty contemplates the substantive certification that the investment has indeed been accepted for the purposes of Article I(1).

112. The Respondent's repeated reliance on the case of *Gruslin v. Malaysia*, ICSID award, 27 November 2000, 5 ICSID REPORTS 483, is therefore misplaced (see, e.g., Resp. 16 Oct. 2006, nos. 2.29 et seq. and 2.54). The claimant in that case did fail to establish ICSID jurisdiction, but he could hardly have been in a more different situation than the Claimant here. Mr Gruslin alleged that he had invested \$2.3 million in a mutual fund in Luxembourg which in turn purchased shares on the Kuala Lumpur Stock Exchange (KLSE). His grievance was that the Malaysian Government had reduced the value of his investment by imposing exchange controls, which had a deleterious effect on the KLSE, which in turn reduced the value of Mr Gruslin's portfolio. The BIT in that case covered only investments that had been classified as « approved projects » by the « appropriate Ministry. » Quite clearly the fact that a Belgian individual makes a purchase of securities in Luxembourg which in turn reflects a portfolio partially acquired on the KLSE will not be such an « approved project » – indeed the event will be entirely unknown to any Malaysian official. This is evidently very different from the position of the Claimant in this case.

113. In their monograph, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES* (Oxford Univ. Press, 2007), Messrs. McLachlan, Shore & Weiniger affirm as follows, at p. 181 :

In many investment treaties the definition of 'investment' includes a requirement that the categories of assets admitted as 'investments' must be made 'in accordance with the laws and regulations of the said party'. The plain meaning of this phrase is that investments which would be illegal upon the territory of the host State are disqualified from the protection of the BIT. Attempts by respondent States to broaden the matters encompassed by this phrase have failed.

114. Among the awards they cite as examples of this restricted view is *Tokios Tokelès v. Ukraine*, which the authors describe as follows, at p. 182 :

Ukraine attempted to deny the Tribunal's jurisdiction because of various technical defects in the manner in which the investment had been registered under Ukrainian law. The Tribunal was unwilling to withdraw the protection of the BIT on the basis of such defects saying that 'to exclude an investment on the basis of such minor errors would be inconsistent with the objects and purpose of the Treaty'.

115. Other examples given to similar effect include *Salini v. Morocco* (at p. 181), *Inceysa v. El Salvador* (at p. 182), *Yaung Chi Oo Trading v. Myanmar* (at p. 194), *Middle East Cement v. Egypt* (at p. 195) and *Metalpar v. Argentina* (at pp. 195-6).

116. The Arbitral Tribunal does not accept that a particular certificate from the Yemen General Investment Authority was necessary to bring the Claimant's investment under the ambit of the BIT. But even if that had been the case, as the *Fraport* award put it, at para. 396 :

*When the question is whether the investment is made in accordance with the law of the host state, considerable arguments may be made in favour of construing jurisdiction *ratione materiae* in a more liberal way which is generous to the investor. In some circumstances, the law in question of the host state may not be entirely clear and mistakes may be made in good faith.*

In Fraport, the relevant BIT referred to investments « accepted in accordance with respective laws and regulations of either Contracting State, » i.e. language substantively equivalent to that found in the BIT here.

117. Such leniency would be appropriate in this case, as is confirmed when one puts the hypothetical question : is the likelihood that the investor would have received a certificate if he had believed it was necessary and requested it ? The answer is overwhelmingly affirmative, both because of the general endorsement of the investment at the highest level of the State, and in light of the extension of YIL benefits by the *ad hoc* decision communicated by the Vice Prime Minister.

118. Yet more surabundantly, even if this conclusion too were incorrect, the Arbitral Tribunal has no hesitation in concluding, in light of the mass of uncontradicted written and oral evidence in this case, that the Respondent waived the certificate requirement, and is estopped from relying on it to defeat jurisdiction. The Respondent has not alleged any violation of its laws by the Claimant ; indeed it nearly concedes positive compliance when it acknowledges that « failure » to obtain « acceptance [or an] investment certificate... did not render DLP's activities illegal per se. » (Res. 16 Oct. 2006, 2.18.) The effective certification of the investment is unambiguous in a number of written communications, perhaps most strikingly in the Prime Minister's memorandum of 21 February 2000 addressed jointly to the Ministers of Finance, Planning, and Public Works, which refers to « the meeting that we headed [presided] in your presence... and to what has been agreed, » listing in detail elements of the transaction, and concluding :

Given the strategic importance of the two projects, as they link important and large frontier regions, and given that the company's offer, after taking into account the above-mentioned remarks, is deemed appropriate, the Ministry of Construction, Housing and Urban Planning must implement all the above-mentioned remarks, sign the agreements and start the execution works.

119. It would be extraordinary in these circumstances for the Respondent to argue that while other projects of a fractional magnitude, considered at sub-ministerial level of government, would be given protection under the BIT ; whereas a project involving hundreds of millions of dollars, considerable technical and indeed security risks, as well as the mobilization of vast resources from the very country

which had co-signed the BIT, leading to objectives of national strategic importance in terms of commercial and social integration, security, and cross-border flows of goods and services, should be deprived of protection due to the failure to have obtained some unspecified stamped or signed form from a governmental subdivision. As for the Claimant's detrimental reliance on the assurances from the highest organs of State, they are obvious and indeed uncontradicted. It would be preposterous in the circumstances to require or expect the Head of State or the Prime Minister to issue formalistic qualifications to their encouragements and approvals, such as explicitly referring to the BIT (or even technical regulations of Yemeni law); when they welcomed and approved the Claimant's investment, they did so with all that it entailed. It would offend the most elementary notions of good faith, and insulting to the Head of State, to imagine that he offered his assurances and acceptance with his fingers crossed, as it were, making a reservation to the effect « that we welcome you, but will not extend to you the benefits of our BIT with your country. »

120. Addressing the precise issue of estoppel, the ICSID tribunal in *Fraport* wrote (at para. 346): « Principles of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from raising violations of its own law as a jurisdictional defense when it knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with its law. » This comment applies a fortiori when the alleged problem is not violation of law, but merely – as here – the failure to accomplish a formality foreseen by law, and not even required by it except as a condition of obtaining benefits unconnected with those of the BIT itself:

121. The Arbitral Tribunal's conclusions with respect to both the « acceptance » and the « certificate » issues are significantly bolstered by the consideration that the BIT is not *ejusdem generis* with the YIL, and therefore has no natural obedience to the dictates or qualifications of the latter. The YIL promotes investments from any foreign sources by granting privileges and tax and customs incentives, subject to licenses issued according to the provisions of that Law. The BIT creates an entirely separate legal regime, applicable in Yemen only to Omani investors, and does not necessarily concern such matters as taxation or import duties, which an Omani investor might well forego without thereby waiving the protections of the BIT. The YIL does not purport to regulate all investments in Yemen, but only those whose promoters wish to benefit by license from its specific advantages, which are not coterminous with those of the BIT.

122. At any rate, when the Claimant in this case determined that it needed specific approval to achieve certain tax and duty exemptions, it wrote to the President to observe that it apparently did not benefit from the YIL and requested that he grant it those benefits. This happened, in the form of an instruction from the Vice-President to the Prime Minister in these terms: « Brother Prime Minister, Please instruct that Desert Line Projects' equipment be exempted from customs duties and other taxes ». This does not *per se* prove that the Claimant was entitled to claim the benefit of the BIT, but it certainly makes nonsense out of any suggestion that its investment was in any sense deficient under the YIL. Moreover, a similar instruction from the Vice Prime Minister to the Minister of Foreign Affairs indicated that DLP « should be treated similarly to the German company (Walther) with respect to the exemptions », thus in substance acknowledging the principle of equal treatment enshrined in Art. 5 of the BIT.

Le Tribunal rejette ensuite l'argument fondé sur la clause d'option irrévocable (*fork in the road*) que l'État prétendait tirer du fait que le litige porté devant le

tribunal arbitral était identique à celui qui avait déjà été tranché par voie d'arbitrage local.

Le Tribunal observe à ce sujet que cette objection, qu'il qualifie de recevabilité, plus que de compétence (§ 128) doit être rejetée puisque la question de la violation du traité qui fait l'objet de l'arbitrage CIRDI n'est pas celle qui a été tranchée devant le tribunal arbitral local (§ 137-138).

Sur le fond, le Tribunal focalise son attention sur les événements à l'origine de la transaction intervenue entre les parties.

Sur le principe selon lequel un tribunal international peut refuser de donner effet à une convention conclue par un État qui a exercé sur son cocontractant une pression inacceptable, le Tribunal observe :

172. *International tribunals refused to give effect to transactions where Governments have created intolerable pressure to conclude transactions ; see, e.g., Différend Industrie Vicentine Elettro-Meccaniche (T.V.E.M.), 13 U.N. REP. INT. ARB. AWARDS 324 (1952) ; Différend Wagon-Citernes, ibid 212 (1950) (the latter referring to « une contrainte morale réelle et inévitable »).*

173. *Further back in time, in the case of Gowen & Copeland, 4 J.B. MOORE, HISTORY AND DIGEST OF INTERNATIONAL ARBITRATIONS TO WHICH THE UNITED STATES HAS BEEN A PARTY 3354 (1898) Venezuela was held to have breached minimum international standards when it pressured the claimants into making a disadvantageous deal, « in the nature of a forced sale, » with a company favoured by the Government. The circumstances were these : two U.S. investors had discovered a deposit of guano on a barren group of rocks in the high seas off the Gulf of Maracaibo. The deposit turned out to be exceptionally valuable, and Messrs Gowen and Copeland put men, machinery and materials on site. Less than a year later, another group of U.S. investors obtained a license from the Venezuelan Government, and some months thereafter Venezuelan armed forces seized the installations and expelled the personnel on threat of imprisonment. In this context, the intruder group were able to conclude an advantageous contract with Gowen and Copeland. The latter thereafter successfully pursued Venezuela for damages. The commissioners noted that the claimants « were not compelled to make this bargain, and yet it is difficult to see what other arrangement could have been made without a total loss of the plant as long as Venezuela held it for the purpose of aiding the lessees in consummating the agreement made with her, » id. at 3357, and ordered reparation of their loss. In other words, they did not accept that the settlement with the competing investors should be decisive, even though Venezuela itself did not directly take over the claimants' enterprise. The offence is more direct in the present case, where the Settlement Agreement had the instant effect of reducing a debt (i.e. the Yemeni Arbitral Award) owed by the Government itself.*

174. *These cases generally involved sales at an egregiously low price. In the present case, the iniquity is patent, since the Claimant was presumptively entitled to the amount of the Yemeni Arbitral Award and every dinar cancelled by the Settlement Agreement was an injustice.*

Le Tribunal relève également :

177. *As a matter of essence, arbitral proceedings have a final and binding character. Both parties chose arbitrators whom they trust. In consequence, they waive the right to challenge the arbitral tribunal's decision, except for extraordinary circumstances. It is therefore contrary to the spirit of arbitration to*

constrain a party to negotiate in order to obtain a reduction of the amount effectively owed, when an arbitral tribunal has issued a definitive award.

Il conclut de son examen des faits litigieux qu'en l'espèce le refus par les autorités yéménites de payer à l'entrepreneur des sommes incontestablement dues l'a mis dans une position intenable à l'égard de ses sous-traitants et l'a conduit au bord de la faillite. Cette situation, à laquelle se sont ajoutées des menaces et pressions physiques exercées à l'encontre de l'investisseur, conduisent le Tribunal à conclure que la transaction a été acceptée sous la contrainte, ce qui contrevient à l'obligation de l'État de réserver à l'investisseur un traitement juste et équitable au sens de l'article 3 du traité (§ 178 à 194).

Le Tribunal estime en conséquence que la transaction doit se voir dénier tout effet international et que la sentence locale doit être exécutée intégralement par les parties. Le Tribunal y voit l'effet conjugué des principes *pacta sunt servanda* et de l'estoppel que le Tribunal reconnaît comme un principe général de droit reconnu en particulier dans la jurisprudence islamique (§ 207).

207. Second, the mandatory implication of the fundamental general principle of law commonly known as the legal doctrine of estoppel, which originated over twelve centuries ago in the Islamic Jurisprudence under the name « Man Sa`à ilâ naqđ mā tam `alâ `adāihī, fū`in sa`Tahu mardūd `alih. » the precise wording of which can be translated in English to read : » whoever tries to undo what he previously undertook, such act on his part shall be turned against him. » In application of this general principle of law, all acts undertaken by the Respondent during the period following the issuance of the Yemeni Arbitral Award, opposing the enforcement of the said Award and trying to pressure the Claimant to give up a substantial part of the sums allocated to him under the Award, as well as the ultimate result of pushing the Claimant to accept under duress the so-called Settlement Agreement, are all ultra vires acts aiming to escape enforcing parts of the binding Yemeni Arbitral Award rendered as a result of a valid Arbitration Agreement initiated by the Respondent in implementation of directives given by the Yemeni President in inspiration of a deeply rooted general principle of law of Islamic origin.

À la condamnation de l'État à respecter la sentence du 9 août 2004, le Tribunal ajoute une condamnation à payer un million de dollars américains à titre de réparation du préjudice moral.

289. The Respondent has not questioned the possibility for the Claimant to obtain moral damages in the context of the ICSID procedure. Even if investment treaties primarily aim at protecting property and economic values, they do not exclude, as such, that a party may, in exceptional circumstances, ask for compensation for moral damages. It is generally accepted in most legal systems that moral damages may also be recovered besides pure economic damages. There are indeed no reasons to exclude them. The Arbitral Tribunal knows that it is difficult, if not impossible, to substantiate a prejudice of the kind ascertained in the present award. Still, as it was held in the Lusitania cases, non-material damages may be « very real, and the mere fact that they are difficult to measure or estimate by monetary standards makes them none the less real and affords no reason why the injured person should not be compensated, » U.S. V. GERMANY, NOVEMBER 1923, VII RIAA 32, AT P. 42, QUOTED WITH APPROVAL IN JAMES CRAWFORD, ILC ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY at p. 223 et seq.

It is also generally recognized that a legal person (as opposed to a natural one) may be awarded moral damages, including loss of reputation, in specific circumstances only.

290. The Arbitral Tribunal finds that the violation of the BIT by the Respondent, in particular the physical duress exerted on the executives of the Claimant, was malicious and is therefore constitutive of a fault-based liability. Therefore, the Respondent shall be liable to reparation for the injury suffered by the Claimant, whether it be bodily, moral or material in nature. The Arbitral Tribunal agrees with the Claimant that its prejudice was substantial since it affected the physical health of the Claimant's executives and the Claimant's credit and reputation. Nevertheless, the amount asked by the Claimant is exaggerated and cannot be allocated in its entirety. The Arbitral Tribunal considers that, based on the information at hand and the general principles, an amount of USD 1,000,000 should be granted for moral damages, including loss of reputation. This amount is indeed more than symbolic yet modest in proportion to the vastness of the project.

291. Therefore the Arbitral Tribunal grants the Claimant's Claim for moral damages, including loss of reputation, in the amount of USD 1,000,000 without interest. This amount shall be paid within 30 days from the notification of the award.

Le Tribunal assortit la condamnation d'un intérêt simple de 5 % par an s'appliquant, pour la condamnation principale, de la date de la sentence jusqu'au parfait paiement, et commençant à courir, pour le préjudice moral, trente jours après la notification de la sentence aux parties. Il condamne également l'État à supporter 70 % des frais de l'arbitrage et à verser 400 000 dollars américains à la demanderesse à titre de contribution à ses frais de conseils.

OBSERVATIONS. – La sentence rendue le 6 février 2008 par un Tribunal composé de MM. Pierre Tercier, Président, Jan Paulsson et Ahmed El Koshery, arbitres, retient tout particulièrement l'attention par le fait qu'elle accorde, pour la première fois sur le fondement d'un traité de protection des investissements, une indemnisation à l'investisseur au titre de la réparation du préjudice moral subi du fait des agissements de l'État que le tribunal arbitral estime constitutifs de violations du traité (III).

La sentence appelle cependant également de brèves observations sur l'audace qu'elle manifeste tant sur l'interprétation de la formule, fréquente dans les traités de protection des investissements, selon laquelle entrent dans le champ d'application du traité les investissements acceptés ou « approuvés en conformité avec la législation » de l'État d'accueil (I) que sur la constatation du caractère contraint d'une transaction obtenue par l'État après le prononcé d'une sentence arbitrale (II).

I. – Il est fréquent que les traités de protection des investissements restreignent leur champ d'application en spécifiant, à l'occasion de la définition des investissements protégés, que ceux-ci s'entendent des investissements « acceptés » ou des investissements « conformes aux lois et règlements en vigueur ». Les formules ne sont pas identiques d'un traité à l'autre et il appartient aux tribunaux arbitraux saisis sur le fondement de ces traités de les interpréter au cas par cas de façon à s'assurer de leur compétence. Lorsque l'investissement n'entre

pas dans le champ d'application matériel du traité, l'offre de recourir à l'arbitrage pour tout litige susceptible de le concerner ne lui est pas applicable. Dans une telle hypothèse, c'est le consentement de l'État à recourir à l'arbitrage à l'égard du demandeur qui fait défaut, ce qui justifie l'incompétence du tribunal arbitral. Certains traités ne laissent planer aucun doute sur le fait que la protection du traité ne joue que si l'investissement a fait l'objet d'une autorisation préalable de l'État. Ainsi, l'article 2, paragraphe 1^{er}, du traité bilatéral conclu entre la Chine et la Thaïlande dispose que : « *The benefits of this Agreement shall apply only in cases where investments of the nationals and companies of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party have been specifically approved in writing by the competent authority of the latter Contracting Party* ». De même, l'article X du traité bilatéral conclu entre la Turquie et l'Indonésie se déclare applicable, pour l'Indonésie, aux seuls investissements « *which have been previously granted admission in accordance with the Law No. 1 of 1967 concerning Foreign Investment and any law amending or replacing it* ». Le traité conclu entre le Sultanat d'Oman et le Yémen en 1998 paraissait se rattacher à cette tendance en des termes il est vrai moins clairs. Il se déclare en effet applicable aux « investissements approuvés par l'État d'accueil en conformité avec les lois et règlements de ce dernier et pour lesquels un certificat d'investissement (*investment certificate*) a été émis » (article 1(1)). La sentence du 6 février 2008 fait preuve d'un libéralisme certain en jugeant que cette formule ne s'analyse pas en une limitation du champ d'application matériel du traité aux seuls investissements formellement approuvés par l'État. Le Tribunal estime que la référence aux lois et règlements est ambiguë et qu'elle peut s'entendre soit comme une exigence préalable d'acceptation formelle par l'État d'un investissement avant que celui-ci puisse bénéficier du traité, soit comme la simple exigence que l'investissement n'ait pas méconnu les lois et règlements en vigueur. Il est d'avis qu'une conception formaliste de l'acceptation de l'investissement, que l'État interprétait comme supposant l'obtention d'un certificat d'investissement d'une autorité publique, ne présenterait aucun intérêt pour les États contractants et constituerait une barrière artificielle à la protection que le traité avait pour objet de conférer. Il en conclut que cette interprétation ne peut être présumée refléter l'intention des parties au traité (*sentence, § 106, supra p. 344*). Compte tenu des termes du traité et tout particulièrement de ceux qui évoquent l'obtention d'un certificat d'investissement, l'interprétation est particulièrement audacieuse. C'est sans doute la raison pour laquelle, à titre surabondant, le Tribunal arbitral observe que, même si une autorisation spécifique avait été requise, les nombreux encouragements adressés par l'État à l'investisseur s'analyseraient en une renonciation à l'argument de l'absence d'autorisation qui lui interdirait de s'en prévaloir en raison du jeu de l'*estoppel* (*sentence, § 118-120, supra p. 346*).

II. – L'audace manifestée par le Tribunal dans l'interprétation du champ d'application *ratione personae* du traité n'est pas moins grande sur le fond. Le Tribunal estime en effet que l'ensemble des circonstances de l'espèce lui permettent de conclure qu'une transaction intervenue entre l'État et la société Desert Line à la suite d'un arbitrage local l'a été dans des conditions qui

s'apparentent à une situation de violence et que cela justifie la condamnation de l'État à exécuter la sentence arbitrale locale.

Le litige était à l'origine un banal contentieux d'un marché de travaux de construction de routes réalisé par la société de droit omanais Desert Line au Yémen. Bien que le contrat initial n'ait pas comporté de clause compromissoire, les parties sont convenues de régler leur différend par voie d'arbitrage au Yémen et une sentence de condamnation de l'État a été rendue par le tribunal arbitral mis en place en exécution du compromis. L'État a cependant refusé d'exécuter la sentence, a formé un recours en annulation devant les juridictions locales et lorsque des altercations sont intervenues entre l'armée du Yémen et des membres du personnel de la société Desert Line, n'est pas intervenu pour protéger l'investissement. Les difficultés financières auxquelles la société s'est trouvée confrontée l'ont conduite à conclure avec l'État une transaction réduisant très substantiellement le montant de la condamnation résultant de la sentence locale. La question dont le Tribunal arbitral a été saisi sur le fond consistait à savoir si les diverses pressions exercées par l'État sur l'investisseur tombaient sous le coup des dispositions du traité et spécialement de l'obligation de lui réserver un traitement juste et équitable. Le Tribunal a estimé que la transaction a effectivement été obtenue sous la contrainte, l'investisseur étant placé par le refus de paiement de l'État dans une position intenable à l'égard de ses sous-traitants le conduisant au bord de la faillite et que cette situation, à laquelle se sont ajoutées des menaces et pressions physiques, constituait une violation de l'obligation de réserver à l'investissement un traitement juste et équitable. Ce type d'appréciation est trop lié aux circonstances de fait de l'espèce souverainement appréciées par le tribunal arbitral pour que l'on puisse porter utilement un jugement sur le bien fondé de la solution autrement que pour souligner le caractère exceptionnel de la constatation par un Tribunal de circonstances s'analysant en une forme de violence économique. En revanche, les spécialistes de l'arbitrage ne manqueront pas de relever les formules par lesquelles le Tribunal rappelle qu'une sentence est destinée à être honorée et non à constituer la base d'une nouvelle négociation ou d'un nouveau contentieux à son sujet : « Par essence, les procédures arbitrales ont un caractère définitif et contraignant. Les deux parties choisissent des arbitres en qui ils ont confiance. En conséquence, ils renoncent à leur droit de critiquer la décision du tribunal arbitral, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Il est donc contraire à l'esprit de l'arbitrage de contraindre une partie à négocier pour obtenir une réduction du montant effectivement dû lorsqu'un tribunal a rendu une sentence définitive » (*sentence*, § 177, *supra* p. 348). Ces formules ne peuvent qu'être approuvées. En revanche, quel que soit l'intérêt que présente la matière d'un point de vue du droit comparé, on ne voit pas très bien ce que la doctrine de l'estoppel, également invoquée par le Tribunal au soutien de sa décision (§ 207, *supra* p. 349), apporte au raisonnement. Strictement entendu, ce principe suppose en effet une action incohérente de la part de celui qui se le voit opposer, comme par exemple le fait de se prévaloir devant des arbitres de la nullité de la convention d'arbitrage tout en soulevant l'incompétence des juridictions étatiques en raison

de l'existence d'une convention d'arbitrage. Ici l'État n'agit pas de manière incohérente. Après avoir accepté de recourir à l'arbitrage, il a formé un recours en annulation de la sentence devant les juridictions locales dans le but de faire pression sur son cocontractant et a renforcé cette pression, comme le constate le Tribunal, par des menaces physiques. Si l'on devait retenir de l'estoppel une conception aussi large, le fait de ne pas honorer un contrat ou d'accepter de recourir à l'arbitrage pour estimer ensuite que la sentence est entachée d'un vice serait de nature à faire jouer ce principe, ce qui dépasserait de très loin son ambition (sur l'ensemble de la question, V. par ex. *A. Martin, L'Estoppel en droit international public, précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais : Pédone, 1979*).

III. – La sentence *Desert Line* a surtout été remarquée par le fait qu'elle a condamné l'État à payer à l'investisseur, outre un montant représentant la réparation de son préjudice économique, un montant d'un million de dollars US en réparation du préjudice moral subi du fait des agissements de l'État (V. *M. Alrashid, A Critique of Desert Line : Global Arbitration Review, 2008, vol. 3, n° 2, p. 39*. – *L. Achouk-Spivak, La réparation du préjudice moral dans l'arbitrage sur le fondement de traités d'investissement : premiers développements, premier désaccords : Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal. 14-16 déc. 2008, p. 48*. – *E. Gaillard, Desert Line v. Yemen : Moral Damages : NYLJ, 7 août 2008*).

Dans la jurisprudence du CIRDI, seule la sentence *Benvenuti & Bonfant c/ Congo* du 15 août 1980 avait accordé à une partie réparation d'un préjudice moral (*1 ICSID Rep. 330 (1993)*). La sentence *Desert Line* est la première à le faire sur le fondement d'un traité de protection des investissements.

La première question que soulève cette décision porte sur le principe. Elle consiste à s'interroger sur le point de savoir si de tels traités, dont l'objet essentiel est de protéger la valeur patrimoniale des investissements étrangers dans l'État d'accueil, peuvent servir de fondement à une condamnation de l'État à réparer un préjudice moral. La réponse à une telle interrogation nous paraît incontestablement positive. L'octroi d'une somme d'argent en réparation d'un préjudice moral répond à l'idée que tous les préjudices ne sont pas de nature économique et que certaines souffrances, certaines pertes, doivent faire l'objet d'une réparation même si elles sont difficilement quantifiables en argent. C'est en réalité l'inadéquation de la réparation monétaire et du dommage effectivement subi qui est souligné par le qualificatif « moral ». L'exemple classique est celui de la perte d'un être cher. Comme le souligne le Tribunal, dans de très nombreux systèmes juridiques, le caractère inadéquat de la réparation en argent d'un préjudice qui ne se prête pas à une appréciation monétaire n'a pas été considéré comme un obstacle suffisant pour conclure à l'absence de condamnation. Une telle solution paraîtrait en effet plus injuste encore que celle qui consiste à réparer en argent un préjudice ne relevant pas du domaine économique. Le droit international ne parvient pas à une conclusion différente. Ainsi, l'article 31, alinéa 2, des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite précise que la préjudice réparable « comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait

internationalement illicite » et le commentaire qui l'accompagne rappelle que « par dommage « moral », on vise les souffrances causées à l'individu, la perte d'êtres chers ou une injure personnelle associée à une intrusion dans le domicile ou une atteinte à la vie privée » (*J. Crawford, Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État : Pédone, 2003, p. 243*). La jurisprudence de droit international fournit de nombreux exemples dans lesquels un acte illicite de l'État a conduit à la réparation d'un préjudice moral (V. par ex. l'affaire du *Lusitania, États-Unis c/ Allemagne, 1^{er} nov. 1923 : RSA, vol. VII, p. 32* ou, implicitement, les décisions des commissions mixtes rendues dans les affaires *Laura Janes et al. c/ Mexique, sentence du 16 novembre 1925 : RSA, vol. IV, p. 82* et *Héritiers de Jean Maninat, sentence du 31 juillet 1905 rendue par la Commission mixte des réclamations franco-vénézuélienne : RSA, vol. X, p. 55*). Ayant constaté que la violence physique exercée sur eux par l'État a affecté la santé des dirigeants de la demanderesse, le Tribunal était parfaitement fondé à octroyer à celle-ci une somme destinée à assurer la réparation de son préjudice moral, qu'elle a apprécié, dans sa discrétion, au montant de 1 million de dollars US.

La seconde question est celle des conditions de la réparation du préjudice moral. À cet égard, on peut s'interroger sur l'opportunité d'insister, comme le fait le Tribunal, sur le fait que la pression exercée sur les dirigeants de la demanderesse était « malicieuse et de ce fait constitutive d'une responsabilité pour faute » et de sembler vouloir justifier par cette constatation le fait que la défenderesse soit tenue de réparer le préjudice subi par la demanderesse, qu'il s'agisse d'un préjudice « physique, moral ou matériel » (*sentence, § 290, supra p. 350*). En réalité, la violation des standards de comportement prescrits par les traités de protection des investissements n'est pas une responsabilité pour faute. Comme le relève le commentaire de l'article 2 des articles de la CDI, le droit international a depuis longtemps pris soin d'éviter toute présentation de la responsabilité de l'État en des termes moralisateurs : « Une question connexe est de savoir si la faute constitue un élément nécessaire du fait internationalement illicite de l'État. Il n'en va certainement pas ainsi si, par 'faute', on vise par exemple l'existence d'une intention malveillante. En l'absence de toute exigence spécifique d'un élément psychologique aux termes de l'obligation primaire, seul importe le fait de l'État, indépendamment de toute intention » (*J. Crawford, Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, préc., p. 102*).

Au demeurant, que ce soit en droit privé ou en droit international, la détermination de l'étendue de la réparation est fondée sur le principe de la réparation intégrale. La réparation n'est donc pas, dans la pureté des principes, supposée varier en fonction de l'intensité de la violation ou de la question de savoir si l'on se trouve en présence d'une responsabilité objective ou d'une responsabilité pour faute. On ne peut donc que regretter le fait que le Tribunal arbitral, sans doute sensible aux faits de l'espèce, ait semblé faire dépendre l'étendue de la réparation d'une notion de faute étrangère au régime de la responsabilité internationale des États.

Article 25(2)(b) de la convention de Washington. – Compétence du Centre et du tribunal. – Nationalité de l'investisseur. – Personne morale. – Société constituée dans un autre État contractant. – Société contrôlée par des nationaux de l'État d'accueil. – Circonstance indifférente.

Traité bilatéral de protection des investissements. – Investisseur. – Personne morale constituée en application de la législation d'un autre État. – Contrôle par des ressortissants de l'État d'accueil. – Circonstance indifférente*.

Décision sur la compétence du 18 avril 2008 – MM. Franklin Berman, Président. – Donald Donovan et Marc Lalonde, arbitres. – The Rompetrol Group NV c/ République de Roumanie.

Dans le contexte de l'article 25(2)(b) de la convention de Washington, il est loisible aux parties à un traité bilatéral de protection des investissements d'adopter l'incorporation en application de leur propre droit comme condition nécessaire et suffisante de la nationalité aux fins de la convention sans exiger l'examen de la propriété et du contrôle de l'origine des fonds investis ou du siège social réel de la personne morale.

Le Tribunal arbitral ne voit aucune justification au soutien de l'argument selon lequel le droit international priverait les États parties à un traité – multilatéral comme la Convention de Washington ou bilatéral comme un BIT – du pouvoir de permettre, ou même d'imposer, le lieu et le droit de constitution d'une société comme l'élément déterminant la nationalité d'une société aux fins du traité.

Le 20 décembre 2005, la société de droit néerlandais The Rompetrol Group NV (« TRV ») a formé une demande d'arbitrage devant le CIRDI à l'encontre de la République de Roumanie sur le fondement du traité bilatéral de protection des investissements entre la Roumanie et les Pays-Bas entré en vigueur en 1995 (le « BIT »). La demande a été enregistrée par le Centre le 14 février 2006. Le Tribunal a été entièrement constitué le 20 décembre 2006. La demanderesse a désigné M. Donald Donovan, de nationalité américaine, et la défenderesse M. Marc Lalonde, de nationalité canadienne, en qualité d'arbitres, et les co-arbitres, après diverses extensions du délai pour ce faire, ont désigné M. Franklin Berman, de nationalité britannique, comme président.

L'audience sur la procédure, le 28 février 2007, puis les audiences sur la compétence, les 25 et 26 septembre 2007, se sont déroulées au siège de la Banque Mondiale à Paris.

Le litige est né de la privatisation, en 1993, de la société Rompetrol SA, par voie de reprise de l'entreprise par ses salariés. Un groupe d'investisseurs roumains, MM. Patriciu et Marin, sont devenus les actionnaires majoritaires en 1998. Chacun de ces deux investisseurs détenait en effet 32,15 % du capital de Rompetrol SA et, dans les mêmes proportions, de Grupul de SociÉTati Rompetrol. En novembre 1999, M. Patriciu a créé une société de droit néerlandais Waverton BV détenue à 100 % par la société de droit luxembour-

* Extraits de l'original en langue anglaise publié sur le site internet du CIRDI. Pour la commodité des citations, la numérotation originale des paragraphes et des notes de bas de page a été conservée. Seules les notes de fond ont été conservées, les références aux écritures des parties étant omises.

geoise ROGI. Waverton BV sera renommée The Rompetrol Group BV (« TRG BV ») en avril 2000. En mai 2000, celle-ci deviendra actionnaire à 84,6 % de Rompetrol SA et de Grupul de Societati Rompetrol, MM. Marin et Patriciu devenant quant à eux chacun actionnaire à hauteur de 37 % de ROGI. De ce fait, MM. Marin et Patriciu sont devenus actionnaires à hauteur de 74 % de ROGI, cette entité détenant à 100 % TRG BV, elle-même titulaire de 84,6 % des actions de Rompetrol SA et de Grupul de Societati Rompetrol. TRG BV changera ensuite de forme sociale pour devenir The Rompetrol Group NV (TRG), la demanderesse dans l'arbitrage. Une nouvelle restructuration interviendra en septembre 2002 à l'issue de laquelle, M. Marin ayant cédé ses intérêts à MM. Patriciu et Stephenson, ces derniers sont devenus actionnaires à 80 % et 20 % respectivement d'une société de droit roumain créée par M. Patriciu, Rompetrol Holding, nommé actionnaire à 100 % de TRG. Il est constant entre les parties que TRG, société mère des filiales de droit roumain et la demanderesse à l'arbitrage, est une société valablement constituée en droit néerlandais et qu'elle est elle-même détenue à 100 % par une société de droit suisse contrôlée par les deux actionnaires de nationalité roumaine. Il n'est pas davantage contesté que TRG a acquis en octobre 2000 une participation majoritaire dans la société de droit roumain Petromidia Rafinare SA, et que celle-ci détient l'une des plus importantes raffineries de pétrole de Roumanie.

Le différend est né d'investigations relatives à la lutte contre la corruption entreprises en mai 2004 en Roumanie à propos des conditions de la privatisation de Petromidia. La demanderesse a soutenu que ces investigations étaient illégitimes, discriminatoires et qu'elles violaient de ce fait l'obligation de traitement juste et équitable auquel elle aurait droit en application du traité bilatéral.

La défenderesse a soulevé l'incompétence du Tribunal arbitral au motif que le différend ne concerne en réalité pas un investissement étranger, la demanderesse n'étant qu'une coquille. Selon la défenderesse, le ressortissant d'un État ne peut former une réclamation internationale à l'encontre de son propre État et qu'en cas de double nationalité, la nationalité effective l'emporte.

Le Tribunal examine tour à tour les arguments de la défenderesse relatifs à la compétence du tribunal, à la recevabilité de la demande et à l'allégation de détournement de procédure.

Sur la compétence, le Tribunal se prononce sur les questions de droit dans les termes suivants :

77. In law, the jurisdiction of the Tribunal is determined by the twin pillars of Chapter II of the ICSID Convention (which, as its heading indicates, establishes the jurisdiction of the Centre) and Article 8 of The Netherlands-Romania BIT (which regulates the settlement of disputes between a Contracting Party and an investor of the other). Pointing to its incorporation under the law of The Netherlands, the Claimant bases this Tribunal's jurisdiction on the first prong of Article 25(2)(b) of the Convention, which requires that it qualify as a « national of a Contracting State other than the State party to the dispute, » and on Article 1(b)(ii) of the BIT (see paragraphs 98-99 below).

78. In response, the Respondent expressly concedes that the Claimant meets the 'formal requirements' of both the Convention and the BIT. It contends, however,

that conformity with those requirements does not suffice if, on the basis of ownership and control, effective seat, or source of the funds used for the relevant investment, the Respondent can show that the Claimant's 'real and effective' nationality is that of the Respondent.

79. Article 25(1) of the Convention extends the Centre's jurisdiction to « any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State... and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. » In turn, Article 25(2)(b), on the first prong of which Claimant relies, provides that « 'National of another Contracting State' means... (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to... arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention. ». The net result is that the Tribunal's jurisdiction over the present claim depends upon whether TRG is to be regarded as having the nationality of an ICSID Contracting State other than Romania, i.e. The Netherlands, the critical date for that purpose being the date of the Request for Arbitration, i.e. 14 December 2005. As the Tribunal understands it, this is not contested between the Parties.

80. As ICSID tribunals and commentators have regularly observed, the drafters of the Convention abandoned efforts to define « nationality » for the purposes of Article 25, and instead left the States Parties wide latitude to agree on the criteria by which nationality would be determined. At the same time, it is also widely recognized that, as both Parties to this arbitration accept, Article 25 reflects objective 'outer limits' beyond which party consent would be ineffective.

81. In the Tribunal's view, the latitude granted to define nationality for purposes of Article 25 must be at its greatest in the context of corporate nationality under a BIT, where, by definition, it is the Contracting Parties to the BIT themselves, having under international law the sole power to determine national status under their own law, who decide by mutual and reciprocal agreement which persons or entities will be treated as their 'nationals' for the purposes of enjoying the benefits the BIT is intended to confer. Drawing on concepts of private international law, the Respondent says that there is no such thing as a 'nationality' of corporate entities in the same sense as for physical persons. To the extent that that were so, it would reinforce the point : not only does each Contracting Party have the sole authority to determine the status of juridical entities under its own law, but the Contracting Parties jointly have the sole authority to determine the criteria by which juridical persons with a defined status under each other's law may enjoy the protections of their BIT¹³.

82. To determine the criteria by which the Contracting Parties to a BIT have agreed that nationality would be determined for its purposes, we must look, of course, to the BIT itself. The Tribunal does not therefore share Professor Weil's methodological critique, in his dissenting Opinion in the Tokios Tokelés case, of the majority decision in that case, which the Respondent invokes. Given the

13. In any event, the ICSID Convention, on which the central weight of the Respondent's argument rests, itself uses, without any apparent discomfort, the single expression « National of another Contracting State » to encompass both natural and juridical persons – and indeed speaks directly (in Article 25(2)(b)) of a juridical person 'having the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute.

latitude granted to States under the ICSID Convention to settle the applicable nationality criteria, there is nothing illogical in looking first of all to whether the nationality criteria set forth in the BIT are satisfied before going on to examine whether there is anything in Article 25 of the Convention which stands in the way of giving effect to that. In any event, the Tribunal cannot see that anything of substance turns on the order of the analysis – and certainly not in the circumstances of this case.

83. It does not, in the Tribunal's view, require any extended discussion to conclude that, within the framework of Article 25(2)(b) of the Convention, it is open to the Contracting Parties to a BIT to adopt incorporation under their own law as a necessary and also sufficient criterion of nationality for purposes of ICSID jurisdiction, without requiring in addition an examination of ownership and control, of the source of investment funds, or of the corporate body's effective seat. Incorporation in a given jurisdiction is a widely used criterion internationally for determining the nationality of corporate bodies, and States determine corporate nationality by a wide variety of criteria in a wide variety of contexts, as indeed the Respondent acknowledged at the oral hearing. This is a matter of free choice between the pair of States Parties to the BIT under consideration. Hence the question becomes simply, what did these two States themselves agree to of their own free will in concluding the BIT? The Tribunal therefore holds that the definition of national status given in *The Netherlands-Romania BIT* is decisive for the purpose of establishing its jurisdiction.

84. The Respondent nevertheless argues that a claimant may not qualify to invoke the jurisdiction of an ICSID tribunal where it can be proved that the claimant's 'real and effective nationality' is that of the respondent State. The Respondent seeks to found this argument, as the Tribunal understands it, on three alternative, or supplementary, grounds: first, that actions of this kind would be an abuse of the ICSID mechanism; second, that the rule of 'real and effective nationality' is a rule of general international law, which applies equally to corporations and other artificial legal persons; third, that this position under general international law should inform, in a decisive way, the interpretation of both the ICSID Convention and the BIT itself. All three of these propositions encounter major difficulties however (as set out below) and the Tribunal is not persuaded of the validity of any of them.

85. As to the « abuse of the ICSID mechanism », the Respondent relies primarily on the dissenting Opinion by Professor Prosper Weil in *Tokios Tokelés*.¹⁴ As is well known, Prof. Weil differed sharply from his co-arbitrators in that case, taking the view that economic reality should prevail over formal legal structure when it comes to the interpretation of both the ICSID Convention and the specific provisions of BITs for the purposes of ascertaining the nationality of corporate investors. The Tribunal (which is not, of course, bound by the decisions of other ICSID tribunals) can leave aside the question what authority should be attached to a dissenting opinion in contrast to the Award itself, since (as the Claimant argued) the view expressed by Prof. Weil has not been widely approved in the academic and professional literature, or generally adopted by subsequent tribunals. The Tribunal would in any case have great difficulty in an approach that was tantamount to setting aside the clear language agreed upon by the treaty Parties in favour of a wide-ranging policy discussion. Such an approach could not be reconciled with Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (which lays down the basic rules universally applied for the interpretation of

14. *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case N° ARB/02/18, Decision of Jurisdiction, 29 Apr. 2004.

treaties), according to which the primary element of interpretation is « the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty ».

86. In order to show that there is a rule of general international law favouring 'real and effective nationality', which applies also for determining the legal status of corporate entities, the Respondent relies essentially on two leading cases before the International Court of Justice (« ICJ »), the *Nottebohm* case and the *Barcelona Traction* case.

87. In the *Nottebohm* case¹⁵, a German citizen acquired by naturalization a new citizenship, that of Liechtenstein, and then sought to invoke the diplomatic protection of that State against Guatemala, the State of his long term residence and business activities. The ICJ held that, given the pattern of Mr. Nottebohm's activities before and after his naturalization, and the relative weight of his links with the three States in question, his new Liechtenstein nationality, whatever its validity in law, was nevertheless not opposable to Guatemala. Liechtenstein was not therefore entitled to exercise diplomatic protection on his behalf against Guatemala.

88. In the Tribunal's view, the *Nottebohm* case does not assist the Respondent. The case deals with the nationality of a natural person in the context of an international claim, and it is plain from its subsequent judgment in the second of the ICJ cases relied on – that of *Barcelona Traction*¹⁶ – that the ICJ took the view that that question raised different issues from the question of the status of a corporate entity. In *Barcelona Traction* the Court says (at paragraph 70) : « In allocating corporate entities to States for purposes of diplomatic protection, international law is based, but only to a limited extent, on an analogy with the rules governing the nationality of individuals. » And the Court then goes on to say (at the end of the same paragraph) : « ...given both the legal and factual aspects of protection in the present case the Court is of the opinion that there can be no analogy with the issues raised or the decision given in [the *Nottebohm*] case. » In the opinion of the Tribunal, there is nothing in the *Nottebohm* judgment that would serve to establish a general rule of 'real and effective nationality' for the purpose of determining the status of corporations under international law.

89. Nor, in the Tribunal's view, do the remaining findings in the *Barcelona Traction* case assist the Respondent either. In *Barcelona Traction* the ICJ was called upon to consider whether, in the absence of a treaty, and, if so, in what circumstances, the national State of the shareholders in a commercial company might exercise the right of diplomatic protection as a matter of general international law. The Court held, first, that the injuries alleged were to the company and not its shareholders, and, second, that only the national State of the company itself had the capacity to bring an international claim in respect of an injury to the company. If the position under general international law is that only the national State of the company itself has the capacity to bring an international claim in respect of an injury to the company, it must follow that the Contracting States to a specific bilateral treaty act well within the normal parameters of international law when they employ that same criterion to set up the nationality regime of their treaty.

90. It is indeed true, as the Respondent points out, that certain dicta in the *Barcelona Traction* case suggest that in some circumstances criteria in addition to the place of incorporation may be taken into consideration in order to found (as in *Nottebohm*) a right of diplomatic protection. The fact remains that the whole

15. *The Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, 1955 ICJ 4, 22 (Judgment of 6 April).

16. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited [1970] I.C.J., Rep. 1.*

of the ICJ's reasoning in *Barcelona Traction* rests on the basic proposition that a corporate entity has a legal personality, and a set of rights and obligations, which are separate from those of its shareholders, and that for purposes of the exercise of diplomatic protection this institution of national law should be recognized by international law. So the Court says (at paragraph 45) : « Yet even if a company is no more than a means for its shareholders to achieve their economic purpose, so long as it is in esse it enjoys an independent existence. Therefore the interests of the shareholders are both separable and indeed separated from those of the company, so that the possibility of their diverging cannot be denied. » Given that fundamental separation of interests, it is impossible to see how general international law can be said to bar Contracting States from agreeing to rely on the place of incorporation as a sufficient criterion of nationality for the purposes of a BIT.

91. Just as fundamental to the *Barcelona Traction* case is that the ICJ consciously recognizes that it is dealing with the default position in general international law in the absence of treaty. This is perfectly plain from a passage such as paragraph 90 of the Judgment, where the Court in fact refers to multilateral or bilateral agreements between States for the protection of foreign investments, and to their provisions as to jurisdiction and procedure in the case of disputes over the treatment of corporate investors, and does so in terms which unmistakably connote that, where such an agreement is present, its terms would prevail.

92. The Tribunal cannot therefore accept the Respondent's argument to the effect that there is, in international law, a general rule of 'real and effective nationality' for determining the status of corporate entities. But, more specifically than that, the Tribunal cannot find any trace of justification for an argument that international law deprives the States concluding a particular treaty – whether a multilateral Convention like ICSID or a bilateral arrangement like a BIT – of the power to allow, or indeed to prescribe, the place and law of incorporation as the definitive element in determining corporate nationality for the purposes of their treaty.

93. In the light of these conclusions, the Tribunal is clear in its mind that there is simply no room for an argument that a supposed rule of 'real and effective nationality' should override either the permissive terms of Article 25 of the ICSID Convention or the prescriptive definitions incorporated in the BIT.

Le Tribunal procède ensuite à une analyse des dispositions du traité bilatéral le conduisant à la conclusion que la demanderesse est bien une personne morale protégée par le traité, celui-ci définissant l'investisseur à l'égard de chaque partie contractante comme incluant les « personnes morales constituées en application du droit de cette partie contractante » (article 1(b)(ii)). À l'argument de l'État selon lequel la nationalité néerlandaise de la société demanderesse ne serait pas opposable à l'État d'accueil le Tribunal répond :

104. First and foremost, the question would remain whether issues of 'opposability' have any part to play in circumstances like the present where the Claimant founds its claims on rights under a bilateral treaty. Literally speaking, pure 'non-opposability' (to Romania) of TRG's Dutch nationality would entail that TRG had no nationality for the purposes of this arbitration at all, so that the Tribunal is driven to the conclusion that the 'non-opposability' argument in fact necessarily implies attributing Romanian nationality to the company – a Romanian nationality that would then be sucked in to fill the vacuum as and

when the Dutch nationality fell away. That would go well beyond the findings of the ICJ in the *Nottebohm* case¹⁷.

105. This problem aside, the question would still remain of how an 'opposability' argument of even the most narrowly limited kind would gain a foothold in the interpretation of the BIT¹⁸ in the first place. The Respondent's argument is less than entirely clear on this crucial point. One hypothetical answer might be that Article 31 of the Vienna Convention (see above : para 85) requires that the terms of the treaty be construed « in context » (and in the light of the treaty's object and purpose) ; and that for this purpose a crucial part of the context is the ICSID Convention, on the basis that its patent object is that of protecting foreign investment¹⁹.

106. This line of argument encounters, however, numerous objections. An obvious one is that, even if the ICSID Convention should be read in this way (which the Tribunal has already rejected : see above para 85) there is nothing in the specific definition of « context » incorporated in Article 31(2) of the Vienna Convention that would bring the ICSID Convention within its reach in this case. The definition in Article 31(2) mentions the text of the treaty, including its preamble and annexes ; any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty ; and any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. But none of those elements is apt to cover the ICSID Convention as such.

107. At a deeper level, though, the Tribunal is not persuaded that there is anything in the rules of treaty interpretation that would justify giving the ICSID Convention overriding effect for the interpretation of the BIT. It is not as if Article 8(2) of the BIT gave ICSID exclusive jurisdiction over disputes that might arise with an investor, or even gave ICSID primacy by comparison with other forums. On the contrary, in common with most clauses of this kind, Article 8(2) lists several dispute forums, on an equal basis, leaving the choice between them to the absolute discretion of the investor in each particular case. In this instance, the other options are the local courts and *ad hoc* arbitration under the UNCITRAL Rules, neither of which displays any bias against domestic interests of the kind for which the Respondent contends. What then could be the justification for calling in an argument specific to ICSID as a means for controlling the meaning said to have been intended by the Contracting Parties when concluding the BIT ? It would be impossible to conceive of the definitions in Article 1 as having one meaning in the context of an ICSID arbitration and another for dispute settlement processes taking place elsewhere. The Tribunal therefore concludes that, in the absence of any specific evidence offered to it by the Respondent as to what the two States had in mind when negotiating the BIT, the only safe guide as to their intentions must be the unequivocal terms of the treaty text on which they formally agreed. That is the approach which the Vienna Convention requires.

17. See above, paragraph 87.

18. Or, for that matter, the ICSID Convention.

19. Another hypothetical answer might be that 'opposability' comes in as part of the « relevant rules of international law applicable in the relations between the parties » referred to in Article 31(3)(c) of the Vienna Convention. But that would be incompatible with the Tribunal's conclusions above that there is no general rule of 'real and effective nationality' for the purpose of determining the status of corporations under international law.

108. For similar reasons, though the Claimant marshals (e.g. Reply to Respondent's Preliminary Objections, p. 19-20) an impressive list of more-or-less contemporaneous Romanian BITs containing in express language restrictive definitions of the nationality of corporate investors, the Tribunal is in some doubt as to how far that can be taken in itself as positive confirmatory evidence of an intention to equip the present BIT with an unrestricted definition. There is nothing in the Vienna Convention that would authorize an interpreter to bring in as interpretative aids when construing the meaning of one bilateral treaty the provisions of other treaties concluded with other partner States. The issue is one of theoretical importance²⁰, which may be of some significance to the decision in other cases, but there is no need for the Tribunal to dwell on it in order to dispose of the question before it now. What matters for present purposes is the terms of the BIT, which the Tribunal finds to be clear and unambiguous.

109. Finally, the Tribunal notes that, in the course of its written and oral argument, the Respondent referred on several occasions to a remark by the NAFTA tribunal in the *Loewen* case, to the effect that « it is inconceivable that sovereign nations would negotiate treaties to supplement or modify domestic law as it applies to their own residents. »²¹ Without wishing to go further into the details of a decision that has proved controversial, the Tribunal notes that the observation cited appears no more than a supplementary explanation of a conclusion the *Loewen* tribunal had already reached, not a holding in its own right. However that may be, the tribunal's observation is plainly wrong, as it is by now a commonplace in international dealings that States may choose to establish by treaty standards of conduct which they intend should apply in respect of their own citizens and residents on exactly the same basis as they apply to foreigners. The classic instance is that characteristic feature of our period, human rights, but there is no reason why identical policy considerations should not animate States in trade, environmental, or other fields; and indeed, as one knows from practical experience, important elements connected with property, assets, and economic activity enter into the heart of human rights regimes. This Tribunal cannot therefore see that it would derive any benefit, in deciding the case before it, in approaching the interpretation of the BIT in the light of an a priori aphorism, as opposed to simply looking at the terms of the BIT itself. The question, in other words, is not what the Parties to this bilateral treaty might (or might not) conceivably have intended, but what they actually did, and the evidence for that is the terms of the treaty they concluded. That, so far as the Tribunal can see, is what the Vienna Convention requires.

La défenderesse a également avancé un argument d'irrecevabilité de la demande au motif que celle-ci serait en réalité fondée sur une allégation de déni de justice irrecevable tant que les voies de recours locales n'auraient pas été épuisées. Le Tribunal a joint cette exception au fond (*décision*, § 111 à 114).

Le Tribunal n'examine pas davantage l'allégation de détournement de procédure, celle-ci ayant été retirée par la défenderesse à ce stade de la procédure, tout droit de la réintroduire à un stade ultérieur de la procédure étant réservé (§ 115).

20. And the ICJ has itself on occasion drawn support from material of this kind (see e.g., the *Oil Platforms* case (*Iran v. USA*, November 6, 2003, 42 ILM 1334 (2003)).

21. *Loewen Group Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case N° ARB(AF)/98/3, *Final Award* (June 26 2003), at paragraph 223.

Tels sont les motifs pour lesquels le Tribunal retient sa compétence, réserve la question de recevabilité et déclare ne pas avoir à se prononcer, en l'état, sur la question du détournement de procédure allégué.

OBSERVATIONS. – L'intérêt essentiel de la décision sur la compétence rendue le 18 avril 2008 dans l'affaire *Rompetrol c/ Roumanie* par un Tribunal arbitral composé de MM. Franklin Berman, Président, Donald Donovan et Marc Lalonde, arbitres, tient au fait qu'elle clarifie la notion de nationalité des sociétés tant aux fins de la détermination des personnes protégées par les traités de protection des investissements (I) qu'à celles de la compétence du CIRDI sur le fondement de l'article 25(2)(b) de la convention de Washington (II).

I. – La détermination des personnes protégées par un traité de promotion et de protection des investissements relève du droit spécial. C'est en effet par voie d'interprétation des dispositions du traité qui déterminent son champ d'application *ratione personae* que les tribunaux arbitraux doivent trancher la question de savoir si la partie demanderesse est couverte par les dispositions du traité. Si tel est le cas, la partie en question est à la fois destinataire de l'offre générale émise par l'État de recourir à l'arbitrage figurant dans les clauses de règlement des différends du traité, qu'il lui suffit d'accepter pour pouvoir se prévaloir de la compétence des tribunaux visés par ces clauses, et bénéficiaire de la protection de fond résultant du traité. C'est donc tant pour satisfaire à la condition de consentement de l'article 25 de la convention de Washington, et justifier par là même de la compétence du tribunal, que pour bénéficier de la protection de fond du traité que la partie demanderesse doit être en mesure de montrer qu'elle satisfait les intérêts de la définition des personnes couvertes par le traité. Cette définition figure généralement dans les tous premiers articles de traités, sous la rubrique définition de l'investisseur.

Les traités de protection des investissements sont très divers à ce sujet. Les plus libéraux se contentent de définir les investisseurs, en ce qui concerne les personnes morales, comme celles qui sont constituées en application de la loi de l'un des États contractants. Dans cette hypothèse, pour peu que le droit de cet État le prévoit, c'est un critère purement formel, celui que la tradition juridique de *common law* connaît sous le terme d'*incorporation*, qui est retenu. Les traités bilatéraux de protection des investissements conclus par le Royaume-Uni ou les Pays-Bas par exemple lui donnent systématiquement la préférence et ne s'en départissent que lorsque leurs partenaires en font un point de blocage. Cette formule est extrêmement courante (V. par ex., parmi de très nombreuses illustrations, le traité Corée-El Salvador du 6 juillet 1998, article 1(3) ou au rang des traités multilatéraux, le traité sur la Charte de l'énergie de 1994, article 1(7) et, pour un commentaire, *E. Gaillard, Investments and Investors covered by the Energy Charter Treaty in Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty : Juris Publishing 2006, p. 54*). Il arrive que les traités se montrent plus libéraux encore en retenant, de manière alternative, le critère du droit de constitution de la société et celui du contrôle de la société par des nationaux de l'une des parties contractantes (V. par ex. le traité conclu entre la France et le Qatar le 8 septembre 1996, article 1(4) ou le traité conclu le 4 juillet 2000 entre la Suède

et l'Inde qui pose cependant pour le contrôle un seuil de 51 % (*art. 1^{er}*). Dans ce cas, ce sont les sociétés constituées dans un État contractant ainsi que celles constituées dans un État tiers mais contrôlées par des ressortissants d'un État contractant qui bénéficient de la protection. Certains traités sont plus restrictifs et cumulent au contraire le critère de l'*incorporation* avec celui du siège social. Ces traités demeurent en réalité ambigus lorsqu'ils ne précisent pas si cette dernière condition s'entend du siège social statutaire, ce qui n'apporte pas grand-chose au critère de l'*incorporation*, ou du siège social réel (V. par ex. le traité bilatéral Finlande-Corée du 21 octobre 1993, *art. (1)(3)(b)* ou le traité multilatéral assurant la protection des investissements dans le MERCOSUR qui regroupe divers États d'Amérique latine, *art. 1(2)*). Certains sont plus clairs et exigent expressément, outre la satisfaction d'un critère formel dépendant du droit sous l'empire duquel la personne morale a été constituée, que celle-ci ait son centre effectif de décision dans l'un des États contractants. C'est le cas du traité multilatéral de protection des investissements conclu entre les États de l'ASEAN qui regroupe divers États d'Asie du Sud-Est (V. *art. 1(2)*).

C'est dans ce contexte que la question se pose parfois de savoir si une société constituée dans l'un des États contractants mais contrôlée par des ressortissants de l'État d'accueil peut bénéficier de la protection du traité. Dans l'affaire qui a opposé la société *Romp petrol* à la *République de Roumanie*, la partie qui entendait se prévaloir des dispositions du traité de protection des investissements conclu entre la Roumanie et les Pays-Bas de 1995 était une société de droit néerlandais qui se trouvait contrôlée, à travers une structure complexe, par des ressortissants roumains. L'État soutenait que le traité bilatéral n'entend pas protéger des ressortissants de l'une des parties cocontractantes à l'égard de cette partie et en déduisait l'incompétence du tribunal arbitral faute pour l'investisseur de bénéficier de l'offre générale de l'État de recourir à l'arbitrage prévue au traité.

C'est par voie d'interprétation des dispositions du traité en cause que le Tribunal arbitral répond à cette question. Pour le Tribunal, il ne fait pas de doute que le traité a entendu définir les investisseurs protégés à partir du seul critère de l'*incorporation* et que la société demanderesse est bien une société néerlandaise aux fins du traité. L'existence de nombreux traités bilatéraux conclus par la Roumanie qui restreignent la définition de la nationalité des investisseurs protégés sur lesquels l'État se fondait pour monter qu'il n'avait pas pu avoir l'intention de protéger une société contrôlée par ses ressortissants n'a fait que souligner le fait que le traité conclu avec les Pays-Bas ne contenait pas une telle restriction. Comme le relève la sentence, « rien dans la Convention de Vienne n'autorise l'interprète à utiliser comme éléments d'interprétation d'un traité bilatéral donné les dispositions d'autres traités conclus avec d'autres États » (*décision*, § 108, *supra* p. 362). Le Tribunal prend à cette occasion des distances avec une formule de la sentence *Loewen* selon laquelle il serait « inconcevable qu'un État souverain négocie des traités pour compléter ou modifier son droit interne tel qu'il s'applique à ses propres résidents » (*sentence du 26 juin 2003*, § 223 : *La jurisprudence du CIRDI : Pédone, 2004*, p. 775). Le Tribunal statuant dans l'affaire *Romp petrol* estime que cette observation est « manifestement

erronée » et en veut pour preuve l'exemple des droits de l'homme pour lequel les États acceptent de se lier par voie de convention internationale par des règles applicables à leurs nationaux. C'est la raison pour laquelle le Tribunal conclut, dans l'affaire *Rompétrol*, qu'« il n'y a aucun intérêt à aborder l'interprétation d'un traité sur le fondement d'*a priori* résultant d'aphorismes tels que celui-ci plutôt que sur celui des termes utilisés par le traité lui-même » (*sentence*, § 109, *supra* p. 362). Cette démarche, parfaitement conforme aux exigences de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ne peut qu'être approuvée.

II. – La question se pose en des termes un peu différents lorsqu'il s'agit de déterminer la nationalité d'une personne morale au sens de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington. Un tribunal statuant sous l'égide du CIRDI n'est en effet compétent aux termes de ce texte que s'il est saisi d'un litige entre un État contractant et un « ressortissant d'un autre État contractant », c'est-à-dire, pour les personnes morales, d'une « personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend » à la date du consentement à l'arbitrage. Le texte traite ensuite la question particulière des filiales de droit local sous contrôle étranger. La question consiste ici non à définir les personnes morales qui bénéficient, de manière positive, de la protection d'un traité, mais celle qui, de manière négative, ne sont pas des personnes morales de la nationalité de l'État d'accueil. Même si elle bénéficie, faute d'exclusion spécifique, des dispositions d'un traité de protection des investissements, une société constituée en application d'un droit autre que celui de l'État d'accueil mais contrôlée par des ressortissants de l'État d'accueil satisfait-elle les conditions de l'article 25(2)(b) de la convention de Washington ? Telle était la seconde question à laquelle le Tribunal était confronté dans l'affaire *Rompétrol*.

Le Tribunal estime que la réponse à cette question est incontestablement positive lorsque le droit de l'État dans lequel la société est organisée considère la société en cause comme ayant la nationalité de cet État et à plus forte raison lorsque les deux États concernés ont retenu l'incorporation comme critère de la nationalité dans leur traité de protection des investissements. « Les rédacteurs de la Convention se sont abstenus de définir la nationalité pour les besoins de l'article 25 et ont au contraire laissé toute latitude aux parties contractantes pour déterminer les critères de la nationalité » (*décision*, § 80, *supra* p. 357). « Selon le tribunal, cette latitude est à son paroxysme lorsqu'il s'agit de déterminer la nationalité pour les besoins d'un BIT, où, par définition, ce sont les parties contractantes elles-mêmes, auxquelles le droit international reconnaît compétence exclusive pour accorder le statut de national en application de leur propre droit, qui décident par accord mutuel et d'application bilatérale les personnes ou entités qui seront considérées comme leurs nationaux pour les besoins des droits qui découlent de l'application du texte » (*décision*, § 81, *supra* p. 357).

Une telle solution est parfaitement cohérente avec l'ensemble de la jurisprudence rendue sous l'égide du Centre. Les premières décisions ayant eu à se prononcer sur les questions de nationalité des sociétés ont fait application des mêmes principes pour un enjeu différent. La question de savoir si la nationalité des personnes détenant le contrôle d'une société créée en application d'un droit

donné devait être prise en considération s'est en effet également posée lorsqu'il s'est agi de savoir si une société incorporée dans un État contractant mais contrôlée par des nationaux d'un État tiers satisfaisait la condition de nationalité d'un État contractant au sens de l'article 25(2)(b). La première décision rendue à ce sujet est celle qui l'a été le 25 septembre 1983 dans l'affaire *Amco Asia c/ Indonésie*. Cette décision relève déjà que, dans la convention, « le concept de nationalité [...] est un concept classique fondé sur le droit sous l'empire duquel la personne morale a été constituée, le lieu de constitution et le lieu du siège social. Une exception est apportée à ce concept à l'égard des personnes morales ayant la nationalité, ainsi définie, de l'État contractant partie au différend, lorsque ces personnes morales sont sous contrôle étranger. Mais aucune exception au concept classique n'est prévue lorsque l'on arrive à la nationalité de la personne exerçant ce contrôle, à supposer même – ce qui ne résulte nullement de manière certaine de la Convention – que le fait que cette personne soit le ressortissant d'un État étranger ou d'un autre doit être pris en considération » (*décision*, § 14 : *La jurisprudence du CIRDI, préc.*, p. 17, *spéc. p.* 24). De la même manière, et pour les mêmes enjeux, la décision rendue le 1^{er} août 1984 dans l'affaire *SOABI c/ Sénégal* a jugé que « la convention ne contient pas de définition du terme 'nationalité', ce qui a pour conséquence de laisser à chaque État le pouvoir de déterminer si une société possède ou non sa nationalité. En règle générale, les États appliquent à cette fin ou bien le critère du siège social ou bien celui du lieu d'incorporation. Par contre, la nationalité des actionnaires ou le contrôle exercé par des étrangers autrement qu'en raison de leur participation au capital, n'est pas normalement un critère pour la nationalité d'une société, étant entendu que le législateur peut mettre ces critères en jeu pour des cas d'exception. Une 'personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend', expression utilisée à l'article 25(2)(b) de la Convention, est donc une personne morale qui, selon le système juridique de l'État en question, a son siège social dans l'État ou a été créée en application de son droit des sociétés (incorporation) » (*décision*, § 29 : *La jurisprudence du CIRDI, préc.*, p. 37, *spéc. p.* 38). La jurisprudence plus récente s'est prononcée dans le même sens (V. par ex. la décision rendue le 26 avril 2005 dans l'affaire *AES Corporation c/ Argentine*, § 78).

Les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI ont fait application du même raisonnement lorsqu'ils se sont trouvés confrontés à la question de savoir si une société constituée dans un État contractant mais contrôlée non plus par des ressortissants d'un État tiers mais par des ressortissants de l'État d'accueil satisfaisait à la condition de différend opposant « un État contractant [...] et le ressortissant d'un autre État contractant ». Dans l'affaire *Tokios Tokelès c/ Ukraine*, la société demanderesse avait été constituée en Lituanie mais était contrôlée à 99 % par des ressortissants ukrainiens. Cette société entendait se prévaloir devant le CIRDI du traité bilatéral de protection des investissements conclu entre la Lituanie et l'Ukraine en 1994. La majorité des membres du Tribunal a admis cette demande notamment au motif que la Convention ne définissant pas le critère de détermination de la nationalité des sociétés, la règle

généralement acceptée est celle qui se fonde sur le lieu d'incorporation de la société ou son siège social (*V. décision sur la compétence du 29 avril 2004, § 42 à 52*). De manière très curieuse, cette décision, prise par les deux membres du tribunal nommés par les parties, a été accompagnée par une opinion dissidente du Président du tribunal. Celui-ci a tenu à se démarquer du raisonnement de ses co-arbitres qu'il estime trop formaliste. L'auteur de l'opinion dissidente juge pour sa part que « *The ICSID mechanism and remedy are not meant for investments made in a State by its own citizens with domestic capital through the channel of a foreign entity, whether preexistent or created for that purpose. To maintain, as the Decision does, that « the origin of the capital is not relevant » and that « the only relevant consideration is whether the Claimant is established under the laws of Lithuania » runs counter to the object and purpose of the whole ICSID system » (opinion dissidente de P. Weil du 29 avril 2004, § 19 in fine)*.

Cette conception est celle que l'État tentait de faire prospérer dans l'affaire *Rompetrol*. Elle n'a cependant pas convaincu le Tribunal qui la condamne en des termes très fermes. Celui-ci rappelle que cette manière de raisonner n'a pas convaincu les autres membres du tribunal arbitral dans l'affaire *Tokios Tokelès* et qu'elle n'a ni été largement approuvée par la doctrine, ni consacrée par la jurisprudence arbitrale ultérieure. Le Tribunal poursuit en affirmant qu'il « aurait en toute hypothèse beaucoup de mal à accepter une méthode qui revient à écarter le texte clair sur lequel les parties au traité se sont accordées au profit d'une vaste discussion de politique juridique. Une telle méthode ne saurait être conciliée avec l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités (qui codifie les règles de base universellement acceptées pour l'interprétation des traités) selon lesquelles l'élément premier d'interprétation est le sens ordinaire des termes du traité » (*décision, § 85, supra p. 358*). Il conclut ensuite par une discussion de la jurisprudence de la Cour internationale de justice sur la nationalité des sociétés en se déclarant « convaincu qu'il n'y a en réalité aucune place pour l'argumentation selon laquelle une hypothétique règle de 'nationalité réelle et effective' pourrait l'emporter soit sur les termes non contraignants de l'article 25 de la convention CIRDI soit sur les définitions contraignantes contenues dans un BIT » (*décision, § 93, supra p. 360*). La jurisprudence du Centre semble s'être sinon définitivement fixée, du moins fortement orientée en ce sens. Dès avant la décision *Rompetrol*, le Tribunal s'étant prononcé dans l'affaire *ADC c/ Hongrie* avait constaté par une sentence du 2 octobre 2006 que l'origine du capital de la demanderesse ou la nationalité de ceux qui la contrôlaient était indifférente pour les besoins de l'appréciation de la nationalité de l'investissement, à moins que le traité bilatéral n'impose la solution inverse. Après la décision *Rompetrol*, le Tribunal arbitral statuant dans l'affaire *Rumeli Telekom et Telsim Mobil c/ Kazakhstan* par une sentence du 29 juillet 2008 s'est prononcé dans le même sens. Ce n'est que dans l'hypothèse dans laquelle le bénéficiaire réel de l'entreprise a abusé de l'existence d'une personne morale distincte pour dissimuler sa véritable identité et échapper ainsi à sa responsabilité que les sentences *ADC* (§ 358) et *Rumeli Telekom* (§ 328) réservent la possibilité de « percer le voile de la personne morale » en cause. Il est vrai que, dans une

sentence du 19 décembre 2008 dans l'affaire *TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ Argentine*, par voie d'*obiter dictum*, un tribunal arbitral CIRDI présidé par M. Hans Danelius, et composé de MM. Georges Abi-Saab et Grant Aldonas, a paru plus proche de la logique avancée par l'opinion dissidente de Prosper Weil que de celle de la majorité du Tribunal ayant statué dans l'affaire *Tokios Tokelès*. Le Tribunal relève en effet que la solution retenue par les arbitres majoritaires dans cette affaire et dans l'affaire *Rompetrol* consistant à adopter une stricte interprétation littérale en dépit du contrôle exercé sur des sociétés étrangères « n'a pas été généralement acceptée et a été critiquée par l'opinion dissidente du Président du tribunal ayant eu à connaître de l'affaire *Tokios Tokelès* » (§ 146). On constate que cette formule prend l'exact contrepied de celle du Tribunal ayant statué dans l'affaire *Rompetrol*, chacun insistant sur l'absence de consensus en faveur de la thèse inverse. Dans l'affaire *TSA*, le Tribunal n'a cependant pas eu à trancher la question qu'il n'a abordée que pour opposer les deux situations distinctes traitées par l'article 25(2)(b). La première, à propos de laquelle la jurisprudence arbitrale s'oriente clairement vers une conception formelle de la personnalité morale, est celle dans laquelle l'entité constituée en application du droit d'un État contractant est contrôlée par des ressortissants de l'État d'accueil. La seconde est celle dans laquelle une société de droit local est considérée comme étrangère en raison du contrôle exercé sur elle par des ressortissants d'un autre État contractant. Dans cette dernière situation, il résulte du texte même de la convention de Washington que c'est le critère du contrôle qu'il y a lieu de mettre en œuvre. Ce contrôle doit donc être réellement exercé par des ressortissants étrangers et il ne suffirait pas de démontrer que la société de droit local est détenue par une société constituée dans un autre État contractant pour bénéficier de ce texte, si cette société est elle-même contrôlée par des ressortissants de l'État d'accueil. Par nature, le critère du contrôle ne se prête pas à une approche formelle. On ne peut donc qu'approuver le Tribunal ayant statué dans l'affaire *TSA* d'avoir décliné sa compétence pour connaître d'une demande formée contre l'Argentine par une société de droit local formellement contrôlée par une société néerlandaise mais indirectement et ultimement contrôlée par un ressortissant argentin (§ 162). En revanche, il ne s'en suit nullement que lorsque la Convention de Washington ne raisonne pas en termes de contrôle mais en simples termes de nationalité des sociétés, la même logique puisse être acceptée. Ainsi que l'avait déjà très justement observé la décision *Amco* du 25 septembre 1983, « une exception est apportée [au principe qui consiste à fonder la nationalité d'une société sur le droit sous l'empire duquel la personne morale a été constituée, le lieu de constitution et le lieu du siège social] à l'égard des personnes morales ayant la nationalité, ainsi définie, de l'État contractant partie au différend, lorsque ces personnes morales sont sous contrôle étranger » mais cette exception résulte spécifiquement des termes de la convention de Washington et ne reflète pas le principe de détermination de la nationalité des sociétés aux fins de la Convention. Le principe demeure que la nationalité est déterminée par l'État au regard du droit duquel la société a été constituée (§ 14, *préc.*).

Article 25(1) de la convention de Washington. – Compétence du Centre et du tribunal. – Notion d’investissement. – Critère d’apports, de durée et de risque. – Exigence de contribution au développement de l’économie de l’État d’accueil (non).

Article 25(2)(a) de la convention de Washington. – Compétence du Tribunal. – Nationalité de l’investisseur. – Application de la loi de l’État de la nationalité litigieuse. – Pouvoir de l’arbitre d’en apprécier le contenu et les effets.

Traité bilatéral de protection des investissements. – Condition de nationalité. – Exclusion des double nationaux (non). – Nationalité effective et dominante indifférente.

Traité bilatéral de protection des investissements. – Application *ratione temporis* des dispositions de fond du traité. – Principe de non rétroactivité. – Appréciation à la date à laquelle s’est produit le fait illicite allégué. – Expropriation consommée. – Fait illicite continu (non).

Traité bilatéral de protection des investissements. – Traitement juste et équitable. – Indemnisation de personnes autres que les propriétaires. – Paralysie des réclamations locales. – Dénî de justice (oui)*.

Sentence du 8 mai 2008. – MM. Pierre Lalive, Président. – Mohammed Chemloul et Emmanuel Gaillard, arbitres. – Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c/ Chili.

Un investissement au sens de l’article 25(1) de la convention de Washington suppose la réunion de trois éléments que sont l’existence d’un apport, le fait que cet apport porte sur une certaine durée et qu’il comporte, pour celui qui le fait, un certain risque. En revanche, aucune condition de contribution au développement économique de l’État d’accueil n’est requise.

Si, en droit international, le droit applicable à la nationalité est en principe le droit de l’État qui confère cette nationalité, le juge ou l’arbitre international détient le pouvoir d’en apprécier le contenu et les effets.

Pour remplir la condition de nationalité au sens d’un traité bilatéral de protection des investissements qui ne prévoit aucune exclusion des doubles nationaux, il suffit, pour la partie demanderesse de démontrer qu’elle possède la nationalité de l’autre État contractant.

*En vertu du principe de non rétroactivité des traités, l’applicabilité des dispositions de fond d’un traité est déterminée, sauf accord contraire des parties, en fonction de la date à laquelle s’est produit le fait illicite et non en fonction du moment où apparait et se cristallise le différend, critère distinct ne servant qu’à établir la compétence *ratione temporis* du tribunal. Une expropriation consommée, quelle que soit l’appréciation que l’on peut porter sur sa licéité, est un acte instantané.*

L’indemnisation de personnes qui n’étaient pas propriétaires des biens confisqués et la paralysie des procédures locales de réclamation des véritables propriétaires constitue un déni de justice sanctionné au titre de l’obligation de réserver à l’investisseur un traitement juste et équitable.

Une demande d’arbitrage a été formée le 3 novembre 1997 contre la République du Chili par M. Pey Casado, en qualité de ressortissant espagnol, et la fondation de droit espagnol « Presidente Allende » sur le fondement de

* Extraits de l’original en langue française publié sur le site internet du CIRDI de la sentence rendue en version originale en langue française et espagnole. Pour la commodité des citations, la numérotation originale des paragraphes de la sentence a été conservée.

l'Accord de protection et de promotion réciproque des investissements signé le 2 octobre 1991 et entré en vigueur le 29 mars 1994 (l'« API »). Le litige trouve son origine dans la confiscation par le Gouvernement chilien des biens des sociétés Consortium Publicitaire et Périodique SA (« CPP SA ») et Entreprise Périodique Clarin Ltda (« EPC Ltda »), elles-mêmes propriétaires du journal « El Clarin ».

Dans un premier temps, les demanderesses reprochaient essentiellement à la République, d'une part, d'avoir procédé à une expropriation illégale de ces actifs lors de l'arrivée au pouvoir du Général Pinochet en 1973 pour des raisons tenant aux sympathies politiques du journal et, d'autre part, de ne pas avoir indemnisé le légitime propriétaire des sociétés, même après la chute du régime en 1990. Le sort d'une rotative ayant appartenu au journal avait été expressément exclu des demandes formées devant le CIRDI et soumis aux juridictions chiliennes. Dans un second temps, les demanderesses ont formé une demande complémentaire tenant au déni de justice qui serait résulté de l'inaction prolongée des juridictions chiliennes sur la demande d'indemnisation ou de restitution de la rotative.

Le Tribunal arbitral a été initialement composé de MM. Mohammed Bedjaoui, désigné par les demanderesses, Jorge Witker Velásquez, désigné par la défenderesse, et Francisco Rezek, désigné par le Président du Conseil administratif, agissant comme Président du Tribunal. Le 18 novembre 1998, M. Galo Leoro Franco a remplacé M. Witker Velásquez qui avait donné sa démission le 21 octobre 1998. A la suite de la démission de M. Francisco Rezek, Président du Tribunal arbitral, M. Pierre Lalive a été nommé Président du Tribunal arbitral le 11 avril 2001. La procédure a ensuite connu le développement suivant :

35. Par lettre du 23 août 2005, la République du Chili a demandé la récusation des trois membres du Tribunal arbitral, dont l'un (l'Ambassadeur Galo Leoro Franco, de nationalité équatorienne) donna sa démission par lettre du 26 août 2005, au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné. À la suite de cette démission, le Chili a retiré par écrit sa requête de récusation concernant ce dernier. La démission de M. Leoro Franco, à la veille de la délibération du Tribunal fixée avec son accord, n'étant justifiée au regard d'aucun des motifs prévus aux articles 56 (3) de la convention CIRDI et 8 (2) du règlement d'arbitrage, elle n'a pas été acceptée par les deux autres membres du Tribunal arbitral, et le Président du conseil administratif a été appelé à pourvoir à la vacance ainsi créée. C'est ce qu'il a fait en désignant M. Emmanuel Gaillard, professeur de droit et avocat à Paris.

36. Il est apparu par la suite, notamment après un entretien accordé par M. Robert Dañino, alors Secrétaire général du CIRDI, à une importante délégation chilienne sur la demande de cette dernière, que la récusation demandée par le défendeur à la veille de la délibération prévue par le Tribunal arbitral était motivée en réalité par la connaissance du projet de décision partielle proposé par le Président, projet interne que l'arbitre Leoro Franco avait cru pouvoir communiquer à la partie qui l'avait désigné, au mépris de l'obligation, incontestée, de la confidentialité des documents de travail du Tribunal et du secret des délibérations.

37. L'existence de cette violation n'est pas contestée, mais au contraire reconnue par la défenderesse. Le doute subsiste seulement sur la question de savoir qui en a pris l'initiative mais il n'incombe pas au présent Tribunal arbitral de se prononcer à ce sujet, malgré les protestations et demandes présentées au CIRDI par les demanderesses.

38. En ce qui concerne les récusations formées par la défenderesse contre les deux arbitres restants, elles étaient fondées, quant à M. Bedjaoui, sur sa qualité de ministre des Affaires étrangères de la République algérienne et, quant au Président, sur de prétendues lenteurs de la procédure arbitrale et des craintes alléguées concernant son état de santé (article 57 et 14 de la convention CIRDI).

39. Le Président du conseil administratif, compétent en la matière²², a préféré (peut-être compte tenu de l'entretien accordé à ce sujet à l'une des parties par le secrétaire général du CIRDI alors en exercice) s'en rapporter aux recommandations du sSecrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage à La Haye. Il en est résulté le rejet de la récusation du Président mais en même temps l'admission de la récusation de M. Bedjaoui. Celui-ci a été remplacé par un avocat algérien choisi par les demanderesses, M^c Mohammed Chemloul.

40. Le Tribunal arbitral dûment reconstitué²³, s'est réuni à Genève en juillet 2006 pour une première session de travail et a adopté un calendrier préliminaire, tenant compte du temps nécessaire aux deux nouveaux arbitres pour étudier un volumineux dossier.

41. Après des échanges de vues avec les parties, en août et septembre 2006, quant à l'opportunité et au sujet d'une nouvelle audience, le Tribunal a pris diverses décisions procédurales.

42. Tout d'abord, il a estimé « *désirable, vu la composition renouvelée du Tribunal arbitral et l'article 12 du Règlement, d'offrir aux deux parties la faculté de s'exprimer **oralement** – une réouverture de la procédure écrite étant exclue – sur un certain nombre de points* ». ²⁴

43. Enfin, il s'est « *préoccupé des conséquences possibles de l'inégalité procédurale insolite résultant du fait que l'une des Parties, et non l'autre, a eu connaissance du projet de sentence préparé par le Président et destiné à une délibération qui devait avoir lieu à New York en septembre 2005* ». Il a donc décidé de communiquer officiellement ce projet, à titre de document de travail, « *afin de préserver les principes supérieurs de l'égalité des parties et du respect du contradictoire* », étant entendu que « *cette communication ne préjuge en rien l'issue du délibéré à venir* » ²⁵.

Après avoir rappelé les principales étapes de la procédure et les faits pertinents, en distinguant ceux qui concernent l'investissement et la confiscation des biens litigieux (§ 56 à 80) et ceux qui ont trait à la nationalité de M. Pey Casado et de la Fondation Allende (§ 81 à 113), le Tribunal examine la compétence du Centre et du Tribunal pour connaître des demandes de M. Pey Casado, puis de celles de la Fondation Allende, avant d'aborder les questions de recevabilité et de fond.

22. V. l'article 58 de la Convention CIRDI.

23. cf. lettre du 14 juillet 2006 du Secrétariat du CIRDI.

24. Lettre aux parties du 13 septembre 2006.

25. *Id.*

116. Pour que le Centre et le Tribunal soient compétents pour connaître de la demande de M. Pey Casado, la partie demanderesse doit justifier de l'existence d'un différend d'ordre juridique, du fait que ce différend oppose un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant, du fait que ce différend est en relation directe avec un investissement et du fait que les parties ont consenti par écrit à soumettre le différend au Centre.

117. La condition relative à l'existence d'un différend d'ordre juridique et celle relative à la qualité d'État contractant de la défenderesse ne font l'objet d'aucune contestation de la part de la défenderesse. En revanche, les parties sont en profond désaccord sur la condition d'investissement, sur la condition relative à la nationalité de l'investisseur et sur le fait que M. Pey Casado puisse être considéré seulement comme le ressortissant d'un autre État contractant, ainsi que sur la condition de consentement de l'État contractant que la partie demanderesse estime avoir été donnée par la conclusion de l'API Espagne-Chili.

118. Les parties ont longuement débattu des conditions d'investissement et de nationalité sans toujours spécifier très clairement si les développements consacrés à ces questions concernent la condition d'investissement ou de nationalité au sens de la Convention CIRDI ou la condition d'investissement ou de nationalité au sens de l'API Espagne-Chili. La condition relative à l'existence d'un investissement et la condition relative à la nationalité de la partie demanderesse ne s'apprécient pas nécessairement de la même manière pour les besoins de la satisfaction des exigences de la convention CIRDI et pour ceux de l'API. Le présent Tribunal prendra soin, en conséquence, de distinguer ces deux sujets. Si les conditions d'application de l'API Espagne-Chili ne sont pas satisfaites, notamment les conditions d'investissement et la condition de nationalité au sens de ce texte, c'est, aux fins de l'application de la convention CIRDI, le consentement de l'État à l'arbitrage qui ferait défaut, celui-ci étant exclusivement recherché dans l'API. C'est la raison pour laquelle les conditions d'investissement et de nationalité au sens de la Convention CIRDI seront examinées en tant que telles et les conditions d'investissement et de nationalité au sens de l'API à l'occasion des développements consacrés à la vérification de l'existence du consentement à l'arbitrage de l'État défendeur.

119. Avant de procéder à l'examen de ces conditions, le Tribunal tient à préciser qu'il n'est pas lié par les décisions et les sentences CIRDI rendues antérieurement. Le présent Tribunal estime toutefois qu'il se doit de prendre en considération les décisions des tribunaux internationaux et de s'inspirer, en l'absence de justification impérieuse en sens contraire, des solutions résultant d'une jurisprudence arbitrale établie. Tout en tenant compte des particularités du traité applicable et des faits de l'espèce, le Tribunal estime aussi devoir s'efforcer de contribuer au développement harmonieux du droit des investissements et, ce faisant, de satisfaire à l'attente légitime de la communauté des États et des investisseurs quant à la prévisibilité du droit en la matière²⁶.

120. Par ailleurs, il n'est pas superflu de rappeler que le Tribunal arbitral n'est pas tenu de discuter et trancher chacune des très nombreuses questions de fait ou de droit qui ont été soulevées et analysées par les parties au cours de la procédure exceptionnellement longue résumée plus haut mais qu'il suffit, sur

26. V. en ce sens *Saipem SpA c/ République populaire du Bangladesh, affaire CIRDI n° ARB/05/07, décision sur la compétence et recommandation sur les mesures provisoires du 21 mars 2007, § 67.*

le terrain de la compétence, que fasse défaut l'une des conditions requises pour que le Tribunal arbitral se déclare incompétent et s'abstienne dès lors de se prononcer sur toute autre question portant sur le fond du litige.

Sur la condition d'investissement au sens de la convention de Washington, le Tribunal rappelle en grand détail la position des parties avant de trancher certaines questions de fait controversées entre les parties. Il conclut de cet examen que, contrairement à ce que soutenait les défenderesses, M. Pey Casado a effectivement procédé à l'acquisition des sociétés CPP SA et EPC Ltda, et qu'il était bien le seul propriétaire légitime des actions de la société CPP SA au moment où a été effectuée la saisie du journal *El Clarin* (§ 180 à 229).

Il décide ensuite que l'acquisition des sociétés CPP SA et EPC Ltda satisfait la condition d'investissement au sens de la convention CIRDI.

231. Les parties ont fait valoir l'une et l'autre, à juste titre, que la convention CIRDI ne contient pas de définition de la notion d'investissement. L'examen de la jurisprudence CIRDI fait cependant apparaître qu'il existe au moins deux conceptions de la notion d'investissement au sens de la convention CIRDI. La première se contente d'identifier un certain nombre de « caractéristiques » qui permettraient de conclure à l'existence d'un investissement. Il suffirait, dans cette conception, que certaines de ces « caractéristiques » habituelles de l'investissement, pas nécessairement toutes, se rencontrent au cas d'espèce pour que l'on puisse conclure que l'on se trouve en présence d'un investissement. C'est la solution qu'ont retenue les tribunaux arbitraux dans les affaires *Fedax c/ Venezuela*²⁷, *CSOB c/ Slovaquie*²⁸ et, plus récemment, *MCI c/ Équateur*²⁹. Cette conception peu exigeante de l'investissement est également défendue par certains auteurs³⁰. D'autres tribunaux arbitraux retiennent au contraire une véritable définition de l'investissement qui suppose la satisfaction de critères spécifiques. Si l'ensemble de ces critères ne sont pas cumulativement satisfaits, ils en concluent qu'il ne saurait y avoir d'investissement au sens de la convention CIRDI³¹. Cependant, dans la définition de ces critères, la jurisprudence arbitrale n'est pas totalement uniforme. Certains tribunaux ont jugé qu'il existe un investissement dès lors que sont réunis trois éléments : l'existence d'un apport dans le pays concerné, le fait que cet apport porte sur une certaine durée et qu'il comporte, pour celui qui le fait, un certain risque³². D'autres ont estimé, à partir d'une analyse reposant sur le préambule de la Convention CIRDI, que l'existence d'un investissement au sens de la Convention CIRDI reposait sur la réunion de quatre éléments, les trois précédents étant complétés par l'élément de contribution de l'opération litigieuse au développement économique de

27. *Fedax NV c/ Venezuela, affaire CIRDI n° ARB/96/3, décision sur la compétence du 11 juillet 1997, § 43.*

28. *Ceskoslovenska Obchodni Banka c/ République slovaque, affaire CIRDI n° ARB/97/4, décision sur la compétence, 24 mai 1999, § 90 in Emmanuel Gaillard, La Jurisprudence du CIRDI : Pédone, 2004, p. 577, spéc. p. 598.*

29. *MCI Power Group LC and New Turbine, Inc. c/ Équateur, affaire CIRDI n° ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007, § 165.*

30. V. spéc. Ch. H. Schreuer, *The ICSID Convention : a Commentary*, 2001, p. 140, § 122.

31. Sur les différents courants d'interprétation de la notion d'investissement au sens de la convention CIRDI, V. E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI : Pédone, 2004, p. 828 et les obs. sous la décision sur la compétence rendue dans l'affaire Bayindir le 14 novembre 2005 : JDI 2006, p. 362.*

32. V. spéc. *Consortium Groupement LESI-DIPENTA c/ Algérie, affaire CIRDI n° ARB/03/08, sentence du 10 janvier 2005, § 13(iv) : JDI 2006, p. 237, spéc. p. 239 et 240. – V. également LESI SpA et ASTALDI SpA c/ Algérie, affaire CIRDI n° ARB/05/3, décision du 12 juillet 2006, § 72(iv).*

l'État d'accueil.³³ Quelques décisions isolées ont même conclu qu'il ne pouvait y avoir d'investissement si le demandeur ne pouvait établir que l'opération réalisée avait contribué positivement au développement de l'État d'accueil³⁴.

232. Le présent Tribunal estime pour sa part qu'il existe bien une définition de l'investissement au sens de la convention CIRDI et qu'il ne suffit pas de relever la présence de certaines des « caractéristiques » habituelles d'un investissement pour que cette condition objective de la compétence du Centre soit satisfaite. Une telle interprétation reviendrait à priver de toute signification certains des termes de l'article 25 de la convention CIRDI, ce qui ne serait pas compatible avec l'exigence d'interpréter les termes de la convention en leur donnant un effet utile, comme l'a justement rappelé la sentence rendue dans l'affaire *Joy Mining Machinery Limited c/ République arabe d'Égypte* le 6 août 2004³⁵. Selon le Tribunal, cette définition ne comprend en revanche que trois éléments. L'exigence d'une contribution au développement de l'État d'accueil, difficile à établir, lui paraît en effet relever davantage du fond du litige que de la compétence du Centre. Un investissement peut s'avérer utile ou non pour l'État d'accueil sans perdre cette qualité. Il est exact que le préambule de la convention CIRDI évoque la contribution au développement économique de l'État d'accueil. Cette référence est cependant présentée comme une conséquence, non comme une condition de l'investissement : en protégeant les investissements, la convention favorise le développement de l'État d'accueil. Cela ne signifie pas que le développement de l'État d'accueil soit un élément constitutif de la notion d'investissement. C'est la raison pour laquelle, comme l'ont relevé certains tribunaux arbitraux, cette quatrième condition est en réalité englobée dans les trois premières.

233. En l'espèce, les trois conditions qui commandent la qualification de l'investissement, l'existence d'un apport, le fait que cet apport porte sur une certaine durée et qu'il comporte, pour celui qui le fait, certains risques, sont à l'évidence satisfaites.

a) M. Pey Casado a en effet apporté ses propres capitaux afin d'acquérir les entreprises CPP SA et EPC Ltda. Il leur a également apporté son savoir-faire d'ingénieur et s'est impliqué dans la gestion du journal en assumant les fonctions de président du conseil d'administration de la société CPP S.A.

b) M. Pey Casado a effectué son investissement pour une durée indéterminée, au moins pour plusieurs années. Le fait que les titres des sociétés CPP SA

33. V. spéc. *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA c/ Morocco*, affaire CIRDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, § 52 : JDI 2002, p. 208. – *Joy Mining Machinery Limited c/ République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/03/11, sentence sur la compétence du 6 août 2004, § 53 : JDI 2005, p. 163, spéc. p. 168. – *Jan de Nul NV and Dredging International NV c/ République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2006, § 91. Cette dernière décision nuance son analyse en précisant que les quatre éléments énumérés doivent être examinés dans leur globalité. V. également *Helnan International Hotels AIS c/ République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/05/19, décision sur la compétence du 17 octobre 2006, § 77 et *Saipem SpA c/ La République populaire du Bangladesh*, affaire CIRDI n° ARB/05/07, décision sur la compétence et recommandation sur les mesures provisoires du 21 mars 2007, § 99.

34. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c/ Malaisie*, affaire CIRDI n° ARB/05/10, sentence du 17 mai 2007, § 125 et 139. – V. également *Patrick Mitchell c/ République démocratique du Congo*, affaire CIRDI n° ARB/99/7, décision sur la demande d'annulation du 1^{er} novembre 2006, § 29.

35. *Affaire CIRDI n° ARB/03/11*, sentence sur la compétence du 6 août 2004, § 49 et 50 : JDI 2005, p. 163, spéc. p. 167.

et EPC Ltda et leurs biens ait été saisis ne saurait sérieusement être invoquée pour conclure que la condition de durée n'est pas satisfaite en l'espèce.

c) Enfin, l'acquisition et l'exploitation d'un journal, certes largement diffusé³⁶, est une opération présentant certains risques, le secteur d'activité étant marquée d'une forte spécificité et le contexte économique et politique de l'époque étant incertain.

234. Bien qu'il estime que la condition de contribution au développement de l'État d'accueil n'est pas requise, le Tribunal relève, à titre surabondant, qu'elle serait en toute hypothèse satisfaite en l'espèce. L'acquisition et le développement du journal Clarin, dont le tirage était, selon les acteurs de l'époque, le plus important du pays, a indubitablement participé à l'essor économique, social et culturel du pays.

Le Tribunal examine ensuite la condition de nationalité au sens de la Convention CIRDI.

236. La deuxième question contestée concernant la compétence du Tribunal arbitral et du Centre est celle de savoir si M. Pey Casado remplissait ou non la condition d'être le ressortissant d'un État autre que l'État défendeur, État d'accueil de l'investissement.

237. L'article 25 (2) a) de la convention CIRDI précise que « *ressortissant d'un autre État contractant* » signifie :

« toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend ; »

238. Le moment pertinent pour apprécier la nationalité de M. Pey Casado est donc celui de la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à l'arbitrage, ainsi que la date à laquelle la requête a été enregistrée. Dans le cas d'espèce, M. Pey Casado a consenti à l'arbitrage du CIRDI, par une déclaration écrite à Santiago, le 2 octobre 1997³⁷. La requête d'arbitrage des demanderesse a été enregistrée par le CIRDI le 20 avril 1998.

239. Il n'est pas contesté que M. Pey Casado possédait la nationalité d'un État contractant autre que le Chili – en l'occurrence, la nationalité espagnole – à ces deux dates critiques³⁸.

240. La question contestée est celle de savoir si M. Pey Casado était, à l'une de ces dates, double national. Une spécificité de la convention CIRDI est qu'elle exclut expressément, dans son article 25 (2) (a) in fine, « *toute personne [physique] qui, à l'une ou l'autre de ces dates [du consentement et de l'enregistrement] possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend* »³⁹.

36. V. par exemple l'article de journal produit en annexe C-84 et les déclarations de M^e Garcés et Víctor Pey Casado lors de l'audience du 5 mai 2003 (transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 24 et p. 134 respectivement).

37. Consentement exprimé à l'exclusion de ce qui concerne le différend concernant la restitution ou l'indemnisation de la presse Goss.

38. V. par ex. mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 42 ; contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 211 et s. V. aussi l'avis de droit du professeur Pierre-Marie Dupuy, soumis au soutien du contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 3 à 7.

39. Bien que le projet préliminaire de la convention CIRDI ait prévu la règle contraire, l'exclusion des doubles nationaux a été incorporée dans l'article 25 (2) a) de façon très claire. Comme le résume le

241. Il convient de préciser que, dans ce contexte, la question de savoir si l'une des deux nationalités de la partie demanderesse était sa nationalité effective ou dominante ne semble pas pertinente « *de lege lata* ». Il suffirait pour la défenderesse de montrer que la partie demanderesse possédait la nationalité de l'État d'accueil aux moments critiques, que cette nationalité soit effective ou non pour exclure, la compétence du Centre.⁴⁰ En d'autres termes, pour que les conditions de la compétence requises par l'article 25 de la convention CIRDI soient remplies, il ne suffirait pas que la nationalité dominante du demandeur soit celle d'un autre État que l'État défendeur mais il faudrait encore *qu'il ne possède pas* la nationalité de cet État défendeur. Ce n'est que dans la situation dans laquelle la nationalité de l'État d'accueil paraîtrait totalement artificielle ou totalement dépourvue d'effectivité que la question de l'exclusion des doubles nationaux de la compétence du Centre en application de l'article 25 de la convention CIRDI pourrait se poser, mais cette situation n'est pas celle qui se rencontre dans la présente espèce.

242. C'est sur le fondement de ces principes que la défenderesse a soutenu que toute compétence du CIRDI et du présent Tribunal arbitral serait exclue, au motif que, à l'une des deux dates critiques, M. Pey Casado aurait été double national car il aurait possédé, outre la nationalité espagnole, la nationalité chilienne depuis 1958.

243. Quant aux faits, on se bornera à se référer ici, pour éviter des répétitions inutiles, à l'exposé détaillé contenu dans l'exposé des faits de la présente sentence, un autre résumé, au moins provisoire, se trouvant aussi dans la décision du 8 mai 2002⁴¹. On rappellera néanmoins, pour plus de clarté, les données essentielles suivantes :

244. Né en Espagne en 1915, M. Pey Casado a émigré au Chili en 1939 à l'époque de la défaite de la République espagnole par la rébellion franquiste, et y a vécu jusqu'en 1973. Il a été enregistré pour la première fois au Consulat d'Espagne à Santiago en 1947.

245. Le 24 mai 1958, l'Espagne et le Chili ont signé une convention bilatérale sur la double nationalité (« *convention bilatérale sur la double nationalité* »), texte permettant aux ressortissants de l'une des parties contractantes d'acquérir la nationalité de l'autre, sans perdre leur nationalité d'origine. C'est en application de ce texte que M. Pey Casado a sollicité et obtenu la nationalité chilienne⁴².

246. Le préambule de cette convention bilatérale sur la double nationalité rappelle que les Espagnols et les Chiliens font partie d'une communauté caractérisée par l'identité de traditions, culture et langue, et les États contractants considèrent que :

Rapport des Administrateurs de la Banque : « Il convient de noter qu'en vertu de la clause (a) de cet alinéa (2), une personne physique possédant la nationalité de l'État partie au différend ne sera pas admise à être partie aux procédures établies sous les auspices du Centre, même si elle possède en même temps la nationalité d'un autre État. Cette exclusion est absolue et ne peut être écartée même si l'État partie au différend y consent ».

40. Le professeur Schreuer indique dans ce contexte que, lors des travaux préparatoires de la convention CIRDI, « *suggestions to admit dual nationals if the host State's nationality was not effective or if that host State has not recognized the foreign nationality specifically failed* » et que « *the ineligibility of an investor who also possesses the host State's nationality applies irrespective of which of the several nationalities is the effective one* » (Ch. H. Schreuer, *The ICSID Convention : a Commentary*, 2001, p. 271, § 442 et 444. – V. aussi l'avis de droit du Professeur Pierre-Marie Dupuy, soumis au soutien du contre-mémoire de la défenderesse, du 3 février 2003, p. 7, 25 et s.

41. N° 50 et s. – V. aussi n° 37 à 39.

42. Decreto Supremo n° 8054 du 11 décembre 1958.

« il n'y a aucune objection juridique pour qu'une personne puisse avoir deux nationalités, à condition que seulement l'une d'entre elles aie pleine efficacité, et indique la législation à laquelle elle est soumise ».

247. L'article 1.1 de la Convention prévoit :

« que les Chiliens nés au Chili et réciproquement les Espagnols nés en Espagne, pourront acquérir la nationalité espagnole ou chilienne, respectivement, dans les conditions et de la façon prévue par la législation en vigueur dans chacune des parties contractantes, sans perdre leur nationalité antérieure ».

248. L'article 2 prévoit notamment que :

« les Espagnols qui ont acquis la nationalité chilienne en conservant la nationalité d'origine devront être inscrits dans [...] le Registre chilien de Cartes de Nationalisation ».

249. Dès cette inscription, les Chiliens en Espagne et les Espagnols au Chili jouiront de la pleine condition juridique des ressortissants de la façon prévue dans cet accord et dans les lois des deux pays. L'article 3 précise que « l'octroi de passeport, la protection diplomatique et l'exercice des droits civils et politiques se feront par la loi du pays où ils sont domiciliés [...] ».

250. L'article 3, alinéa 2, exclut pour les doubles nationaux l'application simultanée des législations des deux États et fait prévaloir la loi de l'État du domicile. L'article 4 précise que le domicile est présumé être établi dans l'État de la seconde nationalité acquise ; il pose le principe de l'unité de domicile, lequel ne peut être changé qu'avec la résidence habituelle dans l'autre État contractant, pour autant que ce changement soit inscrit dans le registre approprié.

251. C'est donc en 1958 que M. Pey Casado est devenu un double national, sa nationalité prépondérante devenant, à cause de son domicile au Chili, la nationalité chilienne, les lois du Chili lui étant applicables dans toutes les matières concernant notamment les passeports, la protection diplomatique et l'exercice des droits civils et politiques.

252. Le fait de l'acquisition par la première partie demanderesse, en décembre 1958, de la nationalité chilienne, et donc de son statut de double national espagnol et chilien, selon la Convention bilatérale sur la double nationalité de 1958, n'est ni contesté ni contestable. Les seules questions décisives en l'espèce sont celles de savoir si, aux dates critiques, il avait conservé la nationalité chilienne, comme le prétend la défenderesse dans son exception d'incompétence, ou si, comme l'opposent les parties demandresses, il en avait été privé ou y avait renoncé valablement.

253. Avant d'examiner les arguments de la privation et la renonciation de la nationalité chilienne, il convient de rappeler les principes régissant le droit applicable à la question de la nationalité des parties.

1. Le droit applicable à la question de la nationalité

254. Les parties ont plaidé en détail la question du droit applicable à la question de la nationalité des parties demandresses. La défenderesse a allégué que seul le droit chilien était applicable, la question de la nationalité étant « une question de l'intérêt de l'État [...] qui établit, souverainement, suivant son propre intérêt, les moyens de l'acquérir ou de la perdre [...] »⁴³. Les

43. Mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, p. 19 ; mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 36 et 37 ; contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 217 et s. ; réplique de la défenderesse du 4 avril 2003, p. 8 ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 311, § 10 à 40 ; p. 33 et 34 (M^e di Rosa). V. aussi l'avis de droit du professeur Pierre-Marie Dupuy, soumis au soutien du contre-mémoire de la défenderesse, du 3 février 2003, qui

demandereses n'ont pas contesté que les règles qui déterminent la nationalité sont du domaine réservé de l'État, mais elles ont soutenu que la question serait néanmoins également soumise aux principes du droit international et qu'un « *tribunal international conserve son pouvoir d'appréciation en cette matière* »⁴⁴.

255. Il y a lieu de rappeler les principes et règles du droit international concernant le droit applicable aux questions de la nationalité. Dans son Opinion sur les *DÉCRETS TUNISIENS ET MAROCAINS DE NATIONALITÉ*, de 1923, la Cour permanente de Justice internationale⁴⁵ a considéré que, vu le caractère essentiellement relatif de ce problème qui dépend de l'évolution des relations internationales, les questions de nationalité appartiennent en principe au domaine réservé. En 1955, la Cour internationale de justice, dans l'affaire *Nottebohm* a déclaré que « *il appartenait au Liechtenstein, comme à tout État souverain, de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité, car le droit international laisse à chaque État le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité* »⁴⁶.

256. Selon la convention de La Haye de 1930 sur les conflits de lois en matière de nationalité, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1937⁴⁷, il appartient à chaque État de déterminer, selon sa propre loi, qui sont ses nationaux (art. 1) et que « *any question as to whether a person possesses the nationality of a particular State, shall be determined in accordance with the law of that State* » (art. 2)⁴⁸.

257. La Commission du Droit international des Nations Unies a discuté cette matière de manière approfondie et son Rapporteur Spécial a déclaré que « *in principle, questions of nationalities fall within the domestic jurisdiction of each State* ».⁴⁹

258. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour internationale de Justice a également évoqué la situation des doubles nationaux :

« *Lorsqu'un État a conféré sa nationalité à une personne et qu'un autre État a conféré sa propre nationalité à cette même personne, il arrive que chacun de ces États, estimant qu'il a agi dans l'exercice de sa compétence nationale, s'en tient à sa propre conception et se conforme à celle-ci pour son action propre. Chacun de*

conclut « *la dévolution de [la nationalité] ressortit à la compétence exclusive de chaque État. En l'occurrence, c'est exclusivement le droit chilien qui détermine l'existence ou la non existence de la nationalité chilienne de M. Pey Casado.* » (p. 3).

44. V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 95 et 96 ; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 71, § 7 à 11 (M^e Garcés). Auparavant, les demandereses ont soutenu que la nationalité de l'investisseur devrait être déterminée, en premier lieu, conformément au droit espagnol. V. réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, p. 72 et 73 ; réplique à la réponse soumise par la République du Chili au contre-mémoire réfutant le déclinatoire de compétence, du 7 février 2000, p. 12 ; réplique des demandereses au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 210 et s.

45. *Cour permanente de Justice internationale, Décrets tunisiens et marocains de nationalité, Série B, avis consultatif n° 4, 7 févr. 1923.*

46. Deuxième phase – *Liechtenstein c/ République du Guatemala*, jugement du 6 avril 1955, p. 20. Le même arrêt précise que « *un État ne saurait prétendre que les règles par lui établies devraient être reconnues par un autre État que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'État qui assume la défense de ses concitoyens, par le moyen de la protection vis-à-vis des autres États* » (*id.* p. 23).

47. Mais non ratifiée par l'Espagne ou par le Chili, bien que les représentants de ces deux pays aient exprimé leur accord au cours des négociations.

48. 179 LNTS 89. L'article 3 de la convention déclare en outre que « *a person having two or more nationalities may be regarded as its national by each of the States whose nationality he possesses* ».

49. *Yearbook of the International Law Commission A / 2163, 1952, p. 7.*

ces États reste jusque là dans son ordre juridique propre. Cette situation peut se trouver sur le terrain international et être examinée par un Arbitre international... »⁵⁰.

259. Le plus souvent, l'arbitre international n'a pas eu, à proprement parler, à trancher entre les États en cause un conflit de nationalités, mais à déterminer si la nationalité invoquée par l'État demandeur était opposable à l'État défendeur :

« L'arbitre international a tranché de la même façon de nombreux cas de double nationalité où la question se posait à propos de l'exercice de la protection. Il a fait prévaloir la nationalité effective, celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des États dont la nationalité était en cause. Les éléments pris en considération sont divers et leur importance varie d'un cas à l'autre. Le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, etc. »⁵¹.

260. Suivant ces règles bien-établies en droit international, le Tribunal arbitral considère que c'est en appliquant le droit chilien que doit être examinée la question de savoir si en l'espèce les autorités chiliennes ont, comme il est allégué par l'intéressé, privé M. Pey Casado de sa nationalité chilienne, ou bien, s'il s'avère que tel n'a pas été le cas, si M. Pey Casado a valablement renoncé à la nationalité chilienne.

2. L'argument de la privation de la nationalité chilienne

a) Position des parties

[...]

b) Conclusions du Tribunal

265. En droit, la question se pose de savoir si le comportement des autorités chiliennes a constitué un retrait ou une privation de la nationalité.

266. M. Pey Casado, à l'instar de nombreux autres citoyens considérés comme ennemis du nouveau régime issu du coup d'État militaire, ou rebelles, et publiquement dénoncés comme tels par ledit régime, a été contraint de chercher asile à l'étranger pour protéger sa vie et sa liberté. Il semble même que, compte tenu de sa situation personnelle et patrimoniale éminente, de son influence et de ses liens avec le Président Allende, M. Pey Casado ait été particulièrement menacé et visé par les voies de fait et mesures de la dictature militaire.

267. La Commission interaméricaine des droits de l'homme, dans son rapport de 1985 sur la situation pour le moins troublante des droits de l'homme au Chili, a analysé en détail le droit d'avoir une nationalité et de n'en être pas privé arbitrairement. À en croire ce rapport, il résulterait de l'article 6 de la Constitution chilienne de 1925, en vigueur en 1973⁵², que la nationalité ne pourrait être perdue que dans trois cas : d'abord, en cas de naturalisation dans un pays étranger ; ensuite, en cas d'annulation des documents de naturalisation (décision contre laquelle un recours est possible

50. *Liechstenstein c/ République du Guatemala, jugement du 6 avril 1955, p. 21.*

51. *Id.* p. 22.

52. Comme le professeur Cea l'a réitéré lors de l'audience du 15 janvier 2007, la Constitution de 1925 a fait l'objet d'une modification en 1980, puis d'une réforme en 2005. V. la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 20, § 1 à 4.

devant la Cour suprême) ; troisièmement, en cas de services rendus pendant la guerre aux ennemis du Chili ou leurs alliés⁵³.

268. Le premier cas est évidemment modifié par la Convention hispano-chilienne sur la double nationalité qui autorise expressément les ressortissants chiliens à conserver leur nationalité, lorsqu'ils obtiennent la nationalité espagnole. Quant aux deux autres hypothèses ci-dessus mentionnées, elles ne paraissent pas être réalisées en l'espèce. Néanmoins, et même si aucune des causes de perte de nationalité prévues par la Constitution chilienne s'applique directement, la question se pose de savoir si les autorités chiliennes auraient, par leurs actes, privé M. Pey Casado de sa nationalité chilienne.

269. Le Gouvernement du Chili a fourni à la Commission interaméricaine de Droits de l'Homme le nom des personnes privées par l'autorité de la nationalité chilienne et le nom de M. Pey Casado ne figure pas dans cette liste. Mais ce fait, dépendant de la seule initiative et appréciation de l'autorité en question (appréciation fondée sans doute sur son propre intérêt, dans le contexte de ses relations avec ladite Commission inter-américaine) ne peut être tenu pour une preuve décisive. À s'en tenir au droit chilien, qui est en principe applicable selon les principes du droit international rappelés plus haut à la question de la nationalité chilienne de M. Pey Casado et aux éléments figurant au dossier, le comportement des autorités militaires chiliennes, si arbitraire ou choquant qu'il puisse être à l'égard de la première partie demanderesse, ne permet de tirer aucune conclusion quant à la perte de cette nationalité ou à son maintien. Parmi les divers documents déposés au dossier, on ne trouve aucune preuve formelle de la prétendue privation de la nationalité chilienne par un acte d'autorité.

270. Une autre question est celle de savoir si, comme le prétendent les parties demanderesses⁵⁴, la délivrance d'un sauf-conduit à M. Pey Casado par les autorités chiliennes peut ou doit être interprétée comme comportant reconnaissance formelle, bien qu'implicite, d'une perte de nationalité. La réponse ne peut être que négative, sauf circonstances exceptionnelles, car la remise d'un sauf-conduit n'est nullement destinée à des apatrides, mais caractérise une situation de conflit⁵⁵.

271. Quant au Rapport de 1974 sur la situation des droits de l'homme au Chili, publié par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, il

53. La Constitution chilienne de 1925 a été modifiée, par le décret n° 175 du 3 décembre 1973 (postérieur au coup d'État militaire). Cette modification ajoute un cas de privation de la nationalité pour le motif suivant : « *En raison d'une attaque sérieuse menée par l'extérieur contre les intérêts essentiels de l'État, au cours d'un État d'urgence prévu par l'article 72(17) de cette Constitution Politique.* ». Il n'a pas été établi que – malgré l'état d'urgence – cette disposition ait été effectivement appliquée par les autorités chiliennes à M. Pey Casado ni que la défenderesse ait soutenu que l'achat par ce dernier des actions du journal Clarín à Estoril et/ou à Genève ait constitué une « *attaque sérieuse menée par l'extérieur contre les intérêts essentiels de l'État* ». Si tel avait été le cas, ce qui n'est pas prouvé, il y aurait éventuellement lieu de se demander si le Tribunal arbitral peut tenir compte du décret-loi n° 175 – à supposer qu'il n'ait pas été annulé et considéré comme de nul effet par la législation chilienne postérieure à la chute du régime militaire. Quoi qu'il en soit, il y a lieu de relever que l'article 2 du décret-loi n° 175 de 1973 prévoyait que toutes les pertes de nationalité devaient être déclarées par un décret suprême motivé. Et un décret subséquent n° 355 de 1974 offrait à un intéressé la possibilité (effective ou théorique) de faire appel à la Cour suprême pour s'opposer à une privation par décret de sa nationalité.

54. V. exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 102 et 103.

55. C'est ainsi que, par exemple, le *Black's Law Dictionary* distingue entre passeport et sauf-conduit et définit ce dernier comme un document « *conferring permission upon an enemy subject or others to proceed to a particular place for a defined object* », *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990) p. 1336.

affirme d'autre part que « *the Chilean Ministry of Foreign Affairs had granted 2945 safe-conduct for Chileans who had taken refuge in diplomatic missions in Santiago, and 547 courtesy safe-conducts for members of the family of those persons* ». Le même Rapport mentionne en outre que le Venezuela avait accepté un total de 249 personnes, chiliennes ou étrangères, comme réfugiées du Chili.

272. Les demandresses ont soutenu, en se fondant sur une pièce C-1⁵⁶, que, en fait, et contrairement aux affirmations du Gouvernement chilien, « *plusieurs milliers de chiliens ont bel et bien perdu la plupart des droits inhérents à la nationalité [...]* ». Le Rapport précité, par exemple, indique que beaucoup de chiliens étaient expulsés par le Chili, que leurs passeports étaient valides seulement pour sortir du Chili une fois, qu'ils ne pouvaient pas les renouveler et qu'ils étaient parfois obligés de demander un document de voyage à l'agence des Nations Unies pour les réfugiés⁵⁷. À supposer exacte et prouvée cette affirmation, il ne semble pas qu'elle équivaille à la preuve d'une perte juridique de la nationalité elle-même à proprement parler.

273. Quoi qu'il en soit des violations et actes arbitraires commis par le Gouvernement militaire du Chili en 1973, il n'est pas établi qu'ils aient entraîné la privation *de jure* de la nationalité chilienne de M. Pey Casado⁵⁸. De l'avis du Tribunal arbitral, le professeur Dupuy a souligné avec raison cette conclusion dans son avis de droit de février 2003 :

« *[...] le fait qu'un État n'exerce pas sa protection à l'égard de l'un de ses ressortissants n'a aucune signification quant au maintien ou au retrait par ce même État de la nationalité de son ressortissant. Soit qu'il décide de ne pas la lui accorder en application du caractère discrétionnaire de sa compétence pour ce faire, soit qu'il ne l'exerce pas dans le cas d'un double national, son abstention s'explique pour d'autres raisons que celle de vouloir maintenir ou supprimer la nationalité de l'individu concerné. Cela n'a tout simplement rien à voir ; le lien établi entre le non exercice par le Chili de sa protection à l'égard de M. Pey Casado et l'éventuel retrait de sa nationalité chilienne paraît tout simplement dépourvu de pertinence juridique.* »⁵⁹

274. Le Tribunal arbitral constate donc que la première partie demandresse n'a pas été privée de la nationalité chilienne par ces actes commis en 1973. Le Tribunal examine ensuite si la situation s'est modifiée entre 1974 et 1996 et conclut que M. Pey Casado est demeuré double national espagnol/chilien jusqu'en 1997 (§ 275 à 286). Il juge ensuite qu'il a pu valablement renoncer à la nationalité chilienne en application du droit chilien (§ 287 à 318). Le Tribunal observe à ce propos :

56. Rapport du Secrétaire général de l'ONU à l'assemblée générale du 8 octobre 1976, § 415 à 422.

57. *Id.*, § 420.

58. À ce stade de l'analyse, il y a lieu d'ajouter que les positions ou déclarations des autorités du Venezuela relatives à M. Pey Casado, comme apatride, étranger de passage (« *transiente* ») notamment sont sans incidence quant à la question du maintien ou de la perte de la nationalité chilienne. Selon la Convention de 1954 sur le statut des apatrides, est sans nationalité « *a person who is not considered as a national by any State under the operations of its law* ». Tel n'était pas le cas de M. Pey Casado, qui était sans doute possible ressortissant de l'Espagne et aussi, probablement, à en croire au moins l'examen auquel il a été procédé jusqu'ici, un ressortissant chilien en 1973. Il n'était par conséquent pas apatride. De plus, il découle des principes de Droit international public qu'une interprétation par un pays tiers de la situation de M. Pey Casado, ici par le Venezuela, ne peut avoir aucune conséquence quant à une définition de la nationalité chilienne, question appartenant au domaine réservé de cet État.

59. Avis de droit du professeur Pierre-Marie Dupuy, soumis au soutien du contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 20 et 21.

319. [...] il y a lieu de rappeler que si, en droit international, le droit applicable à la nationalité d'un État donné est en principe le droit de cet État, le juge ou l'arbitre international détient cependant le pouvoir d'en apprécier le contenu et les effets, comme indiqué par exemple dans la sentence rendue par un Tribunal CIRDI dans l'affaire *Soufraki c/ Émirats arabes unis* du 7 juillet 2004⁶⁰. Dans la sentence *Soufraki*, le Tribunal arbitral, appelé à trancher comme en l'espèce la question de sa compétence au regard de la nationalité du demandeur, après avoir rappelé que, en droit international, la nationalité relevait du domaine réservé et que la législation de chaque État décidait de son acquisition ou de sa perte, a déclaré ce qui suit :

« ...when, in international arbitral or judicial proceedings, the nationality of a person is challenged, the international tribunal is competent to pass upon that challenge. It will accord great weight to the nationality law of the State in question and to the interpretation and application of that law by its authorities. But it will in the end decide for itself whether, on the facts and law before it, the person whose nationality is at issue was not a national of the State in question and when, and what follows from that finding. Where, as in the instant case, the jurisdiction of the international tribunal turns on an issue of nationality, the international tribunal is empowered, indeed bound, to decide that issue. »⁶¹.

320. Ce pouvoir d'appréciation est en outre conforme à l'esprit de la Convention CIRDI et de son article 25(2)(a). Selon le commentaire de Christoph Schreuer, un investisseur ayant une double nationalité ne peut avoir accès au système CIRDI qu'à la condition de renoncer à la nationalité de l'État défendeur avant de consentir à la juridiction du CIRDI, la validité de la renonciation étant appréciée en principe au regard de la loi nationale dudit État, étant admis toutefois qu'un tribunal international n'est pas lié dans tous les cas par la loi nationale en cause⁶². A propos de l'hypothèse dans laquelle l'État d'accueil voudrait imposer sa nationalité à l'investisseur, le professeur Schreuer écrit notamment :

« During the Convention's preparatory work, it was generally acknowledged that nationality would be determined by reference to the law of the State whose nationality is claimed, subject, where appropriate, to the applicable rules of international law (History, vol. II, page 67, 286, 321, 448, 580, 705, 839). In particular, it was pointed out that the Commission or Tribunal would have to deal appropriately with cases where a host State **imposed** its nationality upon an investor »⁶³ (souligné par nous).

60. Une demande d'annulation de la décision a été rejetée à la majorité par le Comité *ad hoc* saisi de la question par une décision du 5 juin 2007 (*N. Soufraki c/ Émirats arabes unis, affaire CIRDI n° ARB/02/7, décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, § 139*).

61. *Id.*, § 55.

62. « [...] an international tribunal is not bound by the national law in question under all circumstances. Situations where nationality provisions of national law may be disregarded include cases of effective nationality lacking a genuine link between the State and the individual [...] » (Ch. H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 272, § 446). cf. la sentence CIRDI déjà citée, dans l'affaire *Soufraki*.

63. *Op. cit.* p. 267, § 430. Les parties demandereses ont rappelé dans ce contexte, à raison, que les rédacteurs de la Convention CIRDI avaient conclu qu'un tribunal arbitral ne devait pas permettre qu'un État impose sa nationalité pour échapper au devoir de se soumettre au CIRDI. V. mémoire des demandereses du 17 mars 1999, p. 26, faisant référence à : History, vol II, p. 582, 658, 705, 868, 874, 876 et 877. V. aussi réponse au mémoire soutenant l'incompétence soumis par la défenderesse, du 18 septembre 1999, p. 66 et s. ; exposé complémentaire sur la compétence du Tribunal arbitral du 11 septembre 2002, p. 96. V. aussi les observations du Tribunal arbitral dans sa décision du 8 mai

321. Le passage suivant du même auteur est particulièrement significatif ou pertinent. Il démontre que les rédacteurs de la Convention CIRDI ont été conscients du risque qu'un État d'accueil utilise son droit interne de la nationalité de manière intéressée ou abusive :

« *The host State may not impose its nationality on a foreign investor for the purpose of withdrawing its consent. During the Convention's drafting the problem of compulsory granting of nationality was discussed and the opinion was expressed that this would not be a permissible way for a State to evade its obligation to submit a dispute to the Centre (History, vol. II, page 658, 705, 876). But it was decided that this question could be left to the decision of the Conciliation Commission or Arbitral Tribunal.* »⁶⁴.

322. Il revient donc au Tribunal arbitral d'apprécier le contenu et les effets du droit chilien sur la nationalité et de l'appliquer au cas d'espèce. Ce faisant, le Tribunal est conduit à conclure de ce qui précède la validité d'une renonciation volontaire à la nationalité chilienne lorsque la partie renonçant est double nationale, renonciation dont la réalité a été prouvée par la première partie demanderesse.

323. Aussi pour les raisons indiquées ci-dessus, le Tribunal arbitral estime n'être pas en mesure d'admettre l'exception d'incompétence fondée sur l'allégation selon laquelle la première partie demanderesse posséderait, à la date pertinente, la nationalité chilienne.

Le Tribunal arbitral examine ensuite la condition du consentement à l'arbitrage CIRDI, ce qui le conduit à se prononcer sur l'existence d'un investissement au sens de l'API, sur les conditions d'application *ratione temporis* de l'API et sur l'exercice de l'option irrévocable (*fork in the road*) de l'API. Après avoir constaté que la définition de l'investissement retenue pour l'API était satisfaite en l'espèce (§ 365 à 412), le Tribunal se prononce sur la condition de nationalité au sens de l'API :

412. Afin de bénéficier de la protection de l'API, la première partie demanderesse doit remplir les conditions de nationalité prévues par cet accord.

413. L'API définit, dans son article 1^{er}, le terme « *investisseurs* » qui sont protégés par les garanties de l'API comme :

« *...les personnes physiques ou ressortissants nationaux, selon le droit de la Partie correspondante, et les personnes morales, y compris les compagnies, associations de compagnies, sociétés commerciales et autres organisations qui se trouveraient constituées ou, selon le cas, dûment organisées conformément au droit de cette Partie et qui auraient leur siège dans le territoire de cette dernière, nonobstant le fait qu'elles appartiennent à des personnes physiques ou juridiques étrangères.* ».

2002, p. 38 et 39. Le Tribunal arbitral note l'avis différent du professeur Dupuy qui, dans son avis de droit, écrit : « *Il apparaît en effet évident que les travaux préparatoires se préoccupaient du scénario où l'État hôte impose sa nationalité à l'investisseur étranger. Les travaux préparatoires ne traitaient pas de la situation observée dans la présente affaire, qui est à l'inverse [sic], puisqu'on y rencontre le ressortissant du pays hôte de l'investissement cherchant à se débarrasser de sa nationalité afin de s'ouvrir le recours à un arbitrage international autrement inaccessible.* » (Avis de droit du professeur Pierre-Marie Dupuy, soumis au soutien du contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 29 ; V. aussi contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 287 et 288). Le Tribunal arbitral estime au contraire qu'une interdiction de renoncer à une nationalité (dans un cas où une telle renonciation ne mènerait pas à l'apatridie) équivaut à l'imposition par l'État de sa nationalité.

64. Ch. H. Schreuer, *The ICSID Convention : a Commentary*, 2001, p. 272, § 447.

414. La condition de la nationalité au sens de l'API se distingue de celle de la nationalité au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI en deux aspects fondamentaux. D'abord, contrairement à l'article 25 de la Convention CIRDI, l'API ne précise pas le moment de l'appréciation de la nationalité de la partie requérante. De l'avis du Tribunal, la condition de nationalité au sens de l'API doit être établie à la date du consentement de l'investisseur à l'arbitrage. L'offre d'arbitrer contenue dans le traité doit en effet exister, ce qui suppose que les conditions d'application du traité soient satisfaites, à la date du consentement de l'investisseur pour que celui-ci puisse parfaire la convention d'arbitrage résultant de l'offre générale d'arbitrer contenue dans le traité. Par ailleurs, les conditions d'application du traité, dont la condition de nationalité, doivent également être satisfaites, en l'absence de précision contraire du traité, à la date de la ou des violations alléguées, faute de quoi l'investisseur ne pourrait se prévaloir devant le tribunal arbitral mis en place en application du traité d'une violation de celui-ci.

415. Deuxièmement, le traitement des doubles nationaux par l'API est différent dans son champ d'application et son contenu de celui prévu par la Convention CIRDI. Pour remplir la condition de la nationalité au sens de l'API, il suffit pour la partie demanderesse de démontrer qu'elle possède la nationalité de l'autre État contractant. Contrairement à ce qui a été soutenu par la défenderesse⁶⁵, le fait que la demanderesse ait une double nationalité, comprenant la nationalité de la défenderesse, ne l'exclut pas du champ de protection de l'API. De l'avis du Tribunal arbitral, il n'existe pas de condition de nationalité « *effective et dominante* » pour les double-nationaux dans ce contexte. Un double-national n'est pas exclu du champ d'application de l'API, même si sa nationalité « *effective et dominante* » est celle de l'État de l'investissement (contrairement à ce qui a été soutenu dans l'avis de droit du Professeur Dolzer, produit par la défenderesse)⁶⁶. La considération du but même de l'API et sa rédaction excluent au contraire l'idée d'une condition de nationalité effective et dominante. Ainsi que l'a souligné le professeur Dolzer, l'API accorde sa protection aux « *investisseurs de l'autre Partie* » ou « *investisseur d'une Partie Contractante sur le territoire de l'autre* » (V. par ex. API, art. 2(1), 2(2), 3(1), 4(1), 5, 6, 7(1), 8(1) et 10(1)). L'API n'aborde pas expressément la question de savoir si les double-nationaux hispano-chiliens seraient couverts par son champ d'application. De l'avis du Tribunal arbitral, il ne se justifierait pas d'ajouter (sur la base de ce qui a été prétendu être des règles de droit coutumier international) une condition d'application qui ne résulte ni de sa lettre ni de son esprit⁶⁷.

416. Dans le cas d'espèce, il suffit pour M. Pey Casado de démontrer qu'il possédait la nationalité espagnole au moment de l'acceptation de la compétence du tribunal arbitral sur le fondement de l'API et, pour bénéficier de la protection de fond du traité, au moment de la ou des violations

65. V. contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 6 et 7 et p. 123 et s.; transcription de l'audience du 15 janvier 2007, pp. 45-46 (M^e Leurent); v. aussi la transcription de l'audience du 6 mai 2003, p. 401 (M^e Di Rosa).

66. V. spéc. consultation p. 15 et le contre-mémoire de la défenderesse du 3 février 2003, p. 7.

67. Le Tribunal arbitral partage à ce propos l'opinion des parties demanderesse, notamment qu'en analysant la condition de la nationalité au sens de l'API, le Tribunal doit partir de l'API et l'analyser « *sans aller rechercher des conditions supplémentaires implicites* » transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 61 (M^e Malinvaud). Les règles concernant le domaine de la protection diplomatique invoquées par la défenderesse (transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 46 et 51 (M^e Leurent)) ne changent rien à cette conclusion.

alléguées de l'API. Comme on l'a vu dans les développements qui précèdent, cette condition est satisfaite⁶⁸.

417. En toute hypothèse, le Tribunal arbitral observera qu'à supposer même que la notion de nationalité effective et dominante soit un élément pertinent dans le cas de double nationalité, aux fins de l'application de l'API bien que celui-ci ne le prévoit pas, cette condition serait remplie dans le cas d'espèce. À partir de 1974, la nationalité « *primaire* » de M. Pey Casado est la nationalité espagnole, cette nationalité étant également sa nationalité d'origine.

418. Pour toutes ces raisons, de l'avis du Tribunal arbitral, la première partie demanderesse remplit la condition de la nationalité au sens de l'API.

Il aborde ensuite que la condition d'application *ratione temporis* de l'API :

419. Pour que l'acceptation par l'investisseur de l'offre d'arbitrer émise par l'État dans l'API puisse parfaire le consentement des parties, il est nécessaire que l'offre d'arbitrer faite par l'État couvre les matières que l'investisseur prétend soumettre à l'arbitre. C'est la satisfaction de cette condition, qui dépend des conditions d'application *ratione temporis* de l'API, que le Tribunal se propose d'examiner à présent.

420. L'API Espagne-Chili est entré en vigueur le 29 mars 1994.

421. L'article 10 de l'API Espagne-Chili prévoit la possibilité de recourir à l'arbitrage CIRDI en cas de « *controverse* » relative aux investissements entre l'État d'accueil et un investisseur de l'autre État partie à l'API :

[...]

422. C'est l'article 2 de l'API qui contient les dispositions relatives à son application dans le temps :

« 1. Chacune des Parties soutiendra, dans la mesure du possible, les investissements effectués dans son territoire par des investisseurs de l'autre Partie et admettra ses investissements conformément à ses dispositions légales.

2. Le présent Traité s'appliquera aux investissements qui seraient réalisés à partir de son entrée en vigueur par des investisseurs de l'une des Parties contractantes dans le territoire de l'autre. Toutefois, il bénéficiera également aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur et qui, selon la législation de la Partie contractante concernée, auraient la qualité d'investissement étranger.

3. Il ne s'appliquera pas, néanmoins, aux controverses ou réclamations surgies ou résolues antérieurement à son entrée en vigueur »⁶⁹.

423. L'application dans le temps du traité soulève deux questions distinctes : celle de la compétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral saisi sur le fondement de l'API et celle de l'applicabilité *ratione temporis* des obligations de fond de l'API.

424. Les Tribunaux arbitraux constitués dans les affaires *Salini et Impregilo* ont du reste justement souligné cette distinction :

68. L'expert consulté par la défenderesse, le professeur Dolzer, admet l'application de l'API dans ce cas, et écrit dans son avis de droit du 3 février 2003 : « [...] *il est possible, selon mon opinion, qu'un investisseur de l'autre Partie Contractante dans le contexte de l'API Chili-Espagne soit une personne de double nationalité hispano-chilienne qui investisse au Chili, mais seulement si la nationalité dominante et effective de cette personne est la nationalité espagnole.* » (p. 11).

69. Traduction produite par les parties demanderesses en annexe 3 à la requête d'arbitrage du 3 novembre 1997.

« [...] one must distinguish carefully between jurisdiction *ratione temporis* of an ICSID Tribunal and applicability *ratione temporis* of the substantive obligations contained in a BIT »⁷⁰.

425. Ainsi que l'observe le professeur Christoph Schreuer, « [e]ven if jurisdiction is established under a treaty, this does not mean that the treaty's substantive provisions are necessarily applicable to all aspects of the case. The general rule is that the law applicable to acts and events will normally be the law in force at the time they occurred »⁷¹.

426. Les demanderesse ont indiqué lors des audiences du 15 janvier 2007 que le seul critère à prendre en compte était l'apparition d'une controverse postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que les demanderesse invoquent l'applicabilité des obligations de fond de l'API, en se fondant cumulativement sur les notions de fait illicite continu et de fait illicite composite.⁷² Il s'agit en réalité de deux problèmes distincts qui seront examinés séparément par le Tribunal.

427. En effet, pour que l'État chilien puisse voir sa responsabilité engagée en application des dispositions de l'API, il faut d'une part que le Tribunal soit compétent *ratione temporis* et, d'autre part, que les dispositions de fond de l'API soient applicables *ratione temporis* aux violations alléguées.

428. Le Tribunal ne pourra se déclarer compétent *ratione temporis* que si l'investissement des parties demanderesse est couvert par l'API au moment des faits litigieux et si le ou les différends invoqués sont eux-mêmes couverts par l'API.

429. Les dispositions de fond de l'API ne sont quant à elles applicables que si l'API est en vigueur au moment où sont commises les violations alléguées.

En application de ces principes, le Tribunal estime que l'investissement effectué en 1972 par M. Pey Casado est couvert par l'API et que les différends invoqués le sont également.

C'est le cas du différend relatif à l'expropriation qui n'est né, selon le Tribunal, qu'en 1995.

446. Le Tribunal en conclut que le différend est né après l'entrée en vigueur du Traité, les parties n'ayant pas exprimé et opposé leurs différences de vues avant l'année 1995. Les demanderesse ont précisé à plusieurs reprises qu'il fallait distinguer le différend et les faits à l'origine du différend⁷³. Le Tribunal partage cette analyse. Comme l'a récemment rappelé le tribunal

70. *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA c/ Le Royaume hachémite de Jordanie, affaire CIRDI n° ARB/02/13, décision sur la compétence, 29 nov. 2004, § 176 ; JDI 2005, p. 182, spéc. p. 205. – V. aussi Impregilo vs Pakistan, affaire CIRDI n° ARB/03/3, décision sur la compétence, 22 avr. 2005 ; JDI 2006, p. 287, spéc. p. 302 : « care must be taken to distinguish between (1) the jurisdiction *ratione temporis* of an ICSID tribunal and (2) the applicability *ratione temporis* of the substantive obligations contained in a BIT » (§ 309).*

71. Ch. H. Schreuer, *Consent to arbitration, Transnational Dispute Management, vol. 2, n° 2, nov. 2005* (article mis à jour le 27 février 2007), p. 33, disponible sur le site www.transnational-dispute-management.com.

72. Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 91 (M^e Malinvaud). C'était déjà la position des parties demanderesse lors des audiences de mai 2003 : « la première position du demandeur est que la décision 43 du 28 avril 2000 constitue un acte de dépossession qui est à l'origine d'une nouvelle controverse soulevée par les demanderesse, et que dès lors toute la question de l'application *ratione temporis* du traité n'a plus d'intérêt » (transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 178 (M^e Malinvaud)).

73. V. par ex. la transcription de l'audience du 4 mai 2000, p. 110 (M^e Malinvaud) : « le Chili fait une confusion entre la controverse et les faits à l'origine de la controverse » ; V. également la transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 176 et 177 (M^e Malinvaud) qui distingue les faits à l'origine de la controverse entre 1973 et 1977 et la controverse elle-même, née en 1995-1997 ; V. la transcription de

arbitral constitué dans l'affaire *Duke Energy*, « *What is decisive of the Tribunal's jurisdiction ratione temporis is the point in time at which the instant legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute is based took place* »⁷⁴.

447. L'argument de la partie adverse selon lequel « *le différend juridique, objet du présent arbitrage, est né le 10 février 1975* », ne tient aucun compte de la distinction entre le moment où survient le différend et celui où se produisent les faits litigieux qui en sont la source.⁷⁵ La date invoquée par la défenderesse est celle de l'adoption d'un décret de confiscation qui est certes à l'origine du différend mais n'en est ni la manifestation concrète ni la cristallisation ; l'État défendeur ne fait pas état d'une opposition entre M. Pey Casado et le Gouvernement chilien à cette époque qui soit susceptible de refléter l'expression d'un différend. Le premier différend allégué étant postérieur à l'entrée en vigueur de l'API Espagne-Chili, la condition de compétence se trouve satisfaite à son égard.

Le Tribunal estime qu'il en va de même du différend relatif à la décision n° 43 du ministère des Biens nationaux, décision qui accorde une indemnisation à des personnes autres que les parties demanderesses pour la confiscation des biens des sociétés CPP SA et EPC Ltda, ainsi que du différend relatif aux prétentions des demanderesses de voir l'État condamné au titre du déni de justice qui résulterait de l'inaction prolongée de ses tribunaux sur leur demande concernant la rotative ayant appartenu au journal.

465. Au vu de ce qui précède, le Tribunal conclut que les trois différends invoqués par les demanderesses sont bien survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API et qu'il est en conséquence compétent *ratione temporis* pour en connaître.

466. Cela ne signifie pas pour autant que les dispositions de fond de l'API sont applicables à l'intégralité des violations alléguées par les demanderesses. En effet, en vertu du principe de non-rétroactivité des traités, l'applicabilité des obligations de fond d'un traité est déterminée, sauf accord contraire des parties que le Tribunal estime ne pas être intervenu en l'espèce, en fonction de la date à laquelle s'est produit le fait illicite et non en fonction du moment où apparaît et se cristallise le différend, critère distinct ne servant qu'à établir la compétence *ratione temporis* du Tribunal. Ce n'est que si la violation alléguée est postérieure à l'entrée en vigueur du traité que les dispositions de fond de ce dernier seront applicables à ladite violation. Cette question sera examinée dans les développements concernant le fond.

Sur l'option irrévocable, le Tribunal estime que celle-ci ne peut jouer que si les demandes portées respectivement devant les juridictions nationales et devant le Tribunal arbitral ont le même objet, le même fondement et opposent les mêmes parties, et que ces conditions n'étaient pas satisfaites en l'espèce.

l'audience du 15 janvier 2007, p. 84 (M^e Malinvaud) et la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 40 et 41 (M^e Malinvaud).

74. *Duke Energy International Peru Investments N° 1, Ltd. c/ Pérou, affaire CIRDI n° ARB/03/28 décision sur la compétence, 1^{er} février 2006, §. 148.*

75. Mémoire en réplique sur l'incompétence du 27 décembre 1999, p. 64 ; V. également la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 10 et p. 16 : « *le Chili a dit que la controverse a eu lieu quand ont eu lieu les actes d'expropriation [...]* ». V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 21 (M^e Di Rosa).

Le Tribunal se prononce ensuite sur sa compétence pour connaître des demandes de la Fondation Allende créée en 1990 et cessionnaire d'une partie des droits de M. Pey Casado (§ 501). Il estime que la cession de ces droits de M. Pey Casado à la Fondation est valable et opposable à la défenderesse qui lui a conféré la qualité d'investisseur (§ 537 à 544). Il décide également que la Fondation remplit la condition de nationalité (§ 545 à 550) et les conditions d'application de l'API dont dépend l'applicabilité de la clause de règlement des différends du traité et donc la satisfaction de la condition de consentement de l'État (§ 551 à 567).

Il examine ensuite sur la fin de non-recevoir tirée de l'absence alléguée de consultations amiables de la part de la Fondation Allende (§ 569 à 573) avant d'aborder la question de fond de la responsabilité de l'État pour les violations alléguées de l'API.

Sur l'application dans le temps des dispositions de fond de l'API, le Tribunal estime qu'en vertu des dispositions du traité, la survenance d'une controverse postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API ne suffit pas à ce que les conditions de fond du traité s'appliquent rétroactivement à la cause.

582. Si, conventionnellement, les parties sont autorisées à déroger au principe de non-rétroactivité, cette dérogation ne saurait être présumée. Elle signifie en effet que l'État accepte de protéger les investissements postérieurs et antérieurs au traité et surtout que l'État s'engage à avoir respecté les obligations du traité vis-à-vis des investissements accomplis sur son territoire, avant même la date l'entrée en vigueur du traité⁷⁶. Un tel engagement de se reconnaître responsable d'agissements qui ont déjà eu lieu au moment où le traité entre en vigueur ne saurait être présumé⁷⁷.

583. La partie demanderesse voit pourtant dans l'article 2.3 de l'API « *une dérogation expresse à ce que l'on pourrait appeler une application rétroactive du Traité* »⁷⁸. Le Tribunal ne partage pas cette analyse. Le fait d'affirmer expressément à l'article 2.3 que l'API ne s'applique pas aux *différends* survenus antérieurement à son entrée en vigueur ne signifie pas, même implicitement, que l'API pourrait s'appliquer à toutes les *violations* commises avant son entrée en vigueur. Cela reviendrait à renverser le principe posé à l'article 28 de la convention de Vienne et constamment réaffirmé en jurisprudence.

584. Comme l'a justement rappelé le Tribunal constitué dans l'affaire *Mondev*, « *The basic principle is that a State can only be internationally responsible for breach of a treaty obligation if the obligation is in force for that State at the time of the alleged breach. The principle is stated both in the Vienna*

76. Le Tribunal relève que l'investisseur ne pouvait pas compter sur la possibilité d'un recours fondé sur un API qui n'existait pas à l'époque de son investissement ni à celle des violations alléguées de 1973-1977. V. la remarque du Tribunal dans l'affaire *Lucchetti* à propos de l'investisseur : « *[The investor] cannot say that it made its investment in reliance on the BIT, for the simple reason that the treaty did not exist until years after Lucchetti had acquired the site, built its factory, and was well into the second year of full production. It cannot conceivably contend that it invested in reliance on the existence of this international remedy* » (*Empresas Lucchetti SA and Lucchetti Peru SA c/ Pérou, affaire CIRDI n° ARB/03/4, sentence du 7 février 2005, § 61*).

77. Ainsi que le relève l'auteur du commentaire des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, « *les cas d'acceptation rétroactive de la responsabilité sont très rares* » (*J. Crawford, Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, Pedone, 2003, p. 159*).

78. Transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 84 (M^e Malinvaud).

Convention on the Law of Treaties and in the ILC's Articles on State Responsibility, and has been repeatedly affirmed by international tribunals »⁷⁹. Le Tribunal ne voit en l'espèce aucune raison de déroger à ce principe. La formulation au futur des obligations de fond de l'API⁸⁰ est du reste un indice supplémentaire de l'inapplicabilité de ces obligations à des faits survenus lorsqu'elles n'existaient pas⁸¹.

585. Au total, l'argument de la partie demanderesse ne tient pas compte de la distinction, pourtant essentielle, entre la compétence *ratione temporis* du Tribunal et l'applicabilité *ratione temporis* des dispositions de fond du traité. Ces deux exigences doivent être satisfaites l'une et l'autre pour que la responsabilité internationale de l'État puisse être engagée sur le fondement du traité. L'existence d'une controverse postérieure à l'entrée en vigueur de l'API ne peut à elle seule entraîner l'application rétroactive automatique des dispositions de fond de l'API en question. L'API Espagne-Chili ne contient aucun article de nature « *dérogatoire* », susceptible de permettre l'application de ses dispositions de fond à des faits antérieurs à son entrée en vigueur.

Le Tribunal rejette ensuite l'argumentation de la demanderesse selon laquelle les violations alléguées antérieures s'analyseraient en un fait illicite continu ou en des éléments d'un fait illicite composite auxquelles les dispositions de fond du traité s'appliqueraient.

600. Après examen des faits et des prétentions des parties, le Tribunal est parvenu à la conclusion que l'expropriation résultant du Décret n° 165 ne peut être analysée comme un fait illicite continu et ne peut se voir appliquer les dispositions de fond de l'API. En revanche, les dispositions de fond de l'API sont applicables *ratione temporis* à la violation résultant de la Décision n° 43 et au déni de justice allégué par les demanderesse, ces actes étant postérieurs à l'entrée en vigueur du traité.

i. Les dispositions de fond de l'API ne sont pas applicables *ratione temporis* à l'expropriation prononcée par le décret n° 165 du 10 février 1975

601. Pour tenter de démontrer que les dispositions de fond de l'API, et notamment celles de l'article 5 relatives à l'expropriation, sont applicables *ratione temporis* à l'expropriation de 1975, les parties demanderesse se fondent sur la prétendue nullité *ab initio* du décret n° 165⁸² au regard du droit interne et sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, pour en déduire le caractère continu de l'acte litigieux. La violation alléguée, bien antérieure à 1994, se serait ainsi poursuivie au-delà de la date d'entrée en vigueur de l'API.

602. En l'espèce, aucun des arguments avancés par les demanderesse ne convainc le Tribunal.

603. L'argumentation développée par les demanderesse sur la nullité du décret n° 165 au regard du droit interne ne suffit pas à justifier leur position. En effet, les demanderesse se bornent à inviter le Tribunal à faire une application par analogie de l'arrêt de la Cour suprême du Chili du 14 mai

79. *V. Mondev International Ltd. c/ États-Unis d'Amérique, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/2, sentence finale du 11 octobre 2002, § 68.*

80. *V. par ex. API Espagne-Chili, art. 3 à 6.*

81. *V. Tradex Hellas SA c/ Albanie, affaire CIRDI n° ARB/94/2, décision sur la compétence du 24 décembre 1996, § 65 ; JDI 2000, p. 151, spéc. p. 155 et s. – V. également Técnicas Medioambientales Tecmed, SA c/ Mexique, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence finale du 29 mai 2003, § 65.*

82. *V. exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 152. V. également réplique des demanderesse au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 254.*

2002 sans véritablement démontrer en quoi le décret litigieux serait lui-même contraire à l'article 4 de la Constitution de 1925⁸³. À la connaissance du Tribunal, la validité du décret n° 165 n'a pas été remise en cause par les juridictions internes et ce décret fait toujours partie de l'ordre juridique interne chilien.

604. Pour tenter d'établir que le décret n° 165 constitue une violation à caractère continu au regard du droit international, les demanderesse invoquent certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et notamment l'arrêt *Loizidou*⁸⁴.

605. Le Tribunal estime que la jurisprudence invoquée ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce et ne peut servir de fondement pour qualifier de fait illicite continu une expropriation qui, en l'espèce, a été condamnée avant l'entrée en vigueur du traité.

606. En effet, dans l'affaire *Loizidou*, la Cour est parvenue à la conclusion que la Turquie avait commis une violation continue du droit de propriété de la partie demanderesse au motif que la Constitution de la République turque de Chypre nord de 1985, norme antérieure à l'entrée en vigueur de la convention vis-à-vis de l'État défendeur et sur laquelle était fondée le transfert de propriété litigieux, ne pouvait se voir attribuer de validité juridique. En adoptant un raisonnement implicite,⁸⁵ la Cour n'a toutefois pas vérifié l'existence des deux composantes du concept de violation continue, à savoir « *un événement critique constituant la violation première, et sa continuation* »⁸⁶, ne distinguant pas notamment une situation d'occupation *de facto* de celle où a lieu un transfert de propriété⁸⁷. La solution retenue par la Cour revêt, aux yeux du présent Tribunal, un caractère exceptionnel⁸⁸ que reflète la vigueur des opinions dissidentes sur la question de l'application de la convention *ratione temporis*⁸⁹. Elle repose sur une interprétation particulièrement large de la notion de violation continue que ne partage pas le présent Tribunal.

607. L'arrêt *Papamichalopoulos*, également invoqué à plusieurs reprises par les demanderesse au soutien de leur thèse sur l'expropriation comme acte continu, doit lui aussi être distingué de la présente affaire. L'arrêt ne concerne pas un transfert de propriété nettement identifié dans le temps mais l'occupation *de facto* de terrains par l'armée au moyen d'actes successifs. Le gouvernement grec n'avait en outre pas soulevé d'exception d'incompétence *ratione temporis* et la Cour a pu se borner « à noter que les griefs des intéressés ont trait à une situation continue, qui subsiste à l'heure actuelle »⁹⁰. Les autres affaires citées brièvement par les demanderesse lors des audiences de janvier

83. V. exposé complémentaire sur le fond de l'affaire du 11 septembre 2002, p. 76 à 78, spéc. p. 77. V. également réplique des demanderesse au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 237, note 430.

84. V. réplique des demanderesse au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 238 et la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 90 (M^e Malinvaud).

85. La Cour n'affirme pas expressément qu'il s'agit d'une violation continue. V. sur ce point les observations de P. Tavernier : *JDI* 1997, p. 273, spéc. p. 274.

86. V. *Loizidou c/ Turquie*, fond : Rec. CEDH 1996, VI, *opinion dissidente du juge Jambrek*, § 5.

87. V. *Loizidou c/ Turquie*, fond : Rec. CEDH 1996, VI, *opinion dissidente du juge Baka*, p. 30 et 31.

88. V. J. Crawford (éd.), *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État* : Pédone, 2003, p. 163.

89. V. *Loizidou c/ Turquie*, fond : Rec. CEDH 1996, VI, *opinions dissidentes des juges Bernhardt, Baka, Jambrek, Pettiti et Gölcüklü*.

90. CEDH, *Papamichalopoulos et a. c/ Grèce*, Série A, n° 260-B (1993), § 40.

2007 (*SGS c/ Philippines, Ilascu c/ Moldavie et Russie, Broniowski c/ Pologne*⁹¹) ne concernent pas des cas d'expropriation et ne permettent pas de conclure que les actes de confiscation commis en l'espèce avant l'entrée en vigueur de l'API sont des actes continus qui se seraient poursuivis au-delà de l'entrée en vigueur de l'API.

608. En l'espèce, l'expropriation litigieuse, qui a débuté avec les saisies effectuées par l'armée en 1973, s'est achevée avec l'entrée en vigueur du décret n° 165 du 10 février 1975 qui a prononcé le transfert de propriété des biens des sociétés CPP SA et EPC Ltda à l'État. À cette date, l'expropriation était consommée, quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur sa licéité. Aussi le Tribunal considère que l'expropriation dont se plaignent les demanderesse doit être qualifiée d'acte instantané, antérieur à la date d'entrée en vigueur de l'API. Cette analyse est conforme à la position de principe de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère l'expropriation comme un acte instantané et qui ne crée pas une situation continue de « *privation d'un droit* ».

609. Dans l'affaire *Malhous*, la Cour a en effet rappelé :

« *qu'elle ne peut examiner une requête que dans la mesure où elle se rapporte à des événements s'étant produits après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Partie contractante concernée. En l'espèce, les biens du père du requérant ont été expropriés en juin 1949 et attribués à d'autres personnes physiques en 1957, soit bien avant le 18 mars 1992, date à laquelle la Convention est entrée en vigueur à l'égard de la République tchèque (Kuchař et Štís c/ République tchèque (déc.), n° 37527/97, 23 mai 2000, non publiée). La Cour n'est donc pas compétente ratione temporis pour examiner les circonstances de l'expropriation ou les effets continus produits par elle jusqu'à ce jour. A ce propos, elle rappelle et confirme la jurisprudence bien établie de la Commission selon laquelle la privation d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel constitue en principe un acte instantané et ne crée pas une situation continue de « privation d'un droit » (voir, par exemple, Mayer et autres c/ Allemagne, requêtes n° 18890/91, 19048/91, 19342/92 et 19549/92, décision de la Commission du 4 mars 1996, Décisions et rapports (DR) 85-B, p. 5, et Bre[009e]ny c. Slovaquie, requête n° 23131/93, décision de la Commission du 4 mars 1996, DR 85-A, p. 65) »⁹².*

610. La Cour a repris ce raisonnement dans sa jurisprudence ultérieure, confirmant, d'une part, que la Convention n'est pas applicable *ratione temporis* à des faits qui sont antérieurs à son entrée en vigueur et, d'autre part, que l'expropriation constitue en principe un acte instantané et qu'elle n'est pas créatrice d'une situation continue⁹³. Il en va de même dans la présente

91. L'affaire *SGS c/ Philippines* concernait un simple refus de payer une dette en application d'un contrat (*SGS Société Générale de Surveillance SA c/ République des Philippines, affaire CIRDI n° ARB/02/06, décision sur la compétence du 29 janvier 2004*) ; l'arrêt *Ilascu* concernait un cas de détention illégale, l'expropriation n'ayant pas été discutée (V. § 404 et 405) (*CEDH, 8 juill. 2004, Ilascu et a. c/ Moldavie et Russie*) ; l'arrêt *Broniowski* portait sur la mise en œuvre d'un droit à une mesure compensatoire que le droit interne avait conféré au demandeur avant la date d'entrée en vigueur de la Convention européenne des droits de l'homme et continué à lui accorder après cette date (*Broniowski c/ Pologne, C.E.D.H., décision sur la recevabilité du 19 décembre 2002*).

92. *CEDH, Malhous c/ République tchèque, décision sur la recevabilité du 13 décembre 2000, p. 16 (B 2° c)*.

93. 1580 V. par exemple *CEDH, 3 déc. 2002, Smoleanu c/ Roumanie*, § 45 et 46 : « [...] la Cour rappelle, premièrement, qu'elle ne peut examiner une requête que dans la mesure où elle se rapporte à des événements s'étant produits après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Partie contractante concernée. En l'espèce, la maison de la requérante a été nationalisée en 1950, soit bien avant le 20 juin 1994, date à laquelle la convention est entrée en vigueur à l'égard de la Roumanie. La

affaire : les dispositions de fond de l'API ne sont pas applicables *ratione temporis* aux actes d'expropriation commis avant l'entrée en vigueur du traité, ces actes étant achevés et ne pouvant donner naissance à une situation continue.

611. Une fois le traité en vigueur, il n'est toutefois pas interdit au Tribunal de prendre en considération des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du traité pour examiner le contexte dans lequel sont intervenus les actes que les demandereses estiment devoir être qualifiés de violations postérieures à l'entrée en vigueur du traité. C'est ce qu'a rappelé le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire *MCI c/ Ecuador* qui estimait n'être compétent qu'à l'égard des actes postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API lorsque ces actes sont présentés comme des violations de l'API :

« *Prior events may only be considered by the Tribunal for purposes of understanding the background, the causes, or scope of violations of the BIT that occurred after its entry into force* »⁹⁴.

612. En conséquence, même si en l'espèce les dispositions de fond de l'API ne sont pas applicables aux actes d'expropriation antérieurs à son entrée en vigueur, le Tribunal pourra examiner les violations de l'API qui se sont produites après son entrée en vigueur, en prenant en compte au titre du contexte des événements qui ont eu lieu avant cette date. Il convient dès lors de déterminer si les autres violations invoquées par les demandereses peuvent effectivement se voir appliquer les dispositions de fond de l'API *ratione temporis*.

ii. Les dispositions de fond de l'API sont applicables à la décision n° 43 du 28 avril 2000

613. Selon les parties demandereses, la décision n° 43 du 28 avril 2000 serait en elle-même contraire aux articles 3, 4 et 5 de l'API⁹⁵. La décision n° 43 a été rendue en application de la loi n° 19-568, promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API. Cette loi dispose dans son article 1 que « *les personnes physiques ou les personnes morales, incluant les partis politiques, qui [ont] été privé[s] du domaine de leurs biens par l'application des*

Cour n'est donc pas compétente *ratione temporis* pour examiner les circonstances de la nationalisation ou les effets continus produits par elle jusqu'à ce jour. Elle rappelle et confirme sa jurisprudence bien établie selon laquelle la privation d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel constitue en principe un acte instantané et ne crée pas une situation continue de « privation d'un droit ». V. par ex. *Lupule? c/ Roumanie*, requête n° 25497/94, décision de la Commission du 17 mai 1996, *Décisions et Rapports (DR)* 85-A, p. 126. V. CEDH, *Bergauer c/ République Tchèque*, décision sur la recevabilité, 13 déc. 2005, p. 10 : « *The Court notes that the expropriation of the applicants' or their predecessors' property occurred shortly after the Second World War almost fifty years ago, long before the entry into force of the Convention with respect to the Czech Republic. Moreover, according to the Convention case-law, a deprivation of ownership or other rights in rem is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of the « deprivation of a right » (see *Malhous vs the Czech Republic (dec.)* [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references) ». V. également CEDH, *Abbasov c/ Azerbaïdjan*, décision partielle sur la recevabilité du 24 octobre 2006, p. 5, § 4 : « *Assuming that the complaint falls within the ambit of Article 1 of Protocol N° 1 of the Convention, the Court notes that the applicant's property was confiscated prior to 15 April 2002 [date of the Convention's entry into force with respect to Azerbaijan]. According to the Court's case-law, a deprivation of ownership or other rights in rem is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of « deprivation of a right » (see *Malhous vs the Czech Republic (dec.)*, n° 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references). It follows that this complaint is also incompatible *ratione temporis* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4 ».**

94. *MCI Power Group LC and New Turbine, Inc. c/ Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007, § 93.

95. See footnote 557.

décrets-lois N°12, 77 et 133, de 1973 ; 1.687, de 1977, et 2.346, de 1978, **auront le droit de solliciter leur restitution ou de réclamer le paiement d'une indemnisation, conformément aux normes établies dans cette loi** » (souligné par nous). L'État défendeur a ainsi créé un droit à indemnisation, défini et délimité par la loi interne, et ayant vocation à s'appliquer à des personnes visées par une législation adoptée pendant la période 1973-1978.

614. La décision n° 43, qui autorise l'indemnisation de personnes autres que les parties demanderesse pour l'expropriation des biens des sociétés CPP SA et EPC Ltda en application de la loi de 1998, est qualifiée par les parties demanderesse de « *nouvelle dépossession* »⁹⁶ contraire aux dispositions de fond de l'API. Cette décision étant intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur de l'API, le Tribunal conclut que les dispositions de fond de ce dernier lui sont applicables *ratione temporis*, sans toutefois préjuger à ce stade de sa décision au fond sur la violation alléguée.

615. Le Tribunal estime en revanche que le fait illicite composite invoqué par les parties demanderesse n'existe pas en l'espèce.

616. Le Tribunal rappellera que les demanderesse prétendent regrouper au sein d'un fait composite « *les décrets de 1975 et 1977* », « *le refus d'indemnisation de 1995* » et la décision n° 43 du 28 avril 2000⁹⁷.

617. Or, l'existence d'un fait illicite composite implique la réunion « *d'une série d'actes ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite* ». La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une telle série d'actes ou d'omissions, n'a lieu que lorsque se produit « *l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite* »⁹⁸.

618. Le Tribunal rappellera également que l'allégation de fait composite illicite ne permet pas, en toute hypothèse, de s'affranchir du principe de non-rétroactivité. Ainsi, « *[d]ans le cas où l'obligation en question n'existait pas au début de la conduite mais est née par la suite, la « première » des actions ou omissions de la série, aux fins de la responsabilité des États, sera la première à s'être produite après la naissance de l'obligation. Cela n'exclut pas pour autant que les tribunaux puissent prendre en considération des actions ou omissions antérieures à d'autres fins (par exemple, pour établir la base factuelle de violations ultérieures ou pour prouver l'intention)* »⁹⁹.

619. De l'avis du Tribunal, la qualification d'acte illicite composite ne peut pas être retenue en l'espèce car les faits litigieux allégués par les demanderesse ne correspondent ni à une série d'actes constitutive d'une infraction distincte des manquements invoqués ni à une pratique de l'État chilien découlant de l'« *accumulation de manquements de nature identique ou analogue assez nombreux et liés entre eux* »¹⁰⁰. Il n'y a pas dans la présente affaire de « *système* » ou d'« *ensemble* » d'actes illicites qui, pris de manière globale, apparaîtraient comme un fait illicite.

620. La saisie et le transfert de la propriété à l'État des biens des sociétés CPP SA et EPC Ltda sont constitutifs d'un fait consommé et distinct des violations postérieures à l'entrée en vigueur de l'API dont font état les

96. V. par exemple la transcription de l'audience du 5 mai 2003, p. 226 (M^e Malinvaud).

97. V. l'argumentation développée à titre subsidiaire par les parties demanderesse dans la transcription de l'audience du 15 janvier 2007, p. 87 et 88 (M^e Malinvaud).

98. Article 15 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État.

99. J. Crawford (éd.), *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État : Pédone, 2003*, p. 172.

100. *Irlande c/ Royaume Uni, CEDH, Série A, n° 25 (1978)*, p. 64, § 159 in J. Crawford (éd.), *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État : Pédone, 2003*, p. 170.

demandereses. Le Tribunal en a conclu que les dispositions de fond de l'API n'étaient pas applicables à l'expropriation des biens des sociétés CPP SA et EPC Ltda.

621. Les autres actes présentés par les demandereses comme éléments du fait composite allégué se sont tous produits postérieurement à l'entrée en vigueur du traité. Il s'agit essentiellement, selon les demandereses, du refus d'indemnisation opposé à M. Pey Casado en 1995 et de la décision n° 43. Le refus d'indemnisation se rapporte à une expropriation qui a eu lieu dans les années 1970, à une époque où l'API n'était pas en vigueur. Ce refus d'indemnisation n'est pas en lui-même contraire au traité, le seul droit d'indemnisation postérieur au traité n'ayant été créé par le législateur chilien qu'en 1998 ; il ne peut davantage être relié à une violation survenue postérieurement à l'entrée en vigueur du traité, l'expropriation ayant eu lieu bien avant cette date. Présenter le refus d'indemnisation comme l'élément d'un fait composite revient à confondre la notion de différend avec les faits qui en sont à l'origine, ce que les demandereses ont par ailleurs reproché à la défenderesse.

622. La Décision n° 43 du 28 avril 2000 revêt quant à elle un caractère différent. Les demandereses l'ont qualifié de « *nouvelle dépossession* », notamment dans le but d'accréditer la thèse d'un fait composite comprenant une série de manquements identiques et analogues. Il est pourtant impossible d'exproprier deux fois de suite les mêmes biens. Les biens des sociétés CPP SA et EPC Ltda ont fait l'objet d'une expropriation définitive en 1975. Sans anticiper sur le traitement de la violation alléguée, le Tribunal observe que la décision n° 43 paraît devoir s'analyser davantage en une application discriminatoire d'une loi postérieure au traité et des droits que celle-ci a créés. Il s'agit d'une question distincte et non pas d'un fait identique à l'expropriation susceptible de former l'un des ingrédients du fait composite allégué. L'argument des demandereses ne peut donc être retenu par le Tribunal.

623. En réalité, la seule qualification susceptible d'être retenue serait celle d'un acte composite comprenant une série d'atteintes au traitement juste et équitable de l'investissement des parties demandereses, résidant essentiellement dans la Décision n° 43 et le déni de justice allégué qui lui est lié concernant la rotative Goss. Ces faits sont tous postérieurs à l'entrée en vigueur de l'API. Cette hypothèse n'a toutefois pas été présentée par les demandereses et son éventuel bien-fondé ne changerait pas la position du Tribunal sur la question de l'applicabilité des dispositions de fond de l'API *ratione temporis* que le Tribunal arbitral estime applicables tant à la décision n° 43 qu'au déni de justice allégué relatif à la rotative Goss. Que ces faits soient envisagés ensemble, en tant qu'éléments d'un acte composite, ou séparément n'est pas de nature à modifier en quoi que ce soit les conclusions du Tribunal arbitral.

iii. Les dispositions de fond du traité sont applicables au déni de justice allégué

624. Les parties demandereses prétendent être victimes d'un déni de justice qui aurait eu lieu durant une période commençant en 1995 et allant à tout le moins jusqu'en 2002. Le déni de justice allégué comportait initialement deux aspects : l'impossibilité d'obtenir une décision sur le fond en première instance au bout de sept ans de procédure dans l'affaire concernant la restitution de la rotative Goss et l'intervention de la décision n° 43, dont l'incompatibilité avec la procédure judiciaire a été en vain contestée par les

demanderes, présentées comme une violation de l'article 4 de l'API.¹⁰¹ Lors des audiences de janvier 2007, les demanderes ont élargi leur demande fondée sur le déni de justice « à l'ensemble du contentieux soumis au Tribunal arbitral [...] »¹⁰².

Il retient en revanche la responsabilité de l'État au titre du comportement des autorités chiliennes postérieur à l'entrée en vigueur de l'API.

652. Comme le Tribunal l'a expliqué ci-dessus, ayant décidé que les biens des sociétés CPP SA et EPC Ltda ont fait l'objet d'une expropriation définitive en 1975, et ayant rejeté la thèse d'un fait illicite composite, la décision n° 43 doit s'analyser en une application discriminatoire d'une loi postérieure à l'API et des droits que celle-ci a créés. Par conséquent, il convient pour le Tribunal d'analyser les violations alléguées, au moins en premier lieu, sur la base de l'article 4 de l'API, les articles 3 et 5 ayant été invoqués par les demanderes dans le cadre de leur thèse de l'acte illicite continu, qui a été rejetée¹⁰³. Le même fondement, l'article 4 de l'API serait applicable au déni de justice allégué des parties demanderes.

653. La question se pose en particulier de savoir si le comportement des autorités chiliennes, législatives, administratives et judiciaires, peut ou non être considéré comme constituant un « déni de justice » et une violation du devoir d'accorder à l'investissement étranger une protection suffisante, soit plus précisément, un « traitement juste et équitable » au sens de l'article 4 (1) de l'API ainsi conçu :

« Chaque Partie garantira dans son territoire, en accord avec sa législation nationale, un traitement juste et équitable aux investissements réalisés par des investisseurs de l'autre Partie, sous des conditions non moins favorables que pour ses investisseurs nationaux ».

654. On notera que les deux notions (de « traitement juste et équitable » et de « déni de justice »), parfois distinguées et parfois confondues dans la doctrine et la jurisprudence, présentent ce caractère commun d'être, sinon indéfinissables, du moins peu susceptibles d'une définition qui fasse l'objet d'un consensus quant à son contenu. Cela bien que la majorité des traités relatifs à la protection des investissements aient jugé inutile de se référer non pas (ou non pas seulement) au standard minimum de droit international mais à l'obligation d'accorder aux investissements couverts par le traité (c'est-à-dire de leurs ressortissants respectifs) un « traitement juste et équitable ».

655. Selon une étude récente de l'OCDE :

« l'obligation d'accorder un « traitement juste et équitable » est souvent énoncée concurremment avec d'autres normes visant à assurer la protection de l'investis-

101. V. réplique des demanderes au contre-mémoire de la défenderesse, du 23 février 2003, p. 103 et s. V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 42 et s., spéc. p. 45 : « le fondement juridique du déni de justice se trouve à l'évidence dans l'article 4 de l'API Espagne-Chili » (M^e Garcés).

102. Transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 46 (M^e Garcés). V. également la transcription de l'audience du 16 janvier 2007, p. 47 (M^e Malinvaud) : « le refus répété d'indemnisations à partir de 1995 est bien un déni de justice qui est un fait de l'État en réalité distinct de l'expropriation invoquée au titre de l'article 5 du Traité et qui est applicable à toutes les demandes qui sont présentées devant votre Tribunal ».

103. L'article 3 de l'API dispose, sous le titre « protection » : « 1. Chacune des Parties protégera dans son territoire les investissements effectués conformément à sa législation, par des investisseurs de l'autre Partie et il n'entravera pas, au moyen de mesures injustifiées ou discriminatoires, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance, l'extension la vente ni, le cas échéant, la liquidation de tels investissements. [...] ».

sement direct étranger par les pays d'accueil. Il s'agit d'une norme de caractère « absolu » et « non contingent », c'est-à-dire une norme qui définit le traitement qui doit être accordé selon des termes dont le sens exact reste à déterminer en fonction d'un contexte spécifique d'application, à l'inverse des normes « relatives » intégrées dans les principes du « traitement national » et de « la nation la plus favorisée » qui définissent le traitement requis eu égard au traitement accordé à d'autres investissements »¹⁰⁴.

656. Néanmoins, il est clair que, au titre des manifestations des obligations qui sont couvertes par la nécessité de réserver à l'investissement un traitement juste et équitable, figurent incontestablement celle de ne pas commettre un déni de justice. Comme il a récemment été résumé :

« *The cases on fair and equitable treatment fall into two broad categories. The first set of cases are concerned with the treatment of investors by the courts of the host State. The second, and more numerous, set of cases deal directly with administrative decision-making* »¹⁰⁵.

657. Par conséquent, des demandes invoquant un déni de justice de la part des tribunaux de l'État d'accueil sont, avec raison, faites sur le fondement juridique d'une violation de l'obligation de garantir un « traitement juste et équitable »¹⁰⁶.

658. Dans le contexte spécifique du présent litige, tel qu'il a été résumé dans la présente sentence dans sa partie Faits et dans les considérations juridiques qui précèdent, l'application de la notion de « déni de justice » et celle de l'obligation de « traitement juste et équitable » n'appellent pas de longue analyse. Elles se laissent résumer à deux questions relativement simples.

- La première est celle de savoir si l'absence de toute décision par les juridictions chiliennes pendant une période de sept années (1995-2002),

104. C. Yannaka-Small, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, document de travail sur l'investissement international, OCDE n° 2004/3, septembre 2004*.

105. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles* : Oxford University Press, 2007, p. 227.

106. V. par ex. *Mondev International Ltd. c/ États-Unis, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, 6 ICSID Report 181*, où le déni de justice allégué de la part du Massachusetts Supreme Judicial Court a été invoqué sur la base de l'article 1105(1) du traité NAFTA qui prévoit : « *Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.* ». De même, dans l'affaire *Loewen Group Inc et al. c/ États-Unis, affaire CIRDI n° ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003*, le tribunal arbitral a trouvé que l'article 1105 du traité NAFTA, comme l'ont résumé McLachlan/Shore/Weiniger, « *informed by customary international law, was concerned with denials of justice in litigation.* » (C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles* : Oxford University Press, 2007, p. 230). – V. aussi l'affaire *Waste Management Inc. c/ Mexique, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004*, p. 35, § 98, où le tribunal arbitral conclut que « *Taken together, the SD Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process.* » V. aussi le résumé par Stephan W. Schill, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, International Law and Justice Working Papers, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, 2006, p. 26 : « *The rule of law elements derived from fair and equitable treatment also influence the institutional structure of the host state's judiciary and the procedural law they apply. Fair and equitable treatment requires that host states provide a fair and efficient system of justice, comprising effective judicial dispute settlement procedures for the review of administrative acts and dispute settlement between private parties.* ».

d'une part, et l'absence de réponse de la Présidence aux requêtes de M. Pey Casado, d'autre part, sont constitutives d'un déni de justice.

● La seconde est celle de savoir si les investissements reconnus par le Tribunal arbitral comme ayant été faits par M. Pey Casado ont bénéficiés du « *traitement juste et équitable* » prescrit par l'API.

659. Sur la première question, la réponse ne peut être que positive, au regard des faits établis et déjà retenus par le Tribunal arbitral, l'absence de toute décision par les tribunaux civils chiliens sur les prétentions de M. Pey Casado s'analysant en un déni de justice. En effet, l'absence de décision en première instance sur le fond des demandes des parties demandereses pendant sept années, c'est-à-dire entre septembre 1995 et le 4 novembre 2002 (moment de l'introduction de la demande complémentaire dans la présente procédure) doit être qualifié comme un déni de justice de la part des tribunaux chiliens. En fait, des délais procéduraux importants constituent bien une des formes classiques de déni de justice. Ainsi l'a trouvé le tribunal arbitral dans l'affaire *Robert Azinian et al. c/ Mexique*, en *obiter dicta* :

« *A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way. [...] There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law* »¹⁰⁷.

660. Comme l'a écrit Jan Paulsson, avec raison « [...] delays may be « even more ruinous » than absolute refusal of access [to justice], because in the latter situation the claimant knows where he stands and take action accordingly, whether by seeking diplomatic intervention or exploring avenues of direct legal action »¹⁰⁸.

661. De même, la Commission des réclamations anglo-mexicaine a considéré que le délai de neuf ans écoulé depuis le dépôt de la demande de compensation devant une juridiction étatique devait être qualifié de déni de justice mettant en cause la responsabilité de l'État sur le plan international : « *Nine years have elapsed since the Company applied to the Court to which the law directed it, and during all those years no justice has been done. There has been no hearing ; there has been no award. (...) [I]t is (...) obvious that a period of nine years by far exceeds the limit of the most liberal allowance that may be made. Even those cases of the very highest importance and of the most complicated character can well be decided within such an excessively long time. A claimant who has not, during so many years, received any word or sign that his claim is being dealt with is entitled to the belief that his interests are receiving no attention, and to despair of obtaining justice* ».¹⁰⁹

662. La Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée dans le même sens, en estimant que les sept ans que les juridictions étatiques

107. *R. Azinian, K. Daviatian et E. Baca c/ The United Mexican States, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/2, sentence du 1^{er} novembre 1999.*

108. *J. Paulsson, Denial of Justice in International Law : Cambridge University Press, 2005, p. 177.* Paulsson se réfère également à la décision de l'arbitre unique dans l'arbitrage *Fabiani* entre la France et le Venezuela en 1896, qui a décidé que les délais importants et les reports constants par les tribunaux vénézuéliens dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale constituaient bien un déni de justice : « *Upon examining the general principles of international law with regard to denial of justice, that is to say, the rules common to most bodies of law or laid down by doctrine, one finds that denial of justice includes not only the refusal of a judicial authority to exercise his functions and, in particular, to give a decision on the request submitted to him, but also wrongful delays on his part in giving judgment.* » N° 1 (*France vs Venezuela*), *Moore, Arbitrations*, p. 4878.

109. *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain) vs United Mexican States, décision N° 55, 18 juin 1931 : Recueil des sentences arbitrales, vol. V, 191-199.*

ont mis pour examiner une demande en compensation à la suite d'une expropriation étaient bien supérieurs à un délai raisonnable, ce qui constitue une violation de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui compte, au rang de ces droits fondamentaux, le droit d'être entendu « *dans un délai raisonnable* »¹¹⁰.

663. Le déni de justice résultant des délais importants est également envisagé d'une manière expresse par la convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements qui le classe parmi les risques couverts par l'Agence :

« *Article 11. Covered Risks*

(a)... the Agency may guarantee eligible investments against a loss resulting from one or ore of the following types of risk :... (iii) any repudiation or breach by the host government of a contract with the holder of a guarantee, when (a) the holder of a guarantee does not have recourse to a judicial or arbitral forum to determine the claim of repudiation of breach, or (b) a decision by such forum is not rendered within such a reasonable period of time as shall be prescribed in the contracts of guarantee pursuant to the Agency's regulations, or (c) such a decision cannot be enforced ;... »¹¹¹.

664. Quant aux comportements procéduraux chiliens dont se plaignent les demanderessees, certains relèvent seulement des droits et moyens à la disposition d'une partie défenderesse qui conteste la compétence ; d'autres ne peuvent s'analyser en un déni de justice à proprement parler, quel que puisse être leur caractère discutabile ou leur compatibilité avec l'obligation de bonne foi qui s'impose aux États parties à la Convention CIRDI de participer à une procédure arbitrale fût-ce en niant la compétence.

665. Sur la seconde question, celle de savoir si les investissements des demanderessees ont bénéficié d'un traitement juste et équitable, une réponse négative s'impose de l'avis du Tribunal arbitral, compte tenu des conclusions auxquelles il est parvenu précédemment aux termes de son appréciation des preuves et de son analyse juridique. En bref, il s'agit de la conclusion selon laquelle M. Pey Casado a bien démontré avoir procédé à des investissements et être propriétaire de biens meubles ou immeubles qui ont été confisqués par l'autorité militaire chilienne.

666. On rappellera à ce propos l'existence d'un jugement chilien reconnaissant la propriété de M. Pey Casado sur les actions confisquées ainsi que le fait que les autorités chiliennes, exécutives et administratives (comme judiciaires) étaient informées des revendications et demandes formulées par les demanderessees.

667. Quant à l'invalidité des confiscations et au devoir d'indemnisation, il y a lieu de rappeler aussi des déclarations parfaitement claires de la défenderesse dans la présente procédure¹¹².

110. CEDH, plén., 26 juin 1993, n° 12952/87, série A n° 262, Ruiz-Mateos c/ Espagne.

111. Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, article 11(a)(iii). V. également F. I. Shihata, *MIGA and Foreign Investment* : Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 132 à 134. I. Shihata souligne que les cas évoqués par l'article susvisé « represent situations which the Regulations correctly group under the term « denial of justice. » ».

112. V. par ex. la transcription de l'audience du 6 mai 2003, pp. 262-263 (M^e Castillo) : « *La République du Chili ne prétend pas justifier ce qui s'est produit pendant cette période turbulente de notre histoire, bien au contraire. Nous avons réparé sur la plan matériel, nous avons essayé aussi de réparer sur le plan moral, les préjugés soufferts par des personnes pendant cette période* » ainsi qu'à la page 264 : « *Il ne s'agit pas non plus de justifier la légitimité des actes qui ont découlé de la confiscation de bien de CPP SA et*

668. Après le rétablissement au Chili d'institutions démocratiques et civiles, les nouvelles autorités ont proclamé publiquement leur intention de rétablir la légalité et de réparer les dommages causés par le régime militaire. Comme la défenderesse l'a souligné :

« (...) les gouvernements démocratiques qui remplacèrent en 1990, au moyen d'élection libres, le Gouvernement de Pinochet, se sont primordialement préoccupés de réparer les dommages causés par le régime instauré au Chili par le coup d'état du 11 septembre 1973. En effet, le Gouvernement a pris les mesures pour réparer les dommages causés aux victimes dans tous les secteurs. Concrètement, en relation avec les confiscations, a été approuvée une loi qui dispose de la restitution ou indemnisation pour les biens confisqués, loi prise à l'initiative de l'Exécutif »¹¹³.

669. Le Tribunal arbitral ne peut que prendre note avec satisfaction de telles déclarations, qui font honneur au Gouvernement chilien. Malheureusement, cette politique ne s'est pas été traduite dans les faits, en ce qui concerne les demanderesse, pour des raisons diverses qui, au moins pour partie, n'ont pas été révélées ou clairement expliquées par les témoignages ou les autres preuves fournies au Tribunal arbitral. Ainsi qu'on a pu le constater, il n'a nullement été établi, ni même rendu vraisemblable, que M. Pey Casado n'aurait joué qu'un rôle d'intermédiaire voire de prête-nom et que MM. Venegas, Gonzalez ou Carrasco auraient été les véritables propriétaires des actions des sociétés CPP SA et EPC Ltda. En particulier, les déclarations ou autres affirmations de ces derniers (par exemple quant à l'attribution à une fondation scientifique – avec le concours de M^c Ovalle, un proche de la junte militaire – des biens confisqués) laissent subsister de nombreux points obscurs, compte tenu des circonstances de l'époque. Quoi qu'il en soit de la pertinence et de la valeur des éléments qui ont été retenus à cet égard en droit interne chilien, ces éléments ne peuvent prévaloir sur les considérations qui ont conduit le Tribunal arbitral aux conclusions précédemment énoncées, en application des dispositions de l'API.

670. Il est constant dans la jurisprudence internationale et dans la doctrine qu'un traitement discriminatoire de la part d'autorités étatiques envers ses investisseurs étrangers constitue une violation de la garantie de traitement « juste et équitable » inclus dans des traités bilatéraux d'investissement. Comme l'a décidé le Tribunal arbitral dans l'affaire *Waste Management vs Mexico* :

« fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant of the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice »¹¹⁴.

671. Un comportement discriminatoire sera couvert comme violation du traitement « juste et équitable » notamment dans les cas où le traité bilatéral en question ne contient pas de garantie expresse contre des actes arbitraires ou discriminatoires. Comme l'a récemment résumé un commentateur :

« The protection of foreign investors against arbitrary and discriminatory treatment also plays a major role in the operation of fair and equitable treatment.

Clarín Ltée. Bien au contraire, la République du Chili est constante [sic ; devrait dire « consciente »] des dommages causés par ces confiscations et c'est pour cela qu'elle a indemnisé ces titulaires légitimes. »

113. Mémoire d'incompétence de la défenderesse du 20 juillet 1999, p. 11.

114. *Waste Management Inc. c/ Mexique, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, p. 35 et 36.*

While sometimes international investment treaties contain a specific provision prohibiting such treatment, arbitral tribunals also ground this aspect in free-standing guarantees of fair and equitable treatment »¹¹⁵.

672. Même dans les cas où le traité bilatéral contient une interdiction expresse de comportement arbitraire et discriminatoire, les tribunaux arbitraux ont décidé qu'un tel comportement violerait, en même temps, l'obligation de traiter ses investisseurs de manière « juste et équitable ». Par exemple, dans l'affaire *CMS c/ Argentine*, le tribunal arbitral a jugé que :

« *The standard of protection against arbitrariness and discrimination is related to that of fair and equitable treatment. Any measure that might involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment* »¹¹⁶.

673. De même, M. Vasciannie explique :

« [...] *if there is discrimination on arbitrary grounds, or if the investment has been subject to arbitrary or capricious treatment by the host State, then the fair and equitable standard has been violated. This follows from the idea that fair and equitable treatment inherently precludes arbitrary and capricious actions against investors* »¹¹⁷.

674. Dans le cas d'espèce, en résumé, en accordant des compensations – pour des raisons qui lui sont propres et sont restées inexplicées – à des personnages qui, de l'avis du Tribunal arbitral, n'étaient pas propriétaires des biens confisqués, en même temps qu'elle paralysait ou rejetait les revendications de M. Pey Casado concernant les biens confisqués, la République du Chili a manifestement commis un déni de justice et refusé de traiter les demanderesse de façon juste et équitable.

Le Tribunal se prononce ensuite sur la question de l'évaluation du dommage :

693. Il convient de rappeler dans ce contexte que le préjudice à indemniser n'est pas celui souffert à la suite de l'expropriation (demande qui n'est pas couverte par les dispositions de fond de l'API), mais celui souffert en raison des violations de l'API que le Tribunal arbitral a constatées et à propos desquelles il est compétent pour rendre une décision. Notamment, l'indemnisation doit servir à mettre les demanderesse dans la position dans laquelle elles seraient si les violations en question n'avaient pas eu lieu, c'est-à-dire si, dans la décision n° 43, les autorités chiliennes avaient indemnisé les demanderesse, et non pas des tierces personnes non-propriétaires des biens en question. Dans cette hypothèse, les autorités chiliennes auraient accordé le montant d'indemnisation qu'elles ont accordé en vertu de la décision n° 43 aux demanderesse dans la présente instance, celles-ci étant, le Tribunal arbitral l'a constaté, les véritables propriétaires des actions des sociétés CPP SA et EPC Ltda. Par conséquent, c'est le montant payé comme indemnisation en vertu de la Décision n° 43 qui correspond au préjudice souffert par les demanderesse.

[...]

115. S. W. Schill, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law : International Law and Justice Working Papers*, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, 2006, p. 19.

116. *CMS Gas Transmission Company c. La République d'Argentine, affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005*, p. 84.

117. S. Vasciannie, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, 70 *The British Yearbook of International Law* 133 (1999).

702. Le Tribunal estime qu'il n'a pas à se prononcer sur les modalités des paiements (calculs, taux de conversion entre UTM/UF et USD, etc.) décidés et effectués au Chili par les autorités. Il considère devoir se fonder seulement sur le montant effectivement payé pendant les années 2003 à 2007, dont l'équivalent en Dollars est de USD 10.132.690,18. Le Tribunal arbitral estime que la condamnation de la défenderesse au paiement d'un tel montant est de nature à placer les demanderesse dans la situation dans laquelle elles se seraient retrouvées si elles avaient fait l'objet, après l'entrée en vigueur de l'API, d'un traitement juste et équitable, en l'absence de tout déni de justice.

703. Le déni de justice retenu par le Tribunal arbitral sur la question de la rotative Goss n'entraîne aucune indemnisation supplémentaire. En effet, cette rotative a été la propriété des sociétés dont les titres, appartenant aux demanderesse, ont fait l'objet de l'indemnisation décidée par le Tribunal arbitral.

704. Une explication complémentaire se justifie en ce qui concerne la demande relative au dommage moral. Outre le fait que les demanderesse n'ont pas apporté de preuves permettant l'évaluation d'un tel préjudice le Tribunal arbitral estime que le prononcé de la présente sentence, notamment par sa reconnaissance des droits des demanderesse et du déni de justice dont elles furent victimes, constitue en soi une satisfaction morale substantielle et suffisante.

Le Tribunal assortit cette condamnation d'intérêts au taux de 5 %, composés annuellement. Tenant compte de « l'ensemble des circonstances de l'espèce, de l'issue de la cause ainsi que des attitudes respectives des parties » (§ 728), le Tribunal met à la charge de la défenderesse une contribution aux frais et dépens exposés par les demanderesse d'un montant de deux millions de dollars et décide que les frais de procédure seront supportés par les parties dans la proportion de trois quarts pour la défenderesse et de un quart pour les demanderesse. Il ordonne à la défenderesse de procéder au paiement des montants auxquels elle est condamnée dans un délai de 90 jours à compter de la date d'envoi de la sentence, faute de quoi le montant portera intérêts, composés annuellement au taux de 5 %, à compter de la date d'envoi de la sentence jusqu'à celle du parfait paiement.

OBSERVATIONS. – Ayant été membre du Tribunal arbitral qui a rendu la sentence du 8 mai 2008, l'auteur de la présente chronique s'abstiendra de la commenter.

Article 25(1) de la Convention de Washington. – Compétence du Centre et du tribunal. – Notion d'investissement. – Approche flexible et pragmatique. – Importance de la définition retenue par le traité bilatéral servant de fondement à la demande.

Loi de protection des investissements. – Modes de règlement des différends pouvant faire l'objet d'un accord des parties. – Offre générale de recourir à l'arbitrage (non)*.

Sentence du 24 juillet 2008. – MM. Bernard Hanotiau, président. – Gary Born et Toby Landau, arbitres. – Biwater Gauff Tanzania Limited c/ République Unie de Tanzanie.

L'existence d'un investissement au sens de la convention de Washington ne s'apprécie pas par l'application cumulative de critères rigides mais par une approche flexible et pragmatique prenant en considération les éléments identifiés dans l'affaire Salini, mais tenant compte de l'ensemble des circonstances et spécialement l'instrument sur le fondement duquel le Centre est saisi.

La référence faite par une loi de protection des investissements à divers modes de règlement des différends pouvant faire l'objet d'un accord des parties ne s'analyse pas en une offre générale de la part de l'Etat de recourir à l'arbitrage.

Le 5 août 2005, la société de droit anglais Biwater Gauff Tanzania Limited (« BGT ») a saisi le Centre d'une demande d'arbitrage à l'encontre de la République-Unie de Tanzanie sur le fondement du traité bilatéral de protection des investissements (« BIT ») conclu entre la Tanzanie et le Royaume-Uni en 1994 et de la loi tanzanienne de protection des investissements de 1997.

La requête a été enregistrée le 2 novembre 2005. La demanderesse a désigné M. Gary Born, de nationalité américaine, la défenderesse M. Toby Landau, de nationalité britannique, comme arbitres. Les co-arbitres ont désigné, en application de la méthode acceptée par les parties, M. Bernard Hanotiau, de nationalité belge, comme président de Tribunal arbitral. Une audience de procédure s'est tenue à Paris le 23 mars 2006 au cours de laquelle les parties se sont également exprimées sur la demande de mesures provisoires formée par la demanderesse tendant à la préservation de certaines preuves. Celle-ci a été partiellement accueillie par le Tribunal. Celui-ci s'est ensuite prononcé sur une demande de production de documents et sur des mesures destinées à assurer la confidentialité des écritures et documents échangés dans la procédure arbitrale. Diverses autres décisions de procédure ont été prises par le Tribunal arbitral, dont l'acceptation de la demande de diverses associations de défense des droits de l'homme de soumettre des mémoires dans l'affaire en qualité *amici curiae*. Une audience consacrée à l'audition de divers témoins de fait et experts s'est tenue à La Haye du 16 au 21 avril 2007. Une audience de plaidoiries s'est tenue à Londres le 6 juillet 2007.

La société BGT, demanderesse, a été mise en place par la société anglaise Biwater International Ltd et la société allemande HP Gauff Ingenieure GmbH and Co. pour les besoins de la réponse à un appel d'offres lancé en 2002 par la

* Extraits de l'original en langue anglaise publié sur le site internet du CIRDI. Pour la commodité des citations, la numérotation originale des paragraphes et des notes de bas de page a été conservée.

République pour exécuter certains travaux d'amélioration et pour gérer un système de distribution d'eau et de traitement des eaux usées dans la ville de Dar es Salam. Ces deux sociétés étaient respectivement actionnaires de Biwater Gauff à hauteur de 80 % et de 20 %.

L'appel d'offres faisait obligation à l'entreprise remportant le marché de mettre en place une société de droit local destinée à conclure les contrats afférents au projet. Pour satisfaire à cette exigence, les sociétés Biwater et Gauff ont constitué la société City Water en Tanzanie, dont la société locale Super Doll Trailer Manufacture (STM) est devenue actionnaire à 49 %, BGT détenant pour sa part 51 % des actions. City Water a conclu trois contrats pour la mise en œuvre du projet avec Dar es Salaam Water and Sewerage Authority (« DAWASA ») en février 2003 : un contrat de location, un contrat de vente et d'installation de matériel et un contrat de vente de marchandises. Avant le transfert de ces activités à City Water, la DAWASA était responsable de la distribution d'eau et de l'évacuation des eaux usées dans la ville de Dar es Salam et ses environs. Les infrastructures existantes étant insuffisantes, la tâche a été confiée à City Water de gérer le système de distribution d'eau et d'évacuation des eaux usées et de facturer ces prestations aux usagers.

Le Tribunal se prononce d'abord sur les questions de compétence.

La République soutenait notamment qu'il n'existait pas de « différend en relation avec un investissement » au sens de l'article 25 de la Convention de Washington au motif que l'opération n'étant pas rentable pour BGT, il n'existait pas de profit attendu et donc pas d'investissement. Le Tribunal estime sur ce point :

307. The Republic accepts that (inter alia) the City Water shares and shareholders' loans satisfy the BIT's definition of « investment », being within the broad category of « every kind of asset ». The Republic focuses instead on Article 25 of the Convention, and submits that the Project was a « loss leader », and that as such, being an inevitably unprofitable venture, designed only to further BGT's interests in other possible future investments, it cannot itself be regarded as an « investment » within the meaning of the Convention. In particular, the criteria of « risk » and « substantial commitment » would not be satisfied in such circumstances.

308. As noted earlier, the Republic relies upon BGT's own expert evidence to assert that a rational investor would have required an internal rate of return on this Project of 20 to 25% to justify the risks, whereas BGT based its bid on an internal rate of return of 9 to 12%. According to the Republic, if the Project does not qualify as an « investment » for the purposes of Article 25 of the Convention, the fact that it may qualify as an « investment » under the relevant BIT is of no relevance, since Article 25 has an autonomous meaning which cannot be expanded by agreement.

309. The Arbitral Tribunal does not agree with the Republic's analysis for a number of reasons, as set out below.

310. The Criteria for an « Investment » : An initial point arises as to the relevant test to be applied. In advancing submissions on Article 25 of the ICSID Convention, parties not infrequently begin with the proposition that the term « investment » is not defined in the ICSID Convention, and then proceed to apply each of the five criteria, or benchmarks, that were originally suggested by the

arbitral tribunal in *Fedax v. Venezuela*¹¹⁸, and re-stated (notably) in *Salini vs Morocco*¹¹⁹, namely (i) duration ; (ii) regularity of profit and return ; (iii) assumption of risk ; (iv) substantial commitment ; and (v) significance for the host State's development¹²⁰.

311. This was the approach of both BGT and the Republic in this case, and it is the alleged failure of the so-called « Salini Test » that gives rise to the Republic's jurisdictional objection.

312. In the Tribunal's view, there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five Salini criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law. They do not appear in the ICSID Convention. On the contrary, it is clear from the travaux préparatoires of the Convention that several attempts to incorporate a definition of « investment » were made, but ultimately did not succeed. In the end, the term was left intentionally undefined, with the expectation (inter alia) that a definition could be the subject of agreement as between Contracting States¹²¹. Hence the following oft-quoted passage in the Report of the Executive Directors :

« No attempt was made to define the term 'investment' given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4)) »¹²².

313. Given that the Convention was not drafted with a strict, objective, definition of « investment », it is doubtful that arbitral tribunals sitting in individual cases should impose one such definition which would be applicable in all cases and for all purposes. As noted by one commentator :

« There is no multilateral grant of authority over objective interpretation granted to individual tribunals sitting in cases of particular investor-State disputes »¹²³.

314. Further, the Salini Test itself is problematic if, as some tribunals have found, the « typical characteristics » of an investment as identified in that decision are elevated into a fixed and inflexible test, and if transactions are to be presumed excluded from the ICSID Convention unless each of the five criteria are satisfied. This risks the arbitrary exclusion of certain types of transaction from the scope of the Convention. It also leads to a definition that may contradict individual agreements (as here), as well as a developing consensus in parts of the world as to the meaning of « investment » (as expressed, e.g., in bilateral investment treaties). If very substantial numbers of BITs across the world express the definition of « investment » more broadly than the Salini Test, and if this constitutes any type of international consensus, it is difficult to see why the ICSID Convention ought to be read more narrowly.

315. Equally, the suggestion that the « special and privileged arrangements established by the Washington Convention can be applied only to the type of

118. *Fedax NV vs Republic of Venezuela (ICSID Case N° ARB/96/3)*, Decision on Jurisdiction of 11 July 1997, 5 ICSID Rep. 183 (2002) [hereinafter *Fedax vs Venezuela*].

119. *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA vs Morocco (ICSID Case N° ARB/00/4)*, Decision on Jurisdiction of 23 July 2001, 42 ILM 609 (2003) [hereinafter *Salini vs Morocco*].

120. *Ibid.*, § 199.

121. See e.g., *Ch. Schreuer, The ICSID Convention : A Commentary (2001)*, p. 121 à 125, § 80 à 88.

122. *International Bank for Reconstruction and Development, Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (18 March 1965)* in 1 ICSID Reports 28 (1993), § 27.

123. *D. Krisban, A Notion of ICSID Investment in Investment Treaty Arbitration : A Debate and Discussion (T. Weiler, ed. 2008)*.

investment which the Contracting States to that Convention envisaged »¹²⁴ does not, in this Arbitral Tribunal's view, lead to a fixed or autonomous definition of « investment » which must prevail in all cases, for the « type of investment » which the Contracting States to the Convention in fact envisaged was an intentionally undefined one, which was susceptible of agreement.

316. The Arbitral Tribunal therefore considers that a more flexible and pragmatic approach to the meaning of « investment » is appropriate, which takes into account the features identified in *Salini*, but along with all the circumstances of the case, including the nature of the instrument containing the relevant consent to ICSID.

317. The Arbitral Tribunal notes in this regard that, over the years, many tribunals have approached the issue of the meaning of « investment » by reference to the parties' agreement, rather than imposing a strict autonomous definition, as per the *Salini Test*¹²⁵.

318. To this end, even if the Republic could demonstrate that any, or all, of the *Salini* criteria are not satisfied in this case, this would not necessarily be sufficient – in and of itself – to deny jurisdiction.

319. The Evidence : Upon a consideration of the evidence, the Arbitral Tribunal rejects the Republic's characterisation of the Project as a « loss leader ». Anticipated rates of return may well vary as between different investors, and may depend upon a range of different factors. There is therefore no basis to impose a rate of return of 20 to 25 % upon BGT, as an absolute standard, in order for its investment to qualify under Article 25 of the ICSID Convention.

320. BGT intended the project to be profitable, albeit with a relatively low rate of return¹²⁶. It invested substantial amounts of equity into City Water ; it posted substantial Performance Bonds ; and it advanced to the company a shareholder loan of USD 1 million, together with additional support and development funds. It also considered the Project to be in its economic interest and supplied the company with key personnel and also with technology and know-how. The Arbitral Tribunal considers that, viewed overall, and against the backdrop of the scope of consent to ICSID jurisdiction as expressed in the BIT, this was clearly an « investment » within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention. Further, even if such are required for the purposes of Article 25 of the Convention, the conditions of « risk » and « commitment » which are disputed by the Republic were present in BGT's investment.

321. Difficulties with the Republic's Approach : Even if the Arbitral Tribunal had concluded that the Project was a « loss leader », it remains unclear why it should not then benefit from the protection of the ICSID Convention. Put

124. *Per Patrick Mitchell vs Democratic Republic of the Congo (ICSID Case N° ARB/99/7), Decision on the Application for Annulment of the Award of 1 November 2006, § 25.*

125. E.g. *Philippe Gruslin vs Malaysia (ICSID Case N° ARB/99/3), Award of 27 November 2000, 5 ICSID Rep. 484 (2002).* – *AES Corporation vs Argentine Republic (ICSID Case N° ARB/02/17), Decision on Jurisdiction of 26 April 2005.* – *Azurix Corp. vs Argentine Republic (ICSID Case N° ARB/03/30), Decision of 11 May 2005 ; Camuzzi International SA vs Argentine Republic (ICSID Case N° ARB/03/7), Decision on Jurisdiction of 10 June 2005.* – *IBM World Trade Corp. vs Republic of Ecuador (ICSID Case N° ARB/02/10), Decision on Jurisdiction of 22 December 2003.* – *Lanco International, Inc vs Argentine Republic (ICSID Case N° ARB/97/6), 8 December 1998, 40 ILM 457 (2001).* – *Generation Ukraine, Inc. vs Ukraine (ICSID Case N° ARB/00/9), Award of 16 September 2003, 44 ILM 404 (2005) [hereinafter Generation Ukraine vs Ukraine].* – *Mihaly International Corporation vs Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case N° ARB/00/2), Award of 15 March 2002.* – *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs Republic of the Philippines (ICSID Case N° ARB/03/25), Award of 16 August 2007.*

126. E.g. *Second Witness Statement of Cliff Stone, § 58.* – *Witness Statement of Larry Magor, § 5 et 6.*

another way, the Tribunal considers that if a party has ulterior motives for undertaking a project, and perhaps anticipates only a possible long-term and indirect benefit (e.g. other profitable opportunities), it does not thereby disqualify itself or its project from the ICSID regime. Indeed, the Republic's suggested approach would entail a difficult and possibly protracted investigation into the economic profile of any given project, as well as the particular motivation of those behind it, as an initial jurisdictional issue. The Arbitral Tribunal considers that this was not the intention of Article 25 of the ICSID Convention, which was premised neither upon any particular IRR threshold, nor any particular conception of economic return or benefit.

322. For all these reasons, the Arbitral Tribunal dismisses the Republic's first jurisdictional objection.

Le Tribunal estime par ailleurs que BGT a bien été autorisé à former une demande d'arbitrage CIRDI.

Enfin, le Tribunal se prononce sur la question de savoir si la loi tanzanienne sur les investissements de 1997 contenait une offre inconditionnelle de l'État de recourir à l'arbitrage permettant à l'investisseur de saisir un tribunal arbitral sans que l'État n'ait à l'accepter spécifiquement ou si elle ne faisait qu'évoquer une possibilité supposant un accord spécifique des parties à cet effet.

Le texte de la loi dispose :

[...] « A dispute between a foreign investor and the [Tanzania Investment] Centre or the Government in respect of a business enterprise which is not settled through negotiations may be submitted to arbitration in accordance with any of the following methods as may be mutually agreed by the parties, that is to say
(a) in accordance with arbitration laws of Tanzania for investors ;
(b) in accordance with the rules of procedure for arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ;
(c) within the framework of any bilateral or multilateral agreement on investment protection agreed to by the Government of the United Republic and the Government of the country where the investor originates ». (article 23.2).

Le Tribunal estime que les termes « *as may be mutually agreed by the parties* » s'interprètent comme requérant un accord spécifique entre les parties et qu'ils ne constituent pas, à la différence de ceux du traité bilatéral, une offre générale de voir trancher les différends nés de l'application de la loi par voie d'arbitrage. Il se déclare en conséquence incompétent pour connaître des demandes fondées sur la loi de protection des investissements (§ 326 à 337).

Le Tribunal rejette également l'argument de la défenderesse selon lequel le délai de négociation de six mois prévu au traité avant qu'un arbitrage ne puisse être introduit n'aurait pas été respecté.

Il estime, en droit :

343. The Nature of the Six-Month Period : The Republic's objection depends upon the characterisation of the six-month period in Article 8(3) of the BIT as a condition precedent to the Arbitral Tribunal's jurisdiction, or the admissibility of BGT's claims. In the Arbitral Tribunal's view, however, properly construed, this six-month period is procedural and directory in nature, rather than jurisdictional and mandatory. Its underlying purpose is to facilitate opportunities for amicable settlement. Its purpose is not to impede or obstruct arbitration proceedings, where such settlement is not possible. Non-compliance with the six month period,

therefore, does not preclude this Arbitral Tribunal from proceeding. If it did so, the provision would have curious effects, including :

- preventing the prosecution of a claim, and forcing the claimant to do nothing until six months have elapsed, even where further negotiations are obviously futile, or settlement obviously impossible for any reason ;*
- forcing the claimant to recommence an arbitration started too soon, even if the six month period has elapsed by the time the Arbitral Tribunal considers the matter.*

Le Tribunal observe en outre que le déroulement des événements montre que l'écoulement d'un délai de six mois n'aurait servi à aucun objectif utile (§ 347) et que les actions de la République qui ont rendu impossible toute négociation avec l'investisseur lui interdisent de se prévaloir de ce moyen (§ 348).

Sur le fond, BGT soutient que la République a exproprié son investissement, ne lui a pas réservé un traitement juste et équitable, a pris des mesures déraisonnables ou discriminatoires, ne lui a pas accordé une protection pleine et entière et a failli à son obligation de ne pas restreindre le rapatriement de l'investissement.

Avant de se prononcer sur ces griefs, le Tribunal décrit longuement les écritures déposées par les organisations non gouvernementales qu'il a accepté de voir intervenir à titre d'*amici curiae*. Le Tribunal déclare que ces interventions lui ont été utiles (§ 356-392).

Sur l'expropriation alléguée, le Tribunal rappelle tout d'abord les éléments constitutifs d'une expropriation. Il rejette notamment l'argumentation de la défenderesse selon laquelle les mesures litigieuses ne sauraient constituer une expropriation au seul motif qu'elles n'auraient engendré aucun préjudice financier pour BGT. Selon le Tribunal, l'absence de dommage économique subi par l'investisseur peut avoir une incidence sur la question du lien de causalité et sur celle du *quantum* du dommage mais n'entre pas en ligne de compte pour la détermination de l'existence d'une expropriation de l'investissement au sens du traité (§ 461 à 467 et 781).

Le Tribunal observe que la résiliation du contrat de bail, l'appel de la garantie d'exécution par DAWASA constituent des mesures prises par l'État dans l'exercice de ses droits contractuels (§ 492, 494 et 496). Il déclare en conséquence ne pas avoir à se prononcer sur celles-ci. En revanche, il estime que l'annonce par la République, les 13 et 17 mai 2005, de la résiliation du contrat de bail, la révocation des exemptions de TVA à l'achat, l'occupation des locaux de City Water, la prise de contrôle de la direction de la société ainsi que l'expulsion du territoire des dirigeants de cette dernière s'analysent toutes comme des mesures témoignant de l'exercice, par l'État, de prérogatives de puissance publique dont l'effet conjugué constitue une expropriation illégale de l'investissement de la demanderesse (§ 497 à 519).

Le Tribunal se prononce ensuite sur la violation alléguée du traitement juste et équitable garanti par l'article 2(2) du BIT. Le Tribunal estime que le traitement juste et équitable comprend, en l'espèce, l'obligation pour l'État de respecter les attentes légitimes de l'investisseur, et celle d'agir de façon transparente, cohérente, non-discriminatoire et de bonne foi (§ 602).

Les mesures prises par l'État s'analysent également en une violation de l'obligation qui pèse sur l'État de réserver un traitement juste et équitable aux investissements étrangers (§ 605). En particulier, le fait pour la République d'avoir discrédité City Water et annoncé la résiliation du contrat de bail lors de la conférence du 13 mai 2005 constitue une rupture du traitement juste et équitable ayant porté préjudice au bon déroulement du projet (§ 627 et 628). Les autres griefs soulevés par la demanderesse sont, en revanche, écartés par le Tribunal. Il estime notamment que tant le ministre (agissant en qualité d'*interim regulator*) que DAWASA ont accédé aux demandes de City Water et exécuté les obligations qui leur incombaient de façon satisfaisante et équitable. Ils ont notamment conduit les négociations portant sur l'augmentation du tarif des redevances versées par les usagers et sur la modification du contrat de bail de bonne foi (§ 637 à 675). Par ailleurs, contrairement à ce qu'elle allègue, la demanderesse ne pouvait légitimement s'attendre, au regard des documents échangés entre les parties et de l'article 43.2 du contrat de location, à ce que la République s'assure de la perception régulière, par BGT, des redevances qui lui étaient dues (§ 630 à 636).

En ce qui concerne la violation alléguée du traitement raisonnable ou non-discriminatoire, le Tribunal observe tout d'abord qu'en application des principes retenus par les décisions *Saluka c/ République tchèque* (sentence partielle du 17 mars 2006) et *CMS c/ Argentine* (sentence sur le fond du 12 mai 2005), les éléments à prendre en compte afin de statuer sur une telle violation sont similaires à ceux appliqués à propos de la discussion du respect de l'obligation de réserver à l'investissement un traitement juste et équitable, le caractère raisonnable et non-discriminatoire des agissements de l'État constituant l'une des composantes du traitement juste et équitable (§ 692 à 695). Il conclut que la conférence de presse tenue par la République le 13 mai 2005, le discours du Ministre à l'attention du personnel du 17 mai 2005, la révocation des exemptions de TVA, la saisie des avoirs de City Water et l'expulsion de ses dirigeants constituent également des mesures déraisonnables et discriminatoires prises en violation de l'article 2(2) du BIT. En revanche, le Tribunal rejette les autres griefs soulevés par la demanderesse (§ 697 et 700 à 706).

Sur la violation alléguée de l'obligation de réserver à l'investissement une protection pleine et entière, le Tribunal fait droit aux prétentions de la demanderesse et estime que l'occupation des locaux de City Water ainsi que l'expulsion de son personnel constituent une violation de l'article 2(2) du BIT (§ 724 à 731).

Enfin, le grief de la demanderesse fondé sur la violation de l'article 6 du BIT qui fait obligation à la République de ne pas restreindre le rapatriement de l'investissement est rejeté par le Tribunal qui considère que cet article vise à assurer la possibilité, pour l'investisseur, de rapatrier ses fonds. La demanderesse n'ayant rencontré aucune difficulté de la sorte, l'article 6 ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce (§ 735).

Alors même qu'il conclut à la violation de certaines dispositions du BIT, le Tribunal refuse cependant d'accorder des dommages et intérêts à la demande-

resse. Il observe qu'au regard de la situation financière de l'investisseur, la résiliation imminente du contrat de bail était, indépendamment des événements litigieux, inévitable. Par ailleurs, au 1^{er} juin 2005, la valeur de l'investissement était nulle. Selon le Tribunal, la demanderesse n'a pas satisfait la charge de la preuve qui était la sienne de prouver que les faits litigieux avaient contribué à détériorer sa situation financière et qu'ils étaient à l'origine d'un préjudice distinct souffert par BGT (§ 800). Le lien de causalité entre la violation du BIT par l'État et le dommage allégué n'étant pas établi, le Tribunal refuse d'accorder des dommages et intérêts à la demanderesse (§ 805).

Dans son opinion dissidente du 24 juillet 2008, Mr. Gary Born estime, pour sa part, que le lien de causalité entre les violations du BIT par la République et le dommage subi par la demanderesse est établi. Il ne fait aucun doute que les violations des obligations du BIT ont causé un dommage à BGT et l'ont privé (bien que brièvement) de l'usage, de la jouissance et de la direction de son investissement (§ 17 de l'opinion dissidente). En raison du caractère déficitaire de l'investissement, la demanderesse ne peut prétendre toutefois à des dommages et intérêts en réparation des violations commises (§ 22 de l'opinion dissidente). Il souligne, par ailleurs, qu'au regard des principes de droit international sur la responsabilité des États, le préjudice réparable par l'État n'est pas nécessairement financier, et que ce dernier doit être distingué de la forme et du *quantum* du dommage (§ 24-26 de l'opinion dissidente). Selon l'arbitre, la demande de réparation de BGT aurait dû être rejetée non sur le fondement de l'incapacité de la demanderesse à prouver le lien de causalité entre les violations commises par l'État et le préjudice subi, mais en raison de l'absence de dommage financier quantifiable (§ 21, 23 et 29 de l'opinion dissidente).

OBSERVATIONS. – La sentence rendue le 24 juillet 2008 par un Tribunal arbitral composé de MM. Bernard Hanotiau, Président, Gary Born et Toby Landau, arbitres, retient l'intérêt pour la conception qu'elle développe de la notion d'investissement au sens de l'article 25(1) de la Convention de Washington (I) et pour l'interprétation de la loi tanzanienne sur les investissements de 1997 dans laquelle elle ne trouve pas une offre ferme de l'État de recourir à l'arbitrage (II).

I. – Sur la notion d'investissement au sens de l'article 25(1) de la convention de Washington, la sentence se situe, de manière délibérée et fortement motivée, à l'une des extrémités du large spectre des positions qui caractérise aujourd'hui la matière.

On sait que, dans le souci de ne pas créer de barrières artificielles à la compétence du Centre, les rédacteurs de la convention de Washington avaient choisi de ne pas donner de définition à la notion d'investissement. On peut se demander, après quelques décennies d'une jurisprudence de plus en plus chaotique à ce sujet, si la méthode était la bonne. On constate en effet que l'un des courants de la jurisprudence rendue sous l'égide du Centre à ce sujet consiste, sous couleur de combler le vide laissé par la Convention, à donner une définition de plus en plus restrictive de la notion d'investissement, qui se situe en

réalité aux antipodes des vœux des rédacteurs de la Convention. C'est contre ce courant restrictif qu'entend réagir la sentence *Bewater*.

La question précise à laquelle était confronté le Tribunal était de savoir si le fait que l'opération litigieuse entre dans la définition des investissements protégés par le traité bilatéral sur le fondement duquel le tribunal arbitral avait été saisi suffisait à satisfaire la condition d'investissement de l'article 25(1) de la convention de Washington ou s'il existe une double barrière à la compétence du tribunal, celle de la notion d'investissement au sens du traité bilatéral et celle d'investissement au sens de la convention elle-même. C'est ce que, dans son langage imagé, la sentence *MHS c/ Malaisie* du 17 mai 2007 appelle le fusil à deux coups (« *double-barrelled test* ») (§ 55). En l'espèce, comme c'est très souvent le cas lorsque la compétence est fondée sur un traité bilatéral, le Tribunal n'a eu aucune peine à constater que les contrats destinés à assurer la mise à niveau d'infrastructures et l'exploitation du système de distribution d'eau et de traitement des eaux usées entraient dans la définition d'investissement au sens du traité. Saisi de l'argumentation fantaisiste de l'État selon laquelle le fait que l'opération aurait été nécessairement déficitaire pour la partie étrangère aurait suffi à la priver de la qualification d'investissement et à la faire échapper à la compétence du Centre, le Tribunal profite de l'occasion pour donner sa propre conception de la notion d'investissement au sens de la convention. Il estime qu'il n'est pas justifié de faire une application rigide des critères de durée, de régularité des profits, de risque, de contribution significative et de contribution au développement de l'État d'accueil que le Tribunal présente comme étant ceux de la décision *Salini* (sentence, § 310, supra p. 403). Il estime que ces critères ne sont pas fixés et impératifs d'un point de vue juridique. Ces critères n'apparaissent pas dans la convention de Washington, les travaux préparatoires faisant au contraire ressortir la nécessité de laisser aux parties, et spécialement aux États contractants, la possibilité de définir eux-mêmes les opérations qu'ils entendent couvrir en tant qu'investissements (sentence, § 312, supra p. 404). La convention n'ayant pas imposé une définition stricte, objective, de l'investissement, « il n'appartient pas aux tribunaux arbitraux d'imposer une définition susceptible de s'appliquer dans tous les cas et à toutes fins » (sentence, § 313, supra p. 404). À cette approche dogmatique, le Tribunal préfère celle qui consiste à se montrer « flexible et pragmatique », en tenant compte des « caractéristiques identifiées par la décision *Salini*, mais également de l'ensemble des circonstances de l'affaire, y compris de la nature de l'instrument contenant le consentement à l'arbitrage » (sentence § 316, supra p. 405).

Ce raisonnement appelle trois observations.

La première est que la décision rendue dans l'affaire *Salini c/ Maroc* le 23 juillet 2001 (*JDI* 2002, p. 196) n'a pas dégagé cinq critères de l'investissement mais quatre : l'existence d'apports, la durée, une participation aux risques de l'opération et la contribution au développement économique de l'État d'accueil que le Tribunal est allé puiser dans le préambule de la convention de Washington. C'est en réalité une partie de la doctrine qui y a ajouté l'idée que l'apport devait avoir un caractère substantiel (*V. C. Schreuer, Commentary on the*

ICSID Convention : ICSID Rev., 1996, p. 318, spéc. § 122. – The ICSID Convention : A Commentary : Cambridge University Press, 2001, p. 121 et s. – R. Dolzer et C. Schreuer, Principles of International Investment Law : Oxford University Press, 2008, p. 67 et 68). L'observation repose seulement sur la constatation que dans un certain nombre d'affaires, l'apport a été substantiel. Cela ne signifie nullement, en réalité, que les tribunaux arbitraux, et en particulier celui qui s'est prononcé dans l'affaire *Salini*, ait entendu faire de cette circonstance un élément constitutif de la définition d'investissement. Ce serait raisonner à l'envers que de partir de l'observation de la situation de fait qui a pu se rencontrer dans telle ou telle affaire dans laquelle le tribunal a conclu à l'existence d'un investissement pour en déduire, indépendamment de la motivation du tribunal, qu'un investissement ne peut se rencontrer que dans des situations de fait analogues. A suivre un tel raisonnement, si les premières affaires soumises au CIRDI avaient toutes porté sur des marchés de génie civil, le tribunal devant se prononcer dans l'affaire suivante aurait été conduit à la conclusion que seuls les marchés de génie civil sont des investissements et qu'une concession pétrolière, par exemple, n'est pas justifiable de cette qualification (pour un raisonnement de ce type, v. cep. la sentence rendue dans l'affaire *MHS c/ Malaisie* le 17 mai 2007 qui analyse la jurisprudence CIRDI non en fonction de la raison d'être de chaque décision mais en examinant les faits de chaque espèce dans laquelle la qualification d'investissement a été retenue, que cette question ait été ou non débattue entre les parties, *sentence, spéc. § 48 et s.*). En ce qui concerne le caractère substantiel des apports, ce n'est pas parce que certains investissements sont importants que des apports plus modestes ne sont pas susceptibles de justifier de la même qualification. Un investissement peut être gros ou petit. La taille n'est pas un critère déterminant de l'investissement. Toute conclusion contraire serait directement contraire à la volonté des rédacteurs de la Convention. On sait qu'en effet, au cours des discussions du projet de convention, certains délégués ont proposé l'adoption d'un seuil minimum de 100 000 dollars US pour qu'une opération entre dans le champ d'application de la Convention mais que cette exigence quantitative a été écartée (*V. Historique de la Convention CIRDI, vol. II, CIRDI, 1968, 2001, p. 34*). Il serait donc particulièrement malheureux de laisser se développer l'idée que le CIRDI est réservé à des investissements d'une certaine importance et que de petits investissements, pourtant susceptibles de former le tissu industriel d'un pays, échapperaient nécessairement à la compétence du Centre.

La deuxième observation est que l'on ne peut comprendre la discussion qui s'est ouverte, en doctrine et dans la jurisprudence du CIRDI, sur l'identité et le nombre des facteurs susceptibles d'être pris en considération dans la notion d'investissement que si on conserve à l'esprit le fait que la jurisprudence du Centre est aujourd'hui profondément divisée entre deux méthodes diamétralement opposées de détermination de la satisfaction de cette condition. La première consiste à raisonner, de manière classique, en termes de véritables critères ou éléments constitutifs d'une définition. En l'absence d'un élément quelconque de la définition, la condition n'est pas satisfaite. La seconde consiste

à observer l'existence de « caractéristiques habituelles » de ce qui constitue un investissement et à « reconnaître » l'investissement à travers ces caractéristiques, sans toutefois exiger qu'elles soient toutes présentes en même temps. Ce serait commettre une profonde erreur de méthode que de raisonner sur la nature et le nombre des facteurs susceptibles d'être pris en compte dans la notion d'investissement sans identifier le courant de pensée dans lequel la discussion se situe. Dans le premier, qui raisonne en termes de définition, tout ajout d'un élément complémentaire procède d'un esprit restrictif conduisant à faire de l'investissement une condition plus étroite. Dans le second, la multiplication des « caractéristiques » répond à une logique inverse, libérale, tout élément nouveau permettant de « reconnaître » un investissement ne pouvant que faciliter la constatation de son existence, dès lors que l'intégralité de ses « caractéristiques habituelles » n'a pas à être présent dans chaque cas. De ce fait, toute utilisation à titre de précédent, dans une logique de définition, d'éléments ajoutés par d'autres décisions pour assouplir la condition d'investissement dans une logique de reconnaissance intuitive de « caractéristiques habituelles » procède du contresens. C'est le cas par exemple lorsque l'on invoque la décision *CSOB c/ Slovaquie* du 24 mai 1999 qui met l'accent sur la contribution au développement économique du pays pour alléger la condition d'apport et qui insiste sur la nécessité de retenir « une interprétation libérale » de la question de savoir si une opération donnée constitue un investissement (*décision*, § 64 : *La jurisprudence du CIRDI, préc.*, p. 577 et s.) au soutien d'un raisonnement consistant à dire qu'en l'absence de contribution au développement économique de l'État d'accueil, on ne saurait conclure à l'existence d'un investissement (sur l'opposition de la méthode déductive qui recherche les éléments constitutifs d'une définition et de la méthode intuitive qui se contente d'identifier les « caractéristiques habituelles » d'un investissement, V. E. Gaillard, *Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI* in *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard : Pédone, à paraître, 2009*).

Pour sa part, la sentence *Bewater* prend clairement parti pour la méthode intuitive qui refuse de conclure à l'existence d'une véritable définition de l'investissement. Elle rappelle les précédents en ce sens (§ 317) et affirme sans ambiguïté que « même si la République pouvait démontrer que l'un des critères *Salini*, ou même tous, n'étaient pas réunis en l'espèce, l'incompétence du tribunal n'en résulterait pas nécessairement » (§ 318). C'est donc une conception particulièrement peu exigeante de la notion d'investissement que retient le Tribunal. A l'extrême inverse se situe la décision *MHS c/ Malaisie* qui non seulement estime que la qualification d'investissement suppose la réunion cumulative d'un certain nombre de conditions mais compte au rang de ces conditions l'existence d'une contribution positive et significative au développement économique de l'État d'accueil, ce qui va bien au-delà de ce que pouvait avoir à l'esprit le tribunal ayant statué dans l'affaire *Salini*. Pour sa part, la sentence *Bewater* estime que si les États parties au traité de protection des investissements sur le fondement duquel l'action est introduite ont pris soin de

définir l'investissement au sens du traité, il est plus conforme à l'esprit de la convention de Washington qui avait refusé de donner de l'investissement une définition précise pour ne pas restreindre la liberté des États à ce sujet, de s'en tenir à la notion d'investissement résultant du traité (*sentence*, § 312, *supra* p. 404). Il est vrai que, dans cette conception, la condition d'investissement se confond avec celle de consentement, l'existence d'un accord des parties pour voir régler les litiges résultant d'une opération donnée par voie d'arbitrage CIRDI impliquant nécessairement qu'elles considèrent cette opération comme un investissement (pour une critique d'une telle subjectivisation de la condition d'investissement figurant à la convention de Washington, V. déjà nos obs. in *JDI* 2006, p. 362, *spéc.* p. 365).

La troisième observation qu'appelle la sentence *Biwater* est que tant les décisions qui ont raisonné, de manière plus ou moins heureuse, sur les précédents qui avaient conclu à l'existence d'un investissement que celles qui ont réagi à la tendance consistant à faire de l'investissement une condition de plus en plus restrictive pour revenir à l'esprit libéral des auteurs de la convention de Washington semblent s'être éloignées de façon de plus en plus marquée des préceptes posés par la convention de Vienne de 1969 sur l'interprétation des traités. S'il convient en effet de prendre en compte en tout premier lieu le sens ordinaire des termes, la notion d'investissement évoque bel et bien un apport, une certaine durée, et l'attente, incertaine, d'un retour sur investissement. Que l'on songe à investir dans l'éducation de ses enfants ou en bourse, tous ces éléments viennent instantanément à l'esprit. En revanche, aucune des utilisations ordinaires du terme n'évoque, ne serait-ce qu'un instant, la contribution au développement économique de l'État d'accueil, et moins encore une quelconque considération quantitative ou qualitative. Un investissement peut être modeste ou considérable ; un investissement peut se révéler fructueux ou désastreux pour celui qui le réalise ; un investissement peut être utile à l'État d'accueil ou aboutir à un échec total. Tous ces éléments sont sans doute pertinents pour l'appréciation du fond du litige, ne serait-ce que, comme le montre l'affaire *Biwater*, pour l'évaluation du préjudice subi par l'investisseur exproprié. Le sens ordinaire du terme ne suggère en revanche nullement que la taille de l'investissement ou son caractère avisé puisse participer d'une manière quelconque à la définition de l'investissement. S'il en allait autrement les formules d'investissement important ou d'investissement modeste, d'investissement rentable ou d'investissement non rentable n'auraient pas de sens, ce qui n'est manifestement pas le cas. C'est la raison pour laquelle, le sens ordinaire des termes nous paraît commander de retenir de la notion de d'investissement une notion qui ne se confond pas avec celle de consentement, tout en évitant de charger la notion de facteurs extrinsèques ou de considérations qualitatives ou quantitatives que ne suggère nullement le sens ordinaire des mots. L'ajout de ces considérations va par ailleurs directement à l'encontre de l'objet et du but de la Convention de Washington qui s'est voulu un instrument destiné à assurer la promotion du règlement pacifique des différends et non un instrument dont

l'utilisation est réservée à certaines catégories d'opérations étroitement entendues.

II. – Sur l'interprétation de la loi tanzanienne de 1997 sur les investissements, la sentence *Biwater* a eu à trancher une question qui ne s'était pas présentée dans la jurisprudence du Centre depuis l'affaire *SPP c/ Égypte*. Il s'agissait en effet de savoir si la référence au CIRDI contenue dans la loi de 1997 s'analysait en une offre générale de l'État de voir trancher par voie d'arbitrage CIRDI les différends susceptibles de s'élever sur le respect de cette loi ou si cette référence n'était qu'une simple invitation faite aux investisseurs de négocier avec l'État un accord spécifique à cet effet. L'article 23.2 de la loi disposait qu'un différend entre un investisseur et la Tanzanie « peut être soumis à l'arbitrage en application de l'une des méthodes suivantes susceptibles de faire l'objet d'un accord des parties ». Au rang de ces méthodes, la loi mentionne le règlement d'arbitrage CIRDI et les traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements. Les termes « susceptibles de faire l'objet d'un accord des parties » ne laissent guère de doute sur le fait qu'un accord spécifique entre l'investisseur et l'État était requis. C'est ce qu'a jugé, sans surprise, la sentence *Biwater* (§ 326 à 337, supra p. 406).

Dans l'affaire *SPP*, l'article 8 de la loi n° 43 de 1974 disposait pour sa part que « les contestations ayant trait à l'investissement et concernant la mise en exécution des dispositions de la présente loi sont réglées par le moyen convenu avec l'investisseur ou dans le cadre des conventions en vigueur entre la RAE et l'État de l'investisseur ou encore dans le cadre de la convention de règlement des contestations des investissements entre l'État et le citoyen des autres États, convention à laquelle a adhéré la RAE en vertu de la loi n° 90 de 1971, et ce dans les cas où ladite Convention est applicable ». On se souvient que, par une décision du 14 avril 1988, le Tribunal arbitral composé de MM. Eduardo Jiménez de Aréchaga, Président, Robert Pietrowski et Mohamed El Mahdi, avait jugé que « les mots 'sont réglés' ont clairement un caractère impératif et, dans le contexte de l'article 8, indiquent une obligation de soumettre des différends à l'une ou à l'autre des trois méthodes de règlement si l'une de ces méthodes est applicable » (*décision*, § 75 : *La jurisprudence du CIRDI, préc.*, p. 347, spéc. p. 354). Par la suite, l'Égypte a modifié sa législation sur les investissements de façon à exiger un consentement spécifique de l'État dans chaque cas. L'article 55 de la loi du 20 juillet 1989 dispose en effet que :

« Without prejudice to the right to Resort to Egyptian Courts, investment disputes related to the implementation of the provisions of this law may be settled in the manner to be agreed upon with the investor. The parties concerned may also agree to settle such disputes within the frameworks of the agreements in force within the Arab Republic of Egypt and the investor's home country ; or within the framework of the Convention for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States to which the Arab Republic of Egypt has adhered by Law No. 90 for 1971, subject to the terms and conditions, and in the instances where such agreements do apply. It may further be agreed to settle the disputes referred to above through arbitration before the Regional Center for International Commercial

Arbitration in Cairo ». (ICSID Rev. 1989, p. 376 et le commentaire de B. Marchais, *The New Investment Law of the Arab Republic of Egypt*, p. 297).

Une fois ce texte entré en vigueur, il est devenu clair, en raison des formules indiquant que les parties « peuvent convenir » de faire régler leurs différends par voie d'arbitrage, qu'aucune offre générale de contracter n'est plus contenue dans la loi.

La question va se poser à nouveau dans la jurisprudence du Centre à propos du décret-loi n° 356 du 3 octobre 1999 relatif à la promotion et la protection des investissements adopté par le Venezuela. L'article 22 de ce décret loi dispose en effet que « [l]es différends qui surgissent entre un investisseur international, dont le pays d'origine a un traité en vigueur avec le Venezuela, ou un accord sur la promotion et la protection des investissements, ou les différends auxquels sont applicables les dispositions de la convention sur l'Agence multilatérale de garantie des investissements (OMGI-MIGA) ou de la convention internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et nationaux d'autres États, seront soumis à l'arbitrage international en application des dispositions du traité ou de l'accord correspondant, si ce dernier le prévoit, sans préjudice le cas échéant des voies de recours contentieuses prévues par la législation vénézuélienne en vigueur (...) ».

Divers investisseurs ont saisi le Centre de demandes d'arbitrage formées à l'encontre du Venezuela sur le fondement la loi de promotion et de protection des investissements vénézuélienne, seule ou en conjonction avec un traité bilatéral de protection des investissements. C'est le cas en particulier dans l'affaire *Brandes Investment Partners LP c. Venezuela* dans laquelle le tribunal arbitral est composé de MM. Robert Briner, président, Karl-Heinz Böckstiegel et Brigitte Stern. Il appartiendra à ces tribunaux de se prononcer sur la question de savoir si le décret-loi contient une acceptation inconditionnelle de recourir à l'arbitrage comme dans l'affaire *SPP* ou une incitation à conclure un accord spécifique à cet effet comme dans l'affaire *Biwater*. La Cour suprême du Venezuela (Chambre constitutionnelle) a déjà jugé, pour sa part, par une décision en date du 17 octobre 2008, que l'article 22 de la loi ne constitue pas une offre générale de l'État de voir trancher les différends découlant des investissements par l'arbitrage CIRDI. Selon la Cour, il convient, en règle générale, de s'assurer que le consentement de l'État à l'arbitrage est exprès, libre, éclairé et non-équivoque et ce, même si l'État a la possibilité de manifester son consentement à l'arbitrage international dans une loi relative aux investissements. La simple possibilité, mentionnée dans la loi, de soumettre les différends à l'arbitrage ne saurait être, à elle seule, analysée comme le consentement de l'État. Chaque disposition législative doit être analysée attentivement, en tenant compte des critères dégagés tant par la jurisprudence des tribunaux CIRDI que par la Convention de Vienne tels que le principe d'interprétation objective, de bonne foi, ainsi que le respect des principes « *pacta sunt servanda* » et « *in dubio mitius* » avant de parvenir à la conclusion qu'elle constitue une manifestation du consentement de l'État de recourir à l'arbitrage. En l'espèce, l'article 22 de la loi ne constitue nullement, pour la Cour suprême, une manifestation du consente-

ment de l'État vénézuélien à l'arbitrage. Celle-ci estime que la disposition selon laquelle les différends « seront soumis à l'arbitrage international dans les termes du traité ou de l'accord respectif, si ce dernier le prévoit ainsi » doit s'interpréter comme renvoyant à la convention CIRDI et au traité MIGA en ce qui concerne la détermination de la possibilité de recourir à l'arbitrage. Dans la mesure où, dans le système de l'article 25 de la convention, le simple fait d'être un État contractant n'est pas constitutif du consentement de l'État à la juridiction du CIRDI, il est nécessaire d'établir le consentement de l'État à l'arbitrage par le biais d'un traité, d'une loi ou d'un accord entre les parties. La Cour suprême souligne enfin que cette loi est purement descriptive et ne saurait constituer, à elle seule, le fondement du consentement de l'État à recourir à l'arbitrage. Toute interprétation contraire de l'article 22 aurait pour conséquence de restreindre la faculté de l'État de recourir à d'autres forums et serait contraire à la bonne foi et au principe « *in dubio mitius* ».

Il va de soi que cette interprétation ne s'impose pas aux tribunaux arbitraux qui devront, dans l'ordre international, se prononcer sur le sujet.

Mots-Clés : XXXXX
