

Journal du Droit International

Clunet

Paraissant tous les trois mois

Avril-Mai-Juin 2010
n° 2/2010

Directeur : Jean-Michel JACQUET
Fondé en 1874 par Édouard CLUNET

Continué par André PRUDHOMME (de 1923 à 1948),
Berthold GOLDMAN (de 1950 à 1993) et Philippe KAHN (de 1985 à 2002).

Sous le haut patronage de :

J. BÉGUIN, J.-D. BREDIN,
J. DEHAUSSY, P. DRAI,
J. LEMONTEY, M. LONG,
M. MARTIN, A. PLANTEY,
J. VASSOGNE, S. ROZES, P. WEIL

**Journal publié avec le
concours de la CNUDCI**

CHRONIQUES

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 2009, le Centre a enregistré 25 nouvelles affaires. Ce chiffre est en légère hausse par rapport à l'année 2008 (qui a connu 21 nouvelles affaires) mais toujours en retrait par rapport aux années record (36 affaires nouvelles en 2007 et 30 affaires en 2003). On constate donc une stabilisation du nombre d'affaires portées chaque année devant le Centre entre 20 et 30 affaires, ce qui a été le cas depuis 2003 et ce qui paraît la tendance aujourd'hui. Deux affaires ont été portées devant le Centre en application du Mécanisme supplémentaire et 23 relèvent de l'application pure et simple de la Convention de Washington.

Tout comme en 2008, l'Amérique latine reste en tête des nouvelles affaires avec 10 affaires enregistrées en 2009. Les États concernés sont l'Argentine, le Costa Rica, l'Équateur, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Salvador et le Venezuela (avec 2 affaires). L'Asie compte, comme en 2008, 8 affaires nouvelles. Ces affaires concernent le Cambodge (qui connaît ainsi sa première affaire introduite devant le CIRDI), la Géorgie, la Jordanie, le Kazakhstan, la République Démocratique Socialiste de Sri Lanka, le Turkménistan, l'Ukraine et le Yémen. L'Afrique enfin reste stable avec 3 affaires nouvelles en 2009. Ces affaires concernent l'Algérie, l'Égypte et la Gambie. L'Europe compte 4 nouvelles affaires (alors qu'aucune n'avait été enregistrée en 2008). Les États attraités devant le CIRDI sont l'Allemagne, la Macédoine (2 affaires) et la Serbie. Les secteurs d'activité concernés sont l'énergie (6 affaires), l'industrie en général (9 affaires), les grands projets (4 affaires), les services (3 affaires), la finance (2 affaires) et les télécommunications (1 affaire).

Les traités bilatéraux de protection des investissements demeurent le fondement principal des demandes. Sur les 25 nouvelles affaires enregistrées en 2009, 17 sont fondées sur des traités bilatéraux de protection des investissements. L'une d'elles, l'affaire opposant *EVN AG à la Macédoine*, repose également sur le Traité sur la Charte de l'Énergie tandis que l'affaire introduite contre l'Allemagne (*Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c/ Allemagne*) repose uniquement sur le Traité sur la Charte de l'Énergie. Une autre, l'affaire *MTN (Dubai) Limited et MTN Yemen for Mobile Telephones c/ Yémen* est également introduite sur le fondement d'une loi de protection des investissements. Parmi les nouvelles affaires, cinq d'entre elles sont fondées sur une clause compromissoire. Elles concernent l'Équateur, la Gambie, le Honduras et la Jordanie (un traité étant également invoqué dans cette affaire). Enfin, les deux affaires introduites à l'encontre de l'État du Salvador reposent sur l'Accord de Libre-Échange d'Amérique Centrale (CAFTA).

Le nombre total d'affaires en cours au 1^{er} janvier 2010 était de 120, contre 125 au 1^{er} janvier 2009 et 123 au 1^{er} janvier 2008. Quinze demandes d'annulation étaient pendantes devant le Centre à fin 2009. Quatre de ces demandes ont été formées en 2009 et trois décisions des comités *ad hoc* ont été rendues durant la même période (dans les affaires *MHS c/ Malaisie, Azurix c/ Argentine* et *MCI c/ Équateur*).

De très nombreuses décisions ont été rendues en 2009. Il s'agit de trois décisions par lesquelles un tribunal a retenu sa compétence (*Bureau Veritas c/ Paraguay, Toto Costruzioni Generali S.p.A. c/ Liban* et *Tza Yap Shum c/ Pérou*) et de cinq sentences par lesquelles les tribunaux ont constaté leur incompétence (*Azpetrol c/ Azerbaïdjan, Cementownia « Nowa Huta » S.A. c/ Turquie, EMELEC c/ Équateur, Europe Cement Investment and Trade S.A. c/ Turquie, et Phoenix c/ République tchèque*). Il s'agit également de nombreuses sentences sur le fond, ou sur la compétence et le fond, rendues dans les affaires *RSM Production Corporation c/ Grenade, Siag et Vecci c/ Égypte, Bayindir c/ Pakistan, Corn Products International c/ Mexique, Bernardus Henricus Funnekotter et autres c/ Zimbabwe, Saipem S.p.A. c/ Bangladesh, EDF (Services) Limited c/ Roumanie, Cargill c/ Mexique, Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c/ Kirghizistan, Gouvernement de la Province du Kalimantan Est c/ PT Kaltim Prima Coal et autres* et *Pantechniki c/ Albanie*.

Le contentieux CIRDI se caractérise aujourd'hui par le fait que tous les types de recours prévus par la Convention de Washington sont désormais utilisés par les parties. La première décision sur une demande de révision de la sentence en application de l'article 51 de la Convention de Washington a été rendue le 18 novembre 2009 dans l'affaire *Pey Casado c/ Chili*. Une nouvelle décision est intervenue sur la prétention des parties de voir une affaire déclarée « manifestement dénuée de fondement juridique » en application de l'article 41(5) du règlement modifié au 10 avril 2006 (V. la décision de rejet intervenue le 2 février 2009 dans l'affaire *Brandes Investment Partners c/ Venezuela*). Une sentence d'accord-partie est intervenue le 8 avril 2009 dans l'affaire *Trans-Global Petroleum c/ Jordanie* et le 28 septembre 2009 dans l'affaire *Barmek Holding A.S.*

c/ Azerbaïdjan. Les demandes de récusation d'arbitres sont monnaie courante (V. par ex. les décisions rendues par les deux arbitres non récusés dans l'affaire *Cemex c/ Venezuela* le 6 novembre 2009 et par le Secrétaire Général du CIRDI, faute d'accord des deux co-arbitres non récusés, dans l'affaire *PIP Sarl c/ Gabon* le 12 novembre 2009). Des mesures provisoires sont régulièrement sollicitées et parfois ordonnées, comme cela a été le cas, le 8 mai 2009, dans l'affaire *Perenco Ecuador c/ Équateur*.

II. – Au rang des décisions qu'il y a lieu de signaler, on compte les décisions sur la compétence rendues dans les affaires *Tza Yap Shum c/ Pérou* le 19 juin 2009 et *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c/ Liban* le 11 septembre 2009, la sentence rendue le 8 octobre 2009 dans l'affaire *EDF (Services) Limited c/ Roumanie* et la décision du Comité *ad hoc* rendue le 19 octobre 2009 dans l'affaire *MCI c/ Équateur*.

1. La décision sur la compétence rendue le 19 juin 2009 par un tribunal arbitral composé de MM. Judd Kessler, Président, Hernando Otero et Juan Fernández-Armesto dans l'affaire *Tza Yap Shum c/ Pérou* mettait en cause une clause de règlement des différends rédigée de manière très étroite, comme l'on en trouve dans tous les traités de l'ancien bloc communiste (V. la décision en original espagnol et la traduction anglaise sur le site Internet *Investment Treaty Arbitration*). La demande a été formée par un investisseur chinois (de Hong Kong) sur le fondement du Traité bilatéral de protection des investissements conclu entre la Chine et le Pérou en 1994. Comme la plupart des traités chinois anciens, il contenait une clause de règlement des différends limitant l'arbitrage aux « différends concernant le montant de l'indemnisation pour expropriation » (article 8(3) du Traité) (sur les traités de protection des investissements conclus par la Chine, V. *Haijuan Chen, Les traités bilatéraux d'investissements conclus par la Chine : Thèse Paris I, 14 sept. 2009*). Le demandeur chinois cherchait à élargir la compétence du tribunal d'une part en interprétant ce texte comme incluant toute décision relative à l'expropriation susceptible de conduire à la détermination du montant de l'expropriation et d'autre part en invoquant la clause de la nation la plus favorisée contenue dans le Traité. Le Tribunal a accepté la première argumentation et rejeté la seconde. La motivation relative à l'étendue de la clause est la suivante :

188. The Tribunal concludes that to give meaning to all the elements of the article, it must be interpreted that the words « involving the amount of compensation for expropriation » includes not only the mere determination of the amount but also any other issues normally inherent to an expropriation, including whether the property was actually expropriated in accordance with the BIT provisions and requirements, as well as the determination of the amount of compensation due, if any. In opinion of the Tribunal, a contrary conclusion would invalidate the provision related to ICSID arbitration since according to the final sentence of Article 8(3), turning to the courts of the State accepting the investment would preclude definitely the possibility of choosing arbitration under the ICSID Convention. Consequently, since the Claimant has filed a prima facie claim of expropriation, the Tribunal, pursuant to Articles 25 and 41 of the ICSID Convention and Rule 41 of the Arbitration Rules,

considers that it is competent to decide on the merits of the expropriation claim filed by Claimant.

En revanche, fort du précédent *Plama* (V. décision sur la compétence du 8 février 2005 : *La jurisprudence du CIRDI, vol. II : Pédone 2010, p. 123 et s., spéc. p. 138 et s.*), il refuse de faire jouer la clause de la nation la plus favorisée pour donner à l'investisseur chinois le bénéfice de la clause de règlement des différends d'un traité conclu par le Pérou avec un État tiers (*décision, § 220*). Une décision analogue a été retenue le 20 mars 2009, à propos du traité Russie-Espagne de 1990, dans l'affaire *Renta 4* par un tribunal arbitral composé de MM. Jan Paulsson, président, Charles Brower et Toby Landau. Il est permis de penser que cette interprétation de la clause de la nation la plus favorisée n'est conforme ni à la fonction de la clause ni à la réalité de la concurrence entre les investisseurs de différents pays. Ceux qui bénéficient d'un accès à un tribunal international pour connaître de tous les différends nés du Traité sont en effet manifestement favorisés par rapport à ceux qui n'en bénéficient pas, ou à tout le moins pas aussi largement. Or, c'est précisément ce que la clause de la nation la plus favorisée voulait éviter (sur l'ensemble de la question, V. *Y. Banifatemi, The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration in Investment Treaty Law : Current Issues III* (A. Bjorklund, I. Laird, S. Ripinsky eds.) : *BIICL 2009, p. 241* et, dans le sens du jeu de la clause à l'égard des clauses de règlement des différends, la décision rendue dans l'affaire *RosInvestCo c/ Fédération de Russie* en octobre 2007. – Adde *La jurisprudence du CIRDI, vol. II, p. 300 et s.*).

2. La décision sur la compétence rendue le 11 septembre 2009 dans l'affaire *Toto Costruzioni Generale S.p.A. c/ Liban* par un Tribunal composé de MM. Hans van Houtte, président, Alberto Feliciani et Fadi Moghaizel, intéresse les notions d'investissement, d'*umbrella clause* et, plus généralement, les relations entre *treaty claims* et *contract claims*. La demanderesse est une société italienne de travaux publics qui a conclu avec le Conseil Exécutif des Grands Projets (CEGP), devenu Conseil pour le Développement et la Reconstruction (CDR), un contrat de construction d'une autoroute au Liban. En août 2001, elle forme devant le Conseil d'État libanais une demande d'indemnisation pour travaux imprévus et modifications du projet initial. Cette demande n'ayant pas encore été tranchée, elle forme une demande d'arbitrage contre l'État libanais le 19 mars 2007 sur le fondement du Traité de protection des investissements conclu entre le Liban et l'Italie en 1997. Pour rejeter partiellement l'exception d'incompétence formée par l'État, le Tribunal se prononce sur un certain nombre de questions qui opposaient les parties. Il estime tout d'abord que les actes du CEGP/CDR sont imputables à l'État libanais. Il estime également, après avoir retenu de l'investissement une définition dans le droit fil de la jurisprudence *Salini* – avec ses quatre éléments d'apport, de durée, de risque et de contribution au développement économique de l'État d'accueil – que l'on se trouve bien en présence d'un investissement (*décision, § 86* – sur la question, V. *infra p. 529*). Il estime ensuite qu'il a compétence pour connaître du manquement de l'État, allégué par l'entrepreneur, à son obligation de procéder en temps

utile aux expropriations qui devaient permettre la mise à disposition du site, au motif que cette obligation met en jeu des prérogatives de puissance publique, ce qui serait, à la différence d'une violation d'une obligation contractuelle que tout cocontractant privé peut commettre, une condition à la compétence du tribunal arbitral saisi sur le fondement du Traité (*décision*, § 102 à 109). La même analyse s'applique à son obligation de faire évacuer les troupes syriennes du site (§ 117 et 118) ainsi qu'aux réclamations fondées sur la modification de l'environnement réglementaire dans la mesure où celui-ci serait discriminatoire, déraisonnable ou en violation du Traité sur un autre fondement (*décision*, § 129 et 130). En revanche, le critère de « puissance publique » le conduit à décliner sa compétence pour les réclamations nées de la fourniture à l'entrepreneur d'informations erronées, d'instructions fausses et de plans inexacts (*décision*, § 121 et 122). Le Tribunal s'estime également incompétent, à la suite d'une appréciation *prima facie* de la situation, pour connaître de la demande fondée sur le refus de l'État de négocier sérieusement les diverses réclamations de l'entrepreneur au motif que celui-ci aurait toujours pu saisir le Conseil d'État à ce sujet (*décision*, § 138). Il en va de même de la demande tirée de la lenteur du Conseil d'État dans l'examen des réclamations de l'entrepreneur. Celle-ci est rejetée au motif que le Tribunal n'a pas reçu de preuves suffisantes *prima facie* que l'entrepreneur a utilisé les voies de recours internes qui auraient pu lui permettre d'accélérer la procédure devant le Conseil d'État (*décision*, § 167 et 168). Le Tribunal estime, de même, qu'il n'y a pas eu, *prima facie*, de manque de transparence de la procédure devant le Conseil d'État, ce qui le conduit à décliner sa compétence à l'égard de cette demande fondée sur une prétendue violation du standard de traitement juste et équitable (*décision*, § 173). Le Tribunal s'estime par ailleurs incompétent pour connaître de l'allégation selon laquelle les mesures prises par l'État libanais s'analysent en une expropriation de l'investissement au motif que, à supposer dues les sommes que l'État a refusé de payer, ce refus ne constituerait pas une expropriation indirecte mais une simple violation contractuelle (*décision*, § 185). Il parvient à la même conclusion à l'égard de la réclamation fondée sur la violation alléguée de la clause de respect des engagements du Traité. Le Tribunal estime en effet que cette clause n'est pas susceptible d'engager la responsabilité de l'État au regard du traité du fait de l'existence, dans le contrat, d'une clause de compétence en faveur des juridictions locales. Il justifie cette solution par le raisonnement suivant :

200. *A fourth view held that umbrella clauses may form the basis for treaty claims, without transforming contractual claims into treaty claims. Such view is described by Professor James Crawford who states.*

Finally, there is the view that an umbrella clause is operative and may form the basis for a substantive treaty claim, but that it does not convert a contractual claim into a treaty claim. On the one hand it provides, or at least may provide, a basis for a treaty claim even if the BIT in question contains no generic claims clause ; on the other hand, the umbrella clause does not change the proper law of the contract or its legal incidents, including provisions for dispute settlement. [« Treaty and Contract

in investment Arbitration », *Arbitration International*, Vol. 24, no. 3 (2008), p. 351-374.]

201. Taking into consideration the spirit and purpose of the Treaty in the matter at hand, the Tribunal espouses the fourth view. That view best conforms with the unqualified commitment assumed by Lebanon to comply with « any other obligation it has assumed » as well as with the fourth paragraph of the Preamble to the Treaty which conforms the importance of the « contractual protection » of investments – again without further qualification. Moreover, when the Treaty provides for submission of disputes to Lebanese courts in its Article 7.2.a, these national courts in any event will decide the dispute in accordance with national contract law. Article 7 does not provide for the application of international law by national courts as it does for the two other options : for claims submitted to ICSID arbitration (Article 7.2.b indirectly by referring to the ICSID Convention Article 41 of which is considered to provide for the application of international law ; and for claims submitted to an *ad hoc* arbitral tribunal, directly by Article 7.3 of the Treaty).

202. Although Article 9.2 of the Treaty may be used as a mechanism for the enforcement of claims, it does not elevate pure contractual claims into treaty claims. The contractual claims remain based upon the contract ; they are governed by the law of the contract and may be affected by the other provisions of the contract. In the case at hand that implies that they remain subject to the contractual jurisdiction clause and have to be submitted exclusively to the Lebanese courts for settlement. Because of this jurisdiction clause in favor of Lebanese courts, the Tribunal has no jurisdiction over the contractual claims arising from the contract referring disputes to Lebanese courts. As in the case of *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, the Tribunal does not see a reason in the case at hand and in the face of a valid forum selection contract clause, to « elevate » its claims grounded solely in a contract with another Contracting Party... to claims grounded on the Treaty, and accordingly to bring such contract claims to this Tribunal for resolution and decision. [Paragraph n° 165 of the Decision.]

Le Tribunal rejette enfin l'argumentation de l'État fondée sur la clause d'option irrévocable (*fork in the road*) ainsi que la demande de sursis à statuer formée par l'État jusqu'à la décision du Conseil d'État à intervenir.

Les aspects de la décision relatifs à la distinction des *treaty claims*, qui saisiraient les agissements de l'État faisant usage de ses prérogatives de puissance publique, et des *contract claims* qui tendraient à voir réparer les violations susceptibles d'avoir été commises par n'importe quel cocontractant privé ont fait l'objet d'une critique en règle de la part d'I. Fadlallah (V. *Toto Costruzioni Generale SpA c. Liban* (CIRDI n° ARB 07/12) (Décision sur la compétence, 11 sept. 2009) : *ICSID Review* 2008, n° 23/2, p. 320). Comme il l'avait déjà fait auparavant (I. Fadlallah, *La distinction 'Treaty claims – Contract claims' et la compétence de l'arbitre* (CIRDI : *Faisons nous fausse route ?*) : *Cah. arb.*, vol. III, p. 126), l'auteur critique cette distinction qui lui paraît conduire à un émiettement malheureux des contentieux (V. aussi, sur la question, P. Mayer, *Contract claims et clauses juridictionnelles de traités relatifs à la protection des investissements* : *JDI* 2009, p. 71). Il se demande par ailleurs, à propos de

l'affirmation de la décision selon laquelle la clause de respect des engagements ne transforme pas les réclamations purement contractuelles en réclamations découlant du traité, « à quoi sert l'*umbrella clause* si elle se limite aux obligations résultant du traité » (*art. préc.*, p. 328). C'est bien sur cette question que la motivation de la décision *Toto* apparaît la plus contestable. Elle revient à ne reconnaître aucun effet à la clause de respect des engagements alors qu'il est manifeste que les rédacteurs de ces clauses ont voulu, en les insérant dans les traités de protection des investissements, doubler l'obligation contractuelle d'une obligation découlant du traité et donc susceptible d'être sanctionnée, en tant que telle, par le tribunal arbitral mis en place pour connaître des violations du traité (sur l'ensemble de la question, V. nos obs. in *La Jurisprudence du CIRDI*, vol. II, p. 205 et s. Pour une critique de la décision tenant à la méthode de délimitation des questions relevant de la compétence et celles relevant du fond, V. Y. Nouvel : *Rev. arb.* 2009, p. 883 et s. et I. Fadlallah, *art. préc.*, p. 330 et s.).

3. Une question beaucoup plus délicate concernant les *umbrella clauses* est celle de savoir si la clause par laquelle l'État s'engage à respecter « ses » engagements peut être appelée à jouer lorsque l'on se trouve en présence de la violation d'une obligation contractuelle souscrite non par l'État directement mais par une entité dépendant de l'État et dont les agissements lui sont imputables. Certaines décisions se sont déjà prononcées dans le sens de la négative (V. par ex. J. Crawford, *Treaty and Contract in Investment Arbitration : Arbitration International 2008*, p. 351, spéc. p. 363). La même solution a été retenue par la sentence rendue le 8 octobre 2009 par un Tribunal arbitral composé de MM. Piero Bernardini, président, Arthur Rovine et Yves Derains dans l'affaire *EDF (Services) Ltd c/ Roumanie* (§ 318 et 319). Cette sentence contient également d'intéressants développements sur le rôle de l'attente légitime des parties dans l'application du standard de traitement juste et équitable.

216. *The Tribunal shares the view expressed by other tribunals that one of the major components of the FET standard is the parties' legitimate and reasonable expectations with respect to the investment they have made. Claimant has specifically referred to this component. [Claimant refers to this component as « A central pillar of the fair and equitable treatment granted to the investor ».]*

It comes into consideration whenever the treatment attributable to the State is in breach of representations made by it which were said to be reasonably relied upon by the Claimant. This concept was stated by the tribunal in Waste Management v. Mexico as follows :

« In applying this standard [i.e., the FET] it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant. » [Waste Management Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB/AF/003 (NAFTA), Final Award, April 30, 2004, para. 98.]

217. *The idea that legitimate expectations, and therefore FET, imply the stability of the legal and business framework, may not be correct if stated in an overly-broad and unqualified formulation. The FET might then mean the virtual freezing of the*

legal regulation of economic activities, in contrast with the State's normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.

218. Further, in the Tribunal's view, the FET obligation cannot serve the same purpose as stabilization clauses specifically granted to foreign investors. As stated recently by another ICSID tribunal in *Parkerings-Companiet AS v. Lithuania* :

« It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilization clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. » [*Parkerings-Companiet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/08, Award of September 11, 2007, para. 332.]

The same idea was put forward by the tribunal in the Argentina case, *Continental*, stating that :

« the fair and equitable standard is aimed at assuring that the normal law-abiding conduct of the business activity by the foreign investor is not hampered without good reasons by the host government and other authorities. » [*Continental Casualty Company v. Argentina Republic*, ICSID Case N° ARB/03/91, Award of September 2, 2006, para. 254.]

Ces principes sont parfaitement classiques mais méritaient d'être rappelés (Sur l'ensemble de la question, V. I. Tudor, *The Fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment* : OUP 2008).

4. La décision rendue le 19 octobre 2009 par un Comité *ad hoc* composé de MM. Dominique Hascher, président, Hans Danelius et Peter Tomka dans l'affaire *MCI c/ Équateur* portait sur l'application dans le temps des traités de protection des investissements dont le Tribunal avait pu juger qu'un traité ne s'appliquait pas à des faits antérieurs à son entrée en vigueur et que le refus de l'État d'honorer certains titres s'analysait en un acte instantané ne se poursuivant pas après l'entrée en vigueur du Traité. À l'issue d'une analyse détaillée des griefs articulés à l'encontre de la sentence, le Comité rejette, sans surprise, la demande d'annulation. La décision lui a néanmoins permis de préciser, fort justement, que l'objet du contrôle de l'annulation en application de l'article 52 de la Convention de Washington, n'est pas, comme on a parfois eu tendance à le penser (V. par ex. les motifs de la décision d'annulation partielle *CMS c/ Argentine* du 25 septembre 2007 : *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, p. 413 et s.) d'assurer la cohérence de la jurisprudence du Centre mais de s'assurer de la régularité de la sentence contrôlée et du processus qui a permis d'y aboutir :

24. [...] *The responsibility for ensuring consistency in the jurisprudence and for building a coherent body of law rests primarily with the investment tribunals. They are assisted in their task by the development of a common legal opinion and the*

progressive emergence of « une jurisprudence constante », as the Tribunal in SGS v. Philippines declared. [Notes bas de page omises.]

Le Comité explique également pourquoi il tient compte des décisions de Comités l'ayant précédé :

25. [...] *The parties in the present case have also relied on past decisions of ad hoc committees which are referred to in this decision. Although there is no hierarchy of international tribunals, as acknowledged in SGS v. Philippines, the Committee considers it appropriate to take those decisions into consideration, because their reasoning and conclusions may provide guidance to the Committee in settling similar issues arising in these annulment proceedings and help to ensure consistency and legal certainty of the ICSID annulment mechanism, thereby contributing to ensuring trust in the ICSID dispute settlement system and predictability for governments and investors.* » [Notes bas de page omises.]

III. – L'activité doctrinale concernant le CIRDI est demeurée intense au cours des derniers mois. Plusieurs chroniques régulières y sont consacrées. Outre la chronique « investissements internationaux et arbitrage » de la Gazette du Palais sous la direction de MM. Ibrahim Fadlallah, Charles Leben et Eric Teynier (V. en dernier lieu *Gaz. Pal.* 13-15 déc. 2009), la chronique de règlement pacifique des différends internationaux de MM. Julien Fouret et Dany Khayat (V. en dernier lieu *RQDI* 2007, vol. 20.1, p. 309) et celle de la Revue de l'arbitrage, sous la direction de Carlo Santulli (*Rev. arb.* 2009, p. 872 : « l'arbitrage en droit international économique » (Y. Nouvel, S. Lemaire, M. Benlolo-Carabot, J. Matringue, E. Savarese)), une chronique consacrée à « arbitrage transnational et droit international général » a été inaugurée à l'*Annuaire français de droit international*, par Frank Latty. La première porte sur l'année 2008 (*AFDI* 2008, pp. 467-512).

Nous avons pour notre part rassemblé en un seul volume de *La jurisprudence du CIRDI, vol. II* (Pédone 2010) les chroniques publiées dans le présent Journal et portant sur les années 2004 à 2008. Comme dans le précédent volume, qui couvrait les chroniques relatives aux années 1965 à 2003 (*La jurisprudence du CIRDI, vol. I : Pédone 2004*), le texte de ces chroniques est complété par un index analytique détaillé, de nombreux renvois croisés et un répertoire de l'intégralité des décisions rendues sous l'égide du CIRDI.

IV. – Au titre de l'année 2009, trois décisions paraissent revêtir une importance toute particulière. Il s'agit de la sentence rendue le 15 avril 2009 par un Tribunal composé de M^{me} Brigitte Stern, président, et de MM. Andreas Bucher et Juan Fernández-Armesto dans l'affaire *Phoenix c/ République tchèque* (*infra* p. 508), de la décision rendue par le Comité *ad hoc* composé de MM. Stephen Schwebel, président, Mohamed Shahabuddeen et Peter Tomka ayant statué le 16 avril 2009 dans l'affaire *MHS c/ Malaisie* (*infra* p. 539) et de la sentence rendue le 30 juin 2009 par un Tribunal composé de M^{me} Gabrielle Kaufmann-Kohler, Président, et de MM. Christoph Schreuer et Philip Otton dans l'affaire *Saipem SpA c/ République Populaire du Bangladesh* (*infra* p. 549). La présente chronique leur sera consacrée.

Convention de Washington. – Méthode d'interprétation du Traité. – Prise en compte des principes généraux de droit en droit international (oui).

Article 25 de la Convention de Washington. – Compétence du Centre. – Notion d'investissement protégé. – Légalité de l'investissement. – Bonne foi. – Abus de droit. – *Treaty shopping*. – Détournement de procédure. – Fraude au traité*.

Sentence du 15 avril 2009. – M^{me} Brigitte Stern, président. – MM. Andreas Bucher et Juan Fernández-Armesto, arbitres. – Phoenix Action Ltd c/ République tchèque.

Le droit international des investissements et les conditions de compétence de la Convention de Washington ne peuvent être interprétés de manière isolée du droit international public et de ses principes généraux.

Le transfert du contrôle d'une société de droit local à une société susceptible de bénéficier de la protection d'un traité de protection des investissements réalisé dans le seul but de bénéficier, après la naissance du différend, d'une telle protection n'est pas une transaction de bonne foi susceptible de bénéficier de la protection de la Convention de Washington.

Le 15 février 2004, la société de droit israélien Phoenix Action Ltd (Phoenix) a saisi le Centre d'une requête d'arbitrage à l'encontre de la République tchèque sur le fondement du Traité bilatéral de protection des investissements conclu entre la République tchèque et Israël le 23 septembre 1997 et entré en vigueur le 16 mars 1999 (le BIT ou le Traité).

La requête porte sur le traitement par la République tchèque de deux sociétés de droit local, Benet Praha (BP) et sa filiale à 100 % Benet Group (BG), acquises par Phoenix le 26 décembre 2002. Les agissements dont se plaint la demanderesse se sont produits antérieurement à l'acquisition par Phoenix des sociétés de droit local, Phoenix soutenant que, s'agissant du gel des comptes bancaires, de la saisie de documents et du traitement par les juridictions locales de diverses demandes formées en 2001 par BP et BG, ils se sont poursuivis ensuite.

La requête d'arbitrage a été enregistrée par le Centre le 23 mars 2006.

Le Tribunal a été composé de M. Juan Fernández-Armesto, désigné par la défenderesse, de M. Andreas Bucher, désigné par le Centre à la demande de la partie demanderesse, et de M^{me} Brigitte Stern, également désignée par le Centre en qualité de président du Tribunal arbitral. Après une audience de procédure qui s'est tenue à Paris le 23 février 2007 et un échange de mémoires à ce sujet, la demande de mesures provisoires de Phoenix tendant au transfert des fonds bloqués dans un compte de BP a été rejetée le 6 avril 2007.

La procédure ayant fait l'objet d'une bifurcation entre la compétence et le fond, une audience a été organisée à Paris le 1^{er} septembre 2008 sur les questions de compétence.

Le litige trouve sa source dans un contentieux devant les juridictions tchèques entre BG et un citoyen tchèque, M. Raška, sur la propriété de deux entités créées pour l'acquisition d'une fonderie. Ces entités ayant été mises en faillite et leurs

* 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.

actifs vendus, la demande formée devant le CIRDI tend à engager la responsabilité de l'État tchèque du fait de ses juridictions faute d'avoir résolu promptement le différend de nature commerciale entre BG et M. Raška sur la propriété des entités en cause. BP était pour sa part engagée dans un différend l'opposant à la police et au procureur à propos de la saisie de documents.

En avril 2001, une enquête a été diligentée sur les infractions fiscales et douanières relatives à l'exportation de métaux qu'aurait commises M. Beňo, qui était à l'époque directeur de BP. Celui-ci a alors quitté le pays et s'est réfugié en Israël où il a créé, le 14 octobre 2001, la société Phoenix. Le 24 avril 2001, la police a procédé à des investigations au siège social de BG et, les 25 et 27 avril 2001, des comptes bancaires de BP ont été saisis par la police tchèque dans le contexte de l'enquête pénale.

Au soutien de son déclinatoire de compétence, la défenderesse, après avoir insisté sur le fait que la création d'une société israélienne n'était qu'une tentative d'internationaliser *a posteriori* un différend purement interne pour bénéficier indûment de la protection d'un traité, a soutenu que le Tribunal n'avait pas compétence *ratione temporis* pour des faits survenus avant le 26 décembre 2002, que les faits postérieurs n'étaient que la poursuite des mêmes actions, que la nécessité d'épuiser les recours locaux pour les demandes portant sur la responsabilité de l'État du fait de ses juridictions s'opposait en toute hypothèse aux réclamations nées après le 26 décembre 2002, que l'acquisition par Phoenix de BP et donc de sa filiale BG ne constituait pas un investissement au sens de la Convention et que les véritables parties à l'action étaient, non la société Phoenix, mais les sociétés BP et BG qui n'avaient pas la nationalité requise pour bénéficier de la protection du traité, l'entier montage s'analysant en une utilisation abusive d'une structure sociétaire factice.

La demanderesse a insisté pour sa part, au moins dans un deuxième temps, sur le fait que les agissements dont elle se plaignait (refus de lever la saisie des fonds, refus de restituer les documents saisis, absence de traitement juste et équitable dû à l'impossibilité pour BP d'avoir accès aux documents de la société pour répondre aux allégations de fraude fiscale et de fraude douanière) se sont poursuivis après l'acquisition de BP et BG par Phoenix et que le Tribunal a donc compétence *ratione temporis* pour en connaître, que la règle d'épuisement des recours internes n'existe pas lorsque, comme en l'espèce, le juge refuse d'intervenir et que l'acquisition des titres de la société de droit local satisfait les critères de la jurisprudence *Salini*.

Avant de se prononcer sur l'exception d'incompétence soulevée par la République tchèque, le Tribunal rappelle, à titre préliminaire, les conditions de compétence posées par l'article 25 de la Convention de Washington, au rang desquelles il compte une condition *ratione temporis* selon laquelle la Convention devait être applicable au moment pertinent, les conditions d'application du traité sur lequel l'action est fondée et certaines considérations relatives à la charge de la preuve en matière de compétence. Le Tribunal relève également qu'il n'a pas compétence pour connaître des agissements antérieurs au 26 décembre 2002, date à laquelle Phoenix a acquis les sociétés tchèques, ou postérieurs au

6 janvier 2008, date à laquelle elle les a revendues à une société tchèque. Il se concentrera donc sur la période située entre ces deux dates.

Sous le bénéfice de ces observations, le Tribunal examine successivement la compétence *ratione materiae* et l'existence d'un investissement protégé dans les termes suivants :

V. THE TRIBUNAL'S GENERAL ANALYSIS OF JURISDICTION RATIONE MATERIAE

74. *It is common ground between the parties that the jurisdiction of the Tribunal is contingent upon the fulfillment of the jurisdictional requirements of both the ICSID Convention and the relevant BIT. As stated in a recent ICSID case, « (u)nder the double-barrelled test, a finding that the Contract satisfied the definition of « investment » under the BIT would not be sufficient for this Tribunal to assume jurisdiction, if the Contract failed to satisfy the criterion of an « investment » within the meaning of Article 25. »⁴⁵ This double test entails that the jurisdiction *ratione materiae* of the Tribunal rests on the intersection of the two definitions.*

75. *It is not disputed that the interpretation of the ICSID Convention and of the BIT is governed by international law, including the customary principles of interpretation embodied in the Vienna Convention on the Law of Treaties and the general principles of international law.*

76. *According to Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which the International Court of Justice has repeatedly described as the expression of customary international law, « (a) treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose » (Article 31. 1)⁴⁶.*

77. *Also, international agreements like the ICSID Convention and the BIT have to be analyzed with due regard to the requirements of the general principles of law, such as the principle of non-retroactivity or the principle of good faith, also referred to by the Vienna Convention. This has been stated for the WTO law stemming from the Marrakech Agreements of 1994 :*

*« States in their treaty relations, can contract out of one, more or in theory, all rules of general international law (other than those of *jus cogens*), but they cannot contract out of the system of international law. As soon as States contract with one another, they do so automatically and necessarily within the system of international law. »⁴⁷*

This has been stated also with force by the Appellate Body of the WTO Dispute Settlement Mechanism in its first rendered decision, where it stated :

« The General Agreement is not to be read in clinical isolation from public international law »⁴⁸.

78. *It is evident to the Tribunal that the same holds true in international investment law and that the ICSID Convention's jurisdictional requirements –*

45. *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia*, ICSID Case N° ARB/05/10, Award, May 28, 2007, § 55.

46. Emphasis added.

47. *Jost Pauwelyn*, « *Role of Public International Law in the WTO Law* », 95, *AJIL*, 2001, 539.

48. Appellate Body Report : *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, p. 18. See also, *Jost Pauwelyn*, « *Role of Public International Law in the WTO Law* », 95, *AJIL*, 2001, 539: « States in their treaty relations, can contract out of one, more or in theory, all rules of general international law (other than those of *jus cogens*), but they cannot contract out of the system of international law. As soon as States contract with one another, they do so automatically and necessarily within the system of international law. »

as well as those of the BIT – cannot be read and interpreted in isolation from public international law, and its general principles. To take an extreme example, nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs.

79. In general, it is very easy to ascertain the existence of an investment : for example, nobody would contest that the construction and operation of a power plant is an investment. In this hypothesis, a reference to the ordinary meaning of what constitutes an investment is sufficient and no sophisticated analysis based on several criteria is needed. Sometimes, the nature of the economic operation is less evident or has different components and the existence of an investment is more difficult to ascertain. For that purpose, ICSID case law has developed various criteria to identify the pertinent elements of the notion of investment. Sometimes, however, in a minority of cases, this factual analysis of the existence of an investment, relying on the ordinary meaning of the term « investment », is insufficient to detect an economic operation which is objectively an investment, but which is not a protected investment because, for one reason or another, it is not the purpose of the multilateral or bilateral treaty of protection of investments to extend protection through international arbitration to such an investment. If doubts are raised with regard to the existence of a protected investment, the Tribunal has to conduct a contextual analysis of the existence of a protected investment, in order to decide whether or not the investment satisfies certain criteria additional to those analyzed above, that grant it international protection through the ICSID mechanism and the BIT. In other words, in order to conclude that an economic operation, which by its nature is or looks like an investment, is indeed an investment deserving international protection, the Tribunal must also take into consideration the purpose of the international protection of the investment, whether it is the specific purpose of the ICSID system or the general purpose of the protection granted by international law.

80. The parties differ as to the interpretation of the facts and of the applicable law, the Claimant insisting that there is indeed an investment, the Respondent denying that such an investment has been made. In order to perform this interpretation, the Tribunal will first analyse the ordinary meaning of the notion of investment under the ICSID Convention, and will then ascertain which investments are protected in view of their object and purpose, before looking at the BIT definition. Finally, in order to complete the determination of protected investments under the international arbitration mechanism, the Tribunal will interpret these two international agreements in the light of the general principles of international law.

A. THE DEFINITION OF INVESTMENT UNDER THE ICSID CONVENTION

81. It is well known that the ICSID Convention contains no definition of the term « investment » used in its Article 25. According to the Claimant, as a consequence, « the Convention leaves to each Contracting State the determination of what types of economic activities are to be considered investments which it consents to submit to ICSID jurisdiction in the event of a dispute »⁴⁹ ; the Claimant rejects the relevance of the Salini test⁵⁰, because it introduces

49. Claimant's Counter-Memorial on Jurisdiction, § 23.

50. See this Award, § 50.

« non-textual jurisdictional limitations » to the ICSID definition of an investment, but at the same time insists on the fact that in any event the different criteria of the test are fulfilled. On the contrary, the Respondent contends that the definition of an « investment » in the ICSID Convention is independent from the BIT⁵¹, that in order to ascertain the existence of an investment, the Salini test is the reference, and that the different criteria of this test are not fulfilled.⁵²

1. The ordinary meaning of the notion of investment under the ICSID Convention

82. The Tribunal cannot agree with the general statement of the Claimant proffered during the Hearing to the effect that « it was the intent of the convention's drafters to leave to the parties the discretion to define for themselves what disputes they were willing to submit to ICSID. »⁵³ There is nothing like a total discretion, even if the definition developed by ICSID case law is quite broad and encompassing. There are indeed some basic criteria and parties are not free to decide in BITs that anything – like a sale of goods or a dowry for example – is an investment. The Tribunal cannot fully agree with the Respondent either, as it considers that the Salini test is not entirely relevant and has to be supplemented. This will be further explained in the following paragraphs.

83. ICSID case law has developed various criteria in order to identify the pertinent elements of the notion of investment. The definition most frequently referred to relies on what has come to be known as the « Salini test », according to which the notion of investment implies the presence of the following elements : (i) a contribution of money or other assets of economic value, (ii) a certain duration, (iii) an element of risk, and (iv) a contribution to the host State's development.⁵⁴ Such approach has been used for example in the recent Decision on Jurisdiction in the Jan de Nul case, where the tribunal stated :

« The Tribunal concurs with ICSID precedents which, subject to minor variations, have relied on the so-called « Salini test ». Such test identifies the following elements as indicative of an « investment » for purposes of the ICSID Convention : (i) a contribution, (ii) a certain duration over which the project is implemented, (iii) a sharing of operational risks, and (iv) a contribution to the host State's development, being understood that these elements may be closely interrelated, should be examined in their totality and will normally depend on the circumstances of each case. »⁵⁵

51. Respondent's Reply on Jurisdiction, § 52.

52. See this Award, § 39.

53. Transcript of the Hearing, p. 129, lines 1-4.

54. See *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case N° ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001, § 52. Notes omitted. See also *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case N° ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001, § 53 ; *Jan de Nul N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case N° ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16, 2006, § 91 ; *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case N° ARB/05/19, Decision on Objection to Jurisdiction, October 17, 2006, § 77 ; *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case N° ARB/05/10, Award on Jurisdiction, May 17, 2007, § 73-74.

55. *Jan de Nul N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case N° ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16, 2006, § 91. See also, as advocating an even more flexible approach, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case N° ARB/05/22 (UK/Tanzania BIT), § 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. » Emphasis in the original.

84. *There are some divergent approaches concerning the fourth criterion of the definition of an investment (i.e., the contribution to the host State's development). Some tribunals, adopting the « Salini test », insist on its importance, even if analyzing it with flexibility.*⁵⁶

Some tribunals have shown scepticism toward this criterion. For example, in L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v. Algeria, the tribunal ignored this element as a separate condition, considering it inherent in the other criteria :

« ... il paraît conforme à l'objectif auquel répond la Convention, qu'un contrat, pour constituer un investissement au sens de la disposition, remplisse les trois conditions suivantes ; il faut

a) que le cocontractant ait effectué un apport dans le pays concerné,

b) que cet apport porte sur une certaine durée, et

c) qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque.

*Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus. »*⁵⁷

85. *It is the Tribunal's view that the contribution of an international investment to the development of the host State is impossible to ascertain – the more so as there are highly diverging views on what constitutes « development ». A less ambitious approach should therefore be adopted, centered on the contribution of an international investment to the economy of the host State, which is indeed normally inherent in the mere concept of investment as shaped by the elements of contribution/duration/risk, and should therefore in principle be presumed. This analysis can also be found in the arbitral award in Sedelmayer v. Russian Federation, where the tribunal stated :*

*« It must be presupposed, however, that investments are made within the frame of a commercial activity and that investments are, in principle, aiming at creating a further economic value. »*⁵⁸

86. *Nevertheless, depending on the circumstances, this presumption can be reversed, as is illustrated in this Award. If the investor carries out no economic activity, which is the goal of the encouragement of the flow of international investment, the operation, although possibly involving a contribution, a duration and some taking of risk will not qualify as a protected investment, as it does not satisfy the purpose of the ICSID Convention. This will be developed in the next paragraphs.*

2. The purpose of international protection is to protect foreign investments made in order to develop an economic activity

56. The *ad hoc* Annulment Committee in *Mitchell*, for example, stated : « The *ad hoc* Committee wishes... to specify that, in its view, the existence of a contribution to the economic development of the host State as an essential – although not sufficient – characteristic or unquestionable criterion of the investment, does not mean that this contribution must always be sizable or successful ; and, of course, ICSID tribunals do not have to evaluate the real contribution of the operation in question. It suffices for the operation to contribute in one way or another to the economic development of the host State, and this concept of economic development is, in any event, extremely broad and also variable depending on the case. », *Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*, ICSID Case N° ARB/99/7, Decision on the Application for the Annulment of the Award, November 1, 2006, § 33.

57. *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v. Algeria*, ICSID Case N° ARB/05/3 (Italy/Algeria BIT), Decision, July 12, 2006 (French), § 73(iv).

58. *Sedelmayer v. Russian Federation* (Germany/Union of the Soviet Socialist Republics BIT), *ad hoc* arbitration under the Stockholm Chamber of Commerce arbitration rules, Award, July 7, 1998, § 224.

87. *The Tribunal wishes to recall that the object of the Washington Convention is to encourage and protect international investment made for the purpose of contributing to the economy of the host State. At the time of the adoption of the Washington Convention, this purpose was clearly in the forefront, and it still is today :*

*« ... adherence to the Convention by a country would provide additional inducement and stimulate a larger flow of private international investment into its territories, which is the primary purpose of the Convention. »*⁵⁹

*This has to be read in light of the first words of the Preamble of the ICSID Convention, referring to « ... the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein. »*⁶⁰

a. The protection of foreign investments

88. *It is common knowledge that the purpose of the ICSID system is not to protect nationals of a Contracting State against their own State : the system was clearly « designed to facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors » with a view to « stimulating a larger flow of private international capital into those countries which wish to attract it. »*⁶¹

89. *It is settled jurisprudence that a national investment cannot give rise to ICSID arbitration, which is reserved to international investments and that an invalid ICSID clause signed by a national cannot be transformed into a valid ICSID clause by assignment to a foreign investor. The cases of Banro⁶² and Mihaly⁶³ concerning a foreign investor – who like a national is not entitled to protection – transferring its claims to a foreign investor so entitled are apposite here.*

90. *The Banro Tribunal made it very clear that an assignment from one company of the Banro group, the Canadian subsidiary Banro Resource, to another company of the group, the parent company Banro American, could not transform the inoperative ICSID arbitration clause contained in Article 35 of the contract concluded by the Canadian company into an operative one, of which an American parent company could avail itself :*

*« In order to consider the right of access to ICSID arbitration, available under Article 35, as 'extended' or 'transferred' to Banro American by applying other provisions of the Mining Convention, it would still be necessary that such right existed first for the benefit of the entity Banro Resource. Such is not the case, given that Banro Resource, a Canadian company, never had, at any time, jus standi before ICSID. Having never existed for the benefit of Banro Resource, the right of access to ICSID cannot be viewed as having been 'extended' or 'transferred' to its affiliate, Banro American. »*⁶⁴

91. *The same rationale has been applied by another ICSID tribunal in the case of Mihaly, where the question raised was also whether a Canadian company could validly assign an ICSID claim to an American company benefiting from a BIT. The answer was clearly no :*

59. International Bank for Reconstruction and Development, *Report of the Executive Directors on the ICSID Convention*, March 18, 1965 (*Report of the Executive Directors*), § 12. Emphasis added by the Tribunal.

60. Emphasis added by the Tribunal.

61. *Report of the Executive Directors*, § 9.

62. *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema, SARL v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case N° ARB/98/7, Award, September 1, 2000.

63. *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*, ICSID Case N° ARB/00/2 (United States/Sri Lanka BIT), Award, March 15, 2002.

64. *Banro*, § 5 of Section II.

« ... no one could transfer a better title than what he really has. Thus, if Mihaly (Canada) had a claim which was procedurally defective against Sri Lanka before ICSID because of Mihaly (Canada)'s inability to invoke the ICSID Convention, Canada not being a Party thereto, this defect could not be perfected vis-à-vis ICSID by its assignment to Mihaly (USA). To allow such an assignment to operate in favour of Mihaly (Canada) would defeat the object and purpose of the ICSID Convention... »⁶⁵

92. In other words, according to ICSID case law, a corporation cannot modify the structure of its investment for the sole purpose of gaining access to ICSID jurisdiction, after damages have occurred. To change the structure of a company complaining of measures adopted by a State for the sole purpose of acquiring an ICSID claim that did not exist before such change cannot give birth to a protected investment.

b. The protection of investments whose purpose is the development of an economic activity

93. The ICSID Convention/BIT system is not deemed to protect economic transactions undertaken and performed with the sole purpose of taking advantage of the rights contained in such instruments, without any significant economic activity, which is the fundamental prerequisite of any investor's protection. Such transactions must be considered as an abuse of the system. The Tribunal is of the view that if the sole purpose of an economic transaction is to pursue an ICSID claim, without any intent to perform any economic activity in the host country, such transaction cannot be considered as a protected investment.

94. International investors can of course structure upstream their investments, which meet the requirement of participating in the economy of the host State, in a manner that best fits their need for international protection, in choosing freely the vehicle through which they perform their investment. The decision in *Tokios Tokelés v. Ukraine*⁶⁶ comforts this analysis, as it precisely refused to disqualify the alleged investment because it did not find an abuse of procedure. The case involved a claim against Ukraine by a Lithuanian company owned by Ukrainian nationals and the issue was to determine whether such company could be considered as a foreign investor. In their decision, the two arbitrators forming the majority recognized that « none of the Claimant's conduct with respect to its status as an entity of Lithuania constitutes an abuse of legal personality... The Claimant manifestly did not create Tokios Tokelés for the purpose of gaining access to ICSID arbitration under the BIT against Ukraine, as the enterprise was founded six years before the BIT... entered into force. Indeed, there is no evidence in the record that the Claimant used its formal legal nationality for any improper purpose. »

95. But on the other side, an international investor cannot modify downstream the protection granted to its investment by the host State, once the acts which the investor considers are causing damages to its investment have already been committed.

B. THE DEFINITION OF INVESTMENT UNDER THE BILATERAL INVESTMENT TREATY

65. *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*, ICSID Case N° ARB/00/2, Award, March 15, 2002, § 24. Emphasis added.

66. *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case N° ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, April 29, 2004, § 56.

96. *At the outset, it should be noted that BITs, which are bilateral arrangements between two States parties, cannot contradict the definition of the ICSID Convention. In other words, they can confirm the ICSID notion or restrict it, but they cannot expand it in order to have access to ICSID. A definition included in a BIT being based on a test agreed between two States cannot set aside the definition of the ICSID Convention, which is a multilateral agreement. As long as it fits within the ICSID notion, the BIT definition is acceptable, it is not if it falls outside of such definition.*⁶⁷ *For example, if a BIT would provide that ICSID arbitration is available for sales contracts which do not imply any investment, such a provision could not be enforced by an ICSID tribunal.*

97. *Like the ICSID Convention, BITs are signed to foster the flow of international investments. The fundamental reason why the Czech Republic and Israel agreed to be bound by their BIT – just like any other two countries entering into a BIT – is, to cite the terms of the Preamble, to « intensify economic cooperation to the mutual benefit of both countries ». It is not contested that the Czech Republic and Israel have only consented to submit their disputes to arbitration, if they concern investments protected under their BIT. The Czech Republic agreed to be sued in ICSID arbitration only with respect to foreign investments that are connected with economic activity in the host State. The BITs are not deemed to create a protection for rights involved in purely domestic claims, not involving any significant flow of capital, resources or activity into the host State's economy.*

98. *As quoted in paragraph 56 of this Award, according to the BIT, « (t)he term 'investment' shall comprise any kind of assets invested in connection with economic activities by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter... ». The question is raised whether this definition is a restriction or not of the ICSID notion of investment as formerly outlined, or if it is only an explicit description of elements that must be present for any investment to benefit from ICSID arbitration.*

99. *Before answering that question, the Tribunal will turn to the issue of the proper interpretation of the notion of investment in the general framework of the ICSID mechanism and the specific framework of the BIT, in light of the general principles of international law.*

C. THE INTERPRÉTATION OF THESE CONVENTIONS IN LIGHT OF THE GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW

100. *The purpose of the international mechanism of protection of investment through ICSID arbitration cannot be to protect investments made in violation of the laws of the host State⁶⁸ or investments not made in good faith, obtained for example through misrepresentations, concealments or corruption, or amounting to an abuse of the international ICSID arbitration system. In other words, the purpose of international protection is to protect legal and bona fide investments.*

67. Of the same opinion, see the tribunal in *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case N° ARB/05/22 (UK/Tanzania BIT), Award, 24 July 2008, § 308 : « ... Article 25 has an autonomous meaning which cannot be expanded. »

68. According to *Salini*, « this provision refers to the validity of the investment and not to its definition ». This conclusion is not contradictory with the one reached in this Award, which distinguishes the existence of an investment and the existence of a protected investment. *Salini*, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001 § 46. This is indeed what *Salini* says in the next sentence : « More specifically, it seeks to prevent the BIT from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal. » And then the tribunal did indeed verify that the investment was made « in conformity with the laws in force at that time. »

1. The protection of foreign investments made in accordance with the laws of the host State

101. *In the Tribunal's view, States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments made in violation of their laws. If a State, for example, restricts foreign investment in a sector of its economy and a foreign investor disregards such restriction, the investment concerned cannot be protected under the ICSID/BIT system. These are illegal investments according to the national law of the host State and cannot be protected through an ICSID arbitral process. And it is the Tribunal's view that this condition – the conformity of the establishment of the investment with the national laws – is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT. This position of the Tribunal has also been adopted in the case of Plama, where the Tribunal was faced with the silence of the relevant treaty on the necessary conformity of a protected investment with the laws of the host country. This did not prevent it to consider that this condition had to be implied :*

« Unlike a number of Bilateral Investment Treaties, the ETC [Energy Charter Treaty] 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... The Arbitral Tribunal concludes that the substantive protections of the ECT cannot apply to investments that are made contrary to law. »⁶⁹

In any event, the Tribunal notes that such requirement is expressly stated in the Israel/Czech Republic BIT.

102. *The core lesson is that the purpose of the international protection through ICSID arbitration cannot be granted to investments that are made contrary to law. The fact that an investment is in violation of the laws of the host State can be manifest and will therefore allow the tribunal to deny its jurisdiction. Or, the fact that the investment is in violation of the laws of the host State can only appear when dealing with the merits, whether it was not known before that stage⁷⁰ or whether the tribunal considered it best to be analyzed as the merits stage, like in the case of Plama⁷¹.*

103. *Of course, the analysis of the conformity of the investment with the host State's laws has to be performed taking into account the laws in force at the moment of the establishment of the investment. The State is not at liberty to modify the scope of its obligations under the international treaties on the protection of foreign investments, by simply modifying its legislation or the scope of what it qualifies as an investment that complies with its own laws.*

104. *There is no doubt that the requirement of the conformity with law is important in respect of the access to the substantive provisions on the protection of the investor under the BIT. This access can be denied through a decision on the*

69. *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case N° ARB/03/24 (Energy Charter Treaty), Award, August 27, 2008, § 138-139.

70. As in the case *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case N° ARB/00/7, in which the tribunal stated, at the merits stage (no jurisdictional objection was raised) in § 188 that « (t)he Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings ».

71. In fact the tribunal in *Plama* implicitly makes the same difference as this Tribunal between an investor and a protected investor, which cannot benefit from the substantive protection of the international treaty, *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case N° ARB/03/24, Award, August 27, 2008, § 126-130.

merits. However, if it is manifest that the investment has been performed in violation of the law, it is in line with judicial economy not to assert jurisdiction. 105. The principle that an investment has to be in conformity with the host State's laws has been applied by ICSID tribunals in former cases. For example, in the case of *Fraport v. The Philippines*, an ICSID tribunal denied jurisdiction, stating that it had to ascertain for itself whether for the purpose of its jurisdiction what appeared on its face as an investment could be considered as a protected investment, which required the tribunal to verify if the investment had been acquired in conformity with Philippine laws :

« With respect to a bilateral investment treaty that defines « investment », it is possible that an economic transaction that might qualify factually and financially as an investment (i.e. be comprised of capital imported by a foreign entity into the economy of another state which is party to a BIT), falls, nonetheless, outside the jurisdiction of the tribunal established under the pertinent BIT, because legally it is not an « investment » within the meaning of the BIT. This will occur when the transaction that might otherwise qualify as an 'investment' fails *ratione temporis*, as occurred in *Empresa Lucchetti S.A. et al v. Republic of Peru*, or fails *ratione personae*, as occurred in *Soufraki v. The United Arab Emirates*. It will also occur when the transaction fails to qualify *ratione materiae*, as occurred in *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*. »⁷²

In that case, what the tribunal called « factually and financially » an investment was not considered as a « legally » protected investment under the ICSID regime. To deny its jurisdiction, the tribunal based itself on the following statement : « *Fraport* was consciously, intentionally and covertly structuring its investment in a way which it knew to be a violation of the ADL [Anti-Dummy Law]. »⁷³

2. The protection of bona fide investments

106. In the Tribunal's view, States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments not made in good faith. The protection of international investment arbitration cannot be granted if such protection would run contrary to the general principles of international law, among which the principle of good faith is of utmost importance.

107. The principle of good faith has long been recognized in public international law, as it is also in all national legal systems. This principle requires parties « to deal honestly and fairly with each other, to represent their motives and purposes truthfully, and to refrain from taking unfair advantage... »⁷⁴ This principle governs the relations between States, but also the legal rights and duties of those seeking to assert an international claim under a treaty. Nobody shall abuse the rights granted by treaties, and more generally, every rule of law includes an implied clause that it should not be abused. This is stated for example by Hersch Lauterpacht :

« There is no right, however well established, which could not, in some circumstances, be refused recognition on the ground that it has been abused. »⁷⁵

72. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case N° ARB/03/25 (Germany/Philippines BIT), Award, August 16, 2007, § 306. Footnotes omitted, emphasis in the original. The reference to the manner in which domestic law was violated is also clearly an implicit reference to bad faith.

73. *Id.*, § 323.

74. A. D'Amato, *Good Faith*, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, p. 107 (R. Bernhardt, ed. 1984).

75. Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, London, 1958, p. 164.

108. *The idea that the international conventions granting protection to foreign investors through arbitration have to be applied in good faith was also underscored by the tribunal in Amco Asia Corporation et al v. Indonesia :*

« ... like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties... Moreover – and this is again a general principle of law – any convention, including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say by taking into account the consequences of their commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged. »⁷⁶

109. *The Washington Convention as well as the BIT have to be construed with due regard to the international principle of good faith.*⁷⁷ *The principle of good faith is also recognized in most, if not all, domestic legal systems. It appears therefore as a kind of « Janus concept », with one face looking at the national legal order and one at the international legal order. And in most cases, but not in all, a violation of the international principle of good faith and a violation of the national principle of good faith go hand in hand.*

110. *Therefore, ICSID tribunals which have relied on this principle in order to determine whether or not there existed a protected investment have often relied on both dimensions of the principle.*

111. *In the Award, dated August 2, 2006, in the case Inceysa v. El Salvador, the tribunal made it clear that an investment not performed in good faith could not benefit from the protection of the international rules provided for in the BIT. The tribunal referred to the general principles of law, among which the principle of good faith :*

« Good faith is a supreme principle, which governs legal relations in all their aspects and content... El Salvador gave its consent to the jurisdiction of the Centre, presupposing good faith behavior on the part of future investors... »⁷⁸

In fact, in the Tribunal's analysis, the Inceysa case was explicitly⁷⁹ decided relying on the domestic principle of good faith, but also on more general considerations of international public policy. The tribunal concentrated first on the violation of the national legal order :

« By falsifying the facts, Inceysa violated the principle of good faith from the time it made its investment and, therefore, it did not make it in accordance with Salvadorian law. Faced with this situation, this Tribunal can only declare its incompetence to hear Inceysa's complaint, since its investment cannot benefit from the protection of the BIT. »⁸⁰

76. *Amco Asia Corporation et al v. Indonesia*, ICSID Case N° ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, September 25, 1983, § 14. Italicised in the original, underlined by the Tribunal.

77. See § 77 of this Award.

78. *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case N° ARB/03/26, (hereafter *Inceysa*), Award, August 2, 2006, § 230.

79. In the decision in *Inceysa*, the tribunal concluded that because the claimant did not act in good faith, it could not be considered as having made its investment in accordance with the laws of El Salvador, as required by the BIT, because the principle of good faith is embedded in all national legal systems. In the decision in *Fraport*, the tribunal emphasized the fact that the violation of the national law was perpetrated through secret agreements concerning the structuring of the foreign investment, *i.e.* the tribunal focused primarily on the violation of the national law, but added that the structuring was perpetrated through bad faith behaviour. In other words, in these two instances, the economic activity was not considered as a protected investment, as it violated the principle of good faith as embodied in the domestic legal order.

80. Emphasis added. See also a reference to the « general principles of law which, as indicated, are part of Salvadorian law », *id.*, § 243.

It then added that the violation of the national principle of good faith was also a violation of international public policy :

« It is not possible to recognize the existence of rights arising from illegal acts, because it would violate the respect for the law which... is a principle of international public policy. »⁸¹

112. The same dual approach, finding both a violation of the national and international legal order by a behaviour not complying with good faith can be found in Plama :

« ... the Tribunal has decided that the investment was obtained by deceitful conduct that is in violation with Bulgarian law... It would also be contrary to the basic notion of international public policy – that a contract obtained through wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not (sic) be enforced by a tribunal... The Tribunal finds that Claimant's conduct is contrary to the principle of good faith which is part not only of Bulgarian law... but also of international law... »⁸²

113. In the instant case, no question of violation of a national principle of good faith or of international public policy related with corruption or deceitful conduct is at stake. The Tribunal is concerned here with the international principle of good faith as applied to the international arbitration mechanism of ICSID. The Tribunal has to prevent an abuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention, in ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected.

D. A SUMMARY OF THE FULL TEST TO DETERMINE THE EXISTENCE OF A OF A PROTECTED INVESTMENT

114. To summarize all the requirements for an investment to benefit from the international protection of ICSID, the Tribunal considers that the following six elements have to be taken into account :

- 1 – a contribution in money or other assets ;*
- 2 – a certain duration ;*
- 3 – an element of risk ;*
- 4 – an operation made in order to develop an economic activity in the host State ;*
- 5 – assets invested in accordance with the laws of the host State ;*
- 6 – assets invested bona fide.*

115. The Tribunal wants to emphasize that an extensive scrutiny of all these requirements is not always necessary, as they are most often fulfilled on their face, « overlapping » or implicitly contained in others, and that they have to be analyzed with due consideration of all circumstances.

116. At this stage, it is now possible to analyse the definition of an « investment » given in the BIT. It is the Tribunal's view that in referring expressly to the necessity to invest « in connection with economic activities » and to make the investment « in accordance with the laws and regulations » of the host State, the

81. *Inceysa*, § 249.

82. *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case N° ARB/03/24, Award, August 27, 2008, § 143-144. Emphasis added. In the case *World Duty Free*, also, it is noticeable that the tribunal has considered the bribe given to the President of the host State in order to obtain a contract to be a violation of both the national and international legal principle. In this case, the tribunal has insisted on the international aspect of the principle, dealt with in priority before examining English and Kenyan law. The tribunal concluded that corruption is contrary to « an international public policy common to the community of nations. », *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case N° ARB/00/7, § 148. See also § 157.

BIT does not modify in any way the ICSID notion, but only explicitly expresses two necessary elements of the test – 4 and 5 – implicit in the rules of interpretation.

VI. THE TRIBUNAL'S ANALYSIS OF THE EXISTENCE OF A PROTECTED INVESTMENT

117. The Tribunal will now proceed to the analysis of the different criteria it considers relevant to determine the existence of a protected investment under the ICSID mechanism.

A. A CONTRIBUTION IN MONEY OR OTHER ASSETS ?

118. According to the Claimant, « Phoenix Action paid \$ 334,500 for these companies... Since the initial investment, Phoenix Action has invested an additional \$ 1.37 million in its Czech subsidiaries over the last five years to cover various operating expenses. »⁸³ To support the figures concerning the payment of the shares, the Claimant annexes three exhibits containing, in the words of the Claimant, « three confirmations of international wire transfers of funds from Phoenix Action to the pre-investment owners of BP and BG. »⁸⁴

119. The question of the low price paid by Claimant for the acquisition of the shares, whose payment the Tribunal considers acknowledged by the submitted bank accounts, has been extensively discussed between the parties. The Tribunal considers that the existence of a nominal price for the acquisition of an investment raises necessarily some doubts about the existence of an « investment » and requires an in depth inquiry into the circumstances of the transaction at stake. If there is indeed a real intent to develop economic activities on that basis, the existence of a nominal price is not a bar to a finding that there exists an investment.⁸⁵

120. Although some aspects of the transactions are not crystal clear and will be re-discussed later in a broader context, it can be admitted for the time being that the Claimant has, at the time of the purported investment, contributed some money for the purchase of the shares of BP and BG.

121. Shares or other participation in the capital of a company are usually considered as an investment. The Tribunal cannot accept the Respondent's contention that « mere ownership of shares does not automatically qualify as an « investment » under Article 25(1) of the ICSID Convention. »⁸⁶ The Tribunal agrees on this point with the Claimant, when it declares in its Counter-Memorial on Jurisdiction that ICSID tribunals have not endorsed a distinction between full owners and majority or even minority shareholders, who necessarily play a less than decisive role in corporate governance. For example, the first ad hoc Annulment Committee in Vivendi stated :

« It cannot be argued that CGE did not have an 'investment' in CAA from the date of the conclusion of the Concession Contract, or that it was not an 'investor' in respect of its own shareholding, whether or not it had overall control of CAA.

83. Claimant's Counter-Memorial on Jurisdiction, § 11.

84. Claimant's Counter-Memorial on Jurisdiction, note 11.

85. As stated by the LCIA tribunal in *Société Générale*, « (t)he purchase of property for a nominal price is a normal kind of transaction the world over when there are other interests and risks entailed in the business. » *Société Générale v. Dominican Republic*, UNCITRAL, LCIA Case N° UN7927, Preliminary Objections to Jurisdiction, September 19, 2008, § 36.

86. Respondent's Reply on Jurisdiction, § 18.

Whatever the extent of its investment may have been, it was entitled to invoke the BIT in respect of conduct alleged to constitute a breach... »⁸⁷

122. *Some concern has indeed been voiced by international tribunals, and is shared by this Tribunal, that not any minor portion of indirectly owned shares should necessarily be considered as an investment. In Enron v. Argentina, the Claimants had a 35,263 % indirect ownership of the shares of an Argentine company through a complex corporations' structure. The tribunal considered this as an investment, while adding a caveat :*

« The Tribunal notes that while investors can claim in their own rights under the provisions of the treaty, there is indeed a need to establish a cut-off point beyond which claims would not be permissible as they would only have a remote connection to the affected company. »⁸⁸

This can however not be a bar to consider the ownership by Phoenix of the full property of BP and BG as an investment.

123. *The Tribunal agrees therefore with the Claimant that there is « no case holding that the acquisition of a local corporation is not an investment »⁸⁹, and does not consider that the property of two Czech companies by a foreign company can be summarily dismissed as an investment, without a more in-depth inquiry. In other words, the acquisition of the two companies of the host State by a foreign company, Phoenix, can be considered, prima facie, as looking like a foreign investment.*

B. A CERTAIN DURATION ?

124. *The Respondent does not per se deny the duration of the alleged investment, but argues that since the investment itself is inexistent, it can have no duration. According to it, « (t)he duration criterion generally requires that the investment project be carried out over a period of at least two years. Phoenix, however, never intended to carry out a business project at all. »⁹⁰ It appears to the Tribunal that if the money paid in 2002 could be considered as having given rise to an investment, the mere fact that Phoenix had not sold its shares in BP and BG before January 2008 shows that the operation in which the Claimant engaged had a certain duration.*

125. *The Tribunal is therefore not convinced that this element of duration constitutes a bar to the qualification of the purchase of BP and BG as an apparent investment, if all other elements of the definition of an investment are satisfied.*

C. AN ELEMENT OF RISK ?

87. *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/97/13, Decision on Annulment, July 3, 2002, § 50. See also, *Asian Agricultural Products, Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case N° ARB/87/13, Final Award, June 27, 1990, § 3, as to the finding of an investment when claimant was merely « participating in the equity capital » of a host state enterprise ; *Antoine Goetz v. République du Burundi*, ICSID Case N° ARB/95/3, Award, February 10, 1999, § 89, as to the upholding of the right to sue under a BIT not just by a wronged company but by its shareholders, the « true investors » ; *Lanco International v. Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, December 8, 1998, § 10, as to the finding of an investment even though claimant owned just 18.3% of the capital stock of the host state company ; *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, July 17, 2003, § 55, noting that tribunals have not « been concerned... with the question of majority or control » of a host country enterprise.

88. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/01/3 (United States/Argentina BIT), Decision on Jurisdiction, January 14, 2004, § 54.

89. Claimant's Counter-Memorial on Jurisdiction, § 27.

90. Respondent's Memorial on Jurisdiction, § 91.

126. *The Respondent's analysis presented in order to deny the existence of a risk in the Claimant's operation follows the same line of arguments used to prove that the operation did not entail a certain duration. According to the Respondent, « Phoenix had no business project... Accordingly, there is no element of risk in Phoenix's alleged investment. »*⁹¹

127. *It appears to the Tribunal that this element needs a little more thinking and elaboration than this plain statement. In general, in buying companies in bad shape, an investor certainly assumes a certain risk, the risk not to be able to revitalize the corporation, if such was the intent. It is common practice in international business for certain businessmen to buy bankrupt companies for a token price and to try to transform them into profitable going concerns. On its face, the purchase of a bankrupt company, for a small price, still carries a risk : namely that the investor loses the amount he has paid, because the company has to be liquidated and no cash is left to satisfy the shareholders. The Tribunal does not consider that it should deny the existence of what looks like an investment based on the alleged absence of a risk in the operation performed by Phoenix.*

128. *Overall, the Tribunal concludes so far that there are not sufficient objective elements to disqualify the existence of an apparent investment under the Washington Convention in this case, as there was clearly possession, during approximately six years, by an Israeli company of equity in two Czech companies, which according to the Claimant involved a risky operation. But this is not the end of the inquiry.*

D. AN OPERATION MADE IN ORDER TO DEVELOP AN ECONOMIC ACTIVITY IN THE HOST STATE ?

129. *It appears from the file and Phoenix admits in its Memorial, that at the time of Phoenix's alleged investment, the Benet Companies had been engaged in no economic activity for more than a year. Indeed, the only activity in which the Benet Companies were involved at the time of the investment was the litigation that is a basis for this arbitration, which evidently is not an « economic activity. »*

130. *The Respondent has heavily insisted on the absence of any economic activities performed by Phoenix, while it had invested in the two Czech companies, stating that the Claimant clearly did not buy a going concern in order to make a foreign investment that would contribute to economic activities, its only concern being to buy an ICSID claim. Proof of this situation of stand still during several years is, according to the Respondent, the fact that BP was sold back in 2008, six years after the purported investment, for exactly the same amount of money spent for its purchase in 2002.*

131. *The Claimant, on the contrary, insisted on the fact that, had not the Czech authorities illegally frozen the assets of BP, Phoenix would be entitled to \$6 million at current exchange rates in the bank accounts that were frozen by the Respondent*⁹². *The Claimant also argues that, had the Czech courts acted swiftly, it would have been recognized as the true owner of C&C and DSB and their valuable assets. According to the Claimant, the fact that it was not capable of engaging in economic activities was entirely due to the Czech authorities actions : « ... it would be more than ironic, indeed it would be unjust, if Phoenix Action were to be deprived of the BIT's protection because of the Respondent's own*

91. Respondent's Memorial on Jurisdiction, § 92.

92. See Transcript of the Hearing, p. 121, lines 5-6.

breach of that treaty. »⁹³ This idea was also forcefully expanded in the Claimant's Rejoinder :

« Phoenix Action has owned two Czech businesses which, if Respondent had complied with its obligation under the BIT, would have resumed their normal operations in the metal-trading business. »⁹⁴

132. Both parties thus agree on the state of affairs at the time of the purchase. Where they disagree is on the consequences of this state of affairs on Phoenix's claims. The Respondent considers that the purchase of the ownership in the companies can as a result of the surrounding facts not amount to an investment, while the Claimant on the contrary argues that the purchase qualifies as an investment as it was made in order to try to « revive » the two Czech companies : « BG and BP had been profitable businesses before the events of April 2001, and Phoenix Action had every reason to believe that their profitability would return if the Respondent acted in a fashion consistent with its obligations under the BIT. »⁹⁵

« Respondent would have the Tribunal believe that ownership of host-state companies is not « in connection with economic activities by an investor » because BG and BP have not resumed their prior level of business or profitability. This is incorrect. Under this reasoning the purchase of land or a company out of liquidation would not be investment, contrary to the ordinary meaning of that term... A more reasonable application of the BIT's terms to Claimant's investment in BP and BG is that Phoenix Action's purchase of BP and BG was made in connection with economic activities because it was made in the reasonable belief that the Ownership Actions, Customs Actions, document seizure, and fund-freezing would be resolved in a manner consistent with Respondent's obligations under the BIT and that the companies' economic activities consequently would resume their prior extent and profitability. Respondent's breach of the BIT is the cause of BP and BG's continued inability to resume their prior functioning. »⁹⁶

133. The Tribunal will accept here the Claimant's thesis, as a first step in its reasoning. The Tribunal considers that, if the facts asserted by the Claimant, concerning the Czech authorities' violations of the Claimant's rights are true, there is some merit in the Claimant's position. The fact that an investment is not profitable cannot disqualify an economic operation as an investment from the outset. The development of economic activities must have been foreseen or intended, but need not necessarily be successful, especially when the problems an investor faces in the development of its activities come from the host State's actions. It is true that an investment that has come to a standstill, because of the host State's actions⁹⁷, would still qualify as an investment, otherwise the international protection of foreign investment provided by the BITs would be emptied of its purpose. The Tribunal is therefore inclined to accept that, although there were no significant activities performed by the Czech companies owned by Phoenix since it acquired them, this alone would not be sufficient to disqualify the

93. Transcript of the Hearing, p. 122, lines 20-24.

94. Claimant's Rejoinder on Jurisdiction, § 51.

95. Claimant's Counter-Memorial on Jurisdiction, § 32. See also, § 33 : « Phoenix Action paid substantial sums for two companies that were in a distressed condition in the hopes that those companies would regain their past profitability. »

96. Claimant's Rejoinder on Jurisdiction, § 60.

97. See for example, Transcript of the Hearing, p. 125, lines 8-11 : « Finally, with respect to the phrase « in connection with economic activities », the respondent's breach of the BIT is the cause of BP's and BG's continued inability to resume their prior functioning. »

operation as an investment, provided that, and this caveat is fundamental, the Claimant had really the intention to engage in economic activities, and made good faith efforts to do so and that its failure to do so was a consequence of the State's interference. Thus the Tribunal needs to analyze more thoroughly the different facets of the operations in which Phoenix has engaged.

E. AN INVESTMENT MADE IN ACCORDANCE WITH THE CZECH LAWS ?

134. This question can be disposed of very quickly. In the present case, there is no violation of a rule of the Czech Republic legal order, and not even of the principle of good faith as embodied in the national legal order, as it has not been contended that the acquisition was against Czech laws, or was performed with dissimulation or otherwise contestable methods. Phoenix duly registered its ownership of the two Czech companies in the Czech Republic. The investment could certainly be considered as an investment under the Czech legal order.

F. A BONA FIDE INVESTMENT ?

135. In order to determine whether or not the Claimant made an investment which deserves protection, the Tribunal will examine closely a whole series of factors surrounding the alleged investment of Phoenix.

136. The timing of the investment is a first factor to be taken into account to establish whether or not the Claimant's engaged in an abusive attempt to get access to ICSID. Phoenix bought an « investment » that was already burdened with the civil litigation as well as the problems with the tax and customs authorities. The civil litigation was ongoing since fourteen months, the criminal investigation was ongoing since twenty months, and the bank accounts had been frozen for eighteen months. The Claimant was therefore well aware of the situation of the two Czech companies in which it decided to « invest ». In other words, all the damages claimed by Phoenix had already occurred and were inflicted on the two Czech companies, when the alleged investment was made.

137. The initial request to ICSID was based on a claim by the two Czech companies, which was supposedly assigned to Phoenix. This is also an important element in the overall analysis. Although it is not denied that the Claimant abandoned the assignment theory, it is, according to the Respondent, an element to be taken into account to understand Mr. Vladimír Beňo's true intent. Having fled from the Czech Republic and obtained Israeli nationality in 2002, Mr. Beňo created an Israeli company to buy the two Czech companies he owned as a Czech citizen living in the Czech Republic, after the actions taken by the Czech Republic against these companies. During the Hearing, the Respondent stressed that « despite the fact that their position has now changed, and it changed because ICSID refused to register the case, Phoenix admitted that its reason for attempting to bring this claim initially was to bring the pre-existing disputes involving Benet Group and Benet Praha before this Tribunal. »⁹⁸ It should also be noted that there was a total confusion between Phoenix and the Czech companies at the beginning of this procedure, as was underscored by the Respondent in its written submissions and again during the Hearing :

« Additional evidence... is a letter from Benet Praha – not the claimant – to the Czech Government. It asks the Czech Government to pay the money to « us », Benet Praha, not the claimant, and to allow « us », again, Benet Praha, to hold a process before the ICSID court in Washington DC... This, members of the

98. Transcript of the Hearing, p. 34, lines 6-11. Emphasis added.

*Tribunal, is a Czech entity writing to the Czech government asking to allow it to bring a claim against it before ICSID. »*⁹⁹

138. *The timing of the claim too needs to be considered to ascertain the overall situation. The whole file shows that Phoenix's « investment project » was made simply to assert a claim under the BIT. The Claimant presented Phoenix's notification of an investment dispute to the Czech Republic on March 2, 2003, even before the registration of its ownership of the two Czech companies in the Czech Republic and a mere two months after its acquisition of the Benet Companies and filed the dispute with the Centre eleven months later. In its letter to the Czech Ministry of Finance, Phoenix argued that a series of facts violated the BIT. If one looks only at the post investment events, which is what has to be done with due regard of the application *ratione temporis* of the Israeli/Czech BIT, the unavoidable conclusion is that the Claimant, when it first raised its ICSID claim, pretended that a two months delay in solving its investment problem was a violation of the FET as well as the full protection and security (hereafter « FPS ») standards. The mere enunciation of such pretension clearly shows that what was really at stake were indeed the pre-investment violations and damages.*

139. *The substance of the transaction has also to be reviewed more closely. The initial purported investment in 2002 has been described in paragraph 22 and the resale in paragraphs 26 and 27 of this Award. As far as the so-called « pre-investment owners of BP and BG », it appears to the Tribunal that all transfers were merely done inside the family of Mr. Beňo. The shares of BP were purchased from Mrs. Vladimira Beňo, M. Beňo's wife, a Czech citizen ; while the shares of BG belonging to Yougo Alloys were bought from Mr. Beňo's daughter.¹⁰⁰ When Phoenix sold its shares in BP in January 2008, the Respondent expressed some concern about the total lack of transparency of the transaction, having noticed that the price paid for the sale of BP was handed over to BP itself. The Claimant recognized this fact, for which it gave the following explanation : « Respondent has expressed concern about the fact that Phoenix Action's payment for the full share interest in BP was paid to BP itself. That is true, but as shown by the attached bank transfer statements, the amount was immediately passed on to BP's then sole-shareholder, Benreal s.r.o. »¹⁰¹ This information however does not dissolve all concerns concerning this strange string of transactions. The alleged investment appears therefore as a mere redistribution of assets within the Beňo family.*

140. *The true nature of the operation raises also doubts. There are strong indicia that no economic activity in the market place was either performed or even intended by Phoenix. No business plan, no program of re-financing, no economic objectives were ever presented, no real valuation of the economic transactions were ever attempted. At the Hearing, a member of the Tribunal and its President inquired on the low price of the sale and resale of BP to Benreal, considering Phoenix's contention that it was the virtual owner of the bankrupt companies and of the frozen assets, and therefore that its investment had a great value to be compensated for by this Tribunal. The Claimant's counsel gave the following answers :*

99. Transcript of the Hearing, p. 42, line 25 and p. 43, lines 1-8.

100. Respondent's Memorial on Jurisdiction, § 34 : « The sole owner of Yugo Alloys is Zuzana Beňová, a Czech citizen ; who is believed to have been no more than eighteen-years-old at the time. Upon information and belief, Miss Beňová is the daughter of Mr. Beňo. »

101. Claimant's Rejoinder on Jurisdiction, § 58.

« Professor Bucher, you also asked about the relationship between the price paid for the shares of BP and the amount of money that was in the frozen account which came at today's exchange rates to a little over \$6 million when the funds were released...

*We have never pretended that these were arm's length transactions. »*¹⁰²

« The next question I think was from Professor Stern concerning how the bankruptcy of DSB and C&C were reflected in the value that was assigned to Benet Group when acquired by Phoenix Action.

... we've never contended these were arm's length transactions, and there is no necessary relationship between the value assigned to the companies and the amounts paid. »¹⁰³

This gives strong credit to the understanding of the Tribunal, according to which the whole operation was not an economic investment, based on the actual or future value of the companies, but indeed, simply a rearrangement of assets within a family, to gain access to ICSID jurisdiction to which the initial investor was not entitled. The Tribunal has accepted, in the first step of its reasoning, that the fact of buying a bankrupt or inactive company must not necessarily be disqualified as an investment, as the intent of the investor can precisely be to make the company profitable again. The Tribunal has initially given the benefit of doubt to the Claimant, but now that it has refined its analysis, it must come to a different conclusion. It is not contested by the Claimant that, at the time of the alleged investment, when Phoenix bought the two Czech companies, they had no activity. In the Request for Arbitration, the Claimant stated that « (t)he seizure of Benet Praha's actually terminated all of the company's commercial activity. »¹⁰⁴ Again, in its Memorial, the Claimant asserted that « (b)oth BP and BG are companies involved in the trading of ferroalloys, although (...) neither has been actively engaged in the business since April 2001. »¹⁰⁵ But a more important feature is that no activity was either launched or tried after the alleged investment was made. As stated by the Respondent during the Hearing :

« You did not hear anything about how it had a business plan, it had feasibility studies, it did it for any type of economic reason. »¹⁰⁶

141. So, why did the Claimant invest in the Czech Republic, if not to develop economic activity, as in any investment ? The Tribunal is convinced by the answer to this question given by the Respondent, and supported by the whole file before it :

« ... the manifest purpose behind its purchase of the Benet Companies was an attempt to render their purely domestic disputes subject to the protections of the BIT rather than to conduct business. »¹⁰⁷

142. The evidence indeed shows that the Claimant made an « investment » not for the purpose of engaging in economic activity, but for the sole purpose of bringing international litigation against the Czech Republic. This alleged investment was not made in order to engage in national economic activity, it was made solely for the purpose of getting involved with international legal activity. The unique goal of the « investment » was to transform a pre-existing domestic dispute into an international dispute subject to ICSID arbitration under a

102. Transcript of the Hearing, p. 178, lines 1-5 and 8-9.

103. Transcript of the Hearing, p. 179, lines 7-10 and 15-18.

104. Request for Arbitration, § 23.

105. Claimant's Memorial, p. 3.

106. Transcript of the Hearing, p. 145, lines 16-19.

107. Respondent's Memorial on Jurisdiction, § 87. Emphasis by the Respondent.

*bilateral investment treaty. This kind of transaction is not a bona fide transaction and cannot be a protected investment under the ICSID system.*¹⁰⁸

143. *Although, at first sight, the operation realized by Phoenix looks like an investment, numerous factors converge to demonstrate that the apparent investment is not a protected investment. All the elements analyzed lead to the same conclusion of an abuse of rights. The abuse here could be called a « détournement de procédure », consisting in the Claimant's creation of a legal fiction in order to gain access to an international arbitration procedure to which it was not entitled. As stated in Inceysa, « (i)n the contractual field, good faith means absence of deceit and artifice during the negotiation and execution of instruments that gave rise to the investment. »¹⁰⁹ It is the conclusion of the Tribunal that the whole « investment » was an artificial transaction to gain access to ICSID. Here the « bona fide » test is applied to the abusive distortion of the requirements for jurisdiction, but the Tribunal notes that it is not so limited and may also play its role when it comes to the analysis of the substantive protection for investments under international treaties, which is a matter for the merits.*

144. *The conclusion of the Tribunal is therefore that the Claimant's initiation and pursuit of this arbitration is an abuse of the system of international ICSID investment arbitration. If it were accepted that the Tribunal has jurisdiction to decide Phoenix's claim, then any pre-existing national dispute could be brought to an ICSID tribunal by a transfer of the national economic interests to a foreign company in an attempt to seek protections under a BIT. Such transfer from the domestic arena to the international scene would ipso facto constitute a « protected investment » – and the jurisdiction of BIT and ICSID tribunals would be virtually unlimited. It is the duty of the Tribunal not to protect such an abusive manipulation of the system of international investment protection under the ICSID Convention and the BITs. It is indeed the Tribunal's view that to accept jurisdiction in this case would go against the basic objectives underlying the ICSID Convention as well as those of bilateral investment treaties. The Tribunal has to ensure that the ICSID mechanism does not protect investments that it was not designed for to protect, because they are in essence domestic investments disguised as international investments for the sole purpose of access to this mechanism.*

G. CONCLUSION

145. *It follows from these findings that the Tribunal lacks jurisdiction over the Claimant's request, as the Tribunal concludes that the Claimant's purported investment does not qualify as a protected investment under the Washington Convention and the Israeli/Czech BIT.*

146. *Having found that there is no protected investment under the Washington Convention and the Israeli/Czech BIT, interpreted in light of their object and*

108. Interestingly, this was also forcefully stated by the LCIA Tribunal in the case *Société Générale*, where it stated that a transaction to acquire an investment always has to be closely analyzed and that there are limits to the application of investment protection treaties: « One such limit is that the transaction in question must be a bona fide transaction and not devised to allow a national of a State not qualifying for protection to obtain an inappropriate jurisdictional advantage otherwise unavailable by transferring its rights after-the-fact to a qualifying national. » *Société Générale v. Dominican Republic*, UNCITRAL, LCIA Case N° UN7927, Preliminary Objections to Jurisdiction, September 19, 2008, § 110.

109. *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case N° ARB/03/26, Award, August 2, 2006, § 231.

purpose, the Tribunal need not address the other objections raised by the Respondent to the Tribunal's jurisdiction. More precisely, the Tribunal does not need to address the scope of the rule concerning the exhaustion of local remedies when a denial of justice is concerned and consequently does not need to decide whether or not the local remedies rule invoked by the Respondent would bar Phoenix's claims related to denial of justice arising after December 26, 2002.

147. The Tribunal also emphasises that it has not taken any position as to the manner in which the Czech companies were treated by the Czech Government, as this question does not come under its jurisdiction.

Le Tribunal se prononce ensuite sur les coûts de la procédure et décide que la demanderesse doit supporter la charge de l'intégralité des frais et honoraires des arbitres et du Centre ainsi que les frais et honoraires de défense de la République tchèque s'élevant à 21 417 199 couronnes tchèques.

OBSERVATIONS. – La sentence sur la compétence rendue le 15 avril 2009 dans l'affaire *Phoenix c/ République tchèque* par un Tribunal arbitral composé de M^{me} Brigitte Stern, Président, et de MM. Andreas Bucher et Juan Fernández-Armesto retiendra l'attention tant par la motivation d'ordre général qu'elle développe sur la notion d'investissement protégé par la Convention de Washington (I) que par la solution qu'elle apporte à la question précise qui se trouvait posée en l'espèce du sort qu'il y a lieu de réserver aux transactions que le Tribunal arbitral estime avoir été effectuées dans le seul but de bénéficier, après la naissance du litige, de la protection d'un traité auquel les intéressés n'auraient pas pu prétendre en l'absence d'une telle transaction (II).

I. – La motivation générale de la sentence *Phoenix* sur la notion d'investissement protégé au sens de la Convention de Washington ne manquera pas de nourrir la controverse qui s'est développée, depuis plusieurs années déjà, sur l'une des conditions de compétence du Centre les moins bien fixées (V. aussi S. Lemaire, *obs. sous la sentence rapportée* : *Rev. arb.* 2009, p. 886 – W. Ben Hamida, *La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI* : *Gaz. Pal.* 13-15 déc. 2009, p. 40, et la note introductive de C. Moarbes : *International Legal Materials* 2009, p. 2081).

Contrairement à ce qu'auraient pu penser les rédacteurs de la Convention de Washington qui ont choisi de ne pas définir la notion d'investissement pour laisser aux parties toute la flexibilité nécessaire à ce sujet, la notion d'« investissement », que la sentence *Phoenix* complète par la notion d'« investissement protégé », est aujourd'hui celle sur laquelle la jurisprudence du CIRDI est la plus fragmentée. Une *summa divisio* de méthode oppose tout d'abord les tenants d'une véritable définition, composée d'éléments constitutifs dont chacun est nécessaire à la satisfaction de la condition, à ceux qui se contentent d'observer les « caractéristiques », susceptibles de varier d'une espèce à l'autre, de l'investissement, comme l'a fait par exemple la sentence *CSOB c/ Slovaquie* du 24 mai 1999 (*La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, p. 577) ou, récemment encore, la sentence rendue le 13 mars 2009 dans l'affaire *RSM Production Corporation c/ Grenade* par un Tribunal arbitral composé de MM. V.V. Veeder, président, Bernard Audit et David Berry : « *Those general characteristics [...] are but benchmarks or yardsticks to help a tribunal in assessing the existence of an investment, and their*

proponents or users rightly insist on the flexibility with which they should be used by a tribunal » (sentence, § 241 ; V. aussi le § 244 où le Tribunal observe que ces « caractéristiques » n'ont pas besoin d'être satisfaites cumulativement. Sur cette distinction, 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 2009*, p. 17). Ensuite, ceux qui requièrent une définition faite de véritables critères ne s'accordent pas sur leur nombre. Aux éléments d'apport, de durée et de risque, que certains estiment suffisants (V. spéc. les décisions rendues dans les affaires *Lesi Dipenta c/ Algérie* le 10 janvier 2005, § 13 : *La jurisprudence du CIRDI, vol. II, p. 109 et s., spéc. p. 111* ; *Lesi et Astaldi c/ Algérie* le 12 juillet 2006, § 72 ou *Pey Casado c/ Chili* le 8 mai 2008, § 231 à 233 : *La jurisprudence du CIRDI, vol. II, p. 467 et s., spéc. p. 471*), faut-il ajouter une condition de contribution au développement économique de l'État d'accueil, comme l'a suggéré la décision sur la compétence rendue le 23 juillet 2001 dans l'affaire *Salini* (*La jurisprudence du CIRDI, vol. I, p. 621 et s., spéc. p. 634*) ou exigé, de manière plus restrictive encore, le Comité *ad hoc* statuant le 1^{er} novembre 2006 dans l'affaire *P. Mitchell c/ Congo* (*La jurisprudence du CIRDI, vol. II, p. 333 et s., spéc. p. 342 et s.*) ? Faut-il encore y ajouter une condition d'importance quantitative de l'investissement, qui revient à écarter les investissements modestes, ou une condition qualitative conduisant à l'exclusion de certains secteurs d'activité tels que la culture ou la préservation du patrimoine archéologique, comme l'avait fait, dans l'affaire *MHS*, le Tribunal ayant statué par une sentence du 17 mai 2007 avant que celle-ci ne soit annulée, précisément pour cette raison, par le Comité *ad hoc* le 16 avril 2009 dans cette affaire (V. *infra* p. 539) ? C'est en réaction contre cette tendance qui consiste à ajouter des restrictions toujours plus nombreuses à la compétence du Centre qu'un récent courant jurisprudentiel a entendu revenir aux sources en laissant les parties, et spécialement les rédacteurs de traités bilatéraux de protection des investissements se référant au CIRDI, définir elles-mêmes ce qu'elles entendent par investissement. Cette position, qui trouve un soutien puissant dans les travaux préparatoires de la Convention, a été exposée avec force par la décision sur la compétence rendue le 24 juillet 2008 dans l'affaire *Biwater c/ Tanzanie* (*La jurisprudence du CIRDI, vol. II, p. 501*). Elle a trouvé une nouvelle expression dans la décision du Comité *ad hoc* intervenue le 16 avril 2009 dans l'affaire *MHS c/ Malaisie* (*infra* p. 539) (sur ces différents courants, V. E. Gaillard, *Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI, préc.*). Rendue à un jour d'intervalle de celle de la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *MHS*, la sentence *Phoenix* prend un parti radicalement inverse. Non seulement elle retient de l'investissement une véritable définition composée de quatre éléments constitutifs mais elle prolonge la notion d'investissement par celle d'investissement protégé par la Convention, ce qui lui permet de porter le nombre d'éléments requis de quatre à six. Pour que l'on se trouve en présence d'un investissement protégé par la Convention de Washington, six conditions devraient ainsi se trouver réunies. Il appartiendrait à

la partie demanderesse de démontrer (1) l'existence d'une contribution, monétaire ou non ; (2) une certaine durée ; (3) un élément de risque ; (4) que l'opération a été faite dans le but de développer une activité économique dans l'État d'accueil ; (5) que les actifs ont été investis conformément au droit de l'État d'accueil et (6) que les actifs ont été investis de bonne foi (*sentence*, § 114, *supra* p. 520). On mesure le fossé existant entre la décision rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *MHS*, qui reproche précisément au Tribunal arbitral *MHS* de s'être éloigné de la définition souple retenue par les rédacteurs du traité bilatéral de protection des investissements sur le fondement de laquelle la procédure CIRDI avait été introduite (V. spéc. § 63 et s., *infra* p. 542), et la liste sans cesse plus longue de conditions que le demandeur devrait satisfaire pour justifier d'un investissement ou, à tout le moins, d'un « investissement protégé » par la Convention de Washington selon la sentence *Phoenix*. Pour parvenir à une telle liste, la sentence *Phoenix* procède à un raisonnement dont il est nécessaire de comprendre chacune des étapes afin d'en apprécier la valeur.

La prémisse de l'entier raisonnement tient dans l'affirmation que le droit international des investissements, comme le droit du commerce international, « ne peut pas être lu et interprété isolément du droit international public et de ses principes généraux » (*sentence*, § 78). Le Tribunal illustre son propos de la manière suivante : « Pour prendre un exemple extrême, personne ne pourrait suggérer que la protection du CIRDI devrait être accordée à des investissements effectués en violation des principes fondamentaux de protection des droits de l'homme, comme, par exemple, des investissements réalisés pour permettre la torture ou le génocide ou au soutien de l'esclavage ou du trafic d'organes humains » (*sentence*, § 78). Le Tribunal se propose en conséquence de déterminer « quels investissements sont protégés en considération de leur objet et de leur but avant d'examiner la définition du BIT » (*sentence*, § 80). La détermination des investissements protégés par le mécanisme de règlement des différends suppose une interprétation de la Convention CIRDI et du BIT « à la lumière des principes du droit international » (*sentence*, § 80). C'est dans cet esprit que le Tribunal examine les critères développés par la jurisprudence du Centre pour « identifier les éléments de la notion d'investissement » (*sentence*, § 83). Il part de la formule *Salini* tout en estimant que le quatrième élément, la contribution au développement économique de l'État d'accueil, que le Tribunal *Salini* était allé puiser dans le préambule de la Convention, doit se comprendre comme une simple exigence de poursuite d'une activité économique dans l'État d'accueil, la contribution au développement de l'État d'accueil étant pour sa part impossible à déterminer, et ce d'autant plus qu'il existe des opinions très divergentes sur ce que constitue le développement économique (*sentence*, § 85 et 86). Après des motifs relatifs au détournement de procédure sur lesquels on reviendra (*infra* p. 535), le Tribunal fonde les deux dernières conditions de l'existence d'un investissement protégé dans les principes du droit international (§ 100 et s.). Il estime, dans une formule servant d'introduction à l'entier développement, que « le but du mécanisme international de protection des investissements par l'arbitrage CIRDI ne peut être de protéger les investissements effectués en

violation des lois de l'État d'accueil ou les investissements qui ne sont pas réalisés de bonne foi, obtenus par exemple à la suite de fausses représentations, dissimulations ou par corruption ou s'analysant en un abus du système d'arbitrage international CIRDI. En d'autres termes, le but de la protection internationale est de protéger les investissements légaux et réalisés de bonne foi » (*sentence*, § 100). Le Tribunal développe ensuite la condition de respect de la législation de l'État d'accueil, qui ne se posait pas en l'espèce, et celle de bonne foi. Sur la première, le Tribunal insiste sur l'idée qu'un investissement contraire à la législation de l'État d'accueil, comme par exemple un investissement réalisé dans un secteur dans lequel les investissements sont interdits, ne peut bénéficier de la protection du système d'arbitrage CIRDI, et ce, que le traité bilatéral de protection des investissements prévoit ou non qu'il ne couvre que les investissements réalisés en conformité avec la législation de l'État d'accueil. Selon le Tribunal, « une telle condition [...] est implicite même si elle n'est pas expressément prévue dans le BIT en cause » (*sentence*, § 101). Le Tribunal développe ensuite la condition d'investissement « de bonne foi ». Il affirme que « les États ne peuvent pas être considérés comme offrant l'accès au système de règlement des différends du CIRDI aux investissements qui ne sont pas réalisés de bonne foi. La protection de l'arbitrage international des investissements ne peut être accordée si une telle protection est contraire aux principes généraux du droit international, au rang desquels le principe de bonne foi est de première importance » (*sentence*, § 106). Il conclut ses développements sur le sujet de la manière suivante : « Le Tribunal doit éviter l'utilisation abusive du système de protection des investissements internationaux en application de la Convention CIRDI en s'assurant que seuls les investissements réalisés en conformité avec le principe international de bonne foi et qui ne tentent pas de faire un mauvais usage du système sont protégés » (*sentence*, § 113).

La démarche qui consiste à emprunter au droit international général des notions pour en faire de nouvelles conditions de compétence du Centre par voie d'interprétation de la notion d'investissement de l'article 25 de la Convention de Washington ne convainc pas. L'affirmation selon laquelle le droit des investissements ne peut être compris comme une forteresse se développant de manière totalement isolée du droit international général est tout à fait juste. Elle ne signifie pas en revanche que des règles appartenant au droit international général ou des principes généraux de droit puissent être importés dans le texte de la Convention de Washington comme si les rédacteurs de ce traité avaient entendu les y voir figurer. Comme le reconnaît la sentence *Phoenix* elle-même, le droit international fournit à l'interprète des règles précises d'interprétation des traités dont on s'accorde à considérer qu'elles ont été codifiées par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. La première de ces règles exige que le texte même du traité, censé refléter les intentions de ses auteurs, soit respecté. Une interprétation très libre sur ce que pourrait, ou devrait, être le contenu d'une convention donnée ne serait pas conforme au droit des traités et donc au droit international général. L'interprétation de bonne foi d'un texte, qui vise l'interprétation conforme à la volonté réelle de ses auteurs par opposition à celle

qui pourrait résulter d'une lecture mécanique, ne signifie assurément pas que la condition de bonne foi puisse elle-même être insérée dans un texte qui ne la prévoit pas.

En réalité, on n'insistera jamais assez sur le fait que la Convention de Washington n'est qu'un mécanisme mis à la disposition des parties pour que celles-ci puissent régler, si elles le souhaitent, certains de leurs différends en recourant à l'arbitrage CIRDI. À lui seul, ce mécanisme n'assure, à proprement parler, aucune protection. Celle-ci résulte de l'acceptation, par les parties, de recourir à l'arbitrage et du régime de fond applicable aux investissements. Or tant le consentement de l'État à l'arbitrage que la protection de fond résultent, lorsque l'arbitrage est introduit sur le fondement d'un traité ou d'une loi de protection des investissements, de cet instrument et non de la Convention CIRDI. Ces traités ou lois de protection des investissements définissant les destinataires de la protection qu'ils édictent, la notion d'« investissement protégé » est, pour eux, naturelle. Cette notion vise les investissements qui tombent dans le champ d'application du Traité ou de la loi, que les auteurs de ces normes peuvent avoir voulu aussi larges ou aussi restrictifs qu'ils le souhaitent. En revanche, pour ce qui concerne la Convention de Washington elle-même, la formule d'« investissement protégé » est moins heureuse.

Sur l'exigence d'un différend « en relation directe avec un investissement » de l'article 25(1) de la Convention, le sens ordinaire des termes suggère une opération qui ne se dénoue pas dans l'instant, qui suppose une certaine contribution, monétaire, en nature ou en industrie, et un bénéfice attendu mais incertain. Qu'il s'agisse de l'investissement d'un parent dans l'éducation de ses enfants, de l'investissement d'un particulier dans un programme immobilier, tous les usages ordinaires du terme évoquent ces éléments qui se trouvent à l'origine de la réflexion sur cette notion (sur l'évolution de la matière, 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, art. préc.*). La condition de consentement à l'arbitrage étant elle-même requise indépendamment de celle d'investissement, il ne paraît pas permis de conclure que la condition de consentement absorbe purement et simplement la condition d'investissement et que, dès que les parties ont voulu recourir au CIRDI, il y a lieu d'en déduire qu'elles ont estimé être en présence d'un investissement. En revanche, s'il convient de donner à chaque terme de la Convention un sens et ne pas raisonner comme si ce terme n'y figurait pas, il n'est pas non plus conforme aux exigences d'interprétation d'ajouter au texte du traité des termes qu'il ne comporte pas. C'est pourtant ce que l'on prétend faire en lisant dans l'article 25 des caractéristiques qui ne sont pas inhérentes à la notion d'investissement. Un investissement peut s'avérer sans intérêt pour l'État d'accueil comme, du reste, pour l'investisseur lui-même. Un investissement peut être important ; il peut être modeste. Un investissement peut être réalisé dans le secteur de l'art ou de l'archéologie. Un investissement peut être légal ; il peut être illégal. Toutes les phrases qui précèdent ont un sens. Elles ne constituent ni un

pléonasme, ni une alliance de mots. C'est dire qu'à suivre le sens ordinaire des termes, toutes les caractéristiques que l'investissement est susceptible de présenter, en termes d'importance, de légalité, d'impact, d'effet réel sur l'économie du pays, ne sont pas de l'essence de l'investissement. L'auteur de ces lignes demeure convaincu que l'apport, l'absence de caractère instantané et le risque le sont. Bien que la bonne foi soit un état d'esprit qui caractérise généralement la connaissance d'un fait, et que l'on voit dès lors mal comment un investissement pourrait être, en tant que tel, fait de bonne ou de mauvaise foi, le même raisonnement s'applique à la condition de bonne foi avancée par la sentence *Phoenix*. On ne saurait en effet, sans méconnaître les canons d'interprétation les mieux établis, lire dans l'article 25(1) « en relation avec un investissement effectué de bonne foi » alors que cette précision ne figure pas dans le texte. Il en va de même des formules d'« investissement légal » ou d'« investissement protégé ». En d'autres termes, la mécanique de l'arbitrage CIRDI est réservée aux investissements, elle ne l'est pas aux investissements « légaux », « de bonne foi » ou « protégés ».

En revanche, il importe également de reconnaître que le consentement que les États sont susceptibles de donner à l'arbitrage peut être subordonné à la satisfaction d'un certain nombre de conditions. Un traité de protection des investissements peut tout à fait spécifier qu'il ne s'applique qu'aux investissements réalisés en conformité avec la législation de l'État d'accueil. Beaucoup le font ; certains ne le font pas. On ne peut donc pas lire tous ces traités de manière non discriminante comme s'ils contenaient une limitation que certains n'ont pas voulu adopter. À cet égard, tant la sentence *Phoenix* que la sentence rendue sur le fond le 27 août 2008 dans l'affaire *Plama c/ Bulgarie* (§ 138-139), qui participe de la même logique, sont critiquables. À l'inverse, lorsqu'elle existe, une telle limitation à l'application du traité doit être respectée et commande tant l'applicabilité à l'espèce de la protection de fond découlant du Traité que l'existence même de l'offre de recourir à l'arbitrage contenue dans la clause de règlement des différends du Traité. Lorsque l'une des conditions d'application du traité n'est pas remplie, c'est donc, pour les besoins du fonctionnement de la Convention de Washington, la condition de consentement qui n'est pas satisfaite du chef de l'État.

II. – Indépendamment de ces considérations de nature générale sur l'interprétation qu'il y a lieu de retenir de l'article 25(1) de la Convention de Washington, le Tribunal saisi de l'affaire *Phoenix* était confronté à la question précise du sort des transactions réalisées dans le seul but de bénéficier, après la naissance du litige, d'une prestation à laquelle les intéressés n'auraient pas eu droit en l'absence d'une telle transaction.

Les faits de la cause, tels que constatés par le Tribunal arbitral étaient les suivants. La société Benet Praha (BP) et sa filiale à 100 % Benet Group (BG) sont deux sociétés de droit tchèque. Un différend de nature commerciale s'élève entre BG et un citoyen tchèque, M. Raška. En avril 2001, une enquête est diligentée sur les infractions fiscales et douanières qu'aurait commises M. Beňo, alors directeur de BP. Celui-ci se réfugie en Israël où il crée la société Phoenix. Le

26 décembre 2002, Phoenix acquiert le contrôle de la société BP et donc de BG. Phoenix forme une demande d'arbitrage le 15 février 2004 et se plaint, au moins dans un premier temps, d'agissements de l'État antérieurs à l'acquisition par Phoenix de BP et BG. Ces agissements concernent tant le traitement du litige commercial que la procédure pénale diligentée à l'encontre de M. Beño (gel de comptes bancaires, saisie de documents et traitement par les juridictions locales des demandes formées en 2001 par BP et BG). Par la suite, de manière un peu plus subtile, Phoenix se plaindra de la poursuite des agissements reprochés à l'État ou de leurs effets entre la date d'acquisition de BP et la date à laquelle elle a revendu cette société. Le Tribunal n'en parvient pas moins à la conclusion que l'acquisition de BP par Phoenix a été réalisée dans le seul but de bénéficier de la protection du Traité bilatéral de protection des investissements conclu en 1997 entre Israël et la République tchèque. Il observe que tant le litige commercial que l'action pénale qui se trouvent à l'origine des griefs adressés par Phoenix à la République tchèque existaient depuis des mois lorsque la demanderesse a décidé d'acquérir BP et BG. « La demanderesse était donc parfaitement informée de la situation des deux sociétés tchèques dans lesquelles elle a décidé d'« investir ». En d'autres termes, tous les dommages réclamés par Phoenix avaient déjà été infligés aux deux sociétés tchèques lorsque l'investissement prétendu a été effectué » (*sentence*, § 136). Le Tribunal relève que « l'entier dossier montre que le « projet d'investissement » de Phoenix a été fait seulement pour former une réclamation sur le fondement du BIT » (*sentence*, § 138) ou encore qu'« il ressort du dossier que la demanderesse a effectué un « investissement » non dans le but de s'engager dans une activité économique mais dans le seul but d'introduire un contentieux international à l'encontre de la République tchèque. [...] Le seul but de l'« investissement » était de transformer un différend interne préexistant en un différend international soumis à l'arbitrage CIRDI en vertu d'un traité bilatéral d'investissement. Ce type de transaction n'est pas une transaction de bonne foi et ne peut être un investissement protégé par le système CIRDI » (*sentence*, § 142). Le Tribunal en conclut que « bien qu'à première vue l'opération effectuée par Phoenix ressemble à un investissement », il ne s'agit pas d'un « investissement protégé », mais d'un « abus de droit ». « Cet abus peut être qualifié de « détournement de procédure » consistant dans la création par la demanderesse d'une fiction juridique destinée à donner accès à une procédure d'arbitrage international à laquelle elle n'avait pas droit » (*sentence*, § 143). De façon plus générale, le Tribunal estime que le fait d'accepter de reconnaître sa compétence dans une affaire de ce type irait à l'encontre des objectifs fondamentaux de la Convention de Washington et des traités bilatéraux de protection des investissements. « Le Tribunal doit s'assurer que le mécanisme du CIRDI ne protège pas les investissements qu'il n'était pas destiné à protéger parce qu'il s'agit fondamentalement d'investissements internes déguisés en investissements internationaux dans le seul but d'accéder à ce mécanisme » (*sentence*, § 144). Il s'estime donc incompétent pour connaître de la demande de Phoenix qu'il juge « non susceptible d'être qualifiée d'investissement protégé par

la Convention de Washington et par le BIT Israël – République tchèque » (*sentence*, § 145).

La situation litigieuse correspond très exactement à ce que les spécialistes de droit international privé ont pris l'habitude de qualifier de fraude à la loi, ici de fraude au traité. La fraude à la loi est définie de la façon la plus classique comme l'utilisation d'un procédé licite dans le seul but d'obtenir un résultat auquel l'intéressé n'aurait pas droit s'il n'avait pas utilisé ce procédé. La Princesse de Bauffremont est française et, dans les années mille huit cent soixante-dix, ne peut pas divorcer. Elle acquiert la nationalité du duché de Saxe-Altenbourg (Allemagne) dans le seul but de solliciter le divorce en application de sa nouvelle loi personnelle qui le permet. Bien que parfaitement licite, l'acquisition de la nationalité allemande est considérée comme inefficace car jugée avoir été opérée dans le seul but de contourner l'interdiction de divorce en droit français. La sanction de la fraude tient à sa propre inefficacité. La raison d'être de la règle est la prise en compte de la réaction de la norme contournée qui ne tolère pas que l'on puisse faire indirectement ce que l'on ne peut faire directement (sur l'ensemble de la question, V. l'ouvrage classique de J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français* : Dalloz 1957). Dans l'affaire *Phoenix*, c'est bien de cela dont il s'agit. Les sociétés BP et BG ont divers griefs à faire valoir à l'encontre de l'État tchèque. En tant que sociétés tchèques, elles ne bénéficient de la protection d'aucun traité. Leur actionnaire, également tchèque, pas davantage. La cession à une société de droit israélien paraît de nature à régler la difficulté. Dans un premier temps, Phoenix a poussé la candeur jusqu'à se prévaloir exclusivement de griefs antérieurs à la cession. L'argument selon lequel ces griefs existant à l'époque ont été transférés à la société Phoenix au moment de son acquisition a même été soutenu initialement (*sentence*, § 137). Une protection inexistante ne pouvant se transformer en une protection efficace une fois cédée, l'argument ne pouvait prospérer. Il a donc été abandonné lorsque Phoenix, de façon moins manifestement infondée, a soutenu qu'elle se fondait sur la poursuite des agissements illégaux de l'État après l'acquisition par Phoenix des sociétés de droit local. Il n'en était pas moins clair pour le Tribunal que la cession des sociétés de droit tchèque à une société de droit israélien a été faite dans le seul but de bénéficier, après coup, de la protection du traité. Dans ces conditions, la conclusion du Tribunal arbitral consistant à ignorer une transaction réalisée dans le seul but de bénéficier, indirectement, d'une protection à laquelle le véritable intéressé n'avait pas droit directement paraît parfaitement fondée.

Le caractère répété des constatations de la sentence selon lesquelles l'acquisition des sociétés tchèques par la société israélienne a été organisée dans le seul but d'obtenir une protection qui n'aurait pas existé sans cela conduit à penser qu'en réalité le Tribunal arbitral a été très sensible à une logique de fraude à la loi, ici de fraude au traité. En cela, la solution retenue se justifie parfaitement. On ne saurait en effet accepter qu'une manipulation des critères d'application des traités de protection des investissements permette, une fois le litige né, qu'un litige quelconque puisse être transformé en litige protégé par un traité. En

revanche, la justification avancée, formulée en termes d'« abus de droit », de « détournement de procédure », d'absence de « bonne foi » dans la réalisation de l'investissement (*sentence*, § 143), qui conduit le Tribunal à la conclusion qu'il n'est pas en présence d'un « investissement protégé » (*sentence*, § 144 et 145) est moins heureuse. En réalité, une telle distorsion n'est pas nécessaire. Elle tend en effet, comme on a pu l'observer, à ajouter à la Convention de Washington des conditions d'application qu'elle ne contient pas. Or, la norme rendue artificiellement applicable par la manipulation de l'élément qui commande son application n'est pas la Convention CIRDI. C'est seulement le traité de protection tchéco-israélien qui est rendu artificiellement applicable, et ce, tant dans ses dispositions de fond que pour le consentement de l'État de recourir à l'arbitrage figurant dans la clause de règlement des différends. Le recours à l'arbitrage CIRDI n'est qu'une conséquence de l'applicabilité – jugée factice – du Traité bilatéral. Si elle devait être suivie, cette interprétation de la sentence *Phoenix* présenterait l'avantage de ne pas grossir l'article 25(1) de conditions qui lui sont étrangères (V. supra p. 532). De manière plus générale, deux objections, de nature technique, pourraient être opposées au raisonnement reposant sur l'idée que l'existence d'une fraude au Traité rend celui-ci inapplicable. La première tient à la date de la naissance du différend. En stricte technique juridique, le différend sur la violation par un État d'un Traité de protection des investissements existe lorsque l'État refuse de reconnaître la violation du traité dont l'investisseur prétend bénéficier. Cette prétention est elle-même généralement émise par la notification qui déclenche le délai de négociation préalable à l'arbitrage. C'est donc très tardivement que le litige sur l'existence ou non de la protection résultant du Traité est noué. L'objection trouve sa réponse dès lors que, aux fins de la constatation de la manipulation de l'élément qui commande l'application du Traité, une lecture réaliste du moment où naît le contentieux est retenue. Si un bien a déjà fait l'objet d'une saisie, si un droit a déjà été dénié, le grief dont se plaint l'investisseur à l'égard de l'État est déjà présent et la modification ultérieure des éléments d'application du Traité suspecte. La deuxième objection réside dans le fait que les traités de protection des investissements peuvent eux-mêmes contenir des dispositions relatives à leurs conditions d'application *ratione temporis*. N'est ce pas aux traités eux-mêmes qu'il appartient de déterminer l'étendue de leur application ? Si un traité accepte de couvrir les conséquences d'un litige né avant que les conditions de son application soient remplies, n'est-ce pas cette disposition qui régit la matière et non l'idée, plus générale, que la manipulation de l'élément d'application du traité à la seule fin de bénéficier de sa protection doit être ignorée en application de la notion de fraude au traité ? En réalité, il paraît si peu naturel que les rédacteurs d'un traité de protection des investissements aient voulu mettre la protection de cet instrument à la disposition d'opérateurs ayant déjà un différend avec un État donné et ne bénéficiant, par définition, pas de cette protection, que les clauses d'application *ratione temporis* du Traité devraient être particulièrement claires en ce sens pour produire cet effet. Il va de soi que le droit international n'interdirait pas à un État d'accepter d'offrir une telle protection et

la protection corrélative du recours à l'arbitrage à une entité qui, avant la manipulation de l'élément d'application du Traité, était initialement étrangère au différend, mais un tel résultat serait si curieux qu'il devrait résulter clairement des termes du traité. La démarche est rigoureusement identique à celle qui s'applique à la rétroactivité des traités qui, pour théoriquement possible qu'elle soit, ne saurait se présumer (V. article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et, pour un raisonnement analogue, la sentence rendue le 8 mai 2008 dans l'affaire *Pey Casado cl Chili*, § 585 et s. : *La jurisprudence du CIRDI, vol. II, p. 467 et s., spéc. p. 487 et s.*). Une application du traité résultant de la manipulation des éléments commandant son applicabilité dans le seul but de placer un différend existant sous sa protection devrait donc être généralement considérée comme une fraude au Traité commandant d'écarter son application, sauf pour le traité à avoir expressément prévu cette situation et choisi, par la volonté explicite de ses auteurs, de s'appliquer.

Deux observations complémentaires s'imposent. La première porte sur l'utilisation du terme *treaty shopping*. Même si cette expression n'a aucun caractère technique et donc aucune vocation à emporter des conséquences de droit, force est de constater que son utilisation est souvent abusive. Deux situations, bien distinctes, sont susceptibles de se présenter. La première est celle dans laquelle un opérateur du commerce international se préoccupe, lors de la structuration de son investissement, voire lors de la restructuration de son investissement, de l'existence de traités. Cette préoccupation, comparable à celle qui consiste à minimiser l'incidence fiscale de l'opération, est parfaitement légitime. L'utilisation, dans un sens péjoratif, de l'expression *treaty shopping* dans une telle hypothèse est abusive. La seconde situation, très différente, est celle dans laquelle un opérateur confronté à diverses difficultés actuelles l'opposant à un État donné s'efforce de restructurer, une fois le litige né, son investissement de façon à bénéficier d'une protection à laquelle il n'aurait pas droit. C'est cette situation qui, *stricto sensu*, peut être qualifiée de *treaty shopping* par analogie à celle du *forum shopping* qui consiste à rechercher, compte tenu de la division du monde en États souverains, le juge le plus favorable pour connaître d'un différend donné.

La seconde observation porte sur le fait que, comme celles de fraude à la loi en droit international privé et de *fraus legis* en général, les situations dans lesquelles un tribunal arbitral parviendra à la conclusion que l'utilisation d'un procédé licite donnant accès à la protection d'un traité est inefficace au motif qu'il a été utilisé dans le seul but d'obtenir, après la naissance du différend, accès à une protection à laquelle le véritable intéressé ne pouvait pas prétendre seront relativement rares. Deux conditions doivent en effet être cumulativement satisfaites pour que la théorie de la fraude au traité puisse être appelée à jouer son rôle de correctif : d'une part, celle du caractère exclusif de l'intention de manipuler les éléments de fait qui commandent l'accès au Traité (« dans le seul but de ») ; d'autre part, celle que le litige porté devant le tribunal saisi sur le fondement du Traité était né avant la modification de l'élément qui commande l'application du Traité. À cette double condition, la théorie de la fraude au

Traité est susceptible de justifier, sans qu'aucune altération ne soit portée aux conditions de compétence posées par la Convention de Washington, la solution retenue par le Tribunal arbitral ayant statué dans l'affaire *Phoenix*.

Mots-Clés : Investissement - Notion - Fraude au Traité - Bonne foi
Détournement de procédure - Légalité de l'investissement - Principes généraux de droit - Interprétation des traités

Article 52 de la Convention de Washington. – Excès de pouvoir manifeste. – Méconnaissance de l'intention des rédacteurs de la Convention de Washington.

Article 25 de la Convention de Washington. – Notion d'investissement. – Traité de protection des investissements. – Condition de contribution à l'économie de l'État d'accueil (non). – Seuil minimum d'investissement (non). – Investissement concernant le domaine culturel et historique (oui)*.

Décision du 16 avril 2009. – M. Stephen Schwebel, président. – MM. Mohamed Shahabuddeen et Peter Tomka, membres du Comité ad hoc. – Malaysian Historical Salvors SDN BHD c/ Malaisie.

Commet un excès de pouvoir manifeste le Tribunal qui, tournant le dos à l'intention des rédacteurs de la Convention de Washington, ne tient pas compte de la définition large de l'investissement retenue par le Traité de protection des investissements en cause et impose artificiellement une condition de contribution à l'économie de l'État d'accueil le conduisant à exclure les investissements ne présentant pas une certaine importance ou concernant les domaines de la culture ou du patrimoine historique.

La présente procédure porte sur la demande d'annulation de la sentence sur la compétence rendue le 17 mai 2007 par M. Michael Hwang, arbitre unique. Par cette sentence, le Tribunal a décliné sa compétence au motif qu'il n'existait en l'espèce aucun investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI. L'affaire concernait le sauvetage maritime d'un navire coulé en 1817 dans les eaux territoriales de la Malaisie, le *Diana*, dont la cargaison était constituée d'une quantité importante de porcelaines de Chine.

La demanderesse à l'annulation est une société de droit malaisien, Malaysian Historical Salvors (« MHS ») dont la majorité des titres sont détenus par un citoyen britannique. Par contrat en date du 3 août 1991, MHS et la République de Malaisie ont conclu un contrat de sauvetage maritime par lequel la demanderesse s'engageait à rechercher la cargaison du *Diana* et la restaurer à ses frais, avec un personnel composé pour moitié au minimum d'employés malais, en contrepartie d'une fraction de la valeur de la cargaison sauvée, sur une base « *no finds no pay* ». Après quatre années de recherches et d'opérations de sauvetage, MHS a trouvé le navire et récupéré environ 24 000 pièces de porcelaine que la défenderesse a conservé en partie pour les exposer dans un musée national et qu'elle a vendues en partie aux enchères. La demanderesse à la procédure arbitrale initiale a allégué qu'elle n'a pas reçu l'intégralité des montants auxquels elle avait contractuellement droit. Elle a donc formé une requête d'arbitrage devant le Centre le 30 septembre 2004 sur le fondement du

* 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.

traité bilatéral de protection des investissements conclu entre le Royaume-Uni et la Malaisie en 1994. La sentence querellée a estimé que l'opération litigieuse ne constituait pas un investissement au sens de la Convention CIRDI. Une demande d'annulation a été formée le 7 septembre 2007 pour excès de pouvoir manifeste au sens de l'article 52(1)(b) de la Convention et un Comité *ad hoc*, composé de MM. Stephen Schwebel, président, Mohamed Shahabuddeen et Peter Tomka, a été mis en place pour en connaître. Une audience de procédure a été organisée le 31 mars 2008 à La Haye et une audience de plaidoiries a eu lieu également à La Haye le 3 décembre 2008.

À la majorité de ses membres, le Comité a annulé la sentence, M. Shahabuddeen ayant pour sa part émis une opinion dissidente. L'analyse de la majorité des membres du Comité est la suivante :

E. ANALYSIS OF THE AD HOC COMMITTEE

56. *This case concerns the interpretation of treaties. The Vienna Convention on the Law of Treaties, a product of the extended codification processes of the International Law Commission of the United Nations led by a succession of exceptionally distinguished Special Rapporteurs, has been widely accepted, 108 States being party. Among the States that have ratified it are Malaysia and the United Kingdom. The Committee notes that the Vienna Convention as such is not applicable to the 1965 Washington Convention nor to the 1981 United Kingdom – Malaysia BIT. The Vienna Convention applies only to treaties which are concluded by States after its entry into force with regard to such States. Malaysia became party to the Vienna Convention only in 1994. The non-retroactivity of the Vienna Convention is, however, « [w]ithout prejudice to the application of any rules set [in it] to which treaties would be subject under international law independently of the Convention. »¹¹⁰ The Convention's provisions on the interpretation of treaties, embodied in Articles 31¹¹¹ and 32,¹¹² while contested when adopted, have been accepted by the International Court of Justice¹¹³ and the international community as expressive not only of treaty commitment but of customary international law. The Committee thus considers itself on firm ground in resorting to the customary rules on interpretation of treaties as codified in the Vienna Convention.*

57. *The « ordinary meaning » of the term « investment » is the commitment of money or other assets for the purpose of providing a return. In its context and in*

110. Vienna Convention, Article 4.

111. Article 31 provides : 1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes : (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty ; (b) 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. 3. There shall be taken into account, together with the context : (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions ; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation ; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

112. See *supra* note 49 for the text of Article 32 of the Vienna Convention.

113. See *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1994*, pp. 21-22, § 41 ; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1999*, p. 1059, § 18.

accordance with the object and purpose of the treaty – which is to promote the flow of private investment to contracting countries by provision of a mechanism which, by enabling international settlement of disputes, conduces to the security of such investment – the term « investment » is unqualified. The purpose of the ICSID Convention was described in a draft of the Convention conveyed by the Bank's General Counsel to the Executive Directors of the Bank in these terms : « [t]he purpose of this Convention is to promote the resolution of disputes arising between the Contracting States and nationals of other Contracting States by encouraging and facilitating recourse to international conciliation and arbitration. »¹¹⁴ The meaning of the term « investment » may however be regarded as « ambiguous or obscure » under Article 32 of the Vienna Convention and hence justifying resort to the preparatory work of the Convention « to determine the meaning. » As the pleadings in the instant case illustrate, there certainly have been marked differences among ICSID tribunals and among commentators on the meaning of « investment » as that term appears in Article 25(1) of the Convention. Thus the provision may be regarded as ambiguous. In any event, courts and tribunals interpreting treaties regularly review the travaux préparatoires whenever they are brought to their attention ; it is mythological to pretend that they do so only when they first conclude that the term requiring interpretation is ambiguous or obscure.

58. At issue in this case is the meaning of the treaty term « investment » as that term is used in Article 25(1) of the ICSID Convention-but also in Article 1 of the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments because that instrument is the medium through which the Contracting States involved have given their consent to the exercise of jurisdiction of ICSID.

59. Article 1 of that Agreement defines « investment » capaciously.

For the purpose of this Agreement

(1)(a) 'investment' means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes :

...

(ii) shares, stock and debentures of companies or interests in the property of such companies ;

(iii) claims to money or to any performance under contract having a financial value ;

(iv) intellectual property rights... ;

(v) business concessions conferred... under contract....

60. The Contract between the Government of Malaysia and Malaysian Historical Salvors is one of a kind of asset ; what is precisely at issue between the Government and the Salvor is a claim to money and to performance under a contract having financial value ; the contract involves intellectual property rights ; and the right granted to salvage may be treated as a business concession conferred under contract.

61. It follows that, by the terms of the Agreement, and for its purposes, the Contract is an investment. There is no room for another conclusion. The Sole Arbitrator did not reach another considered conclusion in respect of the Agreement. He rather chose to examine, virtually exclusively, the question of

114. ICSID, History of the ICSID Convention : Documents Concerning the Origin and the Formulaion of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (« History of the ICSID Convention »), Volume I, p. 16 (1968).

whether there was an investment within the meaning of Article 25(1) of the ICSID Convention. Finding that there was not, he found that « it is unnecessary to discuss whether the Contract is an 'investment' under the BIT. »¹¹⁵ Nevertheless the Sole Arbitrator observed that, « while the Contract did provide some benefit to Malaysia, " there was not " a sufficient contribution to Malaysia's economic development to qualify as an " investment " for the purposes of Article 25(1) or Article 1(a) of the BIT. »¹¹⁶ He provided an extensive analysis in support of his conclusion in respect of the ICSID Convention, but none in respect of his conclusion in respect of the BIT. The Committee is unable to see what support the Sole Arbitrator could have mustered to sustain the conclusion that the Contract and its implementation did not constitute an investment within the meaning of that Agreement. On the contrary, (and subject to the consideration noted below in paragraph 81 of this Decision), it is clear that the Contract and its performance by the Salvor constitute an investment as that term is defined by the Agreement.

62. Under Article 7 of the Agreement, the sole recourse in the event that a legal dispute between the investor and the host State should arise which is not settled by agreement between them through pursuit of local remedies or otherwise is reference to the International Centre for Settlement of Investment Disputes. Unlike some other BITs, no third party dispute settlement options are provided in the alternative to ICSID. It follows that, if jurisdiction is found to be absent under the ICSID Convention, the investor is left without international recourse altogether. That result is difficult to reconcile with the intentions of the Governments of Malaysia and the United Kingdom in concluding their Agreement, as those intentions are reflected by the terms of Article 7 as well as the Agreement's inclusive definition of what is an investment. It cannot be accepted that the Governments of Malaysia and the United Kingdom concluded a treaty providing for arbitration of disputes arising under it in respect of investments so comprehensively described, with the intention that the only arbitral recourse provided between a Contracting State and a national of another Contracting State, that of ICSID, could be rendered nugatory by a restrictive definition of a deliberately undefined term of the ICSID Convention, namely, « investment, » as it is found in the provision of Article 25(1). It follows that the Award of the Sole Arbitrator is incompatible with the intentions and specifications of the States immediately concerned, Malaysia and the United Kingdom.

63. What of the intentions of the Parties in concluding the Washington Convention ? The term « investment » was deliberately left undefined. But light is shed on the intentions of the Parties in respect of that term by the Convention's travaux préparatoires as well as the Convention's interpretation by the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development in adopting and opening it for signature.

64. The World Bank staff's initial proposal on « The Jurisdiction of the Center » provided, in Section 1 (1) : « The jurisdiction of the Center shall be limited to disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States and shall be based on consent. »¹¹⁷ Section 1 (3) provided : « Except as otherwise agreed between the parties, the Center shall not exercise jurisdiction in respect of disputes involving claims of less than the equivalent of one hundred thousand

115. Award, § 148.

116. *Id.*, § 143.

117. History of the ICSID Convention, Volume II-1, p. 33.

*United States dollars determined as of the time of submission of the dispute. »*¹¹⁸

The comment on this proviso reads :

*Paragraph (3) places a monetary limit on claims to be submitted to the Center. Arbitration is a not inexpensive procedure and parties should not be forced to have resort to it if the amount claimed remains below a certain limit which, for purposes of illustration, has been put at the equivalent of U.S. \$100,000.*¹¹⁹

*65. The First Draft of what became Article 25(1) of the Convention provided : « (1) The jurisdiction of the Center shall extend to all legal disputes between a Contracting State... and a national of another Contracting State, arising out of or in connection with any investment, which the parties to such disputes have consented to submit to it. »*¹²⁰ *It further provided that : « (i) 'investment' means any contribution of money or other asset of economic value for an indefinite period or, if the period be defined, for not less than five years. »*¹²¹ *A further attempted definition by the Bank's Secretariat reads :*

*The term 'investment' means the acquisition of (i) property rights or contractual rights (including rights under a concession) for the establishment or in the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprise ; (ii) participations or shares in any such enterprise ; or (iii) financial obligations of a public or private entity other than obligations arising out of short-term banking or credit facilities.*¹²²

*66. The reaction of States and their representatives to these proposals was mixed. In the event, their specifications were rejected. While they elicited some support, the prevailing view was that there should be no monetary limit on claims submitted and that the contribution of money or other asset of economic value need not be for an indefinite period or for not less than five years.*¹²³ *More than this, a British proposal that omitted any definition of the term « investment, » on the ground that a definition would only create jurisdictional difficulties, « was adopted by a large majority in the Legal Committee. »*¹²⁴

67. That result was consistent with the position of the General Counsel of the Bank, Mr. Broches, who served as chairman of the regional meetings of legal experts of governments and of the Legal Committee. Thus, Mr. Broches called attention to the fact that the document did not limit or define the types of disputes which might be submitted to conciliation or arbitration under the auspices of the Center. It was difficult to find a satisfactory definition. There was the danger that recourse to the services of the Center might in a given situation be precluded because the dispute in question did not precisely qualify under the definition of the convention. There was the further danger that a definition might provide a reluctant party with an opportunity to frustrate or delay the proceedings by questioning whether the dispute was encompassed by the definition. These possibilities suggested that it was inadvisable to define narrowly the kinds of

118. *Id.*, Volume II-1, p. 34.

119. *Id.*

120. *Id.*, vol. I, p. 116.

121. *Id.*

122. *Id.*, vol. II-2, p. 844.

123. « In a draft preceding the Working Paper, a lower limit (\$100,000) had been fixed for the subject-matter of the dispute. That provision had not been retained... because disputes involving small amounts could be important as test cases, whereas there would be other cases in which it would be impossible to place a pecuniary value on the subject-matter of a dispute. » history of the ICSID convention, vol. II-1, p. 567.

124. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, p. 123 (2001), citing to History of the ICSID Convention, vol. II-2, p. 826.

disputes that could be submitted. Moreover, Mr. Broches added, a contracting state would be free to announce that it did not intend to use the facilities of the Center for particular kinds of disputes.¹²⁵

68. Mr. Broches elsewhere explained that :

since the jurisdiction of the Center is limited by the overriding condition of consent, the exclusions desired by the one or the other delegation could be achieved by a refusal of consent in those cases in which in their view there was no proper case for use of the facilities of the Center. Refusal of consent would be an adequate safeguard for host States...

*The purpose of Section 1 is not to define the circumstances in which recourse to the facilities of the Center would in fact occur, but rather to indicate the outer limits within which the Center would have jurisdiction provided the parties' consent had been attained. Beyond these outer limits no use could be made of the facilities of the Center even with such consent.*¹²⁶

69. However it is important to note that the travaux préparatoires do not support the imposition of « outer limits » such as those imposed by the Sole Arbitrator in this case. Little more about the nature of outer limits is indicated in the travaux than is contained in Article 25(1), namely that, « [t]he jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment.... » It appears to have been assumed by the Convention's drafters that use of the term « investment » excluded a simple sale and like transient commercial transactions from the jurisdiction of the Centre. Judicial or arbitral construction going further in interpretation of the meaning of « investment » by the establishment of criteria or hallmarks may or may not be regarded as plausible, but the intentions of the draftsmen of the ICSID Convention, as the travaux show them to have been, lend those criteria (and still less, conditions) scant support.

70. The Report of the Bank's Executive Directors is similarly illuminating. In the debate over the draft of that Report, Mr. Broches recalled that none of the suggested definitions for the word « investment » had proved acceptable. He suggested that while it might be difficult to define the term, an investment in fact was readily recognizable. He proposed that the Report should say that the Executive Directors did not think it necessary or desirable to attempt a definition. After some further debate, the Report was adopted in the following terms :

Consent of the parties is the cornerstone of the jurisdiction of the Centre.

While consent of the parties is an essential prerequisite for the jurisdiction of the Centre, consent alone will not suffice to bring a dispute within its jurisdiction. In keeping with the purpose of the Convention, the jurisdiction of the Centre is further limited by reference to the nature of the dispute and the parties thereto.

...

*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)).*¹²⁷

71. The preparatory work of the Convention as well as the Report of the Executive Directors thus shows that : (a) deliberately no definition of « investment » as that

125. History of the ICSID Convention, vol. II-1, p. 54.

126. History of the ICSID Convention, vol. II-1, p. 566.

127. 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*, March 18, 1965 (« Report of the Executive Directors »), § 23, 25, 27.

term is found in Article 25(1) was adopted ; (b) a floor limit to the value of an investment was rejected ; (c) a requirement of indefinite duration of an investment or of a duration of no less than five years was rejected ; (d) the critical criterion adopted was the consent of the parties. By the terms of their consent, they could define jurisdiction under the Convention. Paragraph 23 of the Report provides that : « [c]onsent of the parties is the cornerstone of the jurisdiction of the Centre... » Paragraph 27 imports that the term « investment » was left undefined « given the essential requirement of consent by the parties. » It continues that « States can make known in advance... the classes of disputes which they would or would not submit to the Centre, » i.e., they could specify particularities of their consent.

72. Does the passage of paragraph 25 that « consent alone will not suffice to bring a dispute within its jurisdiction. In keeping with the purpose of the Convention, the jurisdiction of the Centre is further limited by reference to the nature of the dispute and the parties thereto » indicate that « investment » as used in Article 25(1) has an objective content that cannot be varied by the consent of the parties ? Only to the following limited extent. « [T]he nature of the dispute » appears to refer to the dispute being a legal dispute. The reference to « the parties thereto » merely means that for a dispute to be within the Centre's jurisdiction, the parties must be a Contracting State and a national of another Contracting State. These fundamentals, and the equally fundamental assumption that the term « investment » does not mean « sale, » appear to comprise « the outer limits, » the inner content of which is defined by the terms of the consent of the parties to ICSID jurisdiction.

73. While it may not have been foreseen at the time of the adoption of the ICSID Convention, when the number of bilateral investment treaties in force were few, since that date some 2800 bilateral, and three important multilateral, treaties have been concluded, which characteristically define investment in broad, inclusive terms such as those illustrated by the above-quoted Article 1 of the Agreement between Malaysia and the United Kingdom. Some 1700 of those treaties are in force, and the multilateral treaties, particularly the Energy Charter Treaty, which are in force, of themselves endow ICSID with an important jurisdictional reach. It is those bilateral and multilateral treaties which today are the engine of ICSID's effective jurisdiction. To ignore or depreciate the importance of the jurisdiction they bestow upon ICSID, and rather to embroider upon questionable interpretations of the term « investment » as found in Article 25(1) of the Convention, risks crippling the institution.

74. In the light of this history of the preparation of the ICSID Convention and of the foregoing analysis of the Report of the Executive Directors in adopting it, the Committee finds that the failure of the Sole Arbitrator even to consider, let alone apply, the definition of investment as it is contained in the Agreement to be a gross error that gave rise to a manifest failure to exercise jurisdiction.

75. Nevertheless, the Committee recognizes that the Sole Arbitrator acted in the train of several prior ICSID arbitral awards which lend a considerable measure of support to his approach. The seminal award is the Decision on Jurisdiction of a distinguished tribunal in *Salini v. Morocco*. The Respondent objected to jurisdiction in respect of the existence of an investment. The Tribunal began with a consideration of the BIT. This consideration was preceded by the following observation :

However, to the extent that the choice of jurisdiction clause was exercised in favour of ICSID, the rights at stake must equally constitute an investment in the sense of Article 25 of the Washington Agreement. The Arbitration Tribunal is

therefore of the view that its jurisdiction depends on the existence of an investment both in the sense of the bilateral Agreement and of the Convention, following the case-law on this point.¹²⁸

It proceeded to find jurisdiction under the BIT. It continued :

The Tribunal notes that there have been almost no cases where the notion of investment in the sense of Article 25 of the Convention has been raised. However, it would be misguided to consider that the demand of a dispute 'directly related to an investment' can always be equated with the consent of the contracting parties. In fact, the case-law of the ICSID and commentators are consistent in regarding the necessity of an investment as an objective condition for the Centre's jurisdiction to be activated (citation omitted).

With the exception of a decision of the Secretary General of the ICSID refusing to record a claim for arbitration regarding a dispute stemming from a simple sale, the decisions available have only very rarely focused on the concept of an investment (citation omitted).

Academic writings have generally observed that an investment suggests payments, a certain period of execution of the deal and participation in the risks of the transaction. A reading of the preamble of the Convention permits to add to these the criterion of contribution to the economic development of the State receiving the investment (citation omitted).

In truth, these various elements can be interdependent... It results from this that these various criteria must be appreciated together...¹²⁹

The Tribunal applied these criteria to the contract and concluded that it constituted an investment pursuant to the BIT as well as Article 25 of the Washington Convention.

76. *Salini v. Morocco* is largely consistent with the leading commentary on the ICSID Convention. Professor Christoph Schreuer writes

it seems possible to identify certain features that are typical to most of the operations in question : the first such feature is that the projects have a certain duration... The second feature is a certain regularity of profit and return... The third feature is the assumption of risk usually by both sides. The fourth typical feature is that the commitment is substantial... The fifth feature is the operation's significance for the host State's development. This is not necessarily characteristic of investments in general. But the wording of the Preamble and the Executive Director's Report suggest that development is part of the Convention's object and purpose. These features should not necessarily be understood as jurisdictional requirements but merely as typical characteristics of investments under the Convention (citations omitted).¹³⁰

77. *It should be noted that Professor Schreuer, unlike the Sole Arbitrator in the instant case, does not treat these characteristics (or « hallmarks » in the usage of the Sole Arbitrator) « as jurisdictional requirements. »*

78. *While this Committee's majority has every respect for the authors of the Salini v. Morocco Award and those that have followed it, such as the Award in Joy Mining v. Egypt, and for commentators who have adopted a like stance – and, it need hardly add, for its distinguished co-arbitrator who attaches an acute Dissent to this Decision – it gives precedence to awards and analyses¹³¹ that are consistent*

128. *Salini v. Morocco*, § 44.

129. *Salini v. Morocco*, § 52.

130. Schreuer, *supra* note 115, p. 140.

131. See Yulia Andreeva, *Salvaging or Sinking the Investment ? MHS v. Malaysia Revisited*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 7, N° 2, 2008, p. 161, and Devavish

with its approach, which it finds consonant with the intentions of the Parties to the ICSID Convention.

79. The most recent Award that addresses the issue, of 24 July 2008, is, in the view of this Committee, the most persuasive, *Biwater v. Tanzania*.¹³² Its pertinent passages read :

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, and re-stated (notably) in Salini v. Morocco, namely (i) duration ; (ii) regularity of profit and return ; (iii) assumption of risk ; (iv) substantial commitment ; and (v) significance for the host State's development (citations omitted).

...

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 States. Hence the following oft-quoted passage in the Report of the Executive Directors :... (citations omitted).

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.' [citing D. Krishan, 'A Notion of ICSID Investment' in *Investment Treaty Arbitration : A Debate and Discussion* (T. Weiler, ed. 2008).]

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.

Equally, the suggestion that the 'special and privileged arrangements established by the Washington Convention can be applied only to the type of investment which the Contracting States to that Convention envisaged' does not, in this

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

132. *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case N° ARB/05/22, Award, 24 July 2008 (« *Biwater v. Tanzania* »).

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 in fact envisaged was an intentionally undefined one, which was susceptible of agreement (citation omitted).

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. 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 (citation omitted).

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.¹³³

80. The Committee fully appreciates that the ground for annulment set forth in Article 52(1)(b) of the ICSID Convention specifies that « the Tribunal has manifestly exceeded its powers. » It is its considered conclusion that the Tribunal exceeded its powers by failing to exercise the jurisdiction with which it was endowed by the terms of the Agreement and the Convention, and that it « manifestly » did so, for these reasons :

(a) it altogether failed to take account of and apply the Agreement between Malaysia and the United Kingdom defining « investment » in broad and encompassing terms but rather limited itself to its analysis of criteria which it found to bear upon the interpretation of Article 25(1) of the ICSID Convention ;

(b) its analysis of these criteria elevated them to jurisdictional conditions, and exigently interpreted the alleged condition of a contribution to the economic development of the host State so as to exclude small contributions, and contributions of a cultural and historical nature ;

(c) it failed to take account of the preparatory work of the ICSID Convention and, in particular, reached conclusions not consonant with the travaux in key respects, notably the decisions of the drafters of the ICSID Convention to reject a monetary floor in the amount of an investment, to reject specification of its duration, to leave 'investment' undefined, and to accord great weight to the definition of investment agreed by the Parties in the instrument providing for recourse to ICSID.

81. The Committee thus is constrained to annul the Award of the Sole Arbitrator. It goes no farther ; in particular, the decision as to whether there may be jurisdiction of an ICSID Tribunal in respect of the claim despite objections of Malaysia on still other grounds means that jurisdiction may be a matter for a newly constituted ICSID Tribunal to determine, should the Applicant seek its establishment.

82. The parties have submitted their costs and each maintains that the other should be required to meet the whole of them. The Committee takes note of the fact that the practice of virtually all ICSID annulment committees has been to divide the costs of ICSID – including the fees of the committee members and disbursements – equally between the parties, and that fees of counsel have been left to the party incurring them. However in this case the Committee has concluded that it was not the intent of the drafters of the ICSID Convention to exclude claimants advancing claims of minor financial dimension. If such claimants are

¹³³. *Biwater v. Tanzania*, § 310, 312-18.

left to pay not only the costs of their legal representation but half of the ICSID costs as well, the practical result could be to discourage if not debar small claims. In view of that consideration, as well as the fact that the Award stands annulled despite the Respondent's vigorous and comprehensive defence and adoption of it, and that, before the Sole Arbitrator, the Respondent argued (however understandably) for the essential conclusions that the Sole Arbitrator ultimately reached, the Committee holds that the Respondent shall meet all the Centre's costs of this annulment proceeding. The Applicant shall accordingly be reimbursed for those costs, which it has advanced by its deposits. Each party however shall be left to meet the costs of its legal representation and the disbursements flowing from it.

C'est ainsi qu'à la majorité, le Comité a annulé la sentence du 17 mai 2007 et mis les coûts de la procédure d'annulation à la charge exclusive de la Malaisie.

OBSERVATIONS. – Ayant représenté MHS dans l'instance en annulation devant le CIRDI, l'auteur de la présente chronique s'abstiendra de commenter la décision du Comité *ad hoc* du 16 avril 2009 (V. aussi *obs. S. Lemaire : Rev. arb. 2009, p. 866*).

L'analyse de la notion d'investissement retenue par cette décision peut néanmoins être rapprochée – et contrastée – avec celle du Tribunal arbitral ayant statué dans l'affaire *Phoenix*, *supra* p. 508.

Mots-Clés : Investissement - Notion - Traité de protection des investissements - Contribution à l'économie de l'État d'accueil

Traité bilatéral de protection des investissements. – *Anti-suit injunction* hostile à l'arbitrage. – Abus de droit (détournement de pouvoir). – Expropriation (oui). – Violation de l'article II de la Convention de New York. – Responsabilité de l'État engagée.

Responsabilité de l'État du fait de ses juridictions. – Expropriation du fait de ses juridictions. – Exigence d'épuisement des voies de recours internes (non)*.

Sentence du 30 juin 2009. – M^{me} Gabrielle Kaufmann-Kohler, président. – MM. Christoph Schreuer et Philip Otton, arbitres. – Saipem SpA c/ République Populaire du Bangladesh.

En révoquant, pour des motifs manifestement injustifiés et pour des fins autres que celles pour lesquelles le contrôle de l'arbitrage a été institué, les pouvoirs d'un tribunal arbitral, les juridictions engagent la responsabilité internationale de l'État qui les a instituées. La responsabilité internationale de l'État pour expropriation du fait de ses juridictions peut être engagée sans que l'investisseur ait préalablement épuisé les recours internes.

Le 5 octobre 2004, la société de droit italien Saipem SpA (Saipem) a assigné la République Populaire du Bangladesh devant le CIRDI afin de voir engager sa responsabilité sur le fondement du Traité bilatéral de protection des investissements conclu entre le Bangladesh et l'Italie le 20 mars 1990 (le Traité ou le BIT). La demanderesse a soutenu que les manœuvres du Bangladesh qui ont conduit à l'annulation d'une sentence CCI qu'elle avait obtenue à Dhaka à

* Extraits de l'original en langue anglaise publié sur le site Internet *Investment Treaty Arbitration*. Pour la commodité des citations, la numérotation originale des paragraphes et des notes de bas de page a été conservée mais les références aux écritures des parties omises.

l'encontre de la société nationale Petrobangla s'analysaient en une expropriation constituant une violation du Traité justifiant une condamnation en principal du montant de la condamnation prononcée par la sentence en question assorti d'intérêts et de la déclaration qu'une garantie de performance que le Bangladesh a indirectement appelée devait être restituée ou éteinte, ainsi que des frais de l'arbitrage.

L'affaire est née de la situation suivante. Le 14 février 1990, Saipem a conclu avec la société nationale Petrobangla, créée par une ordonnance de 1985 amendée par le *Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corporation Act* de 1989, un contrat portant sur la construction d'un gazoduc de 409 km destiné à permettre le transport de gaz et de condensat dans le Nord-Est du pays. Le projet était financé par la Banque mondiale et l'Association internationale de développement (International Development Association).

Le prix contractuel était de 34 796 140 dollars US et 415 664 200 Taka (BDT). Un montant de 10 % des paiements intervenus au cours des travaux était retenu par le maître de l'ouvrage jusqu'à former un fond constituant 5 % du prix. Ces montants retenus (« *Retention Money* ») devaient être restitués par moitié dans les trente jours du certificat final d'acceptation (« *Final Acceptance Certificate* »). Petrobangla pouvait transférer la seconde moitié du fond avant l'événement spécifié en contrepartie d'une garantie bancaire (« *Warranty Bond* ») d'un même montant. Le contrat était soumis au droit du Bangladesh et contenait une clause d'arbitrage CCI prévoyant que l'arbitrage se déroulerait à Dhaka (Bangladesh).

Les travaux, qui devaient s'achever au 30 avril 1991, ont connu d'importants retards dont les parties se sont imputé mutuellement la responsabilité. Une prolongation au 30 avril 1992 du délai d'exécution a été convenue. Le certificat final d'acceptation a été émis par Petrobangla le 17 juin 1992. La première moitié du fonds de garantie a été restituée et la seconde, de 869 903,50 dollars US et 10 391 605 BDT, l'a été en contrepartie d'une garantie bancaire émise par la Banque Indosuez Italie, Petrobangla acceptant que cette garantie soit levée dans les trente jours du certificat final d'acceptation. Le 23 juin 1993, Petrobangla a menacé d'appeler la garantie si celle-ci n'était pas prolongée. Le 17 juin 1993, Saipem a obtenu des juridictions de Milan une injonction prohibant l'appel de la garantie émise par la Banque Indosuez Pakistan, correspondant de la Banque Indosuez Italie. Les juridictions bangladeshies se sont prononcées en sens contraire et l'appel interjeté à l'encontre de la décision rendue en première instance était pendant au moment de l'introduction de l'arbitrage CIRDI. Il est constant entre les parties que Petrobangla n'a pas remboursé la seconde moitié des montants retenus en dépit de l'émission d'une garantie bancaire.

Un contentieux relatif aux surcoûts engendrés par les retards et leur origine s'est élevé entre les parties. Le 7 juin 1993, Saipem a formé une demande d'arbitrage en application des dispositions du contrat et un Tribunal arbitral constitué de MM. Werner Melis, Président, Riccardo Luzzatto et Ian Brownlie a été constitué le 4 mai 1994. Saipem réclamait essentiellement une condamna-

tion à des dommages-intérêts pour un montant d'environ 11 millions de dollars US et la restitution de la garantie bancaire. Petrobangla a formé une demande reconventionnelle pour un montant de 10 577 941,98 dollars US. Après échanges d'écritures et une audience d'examen de témoins à Dhaka au cours de laquelle des allégations de pressions tendant à empêcher un témoin clé de Saipem (M. Clark, un ingénieur faisant partie de la société nommée par la Banque mondiale pour suivre les travaux en tant qu'ingénieur indépendant) de s'y rendre, le Tribunal a refusé d'accéder à plusieurs demandes de Petrobangla visant à écarter le témoignage écrit de M. Clark, à imposer que tous les témoins puissent être présents à tout moment dans la salle d'audience, à introduire un document nouveau lors d'un contre-interrogatoire, à écarter des débats un projet d'aide-mémoire émanant de la Banque mondiale et certains calculs de Saipem et à ce qu'une transcription intégrale de l'enregistrement de l'audience soit ordonnée.

Au vu de ces décisions, Petrobangla s'est tournée vers ses propres juridictions. Le 16 novembre 1997, elle a demandé à la juridiction de première instance de Dhaka de révoquer les pouvoirs du Tribunal arbitral aux motifs que celui-ci aurait commis un « *misconduct* » et violé les droits des parties en rejetant les demandes procédurales de Petrobangla. Le 17 novembre 1997, Petrobangla a demandé à la *High Court Division* de la Cour suprême du Bangladesh de suspendre l'arbitrage et d'interdire à l'autre partie et au Tribunal arbitral de poursuivre la procédure. Une semaine plus tard, le 24 novembre 1997, la Cour suprême du Bangladesh a rendu une ordonnance interdisant à Saipem de poursuivre l'arbitrage pendant une période de huit semaines. Estimant qu'il n'était plus sûr de voyager au Bangladesh, Saipem ne s'est plus exprimée que par l'intermédiaire d'un cabinet d'avocats indien au Bangladesh. D'autres décisions des juridictions du Bangladesh ont confirmé la suspension de l'arbitrage, dont une décision de la *High Court Division* de la Cour suprême du Bangladesh du 23 mars 1998. Le 5 avril 2000, la juridiction de première instance de Dhaka a révoqué les pouvoirs du Tribunal arbitral CCI au motif qu'en rejetant les demandes de nature procédurale de Petrobangla, le Tribunal avait manifestement ignoré le droit (« *manifest disregard of the law* ») et commis un « *misconduct* ».

Un représentant de Saipem a indiqué que cette décision leur avait causé une grande surprise et qu'elle avait révélé la collusion entre Petrobangla et l'État. Deux degrés de recours étaient disponibles à l'encontre de cette décision mais, après avoir étudié l'opportunité de les utiliser, Saipem a estimé que, dans les circonstances de l'espèce, tout espoir de l'emporter devant les juridictions locales était vain et ne les a pas exercés.

Le 30 avril 2001, le Tribunal arbitral CCI a décidé de reprendre la procédure aux motifs que « la récusation et le remplacement des arbitres d'un arbitrage CCI relève de la compétence exclusive de la CCI et non des juridictions du Bangladesh » et que « la révocation du pouvoir du Tribunal arbitral CCI par les juridictions du Bangladesh était contraire aux principes généraux gouvernant l'arbitrage international ». Peu après, Petrobangla a demandé à la juridiction de

première instance de Dhaka d'annuler la décision du Tribunal arbitral ordonnant la reprise de la procédure au motif qu'elle constituait un « *contempt of court* » manifeste. Le 27 mai 2001, la *High Court Division* de la Cour suprême a fait injonction à Saipem de ne pas poursuivre l'arbitrage. Cette décision a été confirmée par la *High Court Division* les 23 octobre 2001, 16 janvier 2002 et 15 juillet 2002.

L'arbitrage CCI s'est néanmoins poursuivi et, le 9 mai 2003, le Tribunal arbitral a rendu une sentence décidant que Petrobangla avait violé ses obligations contractuelles d'indemniser Saipem pour les retards qu'elle avait causé au projet et pour les travaux supplémentaires et l'a condamnée au paiement de la somme de 6 148 770,80 dollars US et de 110 995,92 €, cette dernière somme incluant les fonds retenus à titre de garantie, le tout assorti d'intérêts au taux de 3,375 % à compter du 7 juin 1993. La sentence ordonne également à Petrobangla de restituer la garantie bancaire à Saipem.

Le 19 juillet 2003, Petrobangla a formé une demande d'annulation de cette sentence devant la *High Court Division* de la Cour suprême du Bangladesh en application des articles 42(2) et 43 de l'*Arbitration Act* de 2001. Cette juridiction a rejeté cette demande par décision du 21 avril 2004 au motif qu'« une sentence inexistante ne peut être ni annulée, ni reconnue ». Saipem n'a formé aucun recours à l'encontre de cette décision.

La procédure CIRDI s'est, quand à elle, déroulée de la manière suivante. La demande d'arbitrage, formée le 5 octobre 2004, a été enregistrée le 27 avril 2005. Les parties s'étant mises d'accord pour que chacune d'elles nomme un arbitre et que les deux arbitres ainsi désignés choisissent le président, Saipem a nommé le professeur Christoph Schreuer, de nationalité autrichienne, le Bangladesh a désigné Sir Philip Otton, de nationalité britannique, et les co-arbitres se sont entendus pour nommer le Professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler comme président du Tribunal arbitral. La demande de récusation du Professeur Schreuer a été rejetée par les deux autres arbitres le 11 octobre 2005. Une audience de procédure s'est tenue à Londres le 1^{er} décembre 2005.

Une première phase de l'arbitrage a été consacrée à l'examen des objections de compétence soulevées par l'État. Elle s'est achevée par une décision du 21 mars 2007 par laquelle le Tribunal a retenu sa compétence et recommandé au Bangladesh de prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que Petrobangla n'appelle pas le montant de la garantie bancaire émise par la Banque Indosuez.

La phase concernant le fond de l'affaire a donné lieu à une audience d'examen de témoins et de plaidoiries à Londres du 11 au 14 mars 2008. La procédure a été close le 3 juin 2009.

Après avoir rappelé les positions des parties, la pertinence des décisions précédemment rendues par les tribunaux arbitraux dans d'autres affaires, sa décision sur la compétence du 21 mars 2007, le fait que le BIT lui-même est la première source de droit régissant la cause et les standards de preuve, le Tribunal aborde le fond des prétentions de la demanderesse.

Il s'interroge d'abord sur la question de savoir si les agissements reprochés à l'État constituent une expropriation au sens du Traité. Il rappelle, comme il

l'avait fait dans sa décision sur la compétence, que le droit de recourir à l'arbitrage et les droits fixés par une sentence sont susceptibles de faire l'objet d'une expropriation. Au regard des conditions de l'expropriation, il estime que les actions des tribunaux du Bangladesh sont susceptibles de constituer des mesures ayant un effet équivalent à une expropriation puisqu'elles ont substantiellement privé Saipem du bénéfice de la sentence. La possibilité que la sentence soit exécutée ailleurs qu'au Bangladesh en dépit de son annulation n'est pas réaliste, Petrobangla ayant admis ne pas avoir d'actifs en dehors du Bangladesh. Les actions de Petrobangla, en revanche, ne sont pas susceptibles d'une telle qualification, celle-ci ayant agi en une qualité purement commerciale et ne pouvant se voir reprocher des agissements de nature gouvernementale. Aussi le Tribunal examine-t-il, d'une part, la légalité des agissements des juridictions et, d'autre part, la question de savoir s'ils étaient irréversibles.

Sur la question de la légalité des actions des juridictions, le Tribunal examine d'abord l'argument de Saipem selon lequel seule la CCI aurait eu compétence pour révoquer les pouvoirs du Tribunal arbitral CCI, les juridictions locales ayant violé le principe d'autonomie de la volonté en méconnaissant cette compétence.

Cependant, le Règlement d'arbitrage CCI ne s'imposant qu'aux parties et non aux juridictions locales et le droit du Bangladesh permettant une telle révocation (article 5 de l'*Arbitration Act* de 1940), le Tribunal CIRDI rejette l'argumentation fondée sur le caractère exclusif de l'autorité de la CCI à l'égard de l'arbitrage.

Il examine ensuite le second argument de Saipem consistant à soutenir que les juridictions du Bangladesh ont, en toute hypothèse, agi en contradiction flagrante avec toutes les règles généralement acceptées en matière d'arbitrage international, la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, d'autres principes de droit international et le droit du Bangladesh lui-même. Pour y répondre, le Tribunal examine successivement l'argument de la collusion entre Petrobangla et des juridictions du Bangladesh dont les deux parties reconnaissent qu'elle serait illégale, la notion d'abus de droit, les principes généraux du droit de l'arbitrage et la Convention de New York. Il rejette l'allégation de collusion qui ne lui paraît pas établie. Il retient en revanche la responsabilité internationale de l'État au regard du Traité aux termes du raisonnement suivant :

b) Abuse of right

149. *Saipem argues that international law requires state courts to abide by « generally accepted standards of the administration of justice » and that « grossly unfair [...] arbitrary, unjust or idiosyncratic » court rulings constitute a violation of international law. Saipem has referred to a convincing line of cases and doctrinal opinions¹³⁴ that confirm the emergence of such a general principle.*

134. Including in particular S. M. Schwebel, *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration: An Overview*, in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration* (E. Gaillard, editor), IAI (International Arbitration Institute) Series on International Arbitration, N° 2, Juris Publishing, 2004 ; also E. Gaillard, *L'interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage*, in *Liber Amicorum Claude Raymond*, Paris 2004, p. 91 ; *Salini Costruttori Sp.A v. The Federal Republic of*

150. Bangladesh did not contest being under such an international obligation but rather asserted that « Saipem must prove on the facts that there was a 'clear and malicious misapplication of the law' » by the Bangladeshi courts or, in other words, that Saipem has the burden « to prove that the decision was manifestly abusive » « to achieve an internationally unlawful end, such that the courts themselves are to be disavowed at international level ».

151. It is Saipem's submission that the Revocation Decision violates international law as it applied a spurious standard and was rendered « without making any proper investigation whether Petrobangla's accusations were founded ».

152. The analysis of the Revocation Decision shows that Petrobangla's counsel argued that the ICC Tribunal had « committed manifest error of law » that « would detract from the fairness of the procedure » and that the judge explicitly held that the ICC Tribunal had « manifestly committed in disregard to [sic] the law and as such the tribunal committed misconduct ». Specifically, the High Court of Dhaka was based on the ICC Tribunal's rejection of four of the procedural motions of Petrobangla referred to above (see above § 31) :

(i) Petrobangla's request « for excluding from the record the witness statement of [Mr.] J.R. Clark on the ground that he would not be produced before the Tribunal for cross-examination », which request was rejected by the ICC Tribunal's Procedural Order of 22 July 1997 (reproduced at § 48 of the ICC Award)

(ii) Petrobangla's request « that the Draft Aide Memoire of the World Bank and the appropriate calculations of costs and expenses [contained therein] may not be treated as part of the evidence in the proceeding » because it was not « proved by any witness » and did not fall « within the category of documentary evidence which does not require for a man proof », which request was denied by the ICC Tribunal's Procedural Order of 26 July 1997 (reproduced at § 49 of the ICC Award)

(iii) Petrobangla's request to hear some questions regarding the insurance policy, which request was denied by the ICC Tribunal's Procedural Order of 21 September 1997 (reproduced at § 53 of the ICC Award)

(iv) Petrobangla's request that « written transcripts of the evidence » be taken during the hearing, which request was denied by the ICC Tribunal's Procedural Order of 28 July 1997 (reproduced at § 50 of the ICC Award).

153. It is Saipem's position that the Revocation Decision is unacceptable under international law since the ICC Tribunal's procedural orders denying Petrobangla's objections « were perfectly well reasoned and entirely justified in the light of the facts of the case and of international arbitration rules and practice ».

154. It is clear from the wording of the Revocation Decision that Saipem made extensive submissions to the Bangladeshi courts to show that the ICC « arbitrators have acted within their jurisdiction and also in a correct manner ».

155. Having carefully reviewed the procedural orders referred to in the Revocation Decision as the cause of the ICC Tribunal's misconduct, the Tribunal did not find the slightest trace of error or wrongdoing. Under these circumstances, the finding of the Court that the arbitrators « committed misconduct » lacks any justification. As emphasized by Saipem at the Hearing, if one carefully studies the Revocation Decision of 2 April 2000, one fails to see any reference whatsoever to the law that was allegedly « manifest[ly] disregard[ed] ». By way of consequence, it is unfounded to then infer from such an illfounded finding of misconduct that

Ethiopia (ICC Case N° 10623/AER/ACS), Award regarding the suspension of the proceedings and jurisdiction of 7 December 2001, 42 ILM 609 (2003) and 21 ASA Bulletin 82 (2003), § 130-131.

« there is a likelihood of miscarriage of justice ». Equally unfounded is the consequence drawn by the Court when declaring the revocation of the authority of the ICC Tribunal. This declaration can only be viewed as a grossly unfair ruling. 156. The Tribunal is reinforced in that conclusion by the fact that Bangladesh does not criticize in these proceedings the conduct of the ICC Arbitral Tribunal. As convincingly stressed by Saipem at the Hearing, Bangladesh does not even try to show that the ICC Arbitrators' conduct was somehow inappropriate, illegitimate or unfair. To the contrary, Bangladesh tries to justify the decision to revoke the authority of the ICC Tribunal exclusively on the ground that the test set forth in Article 5 of the BAA is not stringent and leaves the authority free to extrapolate that the arbitrators may be likely to commit a miscarriage of justice. In none of its submissions in the present arbitration did Bangladesh even attempt to show that the ICC Tribunal committed misconduct and that such alleged misconduct could reasonably justify the revocation of the arbitrators.

157. Furthermore, inasmuch as the limited contents of the Revocation Decision allow to draw any conclusion as to the reasons of the Court, the Tribunal cannot but agree with Saipem that the judge « simply took as granted what Petrobangla falsely presented ».

158. Finally, the Tribunal notes that there is no indication in the record that the ICC Arbitrators were at any time consulted, let alone heard, by the courts of Bangladesh during the process leading to the decision revoking their authority.

159. For all these reasons, the Tribunal considers that the Bangladeshi courts abused their supervisory jurisdiction over the arbitration process. It is true that the revocation of an arbitrator's authority can legitimately be ordered in case of misconduct. It is further true that in making such order national courts do have substantial discretion. However, they cannot use their jurisdiction to revoke arbitrators for reasons wholly unrelated with such misconduct and the risks it carries for the fair resolution of the dispute. Taken together, the standard for revocation used by the Bangladesh courts and the manner in which the judge applied that standard to the facts indeed constituted an abuse of right.

160. It is generally acknowledged in international law that a State exercising a right for a purpose that is different from that for which that right was created commits an abuse of rights¹³⁵. The same principle is expressed in another way by prominent commentators referred to by both parties.

« We believe that the *lex arbitri* constitutes the primary legal basis for the effectiveness of the arbitration agreement and the arbitrators do not have a discretionary power to disregard injunctions issued by the courts at the seat of the arbitration. To the contrary, they should obey such decision, unless they are manifestly abusive »¹³⁶.

161. In conclusion, the Tribunal is of the opinion that the Bangladeshi courts exercised their supervisory jurisdiction for an end which was different from that for which it was instituted and thus violated the internationally accepted principle of prohibition of abuse of rights.

c) Violation of the principles of international arbitration

162. Saipem contends that « [t]he illegal decisions of the Bangladeshi judiciary are the most serious violations of general principles of international arbitration. That contention is based in particular on the doctrinal writings referred to above, according to which arbitrators are allowed to disregard decisions by the courts

135. See for instance Alexandre Kiss, « Abuse of Rights », in Berhardt (Ed), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1 at 5.

136. Poudret/Besson, *op. cit.* at § 80, p. 117, emphasis added.

*having supervisory jurisdiction if their intervention is « manifestly abusive »*¹³⁷. Hence, the Tribunal considers that Saipem's argument does not have an independent bearing in the present arbitration and has already been taken into account in the framework of the prohibition of the abuse of rights.

d) Violation of the New York Convention ?

163. According to Saipem, the intervention of the courts of Bangladesh « amounted purely and simply to a flouting of the arbitration agreement in violation of Bangladesh's obligation under Article II of the New York Convention ».

164. In response, Bangladesh essentially considers that the New York Convention is not applicable since the arbitration agreement is governed by the Arbitration Act 1940. At the Hearing, Bangladesh expanded on its argument and posited that the New York Convention does not directly apply to the arbitration since Bangladesh has not yet adopted national legislation incorporating the Convention into national law. Hence, according to Bangladesh, the New York Convention « just remains a Treaty obligation between States ». The Respondent also stated that the New York Convention only deals with the intervention of the courts in respect of the merits of the dispute and expressly reserves the supervisory jurisdiction of Bangladeshi courts.

165. Be this as it may, the Tribunal understands that Bangladesh does not dispute being bound by the New York Convention. The fact that the latter may not be applicable in domestic courts as a matter of national law is irrelevant. Indeed, a breach of the Convention would still engage Bangladesh's international responsibility. This is clear from Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which provides that « [a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty ». It also follows from Article 3 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts (the « ILC Articles »), pursuant to which « [t]he characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law ». Both provisions are declaratory of customary international law.

166. Bangladesh is right that Article II(3) of the New York Convention requires courts of member states to refer the parties to arbitration « when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an [arbitration] agreement ». However, Article II(1) of the New York Convention imposes on Bangladesh a wider obligation to « recognize » arbitration agreements.

167. Based on that obligation, it is for instance generally acknowledged that the issuance of an anti-arbitration injunction can amount to a violation of the principle embedded in Article II of the New York Convention. One could think that the present case is different, however, from an anti-arbitration injunction¹³⁸. Technically, the courts of Bangladesh did not target the arbitration or the arbitration agreement in itself, but revoked the authority of the arbitrators. However, it is the Tribunal's opinion that a decision to revoke the arbitrators' authority can amount to a violation of Article II of the New York Convention whenever it *de facto* « prevents or immobilizes the arbitration that seeks to

137. *Id.*

138. Along the same lines, one should point out that the Award in *Salini v. Ethiopia* [cited above Fn. 21] relied upon by Saipem relates to a different situation as it concerned an injunction by the local court to stay the arbitration itself (and not a revocation of the arbitrators) and relied only marginally on Article II of the New York Convention.

implement that [arbitration] agreement » thus completely frustrating if not the wording at least the spirit of the Convention¹³⁹.

168. This conclusion is supported by the fact that in this case several Bangladeshi courts issued injunctions against the continuation of the ICC Arbitration. This is indeed what happened here, thus *de facto* frustrating the arbitration agreement.

169. Finally, one should mention that, as Saipem explicitly admits, the arbitration could in theory have been pursued with a new arbitral tribunal. Given the abusive way in which the courts of Bangladesh exercised their supervisory jurisdiction over the first ICC Tribunal, the Tribunal finds this perspective unrealistic. There is every likelihood that Saipem would have been exposed to similar risks with a new arbitral tribunal.

e) Conclusion

170. In the light of these developments, the Tribunal concludes that the revocation of the arbitrators' authority was contrary to international law, in particular to the principle of abuse of rights and the New York Convention.

2.2.3 The Supreme Court decision declaring the ICC Award « non-existent »

171. It is Saipem's contention that the Supreme Court's decision of 21 April 2004 holding that the ICC Award was « non-existent » was « devoid of any legal foundation ».

172. In reply, Bangladesh argues that « the Supreme Court had no duty or power under Bangladeshi law [...] to question the correctness of the Revocation case, nor had Saipem invited it to do so ». Since it is undisputed that Saipem did not appeal from the decision revoking the arbitrators' authority, one could argue that the Supreme Court could not disregard that decision. The Tribunal cannot follow this argument. As it stated above, the New York Convention is binding upon Bangladesh as a State and Bangladesh would be responsible for any breach of that treaty.

173. While the decision of the Supreme Court may appear understandable under domestic law, the fact remains that under international law it is flawed. Moreover, the fact that Petrobangla felt compelled to bring an action to set aside the ICC Award tends to demonstrate that the Revocation Decision did not finally dispose of the matter. As a matter of common sense, the Tribunal cannot but agree with Saipem that the Supreme Court's decision declaring the ICC Award « non-existent » constituted the « coup de grâce » given to the arbitral process, thus removing any doubt that might have remained about the effect of the courts' intervention.

2.3 Did Saipem have to exhaust local remedies ?

174. It is undisputed that Saipem did not make use of its right to appeal the two key decisions, i.e., the Revocation Decision and the decision of the Supreme Court that the ICC Award was « non-existent ».

175. As a preliminary matter, the Tribunal wishes to emphasize that Article 26 of the ICSID Convention reverses the position existing under traditional international law in that it presumes that States parties to the Convention waive the requirement of exhaustion of local remedies as a condition of consent to international adjudication. Yet, States are entitled to reintroduce such requirement when ratifying the ICSID Convention. In the present case, there is no indication that Bangladesh has elected to require prior exhaustion of local

139. S. M. Schwebel, *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration : An Overview*, [cited above Fn. 21], p. 3-4.

remedies as a precondition to the admissibility of claims according to Article 26 of the ICSID Convention.

176. Hence, the question that arises is whether the requirement of exhaustion of local remedies which applies as a matter of substance and not procedure in the context of claims for denial of justice, may be applicable here by analogy. In other words, is exhaustion of remedies a substantive requirement of a valid claim for expropriation by actions of the judiciary? If the answer is affirmative, then the further question arises whether the conditions for exhaustion of local remedies are fulfilled in the present case. Because they deal with a substantive component of a treaty breach, these questions must be addressed as part of the merits of the dispute.

177. It is Bangladesh's submission, that « the only applicable or appropriate test for determining 'wrongful interference' by State courts is whether there has been a denial of justice ». By contrast, Saipem contends that (i) the rule on exhaustion of local remedies does not apply here, and (ii) in any event the requirements of that rule are satisfied since Saipem made all reasonable attempts to obtain redress of the illegal decisions before the courts of Bangladesh.

178. Referring to the decision of the Loewen tribunal, Bangladesh contends that local remedies shall be exhausted in any event :

whether characterized as a denial of justice or as an expropriation where the act which forms the basis of that complaint is a court decision, [...] the local remedies rule undoubtedly applies as a substantive requirement.

179. By contrast, it is Saipem's primary¹⁴⁰ argument that exhaustion of local remedies does not apply at all in investor-State arbitration. Referring to leading commentators, Saipem argues that this requirement is « inconsistent with the creation of a right to arbitration by investors directly », even in cases of denial of justice¹⁴¹.

180. In support of its position that the requirement does not apply, Saipem contends that « as a matter of principle, exhaustion of local remedies does not apply in expropriation law » (quoting *Generation Ukraine* at § 20.30) and stating that the present case is precisely about expropriation :

For the Respondent's argument on local remedies to be pertinent, one would therefore have to postulate that an expropriation, albeit one carried out by the courts, and a denial of justice are one and the same illegality. This is clearly not the case.

At least according to the more traditional notions (and leaving aside whether these are pertinent in an investment arbitration context), denial of justice relates as much to the process by which a certain result is reached as to the actual outcome. This explains why it is held by some that regard must be had to the overall functioning of the legal system and to a broad obligation of the State to maintain a functioning system of justice, without focusing on the requirement that justice, and a correct decision, be handed down in each individual case.

The situation is completely different for expropriation. Here the only issue is the final outcome, i.e. the illegal deprivation of the foreign investor's property, and

140. In support of its position that the requirement does not apply, Saipem contends that the requirement of exhaustion of local remedies should be disregarded in the present proceedings « because the highest court of Bangladesh had several opportunities to deal with this case, and to set right the wrongs which were committed by the lower courts, in particular in the decision of April 21, 2004 ». The Tribunal disagrees for the already indicated reasons that one fails to see how the Supreme court could act on its own motion failing any appeal/submission by Saipem (see above § 172).

141. Referring to McLachlan/Shore/Weiniger, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2007, p. 232-233.

not the way this was achieved. There is no requirement that the expropriation be carried out in a given way to qualify as illegal. There is no set moment when the expropriation becomes illegal. In particular, the BIT does not set any temporal or procedural requirement for there to be an expropriation. Therefore, regard must be had only to the net result, i.e. the taking of property.

181. The Tribunal agrees in substance with Saipem's analysis. Saipem's case is one of expropriation. While the Tribunal concurs with the parties that expropriation by the courts presupposes that the courts' intervention was illegal, this does not mean that expropriation by a court necessarily presupposes a denial of justice. Accordingly, it tends to consider that exhaustion of local remedies does not constitute a substantive requirement of a finding of expropriation by a court.

182. Be this as it may, the Tribunal does not need to make a determination on this issue since it considers that, if the requirement applied, Saipem would be deemed to have satisfied it under the circumstances. The requirement of exhaustion of local remedies imposes on a party to resort only to such remedies as are effective. Parties are not held to « improbable remedies »¹⁴².

183. It is undisputed that Saipem had already litigated the issue of the arbitral misconduct for more than two and a half years in front of different courts in Bangladesh before being served with the decision revoking the power of the ICC Tribunal. It can thus be held to have exerted reasonable local remedies, having spent considerable time and money seeking to obtain redress without success although the allegation of misconduct was clearly ill-founded. Requiring it to do more and file appeals would amount to holding it to « improbable » remedies. This is even more true knowing that Saipem's case was precisely that the local courts should never have become involved in the dispute, since the parties had entrusted the ICC Court of Arbitration with the power to revoke the arbitrators' authority.

184. Under these circumstances, there is no need for the Tribunal to assess whether Saipem could reasonably have relied on its perception of hostility to justify its failure to exhaust the local remedies. This said, the Tribunal notes that, even without reference to the disputed press clippings, Mr. Galizzi's testimony on this question at the Hearing was indeed convincing. On this basis, had it been relevant, it would have been legitimate for Saipem to take any threats to its security into account when deciding whether or not to appeal from the two disputed court decisions.

2.4 Did Saipem accept the risk of the revocation of the arbitrator by agreeing to Dhaka as the seat of the arbitration ?

185. In its initial submission, Bangladesh seemed to argue that the interference of the local courts was not illegal because, as a result of the parties' choice of Dhaka as the seat of the ICC Arbitration, Saipem had accepted the risk of interference by the local courts.

186. As Saipem stressed, such an argument is self-serving. It can not be disputed that « the supervision of the courts of the seat must be exercised in good faith, in accordance with the rule of law, and with generally accepted principles of international arbitration ».

187. There is no question that, under most legal systems including the Bangladeshi one, by choosing the seat of the arbitration the parties submit to the jurisdiction of the courts at the seat, which jurisdiction can be exercised in aid and

142. *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case N° ARB/04/19, Award of 18 August 2008, § 399-400 quoting Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2006, p. 153-154.

in control of the arbitration process. That submission obviously implies that the courts exercise their jurisdiction to the ends for which it is created and do not abuse their powers. In the present case, it has been established above that the court's intervention was abusive. Hence, the choice of Dhaka as a seat cannot change the conclusions drawn earlier by the Tribunal.

2.5 Are the disputed actions attributable to Bangladesh ?

188. *Saipem submits that the expropriation was caused by the combined actions of Petrobangla and the courts of Bangladesh.*

189. *In its Decision on Jurisdiction, the Tribunal held that (i) it « cannot be seriously challenged » that the Bangladeshi judiciary is part of the State and that the acts committed by it are directly attributable to the State and (ii) the attributability of Petrobangla's acts to the State would be assessed in the merits phase by reference principally to Articles 4, 5 and 8 of the ILC.*

190. *It is self-evident and Bangladesh does not dispute that the courts are « part of the State », i.e., an organ of the State in the meaning of Article 4 of the ILC Articles.*

191. *With respect to Petrobangla's actions, the Tribunal has found no treaty breach. Its actions in the context of the ICC Arbitration were not official acts of the government and hence could not have amounted to an expropriation. As a result, the issue of attribution does not arise in connection with Petrobangla.*

Le Tribunal poursuit son raisonnement sur le quantum. Il estime que le principe de réparation intégrale le conduit à fixer le quantum du préjudice au montant de la sentence CCI. En revanche la garantie bancaire émise par Indosuez ayant expiré entre-temps, le Tribunal estime que la mesure provisoire décidée le 21 mars 2007 doit s'éteindre avec le prononcé de la sentence. Le Tribunal assortit sa condamnation d'un intérêt simple au taux de 3,375 % par an à compter du 7 juin 1993, comme l'avait fait la sentence CCI elle-même. Les frais et honoraires des arbitres et du CIRDI sont partagés par parts égales entre les parties, chacune d'elles conservant la charge des frais et honoraires des conseils les ayant représentés dans l'arbitrage.

OBSERVATIONS. – La sentence rendue le 30 juin 2009 par un Tribunal arbitral composé de M^{me} Gabrielle Kaufmann-Kohler, Président, et de MM. Christoph Schreuer et Philip Otton, arbitres, dans l'affaire *Saipem c/ Bangladesh* est une illustration parfaite des difficultés qui résultent d'une utilisation toujours plus systématique, dans certaines régions du monde, des *anti-suit injunctions* hostiles à l'arbitrage (I). Elle met également en lumière tant les réponses qui peuvent y être apportées par le droit commun de l'arbitrage (II) que les moyens d'y faire pièce que fournit désormais le droit des investissements (III).

I. – L'affaire *Saipem* est emblématique de l'utilisation que certains plaideurs peuvent faire, avec l'assistance de juridictions peu favorables à l'arbitrage, souvent leurs juridictions nationales, des *anti-suit injunctions* – en réalité des *anti-arbitration injunctions* – pour perturber, et parfois pour empêcher purement et simplement, le déroulement d'un arbitrage.

La série d'incidents qui a émaillé la procédure opposant la société de droit italien Saipem à sa cliente, la société nationale du Bangladesh Petrobangla, est d'une extrême banalité. En 1990, la société italienne s'est vue confier par Petrobangla la construction d'un gazoduc au Bangladesh. Le contrat contenait

une clause d'arbitrage CCI avec un siège à Dhaka (Bangladesh). Un litige est survenu sur l'origine des retards dont a souffert le projet et sur l'appel, par Petrobangla, d'une garantie bancaire émise par l'entrepreneur en contrepartie du règlement, contractuellement prévu, de certains montants par le maître de l'ouvrage. Un Tribunal arbitral composé de MM. Werner Melis, Président, Riccardo Luzzatto et Ian Brownlie a été mis en place, à la demande de Saipem, pour en connaître, sous l'égide de la CCI. Au cours de l'instance, certaines difficultés procédurales sont survenues. En particulier, un témoin présenté par Saipem, ingénieur indépendant nommé par la Banque mondiale pour suivre le projet, a, selon l'entrepreneur, été empêché de participer aux audiences à Dhaka. Petrobangla a demandé à ce que son témoignage écrit, qui avait été soumis avec les écritures des parties, soit écarté des débats. Le Tribunal a refusé d'accéder à cette demande. Il a également refusé d'écarter des débats un projet d'aide-mémoire émanant de la Banque mondiale au motif, avancé par Petrobangla, qu'aucun témoignage n'était venu le corroborer. Il a encore dénié à Petrobangla la possibilité d'introduire dans la procédure un document nouveau à l'occasion du contre-interrogatoire de l'un des témoins et refusé d'ordonner une transcription intégrale de l'enregistrement de l'audience.

Estimant injustifiées ces décisions de procédure, Petrobangla a saisi les juridictions locales et leur a demandé de révoquer les pouvoirs du Tribunal arbitral au motif que celui-ci aurait violé ses droits procéduraux et commis par là même un « *misconduct* ». Le 24 novembre 1997, la Cour suprême du Bangladesh a rendu une ordonnance interdisant temporairement à Saipem de poursuivre l'arbitrage. Le 23 mars 1998, la *High Court Division* de la Cour suprême a confirmé la suspension de l'arbitrage et, le 5 avril 2000, la juridiction de première instance de Dhaka a révoqué le pouvoir de juger du Tribunal arbitral CCI au motif qu'en rejetant les demandes de nature procédurale formées par Petrobangla, le Tribunal CCI s'était rendu coupable d'un « *manifest disregard of the law* » et avait commis un « *misconduct* ». Estimant vaine toute tentative de la voir réformer par les juridictions du Bangladesh, Saipem n'a formé aucun recours à l'encontre de cette décision.

Ces mesures ne sont qu'un exemple parmi tant d'autres des *anti-suit* (ou *anti-arbitration*) *injunctions* que certains plaideurs, spécialement les entités contrôlées par l'État, sont susceptibles d'obtenir de leurs juridictions nationales pour faire suspendre ou arrêter définitivement un arbitrage auquel ils ont pourtant librement consenti mais qui ne se déroule pas de la manière qu'ils souhaitent (sur l'ensemble de la question, V. spéc. E. Gaillard, *Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international* : *Rev. arb.* 2004, p. 47 ; *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration N° 2 (E. Gaillard ed.) : *Juris Publishing* 2005. – C. McLachlan, *Lis Pendens in International Litigation : Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye*, *Martinus Nijhoff Publishers* 2009, spéc. p. 237 à 253). Souvent, le prétexte est, comme en l'espèce, particulièrement ténu (pour un autre exemple, V. l'affaire *Salini c/ Éthiopie* dans laquelle les juridictions éthiopiennes ont

ordonné la suspension d'un arbitrage dont le siège était à Addis-Abeba au motif qu'en décidant de tenir ailleurs des audiences de témoignages sans déplacer le siège de l'arbitrage, les arbitres avaient méconnu les droits des parties, alors que la faculté de tenir de telles audiences ailleurs qu'au siège avait été expressément reconnue au tribunal arbitral par les parties dans l'acte de mission, V. *IAI Series on International Arbitration N° 2, préc.*, p. 227). En confiant à un tribunal arbitral le soin de trancher les litiges susceptibles de les opposer, les parties ont en réalité nécessairement accepté de voir ce même tribunal arbitral régler les difficultés de procédure de toutes sortes susceptibles de les opposer au cours de l'instance. Le caractère illégitime de la saisine des juridictions locales pour que celles-ci substituent à celles des arbitres leur appréciation de la manière dont tel ou tel incident de procédure aurait dû être réglé est manifeste. Les questions de droit que soulèvent de telles interférences des juridictions locales dans le déroulement de l'arbitrage n'en sont pas moins particulièrement délicates, spécialement lorsque ces juridictions sont celles du siège de l'arbitrage (V. E. Gaillard, *L'interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage in Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage : Litec 2004, p. 83 et s.* – J. Paulsson *Interference by National Courts in The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration : Jurispublishing 2004, p. 107.* – L. Radicati di Brozolo, *Interference by National Courts with International Arbitration : the Situation after Saipem v. Bangladesh in New Developments in International Commercial Arbitration : Schulthess 2009*).

II. – Les réponses susceptibles d'être apportées, en droit commun de l'arbitrage, aux *anti-suit injunctions* du type de celles qui sont intervenues dans l'affaire *Saipem* apparaissent, en toile de fond, dans la sentence rendue le 30 juin 2009 sous l'égide du CIRDI. On constate en effet à la lecture de cette sentence, comme on pouvait déjà le faire à celle de la décision relative à la compétence du Centre et aux mesures provisoires sollicitées par Saipem intervenue le 21 mars 2007 (*International Arbitration Report, Avril 2007, p. B1*), que le Tribunal arbitral CCI ne s'est pas plié à l'injonction prononcée par les juridictions du Bangladesh. Au contraire, par ordonnance du 30 avril 2001, le Tribunal arbitral CCI a décidé de poursuivre la procédure. Pour justifier sa décision, le Tribunal s'est fondé essentiellement sur l'idée qu'en acceptant le règlement d'arbitrage de la CCI, les parties ont par là même accepté que la récusation des arbitres ne puisse résulter que d'une décision de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. La décision du Tribunal arbitral a provoqué une nouvelle demande d'injonction devant les juridictions locales qui a conduit celles-ci à interdire à nouveau, par décision du 27 mai 2001, à Saipem de poursuivre la procédure arbitrale. Le Tribunal arbitral CCI n'en a pas moins rendu, le 9 mai 2003, une sentence sur le fond condamnant Petrobangla à payer à Saipem divers montants qu'il estimait dus au titre de ses obligations contractuelles. Saisie d'une demande d'annulation de la sentence par Petrobangla, la Cour suprême du Bangladesh a rejeté la demande au motif qu'« une sentence inexistante ne peut être ni annulée, ni reconnue » (*décision CIRDI sur la compétence préc.*, § 36). La démarche consistant, pour un tribunal arbitral, à refuser de se plier aux injonctions des

juridictions locales qu'il estime injustifiées, même lorsque celles-ci émanent des juridictions du siège de l'arbitrage, n'est pas isolée. La même solution a été retenue dans l'affaire *Himpurna c/ Indonésie* dans laquelle, bien que n'étant pas partie au différend, la société nationale Pertamina a pu obtenir des juridictions indonésiennes qu'elles suspendent un arbitrage opposant la société de projet Himpurna à l'État indonésien à propos de la garantie donnée par l'État à l'exécution des obligations de Pertamina. Le Tribunal constitué en application du règlement de la CNUDCI et siégeant à Djakarta, comme le spécifiait le contrat de garantie, a décidé, en application de l'article 16 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, de poursuivre les audiences à La Haye tout en maintenant le siège de l'arbitrage à Djakarta. Le règlement de la CNUDCI permet en effet au tribunal de tenir des audiences en tout lieu qui lui conviendra, compte tenu des circonstances de l'arbitrage. Une telle modification du lieu où se tiennent les audiences est cependant moins remarquable que le fait de décider, en dépit de l'injonction des juridictions du siège, de poursuivre l'arbitrage. C'est ce qu'a fait le Tribunal, d'abord par voie d'ordonnance de procédure, puis par une sentence rendue sur le fond le 16 octobre 1999 (*Yearbook Commercial Arbitration 2000*, p. 109). La décision est essentiellement justifiée par le fait que les agissements de l'Indonésie dans cette affaire s'analysent en un déni de justice. L'affaire a également retenu l'attention par le fait que le Tribunal a dû statuer en l'absence de l'un des arbitres, l'arbitre indonésien ayant été empêché de participer aux audiences à La Haye (sur la question, V. S. Schwebel, *International Arbitration. Three Salient Problems : Grotius Publications Ltd. 1987*, p. 144 et s.). De la même manière encore, une série d'*anti-suit injunctions* ayant pour objet de suspendre, puis de révoquer, la mission du tribunal arbitral CCI siégeant en Éthiopie, a également été ignorée par le Tribunal arbitral qui l'a jugée illégitime dans l'affaire CCI n° 10623 opposant la société italienne *Salini à l'Éthiopie* (V. sentence du 7 décembre 2001 reproduite in *IAI Series on International Arbitration N° 2*, préc., p. 227; extraits in *Bull. ASA 2003*, p. 82. – pour une présentation de la décision et un commentaire, V. A. Crivellaro, *International Arbitrators and Courts of the Seat – Who Defers to Whom ? : Bull. ASA 2003*, p. 60 et M. Scherer, *The Place or « Seat » of Arbitration (Possibility and/or Sometimes Necessity of its Transfer ?) – Some remarks on the Award in ICC Arbitration N° 10'623 : Bull. ASA 2003*, p. 112. – sur les circonstances ayant donné lieu à l'*anti-suit injunction*, V. *supra* p. 561).

Les justifications avancées varient d'une espèce à l'autre. En revanche, toutes ces décisions attestent du fait que, lorsqu'ils se trouvent confrontés à des situations extrêmes, les arbitres du commerce international n'hésitent pas à retenir une solution qui condamne de la manière la plus claire l'ancienne conception de l'arbitrage selon laquelle la source de la juridicité de l'arbitrage se trouve exclusivement dans le droit du siège. Si tel était le cas en effet, la décision des juridictions du siège faisant injonction aux parties de suspendre l'arbitrage ou mettant un terme au pouvoir de juger du tribunal arbitral s'imposerait nécessairement aux arbitres quelle que soit leur appréciation de la légitimité de la mesure (pour une discussion des liens existant entre chacune des trois

représentations que l'on peut se faire du phénomène arbitral et les solutions apportées à l'épineux problème des *anti-suit injunctions*, V. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international : Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, spéc. n° 76 et s.).

III. – La sentence *Saipem* montre enfin que le droit des investissements internationaux est susceptible de fournir un complément de protection aux parties qui se trouvent confrontées aux manœuvres de plaideurs cherchant à tirer un avantage indu du fait que l'arbitrage se déroule dans un État, souvent celui de leur nationalité, dont les juridictions sont promptes à leur venir en aide.

Devant le CIRDI, Saipem s'est attachée à démontrer que l'attitude des juridictions du Bangladesh consistant à empêcher, par des motifs manifestement infondés, le déroulement de l'arbitrage en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage consentie par la société nationale Petrobangla s'analysait en une expropriation de nature à engager la responsabilité internationale de l'État sur le fondement du traité de protection des investissements conclu entre l'Italie et le Bangladesh en 1990. Pour retenir sa compétence, le Tribunal arbitral avait déjà été conduit à juger, par une décision en date du 21 mars 2007, que le droit de faire trancher un différend par voie d'arbitrage ainsi que la sentence elle-même étaient susceptibles d'être qualifiés d'investissement susceptible de faire l'objet d'une expropriation au sens du traité (*M. Raux : Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal., 15 déc. 2007, p. 48. – J. Fouret et D. Khayat, Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007) : Bruylant 2009, p. 251. – W. Park, Du respect de la Convention de New York : Bull. CCI 2007, vol. 18/2, p. 66 et s. – F. Horchani et W. Ben Hamida, Droit et pratique des investissements internationaux : RDAI 2007, n° 4, p. 564 et s. – E. Poulton et A. Martinez, Can a commercial arbitral award be enforced through ICSID proceedings? The case of Saipem v Bangladesh : International Arbitration Report, juin 2007, p. 27*).

Par la sentence sur le fond du 30 juin 2009, il complète son analyse et décide que la conduite des juridictions du Bangladesh à l'égard de Saipem constitue effectivement une expropriation engageant la responsabilité internationale de l'État en application du Traité.

La décision est particulièrement digne d'intérêt, tant en ce qui concerne les critères retenus pour apprécier la légitimité de l'action des juridictions que sur la question de l'épuisement des voies de recours internes, toujours délicate lorsque l'on se trouve en présence d'une responsabilité de l'État du fait de ses juridictions.

Lorsqu'un tribunal arbitral saisi sur le fondement d'un traité est appelé à se prononcer sur la légitimité de l'action des juridictions d'un État, un équilibre doit être trouvé entre le souci de ne pas se comporter en juridiction d'appel et celui de ne pas se résigner systématiquement à accepter que l'erreur, même judiciaire, étant humaine, la décision la plus aberrante n'est que l'un des impondérables de l'action en justice que l'on ne peut pas reprocher à l'État. La sentence *Saipem* trouve, à notre sens, la mesure exacte de cet équilibre.

Le critère appliqué, sur lequel les parties semblaient s'accorder (*sentence*, § 149 et 150), tient à la question de savoir si la décision ou les décisions critiquées sont « manifestement injustes » ou « arbitraires ». Dans l'application de ce critère, le Tribunal CIRDI n'hésite pas à examiner au fond les décisions rendues par les juridictions locales. C'est le fait que, selon le Tribunal CIRDI, le Tribunal CCI n'avait pas commis la moindre erreur ou la moindre faute, qui conduit le Tribunal CIRDI à la conclusion que la décision des juridictions locales concluant à l'inobservation manifeste de la loi et à l'existence d'un « *misconduct* » des arbitres était elle-même « une décision grossièrement injuste » (« *a grossly unfair ruling* ») (*sentence*, § 155). Cette constatation, jointe au fait que le Bangladesh ne s'est pas attaché à démontrer l'existence d'une faute des arbitres CCI et à la constatation que les arbitres CCI n'ont pas été appelés à prendre position sur cette question, a conduit le Tribunal CIRDI à conclure que « le standard de révocation utilisé par les juridictions du Bangladesh et la manière dont le juge l'a appliqué constituent effectivement un abus de droit » (§ 159). Le Tribunal retient ainsi un standard élevé d'appréciation des décisions prises par les juridictions locales mais ne s'interdit pas, bien au contraire, de les examiner au fond pour apprécier si elles présentent un caractère manifestement abusif.

Ce standard élevé d'appréciation au fond est qualifié d'« abus de droit » par la *sentence* (§ 159 et 160). Le Tribunal déduit ensuite le caractère manifestement abusif de la décision du fait que les juridictions du Bangladesh ont exercé leur pouvoir de supervision de l'arbitrage « pour une fin différente de celle pour laquelle elle a été mise en place et violé par là même le principe internationalement accepté de la prohibition de l'abus de droit » (§ 161). Il importe de constater que, dans ce raisonnement, l'« abus de droit » ne suppose pas que soit rapportée la preuve directe d'une intention d'utiliser le pouvoir d'appréciation confié aux tribunaux à une fin autre que celle à laquelle elle devait servir. Une telle preuve de l'état d'esprit du juge serait en effet, dans la plupart des cas, impossible à satisfaire, le juge le plus partial prenant généralement soin de ne pas afficher cette partialité autrement qu'en décidant en faveur de la partie à laquelle il souhaite venir en aide. La constatation de cette partialité n'est ici que la conséquence de celle, beaucoup plus objective et susceptible d'être établie en justice, du caractère grossièrement infondé de la décision prise. À cet égard, la décision ne peut qu'être approuvée. La terminologie d'« abus de droit » doit, pour sa part, être prise dans un sens large, l'abus de droit consistant, à strictement parler, dans l'exercice d'un droit subjectif dans le seul but de nuire à autrui, et le fait d'utiliser une prérogative à une fin autre que celle pour laquelle cette prérogative a été mise en place correspondant davantage à la définition du détournement de pouvoir qu'à celle de l'abus de droit (sur ces notions, V. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé : Economica* 1985, n° 146 et s.).

Le Tribunal CIRDI estime par ailleurs que la décision de révoquer les pouvoirs du Tribunal arbitral CCI constitue une violation de l'article II de la Convention de New York par lequel les États parties à la Convention se sont engagés à respecter les conventions d'arbitrage (§ 163 à 170). Mais, là encore, une telle conclusion suppose que la décision prise par les juridictions locales soit

dénuée de tout fondement sérieux, ce qui renvoie à l'analyse précédente sur le standard d'appréciation, par le tribunal arbitral international, de la décision prise par les juridictions de l'État dont la responsabilité internationale est en cause.

Les enseignements de la sentence sur la condition d'épuisement des voies de recours internes sont tout aussi importants. La décision de révoquer le Tribunal arbitral CCI a été prise par la juridiction de première instance de Dhaka. Cette décision était susceptible de faire l'objet de deux degrés de recours mais Saipem a estimé, compte tenu du contexte et des décisions de suspension déjà rendues par la Cour suprême, que de tels recours étaient vains. Elle ne les a donc pas exercés. Cela posait de manière directe la question de savoir si, lorsque la responsabilité de l'État est recherchée pour des agissements reprochés à ses juridictions, la condition d'épuisement des voies de recours internes doit être toujours satisfaite ou si, comme c'est le cas en droit commun de la responsabilité des États sur le fondement de traités de protection des investissements, cette condition ne constitue pas un préalable nécessaire.

Le Tribunal arbitral CIRDI se déclare enclin à approuver la position de Saipem selon laquelle lorsque les agissements des juridictions s'analysent en une expropriation, la condition d'épuisement des voies de recours internes n'est pas requise, celle-ci n'ayant de justification que lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'un déni de justice à proprement parler (§ 181). Il constate, qu'en toute hypothèse, cette condition est satisfaite en l'espèce puisqu'elle n'exige pas l'épuisement de voies de recours clairement vouées à l'échec (§ 182). Cette seconde justification, plus classique que la précédente, est sans doute destinée à mettre la sentence à l'abri de toute critique devant un éventuel comité *ad hoc*. En réalité, l'un et l'autre des raisonnements sont parfaitement justifiés.

Tout comme une expropriation résultant d'une loi ou d'actes de l'exécutif, une expropriation découlant de décisions de justice peut être caractérisée, et tomber par là même sous le coup des dispositions d'un traité de protection des investissements, sans que toutes les voies de recours susceptibles d'être exercées à l'encontre de cette décision n'aient été épuisées. La dépossession permanente d'une partie substantielle de droits protégés s'analyse en une expropriation. Cette expropriation est de nature à engager la responsabilité de l'État si elle ne correspond pas aux exigences du Traité, peu important la manière dont elle est réalisée. Le raisonnement qui consisterait à soutenir que l'expropriation n'est pas permanente si des voies de droit demeurent ouvertes à l'encontre de la décision qui la réalise ne serait pas plus convaincante que celle qui consiste à opposer à une expropriation résultant de la loi le fait qu'elle n'est pas permanente puisque des voies de droit judiciaires permettent encore de le contester dans l'ordre juridique de l'État d'accueil. Un tel raisonnement serait une contradiction flagrante avec le principe fermement établi selon lequel aucune condition d'épuisement des voies de recours internes n'est requise pour qu'une réclamation soit portée devant un Tribunal arbitral, saisi sur le fondement d'un traité (sur la question, V. par ex. *Ch. Schreuer avec L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, The ICSID Convention, a Commentary* : Cambridge University Press

2009, p. 402 et s., spéc. p. 403 et 404. – Ch. Schreuer, *Calvo's Grandchildren : the return of local remedies in investment arbitration : The law and practice of international courts and tribunals*, 2005, p. 1. – *Amco c/ Indonésie*, 16 mai 1986, § 63. – *Génération Ukraine c/ Ukraine*, 16 sept. 2003, § 13.1 à 13.6). Du reste, comme l'a justement observé le Tribunal arbitral, l'article 26 de la Convention CIRDI permet aux États de subordonner leur acceptation de la compétence du Centre à l'épuisement des recours internes, ce qui confirme que le principe dans le droit contemporain de la protection des investissements est l'inverse (*sentence*, § 175).

La difficulté provenait ici du fait que certaines sentences, et spécialement la sentence *Loewen* rendue sur le fond le 26 juin 2003, ont cru pouvoir juger que la responsabilité de l'État du fait de ses juridictions ne pouvait être engagée que si le système judiciaire, pris de manière globale, s'est montré incapable d'aboutir à une décision correspondant aux standards exigés par le droit international. Selon cette sentence, « [l]'exigence qu'une décision émanant d'une juridiction inférieure fasse l'objet d'un recours juridictionnel avant que l'État ne voie sa responsabilité engagée pour un manquement au droit international du fait de ses juridictions, a pour but de laisser à l'État la possibilité de remédier au sein de son ordre juridique au manquement naissant au droit international du fait de la décision de la juridiction inférieure » (§ 156 : *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, p. 783). Comme on a pu l'observer, cette formule pourrait s'appliquer tout aussi bien aux agissements de l'organe législatif que de l'organe exécutif. Elle consiste en réalité à revenir sur l'acquis du droit des investissements contemporains à propos de l'épuisement des voies de recours (*La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, p. 791 et 792). Il est donc heureux que la sentence *Saipem* se soit montrée prête à accepter de limiter la portée d'un principe dont la justification n'était pas évidente. Plutôt que de prendre le contrepied direct de la sentence *Loewen*, la sentence *Saipem* suggère une distinction entre les agissements des juridictions constituant *stricto sensu* un déni de justice et les autres, dont ceux qui s'analysent, comme en l'espèce, en une expropriation. Il n'y aurait de déni de justice que si le système judiciaire, dans sa globalité, n'était pas à même de permettre le règlement des différends d'une manière qui satisfasse aux exigences du droit international. Une telle qualification ne pourrait donc être retenue lorsqu'une juridiction supérieure est susceptible de remédier à la violation, même grossière, des standards de justice élémentaire commis par une juridiction inférieure. Même s'il était concevable d'aller plus loin dans l'abandon de la fausse exigence de l'épuisement des recours internes lorsque la responsabilité de l'État est recherchée du fait de ses juridictions, la distinction est bienvenue.

Le Tribunal se fonde également, de façon beaucoup plus classique, sur l'observation que des recours voués à l'échec n'ont pas besoin d'être exercés pour que la condition d'épuisement des voies de recours internes soit satisfaite, lorsque celle-ci est requise (*sentence*, § 182 à 184). Les circonstances de l'espèce étaient telles que la partialité des juridictions du Bangladesh, et pas seulement celle de la juridiction de première instance qui a révoqué les pouvoirs du tribunal arbitral CCI, ne faisait guère de doute. La Cour suprême s'était en effet déjà

prononcée sur la suspension de ces pouvoirs dans des conditions tout aussi contestables. Aussi, le Tribunal CIRDI n'a eu aucune difficulté à constater que ces recours auraient été voués à l'échec et que l'on ne pouvait reprocher à l'investisseur de ne pas les avoir exercés. À cet égard, la sentence vient seulement grossir une jurisprudence qui s'était déjà fixée en ce sens (V. par ex. la sentence rendue le 18 août 2008 dans l'affaire *Duke c/ Équateur*, § 399 et 400 ou la sentence *Jan de Nul c/ Égypte* du 6 novembre 2008, § 258 et, sur l'ensemble de la question, J. Paulsson, *Denial of justice in international law : Cambridge University Press 2005*, p. 112 et s. – D. Wallace, *Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice : Loewen v. US and Chattin v. Mexico in International investment law and arbitration*, spéc. p. 683 et 684. – U. Kriebaum, *Local remedies and the standards for the protection of foreign investment in International Investment Law for the 21st Century : Oxford University Press 2009*, p. 417 et, à propos de la protection diplomatique, I. Brownlie, *Public International Law : Oxford University Press 2003*, p. 475 et s.). Cette solution peut être rapprochée de celle, tout aussi justifiée, selon laquelle la condition de recevabilité de la demande d'arbitrage qui exige l'écoulement d'un certain délai destiné à permettre un éventuel règlement amiable du différend ou de porter le différend devant les juridictions locales pour leur permettre, pendant un certain délai, de tenter de régler le différend doit être considérée comme satisfaite lorsque les circonstances de l'espèce montrent que de tels efforts n'auraient vraisemblablement pas abouti (V. par ex. la sentence *Lesi Dipenta c/ Algérie* du 10 janvier 2005, § 32) (sur le fait qu'il s'agit là d'une condition de recevabilité et non de compétence, V. *La Jurisprudence du CIRDI*, vol. I, p. 642 à 644). Elle consiste à juger que ces exigences ne correspondent pas à un formalisme désuet mais qu'elles poursuivent un objectif véritable qui fait perdre à l'exigence tout son sens lorsqu'il est manifeste que l'objectif poursuivi n'aurait pu, en toute hypothèse, être atteint.

Mots-Clés : Arbitrage international - CIRDI - Traité bilatéral de protection des investissements. - Anti-suit injunction hostile à l'arbitrage

Abus de droit - Expropriation du fait des juridictions - Épuisement des voies de recours internes