

Université Paris I Panthéon-Sorbonne  
UFR 07

# **DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE**

**Cours de Madame le Professeur G. Bastid-Burdeau**

-

**Travaux dirigés de Mlle Anne Gilles, Mlle Hélène Kouyaté et  
Mme Sabrina Robert-Cuendet**

**FASCICULE DE TRAVAUX DIRIGÉS**

Master 1  
2009/2010

Travaux dirigés du 2<sup>nd</sup> semestre

|                              |
|------------------------------|
| <b>Programme des séances</b> |
|------------------------------|

|                  |   |
|------------------|---|
| <b>Séance 1</b>  | Les sources juridiques et l'admission de l'investissement international   |
| <b>Séance 2</b>  | La définition et les formes d'investissement  |
| <b>Séance 3</b>  | Le règlement des différends relatifs à l'investissement international   |
| <b>Séance 4</b>  | Le droit applicable à l'investissement international  |
| <b>Séance 5</b>  | Le principe de non-discrimination dans le droit des investissements   |
| <b>Séance 6</b>  | Le traitement juste et équitable  |
| <b>Séance 7</b>  | La distinction entre violation du contrat et violation du traité ( <i>treaty claims</i> et <i>contract claims</i> ) |
| <b>Séance 8</b>  | Expropriation et mesures d'effet équivalent   |
| <b>Séance 9</b>  | Investissement international et respect des règles d'éthique  |
| <b>Séance 10</b> | L'architecture financière internationale  |

#### ANNEXES

- Convention de Washington
- Modèle américain (2004)
- Modèle français (2006)
- Annales

#### SENTENCES ET DÉCISIONS

Les sentences et décisions arbitrales en matière de droit international des investissements sont pour la plupart accessibles en intégralité sur les sites suivants :

- <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>
- [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com)
- [http://ita.law.uvic.ca/alphabetical\\_list.htm](http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list.htm)

**BIBLIOGRAPHIE**

KAHN P. et WÄLDE T. (dir.) *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff, 2007.

**Sur les réglementations nationales**

CNUCED, Collection relative à l'analyse des codes de réglementations de l'investissement international, *Investment Policy Review*, disponible sur le site de la CNUCED <<http://www.unctad.org>>.

CCI, Guides pour l'investissement, disponible sur le site de la CCI <<http://www.icc.org>>.

PARRA A., « Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes », *ICSID Review – FILJ*, 1992, pp. 428-452.

**Sur les accords internationaux sur l'investissement**

CNUCED, *Trends in International Investment Agreements, An Overview*, Genève, Nations Unies, 1999, 133 p.

JUILLARD P., « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004) », *AFDI*, 2004, pp. 669-682.

JUILLARD P., « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, vol. 250, pp. 11 et ss.

SACERDOTI G., « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection », *RCADI*, 1997, vol. 269, pp. 255-463.

**Sur les tentatives d'élaborer un accord multilatéral sur l'investissement**

KARL J., « On the way to multilateral investment rules – some recent policy issues », *ICSID Rev. – FILJ*, 2002, vol. 17, pp. 293-319.

OCDE, *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Paris, OCDE, 1996, 179 p.

SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris, Pedone, 1999, 140 p.

**Sur les modes de régulation non étatiques**

BANQUE MONDIALE, *Lignes directrices concernant le traitement de l'investissement direct étranger*, reproduit dans *AFDI*, 1992, p. 801-807.

OCDE, *Les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, Révision de 2000, Paris, OCDE, 2000, 73 p.

PROTOPSALTIS P., « La mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales : Réflexions sur le nouveau mandat des Points de contacts nationaux », *Forum du Droit international*, 2005, n° 4, Thèmes récurrents : La responsabilité des entreprises en droit international : chimère ou réalité, pp. 251-260.

WENDRICH C., « Ten years after : The World Bank Guidelines on Foreign Direct Investment : in need of revision ? », *The Journal of World Investment*, 2002, pp. 831-857.

**DOCUMENTS REPRODUITS**

**Document 1** – Résolution AGNU 626 (VII), 21 décembre 1952, *Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles*.

**Document 2** – Résolution AGNU 1803 (XVII), 14 décembre 1962, *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*.

**Document 3** – Résolution AGNU 3281 (XXIX), 12 décembre 1974, *Charte des droits et devoirs économiques des Etats*.

**Document 4** – *Affaire Texaco Calasiatic c/ Gouvernement Libyen*, Sentence arbitrale du 17 janvier 1977 (Extraits).

**EXERCICES**

**Dissertation** : Un accord multilatéral sur l'investissement international pourrait-il être envisagé dans un futur proche?

**Document 1 – Résolution AGNU 626 (VII), 21 décembre 1952, Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles**

*L'Assemblée générale,*

*Considérant* qu'il importe d'encourager les pays insuffisamment développés à mettre à profit et à exploiter comme il convient leurs richesses et leurs ressources naturelles,

*Considérant* que le développement économique des pays insuffisamment développés est l'une des conditions essentielles du renforcement de la paix universelle,

*Consciente* du fait que le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles est inhérent à leur souveraineté et conforme aux buts et principes de la Charte des Nations Unies,

1. *Recommande* à tous les Etats Membres, lorsqu'ils exerceront leur droit d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses chaque fois qu'ils le jugent souhaitable pour leur progrès et leur développement économique, de prendre dûment en considération, dans la mesure compatible avec leur souveraineté, la nécessité de maintenir le courant des capitaux dans des conditions de sécurité et dans une atmosphère de confiance mutuelle et de coopération économique entre les nations ;

2. *Recommande en outre* à tous les Etats Membres de s'abstenir de tout acte, direct ou indirect, destiné à empêcher un Etat quelconque d'exercer sa souveraineté sur ses ressources naturelles.

---

**Document 2 – Résolution AGNU 1803 (XVII), 14 décembre 1962, Souveraineté permanente sur les ressources naturelles**

*L'Assemblée générale,*

*Rappelant* ses résolutions 523 (VI) du 12 janvier 1952 et 626 (VII) du 21 décembre 1952,

*Tenant compte* de sa résolution 1314 (XIII) du 12 décembre 1958, par laquelle elle a créé la Commission pour la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et l'a chargée de procéder à une enquête approfondie concernant la situation du droit de souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles, élément fondamental du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes, et de formuler, le cas échéant, des recommandations tendant à renforcer ce droit, et a en outre décidé que, dans l'enquête approfondie relative à la question de la souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles, il serait dûment tenu compte des droits et des devoirs des Etats, conformément au droit international, et du fait qu'il importe d'encourager la coopération internationale en matière de développement économique des pays en voie de développement,

*Tenant compte* de sa résolution 1515 (XV) du 15 décembre 1960, par laquelle elle a recommandé le respect du droit souverain de chaque Etat de disposer de ses richesses et de ses ressources naturelles,

*Considérant* que toute mesure prise à cette fin doit se fonder sur la reconnaissance du droit inaliénable qu'a tout Etat de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles, conformément à ses intérêts nationaux et dans le respect de l'indépendance économique des Etats,

*Considérant* que rien dans le paragraphe 4 ci-dessous ne porte atteinte de quelque manière que ce soit à la position d'un Etat Membre concernant tout aspect de la question des droits et obligations des Etats et gouvernements successeurs en ce qui concerne les biens acquis avant l'accession à la pleine souveraineté des pays qui étaient anciennement des colonies,

*Notant* que la question de la succession d'Etats et de gouvernements est actuellement examinée, en priorité, par la Commission du droit international,

*Considérant* qu'il est souhaitable de favoriser la coopération internationale en vue du développement économique des pays en voie de développement et que les accords

économiques et financiers entre pays développés et pays en voie de développement doivent se fonder sur les principes de l'égalité et du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes,

*Considérant* que la fourniture d'une assistance économique et technique, les prêts et l'augmentation des investissements étrangers ne doivent être soumis à aucune condition qui lèse les intérêts de l'Etat qui les reçoit,

*Considérant* l'utilité que présentent les échanges de données techniques et scientifiques de nature à favoriser la mise en valeur et l'utilisation de ces richesses et ressources, ainsi que le rôle important que l'Organisation des Nations Unies et d'autres organisations internationales ont à jouer à cet égard, *Attachant* une importance particulière à l'encouragement du développement économique des pays en voie de développement et à l'affermissement de leur indépendance économique,

*Notant* que l'exercice et le renforcement de la souveraineté permanente des Etats sur leurs richesses et ressources naturelles favorisent l'affermissement de leur indépendance économique,

*Souhaitant* que les Nations Unies examinent plus avant la question de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles dans un esprit de coopération internationale en matière de développement économique, en particulier dans les pays en voie de développement

***Déclare ce qui suit :***

1. Le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé.

2. La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources ainsi que l'importation des capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être conformes aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités.

3. Dans les cas où une autorisation sera accordée, les capitaux importés et les revenus qui en proviennent seront régis par les termes de cette autorisation, par la loi nationale

en vigueur et par le droit international. Les bénéfices obtenus devront être répartis dans la proportion librement convenue, dans chaque cas, entre les investisseurs et l'Etat où ils investissent, étant entendu qu'on veillera à ne pas restreindre, pour un motif quelconque, le droit de souveraineté dudit Etat sur ses richesses et ses ressources naturelles.

4. La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'Etat qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des Etats souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international.

5. L'exercice libre et profitable de la souveraineté des peuples et des nations sur leurs ressources naturelles doit

être encouragé par le respect mutuel des Etats, fondé sur leur égalité souveraine.

6. La coopération internationale en vue du développement économique des pays en voie de développement, qu'elle prenne la forme d'investissements de capitaux, publics ou privés, d'échanges de marchandises ou de services, d'assistance technique ou d'échanges de données scientifiques, doit favoriser le développement national indépendant de ces pays et se fonder sur le respect de leur souveraineté sur leurs richesses et leurs ressources naturelles.

7. La violation des droits souverains des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles va à l'encontre de l'esprit et des principes de la Charte des Nations Unies et gêne le développement de la coopération internationale et le maintien de la paix.

8. Les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des Etats souverains ou entre de tels Etats seront respectés de bonne foi; les Etats et les organisations internationales doivent respecter strictement et consciencieusement la souveraineté des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles, conformément à la Charte et aux principes énoncés dans la présente résolution.

---

### **Document 3 – Résolution AGNU 3281 (XXIX), 12 décembre 1974, *Charte des droits et devoirs économiques des Etats***

#### **CHAPITRE II**

#### **DROITS ET DEVOIRS ÉCONOMIQUES DES ETATS**

##### *Article premier*

Chaque Etat a le droit souverain et inaliénable de choisir son système économique, de même que ses systèmes politique, social et culturel, conformément à la volonté de son peuple, sans ingérence, pression ou menace extérieure d'aucune sorte.

##### *Article 2*

1. Chaque Etat détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer.

2. Chaque Etat a le droit :

a) De réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun Etat ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers ;

b) De réglementer et de surveiller les activités des sociétés transnationales dans les limites de sa juridiction nationale et de prendre des mesures pour veiller à ce que ces activités se conforment à ses lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économique et sociale. Les sociétés transnationales n'interviendront pas dans les affaires intérieures d'un Etat hôte. Chaque Etat devrait, compte dûment tenu de ses droits souverains, coopérer avec les autres Etats dans l'exercice du droit énoncé au présent alinéa ;

c) De nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'Etat qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet Etat, à moins que tous les Etats intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des Etats et conformément au principe du libre choix des moyens.

## Document 4 - *Texaco Calasiatic c/Gouvernement Libyen*, sentence arbitrale du 17 janvier 1977

79. Certes, on peut constater certaines tendances à détacher complètement la nationalisation du droit international, tendances qui, si elles se trouvaient consacrées par le droit positif, auraient pour effet de ramener dans le cadre du droit national de l'Etat toutes ses relations avec des entreprises privées étrangères. Le Tribunal de céans n'ignore pas ces tendances mais il ne saurait anticiper sur l'état du droit à cet égard. La Cour internationale de Justice a eu l'occasion de se trouver, au moins à deux reprises, en présence de cette sollicitation d'avoir à se prononcer en fonction d'un régime juridique considéré par certains comme souhaitable mais non encore consacré par le droit positif coutumier ou écrit. Dans les affaires du Sud-Ouest africain, la Cour a déclaré que: «sa mission est d'appliquer le droit tel qu'elle le constate et non de le créer» (*C.I.J. Rec. 1966*, p. 48).

Dans son arrêt rendu le 25 juillet 1974 dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries, elle a observé à propos de la préparation de la troisième Conférence des Nations Unies sur le Droit de la Mer :

« la Cour n'ignore pas non plus... les propositions et documents préparatoires divers soumis à cette occasion, qui doivent être considérés comme manifestant les thèses et les opinions d'Etats à titre individuel et comme traduisant leurs aspirations et non comme exprimant des principes de droit existant... Cela étant, la Cour, en tant que tribunal, ne saurait rendre de décision *sub specie legis ferendae*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté » (*C.I.J. Rec. 1974*, p. 23).

Le Tribunal de céans ne peut, dans l'état actuel du droit international, que se rallier à la même attitude dans un domaine qui, lui aussi, est travaillé par des tendances qui n'ont point acquis force de loi.

Ainsi doit-il reconnaître que ni la notion de souveraineté ni la nature des mesures de nationalisation prises à l'encontre des sociétés demanderesse ne fournissent une justification juridique à ces mesures.

*C. – L'état actuel du droit international et les résolutions sur les ressources et richesses naturelles adoptées au sein de l'Organisation des Nations Unies :*

80. Le Tribunal de céans ayant déclaré qu'il entendait statuer en droit positif, il convient à présent de préciser le contenu de celui-ci et de vérifier la place que pourraient éventuellement y occuper les résolutions émanant de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Dans sa sentence préliminaire rendue le 27 novembre 1975, le Tribunal de céans a ajourné l'examen de l'objection avancée par le Gouvernement libyen dans son mémorandum du 26 juillet 1974 selon laquelle :

« *Nationalization is an act related to the sovereignty of the State. This fact has been recognized by the consecutive resolutions of the United Nations on the sovereignty of States over their natural resources, the last being Resolution n° 3171 of the United Nations General Assembly adopted on December 13th, 1973, as well as paragraph (4/E) of Resolution n° 3201 (S. VI) adopted on May 1st, 1974. The said Resolutions confirm that every State maintains complete right to exercise full sovereignty over its natural*

*resources and recognize Nationalization as being a legitimate and internationally recognized method to ensure the sovereignty of the State upon such resources. Nationalization, being related to the sovereignty of the State, is not subject to foreign jurisdiction. Provisions of the International Law do not permit a dispute with a State to be referred to any Jurisdiction other than its National Jurisdiction. In affirmance of this principle Resolutions of the General Assembly provide that any dispute related to Nationalization or its consequences should be settled in accordance with provisions of the domestic law of the State.»*

81. Au stade de la sentence préliminaire, il était prématuré d'examiner ces arguments, ceux-ci relevant du fond même de l'affaire. Il appartient maintenant au Tribunal de céans d'en examiner la pertinence et la portée en l'espèce.

La pratique de l'Organisation des Nations Unies, citée dans le mémorandum du Gouvernement libyen, ne contredit nullement l'état du droit international, tel qu'il a été précédemment indiqué. Le Tribunal de céans tient tout d'abord à rappeler les passages pertinents en l'espèce de la résolution 1803 (XVII) intitulée « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » et adoptée par l'Assemblée Générale le 14 décembre 1962 :

« 3) Dans les cas où une autorisation sera accordée, les capitaux importés et les revenus qui en proviennent seront régis par les termes de cette autorisation, par la loi nationale en vigueur et par le droit international...

4) La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. »

82. Le mémorandum libyen précité s'appuie cependant sur des résolutions plus récentes de l'Assemblée Générale [3171 et 3201 (S.VI) notamment] qui, selon lui, excluraient pratiquement tout recours au droit international et attribueraient une compétence exclusive et sans contrôle à la législation et aux tribunaux de l'Etat hôte.

Bien que non citée par le mémorandum du Gouvernement libyen, puisque postérieure à la date du 26 juillet 1974, la résolution 3281 (XXIX) proclamée sous l'intitulé « Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats » et adoptée par l'Assemblée Générale le 12 décembre 1974 doit être également évoquée dans le prolongement des deux résolutions soutenant la thèse du Gouvernement libyen. Deux passages de ces résolutions intéressent tout particulièrement la présente espèce :

— Résolution 3201 (S. VI) adoptée par l'Assemblée Générale le 1<sup>er</sup> mai 1974 sous l'intitulé « Déclaration relative à l'instauration d'un nouvel ordre économique international »:

- article 4, alinéa e) : « Souveraineté permanente intégrale de chaque Etat sur ses ressources naturelles et sur toutes les activités économiques. En vue de sauvegarder ces ressources, chaque Etat est en droit d'exercer un contrôle efficace sur celles-ci et sur leur exploitation par les moyens appropriés à sa situation

particulière, y compris le droit de nationaliser ou de transférer la propriété à ses ressortissants, ce droit étant une expression de la souveraineté permanente intégrale de l'Etat. Aucun Etat ne peut être soumis à une coercition économique, politique ou autre visant à empêcher l'exercice libre et complet de ce droit inaliénable. »

— Article 2 de la résolution 3281 (XXIC) précitée :

« 1. Chaque Etat détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer.

2. Chaque Etat a le droit...

...c) de nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'Etat qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet Etat, à moins que tous les Etats intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des Etats et conformément au principe du libre choix des moyens. »

Des différences substantielles existent ainsi entre la résolution 1803 (XVII) et les résolutions postérieures, en ce qui concerne le rôle du droit international dans l'exercice de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Cet aspect de la question ayant une relation directe avec l'espèce présente, le Tribunal de céans se trouve dans l'obligation de dégager la valeur juridique des résolutions précitées et l'existence éventuelle d'une coutume en découlant.

**83.** La question générale de la valeur juridique des résolutions de l'Organisation des Nations Unies a été largement débattue en doctrine. Le Tribunal de céans rappellera tout d'abord que, selon l'article 10 de la Charte de l'O.N.U., l'Assemblée Générale n'émet que des « recommandations », lesquelles sont apparues longtemps comme des textes dénués de toute force obligatoire et n'entraînant aucune obligation pour les Etats membres (voir notamment F. Blaine Sloan, «The binding force of a "recommendation" of the General Assembly of the United Nations » : *BYBIL*, vol. XXV, 1948, 1 s. ; Sir Gerald Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4 : Questions of Jurisdiction, competence and procedure » : *BYBIL* 1958, 1 s. ; M. Virally, « La valeur juridique des recommandations des Organisations internationales » : *Ann. fr. dr. int.* 1956, 66 s. ; F.A. Vallat, « The competence of the United Nations General Assembly » : *Cours La Haye* 1959-11, t. 97, p. 203 s. ; Francisco Ramos Galino, « Las resoluciones de la Asamblea General de Las Naciones Unidas y su fuerza legal » : *Revista Espanola de Derecho Internacional*, vol. XI, n° 1-2 ; D.H.N. Johnson, « The effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations » : *BYBIL* 1955, 97 s.).

Le refus de reconnaître toute valeur juridique aux résolutions des Nations Unies doit être cependant nuancé en fonction des différents textes émis par l'Organisation. Ceux-ci sont très divers et sont affectés d'une valeur juridique inégale, mais on ne saurait nier que les activités des Nations

Unies ont eu une influence non négligeable sur le contenu du droit international contemporain. Dans l'évaluation de la valeur juridique s'attachant aux résolutions précitées, le Tribunal de céans tiendra compte des critères habituellement retenus, à savoir l'examen des conditions de vote et l'analyse des dispositions énoncées.

**84.** 1) Sur le premier point, la résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 a été votée à l'Assemblée Générale par 87 voix contre 2, avec 12 abstentions. Il est tout particulièrement important de noter que ce texte a été voté à la majorité, celle-ci comprenant de nombreux Etats du Tiers Monde, mais également plusieurs pays occidentaux développés à économie de marché, dont le plus important, les Etats-Unis. Les principes dégagés dans cette résolution ont ainsi obtenu l'assentiment d'un grand nombre d'Etats représentant l'ensemble des régions géographiques, mais également l'ensemble des systèmes économiques.

De ce point de vue, le Tribunal de céans note que le vote positif de plusieurs pays développés à économie de marché a été rendu possible notamment par l'inclusion dans la résolution de deux références au droit international et d'un passage relatif à l'importance de la coopération internationale pour le développement économique. Selon le représentant de la Tunisie, « le débat sur cette question a eu pour effet de conférer plus d'équilibre au projet initial, équilibre entre, d'une part, l'affirmation univoque du droit inaliénable des Etats à l'exercice de leur souveraineté sur les ressources naturelles et, d'autre part l'harmonisation ou l'adaptation de cette souveraineté au droit international, à l'équité et aux principes de coopération internationale » (A/PV, 1193). La référence au droit international, tout particulièrement dans le domaine de la nationalisation, a donc été un élément essentiel du ralliement de plusieurs pays occidentaux à la résolution 1803 (XVII).

**85.** Au contraire, il apparaît au Tribunal de céans que les conditions de vote des résolutions 3171 (XXVIII), 3201 (S. VI) et 3281 (XXIX) (Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats) ont été sensiblement différentes :

— La résolution 3171 (XXVII) a été adoptée par un vote enregistré de 108 voix contre une, avec 16 abstentions, mais le Tribunal de céans note qu'un vote séparé a été demandé au sujet du paragraphe du dispositif évoqué dans le mémorandum du Gouvernement libyen aux termes duquel l'Assemblée Générale affirmait que l'application du principe selon lequel les nationalisations effectuées par les Etats, en tant qu'expression de leur souveraineté, impliquaient qu'il appartient à chaque Etat de fixer le montant des indemnités éventuelles, ainsi que les modalités de leur versement et que tout différend qui pourrait surgir devait être réglé conformément au droit national de chaque Etat qui prend des mesures de cet ordre. A la suite d'un vote par appel nominal, ce paragraphe a été adopté par 86 voix contre 11 (République fédérale d'Allemagne, Belgique, Espagne, Etats-Unis, France, Israël, Italie, Japon, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni), avec 28 abstentions (Afrique du Sud, Australie, Autriche, Barbade, Canada, Côte-d'Ivoire, Danemark, Finlande, Ghana, Grèce, Haïti, Inde, Indonésie, Mandé, Luxembourg, Malawi, Malaisie, Népal, Nicaragua, Norvège, Nouvelle-Zélande, Philippines, Rwanda, Singapour, Sri Lanka, Suède, Thaïlande, Turquie).

Ce paragraphe précis sur les nationalisations, ignorant l'intervention du droit international, non seulement n'a pas reçu l'accord des pays occidentaux les plus importants, mais

compte également parmi les abstentionnistes un certain nombre de pays en développement.

— La résolution 3201 (S. VI) a été adoptée sans vote par l'Assemblée Générale, mais les déclarations de trente-huit délégués explicitent clairement la position de chaque grand groupe de pays. Le Tribunal de céans doit relever, à ce propos, l'opposition des pays occidentaux les plus importants en ce qui concerne l'abandon de la solution de compromis figurant dans la résolution 1803 (XVII).

— Les conditions d'adoption de la résolution 3281 (XXIX) proclamant la Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats indiquent également sans ambiguïté l'absence d'un consensus de la généralité des Etats sur les dispositions les plus importantes et notamment sur celles qui concernent les nationalisations. Ayant fait l'objet d'un vote nominal, la Charte a été adoptée par 118 voix contre 6 et 10 abstentions. L'analyse des votes partiels est encore plus significative en ce qui concerne l'espèce présente. De ce point de vue, le paragraphe 2 (c) de l'article 2 de cette Charte, limitant à la seule appréciation nationale les caractères de l'indemnité et ne faisant pas appel au droit international, a été voté par 104 voix pour, 16 voix contre et 6 abstentions, l'ensemble des pays industrialisés à économie de marché s'étant abstenu ou ayant voté contre.

86. Compte tenu des différentes conditions de vote ayant affecté ces résolutions, il appartient au Tribunal de céans de préciser la portée juridique des dispositions de chacune d'entre elles en ce qui concerne la présente affaire. Une première indication d'ordre général sur les intentions des rédacteurs de la Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats est fournie par les débats qui se sont déroulés au sein du Groupe de travail à propos de la force obligatoire du futur texte. Dès la première session du Groupe de travail, des divergences sur la nature de la Charte envisagée ont provoqué un très net clivage entre pays développés et pays en développement. Ainsi, les représentants de l'Irak, de Sri Lanka, d'Egypte, du Kenya, du Maroc, du Nigeria, du Zaïre, du Brésil, du Chili, du Guatemala, de la Jamaïque, du Mexique, du Pérou et de la Roumanie estimèrent que le projet de Charte devait être un instrument juridique ayant force obligatoire et non une simple déclaration d'intention.

Au contraire, les représentants des pays développés tels que l'Australie, la France, la République fédérale d'Allemagne, l'Italie, le Japon, le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique doutèrent qu'il fût opportun, possible ou réaliste de donner aux droits et devoirs énoncés dans un projet de Charte, valeur obligatoire pour les Etats (V. rapport du Groupe de travail sur sa première session - Doc. TD/B/AC.12/I, p. 4 et 5).

La forme résolutoire choisie exclut l'application obligatoire de ce texte à ses destinataires, mais le problème de la valeur juridique à attacher à cette Charte n'est pas pour autant écarté. En effet, s'il est désormais possible de reconnaître une certaine valeur juridique à des résolutions de l'Organisation des Nations Unies, cette valeur juridique diffère profondément selon les types de résolution, les conditions attachées à leur vote et les dispositions qu'elles expriment. Même dans l'hypothèse de « résolutions déclaratives », de laquelle participe la Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats, la valeur juridique est variable. L'ambassadeur Castaneda, par ailleurs président du Groupe de travail chargé de l'élaboration de cette Charte, a ainsi admis « qu'il est extrêmement difficile de déterminer

avec certitude la force juridique des résolutions déclaratives », qu'il est « impossible d'énoncer une règle générale à cet égard » et que « la valeur juridique des résolutions déclaratives admet donc une immense gamme de nuances » (« La valeur juridique des résolutions des Nations Unies » : *Cours La Haye* 1970-1, t. 129, p. 319-320).

Ainsi que le Tribunal de céans l'a déjà indiqué, la valeur juridique des résolutions intéressant l'espèce peut être déterminée à partir des conditions de vote et de l'analyse des principes émis :

— sur le premier point, l'absence de force obligatoire attachée aux résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies implique que celles-ci ont besoin d'être acceptées par les membres de l'Organisation pour produire des effets de droit. A cet égard, le Tribunal de céans constate que seule la résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 a été votée par une majorité d'Etats membres représentant l'ensemble des groupes qualifiés. Au contraire, les autres résolutions précitées, et notamment celles évoquées dans le mémorandum, du Gouvernement libyen, n'ont été votées ou appuyées que par une majorité d'Etats ne comptant aucun des grands pays développés à économie de marché, lesquels effectuent une grande partie des échanges économiques internationaux.

87. 2) Sur le deuxième point, à savoir la détermination de la valeur juridique en fonction des principes émis, il apparaît indispensable au Tribunal de céans de distinguer les dispositions constatant un droit existant sur lequel la généralité des Etats a manifesté son accord et les dispositions introduisant des principes nouveaux rejetés par certains groupes représentatifs d'Etats et ne représentant qu'une valeur « *de lege ferenda* » : celles-ci n'ont cette valeur « *de lege ferenda* » qu'aux yeux des Etats qui « les ont adoptées ; pour les autres, le rejet de ces mêmes principes implique qu'ils les considèrent comme allant « *contra legem* ». Pour ce qui est des premières, qui proclament des normes reconnues par la communauté internationale, il ne s'agit pas de créer une coutume, mais de la confirmer en la formulant et en précisant sa portée, permettant par là même de déterminer si l'on se trouve ou non en présence d'une règle juridique. Ainsi que l'a noté l'ambassadeur Castaneda, « [ces résolutions] ne sont pas créatrices de droit ; elles ont un caractère déclaratif de constat » (*Cours La Haye, op. cit.*, p. 315).

— En fonction des conditions de vote précédemment évoquées et traduisant une « *opinio juris communis* », la résolution 1803 (XVII) paraît au Tribunal de céans refléter l'état du droit coutumier existant en la matière. En effet, à partir du vote d'une résolution constatant l'existence d'une règle coutumière, les Etats expriment clairement leur opinion. L'acquiescement en l'espèce d'une majorité d'Etats appartenant aux différents groupes représentatifs indique sans ambiguïté la reconnaissance universelle des règles incorporées, à savoir en ce qui concerne les nationalisations et l'indemnisation, l'utilisation des règles en vigueur dans l'Etat nationalisant, mais cela en conformité avec le droit international.

88. Si la résolution 1803 (XVII) apparaît dans une large mesure comme la manifestation d'une volonté générale réelle, il n'en est rien en ce qui concerne les autres résolutions précitées ainsi que l'analyse des conditions de vote l'a précédemment démontré. Tout particulièrement pour ce qui est de la Charte des Droits et Devoirs Economiques



des Etats, plusieurs éléments contribuent également à la réfutation de la valeur juridique des dispositions du texte intéressant l'espèce.

En premier lieu, l'article 2 de cette Charte doit s'analyser comme une déclaration d'ordre politique plutôt que juridique entrant dans la stratégie idéologique du développement et, comme telle, soutenue par les seuls Etats non industrialisés.

En deuxième lieu, le Tribunal de céans note que dans le projet soumis par le Groupe des 77 à la deuxième Commission (Doc. O.N.U. A/C.2/L.1386), l'Assemblée Générale était invitée à adopter la Charte « à titre de première mesure de codification et de développement progressif » dans le domaine du droit international du développement. Or, devant l'opposition de plusieurs Etats, ce qualificatif a été retiré du texte soumis au vote de l'Assemblée. Cette modification importante a ainsi entraîné le Pr Virally à déclarer : « Il est donc bien admis que la Charte n'est pas une première mesure de codification et de développement progressif du droit international, au sens de l'article 13, §1 a) de la Charte des Nations Unies, c'est-à-dire un instrument destiné à formuler par écrit les règles du droit coutumier et à en mieux adapter le contenu aux besoins des rapports internationaux. Les désaccords subsistant sur certains de ses articles lui interdisaient, en effet, d'atteindre un tel objectif et il est sain qu'on en ait pris conscience » (« La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Notes de lecture » : *Ann. fr. dr. int.* 1974, 59).

L'absence de rattachement du processus d'indemnisation au droit international et son assujettissement aux seules dispositions nationales ne peuvent être considérés par le Tribunal de céans que comme une formulation « *de lege ferenda* », laquelle apparaît même « *contra legem* » à de nombreux pays développés. De même, plusieurs pays en développement, bien qu'ayant émis un vote favorable sur l'ensemble de la Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats, ont regretté l'absence de toute référence au droit international dans leurs explications de vote.

**89.** Une telle attitude est encore confortée par l'examen de la pratique générale des relations entre Etats en matière d'investissements. Celle-ci est conforme, non pas aux dispositions de l'article 2, alinéa c) de la Charte précitée, attribuant une compétence exclusive à la législation et aux tribunaux internes, mais à l'exception énoncée à la fin de cet alinéa. C'est ainsi qu'un grand nombre d'accords d'investissements passés entre des Etats industrialisés ou leurs ressortissants, d'une part, et Etats en développement, d'autre part, exposent de façon objective les normes d'indemnisation et prévoient également, en cas de différend concernant le niveau de cette indemnisation, la possibilité de recourir à des procédures internationales. Il est, à cet égard, particulièrement significatif, aux yeux du Tribunal de céans, que pas moins de soixante-cinq Etats aient, au 31 octobre 1974, ratifié la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 mars 1965.

**90.** L'argumentation du Gouvernement libyen selon laquelle tout litige relatif à une nationalisation ou à ses conséquences doit être réglé conformément aux dispositions du droit

interne de l'Etat nationalisant et devant ses seuls tribunaux, et cela au nom des résolutions pertinentes de l'Assemblée Générale des Nations Unies, est également infirmée par l'analyse globale de l'ensemble de la Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats.

De ce point de vue, même si l'article 2 de cette Charte n'évoque pas expressément le droit international, le Tribunal de céans considère que les dispositions visées à cet article n'échappent pas à toute norme de droit international. L'article 33, alinéa 2, de cette résolution énonce en effet :

« Les dispositions de la présente Charte sont interdépendantes dans leur interprétation et dans leur application et chacune doit s'entendre en fonction des autres. »

Or, parmi les éléments fondamentaux des relations économiques internationales cités par la Charte, le principe j) est énoncé comme suit : « Exécution de bonne foi des obligations internationales ».

Analysant la portée de ces différentes dispositions, l'ambassadeur Castaneda, président du Groupe de travail chargé d'élaborer la Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats, a formellement déclaré que le principe d'exécution de bonne foi des obligations internationales, énoncé au chapitre I (j) de la Charte, s'appliquait à toutes les matières régies par ce texte, y compris notamment celles de l'article 2. Poursuivant cette analyse, ce spécialiste particulièrement autorisé en la matière en conclut : « La Charte accepte que le droit international puisse agir comme facteur limitatif de la liberté de l'Etat au cas où les intérêts d'étrangers se trouvent affectés, même si l'article 2 ne l'exprime pas d'une façon explicite. Ceci découle juridiquement des dispositions insérées dans d'autres articles de la Charte qui doivent être interprétées et appliquées conjointement avec l'article 2 » (« La Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats. Note sur son processus d'élaboration » : *Ann. fr. dr. int.* 1974, 54).

**91.** Il faut, dès lors, constater que le principe de la bonne foi, qui était déjà mentionné dans la résolution 1803 (XVII), occupe une place importante même dans la résolution 3281 (XXIX) dite « Charte des droits et devoirs économiques des Etats ». Il convient d'en tirer cette conséquence que l'Etat souverain nationalisant ne saurait méconnaître les engagements

pris par l'Etat contractant : décider autrement, ce serait en effet admettre que tous les engagements contractuels assumés par l'Etat l'auraient été sous une condition purement potestative de sa part et donc seraient dénués de toute valeur juridique et de toute force obligatoire. Du point de vue de son opportunité, une telle solution nuirait gravement au crédit des Etats puisqu'elle signifierait que les contrats signés par eux ne les engageraient nullement ; elle introduirait dans lesdits contrats un déséquilibre fondamental puisque dans ces contrats seule une partie — le cocontractant de l'Etat — serait engagée. En droit, pareil résultat irait directement à l'encontre du principe de la plus élémentaire bonne foi et c'est pourquoi il ne saurait être admis.

### BIBLIOGRAPHIE

- BENCHENEB A., « Sur l'évolution de la notion d'investissement », in LEBEN C., LOQUIN E. et SALEM M., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec CREDIMI, 2000, pp. 177-196.
- BEN HAMIDA W., « Two Nebulous ICSID Features : The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control », *Journal of International Arbitration* 2007, pp. 287-306.
- BEN HAMIDA W., « La notion d'investisseur : les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au CIRDI », « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI », *Gaz. Pal.* 15 déc. 2007, pp. 31 et 33.
- CNUCED, *Portée et définition. Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement*, New York, Genève, Nations Unies, 2001, 83 p.
- DOLZER, R., « The notion of investment in recent practice », in CHARNOVITZ Steve, STEGER Debra P. et VAN DEN BOSSCHE Peter, *Law in the Service of Human Dignity; Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, 2005, p. 261 et s.
- JUILLARD P., « Chronique de droit international économique. Définition de l'investissement à propos de l'article 12 de la Convention de Séoul », *AFDI*, 1986, pp. 626-635 ;
- POULAIN B., « L'investissement international : définition ou définitions ? », in Ph. Kahn et Th. Wälde (dir.) « *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux* », Martinus Nijhoff, 2007, Chapitre 3.
- SCHREUER C., « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *ICSID Rev.*, 1996, pp. 59-224.
- YALA F., « La notion d'investissement », *Gaz. Pal.*, 5-7 déc. 2004, pp. 15 et ss.
- YALA F., « La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé », in Leben Ch. (Dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Développements récents*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 281-306.
- VAREILLES-SOMMIÈRES P. et FEKINI A., « Les nouveaux contrats internationaux d'exploration et de partage de production pétrolière en Libye. Problèmes choisis (1<sup>ère</sup> Partie) », *JDI* 2008/1, p.3 et s.

### DOCUMENTS REPRODUITS

**Document 1** – Article 12 de la Convention de Séoul portant création de l'Agence multilatérale de garantie de l'investissement (AMGI).

**Document 2** – Affaire *Československa Obchodní Banka, a.s. (CSOB) c. République Slovaque*, CIRDI n° ARB/97/4, décision sur la compétence, 24 mai 1999 (Extraits).

**Document 3** – Affaire *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Maroc*, CIRDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence, 23 juillet 2001 (Extraits).

**Document 4** – Affaire *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, CIRDI n° ARB/05/10, 17 mai 2007 (Extraits)

**Consulter l'Article 25 de la Convention de Washington.**

### EXERCICES

Exercice de plaidoirie : la sentence *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie* du 17 mai 2007 a fait l'objet d'un recours en annulation le 17 septembre 2007 avec la constitution d'un comité *ad hoc*. Deux groupes se constitueront (demandeur et défendeur) et présenteront leurs arguments respectifs. Les « mémoires » pourront également être rendus sous forme papier.

## Document 1 – Convention de Séoul, Article 12 [Investissements admissibles]

- a) Les investissements admissibles comprennent les prises de participation, y compris les prêts à moyen ou à long terme accordés ou garantis par les détenteurs du capital de l'entreprise intéressée, et toutes formes d'investissement direct jugées admissibles par le Conseil d'administration.
- b) Le Conseil d'Administration peut, par décision prise à la majorité spéciale, inclure parmi les investissements admissibles toutes autres formes d'investissements à moyen ou à long terme, à l'exception toutefois des prêts autres que ceux mentionnés à la Section (a) ci-dessus qui ne peuvent être couverts que s'ils sont liés à un investissement spécifique couvert ou devant être couvert par l'Agence.
- c) Les garanties sont limitées aux investissements dont l'exécution commence après l'enregistrement de la demande de garantie par l'Agence. Lesdits investissements peuvent comprendre :
- i) tout transfert de devises effectué en vue de moderniser, de renforcer ou de développer un investissement existant; et
  - ii) l'utilisation du produit d'investissements existants qui pourrait être transféré à l'étranger.
- d) Lorsqu'elle garantit un investissement, l'Agence s'assure :
- i) que ledit investissement est économiquement justifié et qu'il contribuera au développement du pays d'accueil;
  - ii) que ledit investissement satisfait à la législation et à la réglementation du pays d'accueil;
  - iii) que ledit investissement est compatible avec les objectifs et les priorités déclarés du pays d'accueil en matière de développement; et
  - iv) des conditions offertes aux investissements dans le pays d'accueil et, notamment, de l'existence d'un régime juste et équitable et de protections juridiques.

---

## Document 2 – Affaire *Československa Obchodní Banka, a.s. (CSOB) c. République slovaque*, CIRDI n° ARB/97/4, Décision sur la compétence, 24 mai 1999 (Extraits)

### IV. IS THERE A LEGAL DISPUTE ARISING OUT OF AN INVESTMENT?

60. The Tribunal must now consider the objection raised by the Slovak Republic in which it challenges the jurisdiction of the Centre and the Tribunal's competence in this case on the ground that the dispute between the Parties is not a "legal dispute arising directly out of an investment" as required by Article 25(1) of the Convention.

61. The Slovak Republic stresses the political nature of the instant dispute and its close link with the dissolution of the former Czech and Slovak Federal Republic, but it does not question the legal nature of the dispute. CSOB's claim is based on Article 3 of the Consolidation Agreement. The Tribunal must therefore analyze the rights and obligations set forth therein, as well as the question whether CSOB is entitled to damages due to the breach of the obligations alleged to have been committed by the Slovak Republic. CSOB does not seek a determination relating to the division of assets and liabilities between the two Republics, a subject expressly excluded from the scope of the BIT by its Article 11. While it is true that investment disputes to which a State is a party frequently have political elements or involve governmental actions, such disputes do not lose their legal character as long as they concern legal rights or obligations or the consequences of their breach. Given these considerations, the Tribunal is satisfied that CSOB's claim is legal in character.

62. The Slovak Republic bases its objection to the jurisdiction of the Centre and the competence of this Tribunal on the ground that the dispute in the instant case is not related to an "investment" and, moreover, that it does not arise "directly" out of an investment within the meaning of Article 25(1) of the Convention.

63. It is common ground that the Convention does not define the term "investment" and that various proposals to define it during the drafting negotiations failed. This fact is reflected in the Report of the Executive Directors of the World Bank, which noted that: No attempt was made to define the term "investment" given the essential requirements of consent by

the parties, and the mechanisms 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)).

64. This statement also indicates that investment as a concept should be interpreted broadly because the drafters of the Convention did not impose any restrictions on its meaning. Support for a liberal interpretation of the question whether a particular transaction constitutes an investment is also found in the first paragraph of the Preamble to the Convention, which declares that "the Contracting States [are] considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein." This language permits an inference that an international transaction which contributes to cooperation designed to promote the economic development of a Contracting State may be deemed to be an investment as that term is understood in the Convention.

65. It is worth noting, in this connection, that a Contracting State that wishes to limit the scope of the Centre's jurisdiction can do so by making the declaration provided for in Article 25(4) of the Convention. The Slovak Republic has not made such a declaration and has, therefore, submitted itself broadly to the full scope of the subject matter jurisdiction governed by the Convention.

66. It follows that an important element in determining whether a dispute qualifies as an investment under the Convention in any given case is the specific consent given by the Parties. The Parties' acceptance of the Centre's jurisdiction with respect to the rights and obligations arising out of their agreement therefore creates a strong presumption that they considered their transaction to be an investment within the meaning of the ICSID Convention.

67. The Tribunal must accordingly attach considerable significance to the reference made in Article 7 of the Consolidation Agreement to the BIT and thus to the ICSID arbitration clause contained therein (Article 8). The Parties' acceptance of the relevance and applicability of the BIT to the Consolidation Agreement expresses their view that the

latter transaction relates to an investment within the meaning of the BIT. The contrary conclusion would deprive the reference to the BIT in Article 7 of the Consolidation Agreement of its meaning or *effet utile*.

68. The Slovak Republic is correct in pointing out, however, that an agreement of the parties describing their transaction as an investment is not, as such, conclusive in resolving the question whether the dispute involves an investment under Article 25(1) of the Convention. The concept of an investment as spelled out in that provision is objective in nature in that the parties may agree on a more precise or restrictive definition of their acceptance of the Centre's jurisdiction, but they may not choose to submit disputes to the Centre that are not related to an investment. A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim: whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined in the Parties' consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions contained in Article 1 of the BIT.

69. CSOB's claim is based on the allegation that the Slovak Republic breached its obligation under the Consolidation Agreement by failing and refusing to cover the losses incurred by the Slovak Collection Company. Viewed in isolation, this undertaking does not involve any spending, outlays or expenditure of resources by CSOB in the Slovak Republic. Standing alone, therefore, it does not constitute an investment. Claimant argues, however, that the loan made to the Slovak Collection Company qualifies as an investment and that the actual dispute is therefore within the Centre's jurisdiction and the competence of this Tribunal. The Slovak Republic rejects the view that CSOB's loan is an investment and contends that the dispute does not arise directly out of the Loan Agreement. It submits that the dispute is concerned exclusively with the purported obligation of the Slovak Republic to cover the losses of the Slovak Collection Company.

71. The Slovak Republic's argument calls for an analysis of the meaning of the word "directly" as used in that part of Article 25(1) of the Convention which reads as follows: "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, ...". Here it is relevant to note that in the *Fedax* case the Tribunal stated: It is apparent that the term "directly" relates in this Article to the "dispute" and not to the "investment". It follows that jurisdiction can exist even in respect of investments that are not direct, so long as the dispute arises directly from such transaction. This interpretation is also consistent with the broad reach that the term "investment" must be given in the light of the negotiating history of the Convention.

72. The Tribunal agrees with the interpretation adopted in the *Fedax* case. An investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which, standing alone, might not in all cases qualify as an investment. Hence, a dispute that is brought before the Centre must be deemed to arise directly out of an investment even when it is based on a transaction which, standing alone, would not qualify as an investment under the Convention, provided that the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment.

73. The Preamble of the Convention confirms the foregoing interpretation. Here, after "considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein," the Contracting Parties bear "in mind the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between Contracting States and nationals of other Contracting States."

74. The foregoing analysis indicates that the term "directly", as used in Article 25(1) of the Convention, should not be interpreted restrictively to compel the conclusion that CSOB's claim is outside the Centre's jurisdiction and the Tribunal's competence merely because it is based on an obligation of the Slovak Republic which, standing alone, does not qualify as an investment.

75. Hence, in deciding whether the obligation referred to in CSOB's requested relief forms part of an investment, the Tribunal has to determine whether the purported obligation of the Slovak Republic forms an integral part of a transaction which qualifies as an investment. The Slovak Republic's undertaking to cover the losses incurred by the Slovak Collection Company is closely linked to the loan provided by CSOB pursuant to Article 3 of the Consolidation Agreement and the provisions of the Loan Agreement. This loan was basically designed to secure the refinancing of the Collection Company up to an amount corresponding to the payment by the Company of the value of the receivables assigned by CSOB on the basis of the schedule of payments covering the years 1995 to 2003. As stated in Article 3 of the Consolidation Agreement, it follows from the nature of the assigned receivables, which are qualified therein as "non-performing", that the Collection Company will incur a loss resulting from the operating costs of the Company and the schedule of payments, including interests, due to CSOB and the amounts eventually recovered from those described as "non-performing" debtors. The purpose of the Slovak Republic's obligation to cover the loss of the Collection Company is therefore to allow this Company to meet its obligation towards CSOB under the schedule of payments based on the Loan Agreement. Given this close link, the dispute arising out of the alleged breach of the Slovak Republic's obligation is closely related to the loan made by CSOB to the Slovak Collection Company.

76. The Slovak Republic submits that loans as such do not qualify as investments under Article 25(1) of the Convention, nor under Article 1 of the BIT. It contends further that the loan in the instant case is not an investment because it did not involve a transfer of resources in the territory of the Slovak Republic. As to the first point, the Tribunal considers that the broad meaning which must be given to the notion of an investment under Article 25(1) of the Convention is opposed to the conclusion that a transaction is not an investment merely because, as a matter of law, it is a loan. This is so, if only because under certain circumstances a loan may contribute substantially to a State's economic development. In this connection, Claimant correctly points out that other ICSID Tribunals have affirmed their competence to deal with the merits of claims based on loan agreements.

77. In support of its conclusion that the CSOB loan qualifies as an investment under the BIT, Claimant points to Article 1(1), which reads in part as follows:

1. 'Investment' shall mean any asset invested or obtained by an investor of one Party in the territory of the other Party in accordance with the laws of the other Party, including, without limitation: ...

c) monetary receivables or claims to any performance related to an investment; ...

e) any rights under an act or under any contract, license or permit issued under an act, including any concession to search for, cultivate or exploit natural resources.

Although loans are not expressly mentioned in this list, terms as broad as "assets" and "monetary receivables or claims" clearly encompass loans extended to a Slovak entity by a national of the other Contracting Party. Loans as such are therefore not excluded from the notion of an investment under Article 1(1) of the BIT. It does not follow therefrom, however, that any loan and, in particular, the loan granted by CSOB to the Slovak Collection Company meets the requirements of an investment under Article 25(1) of the Convention or, for that matter, under Article 1(1) of the BIT, which speaks of an "asset invested or obtained by an investor of one Party in the territory of the other Party".

78. The Slovak Republic contends that the CSOB loan does not constitute an investment. It defines an investment essentially as the acquisition of property or assets through the expenditure of resources by one party (the "investor") in the territory of a foreign country (the "host State"), which is expected to produce a benefit on both sides and to offer a return in the future, subject to the uncertainties of the risk involved. While the Slovak Republic argues that the CSOB loan does not meet any elements of the above definition, CSOB submits that its loan qualifies as an investment thereunder. The Tribunal notes, in this connection, that while it is undisputed that CSOB's loan did not cause any funds to be moved or transferred from CSOB to the Slovak Collection Company in the territory of the Slovak Republic, a transaction can qualify as an investment even in the absence of a physical transfer of funds.

79. Claimant argues that the loan provided the Slovak Collection Company with the funds necessary to settle the purchase price of the assigned receivables, and that these funds therefore represented an asset acquired by CSOB in the territory of the Slovak Republic. An analysis of the particular circumstances of this transaction indicates, however, that while CSOB's receivables against the Slovak Collection Company had a defined value, as determined in the loan agreement and the schedule of payments agreed upon by the Parties, these receivables had no corresponding value for the Slovak Collection Company. Indeed, the price to be paid by the Company to CSOB, that is, the return-payment of the advances received from CSOB under the loan facility, had a value far above the expected recovery from the collection of the assigned non-performing receivables. To that extent, CSOB's loan did not involve any spending or outlay of resources in the territory of the Slovak Republic.

80. The contractual scheme embodied in the Consolidation Agreement shows, however, that the CSOB loan to the Slovak Collection Company is closely related to and cannot be disassociated from all other transactions involving the restructuring of CSOB. As stated in the first part of Article 1, the Consolidation Agreement was designed to provide for "the implementation of the project of the second phase of CSOB's transformation," and further: This process shall

consist primarily of a financial consolidation of CSOB in preparation for the future privatization of CSOB. The consolidation of CSOB shall involve the improvement of CSOB's balance by the disposal of non-performing assets of CSOB to such level as agreed herein. Those provisions of Article 1 that deal with the objects to be achieved show that the Agreement constituted the legal framework for a "consolidation process" consisting of several interrelated actions, as defined in the second part of Article 1: The following actions shall be taken as part of the consolidation process:

I. An increase in the registered capital of CSOB;

II. Improvement of the balance of CSOB, comprising:

(a) the coverage of a part of the Non-Performing Assets of CSOB (as defined below) out of the profit and reserves;

(b) the establishment of Collection Companies and the transfer of the Non-Performing Assets to such Collection Companies.

III. The privatization of CSOB.

The assignments of a part of CSOB's non-performing receivables to the respective Collection Company to be established in each Republic was thus an integral part of the whole process. This transfer improved CSOB's balance by crediting CSOB with payments equivalent to "the nominal value of the assigned receivables, including any interest accrued until the time of the assignment", whereas the Collection Company had to suffer the loss resulting "from the nature of the assigned receivables." (Article 3.)

81. The sole or exclusive purpose of the CSOB loan was to ensure the refinancing by the Collection Company of CSOB. The loan facility was therefore a mere instrument in ensuring the payment by the Collection Company of the nominal value of the assigned receivables, which was part of the improvement of CSOB's balance. This close link is further evidenced by the fact that CSOB's loan to the Collection Companies is part of the Consolidation Agreement concluded between CSOB and the Republics. (Article 3.) Similarly, the Slovak Republic's undertaking to compensate its Collection Company for the losses made as a consequence of unsuccessful recoveries of the non-performing assets was instrumental to ensuring the refinancing of CSOB and thus to covering the payment of the assigned receivables up to their nominal value. This obligation of the Slovak Republic is also included in the terms of the Consolidation Agreement (Article 3) and referred to in Article 7 of the Loan Agreement.

82. The Slovak Republic's undertaking and the CSOB loan form an integrated whole in the process defined in the Consolidation Agreement. Hence, individual transactions comprising it may still meet the requirements of an investment under the Convention, provided the overall operation for the consolidation of CSOB, to which it is closely connected, qualifies as an investment.

83. The basic feature of the Consolidation Agreement was not the financial consolidation of CSOB as such, but the development of the role and activities of CSOB in both Republics. When considering the implementation of the second phase of CSOB's transformation, the parties to the Agreement referred to: The special position and role of CSOB in managing the central foreign exchange source for both Republics and in performing foreign banking transactions, and the extraordinary role that CSOB plays in the economy of both Republics. ... (Article 1.) The second

phase was to render CSOB more attractive to potential new shareholders from the private sector and thus prepare for the future privatization of CSOB. The ultimate goal of this process was to enable CSOB to exercise fully its role and to develop its activities in both Republics within the framework of a market economy.

84. The Slovak Republic is correct in submitting that both Republics undertook to initiate this process and to ensure the capital increase of CSOB as well as the funding necessary to cover the losses of the Collection Companies and, consequently, the refinancing of CSOB. These important financial contributions to the benefit of CSOB are not investments within the meaning of the Convention, for they do not involve investments made in a Contracting State by a national of another Contracting State. This conclusion does not, however, resolve the issue whether or not CSOB qualifies as an “investor” under the Consolidation Agreement. To answer that question, the Tribunal must focus on CSOB’s role in achieving the ultimate goal of the Agreement, irrespective of whether or not the funds required to allow CSOB to exercise this role were provided by the Republics.

85. The function attributed to CSOB in the Consolidation Agreement was, as stated in the heading of Article 5, the “Development of CSOB in the Czech Republic and the Slovak Republic”. According to the first sentence of this provision, “[t]he development of CSOB in the Czech Republic and in the Slovak Republic shall reflect the needs of the Company and the interest of the shareholders in maximizing the value of CSOB.” This development was designed to improve what Article 1 qualifies as “the extraordinary role that CSOB plays in the economy of both Republics.”

86. The drafting history of the Consolidation Agreement shows that the Slovak Republic wished to ensure that CSOB would maintain and extend its activities on its territory. This conclusion finds support in the Slovak insistence on this point during the negotiations of the Agreement: The Slovak party demands guarantees of sound development of CSOB in the Slovak Republic, and makes the compensation of the collection company’s losses conditional upon the honoring of such guarantees.

87. The Consolidation Agreement provides basically for the development of CSOB’s activities in both Republics. A particular consideration was given to CSOB’s role in the Slovak Republic in two respects. First, pursuant to the last sentence of Article 5, the Czech National Bank (CNB), in consultation with the Ministry of Finance of the Czech Republic, “shall enable CSOB to develop business in the Slovak Republic in line with the above principle by issuing a general foreign-exchange licence”. Second, the parties provide in Article 6 for the establishment of a CSOB subsidiary domiciled in the Slovak Republic that would take over the entire range of banking services provided by the CSOB branch network in the Slovak Republic and enable

CSOB to reduce its equity interest below 50%. Although this subsidiary has not as yet been created, there can be no doubt that the parties intended to strengthen CSOB as a leading entity in the Slovak banking sector. Since the Loan Agreement was concluded by CSOB’s branch in Bratislava, CSOB’s accounts receivable were recorded in the accounting books of that branch. They were to be paid in Slovak currency and constituted a working asset designed to enable CSOB to engage in business activities through its Slovak branches.

88. In the Tribunal’s view, the basic and ultimate goal of the Consolidation Agreement was to ensure a continuing and expanding activity of CSOB in both Republics. This undertaking involved a significant contribution by CSOB to the economic development of the Slovak Republic; it qualified CSOB as an investor and the entire process as an investment in the Slovak Republic within the meaning of the Convention. This is evident from the fact that CSOB’s undertakings include the spending or outlays of resources in the Slovak Republic in response to the need for the development of the Republic’s banking infrastructure.

89. The Tribunal concludes, moreover, that the requirements spelled out in Article 1(1) of the BIT for a qualifying investment are also met in the instant case. This must have been the view of the parties when they accepted a reference to the BIT in Article 7 of the Consolidation Agreement. The contrary conclusion would deprive this reference to the BIT of any meaning (*cf.* para. 67). Furthermore, CSOB’s activity in the Slovak Republic and its undertaking to ensure a sound banking infrastructure in that country compel the conclusion that CSOB qualifies as the holder of an “asset invested or obtained” in the territory of the Slovak Republic within the meaning of Article 1(1) of the BIT, including “movable and immovable property and any other encumbrances, including any mortgages, liens, guarantees, and similar rights” (Art. 1(1)(a)) and “monetary receivables or claims to any performance related to an investment” (Art. 1(1)(c)).

90. Finally, applying the definition of an investment proffered by the Slovak Republic (para. 78, *supra*), it would seem that the resources provided through CSOB’s banking activities in the Slovak Republic were designed to produce a benefit and to offer CSOB a return in the future, subject to an element of risk that is implicit in most economic activities. The Tribunal notes, however, that these elements of the suggested definition, while they tend as a rule to be present in most investments, are not a formal prerequisite for the finding that a transaction constitutes an investment as that concept is understood under the Convention.

91. The Tribunal concludes, accordingly, that CSOB’s claim and the related loan facility made available to the Slovak Collection Company are closely connected to the development of CSOB’s banking activity in the Slovak Republic and that they qualify as investments within the meaning of the Convention and the BIT.

**Document 3 – Affaire Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Maroc, CIRDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence, 23 juillet 2001 (Extraits)**

II. DE L'INCOMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

[...]

B. Décision

a) *Sur l'existence d'un investissement*

1) Au sens de l'Accord bilatéral

43. La protection des investissements constitue le fondement de l'option de compétence prévue à l'article 8.2 de l'Accord bilatéral. Cet article a donc vocation à définir les investissements qui font l'objet de la protection de l'Accord.

44. Toutefois, dans la mesure où l'option de compétence a été exercée en faveur du CIRDI, les droits litigieux doivent également constituer un investissement au sens de l'article 25 de la Convention de Washington. Le Tribunal arbitral est donc d'avis que sa compétence dépend de l'existence d'un investissement tant au sens de l'Accord bilatéral que de celui de la Convention, suivant en cela la jurisprudence.

C'est dans ce sens que se sont prononcés divers tribunaux arbitraux en rendant des sentences dans lesquelles la notion d'investissement était controversée [...].

45. L'article 1 de l'Accord bilatéral dispose :

« *Au sens du présent accord,*

1) *Le terme « investissement » désigne toutes les catégories de biens investis après l'entrée en vigueur du présent accord par une personne physique ou morale, y compris le gouvernement d'une Partie contractante, dans le territoire de l'autre Partie contractante, conformément aux lois et règlements de ladite partie. Le terme « investissement » comprend notamment mais pas exclusivement :*

- a) *Les biens meubles et immeubles ainsi que tout autre droit de propriété tels que les hypothèques, privilèges, gages, usufruits, liés à l'investissement ;*
- b) *Les actions, titres et obligations ou autres droits et titres d'Etat ou d'organismes publics ;*
- c) *Les créances capitalisées, y compris les revenus réinvestis, ainsi que les droits à toute prestation contractuelle ayant une valeur économique ;*
- d) *Les droits d'auteur, marques de fabrique, brevets, procédés techniques et autres droits de propriété intellectuelle et industrielle, savoir-faire, secrets commerciaux, noms commerciaux et fonds de commerce ;*
- e) *Tout droit de nature économique conféré par la loi ou par contrat, et toute licence et concession conformes aux lois et règlements en vigueur, y compris le droit de prospection, extraction et exploitation des ressources naturelles ;*
- f) *Capitaux et apports additionnels de capitaux employés pour le maintien et/ou l'accroissement de l'investissement ;*
- g) *Les éléments cités en c), d) et e) ci-dessus doivent faire l'objet de contrats approuvés par l'autorité compétente. »*

Les parties se sont ainsi entendues sur un certain nombre d'hypothèses, non limitatives, qu'elles considéraient comme des investissements.

46. Le marché de construction fait naître pour l'entrepreneur un droit à une « prestation contractuelle ayant une valeur économique » visé à l'article 1(c). De même, l'entrepreneur est bénéficiaire d'un « droit de nature économique conféré [...] par contrat » visé à l'article 1(e). Le défendeur ne nie d'ailleurs pas que les droits des sociétés italiennes sont de même nature que ceux qui sont visés sous les lettres (c) et (e) de l'article 1.

47. Le Tribunal ne peut suivre le Royaume du Maroc dans sa thèse selon laquelle l'alinéa 1 de l'article 1 renverrait à la loi de l'Etat d'accueil de l'investissement pour la définition de celui-ci. En visant « les catégories de biens investis [...] conformément aux lois et règlements de ladite partie », la disposition en cause se réfère à la régularité de l'investissement et non à sa définition. Elle tend notamment à éviter que l'Accord bilatéral protège des investissements qui ne devraient pas l'être, notamment parce qu'ils seraient illicites.

Or, en l'espèce, c'est dans le respect des règles légales applicables à l'appel d'offres que les demanderesses ont participé à la procédure de soumission. Et c'est encore conformément à la législation en vigueur qu'au terme de ladite procédure, celles-ci se sont vues adjudger les travaux et conclu le contrat d'entreprise correspondant.

Ainsi, que l'on considère la phase pré-contractuelle ou celle correspondant à l'exécution du contrat d'entreprise, il n'a jamais été démontré que les sociétés italiennes auraient enfreint les lois et règlements du Royaume du Maroc.

48. Pour constituer des investissements, les droits énumérés sous les lettres (c) et (e) « doivent faire l'objet de contrats approuvés par l'autorité compétente » aux termes de l'article 1(g).

L'Accord bilatéral n'indique pas qui est l'autorité compétente, celle-ci étant susceptible de varier en fonction du contrat en cause. L'autorité compétente est déterminée selon les lois et règlements de l'Etat sur le territoire duquel sont réalisés les investissements.

49. Le Tribunal considère que le marché concerné a bel et bien fait l'objet d'une autorisation de la part de l'autorité compétente, et ce pour les motifs suivants : [...].

50. En conséquence, le Tribunal considère que la condition de l'article 1(g) est remplie. Le marché conclu entre ADM et les sociétés italiennes est un investissement au sens de l'Accord bilatéral. L'option de compétence de l'article 8.2 pouvait donc s'exercer en faveur d'une procédure arbitrale sous l'égide du CIRDI.

2) Au sens de la Convention de Washington

51. La compétence du CIRDI est déterminée par l'article 25 de la Convention de Washington qui dispose :

« *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. »*

52. Aucune définition de l'investissement n'est donnée par la Convention. Les deux parties ont rappelé qu'une telle

définition était apparue inutile aux représentants des Etats qui l'avaient négociée. En effet, comme l'indique le Rapport des Administrateurs sur la Convention :

« Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme « investissement » compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre. »

53. Le Tribunal note qu'il n'y a eu presque pas d'affaires où la notion d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention a été soulevée. Pour autant, il serait inexact de considérer que l'exigence d'un différend « en relation directe avec un investissement » s'est diluée dans le consentement des parties contractantes. Au contraire, la jurisprudence du CIRDI et les auteurs s'accordent sur le respect de l'exigence d'un investissement comme condition objective de la compétence du Centre.

Les critères à retenir pour définir l'investissement, au sens de la Convention, seraient plus faciles à circonscrire si l'on disposait de sentences constatant l'incompétence du Centre à raison de l'opération ayant suscité le différend. A l'exception d'une décision du Secrétaire général du CIRDI refusant d'enregistrer une requête d'arbitrage concernant un différend né d'une simple vente [...], les sentences disponibles ne se sont que très rarement penchées sur la notion d'investissement. De manière significative, la première décision n'est intervenue qu'en 1997 (sentence *Fedax* citée ci-avant). Les critères de qualification se dégagent donc d'espèces dans lesquelles le caractère d'investissement a été reconnu sans qu'il y ait eu, dans la presque totalité des cas, de véritable discussion à cet égard.

La doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération. La lecture du Préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement.

En vérité, ces divers éléments peuvent être interdépendants. Ainsi, les risques de l'opération peuvent être fonction des apports et de la durée d'exécution du marché. Il en résulte que ces divers critères doivent être appréciés dans leur ensemble même si, pour les besoins du raisonnement, le Tribunal les passe ici en revue.

54. Les apports effectués par les sociétés italiennes sont détaillés et évalués dans leurs écritures. Il n'est pas contesté qu'elles ont utilisé leur *know-how*, qu'elles ont fourni l'équipement nécessaire et du personnel qualifié pour l'exécution des travaux, qu'elles ont procédé à l'installation de l'outil de production sur le chantier, qu'elles ont obtenu des prêts afin de financer les achats nécessaires à la réalisation des travaux et du paiement des salaires de la main-d'œuvre, qu'elles ont consenti enfin à l'émission de garanties bancaires, sous la forme d'un cautionnement

provisoire fixé à 1,5% du montant de la soumission, puis, au terme de l'adjudication, sous celle d'un cautionnement définitif fixé à 3% de la valeur du marché concerné. Les sociétés italiennes ont ainsi réalisé des apports en numéraire, en nature et en industrie.

55. Alors que la durée totale d'exécution du marché, conformément au CCAP, avait été fixée à 32 mois, celle-ci a été prolongée à 36 mois. L'opération satisfait ainsi à la durée minimale observée par la doctrine, laquelle est de 2 à 5 ans [...].

56. Quant aux risques encourus par les sociétés italiennes, ceux-ci découlent de la nature du contrat en cause. Les demanderesse, dans leur mémoire de réponse relatif à la question de la compétence, ont fourni une liste exhaustive des risques pris dans l'exécution du marché concerné. Font notamment partie de ceux-ci : celui lié aux prérogatives du maître de l'ouvrage lui permettant de mettre fin prématurément au contrat, d'imposer des variations dans certaines limites sans modifier la clé de fixation des prix ; celui lié à l'éventuel renchérissement de la main d'œuvre en cas de modification de la législation marocaine ; tout accident ou tout dommage causé à la propriété pendant l'exécution des travaux ; ceux liés aux problèmes de coordination pouvant survenir en raison de l'exécution simultanée d'autres travaux ; tout événement imprévisible qui ne serait pas considéré comme relevant de la force majeure et qui dès lors ne donnerait pas droit à une indemnisation ; enfin ceux liés à l'absence de toute indemnisation en cas d'augmentation ou de diminution du volume de travail n'excédant pas 20% du prix total du marché concerné.

57. Peu importe à cet égard que ces risques aient été librement consentis. Peu importe également le fait que la rémunération de l'entrepreneur n'ait pas été liée à l'exploitation de l'ouvrage construit. Une construction qui s'étale sur plusieurs années dont le coût ne peut être établi avec certitude par anticipation crée un risque manifeste pour l'entrepreneur.

58. S'agissant enfin de la contribution du marché au développement économique de l'Etat marocain, celle-ci ne peut sérieusement être discutée. La construction des infrastructures relève, dans la plupart des pays, des tâches de l'Etat ou d'autres collectivités publiques. Il ne peut être sérieusement contesté que l'autoroute en cause servira l'intérêt public. Enfin, les sociétés italiennes étaient également à même d'apporter à l'Etat d'accueil de l'investissement un savoir-faire en relation avec l'ouvrage à réaliser.

59. En conséquence, le Tribunal considère que le marché conclu entre ADM et les sociétés italiennes constitue un investissement tant au sens des articles 1 et 8 de l'Accord bilatéral conclu entre le Royaume du Maroc et l'Italie le 18 juillet 1990 que de l'article 25 de la Convention de Washington.

---

#### **Document 4 – Affaire *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, CIRDI n° ARB/05/10, 17 mai 2007 (Extraits)**

Consulter les faits à l'adresse <<http://icsid.worldbank.org>>

[...]

#### **E. Consideration of the Claimant's and Respondent's Submissions on the Issue of "Investment"**

[...]



### (iii) “Investment” – An Objective Criterion Under the ICSID Convention

54. It has been considered in *Salini* that the consensus of legal authors and ICSID case law is that the investment requirement under Article 25(1) is an objective condition of the jurisdiction of the Centre.

55. The methodology employed by the tribunals in *Salini* and in *Joy Mining* requires a claimant in an ICSID arbitration to satisfy the tribunal that:

a) the dispute between the parties concerns an “investment” within the definition provided under the relevant bilateral investment treaty; and

b) the objective criterion of an “investment” within the meaning of Article 25(1) has been met.

Under 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 objective criterion of an “investment” within the meaning of Article 25. (See Paragraph 148 below). As pointed out in *Joy Mining* (at Paragraph 50): “The parties to a dispute cannot by contract or treaty define as investment, for the purpose of ICSID jurisdiction, something which does not satisfy the objective requirements of Article 25 of the Convention. Otherwise, Article 25 and its reliance on the concept of investment, even if not specifically defined, would be turned into a meaningless provision”.

### (iv) The Critical Cases on “Investment”

56. There are presently in the public domain seven decided cases of importance on the issue whether the Contract is an “investment” within the meaning of Article 25(1). They are *Salini*, *Joy Mining*, *Jan de Nul*, *L.E.S.I.-DIPENTA*, *Bayindir*, *CSOB* and, *Patrick Mitchell*. The ICSID Convention does not provide a definition of “investment”<sup>1</sup> and there is no doctrine of *stare decisis* in ICSID jurisprudence. Nevertheless, an examination of similar cases decided by other ICSID tribunals will assist in determining the correct approach to this question.

### (v) *Mihaly*, *Alcoa* and *SGS v Pakistan*

57. Before considering these cases, the Tribunal will discuss some cases cited by the Parties which it has not found of significant assistance in resolving the meaning of what is an “investment” under the ICSID Convention in the present circumstances. The first case is that of *Mihaly*, which was raised by the Respondent in its oral submissions. The issue for consideration in that case was whether pre-contractual expenditure qualified as an “investment” within the meaning of Article 25(1).

58. The majority of the tribunal (the President of the Tribunal, Professor Sompong Sucharitkul and Mr. Andrew Rogers Q.C.) considered that:

“A crucial and essential feature of what occurred between the Claimant and the Respondent in this case was that first,

<sup>1</sup> In Paragraph 27 of the Report of the Executive Directors on the Convention of Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States (“the Report of the Executive Directors”), dated March 18, 1965, there was express reference to the refusal to provide a definition of investment in the ICSID Convention. « 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 . . . »

the Respondent took great care in the documentation relied upon by the Claimant to point out that none of the documents, in conferring exclusivity upon the Claimant, created a contractual obligation for the building, ownership and operation of the power station. Second, the grant of exclusivity never matured into a contract. To put it rhetorically, what else could the Respondent have said to exclude any obligations which might otherwise have attached to interpret the expenditure of the moneys as an admitted investment? The operation of SAEC was contingent upon the final conclusion of the contract with Sri Lanka, thus the expenditures for its creation would not be regarded as an investment until admitted by Sri Lanka.”

59. The majority held that the pre-contractual expenditure incurred by the Claimant did not fall within the meaning of “investment” under the ICSID Convention.

It is an undoubted feature of modern day commercial activity that huge sums of money may need to be expended in the process of preparing the stage for a final contract. However, the question whether an expenditure constitutes an investment or not is hardly to be governed by whether or not the expenditure is large or not. Ultimately, it is always a matter for the parties to determine at what point in their negotiations they wish to engage the provisions of the Convention by entering into an investment. . . . The Respondent clearly signaled, in the various documents which are relied upon by the Claimant, that it was not until the execution of a contract that it was willing to accept that contractual relations had been entered into and that an investment had been made . . . . That type of claim is not one to which the Convention has anything to say. They are not arbitrable as a consequence of the Convention.

60. The Tribunal finds *Mihaly* of limited utility in resolving the current dispute between the Parties. The majority decision in *Mihaly* was clearly influenced by the great care that Sri Lanka took in ensuring that it did not enter into a contractual relationship with *Mihaly* for the BOT project. The lack of an intention to create a contractual relationship was decisive in the majority’s conclusion that the pre-contractual expenditure was not an “investment” within the meaning of Article 25(1).

61. The present facts are quite different from those in *Mihaly*. It is undisputed that the Parties had a contractual relationship. The claims of the Claimant are based on a valid contract between the Parties.

62. The Tribunal also does not find *Alcoa Minerals* and *SGS v Pakistan* helpful in determining the present issue.

63. In *Alcoa Minerals*, the ICSID tribunal held that contribution of capital was said to be a kind of “investment,” and the Claimant relies on that holding. However, the tribunal in *Alcoa Minerals* only considered that there would be jurisdiction where “a private . . . company has invested substantial amounts in a foreign State in reliance upon an agreement with that State.” In the present case, the Tribunal is not satisfied that the amount invested by the Claimant could be described as “substantial amounts” for the reasons stated at Paragraphs 125–144.

64. In *SGS v Pakistan*, the issue was whether pre-inspection services offered by SGS to the customs authority of Pakistan under the agreement between SGS and Pakistan (the “Agreement”) fell within the meaning of “investment” as defined in the Swiss-Pakistan bilateral investment treaty.

*SGS v Pakistan* is not helpful in determining what amounts to an “investment” within the meaning of the ICSID Convention. The focus of the decision in *SGS v Pakistan* was whether the agreement fell within the meaning of “investment” as defined in the Swiss-Pakistan bilateral investment treaty. There was also arguably no substantive discussion by the tribunal in *SGS v Pakistan* on why the agreement was an “investment” within the meaning of the ICSID Convention.

#### (vi) Discussion on the Meaning of “Investment”

##### (a) Reliance on Article 31 of the Vienna Convention, the Preamble to the ICSID Convention and the Report of the World Bank Executive Directors in Determining the Meaning of “Investment”

65. When considering whether the Contract is an “investment” within the meaning of Article 25(1), the Tribunal is guided by the spirit of the ICSID Convention and its objectives, and is mindful of Article 31 of the Vienna Convention, which provides that:

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.

66. The Tribunal considers that, taking a teleological approach to the interpretation of the ICSID Convention, a tribunal ought to interpret the word “investment” so as to encourage, facilitate and to promote cross-border economic cooperation and development. Support for such an approach can be found in the **Preamble to the ICSID Convention** (“*Considering the need for international cooperation for economic development . . .*”) and the Report of the Executive Directors on the Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States (“the Report of the Executive Directors”) dated March 18, 1965, at Paragraph 9, which points out that the idea of ICSID was “*prompted by the desire to strengthen the partnership between countries in the cause of economic development.*” The ICSID Tribunal in *CSOB* considered that the phrase found in the **Preamble to the ICSID Convention** “*permits an inference that an international transaction which contributes to cooperation designed to promote the economic development of a Contracting State may be deemed to be an investment as that term is understood in the Convention.*” (*CSOB*, Award, Para. 64.)

67. Paragraph 9 of the Report of the Executive Directors has been interpreted by *Schreuer*<sup>9</sup> to mean that: “[T]he Convention’s object and purpose indicate that there should be some positive impact on development.” (emphasis added). *Schreuer* cites *CSOB* as a case which led to a positive impact on development.

68. Accordingly, the term “investment” should be interpreted as an activity which promotes some form of positive economic development for the host State.

##### (b) Hallmarks of “Investment” as Typical Characteristics or Jurisdictional Requirements

###### (aa) Introduction

69. The Tribunal now considers the seven cases referred to in Paragraph 56 above.

70. The language used in some of the cases discussed below may be interpreted to advocate the defining features of “investment” as typical characteristics on the one hand (the “**Typical Characteristics Approach**”), or jurisdictional

requirements on the other (the “**Jurisdictional Approach**”). Support for the Typical Characteristics Approach can be seen in the extract from *Schreuer* found above at Paragraph 44 above whereas the language used in *Joy Mining* goes towards supporting the Jurisdictional Approach. On the other hand, the language used in *Salini* can be used to support either of the two approaches. (See Paragraph 83 below). The differences between the Typical Characteristics Approach and the Jurisdictional Approach may only be the expression of the conclusion formed by a tribunal on the strength of the particular facts of a case on the issue of “investment.” While the Jurisdictional Approach, strictly defined, requires that all the established hallmarks of “investment” must be present before a contract can even be considered as an “investment,” the Typical Characteristics Approach does not necessarily mean that a tribunal would find that there is an “investment,” even if one or more of the established hallmarks of “investment” were missing. Where the evidence in support of one or more of the hallmarks of “investment” is weak, a tribunal may approach the issue from a holistic perspective and determine whether there is other evidence in support of the other hallmarks of “investment” which is so strong as to off-set the weakness in the other hallmarks of “investment.” However, even under the Typical Characteristics Approach, it would probably be exceptional for a tribunal to conclude that there was an “investment” where one or more of the hallmarks of “investment” were completely missing.

71. A possible explanation for the apparent dichotomy between the Jurisdictional Approach and the Typical Characteristics Approach is as follows.

- a) Where the agreed hallmarks of “investment” are clearly in evidence (or clearly absent), a tribunal is more likely to use language which may be interpreted as support for the Jurisdictional Approach because it can more easily rationalize its decision on the grounds of clear compliance (or lack thereof), with such hallmarks.
- b) Conversely, if the agreed hallmarks of “investment,” while present, are not so clearly evident (either in nature or extent), a tribunal, if it finds that it has jurisdiction, is more likely to use language which may be interpreted as support for the Typical Characteristics Approach.

In other words, whichever approach is adopted depends on the view of a tribunal on how the facts of the case at hand measure up against the established hallmarks of “investment.” (See Paragraphs 70 and 106).

72. The approach of ICSID tribunals towards the issue of “investment” within the meaning of Article 25(1) tends more towards an empirical rather than a doctrinaire analysis. The Typical Characteristics Approach seeks to identify the established hallmarks of “investment,” but cautions against casting them as prerequisites, no doubt to guard against the infinite variety of cases that would arise before ICSID tribunals that may deserve to be categorised as an “investment” notwithstanding the absence, whether qualitatively or quantitatively, of a particular hallmark of “investment” since these hallmarks of “investment” may be interdependent. Similarly, the Jurisdictional Approach seeks to identify these established hallmarks of “investment” but is expressed in such language as to lead to the conclusion that the failure to satisfy one or more of the hallmarks of

“investment” may be fatal to an investor’s claim. However, within the Jurisdictional Approach, ICSID tribunals often remark that these hallmarks may be interrelated, and must be examined in relation to other hallmarks as well as in relation to the circumstances of the case. In other words, it may be that a particular hallmark of “investment” may not be present when it is viewed in isolation; yet, when examined in the light of other hallmarks of “investment” or taking into account the circumstances of the case, a tribunal may still find jurisdiction for the Centre. (See Paragraph 106 below). An empirical approach is also consistent with interpreting the ICSID Convention in light of the intention of its drafters because the empirical approach seeks to determine the different scenarios that may meet the standard of “investment” which the drafters of the ICSID Convention had in mind.

#### **(bb) The Seven Cases Discussed**

73. ICSID jurisprudence on the meaning of “investment” within the meaning of Article 25(1) typically cites *Salini* and *Joy Mining* as authorities for the various defining hallmarks of “investment.”

74. The factors considered in *Salini* are widely accepted as the starting point of an ICSID tribunal’s analysis of whether there is an “investment” within the meaning of Article 25(1).

75. In *Salini*, the issue was whether a construction contract could be considered as an “investment” within the meaning of Article 25(1). The Société Nationale des Autoroutes du Maroc (“ADM”) was a Moroccan company which built, maintained and operated highways and various road-works, in accordance with a concession agreement (the “**Concession Agreement**”) concluded with the Minister of Infrastructure and Professional & Executive Training, acting on behalf of Morocco. Within the context of the Concession Agreement, ADM issued an international invitation to tender for the construction of a highway joining Rabat to Fes. The two claimants, Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A, submitted a joint tender for the construction of a 50 km section of this highway. The joint tender was accepted, which led to a contract (the “**Construction Contract**”) between the two claimants and ADM. The two claimants took 36 months to complete the works, four months longer than stipulated in the Construction Contract.

76. When ADM rejected the claims of the two claimants, the latter sent a memorandum relating to the final account to the Minister of Infrastructure, in accordance with Article 51 of the *Cahier des Clauses Administratives Generales* (Book of General Administrative Clauses). When the two claimants did not receive any reply, they filed a Request for Arbitration against Morocco with ICSID, claiming Italian lira 132,639,617,409 as compensation for damage suffered.

77. One of the issues in dispute was whether the Construction Contract concluded between ADM and the two claimants was an “investment” within the meaning of the Bilateral Investment Treaty between Italy and Morocco as well as under the ICSID Convention. The tribunal (comprising Dr Robert Briner as President, Dr Bernardo Cremades and Professor Ibrahim Fadlallah as co-arbitrators) ruled in favour of the two claimants, holding that the Construction Contract was an “investment” within the meaning of the Italian-Morocco treaty as well as under the ICSID Convention.

78. The tribunal reiterated that the “investment” requirement under the ICSID Convention is an objective condition that cannot be diluted by the consent of the parties. The tribunal held that:

The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction . . . . In reading the Convention’s preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.

In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions and the duration of performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here.” (emphasis added)

79. Of the contributions made by the two claimants, the Tribunal considered that:

It is not disputed that they [i.e. the two claimants] used their know-how, that they provided the necessary equipment and qualified personnel for the accomplishment of the works, that they set up the production tool on the building site, that they obtained loans enabling them to finance the purchases necessary to carry out the works and to pay the salaries of the workforce, and finally that they agreed to the issuing of bank guarantees, in the form of a provisional guarantee fixed at 1.5% of the total sum of the tender, then at the end of the tendering process, in the form of a definite guarantee fixed at 3% of the value of the contract in dispute. The Italian companies, therefore, made contributions in money, in kind, and in industry.

80. As to the duration of the Construction Contract:

Although the total duration for the performance of the contract, in accordance with the [contract], was fixed at 32 months, this was extended to 36 months. The transaction, therefore, complies with the minimal length of time upheld by the doctrine, which is from 2 to 5 years . . . .

81. As to the risks incurred by the two claimants:

[T]he risk associated with the prerogatives of the Owner permitting him to prematurely put to an end to the contract, to impose variations within certain limits without changing the manner of fixing prices; the risk consisting of the potential increase in the cost of labour in case of modification of Moroccan law, any accident or damages caused to property during the performance of the works; those risks relating to problems of co-ordination possibly arising from the simultaneous performance of the other projects; any unforeseeable incident that could not be considered as force majeure and which, therefore, would not give rise to a right to compensation; and finally those risks related to the absence of any compensation in case of increase or decrease in volume of the work load not exceeding 20% of the total contract price.

It does not matter in this respect that these risks were freely taken. It also does not matter that the remuneration of the Contractor was not linked to the exploitation of the completed work. A construction that stretches out over many years, for which the total costs cannot be established with certainty in advance, creates an obvious risk for the Contractor.

82. Finally, as to the Construction Contract's contribution to the economic development of the host State, the tribunal said:

In most countries, the construction of infrastructure falls under the tasks to be carried out by the State or by other public authorities. It cannot be seriously contested that the highway in question shall serve the public interest. Finally, the Italian companies were also able to provide the host State of the investment with know-how in relation to the work to be accomplished.

Having undertaken the above analysis, the tribunal in *Salini* concluded that the Construction Contract was an "investment" within the meaning of Article 25(1).

83. The use of the words "*generally considers that investment infers*" in the passage referred to at Paragraph 78 above may indicate that the tribunal in *Salini* supported the view of *Schreuer* (at Paragraph 44 above) (*i.e.*, in support of the Typical Characteristics Approach) that the various hallmarks of "investment" are no more than characteristics<sup>2</sup>. In contrast, the subsequent use of the word "criteria" by the tribunal in *Salini* may also indicate that the tribunal envisaged adopting a Jurisdictional Approach. However, the subsequent acknowledgment by the tribunal that the various hallmarks of "investment" may be interdependent and should be assessed globally indicates that the tribunal was actually approaching the issue of whether there was an "investment" from a fact-specific perspective.

84. In *Joy Mining*, the dispute concerned a contract for the provision of equipment by the claimant to the General Organization for Industrial and Mining Projects of the Arab Republic of Egypt ("IMC") to be used in a mining site. The total contract price amounted to £13,325,293. Letters of guarantee amounting to £9,605,228 were provided by the claimant to IMC. Disagreement arose between the parties as to the technical aspects of the equipment. Although the claimant was paid the full contract price, the guarantees were not released by IMC. The claimant commenced ICSID arbitration, arguing that the guarantees were an "investment." In rejecting the claimant's contention, the tribunal in *Joy Mining* (Professor Francisco Orrego Vicuna as President, Mr. William Laurence Craig and Judge C.G. Weeramantry as co-arbitrators) considered that: Summarizing the elements that an activity must have in order to qualify as an investment, both the ICSID decisions mentioned above and the commentators thereon have indicated that the project in question should have a certain duration, a regularity of profit and return, an element of risk, a substantial commitment and that it should constitute a significant contribution to the host State's economy. To what extent these criteria are met is of course specific to each particular case as they will normally depend on the circumstances of each case. (emphasis added)

85. The tribunal in *Joy Mining* accepted the view in *Salini* that these characteristics should be examined globally, rather than in isolation. However, the earlier part of the passage

may be interpreted to advocate a Jurisdictional Approach in its apparent emphasis on the mandatory nature of the hallmarks.

86. The tribunal in *Joy Mining* held that the underlying contract between the parties was a normal sale contract. The tribunal in *Joy Mining* also considered that the duration of the commitment was not particularly significant, as the price of the contract was paid in its totality at an early stage, and there was also no regularity of profit and return. Nor was there any risk apart from those typically associated with a commercial contract. It was also implicit in the Tribunal's ruling that the amount of the bank guarantee<sup>3</sup> (£9,605,228), although relatively substantial, did not constitute a significant contribution to the Egyptian economy.

87. In the course of arriving at its conclusion, the Tribunal also cited the refusal of the former Secretary-General of ICSID, Mr. I.F.I. Shihata, to register a request for arbitration in respect of a dispute arising out of a supply contract for the sale of goods, on the basis that the transaction manifestly could not be considered as an investment.

88. It can be seen that, while there was an agreement that each of the hallmarks of "investment" were present in this case, the degree to which these hallmarks existed was clearly at the lower end of the scale (if at all). The emphatic language of the tribunal at Paragraph 84 above may therefore be taken to reflect its clear view that the claimant had failed to satisfy the test of "investment" and, by emphasizing the need for these hallmarks to be satisfied, the tribunal was able to demonstrate its logic more simply than by going into a lengthy analysis of how the various factual elements of this case interacted with each other and were then assessed globally to see whether they met the ultimate test of "investment."

89. Some of the language used in *L.E.S.I.-DIPENTA* may also be interpreted to advocate a Jurisdictional Approach. In *L.E.S.I.-DIPENTA* (where the Tribunal comprised Professor Pierre Tercier as President, Mr. André Faurès and Professor Emmanuel Gaillard as co-arbitrators), the dispute arose out of a concession agreement granted by *Agence Nationale des Barrages* (ANB) to the two claimants (L.E.S.I. and Dipenta) for the construction of a dam. In 2001, ANB terminated the contract on the ground of *force majeure*. The two claimants then commenced an ICSID arbitration. The ICSID tribunal held that:

These decisions [citing amongst others, *CSOB*, *SGS v Pakistan* and *SGS v The Philippines*] do not, however, provide clear guidelines, but seem rather to be based on choices made case-by-case. The Arbitral Tribunal notes that some objective criteria emerge from those cases, sufficient to guarantee a degree of security.

It would seem consistent with the objective of the Convention that a contract, in order to be considered an investment within the meaning of the provision, should fulfill the following three conditions:

- a) the contracting party has made contributions in the host country;
- b) those contributions had a certain duration; and

<sup>2</sup> Cf. the emphasis placed by the *ad hoc* Committee in *Patrick Mitchell* on the use of the word "criteria" by the tribunal in *Salini*. The emphasis made by the *ad hoc* Committee should be seen as a response to the claimant's argument in that case that one of the characteristics of "investment" (contribution to the economic development of the host State) was merely a supplementary condition used to justify the broadening of the concept of investment.

<sup>3</sup> In *Joy Mining*, the issue was whether bank guarantees issued in support of a project entailing the supply, installation of equipment and the provision of related incidental services for a fixed, pre-determined and certain price constituted an investment within the meaning of the bilateral investment treaty between the United Kingdom and Egypt.

c) they involved some risks for the contributor.

On the other hand, it is not necessary that the investment contribute more specifically to the host country's economic development, something that is difficult to ascertain and that is implicitly covered by the other three criteria. (emphasis added)

90. In a similar vein, the *ad hoc* Committee in *Patrick Mitchell* (comprising Mrs. Antonias Dimolitsa as President, Mr. Robert S.M. Dossou and Professor Andrea Giardina) also used language which may be interpreted to favour the Jurisdictional Approach<sup>4</sup>.

91. In that case, Mr. Patrick Mitchell of the law firm Mitchell & Associates commenced ICSID arbitration proceedings against the Democratic Republic of Congo (the "DRC") pursuant to a bilateral investment treaty entered into between the United States of America and the DRC (the "USA-DRC BIT"). The dispute arose from the decision of the Military Court of the DRC to seal the premises housing Mr. Mitchell's firm and the consequent seizure of various documents and items in his firm. His employees were also forced to leave the premises. Two of the lawyers in his firm were in fact arrested and subsequently released. Mr. Mitchell alleged that the acts of the DRC amounted to an expropriation in violation of Article III(1) of the USA-DRC BIT. The Arbitral Tribunal hearing the dispute ruled that the dispute fell within the jurisdiction of the Centre and its competence. DRC then applied for annulment of the award on the ground, *inter alia*, that the Arbitral Tribunal had manifestly exceeded its power with regard to its own jurisdiction in respect of the definition of "investment" (*i.e.*, declaring itself to have jurisdiction over the dispute on the basis there was an "investment" when there was none).

92. The *ad hoc* Committee in *Patrick Mitchell* had to deal with the argument made by counsel for the claimant that the "economic development of the host State" characteristic of "investment" was a "supplementary condition used heretofore in order to justify the broadening of the concept of investment and as somewhat duplicating with the investor's commitment."

93. The arguments between the parties focused on whether the characteristic of "contribution to the economic development of the host State" was an "essential element" of investment (as submitted by DRC), or simply a supplementary condition used to justify the broadening of the concept of "investment" and duplicative of other characteristics of "investment" (as submitted by the claimant).

94. The *ad hoc* Committee in *Patrick Mitchell* rejected the claimant's argument and stated that the "contribution to the economic development of the host State" characteristic of "investment" is "an essential - although not sufficient - characteristic or unquestionable criterion of the investment." The *ad hoc* Committee cited, *inter alia*, the **Preamble to the ICSID Convention** (see Paragraph 66 above), *Salini, CSOB* (see Paragraphs 97-98 below) and *Schreuer* before arriving at their conclusion. The *ad hoc*

Committee concluded that this particular characteristic of "investment" was an "unquestionable criterion" of "investment" which might be satisfied by showing that the investor's operation contributed in one way or another to the economic development of the host State.

95. The *ad hoc* Committee in *Patrick Mitchell* stated that the ICSID Tribunal in *CSOB* had observed that "Under certain circumstances a loan may contribute substantially to a State's economic development . . . the undertaking involved a significant contribution by CSOB to the economic development of the Slovak Republic within the meaning of the Convention" and also highlighted a statement in *Schreuer* commenting that the "contribution to the economic development of the host State" characteristic of "investment" is "the only possible indication of an objective meaning of the term 'investment'."

96. Although the *ad hoc* Committee suggested that the "contribution to the economic development of the host State" characteristic of "investment" was an "essential - although not sufficient characteristic or unquestionable criterion," it managed to dilute this strict approach by stating that this would be satisfied where the underlying contract or operation contributed in one way or another to the economic development of the host State. The *ad hoc* Committee also emphasised that the concept of economic development is "extremely broad but also variable depending on the case."

97. In contrast, *CSOB* (where the Tribunal consisted of Professor Thomas Buergethal as President of the Tribunal, Professor Piero Bernardini and Professor Andreas Bucher as co-arbitrators) may be interpreted as favouring the Typical Characteristics Approach.

98. In *CSOB*, the dispute arose out of a contract called the Consolidation Agreement between the claimant and the Ministries of Finance of the Czech and Slovak Republics. The Consolidation Agreement provided for the assignment by CSOB of certain non-performing receivables to two companies which were specifically created for this purpose (the "Collection Companies"). The Collection Companies were to pay CSOB for these receivables. To enable these Collection Companies to finance the assignment, they received loans from CSOB. The loans were secured by a guarantee from the Slovak Ministry of Finance. When the Collection Companies in Slovakia defaulted on their payment obligations, CSOB commenced an ICSID arbitration against Slovakia. The tribunal held that:

« these elements of the suggested definition,<sup>5</sup> while they tend as a rule to be present in most investments, are not a formal prerequisite for the finding that a transaction constitutes an investment as that concept is understood under the Convention." (emphasis added)

99. In *Bayindir* (where the tribunal comprised Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler as President, Sir Franklin Berman Q.C. and Professor Karl-Heinz Böckstiegel as co-arbitrators), the dispute arose out of a contract to construct a six-lane motorway and ancillary works known as the

<sup>4</sup> The Tribunal is aware that *Patrick Mitchell* has been the subject of much criticism over the manner in which the *ad hoc* Committee exercised its powers of annulment. However, the Tribunal will only refer to *Patrick Mitchell* for the views of the *ad hoc* Committee on the concept of "investment." The Tribunal makes no comment, and places no reliance, on the decision of the *ad hoc* Committee to annul the award of the arbitral tribunal.

<sup>5</sup> The tribunal relied on the definition used by the respondent (the Slovak Republic), which defined "investment" essentially as the acquisition of property or assets through the expenditure of resources by one party in the territory of a foreign country which was expected to produce a benefit on both sides and to offer a return in the future, subject to the uncertainties of the risk involved.

“Pakistan Islamabad-Peshawar Motorway” between the claimant and the National Highway Authority (a public corporation established under Pakistani laws). In determining whether there was an “investment,” the Tribunal took the view that *Salini*:

«held that the notion of investment presupposes the following elements: (a) a contribution, (b) a certain duration over which the project is implemented, (c) sharing of the operational risks, and (d) 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. (emphasis added)

100. Although the tribunal in *Bayindir* stated that “*to qualify as an investment,*” the project in question must satisfy the elements identified in the above passage, it is more important to appreciate that the tribunal indicated that these elements “*may be closely interrelated, should be examined in their totality, and will normally depend on the circumstances of each case.*”

101. In *Jan de Nul* (Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler as President, Professor Pierre Mayer and Professor Brigitte Stern as co-arbitrators), the tribunal, in considering treaty claims arising out of the contract between the two claimants (Jan De Nul N.V. and Dredging International N.V.) and the Suez Canal Authority (a public agency established under Egyptian law) to deepen and widen the Suez Canal, found as follows:

«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 the 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 [sic] understood that these elements may be closely interrelated, should be examined in their totality and will normally depend on the circumstances of each case. (emphasis added)

102. The tribunal in *Jan de Nul*, in applying the so-called “Salini test” emphasised (as did the tribunals in *Salini* and *Bayindir*) that the various elements/or hallmarks of “investment,” must be “*examined in their totality and will normally depend on the circumstances of each case.*”

103. Even in *L.E.S.I.-DIPENTA*, the approach of the tribunal to the various conditions identified which must be satisfied before a contract could be considered as an “investment” under the ICSID Convention suggests that it took a very broad approach to the meaning of “investment.” In other words, the tribunal would not require clear evidence to establish a finding that each of the relevant hallmarks was present. Such an approach may, in practice, dilute the Jurisdictional Approach to such an extent that, in substance, it may not be significantly different from the Typical Characteristics Approach.

104. As mentioned earlier, the purpose of analyzing these cases above is not slavishly to adhere to precedent, but rather to discern a broad trend which emerges from ICSID jurisprudence on the “investment” requirement under the ICSID Convention.

### (cc) Significance of the Dichotomy

105. In any event, the differences between the two approaches are likely to be academic. In practice, it is unlikely that any difference in juristic analysis would make any significant difference to the ultimate finding of the tribunal. The existence of two possible approaches may be the result of the different emphases placed by the tribunal on each of the factors because the facts (or Counsel’s submissions) in one case may require (or encourage) the tribunal to place a stronger emphasis on a particular factor than in another case. This will happen where, although the requisite hallmarks of “investment” under the ICSID Convention appear to exist, the presence of one or more hallmarks may appear weak, and the tribunal may need to look at the strength of the other hallmarks in arriving at its decision.

106. Furthermore, ICSID tribunals tend to adopt an empirical rather than a doctrinaire approach in determining whether there is an “investment” within Article 25(1). This may be termed a Newtonian rather than a Cartesian approach (*i.e.* moving from the particular to the general rather than *vice versa*).

a) Where the facts are strongly in favour of a finding in each of the relevant hallmarks of “investment,” a tribunal can confirm its jurisdiction in strong terms emphasizing that the requirements of “investment” are clearly fulfilled. Such strong language may be interpreted in support of a Jurisdictional Approach. However, it may simply indicate the tribunal’s views on the weakness of a respondent’s jurisdictional challenge in that each of the relevant hallmarks of “investment” has clearly been satisfied by the claimant. (See discussion of *Bayindir* at Paragraphs 99–100 above).

b) Where the facts clearly show that one or more of the relevant hallmarks of “investment” are missing, a tribunal may uphold the jurisdictional challenge of a respondent in strong terms by using language in support of a Jurisdictional Approach in order to demonstrate more clearly why the tribunal is rejecting jurisdiction. (See discussion of *Joy Mining* at Paragraphs 84–88 above).

c) Where the facts are not as clear-cut as in the scenarios envisaged in a) and b) above, a tribunal will have to consider whether there is any evidence in support of each of the relevant hallmarks of “investment.” Where there is some marginal evidence in support of one of the relevant hallmarks of “investment,” but more conclusive evidence in support of the other relevant hallmarks of “investment,” the tribunal may choose to discount the weakness of the claimant’s case in one of the relevant hallmarks of “investment” by stating that the issue of “investment” should be approached on a holistic basis. Put another way, while it is still necessary to fulfill the formal requirements of “investment” by demonstrating that the facts meet all the established hallmarks of “investment,” weak or superficial compliance with one of the hallmarks of “investment” may be compensated by more compelling evidence in the other hallmarks of “investment” so that, in the global assessment of the various factual elements, a tribunal may still conclude that there is an “investment” because these hallmarks of “investment” are (in the language of *Salini*) interdependent. In this situation, a tribunal is likely to use language that may be interpreted as advocating a Typical Characteristics Approach. (See discussion of *Jan de Nul* at Paragraphs 101–102 above).

d) Alternatively, in the scenario described in c) above, a tribunal may also rely on a Jurisdictional Approach but, in examining whether each of the relevant hallmarks of “investment” is satisfied, the tribunal may take a broad approach, requiring only relatively marginal evidence to establish a positive finding in favour of assuming ICSID jurisdiction. The tribunal may also state, in its overall assessment of the factual elements that, notwithstanding compliance with all the hallmarks of “investment,” the qualitative manner in which these hallmarks are satisfied are insufficient to satisfy the overall test of “investment.” In other words, the hallmarks, although essential, are not sufficient to ensure that a contract is an “investment.” (See discussion of *Patrick Mitchell* at Paragraphs 90–96 above).

e) The classical *Salini* hallmarks are not a punch list of items which, if completely checked off, will automatically lead to a conclusion that there is an “investment.” If any of these hallmarks are absent, the tribunal will hesitate (and probably decline) to make a finding of “investment.” However, even if they are all present, a tribunal will still examine the nature and degree of their presence in order to determine whether, on a holistic assessment, it is satisfied that there is an ICSID “investment.” The *ad hoc* Committee’s remarks in *Patrick Mitchell* quoted in Paragraph 94 above (essential but insufficient characteristic or criterion of investment) can reasonably apply, not merely to the requirement of contribution to the host State’s economic development, but to all the *Salini* hallmarks.

#### **(c) Consideration of the Characteristics of “Investment” Applied to the Present Case**

107. Having completed the legal analysis of the relevant authorities, the Tribunal now turns to consider to what degree the hallmarks of “investment” are met in the present case, adopting a fact-specific and holistic assessment.

##### **(aa) Lack of Regularity of Profit and Returns is Immaterial in Relation to the Present Facts**

108. The Tribunal first considers a hallmark of “investment” cited in *Joy Mining*, which is that there must be regularity of profits and returns. This particular hallmark did not feature in the so-called *Salini* test, although it is mentioned in *Schreuer*. There is no regularity of profits and returns on the present facts. However, the Tribunal accepts the Claimant’s answer in response, which is that this criterion may not always be decisive. The example of the pharmaceutical company cited by the Claimant in its “Post-Jurisdiction Hearing Notes & Points” is apt<sup>6</sup>F and the Tribunal agrees that this criterion is not always critical. Further, this has not been held to be an essential characteristic or criterion in any other case cited in this Award, and its presence or otherwise may therefore not be determinative of the question of “investment.” The Claimant also points out that, although there was no regularity of profits and returns in this case, there was a regular and steady accretion of “investment” (presumably meaning expenditure) as work progressed on

<sup>6</sup> The Claimant cites the example of a pharmaceutical company’s investment in the development of a drug as an example of an investment which does not have regularity of profit and return. The Claimant points out that, before any profit and return could be realized, the drug would have to be discovered, tested, approved by the regulatory authorities, and accepted by the market. This is a costly process that could take several years. The Claimant argues that, during such time, there could be a build-up and accretion of investment, but no return on investment as such.

the DIANA Project, and more and more items were salvaged. Accordingly, taking into account that this is not a classical hallmark of “investment” and the submissions of the Claimant, the Tribunal concludes that the absence of this hallmark is immaterial for the reasons stated by the Claimant.

##### **(bb) Contributions**

109. It is not in dispute that the Claimant has expended its own funds, whether in the form of equipment, know-how or personnel, or in the performance of the Contract in its entirety, without any cash payment or other financial assistance from the Respondent. Accordingly, the Tribunal finds that the Claimant has, like the claimants in *Salini*, made contributions in money, in kind and in industry although, as the Respondent has pointed out in its submissions of December 14 2006, the size of the contributions were in no way comparable to those found in *Salini*, *Bayindir* and *Jan de Nul* or even in *Joy Mining*. Furthermore, the nature of the Claimant’s contributions are largely similar to those which might have been made under a commercial salvage contract (albeit with additional obligations in assisting in the ultimate sale of the salvaged articles).

##### **(cc) Duration of the Contract**

110. The Contract took almost four years to complete. Accordingly, it complies with the minimum length of time of two to five years, as discussed in *Salini*. However, owing to the nature of the Contract, the Claimant only managed to satisfy this factor in a quantitative sense. The original stipulated duration of the Contract was only for 18 months, which was extended by mutual consent. One might well argue that the Contract was only able to meet the minimum length of time of two years because of the element of fortuity (since the duration of the Contract depended largely on how long the Claimant would take to find and salvage the DIANA). The nature of the project meant that the Claimant could have completed it within a shorter period than two years and was in fact contractually required to do so within 18 months.

111. The ICSID tribunals in *L.E.S.I.-DIPENTA* and *Bayindir* considered that, in the context of construction contracts, one could take into consideration the time extensions that would often be required in determining whether a contract was an “investment” within the meaning of Article 25(1). In the Tribunal’s view, the key reason for in allowing time extensions to be considered was motivated by the fact that, in *L.E.S.I.-DIPENTA*, the tribunal suggested that an assessment of the criterion of duration was linked to whether the contract was for an operation that promoted the economy and the development of the host State.<sup>7</sup>F Presumably, the longer the duration, the greater the economic commitment. Where the underlying contract does not promote the economy and development of the host State, there may be less justification to factor in the extensions granted under the Contract. The Tribunal, therefore, considers that:

<sup>7</sup> The reason why the tribunal in *L.E.S.I.-DIPENTA* did not consider the feature of significant contribution to the host State to be a separate feature was because this particular feature is, according to the tribunal, implicitly covered by the three so-called classical *Salini* characteristics/criteria (*i.e.*, contribution, duration and risk). In contrast, the tribunal in *Salini* and *Joy Mining* also took into consideration the fourth characteristic/criteria (*i.e.*, contribution to the economic development of the host State). *Schreuer* mentions a fifth characteristic/criterion (*i.e.*, regularity of profit and return).



a) since the duration of the Contract was dependent, in part, on the element of fortuity, and

b) for the reasons stated at Paragraphs 113–145 below, this Contract does not appear to be a contract that would promote the economy and development of the host State as the criterion of duration is not satisfied in the qualitative sense envisaged by ICSID jurisprudence.

Thus, the Tribunal concludes that, although the Claimant satisfies the duration characteristic or criterion in the quantitative sense, it fails to do so in the qualitative sense. However, such failure does not, by itself, mean that the project was not an “investment” within the meaning of Article 25(1) since a holistic assessment of all the hallmarks still needs to be made.

#### **(dd) Risks Assumed Under the Contract**

112. It is not in dispute that all the risks of the Contract were borne by the Claimant. The fact that these risks were not in any way borne by the Respondent would appear to afford a stronger reason to hold that the activity is an “investment” within the meaning of Article 25(1) as compared to an investment where the risks were shared. However, it has been conceded by counsel for the Claimant that salvage contracts are often on a “no-finds-no-pay” basis. This would not necessarily mean that all salvage contracts would be an “investment” within the meaning of Article 25(1), assuming this feature of investment to be the only factor in doubt. This is because the characteristics of “investment” identified by the tribunals in ICSID jurisprudence must be considered globally. The fact that the risks under these contracts would be assumed by the salvor does not necessarily lead to the inevitable conclusion that the salvage contract must be considered as an “investment” under the ICSID Convention. The nature of a salvage contract would mean that the assumption of risk by the salvor would be inherent in the transaction, rather than a special feature of the Contract which affected the salvor’s decision to undertake the project in question. The fact that salvage contracts are typically on a “no-finds-no-pay” basis is evidence that the risks assumed under the Contract were no more than ordinary commercial risks assumed by many salvors in a salvage contract. The Claimant has not provided any convincing reasons why the risks assumed under the Contract were anything other than normal commercial risks. It is clear under ICSID practice and jurisprudence that an ordinary commercial contract cannot be considered as an “investment.”<sup>8</sup> While the Claimant may have satisfied the risk characteristic or criterion in a quantitative sense (*i.e.*, that there was inherent risk assumed under the Contract), the quality of the assumed risk was not something which established ICSID practice and jurisprudence would recognize. Accordingly, since the Claimant can only superficially satisfy the so-called classical *Salini* features of investment, in the qualitative sense envisaged under established ICSID practice and jurisprudence, consideration of the remaining hallmarks of “investment” will assume greater significance on the particular facts of the case.

#### **(ee) Economic Development of Host State**

<sup>8</sup> See the decision of the former Secretary-General of ICSID Mr. I.F.I. Shihata not to register a request for arbitration in respect of a dispute arising out of an ordinary sale of goods contract; *Joy Mining* where the tribunal, in arriving at its conclusion that there was no jurisdiction, considered that risk inherent in a normal commercial contract would not be sufficient.

113. Finally, the Tribunal has to consider whether the Contract contributed to the economic development of Malaysia. There appears to be a difference in ICSID jurisprudence as to whether there is a need for a contract to make a significant contribution to the economic development of the host State. The tribunal in *Salini* considered that there should be a contribution to such economic development without stressing that it must be “significant.” However, on the facts of that case, it was likely that the tribunal would have formed the view that the contribution was significant. The tribunal in *L.E.S.I.-DIPENTA* took the view that this requirement need not even be considered, because it was implicitly covered in the previous three characteristics of an “investment.”

114. On the other hand, the tribunal in *Joy Mining* took the view that, to qualify as an “investment,” the contribution to the economic development of the host State must be “significant.”

115. The *Bayindir* tribunal cited *Joy Mining* in saying that an “investment” should be significant to the host State’s development. The tribunal in *Bayindir* then cited *L.E.S.I.-DIPENTA* to assert that this condition was often already included in the other three criteria of “investment.” On the facts, the *Bayindir* tribunal considered that the respondent did not dispute that a road infrastructure project would be important to the development of the country. The *Bayindir* tribunal’s interpretation of *L.E.S.I.-DIPENTA* suggests that it considered the possibility that, while this hallmark would usually be subsumed within the previous three hallmarks of “investment,” there might be situations where it would not be so subsumed. It also endorsed the general view that a contribution had to be significant to the host State’s development.

116. The tribunal in *Jan de Nul*, citing *Salini*, *Bayindir* and *L.E.S.I.-DIPENTA*, stated that a contribution to the host State’s development would be indicative of an “investment” within the meaning of Article 25(1). The tribunal took the view that, on the facts, the contract was of “*paramount significance*” to the host State’s economy and development. (See Para 92 of the Award).

117. In *CSOB*, the tribunal also made a finding that the contract made a significant contribution to the economic development of the host State.

118. In *Patrick Mitchell*, the *ad hoc* Committee departed from *L.E.S.I.-DIPENTA*, and considered this hallmark of “investment” as “*an essential - although not sufficient - characteristic or unquestionable criterion*” of “investment.” (See Paragraph 94 above). However, the *ad hoc* Committee added that this “*does not mean that this contribution must always be sizable or successful . . .*” The *ad hoc* Committee also stated that 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 but also variable depending on the case.*”

119. In contrast, the tribunal in *PSEG* (comprising Professor Francisco Orrego Vicuña as President, Mr. Yves Fortier Q.C. and Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler as co-arbitrators) did not appear, at first blush, to consider it important for an “investment” to contribute significantly to the economy of the host State. In *PSEG*, a Concession Contract was signed between the Claimant and the Republic of Turkey to construct a power plant on a Build-Operate-



Transfer model (“BOT Model”). The tribunal (see Paragraphs 80–90 of the Decision on Jurisdiction) appeared to conclude that it had jurisdiction over the dispute simply because the Concession Contract was signed by the parties. Hence it appears to suggest that the existence of a valid contract would lead to the assumption of jurisdiction by the tribunal. The tribunal did not discuss how the Concession Contract amounted to an “investment” within Article 25, nor did it cite the *Salini* criteria in arriving at its conclusion. The summary of the Republic of Turkey’s arguments in *PSEG* provided in the tribunal’s decision does not indicate that it had placed emphasis on the application of the *Salini* criteria. In this Tribunal’s view, the main reason why the *PSEG* tribunal did not discuss the *Salini* criteria was because the investment in question was a “readily recognizable investment.” The concept of “readily recognizable investment” was cited in *Schreuer* and credited to Dr. Aron Broches who, during the debate over the draft of the Executive Directors’ Report, “recalled that none of the suggested definitions for the word ‘investment’ had proved acceptable . . . . [W]hile it might be difficult to define the term, an investment was in fact readily recognizable.”

120. The following facts were present in *PSEG*.

a) The original amount of investment envisaged in the Concession Contract amounted to US\$804.8 million. The claimant had issued a performance bond worth US\$8.848 million pursuant to the Concession Contract (although the performance bond was not subsequently renewed when it expired). These two facts would have satisfied the characteristic/criterion of contribution under the *Salini* test.

b) Although the Concession Contract provided for economic adjustments under Article 8, paragraph 3 of the Concession Contract, there would still be risks for the claimant in that any costs expended would not be recovered if the respondent rejected the claimant’s revision of the tariffs that it could charge under the Concession Contract “on the basis of reasonable grounds.” In such a situation, if the claimant “abandons the project prior to the construction start date, the [claimant] and the [respondent] shall have no claim against one another.” If the claimant had expended costs discharging its obligations under the Concession Contract after its execution, there would obviously have been risk assumed by the claimant. Furthermore, the fact that the Contract did not contain any specific provision on dispute settlement would also contain a certain amount of risk for the claimant, especially from the view of securing financing for the project.

c) Although the Decision on Jurisdiction in *PSEG* did not specify the duration needed to build the power plant, it would be reasonable to assume that, in view of the complex scale of the project, which envisaged the power plant to run for 38 years and the total investment to run up to US\$804.8 million, the duration needed for the construction of the power plant would meet the duration characteristic/criterion stated in ICSID jurisprudence of two to five years. (See Paragraph 110 above).

d) The Concession Contract was for the construction of a power plant which, on any account, must have been of benefit to the economy of the Republic of Turkey. This would satisfy the characteristic/criterion of economic development to the host State.

e) As the project was envisaged to be a BOT Model, it would also satisfy the final characteristic/criterion of

regularity of profits and returns since the claimant would be allowed to operate the power plant for a number of years and charge an appropriate tariff for the sale of the electricity generated.

121. Against that background, it is easily understandable why the tribunal in *PSEG* assumed jurisdiction over the dispute. The *Salini* test was so obviously satisfied in *PSEG* that a detailed discussion of its application was unnecessary.<sup>9</sup>

122. In fact, the Tribunal is inclined to agree with the Respondent’s analysis of *PSEG* that the Concession Contract must, by its nature, constitute a paramount significance to the economic development of the host State and, therefore, satisfying the requirement of contributing to the economy of the host State on the facts in *PSEG* because the power plant project in the *PSEG* case “was of ‘such magnitude and complexity’ and involved a risk to the extent that the operation of the project constitutes a paramount significance in the economy and development of the country.”( *PSEG* (quoting Para. 13 of the Respondent’s Comments dated March 22, 2007).

123. The Tribunal considers that the weight of the authorities cited above swings in favour of requiring a significant contribution to be made to the host State’s economy. Were there not the requirement of significance, any contract which enhances the Gross Domestic Product of an economy by any amount, however small, would qualify as an “investment.” It also bears noting that in *Joy Mining*, the value of the bank guarantee had a value of GBP 9.6 million and yet did not qualify as a contribution to the economy of Egypt. Taking into account the entire factual matrix of the case, this feature may be of considerable, even decisive, importance. This is due in part to the Tribunal’s findings that the other features of “investment,” such as risk and duration of contract, only appear to be superficially satisfied on the facts of this case, and not in the qualitative sense envisaged under ICSID practice and jurisprudence. The Tribunal is therefore left only with the contributions made by the Claimant, and has to determine whether these contributions would represent a significant contribution to the host State’s economic development.

124. In unusual situations such as the present case, where many of the typical hallmarks of “investment” are not decisive or appear to be only superficially satisfied, the analysis of the remaining relevant hallmarks of “investment” will assume considerable importance. The Tribunal therefore considers that, on the present facts, for it to constitute an “investment” under the ICSID Convention, the Contract must have made a significant contribution to the economic development of the Respondent.

#### **(ff) Whether There Was Economic Contribution to Malaysia’s Economic Development Under the Contract**

125. Any contract would have made some economic contribution to the place where it is performed. However, that does not automatically make a contract an “investment” within the meaning of Article 25(1). As stated by *Schreuer*, there must be positive impact on a host State’s development. *Schreuer* cites *CSOB* in concluding that an “investment”

<sup>9</sup> It is inconceivable that the tribunal in *PSEG* was not intending to apply the *Salini* test when the decision in *Joy Mining* was made by Professor Francisco Orrego Vicuna as the presiding arbitrator and the decisions in *Bayindir* and *Jan de Nul* were made by Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler as presiding arbitrator.

must have a positive impact on a host State and, in *CSOB*, the tribunal stated that there must be significant contributions to the host State's economic development.

126. The approach of *Schreuer* and *CSOB* can be contrasted with the decision of the *ad hoc* Committee in *Patrick Mitchell*, which endorsed a broader approach, simply requiring some form of contribution to the economy of the host State in one way or another.

127. In that case (see Paragraphs 90–96 above), the *ad hoc* Committee observed that the case at hand did not involve a “readily recognizable” “investment” and it was the first time such a claim was brought before the Centre.

128. The *ad hoc* Committee also considered that a law firm is an uncommon operation from the standpoint of the concept of “investment.” Accordingly, the *ad hoc* Committee indicated that it was necessary for the contribution to the economic development (or at least the interests of the host State DRC) to be somehow present in the operation of the law firm. The *ad hoc* Committee also stated that it would be necessary for the award to show how Mr. Mitchell, through his know-how, concretely assisted the DRC by providing legal services in a regular manner by specifically bringing investors into the DRC. The *ad hoc* Committee held that the award failed to show all these elements. According to the *ad hoc* Committee, the vague references in the award to, *inter alia*, declarations made by former clients of the law firm, agreements and the loss of such clients failed to fill the gaps created in the award. The *ad hoc* Committee also criticized the tribunal for failing to explain in its award why the relationship between the law firm and the DRC should be regarded as an “investment.” The *ad hoc* Committee was at pains to emphasize that inadequate reasoning in the award might open the door for genuine abuse to the extent that it would grant the qualification of “investor” to any law firm established in a foreign country and enable the law firm to take advantage of the special arbitration system of ICSID.

129. In the present case, the Contract is not a “readily recognizable” “investment.” This is also the first time a marine salvage claim has been brought before the Centre.

130. Viewing all the circumstances of the factual matrix in this case, the Tribunal finds that the question of contribution to the host State's economic development assumes significant importance because the other typical hallmarks of “investment” are either not decisive or appear only to be superficially satisfied. (See Paragraph 124 above).

131. Unlike the Construction Contract in *Salini* which, when completed, constituted an infrastructure that would benefit the Moroccan economy and serve the Moroccan public interest, the Tribunal finds that the Contract did not benefit the Malaysian public interest in a material way or serve to benefit the Malaysian economy in the sense developed by ICSID jurisprudence, namely that the contributions were significant.

132. In the oral proceedings, the Claimant attempted to show that the Contract did provide some form of benefit to the Malaysian economy, when it was indicated during a presentation by Mr. Dorian Ball, the Director of the Claimant, that local residents were employed by the Claimant to “wash, pack, inventorise and photograph the porcelains” (see page 181, at line 21–23, of the transcripts of the hearing of May 25, 2006) salvaged from the DIANA.

To the extent that the Claimant had provided gainful employment to these Malaysians, the Tribunal accepts that the Contract did benefit the Malaysian public interest and economy to some extent. However, this benefit is not of the same quality or quantity envisaged in previous ICSID jurisprudence. The benefits which the Contract brought to the Respondent are largely cultural and historical. These benefits, and any other direct financial benefits to the Respondent, have not been shown to have led to significant contributions to the Respondent's economy in the sense envisaged in ICSID jurisprudence.

133. The oral submissions were subsequently elaborated upon in the post-hearing submissions where the Claimant submitted, *inter alia*, that it had employed over 40 people in Malaysia, as well as a village of local residents, imparted valuable know-how and knowledge on the science and process of historical marine salvage, which would ultimately benefit Malaysian museums, and its performance under the Contract had raised Malaysia's international profile and drew welcome attention to Malaysia as a favourable and attractive location or destination for history, treasure, archaeology and revenue-generating tourism. The Claimant also argued that the Contract had contributed over US\$1 million in cash to the Malaysian treasury.

134. The Claimant also elaborated on the Contract's “contribution” to the development of the host State in its submissions of December 17, 2006. It also listed some 27 categories of contributions to the Respondent's development. The Claimant submits that, while its contributions may be small compared to the contributions of electrical utilities, oil exploration companies or highway builders, the contribution from the Contract was the largest within the salvage industry (at least US\$3.8 million), and it is in that particular frame of reference within which its contributions and commitments must be measured<sup>10</sup>.

135. The Tribunal cannot accept the Claimant's submission of December 17, 2006, that its contribution must be measured in the context of the fact that it was the largest in the industry. The frame of reference for the purposes of determining whether the Contract is an “investment” under the ICSID Convention cannot depend on whether the Contract is the largest ever made within its particular industry. To determine whether the Contract is an “investment,” the litmus test must be its overall contribution to the economy of the host State, Malaysia.

136. The Claimant also observes (in its submissions of December 17, 2006) that, in *Patrick Mitchell*, the *ad hoc* Committee stated that the reason why, in some cases, the characteristic of economic development of the host State had not been expressly mentioned was because the facts in question in those cases concerned state contracts, which would have had an obvious and unquestioned impact on the development of the host State. The Claimant seeks to apply this argument to the present facts. The Claimant argues that the Contract was specifically and exclusively provided to the Respondent, and the Contract directly benefited the Respondent, and had a public purpose or interest. The Claimant submits that the Contract concretely assisted the Respondent and contributed to its economic as well as cultural development. The Claimant also points out that the

---

<sup>10</sup> are this to the GBP 9.6 million value of the bank guarantees in *Joy Mining* which was deemed insufficient by the tribunal in that case.

successful salvage of the DIANA raised the Respondent's profile and generated highly-desired attention to the Respondent. The Claimant says that the Respondent clearly considered the cultural and political benefits of the successful salvage of the DIANA to be more important and valuable than financial or commercial results. The Claimant also says that the most important consideration of all is the transfer of know-how by it to the officials of the Respondent which imparted an independent marine salvage capability to the Respondent.

137. On the other hand, the Respondent submits (in its submissions of December 14, 2006) that the salvage operation did not involve any or any significant contribution to its economic development. The Respondent submits that the Contract was merely concerned with the recovery of the DIANA and (as expressed in the Preamble to the Contract) was for the sole purpose of archaeological interest and the study of historical heritage. The Respondent submits that the financial spending and outlays of resources by the claimants in *Salini* and *Bayindir* were in response to the need for development of the infrastructure in the host State whereas, on the present facts, the Contract merely envisaged a recovery of artefacts from the sea, and such a venture was merely a contract for services and did not contribute significantly to Malaysia's economic development. The Respondent cites Clause 15.1 of the Contract which provides that the Respondent "shall not commercially exploit such rights in relation to the finds except in so far as to propagate education, tourism, museums, culture and history" as further proof that there was no significant contribution to the economic development of the Respondent. The Respondent also argues that there was no transfer of know-how or technology to it; and that the Contract is merely a standard salvage contract and not an "investment" in any sense of the word. The Respondent also emphasizes the distinction between it entering into a contract as a "merchant" and as a "sovereign."

138. Not every contract entered into with a sovereign state will have a positive impact on the economic development of the host State in the sense envisaged under the ICSID Convention. Although the Contract was directly entered into by the Claimant with the Respondent, that does not *ipso facto* make the Contract an "investment" within the ICSID Convention. The economic impact of the benefits of the Contract must be assessed to determine whether there was an "investment." Accordingly, the Tribunal must reject any perceived political or cultural benefits arising from the Contract in assessing whether it constituted an "investment" except where such benefits would have had a significant impact on the Respondent's economic development. Stripped of all political and cultural benefits arising from the Contract, the Tribunal must assess whether the benefits arising from the Contract were simply a commercial benefit arising from the Contract or whether the Contract provided a significant contribution to the Respondent's economy.

139. It should not be thought that investments of relatively small cash sums can never amount to an "investment." Investments can be valued in ways other than pure cash, *e.g.* as human capital or intellectual property rights. So long as the putative investor has committed to making a contribution which results in some form of positive economic development, this *Salini* hallmark can be fulfilled, although subject always to the balancing exercise described in Paragraphs 106(c) and (d) above.

140. The Tribunal now turns to examine previous ICSID jurisprudence to determine what kind of contributions have been held by ICSID tribunals to constitute a significant contribution to the economy of the host State.

141. As explained by *Schreuer* (at 125) and *CSOB*, the contract which the claimant had with the Collection Company in *CSOB* was instrumental to the development of the host State's banking infrastructure.

142. In *Jan de Nul* and *Bayindir*, the substantial contributions manifested themselves in the form of public infrastructure projects which were of permanent value, and they provided tangible benefits to the host State's economic development.

143. The Tribunal finds that, even accepting the evidence of the Claimant as raised in its oral submissions, the post-hearing submissions and its submissions of December 17, 2006, the Contract did not make any significant contributions to the economic development of Malaysia. The Tribunal considers that these factors indicate that, while the Contract did provide some benefit to Malaysia, they did not make 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. While the Tribunal is aware of the comment in *Mihaly* that "the question whether an expenditure constitutes an investment or not is hardly to be governed by whether or not the expenditure is large or not," the Tribunal concludes that there was no substantial contribution because the nature of the benefits that the Contract offered to Malaysia did not provide substantial benefits in the sense envisaged in previous ICSID jurisprudence such as *CSOB*, *Jan de Nul* and *Bayindir*.<sup>11</sup>

144. The benefits offered by the Contract to Malaysia were of a different nature to those offered in *CSOB*, *Jan de Nul* and *Bayindir*. The benefits flowing from the Contract were no different from the benefits flowing to the place of the performance of any normal service contract. The benefit was not lasting, in the sense envisaged in the public infrastructure or banking infrastructure projects. The submission that historical marine salvage contracts could lead to a thriving tourism industry appears speculative. In contrast, it is highly likely that a public infrastructure or banking infrastructure project such as those in *CSOB*, *Jan de Nul* and *Bayindir* could provide positive economic development to the host State.

145. While the evidence adduced by the Claimant at the oral hearing referred to in Paragraphs 132–133 above was objected to by the Respondents on the ground of late introduction, the Tribunal has referred to it to show that, even on the Claimant's best case, it could not establish its claim to have made an "investment." It has therefore not been necessary to call for any rebuttal evidence from the Respondent.

#### **(d) Conclusion**

146. Accordingly, the Tribunal concludes that the Contract is not an "investment" within the meaning of Article 25(1) of the ICSID Convention. The Claimant's claim therefore fails *in limine* and must be dismissed for want of jurisdiction.

<sup>11</sup> *C.f. Joy Mining* where the ICSID Tribunal ruled that a bank guarantee for over GBP9.6 million did not contribute a significant contribution to the Egyptian economy.

## **BIBLIOGRAPHIE**

- BEN HAMIDA W., « L'arbitrage Etat-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents », *JDI*, 2004, pp. 419-441.
- BEN HAMIDA W., L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions, *AFDI*, 2005.
- BURDEAU G., « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Revue de l'arbitrage*, 1995, pp. 3-38.
- GAILLARD E., « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. Arb.*, 2003, pp. 853- 875.
- GARA N., « Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI », in HORCHANI F. (Dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Pedone, 2006, pp. 45-52.
- LEMAIRE A., « Le nouveau visage de l'arbitrage entre Etat et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'ALENA », *Revue de l'arbitrage*, 2001 n°1, p. 80.
- MILANOVA A., « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atouts discrets d'une hégémonie », *JDI*, 2003, pp. 87- 100.
- MISTELIS L., « Confidentiality and Third Party Participation. *UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States* », *Arbitration International*, 2005, pp. 211-231.
- PAULSSON J., « Arbitration without privacy », *ICSID Rev. – FILJ*, 1995, pp. 232-257.
- POIRAT F., « L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées », *RGDIP*, 1998, pp. 45-84.
- STERN B., « L'entrée de la société civile dans le règlement des différends entre Etat et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, 2002, pp. 329-345.
- STERN B., « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 253-ss.
- TABET S., « Application de l'obligation de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée dans le jurisprudence arbitrale en matière d'investissement », in Ph. Kahn et Th.Wälde (dir.) « *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux* », Martinus Nijhoff, 2007, pp. 353-389.

## **DOCUMENTS REPRODUITS**

**Document 1** – Affaire *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, CIRDI n° ARB/03/24, décision sur la compétence, 8 février 2005 (Extraits)

**Document 2** – Modifications du Règlement d'arbitrage CIRDI, 2006.

## **EXERCICES**

Résoudre le cas pratique ci-joint.

Sujet de réflexion : Les avantages respectifs du recours au règlement d'arbitrage de la CNUDCI et du recours au CIRDI.

## Cas pratique

La République de Taïga et le Royaume de Boréal ont conclu une Convention bilatérale de promotion et de protection réciproques des investissements le 18 mars 1998. L'article XIII de ce TBI prévoit le recours au CIRDI en cas de différend (*voir pièce jointe*).

En juillet 2004, la société SOCOBois, entreprise boréale spécialisée dans l'exploitation du bois d'œuvre résineux, conclut un contrat avec l'Office national des forêts de Taïga (ONF) qui gère directement pour le compte de l'Etat l'ensemble des forêts du pays. Le contrat a été contresigné par le Ministre des forêts et de la Faune de Taïga avec la mention « approuvé et agréé ». Ce contrat permet l'exploitation des ressources forestières de la région du Lac vert où est situé l'ensemble des ressources en bois d'œuvre résineux de Taïga. SOCOBois doit par ailleurs assurer la conservation et le renouvellement de la forêt, notamment en replantant deux arbres pour un arbre coupé. En cas de différend, le contrat contient une clause d'attribution de juridiction aux tribunaux nationaux de Taïga.

En mars 2005, la République de Taïga ratifie l'Accord sur la protection et la préservation des forêts de bois d'œuvre résineux qui vise à réduire l'exploitation de cette ressource de plus en plus menacée d'épuisement. Afin de mettre en œuvre la convention sur son territoire, le Gouvernement de Taïga adopte la loi n° 27/2005 du 3 avril 2005 qui limite fortement les quantités autorisées de coupe de bois, interdit la coupe des troncs d'arbres inférieurs à une certaine circonférence et interdit toute coupe de bois pendant les mois de mars à juin afin de préserver la période de bourgeonnement et de renouvellement de la flore.

L'activité de la société SOCOBois s'en trouve très largement affectée, d'autant plus qu'elle est la seule société étrangère concernée par cette réglementation sur le territoire de Taïga. La Société décide donc de déposer une requête, en ce qui concerne des violations alléguées du contrat, devant la Cour fédérale de Taïga. Dans le même temps elle décide de saisir le CIRDI, sur le fondement de l'article XIII du TBI du 18 mars 1998. SOCOBois affirme en effet que le Gouvernement de Taïga a violé ses obligations conventionnelles en adoptant la loi n° 27/2005 qui est une mesure discriminatoire et ayant un effet équivalent à l'expropriation.

La requête a été enregistrée le 27 juin 2005. Vous avez été désigné pour présider le Tribunal. Les deux parties ont déposé leur mémoire sur la compétence le 12 février 2006. La Taïga soulève trois exceptions préliminaires tendant à établir l'incompétence du Centre pour le différend en question.

Dans un premier temps, la Taïga fait valoir qu'elle n'a nullement exprimé son consentement par écrit à l'arbitrage CIRDI comme l'exige l'article 25 de la Convention de Washington et le TBI de 1998. Par ailleurs, la Taïga met en avant le fait que le différend n'a pas lieu au sujet d'un investissement entre l'Etat et l'investisseur. Pour la Taïga l'opération en cause est le contrat qui a été conclu entre SOCOBois et l'ONF, agence indépendante de l'Etat qui ne peut engager la responsabilité de ce dernier. Enfin, la Taïga fait valoir que le CIRDI ne peut connaître d'un différend pour lequel il est prévu par le contrat en cause qu'il sera soumis aux juridictions nationales de l'Etat hôte et pour lequel l'investisseur a fait valoir la clause d'option irrévocable contenue dans le TBI en saisissant en premier lieu la Cour fédérale Taïgane.

Dans la mesure où le Tribunal se reconnaît compétent, l'association *GreenForest*, ONG mondialement connue pour ses frasques en matière de « raids anti-dévastateurs de forêts », souhaite intervenir à l'instance à titre d'*amicus curiae*. La société SOCOBois s'y oppose vigoureusement en invoquant le principe de confidentialité qui doit guider la procédure arbitrale.

### **Vous répondrez aux questions suivantes :**

Le Tribunal est-il compétent pour connaître de ce différend ?

Dans l'affirmative, peut-il accepter de recevoir le mémoire d'*amicus curiae* que souhaite déposer *GreenForest* ?

Pièce jointe : Extraits de la Convention bilatérale de promotion et de protection réciproques des investissements conclue le 18 mars 1998 entre la République de Taïga et le Royaume de Boréal.

#### *Article XIII – Règlement des différends entre un investisseur et la Partie contractante d'accueil*

*1. Un investisseur peut, en conformité avec le paragraphe (4), soumettre à l'arbitrage un différend visé au paragraphe (1), uniquement si les conditions suivantes sont réunies :*

*a) l'investisseur a consenti par écrit à l'arbitrage ;*

*b) l'investisseur a renoncé à son droit d'engager ou de continuer toute autre procédure relativement à la mesure prétendument contraire au présent accord, devant les juridictions civiles ou administratives de la Partie contractante en cause ou un organe de règlement des différends ;*

*2. Le différend est, au choix de l'investisseur en cause, tranché selon l'une des formules d'arbitrage suivantes :*

*a) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), établi conformément à la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats,*

*b) un arbitre international ou un tribunal arbitral spécial établi conformément aux Règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI).*

*3) Chacune des Parties contractantes consent inconditionnellement par les présentes à soumettre le différend à l'arbitrage international en conformité avec les dispositions du présent article.*

*4) Le consentement donné au paragraphe 5, ainsi que le consentement donné au paragraphe 3 satisfont à la nécessité d'un consentement écrit des parties à un différend aux fins du chapitre II (Compétence du Centre) de la Convention CIRDI.*

**Document 1 - Affaire *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, CIRDI n° ARB/03/24, décision sur la compétence, 8 février 2005 (Extraits)**

*Le « consentement » de la demanderesse*

133. La demanderesse estime qu'elle a valablement exercé son droit prévu à l'article 26 du TCE en soumettant le différend qui l'oppose à la défenderesse à un tribunal arbitral CIRDI, et que son propre « consentement par écrit » à la compétence du CIRDI, tel que requis par l'article 25(1) de la Convention CIRDI, est contenu aux paragraphes 109-111 de sa requête d'arbitrage, confirmé dans sa lettre adressée le 24 décembre 2002 à la défenderesse. Tel qu'il ressort du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 11 novembre 2002 de la demanderesse, le conseil a décidé de donner pouvoir (entre autres) à M. Nordtømme de former une demande d'arbitrage CIRDI contre la défenderesse et, à cette fin, la demanderesse a donné un mandat à M. Nordtømme le 11 novembre 2002. La demande d'arbitrage ainsi que la lettre datée du 24 décembre 2002 ont été signées par M. Nordtømme, en sa qualité d'avocat de la demanderesse. M. Nordtømme est un avocat exerçant à Oslo, Norvège.

134. La défenderesse conteste la validité de l'exercice de ce droit et l'expression du consentement donné au nom de la demanderesse au motif que la personne qui a agi au nom de la demanderesse n'était pas habilitée ou autorisée à le faire. Cette position est fondée sur le litige existant sur la propriété des actions de la demanderesse entre Dolsamex, M. O'Neill et PHL. (Ce moyen est différent, bien que similaire dans les faits, de celui traité ci-dessous relativement à la possession et au contrôle continu de la demanderesse au sens de l'article 17(1) première branche.)

135. Le Tribunal estime que cette argumentation soulevée par la défenderesse doit être rejetée pour deux raisons cumulatives. En premier lieu, l'exercice et le consentement en cause ont été effectués par la demanderesse agissant par l'entremise de ses organes de direction et par son avocat dûment autorisé à cet effet. Ils n'ont pas été effectués par les actionnaires de la demanderesse ou par des personnes prétendant agir en qualité d'actionnaires. Les statuts de la demanderesse intègrent le Tableau A de la loi chypriote sur les sociétés qui donne un pouvoir général de gestion au conseil d'administration, y compris le droit de saisir les tribunaux ou de recourir à l'arbitrage au nom de la société. Ce pouvoir n'appartient pas aux actionnaires et, en conséquence, tout litige relatif à la propriété des actions de la demanderesse est sans incidence sur la validité des actes accomplis au nom de la demanderesse par ses directeurs ou mandataires dûment autorisés et habilités à cet effet. Il n'est pas suggéré, ni possible de le faire au vu des informations en la possession du Tribunal, que la composition du conseil d'administration ou le mandat donné à M. Nordtømme ne serait pas valable.

136. En deuxième lieu, le litige portant sur la propriété des actions de la demanderesse entre Dolsamex, M. O'Neill et PHL n'a pas encore été tranché par les juridictions suisses et bulgares et, ces litiges non résolus, qui sont encore à des mois sinon à des années de leur règlement définitif, ne peuvent à eux seuls invalider des actes des directeurs et conseils de la demanderesse qui seraient valables sinon. Il va de soi que si la solution des litiges en question devait à

l'avenir être défavorable à PHL, cela risquerait d'entraîner des changements significatifs dans la composition du conseil d'administration de la demanderesse et le pouvoir de ses avocats mais ces changements n'auraient de conséquences que pour l'avenir. En même temps, ils ne pourraient pas invalider rétroactivement ce qui, sans cela, a été valablement fait au nom de la demanderesse. Le changement de propriétaire ou de la composition du conseil d'administration de la demanderesse n'affectera pas non plus la décision de ce Tribunal qui sera *res judicata* entre PCL et la Bulgarie.

137. Le Tribunal décide, en conséquence, que l'exercice du droit de la demanderesse de soumettre le litige l'opposant à la défenderesse au CIRDI en vertu de l'article 26 du TCE est valable et qu'il satisfait la condition de consentement par écrit requis par l'article 25 (1) de la Convention CIRDI.

*Le « consentement » de la défenderesse*

138. La demanderesse soutient que la signature et l'accession de la Bulgarie au TCE constitue le « consentement par écrit » de la défenderesse à l'arbitrage CIRDI requis par l'article 25(1) de la Convention de Washington. Elle soutient que l'article 26 du TCE constitue une offre permanente et ouverte d'arbitrage CIRDI (entre autres) des États contractants aux investisseurs des autres États contractants. En introduisant sa demande d'arbitrage, comme il a été observé précédemment, la demanderesse a accepté cette offre et, ayant elle-même donné son consentement écrit à l'arbitrage conformément à l'article 25(1) de la convention CIRDI, la compétence du Tribunal est établie au regard de la Convention de Washington et de l'article 26 du TCE.

139. La défenderesse rétorque que pour démontrer le consentement de la Bulgarie à l'arbitrage CIRDI, il doit y avoir un litige qui concerne un manquement allégué d'une obligation de la Partie III du TCE. Selon la défenderesse, les conditions posées à l'article 17 (1) étant réunies, il ne peut y avoir de demandes relatives à un manquement de la Partie III et aucun consentement de la Bulgarie de soumettre à un arbitrage de telles demandes.

140. Le Tribunal accepte l'analyse de la demanderesse concernant le mécanisme d'arbitrage entre État et investisseurs du TCE et de la Convention CIRDI mais, pour des raisons qui deviendront claires dans les développements qui suivent, il souhaite mettre l'accent sur plusieurs caractéristiques de la convention d'arbitrage des parties créée par ces deux instrument. En premier lieu, l'article 26(3) (a) du TCE dispose que les Parties contractantes donnent leur « consentement inconditionnel » à un tel arbitrage (sous réserve de certaines exceptions qui sont sans intérêt en l'espèce) ; en conséquence, en tant que Partie contractante, la défenderesse a, par là même, donné son consentement écrit inconditionnel requis par la Convention CIRDI. En second lieu, l'article 46 du TCE prévoit qu'aucune réserve ne peut être faite au TCE. La Bulgarie n'en a, en fait, effectué aucune concernant l'article 26 et, en conséquence, son consentement est inconditionnel. En troisième lieu, en vertu de l'article 25 (1) de la Convention de Washington, aucune partie ayant donné son consentement

ne peut « le retirer unilatéralement ». En conséquence, le consentement de la défenderesse est devenu irrévocable au jour de la demande d'arbitrage de la demanderesse. Enfin, l'article 45 (1) du TCE prévoit que chaque signataire accepte d'appliquer le Traité à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur pour ce signataire ; conformément à l'article 25 de la Convention de Vienne, il s'ensuit que, l'article 26 du TCE s'applique provisoirement depuis la date de signature sauf si l'État, comme l'y autorise l'article 45(2)(a) du TCE, déclare ne pas être tenu d'appliquer provisoirement le Traité. (La Bulgarie n'a pas effectué une telle déclaration).

141. Pour toutes ces raisons, l'article 26 du TCE ouvre à un investisseur couvert par le TCE une voie de droit pratiquement sans précédent contre l'Etat d'accueil. Le TCE, au même titre que l'ALENA, a été décrit comme « un traité multilatéral de premier plan, pionnier dans l'utilisation très large des méthodes de droit caractéristiques de la réglementation grandissante de l'économie globale », et dont « l'aspect probablement le plus important du régime de l'investissement dans le TCE est la disposition consacrant l'arbitrage obligatoire contre les Etats à l'option des investisseurs étrangers (...) ». Ces éminents commentateurs

concluent que « le déplacement du paradigme de la simple protection par l'État d'origine de l'investisseur ou d'un commerçant à celui de l'élaboration d'une structure juridique d'une économie globale libérale implique une utilisation coordonnée des méthodes juridiques relatives au commerce et aux investissements pour atteindre un même objectif : une sphère d'activité globale pour des activités dans un marché concurrentiel ». À tous égards, l'article 26 du TCE est un élément essentiel du TCE, qui est en lui-même un traité majeur pour les investisseurs, marquant une étape supplémentaire dans la transformation de leur statut d'objet à leur statut de sujet du droit international.

#### *Conclusion provisoire du Tribunal sur l'article 26 du TCE*

142. En conclusion, sous réserve de la réponse apportée à la question importante relative à l'article 17 (1) du TCE soulevée par la défenderesse (qui sera traitée ci-après), il résulte des décisions prises jusqu'à présent que le Tribunal s'estime compétent pour connaître du fond du présent litige entre la demanderesse et la défenderesse au regard de l'article 26 du TCE et de la Convention CIRDI et, que les deux parties au différend ont donné leur consentement écrit au sens de l'article 25(1) de la Convention de Washington.

---

## **Document 2 – Modifications du Règlement d'arbitrage et du Règlement administratif et financier entrées en vigueur au 10 avril 2006 – Règlement d'arbitrage (2006)**

### **Art. 6. – Constitution du Tribunal**

(1) Le Tribunal est réputé constitué et l'instance engagée à la date à laquelle le Secrétaire général notifie aux parties que tous les arbitres ont accepté leur nomination.

(2) Avant la première session du Tribunal ou lors de cette session, chaque arbitre signe la déclaration suivante :

« À ma connaissance, il n'existe aucune raison susceptible de m'empêcher de faire partie du Tribunal arbitral constitué par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements à l'occasion d'un différend entre ..... et .....

« Je m'engage à tenir confidentielle toute information portée à ma connaissance du fait de ma participation à la présente instance, ainsi que le contenu de toute sentence prononcée par le Tribunal.

« Je m'engage à juger les parties de façon équitable, conformément au droit applicable, et à ne pas accepter d'instructions ou de rémunération relativement à l'instance, quelle qu'en soit l'origine, à l'exception de celles prévues à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États et aux règlements adoptés en vertu de ladite Convention.

« Est jointe à la présente une déclaration concernant (a) mes relations professionnelles d'affaires et autres (s'il en existe) avec les parties, passées et actuelles, et (b) toute autre circonstance qui pourrait conduire une partie à mettre en cause ma garantie d'indépendance. Je reconnais qu'en signant cette déclaration, je souscris l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance ».

Tout arbitre qui ne signe pas une telle déclaration avant la fin de la première session du Tribunal est considéré comme ayant démissionné.

### **Art. 32. – La procédure orale**

(1) La procédure orale consiste en l'audition par le Tribunal des parties, de leurs agents, conseillers et avocats, et des témoins et experts.

(2) *Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées.*

(3) Les membres du Tribunal peuvent, en cours d'audience, poser des questions aux parties, à leurs agents, conseillers et avocats, et leur demander des explications.

### **Art. 37. – Transports sur les lieux et enquêtes ; soumissions des parties non contestantes**

(2) *Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure :*

(a) *la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ;*

(b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;

(c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif. Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante.

## CHAPITRE V. – Procédures particulières

### Art. 39. – Mesures conservatoires

(1) Une partie peut à tout moment, après l'introduction de l'instance, requérir que des mesures provisoires pour la conservation de ses droits soient recommandées par le Tribunal. La requête spécifie les droits devant être préservés, les mesures dont la recommandation est sollicitée et les circonstances qui rendent ces mesures nécessaires.

(2) Le Tribunal examine par priorité une requête faite en vertu du paragraphe (1).

(3) Le Tribunal peut de sa propre initiative recommander des mesures conservatoires ou des mesures autres que celles précisées dans une requête. Il peut à tout moment modifier ou annuler ses recommandations.

(4) Le Tribunal ne recommande des mesures conservatoires ou ne modifie ou n'annule ses recommandations qu'après avoir donné à chaque partie la possibilité de présenter ses observations.

(5) Si une partie forme une requête en vertu du paragraphe (1) avant la constitution du Tribunal, le Secrétaire général fixe, à la demande de l'une ou l'autre des parties, un délai dans lequel les parties présentent leurs observations relatives à la requête de sorte que la requête et les observations soient examinées dans les plus brefs délais par le Tribunal à sa constitution.

(6) Les dispositions du présent article ne font pas obstacle, dans la mesure où les parties en ont convenu dans l'accord contenant leur consentement, à ce que les parties demandent à toute autorité judiciaire ou autre d'ordonner des mesures conservatoires soit antérieurement ou postérieurement à l'introduction de l'instance en vue de protéger leurs droits et intérêts respectifs.

### Art. 41. – Déclinatoires et moyens préliminaires

(1) Tout déclinatoire fondé sur le motif que le différend ou toute demande accessoire ne ressortit pas à la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, à celle du Tribunal, est soulevé aussitôt que possible. Une partie dépose son déclinatoire auprès du Secrétaire général au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire ou, si le déclinatoire se rapporte à une demande accessoire, avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt de la réplique, sauf si les faits sur lesquels le déclinatoire est fondé sont inconnus de la partie à ce moment-là.

(2) Le Tribunal peut, de sa propre initiative et à tout moment de l'instance, examiner si le différend ou toute demande accessoire qui lui est soumis ressortit à la compétence du Centre et à sa propre compétence.

(3) Dès qu'un déclinatoire relatif au différend est officiellement soulevé, le Tribunal peut décider de suspendre la procédure sur le fond de l'affaire. Le Président du Tribunal, après avoir consulté les autres membres, fixe un délai dans lequel les parties peuvent déposer leurs observations au sujet du déclinatoire.

(4) Le Tribunal décide si la procédure relative au déclinatoire soulevé conformément à l'alinéa (1) est orale. Il peut traiter le déclinatoire comme question préalable ou l'examiner avec les questions de fond. Si le Tribunal rejette le déclinatoire ou l'examine avec les questions de fond, il fixe à nouveau les délais pour la suite de la procédure.

(5) Sauf si les parties ont convenu d'une autre procédure accélérée pour soumettre des déclinatoires et moyens préliminaires, une partie peut, dans un délai maximum de 30 jours après la constitution du Tribunal, et, en tout état de cause, avant la première session du Tribunal, soulever un déclinatoire ou invoquer un moyen, relatif à une demande manifestement dénuée de fondement juridique. La partie indique aussi précisément que possible les bases juridiques du déclinatoire ou du moyen. Le Tribunal, après avoir donné aux parties la possibilité de présenter leurs observations, notifie aux parties, lors de la première session ou immédiatement après, sa décision sur le déclinatoire ou le moyen. La décision du Tribunal ne porte en aucune manière atteinte au droit d'une partie de soulever un déclinatoire conformément à l'alinéa (1) et d'invoquer, au cours de l'instance, un moyen relatif à une demande dénuée de fondement juridique.

(6) Si le Tribunal décide que le différend ne ressortit ni à la compétence du Centre ni à la sienne propre, ou que toutes les demandes sont manifestement dénuées de fondement juridique, il rend une sentence dans ce sens.

### Art. 48. – Prononcé de la sentence

(1) Dès signature de la sentence par le dernier arbitre signataire, le Secrétaire général, sans délai :

(a) certifie l'authenticité du texte original de la sentence et le dépose aux archives du Centre, en y joignant toute opinion individuelle et toute mention de dissentiment ; et

(b) envoie à chaque partie une copie certifiée conforme de la sentence (comprenant les opinions individuelles et les mentions de dissentiment), en indiquant la date d'envoi sur le texte original et sur toutes les copies.

(2) La sentence est réputée avoir été rendue le jour de l'envoi des copies certifiées conformes.

(3) Le Secrétaire général fournit aux parties, sur demande, des copies certifiées conformes supplémentaires de la sentence.

(4) Le Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties. Toutefois, le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal.



### BIBLIOGRAPHIE

- Delaume G., « The Pyramids Stand : the Pharaohs Can Rest in Peace », *ICSID Review – FILJ*, 1993, pp. 231-263.
- DI PIETRO D., « Applicable Law under article 42 of the ICSID-Convention: The Case of AMCO v. Indonesia », in WEILER T., *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary Law*, Londres, Cameron May, 2005, pp. 223-279.
- GAILLARD E. et BANIFATEMI Y., « The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Rev.—FILJ*, 2003, vol. 18, p. 375.
- RAMBAUD P., « L'affaire des Pyramides », *AFDI*, 1986, pp. 508-520.
- RAMBAUD P., « L'affaire "des Pyramides" : suite et fin », *AFDI*, 1993, pp. 567-576.
- REISMAN M. W., « The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold », *ICSID Rev.-FILJ*, 2002, vol. 15, p. 362 et s.
- SHIHATA, I. et PARRA, A., « Applicable substantive law in disputes between States and Private Foreign Parties – the Case of Arbitration under the ICSID-Convention », *ICSID Rev.- FILJ*, vol. 9, 1994, pp. 183-213.
- WEIL P., « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économique », in *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000, pp. 325-350.
- WEIL P., « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *RCADI*, 1969, vol. 128, pp. 93-240.
- WENGLER W., « Les accords entre Etats et entreprises étrangères sont-ils des traités du droit international ? », *RGDIP*, 1972, pp. 313-345.

### DOCUMENTS REPRODUITS

- Document 1** – Affaire *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Egypte*, CIRDI n° ARB/84/3, 20 mai 1992 (Extraits)
- Document 2** – Affaire *Wena Hotels c. Egypte*, CIRDI n° ARB/98/4, décision d'annulation, 28 janvier 2002 (Extraits)
- Document 3** – Affaire *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, CIRDI n° ARB/01/8, 12 mai 2005 (Extraits)
- Document 4** – Affaire *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006 (Extraits)

### EXERCICES

**Dissertation** : L'articulation entre l'ordre juridique national et international dans le contentieux arbitral lié aux investissements étrangers.

Le Tribunal arbitral rappelle d'abord la procédure qui s'est déroulée devant le Centre à la suite de la demande formée le 24 août 1984 par la société de droit de Hong Kong Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd (SPP (ME)) à l'encontre de la République Arabe d'Egypte en indemnisation des conséquences de l'annulation du projet du plateau des pyramides. La société de droit de Hong Kong Southern Pacific Properties (SPP), société mère de SPP (ME), est intervenue volontairement à l'instance comme co-demanderesse le 10 juillet 1985 avec l'accord de la République Arabe d'Egypte. Plusieurs audiences ont eu lieu à La Haye, Londres et Paris, d'abord sur la compétence du Centre, puis sur le fond. Le 27 novembre 1985, le Tribunal a rejeté certaines objections préliminaires de l'Egypte sur la compétence et décidé de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour de cassation française se soit prononcée sur le pourvoi formé par SPP à l'encontre de la décision du 12 juillet 1984 (*J.D.I.* 1984, p.130, note B. Goldman ; *Rev. arb.* 1986, p.75 et l'article de Ph. Leboulanger, p.4) par laquelle la Cour d'appel de Paris avait annulé la sentence rendue sous l'égide de la CCI le 16 février 1983 (22 *International Legal Materials* 751 (1983) ; *Rev. Arb.*1986, p.105). La Cour de cassation ayant rejeté le pourvoi par arrêt du 6 janvier 1987 (*J.D.I.* 1987, p.638, note B.Goldman ; *Rev. arb.* 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger), la procédure a été reprise devant le C.I.R.D.I. et le Tribunal s'est prononcé à la majorité, le 14 avril 1988, pour la compétence du Centre sur le fondement de la loi égyptienne n°43 de 1974 (V. supra, p.218). Le recours en annulation immédiatement formé par l'Egypte contre cette décision a été jugé irrecevable en l'état par le Secrétaire général du C.I.R.D.I. au motif qu'un tel recours ne pouvait être formé qu'après que les arbitres se furent prononcés sur le fond par une décision globale qui, seule, peut être qualifiée de sentence au sens de la Convention de Washington. Sur le fond, plusieurs mémoires ont été échangés et de nombreux témoins entendus. La procédure a été déclarée close le 18 février 1992.

*Le Tribunal décrit ensuite les faits de la cause :*

Le contrat intitulé Heads of Agreement conclu le 23 septembre 1974 entre l'Egyptian General Organisation for Tourism and Hotels (EGOTH) et SPP en application de la loi n° 43 de 1974 ; le contrat du 12 décembre 1974 conclu entre EGOTH et SPP qui a donné lieu à l'approbation du Ministre du tourisme, prévoyant notamment la création d'une entreprise commune (ETDC) pour développer un complexe touristique sur le plateau des Pyramides et à Ras El Hekma sur la côte méditerranéenne ainsi que les modalités de financement du projet ; l'approbation de la création de l'entreprise commune le 12 avril 1975 par le General Organisation for Investment of Arab Capital and Tax-Free Areas (GIA), l'affectation des terrains concernés à l'utilisation touristique par décret présidentiel n°475 de 1975 ; le transfert de l'usufruit du site d'EGOTH à ETDC ; la constitution d'ETDC ; l'approbation du projet par le Ministre du Tourisme ; le début des travaux en juillet 1977 et, à la suite de l'opposition au projet rencontrée devant le Parlement égyptien, la décision du ministère de l'Information et de la Culture prise le 27 mai 1978 de

déclarer « propriété d'Etat (antiquité) » le terrain entourant les pyramides. Cette décision a été suivie par celle des autres autorités publiques concernées de retirer au projet les autorisations initialement données. Saisi par SPP et SPP (ME) d'une requête sur le fondement de la clause du contrat du 12 décembre 1974 à l'encontre de la République Arabe d'Egypte et d'EGOTH, un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI a condamné, le 16 février 1983, l'Egypte à payer la somme de \$12.500.000 de dommages-intérêts assortis d'un intérêt de 5 % par an à compter de la date de la requête d'arbitrage. Après l'annulation de cette sentence par la Cour d'appel de Paris le 12 juillet 1984 au motif que la République Arabe d'Egypte n'était pas devenue partie à la convention du 12 décembre 1974 en la « ratifiant », la procédure a été reprise par SPP (ME) devant le C.I.R.D.I. sur le fondement de la référence au Centre contenue dans la loi n°43 en application de laquelle le contrat du 23 septembre 1974 a été passé.

*La question de compétence ayant été vidée par la décision du 14 avril 1988, le Tribunal aborde les questions demeurées en suspens.*

La première est celle de la loi applicable. La défenderesse soutenait qu'en se référant à diverses lois égyptiennes dans le contrat du 23 septembre 1974, les parties avaient implicitement choisi la loi égyptienne pour régir leur contrat en application de la première phrase de l'article 42 (1) de la Convention de Washington. Les demanderessees soutenaient au contraire qu'en l'absence de tout choix des parties, la loi applicable était la loi égyptienne et « les principes de droit international en la matière » en vertu de la deuxième phrase de l'article 42 (1) de la Convention. La sentence tranche la question de la manière suivante :

**78.** Selon le tribunal, le désaccord des parties sur la question de l'application de l'article 42 a très peu, sinon aucun, intérêt pratique. Les deux parties s'accordent sur le fait que la loi n°43 est applicable à leur différend. Il n'est pas davantage contesté que la Convention de l'UNESCO [du 16 novembre 1972 concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel] est pertinente : les demanderessees elles-mêmes ont reconnu devant la Cour d'appel [de Paris] que la Convention obligeait la défenderesse à s'abstenir d'avoir des agissements ou de passer des contrats contraires à la Convention en relevant que « les Etats étaient susceptibles d'engager leur responsabilité internationale envers les autres Etats signataires en persistant dans des actes ou contrats devenus contraires aux règles de la Convention ».

**79.** De plus, une consultation soumise par la défenderesse observe que « si on applique l'article 42, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase, le résultat est le même, les mêmes sources du droit régissant les mêmes rapports ».

**80.** Enfin, même si l'on devait accepter la position de la défenderesse selon laquelle les parties se sont implicitement accordées sur l'application du droit égyptien, un tel accord ne pourrait exclure l'applicabilité directe du droit international dans certaines situations. Le droit égyptien, comme celui de tous les systèmes juridiques, n'est pas

complet ou exhaustif et lorsqu'une lacune apparaît, on ne peut pas dire qu'il existe un accord sur l'application d'une règle de droit qui, par hypothèse, n'existe pas. Dans un tel cas, il convient d'observer qu'il y a « absence d'accord » et qu'en conséquence, la seconde phrase de l'article 42 (1) entre en jeu.

**81.** La défenderesse a soutenu que certains actes des autorités égyptiennes sur lesquels se fondent les demanderesses sont, en droit égyptien, non existants ou frappés d'une nullité absolue. En particulier, la défenderesse a allégué l'invalidité du décret présidentiel n° 475 de 1975 au motif notamment que certaines zones couvertes par le décret empiétaient sur des terrains qui avaient été déclarés « domaine public (antiquités) » par un arrêté du ministère de l'Education de 1955. La défenderesse soutient que la qualité de domaine public l'emporte et donne son caractère et sa nature à toute la zone. Elle affirme qu'en raison du caractère inaliénable du domaine public et du fait que la concession d'un usufruit constitue un acte d'aliénation, une telle concession est entachée d'une cause de nullité absolue. Elle soutient en outre que certaines décisions de hauts fonctionnaires égyptiens sont nulles pour ne pas avoir été prises au terme des procédures prescrites par le droit égyptien.

**82.** Il est possible qu'en droit égyptien certains actes d'autorités égyptiennes, y compris le décret présidentiel n°475, soient considérés comme inexistant, nuls ou susceptibles d'être invalidés. Cependant, ces actes ont été pris sous le couvert des autorités gouvernementales et communiqués comme tels aux investisseurs étrangers qui se sont fondés sur eux pour procéder à leurs investissements.

**83.** Qu'ils soient légaux ou non en droit égyptien, les actes en question étaient des actes des autorités égyptiennes, y compris les plus hautes autorités du Gouvernement. Ces actes, dont il est aujourd'hui allégué qu'ils ont été pris en violation du droit interne égyptien ont créé une attente protégée par des principes établis du droit international. La constatation que ces actes sont nuls selon le droit interne ne suffirait pas à résoudre la question ultime de la réparation des dommages subis par la victime qui s'est fondée sur de tels actes. Si le droit interne ne connaît pas de moyens d'y remédier, l'absence de tout recours ne peut être le dernier mot.

**84.** Quand un système juridique interne contient une lacune ou quand le droit international est violé par la seule application du droit interne, le tribunal est tenu, en application de l'article 42 de la Convention de Washington, de faire directement application des règles et des principes pertinents du droit international. Ainsi que l'a expliqué l'un des auteurs de la Convention de Washington, un tel processus « n'implique pas l'approbation ou le désaveu de la valeur du droit interne de l'Etat d'accueil mais peut conduire à ne pas l'appliquer lorsque ce droit ou une action prise en application de ce droit viole le droit international », (A. Broches, «The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States » : *R.C.A.D.I.* 1972, t. 136, p. 342).

**85.** Le principe du droit international que le tribunal est tenu d'appliquer est celui qui fonde la responsabilité des Etats lorsque des actes passés sans pouvoirs ou au-delà de leurs pouvoirs par des autorités officielles ont été pris par des agents de l'Etat sous couvert de leur caractère officiel. Si de tels actes ne pouvaient être imputés à l'Etat, toute

responsabilité de l'Etat serait rendue illusoire. Pour cette raison, «... la pratique des Etats a fermement établi la responsabilité internationale des Etats pour les actes illégaux de leurs organes, même accomplis en dehors des limites de leur compétence et contrairement au droit interne » (Sorensen (éd.). *Manual of Public International Law*, New York, 1968, p. 548).

*Le tribunal examine ensuite tour à tour différents arguments avancés par la défenderesse.*

Sur l'argument de l'Egypte selon lequel les sites initialement prévus pour le projet auraient été déplacés sur le plateau des pyramides après la conclusion des contrats, le tribunal conclut que cette circonstance est indifférente, ce déplacement, quelle que soit la partie qui en a pris l'initiative, ayant eu lieu avec l'approbation des plus hautes autorités de l'Etat égyptien.

Il rejette, au vu de la finalité globale du projet, qui incluait hôtels, appartements, villas et zones de loisirs, la qualification de projet d'investissement relatifs à des logements, par opposition à celle de projet d'investissement touristique, dont la défenderesse prétendait déduire la nécessité qu'il soit intégralement réalisé par des capitaux arabes.

Il rejette également, parce qu'elles lui paraissent manquer en fait, les allégations de la défenderesse selon laquelle SPP aurait dissimulé l'insuffisance de ses ressources financières et de son expérience en matière de projets touristiques.

Sur l'argumentation formulée par la défenderesse selon laquelle les investisseurs auraient eu des contacts irréguliers et des « relations au plus haut niveau » qui auraient constitué des faits de corruption, le tribunal se borne à observer qu'aucune allégation spécifique n'est avancée à ce sujet par la défenderesse et qu'il ne saurait se prononcer sur des faits qui ne sont ni allégués avec précision, ni étayés par des éléments de preuve présentés au tribunal.

Sur le statut de SPP (ME), qui n'était pas signataire du contrat du 23 septembre 1974, au regard de la loi n° 43 de 1974 sur les investissements, le tribunal observe que le GIA avait connaissance du fait que ce serait en fait SPP (ME) qui procéderait à l'investissement et exécuterait les obligations de l'investisseur. Quand à SPP, qui s'est jointe à la procédure en qualité de co-demanderesse en juillet 1985 avec l'accord de la défenderesse, le tribunal estime que celle-ci ne peut s'opposer, en vertu de l'article 40 du règlement d'arbitrage C.I.R.D.I. au fait que SPP reprenne en son nom les demandes initialement présentées par SPP (ME), puisqu'il ne s'agissait pas de demandes incidentes ou additionnelles.

*Sur l'argument tiré de l'entrée en vigueur, le 17 décembre 1975, de la Convention de l'UNESCO du 16 novembre 1972 concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, le tribunal observe :*

**154.** De l'avis du tribunal la Convention de l'UNESCO ne justifie pas à elle seule les mesures prises par la défenderesse pour annuler le projet, ni n'exclut le droit à indemnité des demanderesses. Selon le système de la Convention, que reconnaît la défenderesse, « le classement est finalement le fait des autorités internationales de l'UNESCO (Comité) ». Ainsi, le choix des sites à protéger n'est pas imposé de l'extérieur, mais résulte au contraire de la désignation volontaire par l'Etat concerné. En

conséquence, la date à laquelle la Convention est entrée en vigueur à l'égard de la défenderesse n'est pas la date à laquelle elle s'est vu imposer par la Convention de protéger et de conserver les antiquités au plateau des pyramides. Ce n'est qu'en 1979, après que la défenderesse eut proposé le plateau des pyramides et que le Comité du Patrimoine Mondial ait accepté cette proposition que les obligations internationales découlant de cette Convention se sont imposées à la défenderesse.

Ce n'est donc qu'à partir de la date à laquelle la proposition relative au plateau des pyramides a été acceptée comme faisant partie de l'inventaire des sites à protéger par la Convention de l'UNESCO en 1979 que l'hypothétique continuation des activités des demanderesse interférant avec les antiquités de la zone pourrait être considérées comme illégales du point de vue international.

Sur l'existence d'antiquités dans la zone du projet, le tribunal reconnaît qu'il existe bien des antiquités dans cette zone et observe que sa constatation selon laquelle le projet ne serait devenu internationalement illégal qu'en 1979 aura d'importantes conséquences (V. *infra*, n° 192-193).

*Sur la légalité des mesures prises par la défenderesse pour annuler le projet, le tribunal estime :*

**158.** Au regard du droit international, la défenderesse avait clairement le droit d'annuler un projet de développement touristique situé sur son propre territoire dans le but de protéger des antiquités. Cette prérogative est un attribut incontestable de la souveraineté. La décision d'annuler le projet a constitué l'exercice licite du droit de l'Etat sur le domaine éminent. Ce droit a été exercé dans un but d'intérêt public, à savoir la préservation et la protection des antiquités dans la zone. Les demanderesse n'ont du reste pas contesté le droit de la défenderesse d'annuler le projet. Elles soutiennent en revanche que l'annulation s'analyse en une expropriation de leur investissement pour laquelle aussi bien le droit international que le droit égyptien leur reconnaît un droit à indemnisation.

Le tribunal constate qu'en effet, l'article 34 de la Constitution égyptienne reconnaît un droit à indemnisation en cas d'expropriation, de même que l'article 11 de la loi n°215 de 1951 relative à la protection des monuments et des antiquités.

Sur la nature des mesures prises par la défenderesse, celle-ci soutenait que l'annulation du projet ne constituait pas une nationalisation ou une confiscation prohibée par la loi n° 43 de 1974 puisqu'un site de remplacement et une indemnité raisonnable ont été proposés aux investisseurs et qu'en toute hypothèse, une expropriation ne peut se concevoir qu'à l'égard de droits réels.

*Le tribunal rejette l'un et l'autre de ces arguments :*

**162.** Il ressort du dossier qu'après l'annulation du projet, le Premier Ministre a affirmé que les demanderesse seraient indemnisées de leurs pertes mais aucune offre adéquate d'indemnisation n'a jamais été faite. La prétendue offre de US \$ 1.500.000 n'impliquait pas un paiement en espèces. Au contraire, l'offre consistait à créditer ETDC d'un investissement de US \$ 1.500.000 dans un nouveau projet

dans lequel EGOH serait majoritaire. Seulement 60% de ce crédit, soit US \$ 900.000, serait revenu aux demanderesse. Ce montant doit être comparé à la perte en espèces subie par les demanderesse du fait de l'annulation du projet. De même, si l'on considère seulement les prêts et contributions en capital non contestés à ETDC — quelque US \$ 3.368.000 — l'offre d'un crédit de US \$ 900.000, subordonné à l'acceptation des demanderesse de participer comme partenaire minoritaire à un projet complètement nouveau et différent, ne constitue pas, selon le tribunal, une indemnisation équitable de ce qui a été exproprié.

**163.** Quant à l'argument selon lequel l'annulation du projet ne s'analyserait pas en une nationalisation ou une confiscation, la défenderesse soutient qu'il n'y a pas eu nationalisation parce que les droits des demanderesse n'ont pas été transférés à l'Etat et qu'il n'y a pas eu confiscation parce qu'il n'y a pas eu de privation totale des droits de SPP sans indemnité. Le tribunal ne peut accepter cette position.

Ainsi que le tribunal l'a observé dans sa décision du 27 novembre 1985, « il est clair que l'expropriation, dont la légitimité n'est pas contestée, qui n'a pas été accompagnée d'une indemnité équitable, s'analyse en une confiscation, laquelle est prohibée par la loi n° 43 ».

**164.** Le tribunal ne peut pas davantage accepter l'argument selon lequel le terme « expropriation » ne s'appliquerait qu'à des droits réels. L'annulation du projet par la défenderesse a eu l'effet de la priver de certains droits et intérêts importants. Ce qui a été exproprié n'est pas le terrain ou l'usufruit mais les droits de SPP (ME), en tant qu'actionnaire de ETDC nés de l'usufruit d'EGOTH qui a été irrévocablement transféré d'ETDC à l'Etat.

A l'évidence, ces droits sont de nature contractuelle et non réelle. Cependant, il est bien établi que des droits contractuels bénéficient de la protection du droit international et que leur expropriation fait naître une obligation d'indemnisation.

**165.** De plus, il a été reconnu de longue date que des droits contractuels peuvent être expropriés indirectement. Dans sa décision concernant *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, la Cour permanente de Justice internationale a jugé qu'en prenant possession d'une usine, la Pologne avait aussi « exproprié les droits contractuels » de la société qui l'exploitait (CRU. 25 mai 1926, Série A, n°7 : *Rec.*, p. 44).

**166.** Des décisions de tribunaux internationaux sont intervenues dans le même sens. Dans l'affaire *Amoco International Finance Corp. v. Iran* (15 Iran-US CTR. p. 89) le tribunal irano-américain a jugé : « l'expropriation qui peut être définie comme le transfert forcé de droits de propriété, peut s'étendre à tout droit qui peut faire l'objet d'une transaction commerciale » (§ 108).

**167.** Dans l'affaire *Phillips Petroleum Co. (Iran) v. Iran*, (21 Iran-US CTR. p. 79), le Tribunal irano-américain a jugé que l'expropriation donnait droit à une indemnité, « que l'expropriation soit de droit ou de fait et que les droits soient corporels, comme une propriété ou une usine ou incorporels comme les droits contractuels en cause dans la présente affaire » (§ 76).

**168.** Il en résulte que l'obligation d'indemnisation en cas d'expropriation ne peut être évitée par l'argumentation selon laquelle le droit interne retiendrait une définition étroite

du terme « expropriation » ou n'appliquerait ce concept qu'à certaines formes de propriété.

**169.** Quant à l'argument selon lequel le projet de Ras Et Hekma ne serait pas inclus dans l'annulation, cette affirmation n'est pas réaliste. *L'affectio societatis*, base essentielle de toute entreprise commune, a disparu des relations entre EGOH et SPP (ME) à la suite des mesures prises par la défenderesse à propos du projet de l'Oasis des Pyramides. En particulier, le retrait de la contribution d'EGOTH à l'entreprise commune en ce qui concerne le Plateau, le blocage des comptes d'ETDC dans les livres de la Banque Centrale, le placement d'ETDC sous administration provisoire à la demande d'EGOTH et la séquestration des actifs d'ETDC ont rendu impossible et impraticable la continuation de l'entreprise commune entre EGOH et SPP (ME) relativement au projet de Ras El Hekma.

**170.** Dans ces conditions, ce n'est pas une réponse que de dire que les demanderesses pourraient avoir continué à développer le site de Ras El Hekma ou un site de substitution dans le voisinage de la Cité du Six Octobre. Tout d'abord, le projet de Ras El Hekma a été clairement affecté par l'annulation du Projet de l'Oasis des Pyramides. Parmi les obligations assumées par la défenderesse au titre des *Heads of Agreement* figurent l'obligation de former (à travers EGOH) et de gérer l'entreprise commune qui devrait développer les deux sites des Pyramides et de Ras El Hekma. L'entreprise commune — ETDC — a été effectivement dissoute du fait des agissements de la défenderesse. Elle n'aurait donc pas pu développer le site de Ras El Hekma, même si le projet de Ras El Hekma n'a jamais été formellement annulé, comme le projet de l'Oasis des Pyramides l'a été.

**171.** De plus, même si ETDC avait été ressuscitée, il est extrêmement douteux, du point de vue de la réalité commerciale et financière, que ETDC aurait pu recueillir les capitaux nécessaires pour le projet de Ras El Hekma. Le dossier établit que les parties ont considéré Ras El Hekma comme ayant une importance secondaire dans le plan de développement global. Le projet de l'Oasis des Pyramides a reçu la plus grande publicité. La capacité d'ETDC d'attirer des capitaux par ce projet était due en large partie au soutien enthousiaste du projet par le Gouvernement égyptien. Lorsque ce même Gouvernement a ensuite annulé le projet — la plus grande partie du plan de développement envisagé par les conventions des parties — cela a clairement affecté la capacité d'ETDC de s'adresser à nouveau aux marchés financiers mondiaux et de lever des capitaux pour un autre projet en Egypte.

**172.** Enfin, en ce qui concerne le site de remplacement à la Cité du Six Octobre, les témoins des demanderesses ont fourni des témoignages convaincants sur le fait que ce site était totalement inadapté pour le développement touristique. En tout cas, il est clair que les conventions prévoyaient le développement du site des pyramides et non d'un site de remplacement. Les demanderesses, ont procédé à d'importants investissements en fonction de ces conventions et, en fait, leur investissement a fait l'objet d'une expropriation par l'effet de l'annulation du projet de l'Oasis des Pyramides par la défenderesse. De plus, les considérations commerciales et financières qui suggèrent que le financement n'aurait pu être trouvé pour le site de Ras El Hekma après l'annulation du projet de l'Oasis des

Pyramides s'appliquent également au développement du site de la Cité du Six Octobre.

**173.** Bien que les demanderesses aient eu l'obligation de minimiser les pertes subies du fait de l'annulation du projet de l'Oasis des Pyramides, une telle obligation n'est pas si large et générale qu'elle obligerait les demanderesses à accepter un site de remplacement inadéquat qui n' a jamais été envisagé dans l'accord des parties.

Le Tribunal décide par ailleurs qu'en raison de la convergence des positions des parties sur ce point, la défenderesse deviendrait seule actionnaire d'ETDC, sans qu'après l'exécution de la sentence, aucune autre réclamation puisse être formée à ce sujet par les demanderesses.

*Sur la question de la mutabilité des contrats administratifs, le tribunal observe :*

**174.** La défenderesse soutient que les demanderesses étaient tenues d'accepter le site de la Cité du Six Octobre en modification du contrat du fait qu'en droit égyptien, le contrat correspondait à la catégorie des contrats connus sous le nom de « contrats administratifs ».

La défenderesse ajoute que c'est dans l'exercice de ses pouvoirs concernant « la mutabilité de contrats administratifs en réponse aux exigences de service public » qu'elle a décidé de confier à ETDC des droits d'usufruit sur une zone de six mille feddans autour de la Cité du Six Octobre en contrepartie des droits d'usufruit qui avaient été conférés à ETDC sur le plateau des Pyramides. La défenderesse soutient que c'est le refus des demanderesses d'accepter cette modification du contrat qui les a rendus responsables de l'entière faillite du projet.

**175.** Les demanderesses répondent que le site de remplacement proposé était totalement impropre à la destination de projet touristique et qu'elles étaient, dès lors fondées à refuser de réaliser le projet sur ce site de remplacement.

**176.** Dans l'affaire *Aminoil c. Koweït*, le Tribunal s'est référé à la doctrine des contrats administratifs « telle qu'elle s'est développée initialement en droit français et, par la suite dans d'autres systèmes juridiques tels que ceux de l'Égypte et du Koweït » (*Uoyd. Arb. Kip*. 1988. p. 195). La doctrine française de droit administratif concernant « la mutabilité des contrats administratifs » autorise l'administration publique à introduire des modifications unilatérales dans un contrat administratif ou dans une concession et même à y mettre un terme pourvu que certaines conditions soient remplies. La première condition est que la modification soit faite dans l'intérêt public et concerne ce que l'on appelle en France un « service public ». La seconde condition est que la modification soit accompagnée par une indemnité adéquate de façon à préserver ce qui est décrit comme « l'équilibre financier du contrat ».

**177.** Les conditions dans lesquelles l'Etat peut modifier ou mettre un terme à un contrat administratif ont été décrites par le tribunal arbitral dans l'affaire *Aminoil* en ces termes :

« (i) L'autorité publique peut requérir une modification des obligations (services, paiements) de l'autre partie en application du contrat. Cela ne doit pas aller cependant jusqu'à déséquilibrer le contrat ; et l'Etat ne doit jamais modifier les clauses financières du contrat ni, en particulier,

perturber l'équilibre général des droits et obligations des parties qui constitue ce qui est parfois connu sous le nom d'équation financière du contrat

(ii) L'autorité publique peut prendre une mesure plus radicale en ce qui concerne le contrat à savoir y mettre un terme lorsque les impératifs essentiels de l'Etat (opérations de service public) sont en cause » (préc., p. 195-196).

178. Le changement du site du projet du Plateau des Pyramides au voisinage de la cité du Six Octobre aurait impliqué beaucoup plus qu'une simple variation des obligations nées du contrat. Ainsi qu'il a été observé, cela aurait modifié fondamentalement l'accord des parties et les conditions financières qui le sous-tendent. L'argumentation de la défenderesse selon laquelle les demanderesses auraient été dans l'obligation d'accepter un site de substitution en modification du contrat des parties doit donc être rejetée.

---

**Document 2 – Affaire *Wena Hotels c. Egypte*, CIRDI n° ARB/98/4, décision d'annulation, 28 janvier 2002  
(Extraits)**

26. Article 42(1) of the ICSID Convention provides that: "The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable."

27. The first aspect the Committee must establish is whether the Parties agreed to the rules of law to be applied by the Tribunal in the light of the first sentence of the Article. In fact, the question touches upon a prior determination of the proper subject of the dispute brought before the Tribunal and the parties concerned by it.

(i) The dispute brought before the Tribunal

28. It is undisputed that the lease contracts were concluded between Wena and EHC. It is also undisputed that the two leases were subject to Egyptian law. However, there is disagreement about the meaning of this submission to Egyptian law. In the Applicant's view this was the choice of law required by the first sentence of Article 42(1). Accordingly, the Tribunal was under the obligation to apply such law.

29. The Respondent believes otherwise. Egyptian law was indeed applicable, but only in the context of the disputes concerning those parties and for the commercial aspects specifically arising from the contracts. The dispute before the Tribunal involved different parties, namely the investor and the Egyptian State, and concerned a subject matter entirely different from the commercial aspects under the leases. The dispute before the Tribunal is, in the Respondent's view, about the role of the State in the light of its obligations under the IPPA. Accordingly, the Respondent is of the view that the parties to the instant case made no choice of law under Article 42(1).

30. It is not disputed that EHC is a State-owned company with its own legal personality. Neither is it disputed that its functions are essentially commercial and not governmental in nature. In fact, none of the Parties has claimed that the acts of EHC could be attributed to the State. Therefore, EHC is to be dealt with as an entity different from the Egyptian State, with a legal personality of its own, the functions of which cannot be confused with those of the State.

31. The leases deal with questions that are by definition of a commercial nature. The IPPA deals with questions that are essentially of a governmental nature, namely the standards of treatment accorded by the State to foreign investors. It is therefore apparent that Wena and EHC agreed to a particular contract, the applicable law and the dispute settlement

arrangement in respect of one kind of subject, that relating to commercial problems under the leases. It is also apparent that Wena as a national of a Contracting State could invoke the IPPA for the purpose of a different kind of dispute, that concerning the treatment of foreign investors by Egypt. This other mechanism has a different and separate dispute settlement arrangement and might include a different choice of law provision or make no choice at all.

32. The issue was also raised during the jurisdictional phase of the case before the Tribunal. In fact, Egypt objected to the jurisdiction of the Tribunal on the basis that there was no legal dispute between Wena and Egypt. This objection was denied by the Tribunal.

33. The Parties appear to be in agreement that the acts of self-help undertaken by EHC in respect of the hotels were wrongful and that the initiative to undertake those acts is not to be attributed to the State. Indeed, this case involves a claim not against the acts of EHC but against those acts or omissions of the State that the investor considers to be in violation of the IPPA. It is the latter acts that were considered by the Tribunal on the merits as amounting to measures having effects equivalent to expropriation of the investment.

34. However, the Parties again here differ as to the consequences of such dual relationship, existing between Wena and EHC on one hand, and between Wena and Egypt on the other hand. For the Applicant the resolution of the dispute brought before the Tribunal cannot be separated from the leases and the rights of the parties to those contracts. The Applicant has in fact argued that the relationship between Wena and Egypt under the IPPA is entirely dependent upon and a function of the relationship between Wena and EHC under the leases. The Respondent believes that the failure of the State to adopt measures in protection of the investor is a violation of the IPPA independently of any questions arising under the leases.

35. The Committee cannot ignore of course that there is a connection between the leases and the IPPA since the former were designed to operate under the protection of the IPPA as the materialization of the investment. But this is simply a condition precedent to the operation of the IPPA. It does not involve an amalgamation of different legal instruments and dispute settlement arrangements. Just as EHC does not represent the State nor can its acts be attributed to it because of its commercial and private function, the acts or failures to act of the State cannot be considered as a question connected to the performance of the parties under the leases. The private and public functions

of these various instruments are thus kept separate and distinct.

36. This Committee accordingly concludes that the subject matter of the lease agreements submitted to Egyptian law was different from the subject matter brought before ICSID arbitration under the IPPA. It follows that it cannot be held that the Parties to the instant case have made a choice of law under the first sentence of Article 42(1) of the ICSID Convention.

(ii) The role of International Law

37. The second sentence of Article 42(1) of the ICSID Convention provides that, in the absence of an agreement on the applicable rules of law, the Tribunal shall apply the law of the host State, including its rules on the conflict of laws, and such rules of international law as may be applicable. It is therefore necessary for the Committee to examine the meaning of this second sentence and the question of the interrelation between domestic and international law in this context.

38. This discussion brings into light the various views expressed as to the role of international law in the context of Article 42(1). Scholarly opinion, authoritative writings and some ICSID decisions have dealt with this matter. Some views have argued for a broad role of international law, including not only the rules embodied in treaties but also the rather large definition of sources contained in Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice.<sup>8</sup> Other views have expressed that international law is called in to supplement the applicable domestic law in case of the existence of *lacunae*.<sup>9</sup> In *Klöckner I* the *ad hoc* Committee introduced the concept of international law as *complementary* to the applicable law in case of *lacunae* and as *corrective* in case that the applicable domestic law would not conform on all points to the principles of international law.<sup>10</sup> There is also the view that international law has a controlling function of domestic applicable law to the extent that there is a collision between such law and fundamental norms of international law embodied in the concept of *jus cogens*.<sup>11</sup>

39. Some of these views have in common the fact that they are aimed at restricting the role of international law and highlighting that of the law of the host State. Conversely, the view that calls for a broad application of international law aims at restricting the role of the law of the host State. There seems not to be a single answer as to which of these approaches is the correct one. The circumstances of each case may justify one or another solution. However, this Committee's task is not to elaborate precise conclusions on this matter, but only to decide whether the Tribunal manifestly exceeded its powers with respect to Article 42(1) of the ICSID Convention. Further, the use of the word "may" in the second sentence of this provision indicates that the Convention does not draw a sharp line for the distinction of the respective scope of international and of domestic law and, correspondingly, that this has the effect to confer on to the Tribunal a certain margin and power for interpretation.

40. What is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of Article 42(1)

allowed for both legal orders to have a role. The law of the host State can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit.

41. In particular, the rules of international law that directly or indirectly relate to the State's consent prevail over domestic rules that might be incompatible with them. In this context it cannot be concluded that the resort to the rules of international law under the Convention, or under particular treaties related to its operation, is antagonistic to that State's national interest.

42. Particular emphasis is put on this view when the rules in question have been expressly accepted by the host State. Indeed, under the Egyptian Constitution treaties that have been ratified and published "have the force of law."<sup>12</sup> Most commentators interpret this provision as equating treaties with domestic legislation.<sup>13</sup> On occasions the courts have decided that treaty rules prevail not only over prior legislation but also over subsequent legislation.<sup>14</sup> It has also been held that *lex specialis* such as treaty law prevails over *lex generalis* embodied in domestic law.<sup>15</sup> A number of important domestic laws, including the Civil Code and Code of Civil Procedure of Egypt, provide in certain matters for a "without prejudice clause" in favor of the relevant treaty provisions.<sup>16</sup> This amounts to a kind of *renvoi* to international law by the very law of the host State.

43. Most prominent among this treaty law is that embodied in investment treaties.<sup>17</sup> As from 1953 Egypt has been a leader in the field. Examples of this leadership are the Convention on Payments on Current Transactions and the Facilitation of Transfer of Capital among the States of the Arab League of 1953, the Convention on the Investment and Transfer of Arab Capital of 1971, the Convention Establishing the Arab Investment Guarantee Corporation, the ICSID Convention and numerous bilateral investment treaties.

44. This treaty law and practice evidences that when a tribunal applies the law embodied in a treaty to which Egypt is a party it is not applying rules alien to the domestic legal system of this country. This might also be true of other sources of international law, such as those listed in Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice mentioned above.

45. Therefore, the reliance of the Tribunal on the IPPA as the primary source of law is not in derogation or contradiction to the Egyptian law and policy in this matter. In fact, Egyptian law and investment policies are fully supportive of the rights of investors in that country. The ICSID Convention and the related bilateral investment treaties are specifically mentioned in Egypt's foreign investment policy statements.<sup>18</sup>

46. In the light of the above this Committee concludes that in applying the rules of the IPPA in the instant case the Tribunal did not exceed its powers.

**Document 3 – Affaire CMS Gas Transmission Company c. Argentine, CIRDI n° ARB/01/8, 12 mai 2005  
(Extraits)**

Après avoir retenu sa compétence, par une décision en date du 17 juillet 2003 (*JDI* 2004, p.236), le Tribunal arbitral saisi le 26 juillet 2001 d'une demande de la société CMS Gas Transmission Company (CMS) à l'encontre de la République argentine sur le fondement du traité bilatéral de protection des investissements conclu en 1991 entre les États-Unis et l'Argentine a instruit la cause au fond. La demande était fondée sur les conséquences de la suspension par l'État argentin, à partir de 2000, du tarif de transport du gaz applicable à la société Transportadora de Gas del Norte (TGN) dans laquelle CMS détenait une participation de près de 30 %. Après avoir rappelé la procédure suivie et les positions des parties, le Tribunal départage les parties sur la question de savoir si les mesures litigieuses sont temporaires ou permanentes en observant qu'au jour de la sentence, elles étaient déjà en place depuis plus de cinq ans, et que, si une durée suffisante s'est écoulée, la supposition qu'elles puissent devenir permanentes gagne en crédibilité (sentence, n° 107).

Il se prononce ensuite sur le droit applicable en ces termes :

« 11. Décision du Tribunal sur le droit applicable

115. Une longue discussion a eu lieu sur le sens de l'article 42 (1) de la Convention [de Washington] et les interprétations avancées sont allées d'une application limitée du droit international dans un rôle complémentaire ou correctif, jouant en cas de lacune du droit interne ou lorsque le droit de l'État contractant est incompatible avec le droit international, à un rôle qui requiert l'application du droit international uniquement pour préserver les principes *de jus cogens*.

116. Plus récemment, cependant, une approche plus pragmatique et moins dogmatique s'est fait jour, permettant l'application à la fois du droit interne et du droit international si les faits particuliers de l'espèce le justifient. Il ne s'agit plus d'un droit prévalant sur l'autre et l'excluant entièrement. Le Comité *ad hoc* ayant statué dans l'affaire *Wena c/ Egypte* a décidé à cet égard que : « Certains de ces courants de pensée ont en commun le fait qu'ils visent à réduire le rôle du droit international et mettre en valeur celui du droit de l'État d'accueil. Inversement, le courant en faveur d'une large application du droit international vise à réduire le rôle du droit de l'État d'accueil. Il ne semble pas exister une réponse unique à la question de savoir laquelle de ces approches est correcte. Les circonstances propres à chaque espèce peuvent justifier l'application de l'une ou l'autre solution (...) Ce qui est clair est que le sens et la signification des négociations ayant conduit à l'adoption de la deuxième phrase de l'article 42(1) ont permis aux deux ordres juridiques de jouer un rôle. Le droit de l'État d'accueil peut en effet être appliqué conjointement avec le droit international lorsque cela se justifie. De la même façon, le droit international peut être appliqué de façon autonome lorsque la règle appropriée relève *de* son champ d'application ».

117. Cette position est celle que le présent Tribunal considère comme justifiée après avoir pris en compte les faits de l'espèce et l'argumentation des parties. En effet, il existe une relation étroite entre la loi et les réglementations

régissant la privatisation du domaine gazier, la licence (litigieuse) et le droit international, résultant à la fois du Traité et du droit coutumier international. Toutes ces règles sont inséparables et seront, pour autant que cela soit justifié, appliquées par le Tribunal.

118. Il est également nécessaire d'observer que les parties elles-mêmes, malgré leurs oppositions doctrinales, ont invoqué le rôle de chacun des deux ordres juridiques. La République argentine se fonde largement sur des dispositions de droit interne mais recourt également au droit international, par exemple à propos des dispositions des traités relatives à la sécurité nationale et au droit coutumier sur l'état de nécessité et d'autres questions. De même, la demanderesse invoque des dispositions du droit interne, des règlements et la licence pour exposer les droits que TGN possède en vertu de ces instruments ainsi que les mesures qui les affectent. La demanderesse invoque également les garanties conventionnelles et le droit coutumier sur d'autres sujets.

119. La défenderesse a soutenu que cet arbitrage pouvait empiéter sur, ou entrer en conflit avec, la Constitution de la République argentine. Le Tribunal ne pense pas toutefois que cela soit le cas en l'espèce si l'on prend en considération le rôle prééminent que reconnaît aux traités la Constitution argentine ainsi que le fait que l'arbitrage ait lieu à la fois en application de la Convention CIRDI et du Traité. De fait, l'article 27 de la Constitution argentine dispose que : « Le Gouvernement fédéral est dans l'obligation de consolider ses relations de paix et de commerce avec les puissances étrangères par la voie de traités en conformité avec les principes de droit public découlant de la présente Constitution ».

120. De même, l'article 31 de la Constitution indique que la Constitution, les lois prises en application de ce texte et les traités constituent « la loi suprême de la Nation ». En réalité, les juridictions argentines ont depuis très longtemps manifesté un grand respect pour les traités et ont pleinement reconnu leur supériorité à la loi. Même si, en théorie, les traités peuvent entrer en conflit avec la Constitution, en pratique cela est peu vraisemblable car ces derniers sont analysés en détail à la fois par le Gouvernement et par le Parlement.

121. En l'espèce, le Tribunal n'a pas observé un tel conflit. Cela est dû en premier lieu au fait que la Constitution protège pleinement le droit de propriété, comme le font les traités en matière de droits de l'homme, et, en second lieu, au fait qu'aucune question n'affecte les droits de l'homme fondamentaux lorsque l'on observe les questions opposant les parties.

122. Le droit interne argentin et les règles de droit international appliquées par le Tribunal seront discutées lors de l'analyse de chacune des questions litigieuses. Outre la Constitution et le Code civil argentin, la législation et les règlements en matière gazière seront analysés, avec les mesures adoptées en vertu de la loi d'urgence économique et d'autres éléments pertinents. Le Traité et le droit international coutumier seront aussi appliqués pour parvenir aux conclusions pertinentes. ».



**Document 4 – Affaire *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006 (Extraits)**

94. Le droit international l'emporte sur le droit national lorsqu'il existe une contradiction entre eux, un État ne pouvant justifier du non respect de ses obligations internationales en se fondant sur les dispositions de son droit interne.

95. Si aucune contradiction n'existe, ce n'est pas tâche aisée de préciser la relation entre le droit international et le droit interne. Dans le premier projet de la convention de Washington, la conjonction « ainsi que » [« *and* » dans la version anglaise] n'était pas présente dans la formulation mais la conjonction « ou » figurait à sa place, de sorte que la disposition se lisait « *Le Tribunal statue sur le différend qui lui est soumis conformément aux règles de droit, national ou international, qu'il considère applicables* »<sup>12</sup>. L'intention du texte initial n'était pas d'établir un ordre de préférence mais bien davantage d'établir une alternative. À l'origine, la doctrine et quelques tribunaux CIRDI ont estimé que la conjonction « ainsi que » [« *and* »] signifiait « et en cas de lacune ou lorsque la loi de l'État d'accueil n'est pas conforme au droit international »<sup>13</sup> mais une telle limitation du rôle du droit international impliquait d'accepter que le droit international puisse être subordonné au droit interne et ignorait le fait qu'il existe un nombre de plus en plus grand d'arbitrages introduits sur le fondement de traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements.

96. Le présent Tribunal estime que le terme « ainsi que » signifie « ainsi que », de sorte que les règles de droit international, spécialement celles incluses dans la Convention du CIRDI et dans le Traité bilatéral, et celles du droit interne doivent être appliquées. Dans l'affaire *Wena Hotels c/ Égypte*, le Tribunal a affirmé que « ainsi que » signifie « ainsi que » mais a accepté la suprématie du droit international<sup>14</sup>.

97. Le Tribunal conclut, comme l'a fait le Tribunal statuant dans l'affaire *AAPL c/ Sri Lanka*, que le Traité « n'est pas un système juridique fermé et auto-suffisant se limitant à la prescription de règles matérielles substantielles d'application directe ; il doit au contraire être appréhendé dans un contexte juridique plus large dans lequel les règles émanant d'autres sources sont intégrées grâce à des méthodes d'incorporation implicite ou par référence directe à des règles supplémentaires, qu'elles soient du ressort du droit international ou de droits locaux »<sup>15</sup>.

98. En bref, il faut également rappeler qu'il n'existe pas de relation contractuelle liant l'Argentine et LG&E. L'existence d'une telle relation aurait permis aux parties de s'accorder sur des clauses de stabilisation destinées à couvrir certains changements de circonstances. Cependant, en l'absence d'un tel accord, il est nécessaire de recourir à un système juridique pour régir ces événements. Le fait qu'il

n'y ait pas de contrat entre l'Argentine et LG&E favorise en premier lieu l'application du droit international, pour autant que l'on ait affaire à un véritable différend en matière d'investissements soumis de manière spécifique aux dispositions du traité bilatéral complétées par le droit interne.

99. Pour trancher le litige dont il est saisi, le présent Tribunal appliquera d'abord le Traité bilatéral, en deuxième lieu et en l'absence de dispositions explicites du Traité, le droit international général et, en troisième lieu, le droit argentin, particulièrement la loi sur le gaz qui gouverne le secteur du gaz naturel. Cette dernière est applicable en raison de sa pertinence pour déterminer la responsabilité de la République argentine et les défenses susceptibles d'être opposées aux allégations des demandresses. »

<sup>12</sup> C. Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, 2001, p. 623.

<sup>13</sup> E. Gaillard et Y. Banifatemi, *The Meaning of 'and' in Article 42 (1), second sentence, of the Washington Convention : The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process* : 18 *ICSID Rev.* 375 et s. (2003), spéc. p. 381-382. V. également C. Schreuer, *préc.*, p. 263.

<sup>14</sup> *Décision du Comité ad hoc du 5 février 2002* : 41 *ILM* 933 (2002).

<sup>15</sup> *Sentence du 27 juin 1990* : 6 *ICSID Rev.* 533 (1991).

**BIBLIOGRAPHIE**

- BEN HAMIDA W., « Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire », *JDI*, 2007, pp. 1127-1162.
- CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée. Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement*, New York, Genève, Nations Unies, 2001, 57 p.
- CRÉPET DAIGREMONT C., « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », in Leben Ch. (Dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 107-162.
- DOLZER R., « After Tecmed : Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements », *ICSID Rev. – FILJ*, 2004, pp. 49-60.
- FIETTA S., « Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties : a Turning Point », *International Arbitration Law Review*, 2005, pp. 131-138.
- JOHNSON GOODMAN J., « Les disciplines essentielles de l'obligation de traitement national dans le cadre du Chapitre 11 de l'ALENA », *Essais sur la protection des investissements – Comité ad hoc d'experts sur les règles d'investissement*, septembre 2001 (<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/background-fr.asp>)
- LABIDI H., « Où va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements ? », in HORCHANI F. (Dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Pedone, 2006, pp. 31-44.
- OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Paris, OCDE, septembre 2004, 26 p.
- ORREGO VICUÑA F., « Bilateral investment treaties and the most-favored-nation clause : implications for arbitration in the light of a recent ICSID case », in KAUFMANN-KOHLER G. et STUCKI B., (eds.), *Investment treaties and arbitration*, 2002, pp. 133-158.
- SCHILL, S., « Most-Favored-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration: Arbitral Jurisprudence at a Crossroads », 10 *J. World Inv. & Trade*, 2009.

**DOCUMENTS REPRODUITS**

- Document 1** – Affaire *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne*, CIRDI n° ARB/97/7, 25 janvier 2000 (Extraits)
- Document 2** – Affaire *Siemens A.G. c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/8, 3 août 2004 (Extraits)
- Document 3** – Affaire *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, CIRDI n° ARB/03/24, 8 février 2005 (Extraits)
- Document 4** – Affaire *Telenor Mobile Communications AS c. Hongrie*, CIRDI n° ARB/04/15, 13 septembre 2006 (Extraits)
- Document 5** – Affaire *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, CIRDI n° ARB/04/14, décision sur la compétence, 8 novembre 2008 (Extraits)

**EXERCICES**

Résoudre le **cas pratique** ci-joint

## Cas pratique

La société française *Verreneuf* gère une usine de recyclage de verre usé en Boldavie. Le gouvernement boldave lui réclame une taxe de 25% sur les bénéfices réalisés annuellement. La société apprend qu'un investisseur allemand qui gère une usine de traitement de déchets en Boldavie est seulement redevable d'une taxe sur les bénéfices de 20 %. Le 1<sup>er</sup> février 2009, *Verreneuf* demande au gouvernement boldave de lui appliquer le même taux d'imposition qu'à l'investisseur allemand. La requête est toutefois rejetée par le gouvernement au motif qu'il s'agit de deux domaines d'activités fort différents. La société *Verreneuf* constate en outre qu'un traité bilatéral de promotion et de protection des investissements conclu entre la Boldavie et l'Italie exempte les investisseurs italiens en Boldavie de toute taxe sur les bénéfices. Offensé par ce qu'elle considère comme étant des actes de pure discrimination répétés, la société *Verreneuf* vous demande alors si elle a des chances d'obtenir une indemnisation devant un tribunal arbitral CIRDI saisi sur la base du TBI franco-boldave du 3 janvier 1995. L'article 5 de ce traité stipule : « Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux investisseurs de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses investisseurs, ou le traitement accordé aux investisseurs de la Nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux. ». L'article 11 § 2 du TBI franco-boldave stipule : « Si dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties contractantes, le différend n'est pas réglé, il est soumis, à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal d'arbitrage. ». Toutefois, le TBI en vigueur entre la Boldavie et l'Italie ne pose aucune condition de délais pour la constitution d'un tribunal arbitral.

- 1) Est-ce qu'un tribunal arbitral CIRDI sera compétent pour connaître du différend opposant la société *Verreneuf* à la Boldavie?
- 2) Au cas où le tribunal serait compétent, conclura-t-il à une violation de l'article 11 § 2 du TBI franco-boldave ?

## B. Considerations

### *Exhaustion of Domestic Remedies*

19. The Kingdom of Spain first challenges the jurisdiction of the Centre and the competence of the Tribunal on the ground that the Claimant failed to comply with the requirements of Article X of the Bilateral Investment Treaty between Argentina and Spain. [...]

20. Respondent makes two interrelated arguments based on Article X. The first is that Article X(3)(a) requires the exhaustion of certain domestic remedies in Spain and that Claimant failed to comply with this requirement. The second contention is that Claimant did not submit the case to Spanish courts before referring it to international arbitration as required by Article X(2) of the BIT.

21. The Tribunal will first address the contention that Article X(3)(a) requires the exhaustion of domestic remedies. The starting point for its analysis of Respondent's submission is Article 26 of the ICSID Convention. It permits the Contracting States to condition their consent to ICSID arbitration on the prior exhaustion of domestic remedies. Article 26 reads as follows:

“Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.”

22. The language of Article 26 makes clear that unless a Contracting State has conditioned its consent to ICSID arbitration on the prior exhaustion of domestic remedies, no such requirement will be applicable. Article 26 thus reverses the traditional international law rule, which implies the exhaustion requirement unless it is expressly or implicitly waived.

23. In determining whether Spain conditioned its acceptance of the Centre's jurisdiction and the Tribunal's competence on the prior exhaustion of domestic remedies, the Tribunal notes that in ratifying the ICSID Convention, Spain did not attach any such condition to its acceptance of Article 26. But since Spain was free to do so in the BIT, the Tribunal must now examine whether Article X of that treaty requires the prior exhaustion of domestic remedies. Although Article X does not condition the reference to ICSID arbitration *expressis verbis* on the prior exhaustion of domestic remedies, it does speak of proceedings in domestic courts. It must be determined, therefore, whether that language can be interpreted to require the exhaustion of domestic remedies and, if so, what the scope of that requirement is.

24. Paragraph 2 of Article X provides that, if a dispute arises between an investor and one of the Contracting Parties to the BIT, and if that dispute cannot be resolved amicably within a period of six months, it shall be submitted to the competent tribunals of the Contracting Party in whose territory the investment was made. Paragraph 3 of Article X then stipulates that the dispute may be submitted to an

international arbitral tribunal in any of the following circumstances:

- a) at the request of one of the parties to the dispute, if no decision has been rendered on the merits of the claim after the expiration of a period of eighteen months from the date on which the proceedings referred to in paragraph 2 of this Article have been initiated, or, if such decision has been rendered, but the dispute between the parties continues;
- b) if both parties to the dispute agree thereto.

25. The Respondent reads Article X(3)(a) to mean that, if a domestic court has rendered a decision on the merits on the issues in dispute within the prescribed period of eighteen months, the case can no longer be referred to international arbitration, irrespective of the holding of the court. This conclusion follows, in Respondent's view, because once the decision has been rendered, the dispute cannot be said to continue. Hence, if Claimant had referred the case to the Spanish courts and if those courts had passed on the merits of the case within the eighteen-month period, the dispute could no longer be submitted to the Centre under Article X. It follows, in Respondent's view, that Claimant's failure to give Spanish courts the opportunity to resolve the issues in dispute requires the Tribunal to rule that it is not competent to hear the instant case.

26. Claimant admits that the dispute was not referred to a Spanish court prior to its submission to the Centre. He contends, however, that an analysis of the here relevant provisions of Article X indicates that a dispute does not have to be referred to a domestic court before it is submitted to international arbitration as long as the dispute continues and the eighteen month period has expired. In Claimant's view this conclusion follows from the fact that Article X(3)(a) permits the reference of a case to international arbitration whether or not a domestic court decision has been rendered and regardless of its outcome.

27. Like all other provisions of the BIT and in the absence of other specified applicable rules of interpretation, Article X must be interpreted in the manner prescribed by Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. It provides that a treaty is to 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.” Applying this principle, it is to be noted that Article X(3)(a) does not say that a case may not be referred to arbitration if a domestic court has rendered a decision on the merits of the dispute within a period of eighteen months. It provides merely that if such a decision has been rendered and if the dispute continues, the case may be referred to arbitration.

28. The Tribunal notes, in this connection, that Article X(3)(a) does not require the exhaustion of domestic remedies as that concept is understood under international law.<sup>4</sup> It speaks merely of a decision on the merits, which Respondent admits does not even have to be a final or non-appealable decision under Spanish law, and thus fails to require the exhaustion of all available domestic remedies.

29. But even if Article X(3)(a) were to be characterized as a provision requiring the exhaustion of domestic remedies, that requirement would not have the effect, contrary to Respondent's arguments, of preventing the subsequent reference of the case to international arbitration under the BIT. This is so because, where a treaty guarantees certain rights and provides for the exhaustion of domestic remedies before a dispute concerning these guarantees may be referred to an international tribunal, the parties to the dispute retain the right to take the case to that tribunal as long as they have exhausted the available remedies, and this regardless of the outcome of the domestic proceeding. They retain that remedy because the international tribunal rather than the domestic court has the final say on the meaning and scope of the international obligations—in this case the BIT—that are in dispute.

30. Here it is to be noted that the requirements of the exhaustion of domestic remedies differs depending on whether the appeal to an international tribunal contends that the domestic tribunal was guilty of a denial of justice, or whether the claim seeks the vindication of rights guaranteed in a treaty, for example, which empowers the tribunal to interpret and apply the treaty. In the former case, the right to appeal to an international tribunal, if it exists at all, can only be based on a denial of justice by the domestic courts. In such a case, if there was no denial of justice, the case will have to be rejected, whether or not the domestic court committed errors of law or fact in rendering its judgement. This is not true in a case where, as here, the parties have a treaty right to obtain a final determination from the international tribunal on the scope of their rights under the treaty, provided they have first exhausted all available domestic remedies.

31. The foregoing analysis is relevant in determining the soundness of Respondent's interpretation of Article X(3)(a) and its contention that pursuant to this provision a dispute cannot be deemed to continue if the domestic court has rendered a decision on the merits which addressed all issues raised by the parties. Leaving aside for a moment the wording of paragraph 3(a), Respondent's argument is based on the assumption that a case may be referred to international arbitration under the BIT only if there was a denial of justice by the domestic court. This proposition, if accepted, would have the effect of denying the party to a dispute the right to challenge the domestic court's interpretation of the BIT. Respondent's interpretation can be reconciled neither with the language nor object and purpose of the dispute resolution provisions of BITs in general and the instant BIT in particular. This is so because these clauses are designed to give foreign investors the right to have their disputes under a BIT decided either exclusively or ultimately by international arbitration.

32. Moreover, the wording of paragraph 3(a) does not support Respondent's submission on this subject. It contains no guidelines for deciding whether or under what circumstances a dispute may be deemed to continue. In the Tribunal's view, the absence of such objective criteria leaves each party free to decide for itself whether the dispute continues, that is, whether its claim has been vindicated by the domestic court, and to refer the case to international arbitration if it is not satisfied with the domestic court judgment. Had the Contracting Parties to the BIT wished to establish a different procedure, they would have done so.

33. The Tribunal considers that Article X(3)(a) serves two important functions, which are not affected by the above interpretation. First, it permits either party to a dispute to seek redress from the appropriate domestic court. Second, it ensures that a party accessing the domestic court will not be prevented and will not be able to prevent the case from going to international arbitration after the expiration of the eighteen-month period. This is so whether or not the domestic court has rendered a decision and regardless of the decision it may have rendered.

34. Turning to the second part of Respondent's argument, it must now be asked whether a party to a dispute, which has not referred the case to a domestic court, as required by Article X(2), must be deemed to have waived or forfeited the right to submit the matter to international arbitration. Here it is to be noted that paragraph 2 provides that the dispute "shall be submitted" (*será sometida*) to the competent tribunals of the State Party where the investment was made, and that paragraph 3(a) then declares that the dispute "may be submitted" (*podrá ser sometida*) to an international arbitral tribunal at the request of a party to the dispute in the following circumstances: if the domestic court has not rendered a decision on the merits of the case within a period of eighteen months or if, notwithstanding the existence of such a decision, the dispute continues.

35. This language suggests that the Contracting Parties to the BIT – Argentina and Spain – wanted to give their respective courts the opportunity, within the specified period of eighteen months, to resolve the dispute before it could be taken to international arbitration. Claimant contends, however, that this could not have been the intended meaning of Article X(2), if only because at the end of that period either party would still be free to take the case to international arbitration, regardless of the outcome of the domestic court proceedings.

36. Had this been the Claimant's sole argument on the issue, the Tribunal would have had to conclude that because the Claimant failed to submit the instant case to Spanish courts as required by Article X(2) of the BIT, the Centre lacked jurisdiction and the Tribunal lacked competence to hear the case. This is so because Claimant's submission on this point overlooks two important considerations. First, while it is true that the parties would be free to seek international arbitration after the expiration of the eighteen-month period, regardless of the outcome of the domestic court proceeding, they are likely to do so only if they were dissatisfied with the domestic court decision. Moreover, they would certainly not do so if they were convinced that the international tribunal would reach the same decision. In that sense the courts of the Contracting Parties are given an opportunity to vindicate the international obligations guaranteed in the BIT. Given the language of the treaty, this is a role which the Contracting Parties can be presumed to have wished to retain for their courts, albeit within a prescribed time limit. Second, Claimant's interpretation of Article X(2) would deprive this provision of any meaning, a result that would not be compatible with generally accepted principles of treaty interpretation, particularly those of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

37. As noted above, had the Claimant's contention regarding Article X(2) stood alone, the Tribunal would have had to reject it. However, in view of the fact that Claimant argues

in the alternative that he has the right to rely on the most favored nation clause contained in the BIT, dismissal of the application to the Tribunal without due consideration of this other argument would be premature. The Tribunal will accordingly now address the Claimant's alternative argument.

#### *Most Favored Nation Clause*

38. The argument based on the most favored nation clause raises a number of legal issues with which international tribunals are confronted from time to time. As is true of many treaties of this kind, Article IV of the BIT between Argentina and Spain, after guaranteeing a fair and equitable treatment for investors, provides the following in paragraph 2: "In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country."

39. As noted above, the Argentine-Spain BIT provides domestic courts with the opportunity to deal with a dispute for a period of eighteen months before it may be submitted to arbitration. However, Article 10(2) of the Chile-Spain Bilateral Investment Treaty, imposes no such condition. It provides merely that the investor can opt for arbitration after the six month period allowed for negotiations has expired.

40. Claimant contends, consequently, that Chilean investors in Spain are treated more favorably than Argentine investors in Spain. He argues, accordingly, that the most favored nation clause in the Argentine-Spain BIT gives him the option to submit the dispute to arbitration without prior referral to domestic courts. Claimant submits, in this connection, that although the Argentine-Spain BIT provides for exceptions to the most favored nation treatment, none of these apply to the dispute settlement provisions at issue in the instant case.

41. The Kingdom of Spain rejects these contentions. In its view, the treaties made by Spain with third countries are in respect of Argentina *res inter alios acta* and, consequently, cannot be invoked by the Claimant. Respondent further argues that under the principle *ejusdem generis* the most favored nation clause can only operate in respect of the same matter and cannot be extended to matters different from those envisaged by the basic treaty. In Spain's view, this means that the reference in the most favored nation clause of the Argentine-Spain BIT to "matters" can only be understood to refer to substantive matters or material aspects of the treatment granted to investors and not to procedural or jurisdictional questions.

42. In this respect, Spain has also argued that since it is the purpose of the most favored nation clause to avoid discrimination, such discrimination can only take place in connection with material economic treatment and not with regard to procedural matters. Only if it could be established that resort to domestic tribunals would produce objective disadvantages for the investor would it be possible to argue material effects on the treatment owed. It follows, in the same line of argument, that it would have to be proved that the submission of the dispute to Spanish jurisdiction is less advantageous to the investor than its submission to ICSID arbitration.

43. The arguments outlined above are familiar to international lawyers and scholars. Indeed, many of the issues mentioned have been addressed in the *Anglo-Iranian Oil Company Case (Jurisdiction)*, in the *Case concerning the rights of nationals of the United States of America in Morocco* and in the *Ambatielos Case (merits: obligation to arbitrate)*, as well as in the proceedings of the *Ambatielos case* before a Commission of Arbitration.

44. In addressing these issues, it must first be determined which is the basic treaty that governs the rights of the beneficiary of the most favored nation clause. This question was extensively discussed in the *Anglo-Iranian Oil Company Case*, where the International Court of Justice determined that the basic treaty upon which the Claimant could rely was that "containing the most-favored-nation clause". The Court then held that: "It is this treaty which establishes the juridical link between the United Kingdom and a third-party treaty and confers upon that State the rights enjoyed by the third party. A third party treaty, independent of and isolated from the basic treaty, cannot produce any legal effect as between the United Kingdom and Iran: it is *res inter alios acta*".

45. This discussion has practical consequences for the application of the most favored nation clause. For if, as the Tribunal believes, the right approach is to consider that the subject matter to which the clause applies is indeed established by the basic treaty, it follows that if these matters are more favorably treated in a third-party treaty then, by operation of the clause, that treatment is extended to the beneficiary under the basic treaty. If the third-party treaty refers to a matter not dealt with in the basic treaty, that matter is *res inter alios acta* in respect of the beneficiary of the clause.

46. The second major issue concerns the question whether the provisions on dispute settlement contained in a third-party treaty can be considered to be reasonably related to the fair and equitable treatment to which the most favored nation clause applies under basic treaties on commerce, navigation or investments and, hence, whether they can be regarded as a subject matter covered by the clause. This is the issue directly related to the *ejusdem generis* rule.

47. The question was indirectly but not conclusively touched upon in the *Case concerning the rights of nationals of the United States of America in Morocco*. Here, the International Court of Justice was confronted with the question of whether the clause contained in a treaty of commerce could be understood to cover consular jurisdiction as expressed in a third-party treaty. However, the Court did not need to answer the question posed because its main finding was that the treaties from which the United States purported to derive such jurisdictional rights had ceased to operate between Morocco and the third states involved.

48. The issue came into sharp focus in the *Ambatielos case*. Greece contended before the International Court of Justice that her subject – Ambatielos – had not been treated in the English courts according to the standards applied to British subjects and foreigners who enjoyed a most favored nation treatment under treaties in force. Such most favored nation treatment was relied upon as the basis of the claim and the request that the dispute be submitted to arbitration. The Court did not deal with the matter of the most favored nation

clause, but this task would be undertaken by the Commission of Arbitration.

49. The Commission of Arbitration, to which the dispute was eventually submitted, subsequently confirmed the relevance of the *ejusdem generis* rule. It affirmed that “the most-favored-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates”. However, the scope of the rule was defined in broad terms: “It is true that the ‘administration of justice’, when viewed in isolation, is a subject-matter other than ‘commerce and navigation’, but this is not necessarily so when it is viewed in connection with the protection of the rights of traders. Protection of the rights of traders naturally finds a place among the matters dealt with by treaties of commerce and navigation. Therefore it cannot be said that the administration of justice, in so far as it is concerned with the protection of these rights, must necessarily be excluded from the field of application of the most-favored-nation clause, when the latter includes ‘all matters relating to commerce and navigation’. The question can only be determined in accordance with the intention of the Contracting Parties as deduced from a reasonable interpretation of the Treaty”.

50. The Commission accepted the extension of the clause to questions concerning the administration of justice and found it to be compatible with the *ejusdem generis* rule. It concluded that the protection of the rights of persons engaged in commerce and navigation by means of dispute settlement provisions embraces the overall treatment of traders covered by the clause. On the merits of the question, the Commission determined, however, that the third-party treaties relied upon by Greece did not provide for any “privileges, favours or immunities” more extensive than those resulting from the basic treaty and that “accordingly the most-favored-nation clause contained in Article X has no bearing on the present dispute...”.

51. It is in the light of this background that the operation of the most favored nation clause in bilateral investment treaties must now be considered by this Tribunal. In the case *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, an ICSID Tribunal had the occasion to examine the operation of the most favored nation treatment agreed to between Sri Lanka and the United Kingdom in light of the argument that a Sri Lanka-Switzerland treaty contained more favorable provisions on which the investor sought to rely. The provisions discussed, however, were not related to dispute settlement but only to the liability standards under the treaties in question. As in the *Ambatielos* decision rendered by the Commission of Arbitration, the ICSID Tribunal held that “...it is not proven that the Sri Lanka/Switzerland Treaty contains rules more favourable than those provided for under the Sri Lanka/UK Treaty, and hence, Article 3 of the latter Treaty cannot be justifiably invoked in the present case”.

52. A number of bilateral investment treaties have provided expressly that the most favored nation treatment extends to the provisions on settlement of disputes. This is particularly the case of investment treaties concluded by the United Kingdom. Thus, Article 3(3) of the Agreement between the United Kingdom and Albania, stipulates: “For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of

Articles 1 to 11 of this Agreement”. Among the enumerated provisions are the clauses on dispute settlement and the consent to submit to conciliation or arbitration under ICSID. Here it is beyond doubt that the parties intended the most favored nation clause to include dispute settlement in its scope, thereby meeting the test proposed by the *Ambatielos* Commission of Arbitration. Furthermore, the parties included this model clause in the Agreement with the express purpose of “the avoidance of doubt”.

53. In other treaties the most favored nation clause speaks of “all rights contained in the present Agreement”<sup>21</sup> or, as the basic Argentine-Spain BIT does, “all matters subject to this Agreement”. These treaties do not provide expressly that dispute settlement as such is covered by the clause. Hence, like in the *Ambatielos* Commission of Arbitration it must be established whether the omission was intended by the parties or can reasonably be inferred from the practice followed by the parties in their treatment of foreign investors and their own investors.

54. Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce. Consular jurisdiction in the past, like other forms of extraterritorial jurisdiction, were considered essential for the protection of rights of traders and, hence, were regarded not merely as procedural devices but as arrangements designed to better protect the rights of such persons abroad. It follows that such arrangements, even if not strictly a part of the material aspect of the trade and investment policy pursued by treaties of commerce and navigation, were essential for the adequate protection of the rights they sought to guarantee.

55. International arbitration and other dispute settlement arrangements have replaced these older and frequently abusive practices of the past. These modern developments are essential, however, to the protection of the rights envisaged under the pertinent treaties; they are also closely linked to the material aspects of the treatment accorded. Traders and investors, like their States of nationality, have traditionally felt that their rights and interests are better protected by recourse to international arbitration than by submission of disputes to domestic courts, while the host governments have traditionally felt that the protection of domestic courts is to be preferred. The drafting history of the ICSID Convention provides ample evidence of the conflicting views of those favoring arbitration and those supporting policies akin to different versions of the Calvo Clause.

56. From the above considerations it can be concluded that if a third party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favorable to the protection of the investor’s rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the *ejusdem generis* principle. Of course, the third-party treaty has to relate to the same subject matter as the basic treaty, be it the protection of foreign investments or the promotion of trade, since the dispute settlement provisions

will operate in the context of these matters; otherwise there would be a contravention of that principle. This operation of the most favored nation clause does, however, have some important limits arising from public policy considerations that will be discussed further below.

57. The negotiations leading to the Argentine-Spain BIT evidence similar policy conflicts between the capital exporting country and the host country, that is, Spain and Argentina respectively, except that in the present case the roles were later reversed, with Argentina becoming the capital exporter and Spain the host country. The Claimant has convincingly explained that at the time of the negotiations of the Agreement, Argentina still sought to require some form of prior exhaustion of local remedies, while Spain supported the policy of a direct right of submission to arbitration, which was reflected in the numerous agreements it negotiated with other countries at that time. The eventual role the treaty envisaged for domestic courts, involving the submission of the dispute to these courts for a period of time, not amounting to the traditional exhaustion of local remedies requirement as explained above, coupled with ICSID arbitration, was an obvious compromise reached by the parties. Argentina later abandoned its prior policy, and like Spain and Chile, accepted treaty clauses providing for the direct submission of disputes to arbitration following a period of negotiations.

58. The Tribunal has also examined in detail the practice followed by Spain in respect of bilateral investment treaties with other countries. These treaties indicate that Spain's preferred practice is to allow for arbitration, following a six-months effort to reach a friendly settlement, which is what the Chile-Spain BIT provides. In most cases there is a choice of arbitration under ICSID, but other options are available as well. This is the situation, for example, with regard to the treaties concluded by Spain with Algeria, Chile, Colombia, Cuba, Czechoslovakia, Dominican Republic, Egypt, El Salvador, Honduras, Hungary, Indonesia (twelve-month direct settlement effort), Kazajstan, Republic of Korea, Lithuania, Malaysia, Nicaragua, Pakistan, Peru, Philippines, Poland and Tunisia.

59. Spain's treaty practice also shows that in a few cases a six-month or nine-month effort at a direct settlement is followed by arbitration between the Contracting Parties, but not involving the choice of the investor. This is, for example, the case of the treaties with Bolivia, Morocco and the USSR. Only one other treaty, namely that with Uruguay, follows the model of the Argentine-Spain BIT, probably because of the similarity of policies pursued by the two River Plate nations.

60. The Tribunal also notes that of all the Spanish treaties it has been able to examine, the only one that speaks of "all matters subject to this Agreement" in its most favored nation clause, is the one with Argentina. All other treaties, including those with Uruguay and Chile, omit this reference and merely provide that "this treatment" shall be subject to the clause, which is of course a narrower formulation.

61. The Spanish treaty practice is also relevant in connection with another aspect of the clause. Most treaties concluded by Spain have a model clause to the effect that "...Each Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment for the investments made by investors of the other Party...This treatment shall not be less favourable than that

extended by each Party to the investments made in its territory by its own investors...". While this clause applies to national treatment of foreign investors, it may also be understood to embrace the treatment required by a Government for its investors abroad, as evidenced by the treaties made to ensure their protection. Hence, if a Government seeks to obtain a dispute settlement method for its investors abroad, which is more favorable than that granted under the basic treaty to foreign investors in its territory, the clause may be construed so as to require a similar treatment of the latter.

62. Notwithstanding the fact that the application of the most favored nation clause to dispute settlement arrangements in the context of investment treaties might result in the harmonization and enlargement of the scope of such arrangements, there are some important limits that ought to be kept in mind. As a matter of principle, the beneficiary of the clause should not be able to override public policy considerations that the contracting parties might have envisaged as fundamental conditions for their acceptance of the agreement in question, particularly if the beneficiary is a private investor, as will often be the case. The scope of the clause might thus be narrower than it appears at first sight.

63. Here it is possible to envisage a number of situations not present in the instant case. First, if one contracting party has conditioned its consent to arbitration on the exhaustion of local remedies, which the ICSID Convention allows, this requirement could not be bypassed by invoking the most favored nation clause in relation to a third-party agreement that does not contain this element since the stipulated condition reflects a fundamental rule of international law. Second, if the parties have agreed to a dispute settlement arrangement which includes the so-called fork in the road, that is, a choice between submission to domestic courts or to international arbitration, and where the choice once made becomes final and irreversible, this stipulation cannot be bypassed by invoking the clause. This conclusion is compelled by the consideration that it would upset the finality of arrangements that many countries deem important as a matter of public policy. Third, if the agreement provides for a particular arbitration forum, such as ICSID, for example, this option cannot be changed by invoking the clause, in order to refer the dispute to a different system of arbitration. Finally, if the parties have agreed to a highly institutionalized system of arbitration that incorporates precise rules of procedure, which is the case, for example, with regard to the North America Free Trade Agreement and similar arrangements, it is clear that neither of these mechanisms could be altered by the operation of the clause because these very specific provisions reflect the precise will of the contracting parties. Other elements of public policy limiting the operation of the clause will no doubt be identified by the parties or tribunals. It is clear, in any event, that a distinction has to be made between the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the clause, on the one hand, and disruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions, on the other hand.

64. In light of the above considerations, the Tribunal is satisfied that the Claimant has convincingly demonstrated that the most favored nation clause included in the Argentine-Spain BIT embraces the dispute settlement provisions of this treaty. Therefore, relying on the more



favorable arrangements contained in the Chile-Spain BIT and the legal policy adopted by Spain with regard to the treatment of its own investors abroad, the Tribunal concludes that Claimant had the right to submit the instant dispute to arbitration without first accessing the Spanish courts. In the Tribunal's view, the requirement for the prior resort to domestic courts spelled out in the Argentine-Spain

BIT does not reflect a fundamental question of public policy considered in the context of the treaty, the negotiations relating to it, the other legal arrangements or the subsequent practice of the parties. Accordingly, the Tribunal affirms the jurisdiction of the Centre and its own competence in this case in respect of this aspect of the challenge made by the Kingdom of Spain.

---

## Document 2 – Affaire *Siemens A.G. c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/8, 3 août 2004 (Extraits)

79. Les questions suivantes se dégagent de l'argumentation des parties : (i) interprétation du Traité ; (ii) caractère général ou spécial des clauses MFN figurant à l'article 3 ; (iii) raison d'être de la clause MFN de l'article 4 si les clauses MFN de l'article 3 sont considérées comme générales ; (iv) protection des investissements ou des investisseurs ; (v) effet de la référence au traitement national sur la portée de la clause MFN ; (vi) traitement des investisseurs et règlement des différends ; (vii) épuisement des recours locaux ; (viii) signification des modifications négociées par rapport au BIT-type allemand ; (ix) incidence du droit de l'Etat de porter le différend devant ses juridictions sur la portée de la clause MFN ; (x) invocation d'un avantage prévu par un traité en vertu d'une clause MFN entraînant l'application de toutes les dispositions de ce traité.

### (i) *Interprétation du Traité*

80. Les deux parties ont fondé leur argumentation sur l'interprétation du Traité conformément à l'article 31(1) de la Convention de Vienne. Cet article prévoit qu'un traité doit être « interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et la lumière de son objet et de son but ». Le Tribunal appliquera ces règles d'interprétation lors de l'analyse des dispositions litigieuses du Traité. La première question soulevée par les allégations de la défenderesse est celle de savoir si le Traité doit être interprété restrictivement ou largement.

81. Le Tribunal considère que le Traité ne doit être interprété ni de manière libérale ni de manière restrictive, aucun de ces qualificatifs ne figurant à l'article 3 l(1) de la Convention de Vienne. Le Tribunal doit être guidé par le but du Traité exprimé dans son titre et son préambule. Il s'agit d'un traité destiné à " protéger " et à " promouvoir " les investissements. Le préambule indique que les parties se sont accordées sur les dispositions du Traité afin de créer des conditions favorables aux investissements des nationaux ou des sociétés d'un des deux États sur le territoire de l'autre. Les deux parties reconnaissent que la promotion et la protection de ces investissements par un traité peuvent stimuler l'initiative économique privée et accroître le bien-être des peuples des deux États. L'intention des parties est claire. Il s'agit de créer des conditions favorables pour les investissements et de stimuler l'initiative privée.

### (ii) *Caractère général ou spécial des clauses MFN figurant à l'article 3*

82. Trois dispositions du Traité font référence au traitement MFN : l'article 3(1), l'article 3(2) et l'article 4(4). Le Tribunal analysera en premier lieu les clauses MFN de

l'article 3, qui sont reproduites ci-après pour en faciliter la compréhension :

Article 3(1) : Aucune des Parties contractantes ne devra accorder sur son territoire aux investissements de nationaux ou de sociétés de l'autre Partie contractante ou aux investissements dans lesquels ils détiennent des actions, un traitement moins favorable que le traitement accordé aux investissements de ses nationaux ou de ses sociétés ou aux investissements de nationaux ou de société d'États tiers.

Article 3(2) : Aucune des Parties contractantes ne devra accorder sur son territoire aux nationaux ou aux sociétés de l'autre Partie contractante un traitement moins favorable aux activités liées aux investissements que le traitement accordé à ses propres nationaux et sociétés ou aux nationaux et sociétés d'un État tiers.

83. Les exceptions de l'article 3 au traitement non moins favorable font référence aux privilèges accordés dans le contexte des unions douanières ou économiques et des zones de libre échange (article 3(3)) ainsi qu'aux avantages consentis dans les accords relatifs à la fiscalité (article 3(4)). Le Protocole complète ces exceptions en excluant les mesures imposées par des considérations de sécurité intérieure ou extérieure ou d'ordre public ainsi que les avantages fiscaux, les exemptions ou les réductions accordées à chaque national ou société d'une partie contractante (Ad Article 3 (a) et (b)). En outre, le Protocole dispose que le terme " activités " fait référence " en particulier, mais non exclusivement, à l'administration, l'usage et le bénéfice d'un investissement et que les mesures qui affectent l'achat de matières premières et d'autres moyens ou facteurs de production à l'intérieur ou à l'extérieur de chaque Partie contractante seront considérées, spécialement mais pas exclusivement, comme des mesures recevant un traitement moins que favorable (Ad article 3(a)).

84. En se fondant sur les exceptions et les dispositions du Protocole, la défenderesse a soutenu que le traitement envisagé par l'article 3 était limité à l'article 3 lui-même et qu'il fait référence au traitement des transactions de nature commerciale et économique en relation avec l'exploitation et la gestion des investissements. Selon la défenderesse, le traitement voulu par les parties est lié à la compétitivité des investissements.

85. Les deux premières dispositions de l'article 3 font simplement référence à « un traitement non moins favorable » - *trato no menos favorable* dans la version en langue espagnole. « Traitement » dans son sens ordinaire se réfère au comportement vis-à-vis d'une entité ou d'une personne. Le terme « traitement » n'est ni affecté d'une réserve ni décrit excepté par l'expression " non moins

favorable ". Le terme « activités » est tout aussi général. La nécessité d'avoir des exceptions confirme le caractère général du sens des termes traitement ou activités et ne pose pas de limites au-delà de ce qui est énoncé dans les exceptions. En clarifiant dans le Protocole le terme " activités " utilisé à l'article 3(2), les rédacteurs ont pris soin de préciser à deux reprises que la clarification est spécifique mais non exclusive. C'est là une indication claire que ces clarifications ne limitent pas le sens du terme « activités ». Elles soulignent simplement l'existence de sujets d'une importance particulière pour les parties. Quand les parties ont entendu fixer une limite pure et simple par voie d'exception, elles l'ont fait aux paragraphes (3) et (4) de l'article 3 et dans le Protocole relatif aux mesures de sécurité ou aux privilèges fiscaux des individus ou des sociétés de l'État d'accueil. Si l'intention avait été de limiter le contenu de l'article 3 au-delà des limites posées par ces exceptions, les termes « traitement » et « activités » auraient été soumis à des restrictions. Le fait que ce ne soit pas le cas indique l'intention de leur donner une large portée. Le traitement de l'article 3 renvoie au traitement prévu par le Traité en général et pas seulement par cet article.

86. Tels sont les motifs pour lesquels le Tribunal décide qu'une lecture littérale et dans son contexte des articles 3(1) et (2) ne limite pas le traitement aux transactions de nature économique et commerciale en relation avec l'exploitation et la gestion d'investissements, comme le soutient l'Argentine. Cette compréhension des articles 3(1) et (2) est renforcée par la considération que le terme « sociétés », ainsi que défini par le Traité, inclut les « sociétés ou associations [...] indépendamment du fait de savoir si l'objectif de leur activité est ou non la recherche du profit ». L'argument de compétitivité présenté par l'Argentine exclurait en réalité les organisations sans but lucratif de la protection du Traité.

#### (iii) Raison de la clause MFN de l'Article 4

87. Le Tribunal doit examiner à présent la question de la relation entre les articles 3 et 4, la défenderesse ayant allégué que si la clause MFN de l'article 3 devait couvrir davantage que l'article 3 lui-même, l'article 4 serait superflu. Ce résultat irait à l'encontre des règles d'interprétation des traités qui requièrent qu'un sens soit donné à chacune des dispositions.

88. L'article 4 dispose que « (1) Les investissements de nationaux ou de sociétés de chaque Partie contractante jouiront d'une protection et sécurité juridiques pleines et entières sur le territoire de l'autre Partie contractante. (2) [...]. (3) Les nationaux ou sociétés d'une des Parties contractantes qui auront subi des pertes relatives à leurs investissements en raison d'une guerre ou d'un autre conflit armé, d'une révolution, d'un état d'urgence national ou d'une insurrection sur le territoire de l'autre Partie contractante, ne seront pas traités par cette partie de façon moins favorable que ses propres nationaux ou sociétés en ce qui concerne la restitution, la réparation, l'indemnisation ou autre. Ces paiements seront librement transférables. (4) Les nationaux ou sociétés de chaque Partie contractante jouiront sur le territoire de l'autre Partie contractante du traitement de la nation la plus favorisée pour toutes les matières couvertes par le présent article ».

89. Pour les besoins de l'analyse de l'interprétation de la défenderesse, le Tribunal doit examiner en détail les

dispositions de l'article 4 en comparaison avec celles de l'article 3. Le Tribunal observe tout d'abord que l'article 4(4) se limite aux « matières couvertes par le présent article ». Une telle limite n'existe pas dans l'article 3. De plus, la clause MFN de l'article 4 fait référence aux individus ou aux sociétés de la nationalité de l'État, un élément subjectif qui est absent de l'article 3(1). Le Tribunal se prononcera ultérieurement sur la question de savoir si cela a une importance lorsqu'il traitera de l'argument de l'Argentine fondé sur la distinction entre investissements et investisseurs. Il n'y a aucune référence au traitement national excepté à l'article 4(3) relatif aux pertes causées par la guerre ou d'autres troubles. L'article 3 est le seul à faire référence aux investissements possédés conjointement par l'investisseur étranger et des nationaux ou sociétés nationales de la Partie contractante dans laquelle l'investissement a été effectué.

90. Le Tribunal conclut de cette comparaison littérale que les références faites au traitement MFN ou au traitement national à l'article 4 n'enlèvent rien au caractère général de l'article 3 et ne rendent pas superflu l'article 4. Dans la mesure où il y aurait un chevauchement, celui-ci devrait être compris comme couvrant des matières présentant un intérêt particulier pour les parties. L'indemnisation du fait d'une expropriation, d'une guerre civile ou d'autres troubles violents est une question capitale pour le traitement des investissements étrangers et des ressortissants étrangers et une référence spécifique est parfaitement conforme à son importance. Le Tribunal considère que rien n'empêche les parties à un traité d'insister sur certaines questions *ex abundante cautela*. La répétition d'une disposition dans un contexte particulier souligne la préoccupation des parties sur ce point et ne limite pas le champ d'application des dispositions de caractère général.

#### (iv) Protection des investissements ou des investisseurs

91. L'Argentine fait une différence entre la protection des investisseurs et des investissements et en tire des conclusions quant à l'application de la clause MFN du Traité. Il est fait référence à l'investissement dans le contexte du traitement juste et équitable, de la pleine protection prévue par le Traité et de la protection contre des mesures discriminatoires ou arbitraires (article 2), du traitement MFN (article 3(1)), de la protection et sécurité juridiques pleines et entières, de l'expropriation (articles 4(1) et (2)) et du traitement plus favorable découlant de développements futurs du droit international ou d'accords généraux (article 7). L'expression « relative aux investissements » est utilisée dans le contexte des activités couvertes par la clause MFN (article 3(2)), du libre transfert des paiements (article 5), de l'application rétroactive du Traité (article 8) et du règlement des différends (article 10). Il est fait référence aux investisseurs étrangers dans les dispositions sur les avantages découlant des unions douanières ou économiques ainsi que des zones de libre échange (article 3(3)), les avantages accordés par les accords relatifs à la matière fiscale (article 3(4)), le traitement national en cas de guerre ou de troubles civils (article 4(3)), le traitement général accordé par l'article 4, le libre transfert des paiements (article 5), les paiements en raison de garanties (article 6) ainsi que le règlement des différends (article 10).

92. Le Tribunal observe que l'article 3 fait référence au traitement des investissements dans le paragraphe (1) alors

que les exceptions font référence aux investisseurs. D'un autre côté, il y a une double référence aux investissements et aux investisseurs dans l'article 4, aux paragraphes 1 et 4. Il pourrait être soutenu, en se fondant sur l'utilisation des termes « investissements » et « investisseurs », que les exceptions figurant à l'article 3 ne s'appliquent pas aux investissements et qu'à moins que les deux termes ne soient utilisés, comme c'est le cas dans l'article 4, la disposition concernée s'applique uniquement à l'un ou à l'autre, selon les cas. Le Tribunal ne peut suivre un tel argument. Le Traité est destiné à promouvoir et à protéger les investissements, les investisseurs n'apparaissant pas dans le titre. Le traitement juste et équitable serait réservé aux investissements et le déni de justice envers un investisseur en serait exclu. Bien que de telles considérations puissent découler d'un raisonnement strictement logique fondé sur les termes du Traité, un tel résultat ne serait pas conforme à l'objectif du Traité. Il est plus conforme à cet objectif de considérer qu'à l'article 3, le traitement des investissements inclut le traitement des investisseurs et, par là même, la nécessité de prévoir des exceptions qui y font référence. Dans la même veine, la référence aux investisseurs et aux investissements à l'article 4 est destinée à mettre l'accent sur ces derniers et non pas à les exclure. Dans d'autres cas, l'élément subjectif est uniquement un élément de bon sens, par exemple dans les dispositions régissant le transfert des paiements, le règlement des différends et les activités relatives aux investissements : ces actions doivent être effectuées par une personne physique ou morale. Le Tribunal estime qu'aux fins de l'application de la clause MFN, aucune signification particulière ne doit être accordée à l'utilisation des termes investisseurs ou investissements figurant dans le Traité.

(v) *Effet de la référence au traitement national sur la portée de la clause MFN*

93. La référence au traitement national figurant aux articles 3(1) et 3(2) constitue une alternative, l'autre étant le traitement non moins favorable que celui accordé aux nationaux ou aux ressortissants ou sociétés d'un État tiers. L'obligation est double. L'État s'est engagé à ne pas accorder un traitement moins favorable dans l'une et l'autre de ces situations. Il pourra arriver que les avantages accordés aux nationaux d'un État tiers donnent droit à un traitement plus favorable que celui dont jouissent les nationaux de l'État qui les accorde. Dans cette hypothèse, la référence au traitement national ne limite pas les avantages que les investisseurs peuvent obtenir en vertu de la clause MFN. Les obligations de l'État en application des articles 3(1) et 3(2) font référence à un niveau minimal de traitement et non à un plafond. Si les avantages accordés aux nationaux d'un État tiers n'étaient pas accordés en application de la clause MFN uniquement parce qu'ils excèdent le traitement national, l'État violerait son obligation d'accorder un traitement non moins favorable en application de cette disposition. Le sens ordinaire de cette disposition est que les investisseurs ne doivent pas faire l'objet de discriminations en raison de leur qualité d'étrangers et doivent recevoir dans le même temps le meilleur traitement accordé à tout autre investisseur étranger. Ce traitement ne dépend pas de la question de savoir si l'investissement a été effectué exclusivement par des investisseurs étrangers ou en partenariat avec des investisseurs locaux.

(vi) *Traitement des investisseurs et règlement des différends*

94. Les parties ont longuement discuté la question de savoir si le règlement des différends faisait ou non partie de la protection accordée aux investisseurs. Les parties ont fondé leur argumentation sur des interprétations divergentes des décisions rendues dans les affaires *Anglo-Iranian Oil Co.*, *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* et *Ambatielos*.

95. Dans la décision *Anglo-Iranian Oil Co.*, le Royaume-Uni a allégué que, depuis l'entrée en vigueur du traité iranodanois du 6 mars 1935, l'Iran était tenu, en application de la clause MFN prévue par les traités de 1857 et 1903 entre l'Iran et le Royaume-Uni, de traiter les ressortissants britanniques sur son territoire conformément aux principes et à la pratique du droit international. La CIJ a décidé que : « *Sans examiner le sens et la portée de la clause de la nation la plus favorisée, la Cour se borne à constater que cette clause figure dans les traités de 1857 et 1903 entre l'Iran et le Royaume-Uni, qui ne sont pas postérieurs à la ratification de la déclaration de l'Iran [acceptant la compétence de la Cour]. Bien que l'Iran soit lié par les obligations résultant de ces traités tant qu'ils restent en vigueur, le Royaume-Uni n'a pas le droit de les invoquer pour établir la compétence de la Cour, puisqu'ils sont exclus par les termes de la déclaration* ».

96. Comme l'indique la CIJ elle-même, il est évident que la CIJ n'a pas examiné « le sens et la portée de la clause MFN », y compris la question de savoir si la clause s'appliquait au règlement des différends. La conclusion selon laquelle le Royaume-Uni ne pouvait fonder sa demande sur les clauses MFN incluses dans les traités de 1857 et 1903 est sans lien avec ces clauses elles-mêmes mais découle de la déclaration de l'Iran acceptant la compétence de la Cour, qui excluait les traités conclus avant la date de la déclaration.

97. En ce qui concerne la décision rendue dans *l'Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la CIJ a examiné la portée de la clause MFN dans un traité de 1836 entre les États-Unis et le Maroc aux articles 14 et 24. L'article 14 dispose : « Le commerce avec les États-Unis sera sur le même pied que le commerce avec l'Espagne, ou que le commerce avec la nation actuellement la plus favorisée. Les citoyens de ce pays seront respectés et estimés ; ils auront toute liberté d'aller et de venir dans notre pays et dans nos ports sans aucun obstacle ». L'article 24 dispose, entre autres : « [il] est en outre déclaré que toute faveur, en matière de commerce ou autre, qui viendrait à être accordée à une autre Puissance chrétienne s'appliquera également aux citoyens des États-Unis ».

98. Selon la CIJ, « [c]es articles autorisent les États-Unis à invoquer les dispositions d'autres traités relatifs au régime capitulaire ». Comme l'indique la CIJ, « [I]es privilèges les plus étendus que le Maroc ait accordés en matière de juridiction consulaire sont ceux du traité général de 1856 avec la Grande-Bretagne et du traité de commerce et de navigation de 1861 avec l'Espagne. En vertu des dispositions de l'article IX du traité britannique, la juridiction consulaire était octroyée dans toutes les affaires civiles et criminelles où des ressortissants britanniques étaient défendeurs ». Une protection analogue a été accordée aux défendeurs espagnols. La CIJ a affirmé : « Par conséquent, en vertu des clauses de la nation la plus

favorisée, les États-Unis ont acquis la juridiction consulaire en matière civile et criminelle dans toutes les affaires où des ressortissants des États-Unis étaient défendeurs ».

99. Il est évident que la CIJ a accepté que les clauses MFN s'étendent aux dispositions relatives aux questions de compétence, mais cela n'était pas véritablement la question litigieuse entre les parties. La question dans cette affaire était différente. L'Espagne et le Royaume-Uni avaient renoncé à leurs droits et privilèges capitulaires et les États-Unis soutenaient que leurs droits en application de la clause MFN persistaient en dépit de la renonciation. La CIJ ne les a pas suivis. Les avantages résultant d'une clause MFN ne perdurent que tant que le traité qui les accorde est en vigueur mais ne sont pas incorporés dans le traité contenant la clause MFN. Si l'Espagne et le Royaume-Uni n'avaient pas renoncé à leurs droits capitulaires, les États-Unis auraient bénéficié de droits identiques en vertu de la clause MFN du traité de 1836.

100. Dans l'Affaire *Ambatielos*, la question était de savoir si la clause MFN - l'article X du traité de 1836 entre le Royaume-Uni et la Grèce s'appliquait à l'administration de la justice. L'article X disposait notamment que « l'intention [des parties contractantes] étant que le commerce et la navigation de chaque pays soient placés, à tous égards, par l'autre sur le pied de la nation la plus favorisée ».

101. Le Royaume-Uni a soutenu que la clause MFN ne pouvait couvrir que des questions de même nature que celles soulevées par l'affaire elle-même. La Commission arbitrale l'a suivi sur ce point mais a décidé qu'en l'espèce cette règle conduirait à des conclusions différentes de celles que soutenait le Royaume-Uni. Selon la Commission, « [il] est vrai que l'« administration de la justice », lorsqu'elle est appréciée de façon isolée, est un sujet autre que le « commerce et la navigation », mais ce n'est pas nécessairement le cas lorsqu'elle est appréciée en relation avec la protection des droits des commerçants. La protection des droits des commerçants trouve naturellement sa place au rang des questions couvertes par les traités de commerce et de navigation. En conséquence, il ne peut pas être soutenu que l'administration de la justice, en tant qu'elle concerne la protection de ces droits, doit nécessairement être exclue du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée, lorsque cette dernière inclut « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation ».

102. La défenderesse a soutenu que, dans l'Affaire *Ambatielos*, l'administration de la justice faisait référence aux droits procéduraux de fond tels que le traitement juste et équitable et non aux questions de pure compétence. Le Tribunal ne trouve dans le raisonnement de la Commission aucune base susceptible de justifier une telle distinction. En revanche, le Tribunal estime que le Traité lui-même, comme de nombreux traités relatifs à la protection des investissements, possède un mécanisme spécifique de règlement des différends qui n'est pas habituellement ouvert aux investisseurs. L'accès à ces mécanismes fait partie de la protection offerte par le Traité. Il fait partie du traitement des investisseurs et des investissements étrangers ainsi que des avantages accordés par la clause MFN.

103. Cette conclusion s'accorde avec la décision à laquelle est parvenu le tribunal arbitral dans l'affaire *Maffezini*. Dans cette affaire, l'investisseur demandait à bénéficier des avantages résultant du traité entre l'Espagne et le Chili pour

la protection et l'encouragement des investissements du 2 octobre 1991. La défenderesse a soutenu avec force que la clause MFN figurant dans le traité applicable dans l'affaire *Maffezini* – le BIT espagnol – était différente de la clause MFN du traité applicable dans la présente affaire et que l'affaire *Maffezini* devait être analysée dans son propre contexte. Le Tribunal observe que la clause MFN du BIT espagnol fait référence à « toutes les questions traitées dans le présent Accord », alors que la clause MFN du Traité ne fait référence qu'au « traitement ». Le tribunal arbitral statuant dans *Maffezini* a indiqué que l'Espagne avait utilisé l'expression « toutes les questions traitées dans le présent Accord » seulement dans son BIT avec l'Argentine alors qu'elle a utilisé la formule « ce traitement » dans tous les autres. Le tribunal statuant dans cette affaire a indiqué que cette dernière clause était « à l'évidence une formulation étroite ». Le présent Tribunal est d'accord pour dire que cette formulation est plus étroite mais, comme il l'a indiqué ci-dessus, il considère que le terme « traitement » et l'expression « activités liées aux investissements » sont suffisamment larges pour inclure le règlement des différends.

#### (vii) Épuisement des recours locaux

104. La défenderesse a soutenu que l'article 10(2) était une version « dégradée » de la règle de l'épuisement des recours locaux et que cette règle ne pouvait faire l'objet d'une renonciation tacite. Il s'agirait d'un élément essentiel de son consentement à l'arbitrage et la règle serait liée à des questions délicates de politique étrangère et économique. Le Tribunal est d'accord avec la défenderesse pour dire que les parties contractantes ont eu l'intention, par la voie de l'article 10(2), de donner aux juridictions locales une occasion de résoudre le différend avant qu'il ne soit soumis à l'arbitrage international. Cela ne signifie pas, cependant, que cette disposition nécessite l'épuisement des voies de recours locaux, telle que cette règle a été comprise en droit international. L'article 10(2) ne requiert pas une décision finale préalable des juridictions de la défenderesse. Il ne requiert même pas une décision préalable d'une juridiction de quelque niveau que ce soit. Il requiert simplement l'écoulement d'un laps de temps ou la persistance du différend après la décision d'une juridiction. Même si la décision est susceptible de faire l'objet d'un appel, la condition de l'article 10(2) est alors satisfaite. Le Tribunal considère en conséquence que l'article 10(2) n'est pas comparable à la règle de l'épuisement des voies de recours locaux et la question de la renonciation tacite à une règle de droit international ne se pose pas.

105. En ce qui concerne la prétention selon laquelle l'article 10(2) reflète une politique de l'Argentine, la défenderesse n'a pas apporté de preuve autre que ses affirmations dans ses écritures. Le Tribunal estimerait que le fait d'inclure systématiquement une certaine exigence dans les traités similaires conclus par la défenderesse constituerait une indication de l'existence d'une telle politique. Le BIT avec le Chili a été signé le 2 août 1991, quelques mois seulement avant le Traité. Le BIT avec l'Espagne a été conclu le 3 octobre 1991. Le BIT entre l'Argentine et les États-Unis, qui n'exige pas l'introduction de recours locaux préalablement à l'arbitrage, a été conclu le 14 novembre 1991. Cette absence de cohérence entre les BIT conclus par la défenderesse l'année même au cours de laquelle le Traité a été signé ne permet pas d'établir que l'engagement de procédures devant

des juridictions locales soit une question « délicate » de politique économique ou étrangère ou qu'il s'agisse d'un élément essentiel du consentement de la défenderesse à l'arbitrage. La défenderesse a cherché à obtenir pour ses nationaux, lorsqu'ils investissent au Chili ou aux États-Unis, un traitement semblable à celui recherché par la demanderesse dans la présente procédure.

*(viii) Signification des modifications négociées par rapport au BIT-type allemand*

106. La défenderesse a souligné le fait que la clause de règlement des différends se démarque de celle du traité bilatéral de protection des investissements de type allemand pour soutenir que cette clause avait été spécialement négociée et qu'elle devait dès lors être traitée de manière différente du reste. L'acceptation d'une disposition d'un texte type ne confère pas à cette disposition une valeur juridique plus importante ou moins importante que celle d'une disposition qui a été plus difficile à négocier. Le résultat final des négociations est un texte qui fait l'objet d'un accord et la signification juridique de chaque disposition n'est pas affectée par le caractère plus ou moins difficile des négociations qui y ont conduit. Le Tribunal s'estime tenu, dans son interprétation du Traité, par l'intention expresse des parties de promouvoir les investissements et créer des conditions qui leur sont favorables. Le Tribunal estime que lorsque l'intention des parties a été clairement exprimée, il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à la leur en attribuant une signification aux termes en fonction de la question de savoir s'ils faisaient ou non partie d'un projet type. Ainsi qu'on l'a déjà observé, le terme « traitement » est si général que le Tribunal ne peut limiter son application que dans les cas spécifiquement visés par les parties. En fait, le but de la clause MFN est d'éliminer l'effet de dispositions spécialement négociées sauf lorsqu'elles font l'objet d'une exclusion. Cela complète l'engagement de chacun des États parties au Traité de ne pas appliquer de mesures discriminatoires aux investissements conformément à l'article 2.

*(ix) Incidence du droit de l'Etat de porter le différend devant ses juridictions sur la portée de la clause MFN*

107. Les parties ont débattu de la question de savoir si le droit, prévu par l'article 10 du Traité, de l'État de soumettre le différend à ses propres juridictions affecte la clause MFN puisque cette disposition ne figure pas dans le BIT chilien. En ce qui concerne les faits de la cause, cette question semble être purement théorique puisque la défenderesse

pouvait soumettre le présent différend aux juridictions locales et qu'elle ne l'a pas fait avant qu'un tribunal arbitral CIRDI ne soit saisi de l'affaire. La question de savoir si, en théorie, l'exercice d'un tel droit de l'État aurait empêché l'application de la clause MFN au règlement des différends en application du Traité n'est pas considérée par le Tribunal comme un obstacle en l'espèce pour la simple raison que l'État pouvait soumettre le différend avec la demanderesse à ses propres juridictions à n'importe quel moment avant que le présent Tribunal ne soit saisi de l'affaire. Les BITS ne restreignent pas le droit des investisseurs ou de l'État d'engager une procédure devant les juridictions locales. Ils offrent un for complémentaire qui n'est pas habituellement ouvert aux investisseurs.

*(x) Invocation d'un avantage prévu par un traité en vertu d'une clause MFN entraînant l'application de toutes les dispositions de ce traité*

108. La réponse à la question de savoir si l'invocation d'un avantage en raison d'une clause MFN entraîne l'application de tout le traité dépend des termes de la clause, mais seulement dans la mesure où cela constitue un avantage pour le bénéficiaire de la clause. La clause MFN serait, dans le cas contraire, d'une utilité limitée. Cela ne signifie pas que l'investisseur en Argentine bénéficiera d'un traitement plus favorable que celui réservé à l'investisseur au Chili. La clause MFN fonctionne dans les deux sens. L'investisseur au Chili pourra réclamer les mêmes avantages que ceux prévus dans le BIT chilien.

109. En conclusion, le Tribunal estime que, de façon générale, invoquer un avantage en application d'une clause MFN n'entraîne pas nécessairement l'acceptation de tous les termes du traité qui offre un tel avantage indépendamment de la question de savoir si ces termes sont favorables à la partie qui forme la demande ; cela ne signifie pas non plus que la partie qui forme la demande peut avoir accès à tous les avantages prévus par un tel traité. Cela dépend de la rédaction de la clause MFN et des autres termes du traité en cause. Le Tribunal est d'accord avec la décision *Maffezini* pour dire que le bénéficiaire de la clause MFN ne peut pas aller à l'encontre de considérations d'ordre public jugées par les parties au traité comme essentielles à leur accord. Ainsi qu'on a pu l'indiquer, le Tribunal considère que les considérations d'ordre public invoquées par la défenderesse ne sont pas applicables.

110. Pour les motifs exposés ci-dessus, le Tribunal rejette la première exception d'incompétence.

*En l'espèce, la société de droit chypriote Plama avait acquis en 1998 la totalité des actions d'une société de droit bulgare, la société Nova Plama, dont le principal actif était constitué par une raffinerie de pétrole située en Bulgarie. Suite à certains agissements de l'État bulgare considérés comme entravant son investissement, la société Plama a saisi le CIRDI d'une demande d'arbitrage sur le fondement du Traité sur la Charte de l'Energie auquel Chypre et la Bulgarie sont parties, aux fins d'obtenir réparation du préjudice subi. A titre subsidiaire, la société Plama entendait se prévaloir de la clause NPF contenue dans le traité bilatéral d'investissement liant Chypre et la Bulgarie afin de bénéficier des dispositions plus favorables contenues dans le traité bilatéral d'investissement liant la Bulgarie et la Finlande, en ce qu'il prévoit la compétence du CIRDI pour les différends opposant un investisseur de l'une des parties à l'autre partie.*

189. It is not clear whether the ordinary meaning of the term “treatment” in the MFN provision of the BIT includes or excludes dispute settlement provisions contained in other BITs to which Bulgaria is a Contracting Party. Inclusion or exclusion may or may not satisfy the *ejusdem generis* principle (*i.e.*, when a general word or phrase follows a list of specifics, the general word or phrase will be interpreted to include only items of the same type as those listed), but as it will be seen below, it is not relevant to address that question.

190. In this connection, the difference between the terms “treatment ... accorded to investments,” as appearing in Article 3(1) of the Bulgaria-Cyprus BIT, and “treatment... accorded to investors,” as appearing in other BITs, is to be noted. The Tribunal does not attach a particular significance to the use of the different terms, in particular not since Article 3(1) contains the words “investments by investors.”

191. The second paragraph of Article 3 of the Bulgaria-Cyprus BIT contains an exception to MFN treatment relating to economic communities and unions, a customs union or a free trade area. This may be considered as supporting the view that all other matters, including dispute settlement, fall under the MFN provision of the first paragraph of Article 3 (on the basis of the principle *expressio unius est exclusio alterius*). However, the fact that the second paragraph refers to “privileges” may be viewed as indicating that MFN treatment should be understood as relating to substantive protection. Hence, it can be argued with equal force that the second paragraph demonstrates that the first paragraph is solely concerned with provisions relating to substantive protection to the exclusion of the procedural provisions relating to dispute settlement.

192. The “context” may support the Claimant’s interpretation since the MFN provision is set forth amongst the Treaty’s provisions relating to substantive investment protection. However, the context alone, in light of the other elements of interpretation considered herein, does not persuade the Tribunal that the parties intended such an interpretation. And the Tribunal has no evidence before it of the negotiating history of the BIT to convince it otherwise.

193. The object and purpose of the Bulgaria-Cyprus BIT are: “*the creation of favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the*

*other Contracting Party.*” (Preamble, see also title which refers to “*mutual encouragement and protection of investments*”). The Claimant places much reliance on the foregoing and on the Report of the Executive Directors on the ICSID Convention of 1965, according to which: “*the creation of an institution designed to facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors can be a major step toward promoting an atmosphere of mutual confidence and thus stimulating a larger flow of private international capital in those countries which wish to attract it*” (Exhibit C60, at paragraph 9). The Claimant further relies on Unctad’s study “Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s” which contains language to the same effect (Exhibit C104 at p. 5). The Claimant also points to the Maffezini decision in which it is observed: “*dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce.*” Such statements are as such undeniable in their generality, but they are legally insufficient to conclude that the Contracting Parties to the Bulgaria-Cyprus BIT intended to cover by the MFN provision agreements to arbitrate in other treaties to which Bulgaria (and Cyprus for that matter) is a Contracting Party. Here, the Tribunal is mindful of Sir Ian Sinclair’s warning of the “*risk that the placing of undue emphasis on the ‘object and purpose’ of a treaty will encourage teleological methods of interpretation [which], in some of its more extreme forms, will even deny the relevance of the intentions of the parties.*”

194. The Tribunal finds no guidance in the provisions of paragraphs 2 and 3 of Article 31 of the Vienna Convention, as there are no facts or circumstances that point to their application. The same goes for paragraph 4 of Article 31 of the Vienna Convention (“*A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended*”).

195. It is true that treaties between one of the Contracting Parties and third States may be taken into account for the purpose of clarifying the meaning of a treaty’s text at the time it was entered into. The Claimant has provided a very clear and insightful presentation of Bulgaria’s practice in relation to the conclusion of investment treaties subsequent to the conclusion of the Bulgaria-Cyprus BIT in 1987. In the 1990s, after Bulgaria’s communist regime changed, it began concluding BITs with much more liberal dispute resolution provisions, including resort to ICSID arbitration. However, that practice is not particularly relevant in the present case since subsequent negotiations between Bulgaria and Cyprus indicate that these Contracting Parties did not intend the MFN provision to have the meaning that otherwise might be inferred from Bulgaria’s subsequent treaty practice. Bulgaria and Cyprus negotiated a revision of their BIT in 1998. The negotiations failed but specifically contemplated a revision of the dispute settlement provisions (see Witness Statement by Christo P. Tepavitcharov at paragraph 20 and Exhibit 5 thereto, containing an exchange of notes between Bulgaria and Cyprus). It can be inferred from these negotiations that the Contracting Parties to the BIT themselves did not consider that the MFN provision extends to dispute settlement provisions in other BITs.

196. It may be mentioned here (see also Article 32 of the Vienna Convention) that the parties to the present arbitration

have not produced preparatory work of the Bulgaria-Cyprus BIT. They did provide some indication of the circumstances surrounding its conclusion. At that time, Bulgaria was under a communist regime that favored bilateral investment treaties with limited protections for foreign investors and with very limited dispute resolution provisions.

197. The previous two paragraphs indicate that, at the time of conclusion, Bulgaria and Cyprus limited specific investor-state dispute settlement to the provisions set forth in the BIT and had no intention of extending those provisions through the MFN provision.

198. In the view of the Tribunal, the following consideration is equally, if not more, important. With the advent of bilateral and multilateral investment treaties since the 1980s (today estimated to be more than 1,500), the traditional diplomatic protection mechanism by home states for their nationals investing abroad has been largely replaced by direct access by investors to arbitration against host states. Nowadays, arbitration is the generally accepted avenue for resolving disputes between investors and states. Yet, that phenomenon does not take away the basic prerequisite for arbitration: an agreement of the parties to arbitrate. It is a well established principle, both in domestic and international law, that such an agreement should be clear and unambiguous. In the framework of a BIT, the agreement to arbitrate is arrived at by the consent to arbitration that a state gives in advance in respect of investment disputes falling under the BIT, and the acceptance thereof by an investor if the latter so desires.

199. Doubts as to the parties' clear and unambiguous intention can arise if the agreement to arbitrate is to be reached by incorporation by reference. The Claimant argues that the MFN provision produces such effect, stating that in contractual relationships the incorporation by reference of an arbitration agreement is commonplace. In support thereof, the Claimant relies on Article 7(2) of the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration of 1985. The Claimant adds that in treaty relationships the importation of the arbitration agreement through the MFN provision operates in exactly the same way.

200. Article 7(2) of the Uncitral Model Law provides: *The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.* (emphasis added) Thus, a reference may in and of itself not be sufficient; the reference is required to be such as to make the arbitration clause part of the contract (*i.e.*, in this case, the Bulgaria-Cyprus BIT). This is another way of saying that the reference must be such that the parties' intention to import the arbitration provision of the other agreement is clear and unambiguous. A clause reading "a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states" as appears in Article 3(1) of the Bulgaria-Cyprus BIT, cannot be said to be a typical incorporation by reference clause as appearing in ordinary contracts. It creates doubt whether the reference to the other document (in this case the other BITs concluded by Bulgaria) clearly and unambiguously includes a reference to the dispute settlement provisions contained in those BITs.

201. The Claimant contends that the MFN provision in the Bulgaria-Cyprus BIT is a broad provision and is in contrast

to other types of MFN provisions, such as Article 1103 NAFTA: *Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*

202. The same provision can be found in the Free Trade Agreement of the Americas (FTAA) draft of 21 November 2003. Footnote 13 to the draft FTAA reads: *Note: One delegation proposes the following footnote to be included in the negotiating history as a reflection of the Parties' shared understanding of the Most-Favored-Nation Article and the Maffezini case. This footnote would be deleted in the final text of the Agreement: The Parties note the recent decision of the arbitral tribunal in the Maffezini (Arg.) v. Kingdom of Spain, which found an unusually broad most favored nation clause in an Argentina-Spain agreement to encompass international dispute resolution procedures. See Decision on Jurisdiction §§ 38-64 (January 25, 2000), reprinted in 16 ICSID Rev.-F.I.L.J. 212 (2002). By contrast, the Most-Favored-Nation Article of this Agreement is expressly limited in its scope to matters "with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments." The Parties share the understanding and intent that this clause does not encompass international dispute resolution mechanisms such as those contained in Section C.2.b (Dispute Settlement between a Party and an Investor of Another Party) of this Chapter, and therefore could not reasonably lead to a conclusion similar to that of the Maffezini case.*

203. This shows that in NAFTA and probably in the FTAA the incorporation by reference of the dispute settlement provisions set forth in other BITs is explicitly excluded. Yet, if such language is lacking in an MFN provision, one cannot reason *a contrario* that the dispute resolution provisions must be deemed to be incorporated. The specific exclusion in the draft FTAA is the result of a reaction by States to the expansive interpretation made in the *Maffezini* case. That interpretation went beyond what State Parties to BITs generally intended to achieve by an MFN provision in a bilateral or multilateral investment treaty. The Tribunal will examine the *Maffezini* decision in more detail below.

204. Rather, the intention to incorporate dispute settlement provisions must be clearly and unambiguously expressed. This is, for example, the case with the UK Model BIT, which provides in its Article 3(3): *For avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement.* Articles 8 and 9 of the UK Model BIT provide for dispute settlement. The drafters of the UK Model BIT rightly noted that there could be doubt and expressly neutralized that doubt.

205. The expression "with respect to all matters" as appearing in MFN provisions in a number of other BITs (but not the Bulgaria-Cyprus BIT) does not alleviate the doubt as pointed out in *Siemens v. The Argentine Republic*.

206. Doubt may be further created by the scope of the dispute settlement provisions in the other BITs. A number of them refer to disputes arising out of the particular BIT. It appears to be difficult to interpret the MFN clause as

importing into the particular BIT such specific language from other BITs.

207. Conversely, dispute resolution provisions in a specific treaty have been negotiated with a view to resolving disputes under that treaty. Contracting States cannot be presumed to have agreed that those provisions can be enlarged by incorporating dispute resolution provisions from other treaties negotiated in an entirely different context.

208. Moreover, the doubt as to the relevance of the MFN clause in one BIT to the incorporation of dispute resolution provisions in other agreements is compounded by the difficulty of applying an objective test to the issue of what is more favorable. The Claimant argues that it is obviously more favorable for the investor to have a choice among different dispute resolution mechanisms, and to have the entire dispute resolved by arbitration as provided in the Bulgaria-Finland BIT, than to be confined to *ad hoc* arbitration limited to the quantum of compensation for expropriation. The Tribunal is inclined to agree with the Claimant that in this particular case, a choice is better than no choice. But what if one BIT provides for UNCITRAL arbitration and another provides for ICSID? Which is more favorable?

209. It is also not evident that when parties have agreed in a particular BIT on a specific dispute resolution mechanism, as is the case with the Bulgaria-Cyprus BIT (*ad hoc* arbitration), their agreement to most favored nation treatment means that they intended that, by operation of the MFN clause, their specific agreement on such a dispute settlement mechanism could be replaced by a totally different dispute resolution mechanism (ICSID arbitration). It is one thing to add to the treatment provided in one treaty more favorable treatment provided elsewhere. It is quite another thing to replace a procedure specifically negotiated by parties with an entirely different mechanism.

210. The Claimant has relied on a number of cases that it believes support its interpretation. It is to be noted, however, that in none of these cases was it held that the dispute settlement provisions in the basic treaty are replaced *in toto* by the dispute settlement provisions contained in the other treaty through operation of the MFN provision in the basic treaty. Indeed, the Respondent contended that no tribunal has ever done what the Claimant is requesting this Tribunal to do in the present case.

211. The decision in *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* is not relevant. The case concerned a clause in a specific contract (“Consolidation Agreement”) between the parties to those proceedings in which it was provided: “[T]his Agreement shall be governed by the laws of the Czech Republic and the Treaty on the Promotion and Mutual Protection of Investments between the Czech Republic and the Slovak Republic dated November 23, 1992.” The tribunal in that case concluded that “by referring to the BIT, the parties intended to incorporate Article 8 of the BIT [i.e., dispute settlement provisions] by reference into the Consolidation Agreement, in order to provide for international arbitration as their chosen dispute settlement method” (Decision at paragraph 55). The tribunal reached that conclusion on the basis of the negotiating history between the parties to the Consolidation Agreement. That is a setting which is different from the incorporation of

dispute settlement provisions through an MFN provision in a BIT between two states.

212. In the Tribunal’s view, the lack of precedent is not surprising. When concluding a multilateral or bilateral investment treaty with specific dispute resolution provisions, states cannot be expected to leave those provisions to future (partial) replacement by different dispute resolution provisions through the operation of an MFN provision, unless the States have explicitly agreed thereto (as in the case of BITs based on the UK Model BIT). This matter can also be viewed as forming part of the nowadays generally accepted principle of the separability (autonomy) of the arbitration clause. Dispute resolution provisions constitute an agreement on their own, usually with interrelated provisions.

213. In the *Case Concerning Rights of Nationals of America in Morocco*, the United States claimed “*privileges with regard to consular jurisdiction*” as appearing in treaties that Morocco had concluded with Spain and the United Kingdom, on the basis of the MFN provision in the treaty of 1936 between Morocco and the United States (“*whatever indulgence, in trade or otherwise, shall be granted to any of the Christian Powers, the citizens of the United States shall be equally entitled to them*”). The International Court of Justice rejected such reliance by the United States because Spain and the United Kingdom had terminated those provisions. The United States had argued that such treaty provisions were intended to be “*incorporated permanently by reference*.” The International Court of Justice, however, examined the intent of the Contracting Parties and the “general treaty pattern” of the other treaties concluded by Morocco. Such a broader examination shows that, in the view of the International Court of Justice, an MFN provision does not operate as an automatic incorporation by reference.

214. In the *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, the International Court of Justice specifically stated: “*Without considering the meaning and the scope of the most-favoured-nation clause ...*” (at para. 109). The Court concluded that the MFN provisions in the Iran-United Kingdom treaties “*had no relation whatsoever to jurisdictional matters*” between those two States.

215. In the *Ambatielos Case* the International Court of Justice did not reach the issue, although as a matter of principle it may be that the Court accepted that an MFN provision can extend to jurisdictional matters. In the ensuing arbitration, the parties differed on the question whether “administration of justice” was comprised by the term “commerce and navigation” appearing in the MFN provision in the Anglo-Greek Treaty of Commerce and Navigation of 1886. The Commission of Arbitration held that it did. However, that ruling relates to provisions concerning substantive protection in the sense of denial of justice in the domestic courts. It does not relate to the import of dispute resolution provisions of another treaty into the basic treaty.

216. In *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, the question arose whether the requirement set forth in the dispute settlement provisions in the Argentina-Spain BIT of 1991 that “*domestic courts [be given] the opportunity to deal with a dispute for a period of eighteen months before it may be submitted to arbitration*” was inapplicable by reliance on the dispute settlement provisions in the Chile-Spain BIT (which does not impose such condition) through



operation of the MFN provision in the Argentina-Spain BIT. The arbitral tribunal in that case answered the question in the affirmative.

217. In *Maffezini* the tribunal relied on *Case Concerning Rights of Nationals of America in Morocco*, *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, and *Ambatielos Claim*. However, the foregoing review of those decisions shows that they do not provide a conclusive answer to the question.

218. The tribunal in *Maffezini* also noted that in other treaties the MFN provision mentions “*all rights contained in the present Agreement*” or “*all matters subject to this Agreement*,” in which case, according to the tribunal, “*it must be established whether the omission [in the Argentina-Spain BIT] was intended by the parties [i.e., Contracting Parties] or can reasonably be inferred from the practice followed by the parties in their treatment of foreign investors and their own investors*” (Decision, paragraph 53). The present Tribunal considers such a basis for analysis in principle to be inappropriate for the question whether dispute resolution provisions in the basic treaty can be replaced by dispute resolution provisions in another treaty. As explained above, an arbitration clause must be clear and unambiguous and the reference to an arbitration clause must be such as to make the clause part of the contract (treaty).

219. The tribunal in *Maffezini* further referred to “*the fact that the application of the most favoured nation clause to dispute settlement arrangements in the context of investment treaties might result in the harmonization and enlargement of the scope of such arrangements*” (Decision at paragraph 62). The present Tribunal fails to see how harmonization of dispute settlement provisions can be achieved by reliance on the MFN provision. Rather, the “basket of treatment” and “self-adaptation of an MFN provision” in relation to dispute settlement provisions (as alleged by the Claimant) has as effect that an investor has the option to pick and choose provisions from the various BITs. If that were true, a host state which has not specifically agreed thereto can be confronted with a large number of permutations of dispute settlement provisions from the various BITs which it has concluded. Such a chaotic situation—actually counterproductive to harmonization—cannot be the presumed intent of Contracting Parties.

220. The *Maffezini* tribunal was apparently aware of this risk when it added: *[T]here are some important limits that ought to be kept in mind. As a matter of principle, the beneficiary of the clause should not be able to override public policy considerations that the [C]ontracting [P]arties might have envisaged as fundamental conditions for their acceptance of the agreement in question, particularly if the beneficiary is a private investor, as will often be the case. The scope of the clause might thus be narrower than it appears at first sight. (id.)* The examples given by the tribunal are: (1) exhaustion of local remedies condition; (2) fork in the road provision; (3) “*if the agreement provides for a particular arbitration forum, such as ICSID, for example, this option cannot be changed by invoking the clause, in order to refer the dispute to a different system of arbitration*”; (4) “*if the parties have agreed to a highly institutionalized system of arbitration that*

*incorporates precise rules of procedure*” (referring as example to NAFTA). (Decision at paragraph 63).

221. The present Tribunal was puzzled as to what the origin of these “public policy considerations” is. When asked by the Tribunal at the Hearing, counsel for the Claimant responded: “*They just made it up.*” [D2.134]. The present Tribunal does not wish to go that far in its appraisal of the *Maffezini* decision. Rather, it seems that the effect of the “public policy considerations” is that they take away much of the breadth of the preceding observations made by the tribunal in *Maffezini*.

222. In *Maffezini* the tribunal pointed out: *It is clear, in any event, that a distinction has to be made between the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the clause, on the one hand, and disruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions, on the other hand. (Id.)*

223. The present Tribunal agrees with that observation, albeit that the principle with multiple exceptions as stated by the tribunal in the *Maffezini* case should instead be a different principle with one, single exception: an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them.

224. The decision in *Maffezini* is perhaps understandable. The case concerned a curious requirement that during the first 18 months the dispute be tried in the local courts. The present Tribunal sympathizes with a tribunal that attempts to neutralize such a provision that is nonsensical from a practical point of view. However, such exceptional circumstances should not be treated as a statement of general principle guiding future tribunals in other cases where exceptional circumstances are not present.

225. Whilst the Tribunal has not relied on it since the parties have not been in a position to include it in their pleadings, the Tribunal notes that the foregoing considerations are in line with the recent award in *Salini v. Jordan*.

226. In light of the foregoing review, the Tribunal need not examine the decisions in *Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States* and *Siemens AG v. The Argentine Republic* as both decisions are partially based on the *Maffezini* decision. Actually, the *Siemens* decision illustrates the danger caused by the manner in which the *Maffezini* decision has approached the question: the principle is retained in the form of a “string citation” of principle and the exceptions are relegated to a brief examination, prone to falling soon into oblivion (Decision, at paragraphs 105, 109 and 120).

227. For the foregoing reasons, the Tribunal concludes that the MFN provision of the Bulgaria-Cyprus BIT cannot be interpreted as providing consent to submit a dispute under the Bulgaria-Cyprus BIT to ICSID arbitration and that the Claimant cannot rely on dispute settlement provisions in other BITs to which Bulgaria is a Contracting Party in the present case.

**Rappel des faits** - Le 16 décembre 2003, la société de droit norvégien *Telenor Mobile Communications AS* (*Telenor*) a saisi le CIRDI d'une requête d'arbitrage à l'encontre de la République de Hongrie sur le fondement du traité bilatéral de protection des investissements (BIT) conclu entre la Norvège et la Hongrie le 8 avril 1991. Après diverses demandes de clarification, la requête a été enregistrée par le Centre le 2 août 2004. Le Tribunal arbitral a été composé de MM. Nicholas Allard, de nationalité américaine, désigné par la demanderesse, Arthur Marriott, de nationalité britannique, désigné par la défenderesse, et du Professeur Roy Goode, de nationalité britannique, nommé par accord des co-arbitres.

Elle-même contrôlée à 75 % par l'État norvégien, la demanderesse possédait une société de droit hongrois, *Pannon*, titulaire d'un contrat de concession de services de radiotéléphonie publique mobile. Le contrat était soumis au droit hongrois et contenait une clause attributive de compétence aux juridictions hongroises. La demanderesse faisait état, de manière jugée très imprécise par le Tribunal arbitral, d'une série de griefs à l'encontre de l'État d'accueil allant du manquement à l'obligation de désigner les fournisseurs de services mobiles comme fournisseurs de services universels à la fixation d'une taxe au profit des opérateurs de lignes fixes en passant par la contestation du calcul des tarifs applicables et par celle d'une amende imposée par le conseil de la concurrence local. Elle s'estimait de ce fait victime d'une expropriation et d'une violation de l'obligation de traiter l'investisseur de manière juste et équitable. L'article III du Traité conclu entre la Hongrie et la Norvège contient une telle exigence mais la clause de règlement des différends entre État et investisseurs contenue à l'article XI de ce Traité limite la compétence du tribunal au contentieux de l'expropriation. C'est donc par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée de l'article IV, et en raison de l'existence d'autres traités conclus par la Hongrie qui contiennent une clause de règlement des différends couvrant ce type de litiges, que l'investisseur prétendait justifier la compétence du Tribunal pour connaître de ce grief.

Le Tribunal examine ensuite l'argumentation avancée sur le terrain du traitement juste et équitable et de la clause de la nation la plus favorisée. À cet égard, la difficulté tenait au fait que, bien que contenant une clause de traitement juste et équitable, le Traité conclu entre la Hongrie et la Norvège en 1991 limitait les différends susceptibles d'être réglés par voie d'arbitrage entre l'investisseur et l'État aux contentieux relatifs à l'expropriation ainsi qu'à celui du rapatriement des capitaux et celui des questions de l'indemnisation due en cas d'événements de type révolution. Une fois alerté de la difficulté par l'exception d'incompétence soulevée par l'État, l'investisseur a cherché à élargir le champ d'application de la clause en invoquant les dispositions de l'article IV du Traité qui contient une clause de la nation la plus favorisée rédigée de façon tout à fait générale mais ne précisant ni n'excluant son application à la clause de règlement des différends de l'article XI.

Le Tribunal rejette cette argumentation au terme du raisonnement suivant, non sans avoir relevé préalablement que l'argument a été soulevé tardivement par *Telenor* et

qu'à aucun moment, y compris au cours des audiences de plaidoiries, ses conseils n'ont été en mesure d'identifier les traités conclus par la Hongrie qui contiennent des clauses de règlement des différends plus larges que celles du traité Hongrie-Norvège et dont les clauses se trouveraient incorporées dans ce dernier traité par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée (sentence, § 83). Il examine d'abord les décisions intervenues dans les affaires *Maffezini* et *Siemens* qu'invoquait l'investisseur.

87. Pour parvenir à sa décision, le Tribunal ayant statué dans l'affaire *Maffezini* a examiné en détail la pratique suivie par l'Espagne à l'égard des traités bilatéraux de protection des investissements conclus avec d'autres États. Il a observé que dans tous les traités conclus par l'Espagne qu'il a pu examiner, la seule clause de la nation la plus favorisée visant « toutes les questions couvertes par le présent traité » était celle du traité conclu avec l'Argentine. Aucun autre traité ne comporte cette référence et tous se contentent d'appliquer la clause au « traitement » (c'est-à-dire au traitement accordé à l'investissement) ce qui est, comme l'a observé le tribunal, une formulation plus étroite, qui est également celle utilisée dans le Traité conclu entre la Hongrie et la Norvège. Le tribunal conscient du danger qui consiste à permettre un *treatyshopping* malsain, susceptible de mettre en péril les politiques poursuivies par certaines dispositions spécifiques du traité, a inclus dans sa décision certaines réserves importantes fondées sur l'ordre public, bien que leur source ne soit pas très claire.

88. La décision intervenue dans l'affaire *Siemens* est d'avantage de nature à soutenir l'allégation de *Telenor* dans la mesure où la clause de la nation la plus favorisée était limitée au traitement des investissements, et où, en dépit de cette différence importante, le tribunal, tout en observant, comme dans l'affaire *Maffezini*, que cette formulation était plus étroite, l'a considérée suffisamment large pour couvrir le règlement des différends et a conclu qu'un investisseur de nationalité allemande était en droit d'invoquer à l'encontre de l'Argentine la clause de règlement des litiges plus large figurant dans le Traité Chili-Argentine. Une approche analogue a été adoptée dans l'affaire *Gas Natural* dans laquelle le tribunal a insisté sur l'importance devant être attachée à l'assurance d'un arbitrage international indépendant et a conclu que les dispositions de la clause de la nation la plus favorisée d'un traité devaient être comprises comme s'appliquant au règlement des litiges, à moins qu'elles ne l'excluent clairement. Plus récemment, la solution retenue dans l'affaire *Maffezini* a été suivie dans l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Interagua Servicios Integrales de Agua SA c/ République argentine*.

#### **(4) Affaires adoptant une interprétation plus restrictive des clauses de la nation la plus favorisée**

89. Bien que les affaires *Maffezini* et *Siemens* ne soient pas isolées et aient été suivies par d'autres décisions ultérieures, il est clair que, dans d'autres espèces, elles ont causé une inquiétude considérable et, de fait, suscité une critique et un désaccord assez vigoureux. Ainsi, dans l'affaire *Plama c/ Bulgarie*, le tribunal a rejeté de manière ferme l'interprétation expansive retenue de la clause de règlement

des différends de l'affaire *Maffezini* et a, de ce fait, estimé inutile de discuter l'affaire *Siemens*. « Dans l'affaire *Maffezini*, le Tribunal s'est également référé au fait que l'application de la clause de la nation la plus favorisée aux clauses de règlement des différends dans le contexte des traités sur les investissements peut résulter en une harmonisation et un élargissement de la portée d'une telle clause (décision, § 62). Le présent Tribunal ne voit pas comment une harmonisation des clauses de règlement des différends peut être atteinte par le recours aux clauses de la nation la plus favorisée. Au contraire, l'ensemble des traitements et l'auto-adaptation de la clause de la nation la plus favorisée à l'égard des clauses de règlement des différends (comme l'allègue la demanderesse) a pour effet d'offrir à l'investisseur la faculté de sélectionner les dispositions de divers BITs. Si tel était le cas, un État d'accueil qui n'y aurait pas spécifiquement consenti, pourrait être confronté à de nombreuses permutations de clauses de règlement des différends avec d'autres traités qu'il a conclus. Un tel chaos – à vrai dire, contreproductif en termes d'harmonisation – ne peut être présumé refléter l'intention des Parties contractantes. (...) (...) le principe énoncé avec de nombreuses exceptions par le tribunal ayant statué dans l'affaire *Maffezini* devait être, selon lui, un principe différent avec une seule exception : une clause de la nation la plus favorisée d'un traité de base n'incorpore pas par référence, en tout ou en partie, les clauses de règlements des différends d'autres traités sauf si la clause de la nation la plus favorisée du traité de base ne laisse aucun doute quant à l'intention des parties contractantes de les incorporer. » De même, dans l'affaire *Salini c/ Jordanie*, le tribunal, après avoir affirmé qu'il « partage les préoccupations exprimées par certains à propos de la solution adoptée dans l'affaire *Maffezini* », a refusé de considérer que la clause de la nation la plus favorisée étendait le champ d'application du traité au règlement des différends et a jugé que sa compétence était limitée par la clause de règlement des différends du traité lui-même. Le tribunal a observé que les demandresses n'avaient cité aucune pratique des parties au traité au soutien de leur allégation.

### **(5) Conclusions sur la clause de la nation la plus favorisée**

90. Le présent Tribunal adopte sans réserves l'analyse et la conclusion de principe du tribunal ayant statué dans l'affaire *Plama*.

91. Il existe au moins quatre raisons convaincantes pour lesquelles la clause de la nation la plus favorisée du traitement d'un investissement ne doit pas être comprise comme étendant la compétence du tribunal à des catégories de différends non comprises dans celles visées par le traité lui-même en l'absence de texte laissant ressortir clairement que telle est l'intention des parties.

92. En premier lieu, l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités impose qu'un traité soit interprété « *de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». En l'absence de textes ou de contexte suggérant le contraire, le sens ordinaire de « les investisseurs ne se verront pas accorder de traitement moins favorable que celui accordé aux investissements des investisseurs d'États tiers » est que les droits *substantiels* relatifs aux investissements doivent être traités de manière

non moins favorable que ceux qui résultent d'un traité entre l'État d'accueil et un État tiers, et il n'existe aucune raison d'interpréter la phrase précitée comme important également des droits *procéduraux*. C'est une chose que de stipuler que l'investisseur aura le bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée pour le traitement des investissements mais c'en est une autre que d'utiliser la clause de la nation la plus favorisée d'un traité pour contourner la limite figurant dans ce même traité lorsque les parties n'ont pas choisi de spécifier clairement dans la clause de la nation la plus favorisée que telle était leur intention, comme le font certains traités.

93. En deuxième lieu, comme l'a souligné le tribunal dans l'affaire *Plama*, l'effet d'une interprétation large de la clause de la nation la plus favorisée serait d'exposer l'État d'accueil à un *treaty-shopping* parmi un nombre indéterminé de traités pour trouver une clause de règlement des différends assez large pour couvrir un différend ne tombant pas dans le champ d'application de la clause de règlement des différends du traité de base et, même là, pourrait-il y avoir des hésitations sur le point de savoir si un investisseur pourrait choisir des éléments de la clause plus large de règlement des différends servant ses objectifs tout en écartant ceux qui ne vont pas dans le même sens.

94. Troisièmement, l'interprétation large engendre à la fois une insécurité et une imprévisibilité en ce qu'à un moment la limitation figurant dans le traité de base est efficace et, à un autre, elle est dépassée par la clause de règlement des différends plus large d'un nouveau traité conclu par l'État d'accueil.

95. Quatrièmement, la pratique des États parties au traité dans la rédaction de la clause de règlement des différends des traités qu'ils concluent est particulièrement pertinente. Ceux qui plaident en faveur d'une interprétation large de la clause de la nation la plus favorisée ont pratiquement toujours examiné la question du point de vue de l'investisseur. Mais ce qui doit être appliqué n'est pas un vague principe abstrait de protection de l'investissement en faveur d'un investisseur potentiel qui n'est pas partie au traité et qui, au moment de sa conclusion, n'est pas même connu mais l'intention des États contractants. L'importance pour les investisseurs d'un arbitrage international indépendant ne peut être niée mais le Tribunal estime que sa tâche est d'interpréter le Traité et, pour ce faire, appliquer les critères ordinaires d'interprétation, non de remplacer, par référence à des considérations de politique générale de protection des investissements, les mécanismes de règlement des différends spécifiquement négociés par les parties. Il existe des traités conclus par un État qui prévoient la soumission à l'arbitrage de *tous* les différends et d'autres conclus *par le même État* qui limitent le consentement à certaines catégories de différends, tels que l'expropriation. Il est évident qu'un État, lorsqu'il conclut un accord avec cette dernière forme de règlement des différends, entend que la compétence du tribunal soit limitée aux catégories spécifiées et ne soit pas étendue par l'interférence de la clause de la nation la plus favorisée. Lorsque, comme en l'espèce, les *deux* parties au traité restreignant la soumission à l'arbitrage à des catégories spécifiées ont conclu d'autres traités qui soumettent tous les différends à l'arbitrage ou ont conclu d'autres traités qui soumettent tous les différends à l'arbitrage tandis que d'autres limitent la soumission à certaines catégories de différends, il peut être supposé de

façon justifiée que, dans le traité en question, les deux parties partagent l'intention de restreindre la compétence du Tribunal arbitral aux catégories spécifiées. Dans ces conditions, l'invocation de la clause de la nation la plus favorisée à propos de la clause de règlement des différends pervertirait l'intention des parties au traité de base, bien que celles-ci aient clairement spécifié que telle n'était pas leur intention.

96. Dans la présente affaire, la Hongrie a indiqué, de manière significative, que sur les 15 traités norvégiens disponibles, le BIT avec la Hongrie était le seul qui spécifiait les catégories de différends susceptibles d'être réglés par voie d'arbitrage CIRDI ; les 14 autres visant « tous différends » ou « les différends ». Tous ces traités ont été produits en pièces au soutien du déclinatoire de la Hongrie, bien que tous ne soient pas en langue anglaise. En revanche, à peu près la moitié des BITs conclus par la Hongrie avec des États autres que la Norvège limitent le consentement à l'arbitrage au contentieux de l'expropriation. La Hongrie a également inclus dans ses pièces des copies de différents traités conclus par la Hongrie avec des États autres que la Norvège, bien que, là encore, certains ne soient pas en anglais. Les propres recherches du Tribunal montrent que, sur les 22 traités conclus par la Hongrie disponibles en anglais sur le site internet de la CNUCED, seulement sept limitent la soumission à l'arbitrage aux affaires d'expropriation ou de nationalisation, alors que 13 permettent que les différends d'ordre juridique soit soumis à l'arbitrage, et deux, y compris le traité en cause dans la présente affaire, visent des catégories supplémentaires par rapport à l'expropriation ou la nationalisation, telles que l'indemnisation des pertes dues à la guerre, mais ne s'étendent pas à d'autres types de différends.

97. Il semble donc clair qu'à l'article XI de leur traité, la Hongrie et la Norvège ont fait le choix délibéré de limiter l'arbitrage aux catégories spécifiées dans cet article et ont exclu la forme large de clause de règlement des différends adoptée dans nombre de leurs autres traités.

98. Dans l'affaire récente *Aguas*, qui, ainsi qu'on l'a rappelé, a suivi la décision *Maffezini*, le tribunal a distingué l'affaire *Plama* sur trois fondements. En premier lieu, la clause de la nation la plus favorisée de *Plama* était plus étroite que celle d'*Aguas* qui a utilisé les termes « toutes les questions couvertes par le présent Traité » suivis par une série d'exceptions. En deuxième lieu, l'affaire *Plama* était éclairée par la preuve que les États contractants n'entendaient pas que la clause de la nation la plus favorisée couvre le règlement des différends, alors que dans l'affaire *Aguas* aucune preuve sur le consentement des États n'a été fournie par les parties. En troisième lieu, dans *Plama*, la demanderesse a tenté de remplacer la clause de règlement des différends du traité de base dans son intégralité par une clause de règlement des différends importée d'un autre traité, un « effet radical » comparé à celui plus limité d'*Aguas* qui consistait seulement à écarter une étape

préliminaire à l'accès au mécanisme de règlement des différends. Ces trois caractéristiques qui ont permis au tribunal statuant dans l'affaire *Aguas* de distinguer cette affaire de l'affaire *Plama* permettent également de distinguer *Aguas* de la présente espèce. La clause de la nation la plus favorisée du traité Hongrie-Norvège est plus limitée que celle d'*Aguas*, le présent Tribunal a reçu des preuves du type de celles qui n'étaient pas présentes dans l'affaire *Aguas* – à savoir la pratique tant de la Hongrie que de la Norvège dans la conclusion d'autres traités de protection des investissements avec d'autres États – qui montraient que les parties ont entendu limiter le règlement des différends aux contentieux spécifiés dans la clause de règlement des différends du Traité Hongrie-Norvège et ce que demande Telenor n'est pas simplement d'écarter une condition préalable à l'invocation du mécanisme de règlement des différends mais d'étendre le champ de compétence du Tribunal à des questions complètement étrangères à l'article XI du Traité Hongrie-Norvège.

99. Dans l'affaire *Aguas*, le tribunal n'a exprimé aucune opinion sur la question de savoir si une clause de la nation la plus favorisée plus radicale que celle figurant dans l'affaire *Plama* pourrait avoir pour effet de remplacer une clause de règlement des différends mais amarcé son désaccord sur le principe général formulé par le tribunal statuant dans l'affaire *Plama*. Le présent Tribunal approuve au contraire pleinement la formulation retenue dans l'affaire *Plama*.

100. Le Tribunal conclut en conséquence que, dans la présente affaire, la clause de la nation la plus favorisée ne peut être utilisée pour étendre la compétence du Tribunal à des catégories de différends autres que l'expropriation car cela pervertirait l'intention commune de la Hongrie et de la Norvège lors de la conclusion du BIT en question.

101. Vers la fin de l'audience sur la compétence, le Tribunal a demandé à Telenor si, au cas où le Tribunal se prononcerait à l'encontre de son allégation sur l'application de l'article IV, Telenor considérerait toujours que sa réclamation fondée sur l'article III entrerait dans le champ de compétence du Tribunal arbitral. Le conseil de Telenor a, de façon très franche et juste, concédé que si l'article IV ne pouvait être invoqué, les réclamations sur le terrain de l'article III ne se seraient pas recevables et Telenor serait limitée à une réclamation sur le fondement de l'expropriation. Le présent Tribunal ayant conclu, pour les motifs exposés ci-dessus, que l'article IV ne permet pas d'étendre la compétence du Tribunal au-delà de ce qui est prévu par l'article XI, il s'en suit que les demandes de Telenor fondées sur l'article III doivent être également rejetées faute de compétence. »

*Par ces motifs, le Tribunal se déclare incompétent pour connaître de l'intégralité des demandes de Telenor et condamne la demanderesse au paiement de l'intégralité des coûts de l'arbitrage payés au Centre et de l'intégralité des frais et honoraires exposés par la défenderesse dans cette affaire.*

**Document 5 – Affaire *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, CIRDI n° ARB/04/14, décision sur la compétence, 8 novembre 2008 (Extraits)**

**f) “Case-Law” — Decisions of arbitral tribunals as to whether an MFN clause extends or does not extend to a dispute-resolution provision in the same treaty are neither uniform nor consistent**

177. To adopt the words of the UN Secretary-General in his 1949 Memorandum<sup>149</sup> “the divergent interpretations of the most favoured nation Clause” which caused difficulties then, continue to cause difficulties, even now!

178. In a wide variety of cases, arbitral tribunals (ICSID and other) have been called upon to interpret an MFN Clause in a BIT to determine whether or not it extends to dispute-resolution, (a jurisdiction clause). Their decisions have been neither uniform nor consistent; different tribunals faced with differently worded treaties (sometimes even similarly worded treaties) have reached different, if not conflicting, conclusions. In the sphere of MFN Clauses (in BITs) and their reach, adjudications by *ad hoc* tribunals have proved to be an obstacle to the development of a *jurisprudence constante*. Under the ICSID system, there is no mechanism for promoting certainty and predictability. But this does not mean that decisions of tribunals (ICSID or other) are not cited by parties before an arbitration tribunal in a particular case. As a matter of fact, in this very case each side has relied on a plethora of decisions — of course, none of them binding, on the Tribunal. But the decisions do warrant examination.

**g) “Case-law” — Two separate lines of decisions reflecting two different approaches**

179. The different decisions (of ICSID and other tribunals) on the application (non-application) of MFN clauses to dispute resolution provisions (in bilateral investments treaties) reveal two separate lines of approach:

(i) The first line of decisions (which are numerous) begin with *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*<sup>150</sup> — they proceed on a presumption: that dispute-resolution provisions do invariably fall within the scope of an MFN provision in a BIT, unless the contrary is plainly demonstrated.<sup>151</sup> In the opinion of the Tribunal the contracting out presumption underlying this line of decisions is not warranted in the present case — neither by the provisions in the text of the Argentina-Germany BIT nor in its preamble.

(ii) A second line of decisions of tribunals (which are fewer) begin with *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Hashemite Kingdom of Jordan*<sup>152</sup> followed by *Plama Consortium Ltd., v. Republic of Bulgaria*<sup>153</sup>; and *Telenor Mobile vs. Hungary*<sup>154</sup> they mark a decisive step away from the expansive approach adopted by the tribunal in *Maffezini*. This second line of “cases” proceeds on the basis that dispute resolution provisions in a specific treaty having been negotiated with a view to resolving disputes under that treaty, Contracting States cannot be presumed to have agreed that those provisions could be enlarged (or displaced) by incorporating dispute resolution provisions from other treaties negotiated by the Host State with a different party in an entirely different context. Thus, this trend — which follows closely the principle of general international law that international courts and tribunals can only exercise jurisdiction over a State with consent — does not regard as sufficient a consent of the Host State to international arbitration which would be a merely presumed consent.

180. In *Maffezini v. Spain* (followed in *Siemens v. Argentina*<sup>155</sup>) the Tribunal reasoned thus:

“54. Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce. Consular jurisdiction in the past, like other forms of extraterritorial jurisdiction, were considered essential for the protection of rights of traders and, hence, were regarded not merely as procedural devices but as arrangements designed to better protect the rights of such persons abroad. It follows that such arrangements, even if not strictly a part of the material aspect of the trade and investment policy pursued by treaties of commerce and navigation, were essential for the adequate protection of the rights they sought to guarantee.

“55. International arbitration and other dispute settlement arrangements have replaced these older and frequently abusive practices of the past. These modern developments are essential, however, to the protection of the rights envisaged under the pertinent treaties; they are also closely linked to the material aspects of the treatment accorded. Traders and investors, like their States of nationality, have traditionally felt that their rights and interests are better protected by recourse to international arbitration than by submission of disputes to domestic courts, while the host governments have traditionally felt that the protection of domestic courts is to be preferred. The drafting history of the ICSID Convention provides ample evidence of the conflicting views of those favoring arbitration and those supporting policies akin to different versions of the Calvo Clause.<sup>156</sup>

“56. From the above considerations it can be concluded that if a third party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favorable to the protection of the investor's rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the *ejusdem generis* principle. Of course, the third-party treaty has to relate to the same subject matter as the basic treaty, be it the protection of foreign investments or the promotion of trade, since the dispute settlement provisions will operate in the context of these matters; otherwise there would be a contravention of that principle.”

181. But (in *Maffezini*), the expansive approach set out above was also tempered with “important limits” (or exceptions) which were then stated:

“56. [...] This operation of the most favored nation clause does, however, have some important limits arising from public policy considerations that will be discussed further below.”

[...]

“62. Notwithstanding the fact that the application of the most favored nation clause to dispute settlement arrangements in the context of investment treaties might result in the harmonization and enlargement of the scope of such arrangements, there are some important limits that ought to be kept in mind. As a matter of principle, the

beneficiary of the clause should not be able to override public policy considerations that the contracting parties might have envisaged as fundamental conditions for their acceptance of the agreement in question, particularly if the beneficiary is a private investor, as will often be the case. The scope of the clause might thus be narrower than it appears at first sight.

“63. Here it is possible to envisage a number of situations not present in the instant case. First, if one contracting party has conditioned its consent to arbitration on the exhaustion of local remedies, which the ICSID Convention allows, this requirement could not be bypassed by invoking the most favored nation clause in relation to a third-party agreement that does not contain this element since the stipulated condition reflects a fundamental rule of international law. Second, if the parties have agreed to a dispute settlement arrangement which includes the so-called fork in the road, that is, a choice between submission to domestic courts or to international arbitration, and where the choice once made becomes final and irreversible, this stipulation cannot be bypassed by invoking the clause. This conclusion is compelled by the consideration that it would upset the finality of arrangements that many countries deem important as a matter of public policy. Third, if the agreement provides for a particular arbitration forum, such as ICSID, for example, this option cannot be changed by invoking the clause, in order to refer the dispute to a different system of arbitration. Finally, if the parties have agreed to a highly institutionalized system of arbitration that incorporates precise rules of procedure, which is the case, for example, with regard to the North America Free Trade Agreement and similar arrangements, it is clear that neither of these mechanisms could be altered by the operation of the clause because these very specific provisions reflect the precise will of the contracting parties. Other elements of public policy limiting the operation of the clause will no doubt be identified by the parties or tribunals. It is clear, in any event, that a distinction has to be made between the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the clause, on the one hand, and disruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions, on the other hand.” (Emphasis added).

182. The precautions mentioned by the authors of the decision in *Maffezini* have proved difficult of application, resulting in much uncertainty, as to how to distinguish in a given case between “the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the (MFN) clause” on the one hand, and how to avoid the use of the MFN clause for purposes plainly of “disruptive treaty shopping”, on the other hand.<sup>157</sup> As to what is regarded (in *Maffezini*) as a “legitimate” extension of an MFN clause to a dispute resolution provision, is different from what is regarded as a “legitimate extension”<sup>158</sup> of an MFN clause in *Plama*). In *Plama*, the ICSID Tribunal had said:

“[...] [T]he principle with multiple exceptions as stated by the tribunal in the *Maffezini* case should instead be a different principle with one, single exception: an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them.”<sup>159</sup> (Emphasis added).

183. In *Salini v. Jordan*<sup>160</sup>, — the tribunal observed that the MFN clause — Article 3 of the BIT between Italy and Jordan (like Article 3 of the BIT between Argentina and Germany in the present case) — did not include any provision extending its scope of application to dispute settlement, and also did not envisage “all rights” or “all matters” covered by the treaty, and in addition the claimants having submitted nothing from which it might be established that the common intention of the Parties was to have the most-favoured nation clause to apply to dispute settlement, it was stated that Article 3 (MFN Clause) could not be extended so as to be applicable to the clause regarding dispute-resolution<sup>161</sup> (It is to be noted that in the above decision the burden was placed on the claimants). With reference to the decision of the Commission or Arbitration in the *Ambatielos case (Ambatielos-II)* the tribunal (in *Salini*) observed that the question of whether substantive provisions relating to the “administration of justice” could be incorporated from other treaties by virtue of an MFN clause was very different to the question of whether dispute-settlement provisions from other treaties could be so incorporated. The tribunal in *Salini* concluded that the solution adopted in *Ambatielos-II* could not be directly transposed into the case before it.<sup>162</sup>

184. However in another case — in *National Grid v. Argentina*<sup>163</sup> — the basic treaty (Argentina-UK BIT) required the investor to resort to domestic courts for a period of eighteen-months prior to submitting the dispute to international arbitration; the investor successfully relied on the MFN Clause of the Argentine-UK BIT to bypass this pre-requisite through reliance on the dispute-resolution provisions of the Argentine-US BIT, which did not impose a similar condition. The tribunal (in *National Grid v. Argentina*) placed the burden of proof on the Host State to establish that the intent of the Contracting Parties was to exclude dispute-resolution from the scope of the MFN provision, as opposed to requiring the investor to prove that the Contracting Parties intended dispute-resolution to fall within the ambit of the MFN Clause (a presumption inconsistent with the holding in *Salini* and in *Plama v. Bulgaria*). It is to be noted that the MFN clause under consideration in *National Grid v. Argentina* is almost identical to Article 1103 of NAFTA, which had been identified by the *Plama* tribunal as the sort of wording which would explicitly exclude the extension of the MFN clause to the dispute resolution provision.

**h) Claimant's contention that Article 4(4) of the Argentina-Germany BIT has been inserted as a matter of “abundant caution” — as stated in the Siemens Award**

185. The contention that Article 4(4) has been inserted only *ex major cautela* (for the removal of doubts) — as stated in the *Siemens* award which also interpreted the Argentina-German BIT<sup>164</sup> is to read into the Treaty (BIT) words which are not there: an impermissible exercise in treaty interpretation. It is submitted by the Claimant that the additional MFN clause was inserted in Article 4(4) of the Argentina-Germany BIT because “it was aimed at emphasising the protection in relation to the two standards of full protection and expropriation” This is a surmise not warranted by the text of the BIT. If it is suggested that this surmise is necessary to make the BIT more effective, then, as the International Court of Justice in its Advisory Opinion of July 18, 1950<sup>165</sup> said: the principle expressed in the maxim: *Ut res magis valeat quam pereat*, often referred to

as the rule of effectiveness, could not justify a court or tribunal in attributing to a treaty provision a meaning which would be contrary to the text (“their letter and spirit”).

The decision in *Siemens*<sup>166</sup> — interpreting the Argentina-Germany BIT — first proceeds on an assumption — an assumption (not warranted by the text) that Article 3 applies to all Articles of the BIT and then proceeds with the surmise that what is mentioned in Article 4(4) is *ex abundante cautela* — But the assumption that Article 3 applies to all other provisions of the BIT is not borne out by the text (since there are no words like “in all matters subject to this agreement .....”, “in all matters governed by the present agreement...” in Article 3). If the text had so provided, it may have been possible (perhaps) to read *sub-silentio* a prefix to Article 4(4) (like for instance the phrase “for the removal of doubts”) — which is not there. Adding words to a treaty on the basis of presumed intention must be avoided. It is an exercise that has been characterised as an interpretation that “tends to create meaning rather than to discover it.”<sup>167</sup>

186. Even words like “all matters relating to ...” in an MFN clause may not be sufficient to extend such clause to the dispute resolution provisions of the BIT. In a recent award (award of April 21, 2006) handed down by a tribunal appointed by the Stockholm Chamber of Commerce<sup>168</sup> the MFN clause (Article 2) in the bilateral treaty concerned contained the words “In all matters covered by the present Treaty and in particular in Article 4,5,6...”. Even so, the majority of the tribunal (2:1) refused to hold that “even seemingly clear language like this could be considered as having an unambiguous meaning in the context of an MFN Clause”; the majority said:

“There is a fundamental difference as to how an MFN clause is generally understood to operate in relation to the material benefits afforded by a BIT, on the one hand, and in relation to dispute resolution clauses, on the other hand. While it is universally agreed that the very essence of an MFN provision in a BIT is to afford to investors all material protection provided by subsequent treaties, it is much more uncertain whether such provisions should be understood to extend to dispute resolution clauses. It is so uncertain, in fact, that the issue has given rise to different outcomes in a number of cases and to extensive jurisprudence on the subject [...].

[...] Instead, the present Tribunal will apply the principle that an MFN provision in a BIT will only incorporate by reference an arbitration clause from another BIT where the terms of the original BIT clearly and unambiguously so provide or where it can otherwise be clearly inferred that this was the intention of the Contracting Parties.”

187. The dissenting member of the tribunal however opined that in his view the MFN provision was “clear and unambiguous” particularly when read in the light of the “MFN principle” as well as prior jurisprudence “regarding similar application of a virtually identical provision”. According to this dissenting member the “MFN principle” was that where an MFN clause in a treaty specifically covered ‘all matters’ in the treaty (BIT), this was sufficiently clear indication that it should also extend to the dispute-resolution clause of the treaty — but the majority did not agree. As for reliance by the dissenting member on what he called “prior jurisprudence”, there is nothing like “prior jurisprudence” in the ICSID context. In ICSID arbitrations, there are no binding decisions (much less

consistent decisions) that have shown the way — as to under what circumstances and in which cases MFN clauses in bilateral treaties would extend to its dispute-resolution provisions. It appears that the most-favoured-nation-clause in a BIT does not extend to the dispute settlement provision in that BIT, except where expressly so provided or clearly indicated.

188. In a book recently published by the Oxford University Press (2007) — the first of the new Oxford International Arbitration Series,<sup>169</sup> — the topic “Most-Favoured-Nation-Treatment” is summarised in the following words:

“It is submitted that the reasoning of the Tribunal in *Plama* is to be strongly preferred over that in *Maffezini*. As the ICJ pointed out in *East Timor (Portugal) v. Australia*,<sup>170</sup> the scope of application of a substantive obligation is an entirely separate question to the conferral of jurisdiction upon an international tribunal, Jurisdiction in International law depends solely upon consent. This is a difficult concept in any event in investment arbitration. Given the absence of a meeting of minds between investor and host State, consent has to be constructed from the standing consent given by the State by treaty, and the subsequent consent given by the investor at the time the claim is submitted to arbitration. In those circumstances, it is particularly important to construe the ambit of the State’s consent strictly. As the discussion in Chapter 3 above has shown, (Dispute Resolution Provisions) the balance struck in investment treaties between the various dispute settlement options is often the subject of careful negotiation between the State Parties, selecting from a range of different techniques. It is not to be presumed that this can be disrupted by an investor selecting at will from an assorted menu of other options provided in other treaties, negotiated with other State Parties and in other circumstances. Moreover, it is in any event not possible to imply a hierarchy of favour to dispute settlement provisions. The clauses themselves do not do this, and it would be invidious for international tribunals to be finding (in the absence of specific evidence) that host State adjudication of treaty rights was necessarily inferior to international arbitration. The same point could be made with even more force in the case of a comparison between ICSID and other forms of arbitration which the State Parties may have specified in particular investment treaties. The result, will be that the Most Favoured Nation clause will not apply to investment treaties’ dispute settlement provisions, save where the States expressly so provide.” (Emphasis added).

189. In a welter of inconsistent and confusing *dicta* of different tribunals, (“case-law”) the conclusion set out above does appear to have the merit of clarity and consistency.

**i) Item-wise consideration of the specific pleas taken by the Claimant with respect to the interpretation and application of the MFN clause in Article 3 in its response to the Argentina’s first Preliminary Objection Re: application of the MFN clause to the dispute-resolution clause**

190. The contention of the Claimant that the application of most-favoured-nation provision contained in the BIT between Argentina and Germany “does not affect issues of jurisdiction, consent to arbitration or the substance of the dispute settlement mechanism”<sup>171</sup> is plainly erroneous. Invocation of MFN treatment to dispute settlement does relate to and has a bearing on “consent” (of the Host State). The assertion by the Claimant in response to Argentina’s first objection to jurisdiction that “both parties have already

consented to ICSID arbitration<sup>172</sup> under the BIT between Argentina and Germany (the “consented forum” argument) gets displaced because if the most-favoured-nation provision contained in Article 3 is made applicable to Article 10 (as Claimant would contend) and if the invocation of Article VII of the Argentina-US BIT in lieu of Article 10 of the Argentina-Germany BIT is permitted by reason of the operation of the most-favoured-nation clause (as also contended by the Claimant), it does affect issues of jurisdiction, consent to arbitration and the substance of the dispute settlement mechanism as well. A different dispute settlement provision, under another treaty whether or not “alien” to the basic treaty is sufficient to negate the submission that the most-favoured-nation clause (in Article 3) applies to dispute resolution justifying abandoning the dispute resolution clause in the Argentine - Germany BIT and adopting Article VII of the Argentine - US BIT.

191. The assertion that since Article 10 of the Argentina-Germany BIT relates to investor-State dispute settlement and Article VII of the Argentina-US BIT also relates to investor-State dispute settlement, therefore it is *ejusdem generis* of the same kind — is a specious plea: this is not the true principle of *ejusdem generis* as applicable to an MFN clause. In the Draft Articles of the International Law Commission on Most-Favoured-Nation Clauses (with Commentaries 1978) it is stated “under the most-favoured-nation clause the beneficiary state acquire, for itself and for the benefits of persons or things in a determined relationship with it only those rights which fall within the limits of the subject matter of the clause.”<sup>173</sup> The ILC Commentary to Articles 9 and 10 (of its Draft Articles) reads:

“The scope of the Most-Favoured-Nations Clause regarding its subject matter: (1) The rule which is sometimes referred to as the *ejusdem generis* rule is generally recognized and affirmed by the jurisprudence of international tribunals and national courts and by diplomatic practice.... the clause can only operate in regard to the subject matter which the two States had in mind when they inserted the clause in their treaty.” (Emphasis added).

192. The assertion that Argentina and Germany “had in mind” the dispute resolution clause when they referred to “treatment of investments” in Article 3 stands contradicted: firstly, because the words “treatment less favourable than that accorded to investments of its nationals or companies or to investments of nationals and companies of third countries....” in Article 3 might (without more) have normally included treatment of not granting full protection and security to investments of nationals or companies of either Contracting Parties in the territory of the other Contracting party, as well as “treatment” of investments in the way of investments of either Contracting party being expropriated, nationalized or subjected to measures tantamount to nationalization or expropriation (except for a public purpose and in such case against compensation) — but Article 4(4) has made express provision for such latter “treatment” and has expressly restricted the MFN clause in that Article — only to matters governed by Article 4: matters governed by Article 4 are therefore not intended to extend either to Article 3 or to Article 10.

193. If, therefore, Parties did not “have in mind” the dispute resolution clause in connection with adverse treatment of investments, as mentioned in paragraphs (1) and (2) of Article 4, it is not possible to say that they had in mind some other “treatment” less favourable than that accorded to

investments of its nationals or investments of nationals or companies of third countries specified in Article 3. If measures tantamount to expropriation or nationalization and measures not granting full protection and security to investments of nationals or companies of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party (which is the gravamen of the case in the Request for Arbitration) cannot apply to or extend to the dispute resolution clause (Article 10), it is difficult to say that when the Contracting Parties used the word “treatment” in Article 3 they “had in mind” the dispute resolution clause in Article 10.

194. The contention that BITs containing dispute settlement clauses (similar to those of the Argentina-Germany BIT) had afforded the Claimant (in those cases) to gain direct access to ICSID jurisdiction through the application of a third-party treaty is a plea in the nature of *stare decisi*: but *stare decisis* has no application to decisions of ICSID tribunals — each tribunal being constituted *ad hoc* to decide the dispute between the parties to the particular dispute — The award of such tribunal is binding only on the parties to the dispute (Article 53 of the Convention) — not even binding on the State of which the investor is a national. Decisions and Awards of *ad hoc* ICSID tribunals have no binding precedential effect on successive tribunals, also appointed *ad hoc* between different parties.

195. The contention that at the time the Germany-Argentina BIT was signed, Argentina had not yet entered into a single investment treaty under which the investor was granted direct access to arbitration and, consequently, when Argentina and Germany negotiated and agreed to the terms of the BIT, there was no investment treaty, let alone a treaty in force granting direct access to ICSID for foreign investors in Argentina is a contention that goes against the Claimant's case (and not in its favour) because it clearly shows that the Contracting States, Argentina and Germany, never “had in mind” the possibility of the settlement resolution clause in Article VII of the Argentine-US BIT applying to dispute resolution under the Argentine-Germany BIT. If they had so contemplated, one could have expected Article 10 to have itself contained a most-favoured-nation clause.

196. The contention that it was both futile and discriminatory for Wintershall to pursue an investment dispute through local courts — because domestic courts would not have been able to decide a case of the nature of Wintershall's claim in eighteen months or because the Argentine courts were less favorable to foreign investors because of their lack of independence is erroneous. Article 10(2) does not contemplate domestic courts deciding a case of the nature of Wintershall's claim in this arbitration within eighteen months; on the contrary, Article 10(2) clearly provides for the dispute being “submitted to the courts of competent jurisdiction of the Contracting Party in whose territory the investment was made”; it does not state that the case should be decided within that time or that the relief prayed for in the domestic courts should be of the same nature as that which is claimed in international arbitration.

#### **4. Conclusion on the Second Aspect of Argentina's first Preliminary Objection to Jurisdiction**

197. For all the above reasons, the Tribunal's decision is that Wintershall, the Claimant, cannot rely on the most-favoured-nation clause in Article 3 of the Argentine-Germany BIT in order to avoid compliance with the requirements set forth in Article 10(2) of the BIT.



### BIBLIOGRAPHIE

- CHOUDHURY B., « Evolution or Devolution? *Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law* », *JWI&T*, 2005, pp. 297-320.
- DOLZER R., « Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties », *The International Lawyer*, vol. 39, 2005, p. 1 et s.
- DOLZER R. ET VON WALTER A., « Fair and Equitable Treatment – Lines of Jurisprudence on Customary Law », in ORTINO F., LIBERTI L., SHEPPARD A. et WARNER H., *Investment Treaty Law: Current Issues*, vol. II, 2007, pp. 99-115.
- DUMBERRY P., « The quest to define "fair and equitable treatment" for investors under international law: the case of the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot awards », *The Journal of World Investment*, 2002, pp. 657-691.
- FIETTA S., « Expropriation and the "fair and equitable" standard », *Journal of International Arbitration*, 2006, pp. 375-399.
- MUCHLINSKI P., « Caveat Investor ? The relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard », *ICLQ*, vol. 55, 2006, p.554 et s.
- REED L. et DAINA B., « Fair and Equitable Treatment : Fairly and Equitably applied in Lieu of Unlawful Indirect Expropriation ? », in ROVINE A., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, 2007, pp. 13-27.
- SCHILL S., « Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law », *IILJ Working Paper* 2006/6 (Global Administrative Law Series), disponible en ligne sur <<http://www.iilj.org/working%20papers/documents/2006-6-GAL-Schill-web.pdf>>
- SCHREUER CH., « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice », *The Journal of World Investment and Trade*, 2005, pp. 357-386 (disponible en ligne sur <<http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/77.pdf>>).
- THOMAS J., « Reflections on article 1105 of NAFTA : history, state practice and the influence of commentators », *ICSID Rev. – FILJ*, 2002, pp. 21-101.
- UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, 76 p. (en ligne sur <<http://www.unctad.org/en/docs/siteitd11v3.en.pdf>>)
- VASCIANNIE S., « The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice », *British Yearbook of International Law*, 1999, pp. 99-164.
- VON WALTER, A., « The investor's expectations in International Investment Arbitration », in REINISCH A. et KNAHR Ch., *International Investment Law in Context*, Eleven Publishing, 2008, pp. 173-200.
- WESCOTT TH. J., « Recent Practice on Fair and Equitable Treatment », *JWI&T*, 2007, vol. 3, p. 409 et s.

### DOCUMENTS REPRODUITS

- Document 1** – Affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, CIRDI n° ARB(AF)/00/2), 29 mai 2003 (Extraits)
- Document 2** – Affaire *Waste Management, Inc. c. Mexique*, CIRDI n° ARB(AF)/00/3, 30 avril 2004 (Extraits)
- Document 3** – Affaire *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, CIRDI n° ARB/01/7, 25 mai 2004 (Extraits)
- Document 4** – Affaire *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, CIRDI n° ARB/01/8, 12 mai 2005 (Extraits)
- Document 5** – Affaire *Thunderbird c. Mexique* (CNUDCI), Opinion dissidente de l'arbitre Th. Wälde, 25 janvier 2006 (Extraits)
- Document 6** – Affaire *Saluka c. République Tchèque* (CNUDCI), sentence partielle, 17 mars 2006 (Extraits)
- Document 7** – Affaire *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, CIRDI n° ARB/01/7, décision d'annulation, 21 mars 2007 (Extraits)
- Document 8** – Affaire *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, CIRDI n° ARB/05/8, 11 septembre 2007 (Extraits)

### EXERCICES

Commentaire de l'extrait de la sentence *CMS c. Argentine* du 12 mai 2005 (doc. 4).

**Document 1 – Affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, CIRDI n° ARB(AF)/00/2, 29 mai 2003 (Extraits)**

154. Le Tribunal arbitral estime que cette disposition de l'Accord [le traitement juste et équitable], à la lumière du principe de la bonne foi établi en droit international, exige que les Parties contractantes accordent aux investissements internationaux un traitement qui ne soit pas contraire aux attentes fondamentales qu'avait l'investisseur étranger au moment de l'investissement. L'investisseur étranger s'attend à ce que l'Etat hôte agisse avec lui de manière cohérente, dénuée d'ambiguïté et entièrement transparente. L'investisseur étranger s'attend également à ce que l'Etat hôte agisse de manière cohérente, c'est-à-dire sans révoquer arbitrairement des décisions qu'il avait prises antérieurement ou des permis qu'il avait déjà accordés et sur lesquels l'investisseur misait pour remplir ses engagements et planifier et lancer ses activités commerciales et professionnelles. L'investisseur s'attend également à ce que l'Etat ait recours aux instruments juridiques qui régissent les actions de l'investisseur ou l'investissement conformément à

la fonction habituelle de ces instruments, et ne prive pas l'investisseur de l'investissement sans lui verser l'indemnisation applicable. De fait, le défaut de l'Etat hôte d'adopter ce comportement à l'égard de l'investisseur étranger ou de ses investissements affecte la capacité de l'investisseur d'appréhender le traitement et la protection accordés par l'Etat hôte et de déterminer si celui-ci se conforme au principe du traitement juste et équitable. Par conséquent, l'adoption de ce comportement par l'Etat hôte est étroitement liée au principe susmentionné, aux possibilités réelles qu'il soit appliqué et à l'exclusion de la possibilité que le comportement de l'Etat hôte soit considéré comme arbitraire, c'est-à-dire comme présentant des lacunes pouvant être perçues comme telles par tout homme raisonnable et impartial ou, en l'absence de violation de règles spécifiques, comme étant contraire à la loi parce qu'il « heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique ».

---

**Document 2 – Affaire *Waste Management, Inc. c. Mexique*, CIRDI n° ARB(AF)/00/3, 30 avril 2004 (Extraits)**

On cherche ici à trouver les modalités d'examen d'une affaire introduite en vertu de l'article 1105 et il n'est pas nécessaire de prendre en compte les conclusions spécifiques auxquelles ont abouti les affaires mentionnées ci-dessus. Toutefois, comme le montre ce tour d'horizon, malgré certaines différences d'éclairage, une norme générale est en train d'émerger pour les affaires soulevées en vertu de l'article 1105. Les décisions rendues dans les affaires S.D. Myers, Mondev, ADF et Loewen semblent indiquer qu'il y a violation de la norme minimale de traitement à laquelle renvoie la norme du traitement juste et équitable en cas de comportement attribuable à un Etat et préjudiciable au plaignant lorsque ce comportement est arbitraire, manifestement inéquitable, injuste ou spécifique aux

circonstances et discriminatoire, et expose le plaignant à un préjudice lié à son origine ou à sa race ou est le fait d'un manque de régularité dans la procédure débouchant sur un résultat qui heurte la correction juridique – comme ce pourrait être le cas d'une omission flagrante d'appliquer la justice naturelle dans les procédures judiciaires ou d'un manque total de transparence et d'honnêteté dans la procédure administrative. Pour les besoins de l'application de la norme, il convient de prendre en compte le fait que le traitement accordé n'a pas respecté les déclarations faites par l'Etat hôte et sur lesquelles se fiait raisonnablement le plaignant.

---

**Document 3 – Affaire *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, CIRDI n° ARB/01/7, 25 mai 2004 (Extraits)**

112. This being a Tribunal established under the BIT, it is obliged to apply the provisions of the BIT and interpret them in accordance with the norms of interpretation established by the Vienna Convention on the Law of the Treaties, which is binding on the State parties to the BIT. Article 31(1) of the Vienna Convention requires that a treaty 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.”

113. In their ordinary meaning, the terms “fair” and “equitable” used in Article 3(1)<sup>62</sup> of the BIT mean “just”, “even-handed”, “unbiased”, “legitimate”.<sup>63</sup> These terms are also used in Article 2(2) of the BIT entitled “Promotion and Protection of Investments”.<sup>64</sup> As regards the object and purpose of the BIT, the Tribunal refers to its Preamble where the parties state their desire “to create favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party”, and the

recognition of “the need to protect investments by investors of both Contracting Parties and to stimulate the flow of investments and individual business initiative with a view to the economic prosperity of both Contracting Parties”. Hence, in terms of the BIT, fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a pro-active statement —“to promote”, “to create”, “to stimulate”— rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors.

114. Faced with a similar task, the tribunal in *TECMED* described the concept of fair and equitable treatment as follows:

“[...] to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent

manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the state that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the state to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation.»<sup>65</sup>

115. This is the standard that the Tribunal will apply to the facts of this case. The facts or their significance are controversial and the Tribunal will first describe the allegations of the parties as they relate to them. [...]

166. The Tribunal is satisfied, based on the evidence presented to it, that approval of an investment by the FIC for a project that is against the urban policy of the Government is a breach of the obligation to treat an investor fairly and equitably. In this respect, whether the meeting of November 6, 1996 took place or not does not affect the outcome of these considerations. In fact, if it did take place, it is even more inexplicable that the FIC would approve the investment and the first two Foreign Investment Contracts

would be signed. Minister Hermosilla and the FIC were different channels of communication of the Respondent with outside parties, but, for purposes of the obligations of Chile under the BIT, they represented Chile as a unit, as a monolith, to use the Respondent's term.

167. This conclusion of the Tribunal does not mean that Chile is responsible for the consequences of unwise business decisions or for the lack of diligence of the investor. Its responsibility is limited to the consequences of its own actions to the extent they breached the obligation to treat the Claimants fairly and equitably. [...]

178. The BITs are not an insurance against business risk<sup>139</sup> and the Tribunal considers that the Claimants should bear the consequences of their own actions as experienced businessmen. Their choice of partner, the acceptance of a land valuation based on future assumptions without protecting themselves contractually in case the assumptions would not materialize, including the issuance of the required development permits, are risks that the Claimants took irrespective of Chile's actions. [...]

242. [...] A wise investor would not have paid full price upfront for land valued on the assumption of the realization of the Project; he would at least have staged future payments to project progress, including the issuance of the required development permits.

243. The Tribunal considers therefore that the Claimants should bear part of the damages suffered and the Tribunal estimates that share to be 50% after deduction of the residual value of their investment calculated on the basis of the following considerations.

---

**Document 4 – Affaire *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, CIRDI n° ARB/01/8, 12 mai 2005  
(Extraits)**

« 273. La principale question que le Tribunal doit trancher est celle de savoir si les mesures adoptées en 2000-2002 ont méconnu le standard de protection résultant de l'engagement de l'Argentine de réserver à l'investissement un traitement juste et équitable. Le Traité, comme la plupart des traités de protection des investissements, ne définit pas le standard de traitement juste et équitable et, dans cette mesure, les préoccupations de l'Argentine sur son caractère vague ne sont pas entièrement sans fondement.

274. Le préambule du Traité est cependant clair sur le fait que le principal objectif de la protection envisagée est qu'un traitement juste et équitable est souhaitable dans le but « d'assurer un cadre fiable aux investissements et une maximisation de l'utilisation des ressources économiques ». Il ne fait aucun doute, dans ces conditions, qu'un environnement juridique et économique stable est un élément essentiel du traitement juste et équitable.

275. Les mesures litigieuses ont en fait entièrement transformé et altéré l'environnement juridique et économique dans lequel l'investissement a été décidé et réalisé. La discussion qui précède sur le régime tarifaire, sa relation avec le dollar et les mécanismes d'ajustements montre sans équivoque que ces éléments ne sont plus présents dans le régime applicable aux opérations commerciales de la demanderesse. Il est également établi

que les garanties données à cet égard, dans un certain cadre juridique et ses diverses composantes étaient essentielles dans la décision d'investir.

276. Outre les termes du Traité, le nombre très significatif de traités, tant bilatéraux que multilatéraux, qui contiennent des dispositions à ce sujet montre également sans ambiguïté que le traitement juste et équitable est inséparable de la stabilité et de la prévisibilité. De nombreuses sentences arbitrales et opinions doctrinales vont dans le même sens.

277. La question n'est pas de savoir si la cadre juridique devrait être gelé, puisqu'il peut toujours évoluer et s'adapter à l'évolution des circonstances, mais elle n'est pas non plus de savoir si l'on peut se dispenser entièrement d'un cadre alors que des engagements spécifiques en sens contraire ont été pris. Le droit des investissements étrangers et de leur protection s'est développé avec l'objectif spécifique d'éviter de tels effets négatifs.

278. Le Tribunal qui s'est prononcé dans l'affaire *Metablad* a jugé que le Mexique avait de diverses manières manqué à son obligation de fournir un « (...) cadre (...) prévisible au développement des projets et à l'investissement de *Metalclad*. L'ensemble de ces circonstances témoigne de l'absence de procédures et règles permettant en temps utile à un investisseur d'une Partie d'agir en s'attendant à recevoir un traitement juste et équitable (...) »

279. Le Tribunal qui a statué dans l'affaire *Tkcnicas Medioambientales* a également décidé à cet égard : « L'investisseur étranger attend de l'État d'accueil qu'il agisse de manière cohérente, dénuée d'ambiguïté et de façon totalement transparente dans ses relations avec l'investisseur étranger, de façon à ce qu'il connaisse à l'avance toutes les lois et toute la réglementation qui s'appliqueront à l'investissement, aussi bien que les objectifs des différentes politiques et pratiques ou directives administratives, de façon à être en mesure de planifier son investissement et de satisfaire à cette réglementation ». [...]

280. Le présent Tribunal estime qu'il s'agit d'une exigence objective, indépendante du point de savoir si la défenderesse a eu une intention délibérée ou a fait preuve de mauvaise foi lors de l'adoption des mesures en question. Bien entendu, une telle intention et mauvaise foi seraient de nature à aggraver la situation mais il ne s'agit pas d'un élément constitutif du standard. [...]

281. Le Tribunal conclut en conséquence que dans les conditions de la présente espèce les mesures adoptées se traduisent par une violation objective du standard de protection posé par l'article II (2) (a) du Traité. ».

---

### Document 5 – Affaire *Thunderbird c. Mexique* (CNUDCI), Opinion dissidente de l'arbitre Th. Wälde, 25 janvier 2006 (Extraits)

34. All international investment treaties aim at attracting foreign capital in a situation where the domestic investor is in a much better position: It is as a rule more expert in dealing formally and informally with the government apparatus; there are often hidden forms of collusion between administrators and local businessmen. What happens in such government-business relationships is usually not visible – it is a “black

box” into which foreign investors – and arbitral tribunals – have great difficulties in penetrating<sup>66</sup>. So if “**fair competition**” aimed at (Art. 101 (1)(b) NAFTA) and an “**increase of substantial investment opportunities**” (Art. 101 (1)(c) NAFTA) is to be achieved, there must be an extra attention to “**clarity**” and “**predictability**” for “**business planning and investment**” (NAFTA preamble). The protection of legitimate expectations standard thus says that such competitive opportunities as are protected under Art. 101(1) (b) NAFTA shall not be offset by measures which are in effect detrimental to the “business planning and investment” of the investor. NAFTA Chapter XI is to attract foreign investors to the host state in spite of their greater exposure to the political risk, including the risk of camouflaged domestic competitor-government alliances; the special protections of Chapter XI NAFTA serve as the principal instrument for such an investment promotion policy.

As the World Bank Development Report for 2005, the authoritative policy instrument on foreign investment and economic development, formulates the relevant standard for government promises and administrative conduct:

“Can firms rely on them, with confidence, when making their investment decisions?”

35. Enforcing rules making such promises effective is both in the long-term and comprehensive interest of the host state and of the investor (at p. 179 ff). The use of the disciplines of investment treaties – here the legitimate expectation principle under fair and equitable treatment – is a “potentially powerful tool to enhance the credibility of (governments’) contract and policy commitments”. As the World Bank Development Report puts it:

“Governments and firms can both benefit. Governments benefit from a commitment device that can address concerns from investors, and thus help them attract more investment at lower cost, and also reduce the risk of any later dispute becoming politicized. Firms benefit from reduced risks and

a more reliable mechanism for protecting their rights if the relationship with the host government deteriorates.”

36. These objectives of the NAFTA – both the general objective of enhancing the attractiveness of the host state for foreign investors and the instrumental tool of using greater transparency, clarity and predictability to enable better investment planning – have therefore to guide the process of both defining the conditions of the “legitimate expectations” principle under Art. 1105 and of applying it to the particular facts of a specific situation. They are essentially different from the approach to the “legitimate expectations” concept in commercial and contract law adjudicated through international commercial arbitration. The UNCTAD survey on the “Fair and Equitable Treatment” for investment treaties therefore highlights that the “concept of transparency overlaps with fair and equitable treatment in at least two significant ways”, one being that “the investor will need to ascertain the pertinent rules concerning the state action; the degree of transparency in the regulatory environment will therefore affect the ability of the investor to assess whether or not fair and equitable treatment has been made available..”.

37. The most relevant NAFTA (and ICSID) awards have translated these authoritative objectives and instruments provided by the NAFTA and similar investment treaties into an emphasis on “transparency” and a concept of “legitimate expectation” that takes up, but further develops the meaning of this concept in conventional international, comparative contract, administrative and European and WTO law jurisprudence.

One can observe over the last years a significant growth in the role and scope of the legitimate expectation principle, from an earlier function as a subsidiary interpretative principle to reinforce a particular interpretative approach chosen, to its current role as a self-standing subcategory and independent basis for a claim under the “fair and equitable standard” as under Art. 1105 of the NAFTA. This is possibly related to the fact that it provides a more supple way of providing a remedy appropriate to the particular situation as compared to the more drastic determination and remedy inherent in concept of regulatory expropriation. It is probably partly for these reasons that “legitimate expectation” has become for tribunals a preferred way of providing protection to claimants in situations where the tests for a “regulatory taking” appear too difficult, complex

and too easily assailable for reliance on a measure of subjective judgment.

38. In **Maffezini v Spain**, the tribunal linked the fair and equitable treatment obligation with transparency. The lack of transparency with a financial transaction carried out on government orders and detriment all to the investor was considered the core of the breach of this obligation.

39. In **CME v. Czech Republic**, the tribunal found a breach of the fair and equitable treatment discipline in the reversal of its previous position on the legal situation of CME. CME had, held the tribunal, a legitimate expectation that its legal position recognised by the Czech regulator would be maintained and not be changed, without bona fide purpose, to undermine its business, in particular favouring domestic investors. Such a change of the regulator's position on statutory interpretation created an opportunity for the squeeze-out of the investor by its local partner (and competitor). It is the "evisceration of arrangements in reliance upon which the foreign investor was induced to invest" by the new or subsequent government authorities which was at the core of the determination that there was a breach of the investment treaty. As in the current case, the change of legal interpretation by the regulatory agency on which the foreign investor relied allowed a domestic competitor, favoured de-facto, to flourish.

40. The **Metalclad v. Mexico** tribunal interpreted "transparency" to mean: "that all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made, or intended to be made, under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors.. There should be no room for doubt or uncertainty on such matters. Once the authorities of the central government.. become aware of any scope of misunderstanding or confusion in this connection, it is their duty to ensure that the correct position is promptly determined and clearly stated so that investors can proceed with all appropriate expedition in the confident belief that they are acting in accordance with all relevant laws".

The tribunal held that the investor was entitled to rely on the representations of the federal officials (para 89) and the Respondent "failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment. The totality of these circumstances demonstrate a lack of orderly process.. in relation to an investor.. acting in the expectation that it would be treated fairly and justly". The duty in Metalclad (as in the later MTD v Chile case) is not just a passive duty to ambiguous messages, but to pro-actively take clarificatory action when the government agency knows or should know that the investor has misunderstood the relevant signalling from the government.

41. In **Tecnicas Medioambientales (TecMed) v. Mexico** (para 154), the tribunal held: "Part of these expectations is the foreign investor's assumption that the state receiving the investment will act consistently, without any ambiguities, and transparently with the foreign investor so that the investor may know in advance (and thus plan its activities..) not only the rules or

regulations.. but also the policies pursued by such rules... and the administrative practices or guidelines that are relevant.

"The foreign investor also expects the host state not to act in a contradictory manner; this means .. that the state will not arbitrarily reverse prior or pre-existing state-made decisions or approvals upon which the investor relied and on the strength of which it took on its commitments and planned and set in motion its .. operation". And it referred to the standard of a "reasonable and impartial man".

42. In **Occidental (OEPC) v. Ecuador**, the tribunal examined the government's responses to queries by the investor and found that the official response to such queries was a: "wholly unsatisfactory and thoroughly vague answer" and it considered that the "legal and business framework" did not meet the "requirement of stability and predictability" (paras 190-191).

43. In **Waste Management v. Mexico II** (para 98) the tribunal considered that Art. 1105 was breached by: "a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host state which were reasonably relied on by the claimant".

44. The recent **CMS v Argentina** (Merits) award confirms the principles developed in Metalclad and Tecmed v. Mexico. It draws a close link between the fair and equitable treatment standard, the government duty to provide clear and un-ambiguous signals to the investor and the treaty objectives to promote investment. It concurs with my explanation of established jurisprudence according to which the breach of legitimate expectations created by specific assurances now constitutes a self-standing subcategory of the "fair and equitable treatment" standard under Art. 1105 of the NAFTA.

45. This is further confirmed in **Eureko v Poland** (2005); the award quotes (at para 235) with approval the Tecmed v Mexico (para 154) statement that: "This provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment" and determines that the "discriminatory conduct by the Polish Government is blunt violation of the expectations of the Parties in concluding the SPA.." (at para. 242)

46. These statements on the required clarity mirror established jurisprudence of the European Court of Justice. For example, in **Opel Austria v Commission** (1997, at para 124): "According to the case-law, moreover, Community legislation must be certain and its application foreseeable by individuals. The principle of legal certainty requires that every measure of the institutions having legal effects must be clear and precise and must be brought to the notice of the person concerned in such a way that he can ascertain exactly the time at which the measure comes into being and starts to have legal effects. That requirement of legal certainty must

be observed all the more strictly in the case of a measure liable to have financial consequences in order that those concerned may know precisely the extent of the obligations which it imposes on them”

[...]

49. The European Court of Justice has recently confirmed its jurisprudence on “legitimate expectation” and “legal certainty”:

“With regard to the principle of legal certainty, this requires in particular that rules involving negative consequences for individuals should be clear and precise and their application predictable for those subject to them (see, to this effect, Case 325/85 *Ireland v Commission* [1987] ECR 5041, Case C-143/93 *Van Es Douane Agenten* [1996] ECR I-431, paragraph 27; and Case C-63/93 *Duff and Others* [1996] ECR I-569, paragraph 20)”

50. The conclusion that the risk of ambiguity falls square on the shoulders of the assurance-issuing public authority, is reinforced by the traditional international law principle that the construction of a legal instrument in need of interpretation and with elements of ambiguity should be “in dubio contra proferentem”, i.e. that the drafter and the authority issuing a legally relevant statement has to bear the risks of

ambiguity. This rule is primarily concerned with interpretation of unilateral legal acts – such as the “interpretative assurance” given by SEGOB to Thunderbird.

Related to the “contra proferentem rule” is the

legal principle “*Nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*”: It implies in the context of the transparency and clarity obligation on governments under NAFTA that a public authority which has evaded – as bureaucratic behaviour often does – the clarity of expression required by investors, then it can later not rely on the obfuscation it intentionally or negligently deployed to avoid the legal consequences of the legitimate expectation thus created and protected by Art. 1105 of the NAFTA. A change of interpretation of the law has to be reckoned with, but it becomes suspicious and “must be viewed with the greatest scepticism if their effect is to disadvantage a foreigner”

51. The most relevant Unctad reports – authoritative UN surveys that can not be accused of investor sympathy – tie transparency explicitly to the “fair and equitable treatment” discipline:

“This interpretation suggests that where an investment treaty does not expressly provide for transparency, but does for fair and equitable treatment, then transparency is implicitly included in the treaty (UNCTAD, 1999a, p. 34). Secondly, where a foreign investor wishes to establish whether or not a particular State action is fair and equitable, as a practical matter, the investor will need to ascertain the pertinent rules concerning the State action; the degree of transparency in the regulatory environment will therefore affect the ability of the investor to assess whether or not fair and equitable treatment has been made available in any given case.”

52. Hector Mairal, in his authoritative study of “legitimate expectation” (*Actos propios*) for Latin American civil law systems, emphasises that ambiguity in an official representation can not free the public administration from the “legitimate expectations” effect if such ambiguity

appears intentional and contrived in order to leave to the administration two options while appearing to provide predictability to the individual; if the administration is in a relationship with the individual which obliges it to be clear that imposes an extra duty of transparency and clarity upon it. Schonberg, in his study on comparative law on legitimate expectation has in this context pointed out correctly that smaller and less experienced investors deserve greater protection than large and experienced companies.

53. Similarly, in two recent arbitral awards, an interpretation of ambiguous treaty language in light of the treaty’s investment promotion objective was preferred over a restrictive interpretation that would have allocated the risk of ambiguity to the investor. While these statements have been made in the context of treaty interpretation, they express a principle that is equally relevant to interpretation of official communications between government and investor, arguably even more so as different from a bilateral treaty, an official communication from government to a foreign investor is not a bilateral agreement, but a unilateral communication solely under the responsibility of the issuing government agency.

54. These observations describe the legal contours of the principle of “legitimate expectations” under Art. 1105 NAFTA. But it is helpful to take an even closer look at the decision and underlying rationale of the arbitral tribunal in the very recent *MTD v Chile* case which should be considered the most relevant authoritative precedent:

55. In *MTD*, a Malaysian investor planned an investment in housing in Chile. The government made at a high political and administrative level positive noises; it assured the investor of its welcome. It signed a formal investment contract which, however, did not include any specific approvals for the investment project at issue, but rather formalised the grant of foreign exchange and tax-stability related investment guarantees; this investment contract also clarified that it was not a substitute for specific zoning permits and other applicable

authorisation requirements. The investor was thus made to believe in the positive attitude of the government. Chile issued, at a senior governmental level, a formal endorsement of the project though the project could not be done under the regulatory framework as it stood at the time of such endorsement. The investor was unaware of this, was not made aware of this and the minister responsible for the sector was not even invited to the relevant meetings. Without the investor’s knowledge, other government authorities that were opposed to the project, took active steps to counter local support of the project and in the end ensured the project could not go ahead due to the lack of required zoning permits. The difference to *Thunderbird* is that the contradiction was there not simultaneous, but in the consecutive actions of government. The *MTD* tribunal did recognise that a “rigorous due diligence” by the investor – inexperienced and new to Chile – would probably have identified the crucial obstacles to his investment plan (para 117):

“A wise investor would not have paid full price up-front for land valued on the assumption of the realization of the project” (para 242), but: “Chile has an obligation to act

coherently and apply its policies consistently independent of how diligent an investor is” (paras 165-166)

56. The tribunal considered such contradictory conduct by the competent government authorities to constitute a breach of the “legitimate expectation” principle – as sub-category of the duty to fair and equitable treatment. It found that the “investment promotion” obligation was not just a prescription for passive behaviour or avoidance of prejudicial conduct, but had a “pro-active” meaning. Relying on *Tecmed v. Mexico* and *Waste Management II*, the tribunal found a breach of the legitimate expectations of the investor in the governments failure to “act consistently”, to be “free from ambiguity and totally transparent with the foreign investor so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant practices and directives” (para 114). The tribunal took account (also in terms of mitigating the compensation claim) of the “unwise business decisions or .. lack of diligence of the investor” though “counsel for Chile in effect argued for the notion that the claimant was foolish to have relied upon representation of the government”. In *MTD*, the formal approval of the financial arrangements for the project and official signals about its desirability were in contradiction to urban policy and regulation; the fact that this contradiction was not conveyed to *MTD* before it committed its investment, constituted the breach of the fair and equitable obligation; this situation is not that different from the positive “Oficio” of August 2000, confirmed by continuing acceptance of the operations by *SEGOB*, but then, and in contradiction to the earlier actions and positions taken by the former government, followed by the targeted and prioritised enforcement of the Mexican gambling law against

*Thunderbird* by another, new, set of officials and political forces acquiring powers under the new government.

57. The *MTD* award supports the view that even if government assurances were ambiguous and an extra-careful investor could have found this out, the government still owes a duty of consistency and protection of legitimate expectations to the foreign investor. This is not a passive duty, but a pro-active duty (as in *Metalclad v. Mexico*) to ensure investors are not misled and are made to realise where the “true” directions of government policy for the issue at stake lie. This approach is in contrast with the “caveat emptor” and “due diligence” approach in commercial arbitration, but also, to a lesser extent though, to some statements in for example comparative administrative law where the risk of ambiguity in the governmental assurance is either assumed by the citizen, or at least balanced against a duty on the public agency to provide unambiguous statements. The *MTD v Chile* award thus reinforces a reading of the legitimate expectation principle that is distinct for investment disputes. It acknowledges the structural weakness of the investor – in *MTD* as in *Thunderbird* we have entrepreneurial investors without extensive country experience – when confronted with a foreign country that wishes to attract such investment. Such a pro-active duty to ensure the foreign investor does not succumb to a visible misunderstanding is even more acute in cases where there are substantial indicators of “black box” collusion between administrative agencies and powerful domestic competitors. This conclusion has a bearing in particular on my point No. 2 – subsequent accepting conduct by *SEGOB* – for assuming the existence of a “legitimate expectation” by *Thunderbird* protected by Art. 1105 of the *NAFTA*.

---

#### Document 6 – *Affaire Saluka c. République Tchèque* (CNUDCI), sentence partielle, 17 mars 2006 (Extraits)

305. ... the scope of the Treaty’s protection of foreign investment against unfair and inequitable treatment cannot exclusively be determined by foreign investors’ subjective motivations and considerations. Their expectations, in order for them to be protected, must rise to the level of legitimacy and reasonableness *in light of the circumstances*. [...] No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. In order to determine whether frustration of the foreign investor’s expectations was justified and reasonable, the host State’s legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well. [...] The determination of a breach of Article 3.1 by the Czech Republic therefore requires a weighing of the Claimant’s legitimate and reasonable

expectations on the one hand and the Respondent’s legitimate regulatory interests on the other. [...]

307. A foreign investor protected by the Treaty may in any case properly expect that the Czech Republic implements its policies *bona fide* by conduct that is, as far as it affects the investors’ investment, reasonably justifiable by public policies and that such conduct does not manifestly violate the requirements of consistency, transparency, even-handedness and nondiscrimination. [...] A foreign investor whose interests are protected under the Treaty is entitled to expect that the Czech Republic will not act in a way that is manifestly inconsistent, non-transparent, unreasonable (*i.e.* unrelated to some rational policy), or discriminatory (*i.e.* based on unjustifiable distinctions).

**Document 7 – Affaire *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, CIRDI n° ARB/01/7, décision d’annulation, 21 mars 2007 (Extraits)**

65. On the second point, the Respondent focuses on the Tribunal's apparent reliance on the following passage from the award in the *TECMED* case for the content of the fair and equitable treatment standard:

[T]o provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the state that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the state to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to

deprive the investor of its investment without the required compensation.

66. According to the Respondent, “the *TecMed* programme for good governance” is extreme and does not reflect international law. The *TECMED* dictum is also subject to strenuous criticism from the Respondent's experts, Mr. Jan Paulsson and Sir Arthur Watts. They note, *inter alia*, the difference between the *TECMED* standard and that adopted in other cases, including one the Tribunal also cited in a footnote but without comment.

67. The Committee can appreciate some aspects of these criticisms. For example the *TECMED* Tribunal's apparent reliance on the foreign investor's expectations as the source of the host State's obligations (such as the obligation to compensate for expropriation) is questionable. The obligations of the host State towards foreign investors derive from the terms of the applicable investment treaty and not from any set of expectations investors may have or claim to have. A tribunal which sought to generate from such expectations a set of rights different from those contained in or enforceable under the BIT might well exceed its powers, and if the difference were material might do so manifestly.

68. But however that may be, the Tribunal did not manifestly exceed its powers in the account it gave of the fair and equitable treatment standard ...

---

**Document 8 – Affaire *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, CIRDI n° ARB/05/8, 11 septembre 2007 (Extraits)**

332. 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 *stabilisation* clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or

investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power. [...] Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment. [...]



## Séance 7 – La distinction entre violation du contrat et violation du traité (*treaty claims* et *contract claims*)

### BIBLIOGRAPHIE

- BEN HAMIDA W., « L'arbitrage transnational face à un désordre procédural: la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », in Horchani F. (Dir.), *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Pedone, 2006, pp. 195-221.
- FADLALLAH I., « La distinction *treaty claims* – *contract claims* et la compétence de l'arbitre CIRDI: faisons-nous fausse route? », in LEBEN Ch. (Dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, Pedone, 2006, pp. 205-218.
- GILL J., GEARING M. et BIRT G., « Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. A Comparative Review of the SGS Cases », *Journal of International Arbitration*, 2004, n° 5, pp. 397-412.
- KUNOY B., « Singing in the Rain – Developments in the Interpretation of Umbrella Clause », *Journal of World Investment & Trade*, 2006, pp. 275-299.
- LEBEN Ch., « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, 2004, pp. 683-714.
- LEMAIRE S., « Treaty Claims et Contract claims : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat. », *Rev. Arb.* 2006, n°2, pp. 353-400.
- WÄLDE Th., « The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration. A Comment on Original Intentions and Recent Cases », *JWT&I*, 2005, n° 2, pp. 183-236.
- SCHILL S., « Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties », *IILJ Working Paper 2008/9* (disponible sur <http://iilj.org/publications/2008-9Schill.asp>).
- SCHREUER Ch. et CAMERON M., « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims : the Vivendi I Case considered », in WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, pp. 281-323.
- SCHREUER Ch., « Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Fork in the Road », *JWI&T*, 2004, p. 221-256.

### DOCUMENTS REPRODUITS

- Document 1** – Affaire *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, CIRDI n° ARB/01/13, 6 août 2003 (Extraits)
- Document 2** – Affaire *RFCC Consortium c. Royaume du Maroc*, CIRDI n° ARB/00/6, 22 décembre 2003 (Extraits)
- Document 3** – Affaire *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Jordanie*, CIRDI n° ARB/02/13, 29 novembre 2004 (Extraits)
- Document 4** – Affaire *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*, CIRDI n° ARB/01/11, 12 octobre 2005 (Extraits)
- Document 5** – Affaire *El Paso Energy International Company c. Argentine*, CIRDI n° ARB/03/15, 27 avril 2006 (Extraits)
- Document 6** – Affaire *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/1, 3 octobre 2006 (Extraits)
- Document 7** – Affaire *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, CIRDI n° ARB/01/8, décision d'annulation, 25 septembre 2007 (Extraits)

### EXERCICES

Résoudre le cas pratique ci-joint

**Dissertation** : Portée et limites des clauses parapluie dans les traités de promotion et de protection des investissements.

## Cas pratique

En 1995, la société américaine SCM Inc. a procédé à des investissements importants dans la production et la distribution de gaz naturel en Argentine à travers sa filiale argentine SCM Argentina. Cette dernière avait conclu un contrat d'investissement avec le gouvernement fédéral argentin qui prévoit que tous les différends liés aux investissements de SCM en Argentine seraient soumis au tribunal administratif de la province de Buenos Aires. A partir de l'automne 2000, en raison d'une crise économique et financière, le gouvernement argentin ne se voit plus en mesure de régler les paiements prévus dans le contrat au profit de la société SMC Argentina. En outre, en application de sa législation nationale, le gouvernement modifie considérablement le prix du gaz naturel en Argentine bien qu'il ait fait comprendre à SCM lors des négociations précédant l'investissement que les prix demeureraient stables. SCM Argentina saisit alors le tribunal administratif de la province de Buenos Aires afin de recouvrir ses créances. En 2002, alors que la procédure devant le tribunal administratif est en cours, le gouvernement argentin annonce publiquement qu'il ne procédera plus au règlement de ses dettes envers la société SCM en raison de la politique étrangère hégémonique du gouvernement des Etats-Unis.

La société SCM Inc. vous demande si elle peut saisir un tribunal arbitral international conformément au traité bilatéral de promotion et de protection des investissements en vigueur entre les Etats-Unis et l'Argentine afin de recouvrir ses créances et pour être dédommée des pertes qu'elle a subies en raison du non-respect du contrat et de la modification du prix du gaz par le gouvernement argentin. L'article 2 du traité prévoit : « Chaque Partie contractante respectera tous les engagements qu'elle aura souscrits envers les investisseurs de l'autre Partie contractante. ». L'article 8 dispose : « Une fois qu'un investisseur ait soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée, soit à l'arbitrage international, le choix de l'une ou de l'autre de ces procédures reste définitif. »

**Document 1 – Affaire SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan, CIRDI n° ARB/01/13, 6 août 2003  
(Extraits)**

*Le 12 octobre 2001, la société suisse SGS Société générale de surveillance a saisi le CIRDI d'une demande d'arbitrage fondée sur l'accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproques des investissements conclu le 11 juillet 1995. La demande était fondée sur l'allégation qu'ayant mis fin, le 12 décembre 1996, au contrat de pre-shipment inspection (PSI) conclu entre SGS et la République du Pakistan le 29 septembre 1994, aux termes duquel SGS devait inspecter les marchandises entrant au Pakistan pour s'assurer de leur conformité aux déclarations effectuées par les importateurs, la République du Pakistan a violé diverses dispositions du Traité.*

**3. Does the Tribunal have jurisdiction to determine the Claimant's BIT claims, that is, claims of violation of certain provisions of the BIT?**

**a. General considerations—Claims of violation of BIT provisions and claims of violation of contract provisions: BIT claims v. contract claims.**

[...]

147. As a matter of general principle, the same set of facts can give rise to different claims grounded on differing legal orders: the municipal and the international legal orders. Both the Claimant and Respondent in the present case do not dispute the soundness of this proposition. In the event, this proposition has recently been discussed and documented *in extenso* in the *Vivendi Annulment* decision where the Annulment Committee said:

95. As to the relation between breach of contract and breach of treaty in the present case, it must be stressed that *Articles 3 and 5 of the BIT do not relate directly to breach of a municipal contract. Rather they set an independent standard. A state may breach a treaty without breaching a contract, and vice versa*, and this is certainly true of these provisions of the BIT. The point is made clear in Article 3 of the ILC Articles, which is entitled “Characterization of an act of a State as internationally wrongful”: *The 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...*

96. *In accordance with this general principle (which is undoubtedly declaratory of general international law), whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law—in the case of the BIT, by international law; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract*, in other words, the law of Tucumán. For example, in the case of a claim based on a treaty, international law rules of attribution apply with the result that the state of Argentina is internationally responsible for the acts of its provincial authorities. [Reference to

authorities omitted.] By contrast, the state of Argentina is not liable for the performance of contracts entered into by Tucumán, which possesses separate legal personality under its own law and is responsible for the performance of its own contracts.

97. The distinction between the role of international and municipal law in matters of international responsibility is stressed in the commentary to Article 3 of the ILC Articles, which reads in relevant part as follows: (4) The International Court has often referred to and applied the principle. For example in the *Reparation for Injuries* case, it noted that “[a]s the claim is based on the breach of an international obligation on the part of the Member held responsible... The Member cannot contend that this obligation is governed by municipal law”. In the *ELSI* case, a Chamber of the Court emphasized this rule, stating that: “*Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision*. Even had the Prefect held the requisition to be entirely justified in Italian law, this would not exclude the possibility that it was a violation of the FCN Treaty.” Conversely, as the Chamber explained: “...*the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise*. A finding of the local courts that an act was unlawful may well be relevant to an argument that it was also arbitrary; but by itself, and without more, unlawfulness cannot be said to amount to arbitrariness... Nor does it follow from a finding by a municipal court that an act was unjustified, or unreasonable, or arbitrary, that that act is necessarily to be classed as arbitrary in international law, though the qualification given to the impugned act by a municipal authority may be a valuable indication.” [...]

148. BIT claims and contract claims appear reasonably distinct in principle. Complexities, however, arise on the ground, as it were, particularly where, as in the present case, each party claims that one tribunal (this Tribunal or the PSI Agreement arbitrator) has jurisdiction over both types of claims which are alleged to co-exist. In the *Vivendi Annulment* decision, the Annulment Committee went on to say that:

98. In a case where the *essential basis of a claim* brought before an international tribunal is a *breach of contract*, the tribunal will give effect any valid *choice of forum clause in the contract*. ...

101. On the other hand, where the *fundamental basis* of the claim is a *treaty laying down an independent standard* by which the conduct of the parties is to be judged, *the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the*

*claimant and the respondent state—cannot operate as a bar to the application of the treaty standard.* At most, it might be relevant—as municipal law will often be relevant—in assessing whether there has been a breach of the treaty.

**b. Jurisdiction of the Tribunal to determine claims of violation of certain provisions of the BIT.**

149. The pertinent portions of Article 9 of the BIT need to be recalled:

*Article 9*

Disputes between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party

(1) For the purpose of solving *disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party* and without prejudice to Article 10 of this Agreement (Disputes between Contracting Parties), consultations will take place between the parties concerned.

(2) If these consultations do not result in a solution within twelve months and *if the investor concerned gives a written consent, the dispute shall be submitted to the arbitration of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, instituted by the Convention of Washington of March 18, 1965, for the settlement of disputes regarding investments between States and nationals of other States.

150. A treaty interpreter can scarcely avoid noting the sparseness of the language used in Article 9(1) and (2) of the BIT. Textually, Article 9(1) and (2) refer neither to disputes based on claimed violations of the BIT nor to disputes based on claimed violations of some contract between the investor of one Contracting Party and the other Contracting Party. But if Article 9 relates to any dispute at all between an investor and a Contracting Party, it must comprehend disputes constituted by claimed violations of BIT provisions establishing substantive standards of treatment by one Contracting Party of investors of the other Contracting Party. Any other view would tend to erode significantly those substantive treaty standards of treatment.

151. The difficult question has commonly been whether the jurisdiction to determine issues of violation of certain BIT provisions is exclusively vested in the ICSID tribunal formed under, *e.g.*, Article 9(2) of the BIT, or is shared with some other tribunal or a sole arbitrator constituted under some other agreement or instrument. It is important in this connection to observe that Article 9(2) of the BIT provides only one recourse to an investor, that is, recourse to a tribunal constituted under the ICSID Convention. No other option is given to the investor by the BIT. There is, therefore, no fork-in-the road provision in Article 9 requiring an investor to stay with the forum it has opted for, whether in respect of BIT claims or of any other kind of claims. At the same time, the BIT does not set out any requirement of prior recourse to the municipal courts of the Contracting Party involved.

152. Cast in slightly different terms, in the BIT itself, the Contracting Parties have not stated that the jurisdiction of the ICSID—constituted tribunal is not exclusive. The written consent of the Claimant to the jurisdiction of this Tribunal is similarly silent on this specific point; it does not state that the jurisdiction of the Tribunal to determine claims of violation of the BIT is not exclusive.

153. It is also pertinent to recall that the PSI Agreement was concluded by the parties on 29 September 1994, while the BIT was signed by the Contracting Parties on 11 July 1995. It hence cannot be reasonably assumed that the parties to the PSI Agreement intended to vest in an arbitrator appointed under that Agreement and the Pakistan Arbitration Act, 1940, Section 20, authority to pass upon and decide claimed violations of the BIT which was then still hidden in the future. At the same time, it should be noted that the BIT, by its express terms (Article 2), is made applicable to investments made in the territory of a Contracting Party on 2 September 1954 and onward. Thus, disputes arising in respect of investments made as early as 2 September 1954, in other words, pre-BIT disputes, may be brought before an ICSID tribunal constituted pursuant to the BIT.

154. Still another circumstance which bears noting is that, to the knowledge of the Tribunal, no claims grounded on violation of the substantive standards of the BIT have been submitted by either party to the arbitrator appointed pursuant to the PSI Agreement. The Claimant SGS has not done so. It would be difficult to suppose that the Respondent would do so, in the face of the 3 July 2002 decision, which has become final, of the Supreme Court of Pakistan to the effect, *inter alia*, that the BIT has no legal effect inside Pakistan. Nevertheless, Pakistan has argued before us that the arbitrator seized of claims grounded on violation of the PSI Agreement would have jurisdiction not only over such contract claims but also over the BIT claims. We are not persuaded that SGS's BIT claims against Pakistan are subject to the jurisdiction of the Islamabad arbitrator if only because such claims are based not on the PSI Agreement, but rather allege a cause of action under the BIT. Even if BIT claims were somehow brought before the PSI Agreement arbitrator, and the arbitrator were to take cognizance of them, such filing will not divest the Tribunal of its jurisdiction to determine the Claimant's BIT claims.

155. We conclude that the Tribunal has jurisdiction to pass upon and determine the claims of violation of provisions of the Swiss-Pakistan BIT raised by the Claimant. We do not consider that that jurisdiction would to any degree be shared by the PSI Agreement arbitrator.

**4. Does the Tribunal have jurisdiction to determine the Claimant's contractual claims, that is, claims of violation of the PSI Agreement?**

156. The Respondent argues vigorously that the Tribunal is bereft of jurisdiction to pass upon and decide the *Claimant's claims which are based on alleged violations by Pakistan of certain provisions of the PSI Agreement*. Pakistan has its own claims based on alleged breaches by SGS of the PSI Agreement; these claims of Pakistan are, however, clearly not before this Tribunal since these have been lodged before the PSI Agreement arbitrator and nowhere else. On the other hand, SGS asserts that this Tribunal has jurisdiction to take cognizance of and decide, not only the BIT claims of SGS, but also SGS's claims that Pakistan has breached the PSI Agreement. These claims of SGS grounded on contract are, however, asserted only in the alternative, that is, they are submitted to the Tribunal only if and to the extent that the Tribunal does not accept SGS's view of the legal effect of Article 11 of the BIT. SGS in effect contends that through the juridical medium of Article 11 of the BIT, SGS's claims grounded on alleged violation of the PSI Agreement have been transmuted or "elevated" into claims grounded on



alleged breach of the BIT, specifically Article 11 thereof. Considering the conclusion we reach below in respect of the application of Article 11 of the BIT in the circumstances of this case, we do not believe that transmutation of SGS's contract claims into BIT claims has occurred. Accordingly, we must here address the issue of whether we have jurisdiction to determine claims grounded *solely* on contract, that is, contract claims which do not include any element of, or amount to, violation of a substantive BIT standard.

157. The evidence before the Tribunal is that when the PSI Agreement was under negotiation, the parties agreed that any disputes arising out of their relationship should be resolved by arbitration rather than by proceedings in the courts of Pakistan. SGS proposed UNCITRAL arbitration; Pakistan countered that the arbitration must be governed by the arbitration statute in force at the time in Pakistan. At the hearing on SGS's application for interim measures of protection, the Tribunal was informed by both parties that this was considered to be a "deal-breaker" for Pakistan and SGS therefore agreed to arbitration under Pakistan law.

158. The resulting PSI arbitration clause is cast in the following terms:

11.1 Arbitration. Any *dispute, controversy or claim arising out of, or relating to this Agreement, or breach, termination or invalidity thereof*, shall as far as it is possible, be settled amicably. Failing such amicable settlement, any such dispute *shall be settled by arbitration in accordance with the Arbitration Act of the Territory as presently in force. The place of arbitration shall be Islamabad, Pakistan and the language to be used in the arbitration proceedings shall be the English language.*

159. The Tribunal is not faced with a situation where the parties have entered into different contracts establishing differing dispute resolution mechanisms. The question is more fundamental: How does the parties' contractually established dispute settlement mechanism relate to a general offer made by Pakistan to arbitrate disputes arising under a BIT that entered into force *after* the PSI Agreement? Does the prior contractual dispute settlement mechanism *take priority over* the BIT for some or all of the disputes between the parties, or *does the BIT take priority over the PSI Agreement's mechanism* for some or all of the disputes between the parties? These are the questions that this Tribunal must confront.

160. By any objective reading, Article 11.1 of the PSI Agreement encompasses at a minimum contractual and other non-treaty-related disputes arising out of the PSI Agreement, including its alleged unlawful termination. While SGS rejects Pakistan's characterization of its claims as "Contract," "Defamation," and "BIT Claims," we do not take SGS to be contending that allegations of breach of the PSI Agreement and related claims are not covered by the PSI Article 11.1. Indeed, it could not seriously be contended that this was so. SGS argues instead that the PSI Agreement procedure must give way to the ICSID procedure contemplated in the BIT (Article 9) precisely because the contract claims are transformed into BIT claims by the operation of Article 11 of the BIT.

161. We recognize that disputes arising from claims grounded on alleged violation of the BIT, and disputes arising from claims based wholly on supposed violations of the PSI Agreement, can both be described as "disputes with

respect to investments," the phrase used in Article 9 of the BIT. That phrase, however, while descriptive of the *factual subject matter* of the disputes, does not relate to the *legal basis* of the claims, or the *cause of action* asserted in the claims. In other words, from that description alone, without more, we believe that no implication necessarily arises that both BIT and purely contract claims are intended to be covered by the Contracting Parties in Article 9. Neither, accordingly, does an implication arise that the Article 9 dispute settlement mechanism would supersede and set at naught all otherwise valid non-ICSID forum selection clauses in all earlier agreements between Swiss investors and the Respondent. Thus, we do not see anything in Article 9 or in any other provision of the BIT that can be read as vesting this Tribunal with jurisdiction over claims resting *ex hypothesi* exclusively on contract. Both Claimant and Respondent have already submitted their respective claims sounding solely on the PSI Agreement to the PSI Agreement arbitrator. We recognize that the Claimant did so in a qualified manner and questioned the jurisdiction of the PSI Agreement arbitrator, albeit on grounds which do not appear to relate to the issue we here address. We believe that Article 11.1 of the PSI Agreement is a valid forum selection clause *so far as concerns the Claimant's contract claims which do not also amount to BIT claims*, and it is a clause that this Tribunal should respect. We are not suggesting that the parties cannot, by special agreement, lodge in this Tribunal jurisdiction to pass upon and decide claims sounding solely in the contract. Obviously the parties can. But we do not believe that they have done so in this case. And should the parties opt to do that, our jurisdiction over such contract claims will rest on the special agreement, not on the BIT.

162. We conclude that the Tribunal has no jurisdiction with respect to claims submitted by SGS and based on alleged breaches of the PSI Agreement which do not also constitute or amount to breaches of the substantive standards of the BIT.

##### **5. Does Article 11 of the BIT transform purely contractual claims into BIT claims?**

163. Article 11 of the BIT states: Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party. As noted earlier, during the hearing on the Respondent's Objections to Jurisdiction, counsel for the Claimant characterized this clause as an "elevator" or "mirror effect" clause that takes breaches of contract under municipal law and elevates them immediately to the level of a breach of an international treaty. Counsel for the Claimant freely acknowledged that this interpretation was "far-reaching", but asserted that nevertheless this is what the article means and that the Claimant's view of its meaning was supported by the commentary on articles of this type found in other bilateral investment treaties.

164. It appears that this is the first international arbitral tribunal that has had to examine the legal effect of a clause such as Article 11 of the BIT. We have not been directed to the award of any ICSID or other tribunal in this regard, and so it appears we have here a case of first impression. We begin, as we commonly do, by examining the words actually used in Article 11 of the BIT, ascribing to them their ordinary meaning in their context and in the light of the

object and purpose of Article 11 of the Swiss-Pakistan Treaty and of that Treaty as a whole.

165. A treaty interpreter must of course seek to give effect to the object and purpose projected by that Article and by the BIT as a whole. That object and purpose must be ascertained, in the first instance, from the text itself of Article 11 and the rest of the BIT. Applying these familiar norms of customary international law on treaty interpretation, we do not find a convincing basis for accepting the Claimant's contention that Article 11 of the BIT has had the effect of entitling a Contracting Party's investor, like SGS, in the face of a valid forum selection contract clause, to "elevate" its claims grounded solely in a contract with another Contracting Party, like the PSI Agreement, to claims grounded on the BIT, and accordingly to bring such contract claims to this Tribunal for resolution and decision.

166. Firstly, textually, Article 11 falls considerably short of saying what the Claimant asserts it means. The "commitments" the observance of which a Contracting Party is to "constantly guarantee" are not limited to *contractual* commitments. The commitments referred to may be embedded in, *e.g.*, the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party. The phrase "constantly [to] guarantee the observance" of some statutory, administrative or contractual commitment simply does not to our mind, necessarily signal the creation and acceptance of a new international law obligation on the part of the Contracting Party, where clearly there was none before. Further, the "commitments" subject matter of Article 11 may, without imposing excessive violence on the text itself, be commitments of the State itself as a legal person, or of any office, entity or subdivision (local government units) or legal representative thereof whose acts are, under the law on state responsibility, attributable to the State itself. As a matter of textuality therefore, the scope of Article 11 of the BIT, while consisting in its entirety of only one sentence, appears susceptible of almost indefinite expansion. The text itself of Article 11 does not purport to state that breaches of contract alleged by an investor in relation to a contract it has concluded with a State (widely considered to be a matter of municipal rather than international law) are automatically "elevated" to the level of breaches of international treaty law. Thus, it appears to us that while the Claimant has sought to spell out the consequences or inferences it would draw from Article 11, the Article itself does not set forth those consequences.

167. Considering the widely accepted principle with which we started, namely, that under general international law, a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law, and considering further that the legal consequences that the Claimant would have us attribute to Article 11 of the BIT are so far-reaching in scope, and so automatic and unqualified and sweeping in their operation, so burdensome in their potential impact upon a Contracting Party, we believe that clear and convincing evidence must be adduced by the Claimant. Clear and convincing evidence of what? Clear and convincing evidence that such was indeed the shared intent of the Contracting Parties to the Swiss-Pakistan Investment Protection Treaty in incorporating Article 11 in the BIT. We do not find such evidence in the text itself of Article 11. We have not been

pointed to any other evidence of the putative common intent of the Contracting Parties by the Claimant.

168. The consequences of accepting the Claimant's reading of Article 11 of the BIT should be spelled out in some detail. Firstly, Article 11 would amount to incorporating by reference an unlimited number of State contracts, as well as other municipal law instruments setting out State commitments including unilateral commitments to an investor of the other Contracting Party. Any alleged violation of those contracts and other instruments would be treated as a breach of the BIT. Secondly, the Claimant's view of Article 11 tends to make Articles 3 to 7 of the BIT substantially superfluous. There would be no real need to demonstrate a violation of those substantive treaty standards if a simple breach of contract, or of municipal statute or regulation, by itself, would suffice to constitute a treaty violation on the part of a Contracting Party and engage the international responsibility of the Party. A third consequence would be that an investor may, at will, nullify any freely negotiated dispute settlement clause in a State contract. On the reading of Article 11 urged by the Claimant, the benefits of the dispute settlement provisions of a contract with a State also a party to a BIT, would flow only to the investor. For that investor could always defeat the State's invocation of the contractually specified forum, and render any mutually agreed procedure of dispute settlement, other than BIT-specified ICSID arbitration, a dead-letter, at the investor's choice. The investor would remain free to go to arbitration either under the contract or under the BIT. But the State party to the contract would be effectively precluded from proceeding to the arbitral forum specified in the contract unless the investor was minded to agree. The Tribunal considers that Article 11 of the BIT should be read in such a way as to enhance mutuality and balance of benefits in the inter-relation of different agreements located in differing legal orders.

169. Another consideration that appears to us to support our reading of Article 11 of the BIT, is the location of Article 11 in the BIT. The context of Article 11 includes the structure and content of the rest of the Treaty. We note that Article 11 is not placed together with the substantive obligations undertaken by the Contracting Parties in Articles 3 to 7: promotion and admission of investments in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party (Article 3); prohibition of impairment, by "unreasonable or discriminating measures," of the management, use, enjoyment, *etc.* of such investments and according "fair and equitable treatment" to investors of the other Contracting Party (Article 4); free cross-border transfer of payments relating to the protected investments (Article 5); prohibition of expropriation or other measures having the same nature or effect, unless taken in the public interest, on a non-discriminatory basis, under due process of law and with provision for effective and adequate and prompt compensation (Article 6); and the most-favored-investor provision (Article 7). These substantive standards are marked off by Article 8 ("Principle of Subrogation") from the two dispute settlement procedures recognized in the BIT: investor v. Contracting Party (Article 9); and Contracting Parties *inter se* (Article 10). Then follows Article 11 ("Observance of Commitments") which in turn is followed by the "Final Provisions" (Article 12) and the signature clause.

170. Given the above structure and sequence of the rest of the Treaty, we consider that, had Switzerland and Pakistan intended Article 11 to embody a substantive “first order” standard obligation, they would logically have placed Article 11 among the substantive “first order” obligations set out in Articles 3 to 7. The separation of Article 11 from those obligations by the subrogation article and the two dispute settlement provisions (Articles 9 and 10), indicates to our mind that Article 11 was *not* meant to project a substantive obligation like those set out in Articles 3 to 7, let alone one that could, when read as SGS asks us to read it, supersede and render largely redundant the substantive obligations provided for in Articles 3 to 7.

171. We believe, for the foregoing considerations, that Article 11 of the BIT would have to be considerably more specifically worded before it can reasonably be read in the extraordinarily expansive manner submitted by the Claimant. The appropriate interpretive approach is the prudential one summed up in the literature as *in dubio pars mitior est sequenda*, or more tersely, *in dubio mitius*.

172. The Claimant vigorously submits that any view of Article 11 of the BIT other than the one urged by it, would render Article 11 inutile, a result abhorrent to the principle of effectiveness in treaty interpretation. We are not persuaded that rejecting SGS’s reading of Article 11 would necessarily reduce that Article to “pure exhortation”, that is, to a non-normative statement. At least two points may be usefully made in this connection. Firstly, we do not consider that confirmation in a treaty that a Contracting Party is bound under and pursuant to a contract, or a statute or other municipal law issuance is devoid of appreciable normative value, either in the municipal or in the international legal sphere. That confirmation could, for instance, signal an implied affirmative commitment to enact implementing rules and regulations necessary or appropriate to give effect to a contractual or statutory undertaking in favor of investors of another Contracting Party that would otherwise be a dead letter. Secondly, we do not preclude the possibility that under exceptional circumstances, a violation of certain provisions of a State contract with an investor of another

State might constitute violation of a treaty provision (like Article 11 of the BIT) enjoining a Contracting Party constantly to guarantee the observance of contracts with investors of another Contracting Party. For instance, if a Contracting Party were to take action that materially impedes the ability of an investor to prosecute its claims before an international arbitration tribunal (having previously agreed to such arbitration in a contract with the investor), or were to refuse to go to such arbitration at all and leave the investor only the option of going before the ordinary courts of the Contracting Party (which actions need not amount to “denial of justice”), that Contracting Party may arguably be regarded as having failed “constantly [to] guarantee the observance of [its] commitments” within the meaning of Article 11 of the Swiss-Pakistan BIT. The modes by which a Contracting Party may “constantly guarantee the observance of” its contractual or statutory or administrative municipal law commitments with respect to investments are not necessarily exhausted by the instant transubstantiation of contract claims into BIT claims posited by the Claimant.

173. The Tribunal is not saying that States may not agree with each other in a BIT that henceforth, all breaches of each State’s contracts with investors of the other State are forthwith converted into and to be treated as breaches of the BIT. What the Tribunal is stressing is that in this case, there is no clear and persuasive evidence that such was in fact the intention of both Switzerland and Pakistan in adopting Article 11 of the BIT. Pakistan for its part in effect denies that, in concluding the BIT, it had any such intention. SGS, of course, does not speak for Switzerland. But it has not submitted evidence of the necessary level of specificity and explicitness of text. We believe and so hold that, in the circumstances of this case, SGS’s claim about Article 11 of the BIT must be rejected.

174. In view of the conclusion we have reached in respect of the application of Article 9 of the BIT to the facts of this case, the Tribunal finds it unnecessary to address Article 26 of the ICSID Convention in any detail.

---

## Document 2 – Affaire *RFCC c. Royaume du Maroc*, CIRDI n° ARB/00/6, 22 décembre 2003, 22 décembre 2003 (Extraits)

### 3.1. L’assimilation d’un manquement contractuel à une violation de l’Accord bilatéral

#### 3.1.1 La position du Consortium

36. Le Consortium expose que le contrat a la nature d’un investissement au regard de l’article premier de l’Accord bilatéral, lequel définit comme investissement « *les droits à toute prestation contractuelle ayant une valeur économique* » [art. 1 (1) c)] ou « *tout droit de nature économique conféré par contrat* » [art. 1 (1) e)]. Il en déduit que toutes les violations contractuelles « *substantielles* » dont s’est rendu coupable le Royaume du Maroc et/ou ADM emportent nécessairement violation du Traité, singulièrement de son article 2 (2) consacrant l’obligation pour l’Etat d’accueil d’assurer un traitement juste et équitable aux investissements (mémoire en réplique, p. 47 ss et 84). Le Consortium estime qu’une violation du contrat peut être

qualifiée de « *substantielle* » en raison de sa gravité particulière ou de son caractère systématique (mémoire en réplique, p. 52).

Ainsi, selon le Consortium, en violant « *substantiellement* » le contrat, le Royaume du Maroc et/ou ADM violerait *ipso jure* l’Accord bilatéral. Par conséquent, le Tribunal serait compétent pour connaître de toutes les réclamations formulées par le demandeur, y compris de celles qui se fondent sur des violations alléguées du contrat. Sur le fond, il suffirait de démontrer la violation « *substantielle* » du contrat pour prouver en même temps la violation de l’Accord bilatéral. Le Consortium précise qu’il suffirait d’établir une seule violation « *substantielle* » du contrat pour que tous les autres manquements contractuels, quelle qu’en soit la gravité, entrent dans la compétence du Tribunal, et cela en vertu des principes du « *synallagmatisme contractuel* » et de l’unicité du procès (mémoire en réplique, p. 52-53).



### 3.1.2 La position du Royaume du Maroc

37. Le Royaume du Maroc dénonce le paradoxe qui consiste pour le Consortium à reconnaître implicitement l'exigence d'une violation de l'Accord bilatéral tout en soutenant que celle-ci pourrait découler du seul manquement au contrat dès lors que le contrat est un investissement au sens de l'Accord bilatéral. Plus précisément, le défendeur estime que l'assimilation nécessaire d'un manquement contractuel, fût-il établi, à une violation du Traité est contraire aux principes du droit international public ainsi qu'à la jurisprudence arbitrale (mémoire en réponse, p. 71 ss; mémoire en duplique, p. 12 ss). En particulier, il critique le raisonnement du Consortium qui, en voulant assimiler un manquement contractuel à une violation de l'Accord bilatéral, aboutit à priver de tout effet utile les articles 2 à 6 de cet Accord, ce qui serait contraire au but et à l'objet du Traité.

### 3.1.3 Décision du Tribunal

38. Le Tribunal considère qu'il n'existe pas de principe d'assimilation nécessaire des violations contractuelles aux violations d'un traité bilatéral d'investissement.

39. En son article 1 (1) c) et 1 (1) e), l'Accord bilatéral italo-marocain, stipule:

« *Au sens du présent accord,*

*1) le terme « investissement » désigne toutes les catégories de biens investis après l'entrée en vigueur du présent accord par une personne physique ou morale, y compris le gouvernement d'une Partie contractante, dans le territoire de l'autre Partie contractante, conformément aux lois et règlements de ladite partie. Le terme « investissement » comprend notamment mais pas exclusivement:*

*c) (...) les droits à toute prestation contractuelle ayant une valeur économique;*

*e) (...) tout droit de nature économique conféré par la loi ou par contrat (...).* »

L'article 1 (1) g) ajoute que les droits cités sous lettres c) et e) doivent faire l'objet de contrats approuvés par l'autorité compétente.

L'article 2 de l'Accord bilatéral, intitulé « *Promotion et protection des investissements* » traite, en son alinéa 1, de la promotion en établissant une obligation d'encouragement et d'autorisation des investissements. L'alinéa 2 traite, en ces termes, de la protection:

« *Chacune des Parties contractantes assurera un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante. Chacune des Parties contractantes assurera la gestion, le maintien, l'utilisation ou l'affectation des investissements sur son territoire des investisseurs de l'autre Partie contractante contre toutes mesures injustifiées ou discriminatoires.* »

40. Contrairement à ce que soutient le demandeur, cette stipulation n'impose pas une obligation d'assurer le maintien, l'utilisation et la jouissance des droits nés du contrat à la charge de l'Etat sur le territoire duquel se réalise un investissement de cette nature. L'article 2 (2), qu'il faut lire en son entier, engage l'Etat à assurer le maintien,

l'utilisation et la jouissance des droits nés du contrat « *contre toutes mesures injustifiées ou discriminatoires* ». Ce que l'Etat doit assurer, c'est l'absence de mesures injustifiées ou discriminatoires à l'égard de l'investisseur étranger et non le maintien ou la jouissance des droits contractuels de celui-ci. En d'autres termes, le rapprochement des articles 1 (1) c), 1 (1) e) et 2 de l'Accord bilatéral ne peut s'interpréter comme créant, à la charge de l'Etat d'accueil, une obligation générale d'assurer la bonne exécution du contrat qui conférerait aux obligations spécifiques prévues aux articles 2 à 6 du Traité un caractère purement énonciatif.

Le Tribunal conclut donc que l'Accord bilatéral italo-marocain ne consacre pas le principe selon lequel un manquement au contrat devrait être assimilé à une violation du Traité.

41. Il n'existe pas davantage de principe d'assimilation nécessaire des violations contractuelles aux violations d'un traité bilatéral d'investissement. Une telle assimilation est rejetée par la jurisprudence arbitrale du CIRDI, laquelle distingue clairement entre violation contractuelle et violation du traité de protection des investissements.

- Ainsi en décide la décision d'annulation dans l'affaire *Vivendi*: « *A state may breach a treaty without breaching a contract, and vice versa* », « *whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions* », « *A treaty cause of action is not the same as a contractual cause of action; it requires a clear showing of conduct which is in the circumstances contrary to the relevant treaty standard* ».

- De même, la sentence *Alex Genin* déclare: « (...) *while the Central Bank's decision to revoke the EIB's licence invites criticism, it does not rise the level of a violation of any provision of the BIT* ».

- La sentence *Azinian* va dans le même sens: « (...) *a foreign investor entitled in principle to protection under NAFTA may enter into contractual relations with a public authority, and may suffer a breach by that authority, and still not be in a position to state a claim under NAFTA* » (§83), « *The problem is that the Claimants' fundamental complaint is that they are the victims of a breach of the Concession Contract. NAFTA does not, however, allow investors to seek international arbitration for mere contractual breaches. Indeed, NAFTA cannot possibly be read to create such a regime, which would have elevated a multitude of ordinary transactions with public authorities into potential international disputes. The Claimants simply could not prevail merely by persuading the Arbitral Tribunal that the Ayuntamiento of Naucalpan breached the Concession Contract. (§87) (...) Professor Dodge then argued that a breach of contract constitutes an "expropriation" if it is confiscatory,* » (§89) (...) *Labelling is, however, no substitute for analysis. The words "confiscatory", "destroy contractual rights as an asset", or "repudiation" may serve a way to describe breaches which are to be treated as extraordinary, and therefore as acts of expropriation, but they certainly do not indicate on what basis the critical distinction between expropriation and an ordinary breach of contract is to be made. (§90) (...). It is*



therefore necessary to examine whether the annulment of the Concession Contract may be considered to be an act of expropriation violating NAFTA Article 1110. If not, the claim must fail. The question cannot be more central. (§90)»

42. Les sentences *Metalcad* et *Maffezini*, discutées par les parties, ne sont pas pertinentes s'agissant de la question ici débattue. Dans ces deux sentences, les violations du traité bilatéral d'investissement sur le fondement desquelles les Etats d'accueil ont été condamnés n'avaient pas pour origine la violation d'un contrat. On ne peut donc rien en déduire s'agissant de savoir si la violation d'un contrat constitue, en même temps et par définition, une violation du traité bilatéral d'investissement.

43. La sentence *Fedax* apparaît, à première vue, plus intéressante. Dans cette affaire, le Venezuela a été condamné pour ne pas avoir respecté son obligation de payer six billets à ordre. Toutefois, le tribunal arbitral n'explique pas vraiment en quoi cette violation contractuelle constituerait une violation du traité bilatéral d'investissement. En outre, il faut relever que les parties étaient parvenues à une transaction partielle, laissant au tribunal saisi le soin de statuer uniquement sur la question des intérêts. La sentence *Fedax* n'est pas, en tout état de cause, de nature à fonder l'affirmation d'un principe jurisprudentiel d'assimilation des manquements contractuels aux violations d'un traité bilatéral d'investissement.

44. La doctrine distingue également entre pure violation contractuelle et violation d'un traité:

- Le Professeur Gaillard admet certes qu'une violation du contrat puisse constituer en même temps une violation du traité, mais il précise que cette assimilation n'est pas automatique et dépend des dispositions du traité lui-même. Tel pourra être le cas si le traité déclare expressément que la violation d'un contrat constitue également une violation du traité. Or, en l'espèce, l'Accord bilatéral italo-marocain ne contient pas une disposition assimilant expressément toute violation contractuelle à une violation du traité.

- Jennings & Watts écrivent: « *It is doubtful whether a breach of a state of its contractual obligations with alien constitutes per se a breach of an international obligation, unless there is some such additional element as denial of justice, or expropriation, or breach of treaty, in which case*

*it is that additional element which will constitute the basis for the state's international responsibility* ».

- Quant à la doctrine citée par le demandeur (mémoire en demande, p. 23), elle n'est pas pertinente en l'espèce car elle se réfère à des traités bilatéraux d'investissements consacrant expressément le principe d'assimilation des manquements contractuels à des violations du traité, à la différence de l'Accord bilatéral italo-marocain.

45. C'est à tort, enfin, que le Consortium affirme que l'inclusion du contrat de construction au rang des investissements protégés, admise par la décision sur la compétence, n'aurait aucun sens si les réclamations que suscitent habituellement de tels contrats, et que lui-même formule dans le présent arbitrage, ne bénéficiaient pas de la protection de l'Accord bilatéral.

Le contrat de construction est protégé au même titre que d'autres investissements, contre diverses atteintes, telle la discrimination ou l'expropriation. Cela suffit à donner un sens aux stipulations précitées. Il n'y a pas lieu d'étendre les obligations de l'Etat en fonction de la nature contractuelle ou non de l'investissement ni, a fortiori, de la qualification du contrat constituant l'investissement.

46. En conclusion, le Tribunal considère que la conjugaison des articles 1 (1) c), 1 (1) e) et 2 (2) de l'Accord bilatéral et les principes généraux dégagés de la pratique arbitrale ne permettent pas de créer à la charge de l'Etat du Maroc une obligation de respecter ou de faire respecter le contrat, hors les obligations expresses stipulées dans l'Accord bilatéral. Les dispositions précitées ne permettent pas d'assimiler tout manquement au contrat, fût-il établi, à une violation de l'Accord.

Les réclamations du demandeur ne pourront donc être satisfaites que si elles sont fondées sur la violation effective des obligations spécifiquement précisées aux articles 2 à 6 de l'Accord bilatéral (traitement juste et équitable; clause de la nation la plus favorisée et traitement national; indemnisation pour dommages ou pertes; nationalisation ou expropriation; transfert des capitaux et des revenus). Le Tribunal n'a point à examiner les réclamations qui reposent sur une violation alléguée du contrat, sans que soit invoquée également la violation d'une obligation spécifique de l'Accord bilatéral. De telles réclamations échappent à sa compétence.

---

### Document 3 – Affaire *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Jordanie*, CIRDI n° ARB/02/13, 29 novembre 2004 (Extraits)

#### “Umbrella clause”

120. The Claimants argue that Article 2(4) of the BIT, taken together with Article 2(5) and Article 11(2) (*for the wording of these provisions, see paragraph 66 above*), obliges Jordan to guarantee the observance of specific investment agreements and that this provision amounts to what they call an “umbrella clause” which transforms contractual undertakings into international law obligations. On that

basis, the Tribunal would in any event have jurisdiction to consider the claimants' contractual claims.

121. In support of this submission, the Claimants rely on the language of Article 2(4), on various international commentators and on the decision in *SGS v. Philippines*. They recall that provisions similar to Article 2(4) have been inserted in a number of BITs, as well as in the Energy Charter Treaty. They add that, in this treaty, a possibility has been open to exclude from ICSID jurisdiction any dispute arising from the alleged violation of such a provision. They

observe that this has not been the case in the Jordan/Italy BIT and conclude that Jordan has accepted to submit disputes arising from the alleged violation of Article 2(4) to the dispute settlement mechanism of Article 9(3).

122. The Respondent submits that under Article 2(4), Jordan is simply obliged “to create and maintain a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment” and is not obliged to guarantee specific investments. It contends that this interpretation is supported by an arbitral award adopted on 2 July 2003 in a case relating to the interpretation of the Convention for the protection of the marine environment of the North-East Atlantic (COSPAR). It is also supported by the decision in *SGS v. Pakistan*.

123. Article 2(4) of the BIT reads as follows: Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor.

124. In *SGS v. Philippines*, the BIT stipulated in its Article X(2): “Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.” The Arbitral Tribunal decided that this text “makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law” (para. 128).

125. In *SGS v. Pakistan*, Article 11 of the BIT stipulates that: “Each Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.” The Arbitral Tribunal decided that this provision could not be invoked to sustain a contention by an aggrieved investor that “breaches of a contract ... it has concluded with a State (widely considered to be a matter of municipal rather than international law) are automatically “elevated” to the level of breaches of international law. Having regard to the distinction in principle between breaches of contract and breaches of treaty, contractual claims could only be brought under Article 11 “under exceptional circumstances” (para. 172).

126. The Tribunal notes that Article 2(4) of the BIT between Italy and Jordan is couched in terms that are appreciably different from the provisions applied in the arbitral decisions and awards cited by the Parties. Under Article 2(4), each Contracting Party committed itself to create and maintain in its territory a “legal framework” favourable to investments. This legal framework must be apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment. It must in particular be such as to ensure compliance of all undertakings assumed under relevant contracts with respect to each specific investor. But under Article 2(4), each Contracting Party did not commit itself to “observe” any “obligation” it had previously assumed with regard to specific investments of investors of the other Contracting Party as did the Philippines. It did not even guarantee the observance of commitments it had entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Parties as did Pakistan. It only committed itself to create and

maintain a legal framework apt to guarantee the compliance of all undertakings assumed with regard to each specific investor.

127. Of course, each State Party to the BIT between Italy and Jordan remains bound by its contractual obligations. However, this undertaking was not reiterated in the BIT. Therefore, these obligations remain purely contractual in nature and any disputes regarding the said obligations must be resolved in accordance with the dispute settlement procedures foreseen in the contract. Contrary to what the Claimants argue, this is not at all an absurd solution: the States Parties to the BIT are still bound by their treaty obligations as well as their contract obligations, but the dispute settlement procedures in each case are different.

128. Articles 2(5) and 11 of the BIT invoked by the Claimants could not lead to any other conclusion. The first of these two provisions merely stipulates that “Each Contracting Party or its designated Agency may stipulate with an investor of the other Contracting Party an investment agreement which will govern the specific legal relationship related to the investment of the investor concerned.” The Tribunal finds it difficult to see how such a provision could lead to an interpretation of Article 2(4) that is different from the interpretation given in the previous paragraph.

129. Article 11 of the BIT entitled “Application of other provisions” covers in its paragraph 1 the case in which a matter is governed both by the agreement and other treaty or customary rules of international law. It considers in its paragraph 2 the case where the treatment accorded by one Contracting Party to the investors of the other Contracting Party according to its laws and regulations or other provisions or specific contract or investment authorizations or agreements is more favourable than that provided under the BIT. In both cases, the most favourable treatment applies. Under paragraph 2 of Article 11 “[i]n case the host Contracting Party has not applied such treatment ... and the investors suffer a damage as a consequence thereof, the investors shall be entitled to a compensation of such damages.”

130. This Article is, to take the terms of the decision in the *SGS v. Philippines* case, “a kind of without prejudice clause” (Decision on jurisdiction, para. 114, and notes 45 and 46) and in the opinion of the Tribunal, it could not have the effect of incorporating the commitments it mentions into the BIT (see *Young hi Oo Trading Pta v. Government of the Union of Myanmar* (ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1 (2003) 42 ILM 540, 556-7 (paras. 79-82)).

## Treaty Claims

[...]

132. More specifically, according to Jordan, “there is no conceivable basis or authority for the argument that the Employer’s refusal to accede to the Claimants’ request to overturn the decisions adopted by the independent Engineer under the contract...could give rise to a claim for unjust or unfair treatment (Article 2(3) of the bilateral Treaty). For the same reasons, it cannot be said that the Employer’s actions can amount to a failure on the part of Jordan to provide continuity of legal treatment (Article 2(4)).”

133. Similarly Jordan asks the Tribunal to reject the argument that “refusal by the Jordanian Council of Ministers to accede to the Claimants’ request to refer the dispute with the Engineer to arbitration pursuant to clause 67.3(b) of the Contract...could amount to a violation” of the same provisions.

134. As a consequence, the Tribunal would have no jurisdiction not only with respect to contractual claims, but also with respect to Treaty claims.

135. The Claimants submit that it is up to them to formulate their claims as they see fit. They are not required, at the jurisdictional stage, to provide evidence of the soundness of those claims, but rather “to assert facts that, if established, would constitute violations of the BIT.” They recall that their claims are based not only on the violation by Jordan of the “umbrella clause” (Article 2(4)), but also on the violation of the duty to ensure just and fair treatment of the investments and on the violation of the prohibition of discriminatory measures (Article 2(3)). They add that further proofs of these violations will be provided during the merits phase. They stress that “if the Claimants’ claims were excluded from the jurisdictional protection of the BIT only because the investment was made on the basis of a contract,” this, as indicated by Professor Schreuer in his comments, “would dramatically reduce the much needed protection for a very large segment of investment activities.” They conclude that the Tribunal has jurisdiction to consider the treaty claims as formulated.

136. The Tribunal observes that the Claimants are free to present facts they rely upon and claims they advance in the way they think appropriate. It is up to the Claimants to characterize these claims as they see fit, and, in particular, to identify the contractual and/or Treaty provisions, which, according to them, have been violated.

137. When considering its jurisdiction to entertain those claims, the Tribunal must not address the merits of the claims, but it must satisfy itself that it has jurisdiction over the dispute, as presented. This has been recognized both by the International Court of Justice and by Arbitral Tribunals in many cases.

[...]

151. The Tribunal is in full agreement with this jurisprudence. It reflects the balance to be struck between two opposing preoccupations: to ensure that courts and tribunals are not flooded with claims which have no chance of success and sometimes are even of an abusive nature; but to ensure equally that, in considering issues of jurisdiction, courts and tribunals do not go into the merits of cases without sufficient prior debate. In conformity with this jurisprudence, the Tribunal will accordingly seek to determine whether the facts alleged by the Claimants in this case, if established, are capable of coming within those provisions of the BIT which have been invoked.

152. In this regard, the Tribunal will first recall that “a particular investment dispute may at the same time involve issues of the interpretation and application of the BIT’s standards and questions of contract” (*Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (Decision on Annulment, 3 July 2002, para. 60). “A State may breach a treaty without breaching a contract, and vice-versa” (*ibid.*, para. 95). “Whether there has been a

breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law—in the case of the BIT, by international law, in the case of the Concession contract, by the proper law of the contract” (*ibid.*, para. 96).

153. Applying those criteria, the Annulment Committee, in the *Vivendi* Case, went on to state that the *Vivendi* claim “was not simply reducible to so many civil or administrative claims concerning so many individual acts alleged to violate the concession contract or the administrative law of Argentina. It was open to Claimants to claim, and they did claim that these acts taken together, or some of them, amounted to a breach of ... the BIT” (*ibid.*, para. 112). The Committee added that “a Treaty cause of action is not the same as a contractual cause of action; it requires a clear showing of conduct which is in the circumstances contrary to the relevant treaty standards.” Thus, in choosing to commence an ICSID arbitration, the Claimant takes “the risk of a Tribunal holding that the acts complained of neither individually nor collectively rose to the level of a breach of the BIT” (*ibid.*, para. 113).

154. Therefore, not any breach of an investment contract could be regarded as a breach of a BIT. In the words of the Arbitral Tribunal in *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, a breach of the substantive provisions of a bilateral investment treaty can certainly result from a breach of contract, without a possible breach of the contract constituting, *ipso jure* and by itself, a breach of the Treaty. (See para. 48 of the Award).

155. In fact, the State, or its emanation, may have behaved as ordinary cocontractants having a difference of approach, in fact or in law, with the investor. In order that the alleged breach of contract may constitute unfair or inequitable treatment within the meaning of the bilateral agreement, it must be the result of behaviour going beyond that which an ordinary Contracting Party could adopt. Only the State, in the exercise of its sovereign authority (*puissance publique*), and not as a Contracting Party, has assumed obligations under the bilateral agreement. (*ibid.*, para. 51). In other words, an investment protection treaty cannot be used to compensate an investor deceived by the financial results of the operation undertaken, unless he proves that his deception was a consequence of the behaviour of the receiving State acting in breach of the obligations which it had assumed under the treaty. (*ibid.*, para. 108)

156. Similarly in the case of *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID case No. ARB/03/11), an ICSID Arbitral Tribunal, in its Decision on jurisdiction of 6 August 2004 (paras. 72 and 82) stated that “a basic general distinction can be made between commercial aspects of a dispute and other aspects involving the existence of some forms of State interference with the operation of the contract involved.” It concluded in the case that “the absence of a Treaty-based claim, and the evidence that, on the contrary, all claims are contractual, justifies the finding that the Tribunal lacks jurisdiction. Neither has it been credibly alleged that there was Egyptian State interference with the Company’s Contract rights.”

157. This solution is all the more apposite because the rules of attribution governing responsibility for the performance of contract obligations may differ from those governing

responsibility for the performance of BIT obligations. In this respect, the Tribunal, in the present case, has no intention of taking a position on such a substantive issue at this stage. It will note, however, that under Jordanian law, the legal personality of the JVA is distinct from that of the Jordanian State; accordingly, it cannot be ruled out that Jordan might not be held responsible for JVA's breaches of contract. Nevertheless, in public international law, a State may be held responsible for the acts of local public authorities or public institutions under its authority and it cannot be ruled out that the Jordanian State may be held responsible for the acts of the JVA. (see the *ad hoc* Committee's Annulment Decision in the above-mentioned *Vivendi* case (para. 96)).

158. When considering the conclusions with which it is presented, the Tribunal will first observe that the Claimants have abandoned the submissions they had originally presented on the basis of Article 5 of the BIT and no longer contend that Jordan has taken unlawful expropriation measures against them in this instance. The Tribunal will therefore not be called upon to decide whether it has jurisdiction to entertain such conclusions.

159. However, the Claimants do assert that Jordan failed to comply with the provisions of Article 2(3) of the BIT ensuring "at all times just and fair treatment of the investment of investors of the other Contracting Party" and protecting them against "unjustified or discriminatory measures." The Claimants' argument seems to be that all the contractual breaches for which they hold JVA responsible must be regarded as constituting an unjust and unfair treatment by Jordan within the meaning of Article 2(3).

160. As stated above, this Tribunal does not have jurisdiction in respect of the contractual breaches and could entertain them only if the alleged breaches were simultaneously to constitute breaches of the treaty. The Tribunal will observe that the Claimants have advanced little argument to that effect.

161. In their request for arbitration of 8 August 2002, they concluded that "the Respondent has breached the Claimants' rights under the Contract by causing delays to the performance of the project, varying its scope and increasing its quantities without fair and prompt compensation, causing additional costs without fair and prompt compensation as established in Contract." They recalled that, in implementation of the Contract they submitted to the Engineer and to the Respondent, a draft final statement setting out the total outstanding amount claimed to be due to them, equivalent to approximately US\$28,000,000, and they asked the Tribunal to order the payment of such a sum. Then, after having presented the contractual claim in detail, the Claimants quoted the articles of the BIT which, in their opinion, had been violated without giving any further explanation.

162. In their first submission on jurisdiction, dated 10 December 2003 and in their Rejoinder of 11 March 2004, the Claimants contended that "a Claimant is not required, at the jurisdictional stage, to provide evidence of the soundness of its claims, but rather to assert facts, which, if established,

would constitute violations of the BIT" (para. 153). They did not give more indications with respect to the facts on which their treaty claims were based or to the interpretation to be given to the relevant provisions of the BIT. It was only at the hearing that the Representative of the Claimants stated that their treaty claims were "not for a simple correction of monetary determination" by the Engineer, but that they contested "the way Jordan made use of the Engineer" (without developing this assertion).

163. In fact, and leaving aside this vague and late allusion, the Claimants, on this point, base their treaty claims exclusively on the way in which the Contract was implemented by the Engineer and by JVA. But they explain nowhere how the alleged facts could constitute not only a breach of the contract, but also a breach of Article 2(3) of the BIT. They only quote that article and assert that it has been violated. They present no argument, and no evidence whatsoever, to sustain their treaty claim and they do not show that the alleged facts are capable of falling within the provisions of Article 2(3). The Tribunal, therefore, has no jurisdiction to consider this first treaty claim.

164. Moreover, the Claimants maintain that the Prime Minister of Jordan expressly agreed that, in the absence of any agreement between the Parties, any outstanding matter will be referred for final settlement to arbitration as contemplated by clause 67.3 of the General conditions of the Contract. They submit that this commitment has not been fulfilled. They contend that "during the same period of time, Jordan used to grant arbitration to foreign investors which were in the same position as the Claimants." Therefore, according to them, Jordan's conduct in this respect amounts not only to a violation of Article 2(4) of the BIT, but also to a violation of the provisions of Article 2(3) prohibiting discriminatory treatment.

165. In this regard, the Tribunal notes that pursuant to Article 67.2 of the General Conditions of the contract, "any dispute in respect of which amicable settlement has not been reached ... shall be finally settled by reference to the competent court of law in the Kingdom [of Jordan], unless both parties shall agree that the dispute be referred to arbitration." It is not disputed that the contract contained a binding arbitration clause and that resort to contractual arbitration accordingly required the consent of both Parties. The Claimants contend that Jordan gave such consent which Jordan denies. Thus the Claimants do not assert that there has been a breach of contract in this regard; rather, they claim that Jordan reneged on an undertaking it had given, although it was not contractually bound to give it.

166. The Tribunal observes that, here again, the file submitted by the Claimants is lacking, in terms of both the facts and the law (and notably the alleged practice of Jordan as regards resort to arbitration). The Tribunal, however, does not believe that it must rule out from the outset that the alleged facts, if established, may constitute breaches of Articles 2(3) and 2(4) of the BIT. The objection to jurisdiction submitted on this point by Jordan cannot be upheld.

Le 21 août 2001, la société de droit américain *Noble Ventures* a saisi le Centre d'une demande d'arbitrage à l'encontre de la Roumanie sur le fondement du traité bilatéral de protection des investissements conclu entre les États-Unis et la Roumanie le 28 mai 1992 et entré en vigueur le 15 janvier 1994. La demande concerne un accord conclu entre la société américaine et l'organisme chargé de la privatisation des entreprises publiques roumaines (SOF) aux termes duquel *Noble Ventures* a acquis le contrôle de la société sidérurgique CSR, société nationalisée en 1948. Le SOF a ensuite été remplacé par l'Authority for the Privatization and Management of the State Ownership (APAPS). La demanderesse s'étant fondée sur la clause de respect des engagements du traité et ayant allégué que la Roumanie avait méconnu les engagements pris à son égard, le Tribunal se prononce d'abord sur cette question.

46. Considering that the Claimant's case comprises some claims which concern alleged breaches of contractual relationships purportedly concluded with the Respondent, the question for the Tribunal is whether Art. II (2)(c) BIT is an “umbrella clause” that transforms contractual undertakings into international law obligations and accordingly makes it a breach of the BIT by the Respondent if it breaches a contractual obligation that it has entered into with the Claimant. Art. II (2)(c) reads as follows: “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”

47. As indicated by the parties, a similar question arose in other recent ICSID cases. Thus an important case to address the problem was *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13; *SGS v. Pakistan*), which was heavily relied on by the Respondent in the present case. The Tribunal was there concerned with Article 11 of an Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (*Swiss–Pakistan BIT*) which reads as follows: “Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party”. The Tribunal found that “(T)he text itself of Art. 11 does not purport to state that breaches of contract alleged by an investor in relation to a contract it has concluded with a State (widely considered to be a matter of municipal rather than international law) are automatically “elevated” to the level of breaches of international treaty law. Considering the widely accepted principle with which we started, namely, that under general international law, a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law, and considering further that the legal consequences that the Claimant would have us attribute to Art. 11 of the BIT are so far-reaching in scope, and so automatic and unqualified and sweeping in their operation, so burdensome in their potential impact upon a Contracting Party, we believe that clear and convincing evidence must be adduced by the Claimant that such was indeed the shared intent of the Contracting Parties to the *Swiss–Pakistan Investment Protection Treaty* in incorporating Article 11 in the BIT. We do not find such

evidence in the text itself of Article 11. We have not been pointed to any other evidence of the putative common intent of the Contracting Parties by the Claimant” (see paras. 166 and 167 of the Decision). Consequently, the Tribunal declined to regard Art. 11 as an umbrella clause.

48. Another important case to address the “umbrella clause” problem was *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/02/6; *SGS v. Philippines*). That case was referred to by the Claimant in the present case in support of its position. The relevant clause in that case (Art. X (2) of the Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments) reads as follows: “Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party”. The Tribunal interpreted the clause by reference to its wording and the object and purpose of the bilateral investment treaty so as to apply it to *inter alia* contractual obligations (paras. 115 and 116) and accordingly found that the contractual commitment was incorporated and brought within the framework of the bilateral investment treaty by Article X (2): “To summarize, for present purposes Article X(2) includes commitments or obligations arising under contracts entered into by the host State” (para. 127).

49. A third case concerned with a clause regarded by one of the parties to the dispute as an umbrella clause is *Salini Costruttori S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (No. ARB/02/13; *Salini v. Jordan*). The case was decided only shortly before the end of the written proceedings in this case. In *Salini v. Jordan* the Tribunal was concerned with a clause in the bilateral investment treaty between Italy and Jordan which read as follows (Art. 2(4)):

“Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee the investors the continuity of legal treatment, including compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor”. Regarding the terms of Art. 2(4) to be appreciably different from the provisions in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines* the Tribunal found that “(U)nder Art. 2(4), each contracting Party committed itself to create and maintain in its territory a “legal framework” favorable to investments. This legal framework must be apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment. It must in particular be such as to ensure compliance of all undertakings assumed under relevant contracts with respect to each specific investor. But under Article 2(4), each contracting Party did not commit itself to “observe” any “obligation” it had previously assumed with regard to specific investments of the investor of the other party as did the Philippines. It did not even guarantee the observance of commitments it had entered into with respect to investments of the investors of the other Contracting Party as did Pakistan. It only committed itself to create and maintain a legal framework apt to guarantee the compliance of all undertakings assumed with regard to each specific investor”.

50. With regard to Art. II (2)(c) of the bilateral investment treaty which is of relevance in the present case, it has to be observed that there are differences between the wording of

the clause and the clauses in the other cases. Therefore, it is necessary, first, to interpret Art. II (2)(c) regardless of the other cases. In doing so, reference has to be made to Arts. 31 *et seq.* of the Vienna Convention on the Law of Treaties which reflect the customary international law concerning treaty interpretation. Accordingly, treaties have to 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 the object and purpose of the Treaty, while recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work and the circumstances of its conclusion, only in order to confirm the meaning resulting from the application of the aforementioned methods of interpretation. Reference should also be made to the principle of effectiveness (*effet utile*), which, too plays an important role in interpreting treaties.

51. Considering that Art. II (2)(c) BIT uses the term “shall” and that it forms part of the Article which provides for the major substantial obligations undertaken by the parties, there can be no doubt that the Article was intended to create obligations, and obviously obligations beyond those specified in other provisions of the BIT itself. Since States usually do not conclude, with reference to specific investments, special international agreements in addition to existing bilateral investment treaties, it is difficult to understand the notion “obligation” as referring to obligations undertaken under other “international” agreements. And given that such agreements, if concluded, would also be subject to the general principle of *pacta sunt servanda*, there would certainly be no need for a clause of that kind. By contrast, in addition to the BIT, what are often concluded concerning investments are so-called investment contracts between investors and the host State. Such agreements describe specific rights and duties of the parties concerning a specific investment. Against this background, and considering the wording of Art. II (2)(c) which speaks of “any obligation [a party] may have entered into with regard to investments”, it is difficult not to regard this as a clear reference to investment contracts. In fact, one may ask what other obligations can the parties have had in mind as having been “entered into” by a host State with regard to an investment. The employment of the notion “entered into” indicates that specific commitments are referred to and not general commitments, for example by way of legislative acts. This is also the reason why Art. II (2)(c) would be very much an empty base unless understood as referring to contracts. Accordingly, the wording of Article II(2)(c) provides substantial support for an interpretation of Art. II (2)(c) as a real umbrella clause.

52. The object and purpose rule also supports such an interpretation. While it is not *permissible*, as is too often done regarding BITs, to interpret clauses exclusively in favour of investors, here such an interpretation is justified. Considering, as pointed out above, that any other interpretation would deprive Art. II (2)(c) of practical content, reference has necessarily to be made to the principle of effectiveness, also applied by other Tribunals in interpreting BIT provisions (see *SGS v. Philippines*, para. 116 and *Salini v. Jordan*, para. 95). An interpretation to the contrary would deprive the investor of any internationally secured legal remedy in respect of investment contracts that it has entered into with the host State. While it is not the purpose of investment treaties *per se* to remedy such

problems, a clause that is readily capable of being interpreted in this way and which would otherwise be deprived of practical applicability is naturally to be understood as protecting investors also with regard to contracts with the host State generally in so far as the contract was entered into with regard to an investment.

53. An umbrella clause is usually seen as transforming municipal law obligations into obligations directly cognizable in international law. The Tribunal recalls the well established rule of general international law that in normal circumstances *per se* a breach of a contract by the State does not give rise to direct international responsibility on the part of the State. This derives from the clear distinction between municipal law on the one hand and international law on the other, two separate legal systems (or orders) the second of which treats the rules contained in the first as facts, as is reflected in *inter alia* Article Three of the International Law Commission's Articles on State Responsibility adopted in 2001. As stated by Judge Schwebel, former President of the International Court of Justice, “it is generally accepted that, so long as it affords remedies in its Courts, a State is only directly responsible, on the international plane, for acts involving breaches of contract, where the breach is not a simple breach... but involves an obviously arbitrary or tortious element...” (in *International Arbitration : Three Salient Problems* (1987), at 111). It may be further added that, inasmuch as a breach of contract at the municipal level creates at the same time the violation of one of the principles existing either in customary international law or in treaty law applicable between the host State and the State of the nationality of the investor, it will give rise to the international responsibility of the host State. But that responsibility will co-exist with the responsibility created in municipal law and each of them will remain valid independently of the other, a situation that further reflects the respective autonomy of the two legal systems (municipal and international) each one with regard to the other.

54. That being said, none of the above mentioned general rules is peremptory in nature. This means that, when negotiating a bilateral investment treaty, two States may create within the scope of their mutual agreement an exception to the rules deriving from the autonomy of municipal law, on the one hand and public international law, on the other hand. In other words, two States may include in a bilateral investment treaty a provision to the effect that, in the interest of achieving the objects and goals of the treaty, the host State may incur international responsibility by reason of a breach of its contractual obligations towards the private investor of the other Party, the breach of contract being thus “internationalized”, i.e. assimilated to a breach of the treaty. In such a case, an international tribunal will be bound to seek to give useful effect to the provision that the parties have adopted.

55. Thus, an umbrella clause, when included in a bilateral investment treaty, introduces an exception to the general separation of States obligations under municipal and under international law. In consequence, as with any other exception to established general rules of law, the identification of a provision as an “umbrella clause” can as a consequence proceed only from a strict, if not indeed restrictive, interpretation of its terms and, more generally, in accordance with the well known customary rules codified

under Article 31 of the Vienna Convention of the Law of Treaties (1969). As was stated by the International Court of Justice in the *ELSI* Case:

“an important principle of international law should not be held to have been tacitly dispensed with by international agreement, in the absence of words making clear an intention to do so” : *Elettronica Sicula Spa —ELSI — United States v. Italy*, 1989, ICJ 15 at 42).

56. In the present case, in order to identify the intention of the United States and Romania when they negotiated Art. II(2)(c) of the BIT, a key element is provided by the exact formulation of that provision. Indeed, it is the differences in the wording of Art. II(2)(c) of the BIT and of provisions in other bilateral investment treaties that have been relied on as umbrella clauses in other ICSID cases that go far to explain the different positions taken by different ICSID tribunals that have in recent times had to consider such clauses.

57. In *Salini v. Jordan*, *supra*, it is evident that the obligation laid down at Art. 2(4) of the bilateral investment treaty between Italy and Jordan plainly justifies the conclusion reached by the Tribunal. A provision creating and maintaining a “legal framework” favourable to investment deals only with the setting of norms and establishment of institutions aimed at facilitating investment by investors of the other Party; it does not entail that each Party becomes responsible under international law for the breach of any of its contractual obligations *vis-à-vis* the private investors of the other Party.

58. In *SGS v. Pakistan*, *supra*, the relevant provision of the bilateral investment treaty (Art. 11) does not simply speak of a “legal framework”; and the provision could be interpreted as laying down a kind of general obligation for the host State as a public authority to facilitate foreign investment, namely an obligation to “guarantee” the observance of the commitments that the host State has entered into towards investors of the other Party, being an obligation to be implemented by, in particular, the adoption of steps and measures under its own municipal law to safeguard the guarantee. In other words, the formulation of Art. 11 of the bilateral investment treaty in *SGS v. Pakistan*, *supra*, may be interpreted as implicitly setting an international obligation of result for each Party to be fulfilled through appropriate

means at the municipal level but without necessarily elevating municipal law obligations to international ones.

59. By contrast, in *SGS v. Philippines*, *supra*, the treaty clause was formulated so as to assimilate the host State's contractual obligations to its treaty obligations under the bilateral investment treaty by saying that each Party “shall observe any obligation it has assumed” with regard to investments made by the investors of the other Party. It is then understandable that, without necessarily having recourse to completely different reasoning, the Tribunal in that case reached a position different from that adopted in *SGS v. Pakistan*, *supra*.

60. In the present case, the formulation adopted at Art. II(2)(c), which is even more general and straightforward than that in the bilateral investment treaty that fell to be considered in *SGS v. Philippines*, clearly falls into the category of the most general and direct formulations tending to an assimilation of contractual obligations to treaty ones; not only does it use the term “shall observe” but it refers in the most general terms to “any” obligations that either Party may have entered into “with regard to investments”.

61. However, it is unnecessary for the Tribunal to express any definitive conclusion as to whether therefore, despite the consequences of the exceptional nature of umbrella clauses, referred to at paragraph 55 above, Art. II(2)(c) of the BIT perfectly assimilates to breach of the BIT *any* breach by the host State of *any* contractual obligation as determined by its municipal law *or* whether the expression “any obligation”, despite its apparent breadth, must be understood to be subject to some limitation in the light of the nature and objects of the BIT. Since, on the facts of the present case, as will appear from what follows, the Tribunal's ultimate conclusions would not be affected one way or the other by the resolution of that question, the Tribunal proceeds on the basis that, in including Art. II(2)(c) in the BIT, the Parties had as their aim to equate contractual obligations governed by municipal law to international treaty obligations as established in the BIT.

62. By reason therefore of the inclusion of Art. II(2)(c) in the BIT, the Tribunal therefore considers the Claimant's claims of breach of contract on the basis that any such breach constitutes a breach of the BIT.

---

## Document 5 – Affaire *El Paso Energy International Company c. Argentine*, CIRDI n° ARB/03/15, 27 avril 2006 (Extraits)

Le 6 juin 2003, la société de droit du Delaware *El Paso Energy International Company* (« *El Paso* ») a saisi le Centre d'une requête d'arbitrage contre l'Argentine fondée sur le Traité bilatéral de protection des investissements conclu entre l'Argentine et les États-Unis d'Amérique en 1991. La requête a été enregistrée le 12 juin 2003 et le Tribunal a été composé de M. Piero Bernardini, de nationalité italienne, désigné par la demanderesse, de Mme Brigitte Stern, de nationalité française, désignée par la défenderesse, et de M. Lucius Caflisch, de nationalité suisse, désigné par le Président du Conseil administratif du Centre.

L'affaire est l'une des nombreuses espèces nées de la crise économique et financière qu'a connue l'Argentine à partir de la fin de l'année 2001. *El Paso* détient la quasi-totalité

des titres d'une société argentine *Servicios El Paso* (« *Servicios* »). Elle détient également une participation indirecte minoritaire dans plusieurs autres sociétés argentines, la société *Companias Asociadas Petroleras SA* (« *CAPSA* ») (dont elle possède 45 % des titres), elle-même société mère de *CAPEX SA* (« *CAPEX* »), qu'elle contrôle à 60 %, et dans la société *Central Costanera SA* (« *Costanera* ») et *Gasoducto del Pacífico SA* (« *Pacífico* ») (collectivement « les sociétés argentines »). *CAPSA* est une société de production d'électricité, d'exploration, de développement et de production pétrolière et, à travers *CAPEX*, de génération d'énergie. *CAPEX* est titulaire d'une concession de production d'hydrocarbures et possède une usine de génération électrique dans la province de Neuquén. *CAPEX* produit de l'énergie thermoélectrique. *Costanera*,

dont El Paso détient 12 %, est une entité de production et de distribution d'électricité en Argentine. Pacífico, dont El Paso détient 13,4 % d'actions privilégiées et 11,8 % d'actions ordinaires, gère un pipeline de gaz naturel reliant l'Argentine au Chili. Selon la demanderesse, les mesures prises à partir de décembre 2001, et spécialement la « pesification » de l'économie et le gel des prix de l'électricité, sont intervenues en violation des engagements qui avaient conduit les investisseurs de ces sociétés, dont El Paso, à investir en Argentine et ont été remplacées par des conditions désastreuses pour la demanderesse, équivalant à une expropriation. Ces mesures violeraient diverses dispositions du Traité dont la prohibition de l'expropriation sans indemnité prompte et adéquate, l'obligation de réserver à l'investisseur un traitement juste et équitable, non discriminatoire par rapport aux sociétés locales et conformes au droit international.

L'Argentine a soulevé une exception d'incompétence au motif que le différend ne serait pas de nature juridique, ne serait pas en relation directe avec un investissement, devrait être limité en ce qui concerne les mesures fiscales et ne serait pas fondé sur un intérêt légitime justifiant la demande d'arbitrage. Le Tribunal examine tour à tour chacune de ces objections. Sur le premier moyen d'incompétence soulevé par l'Argentine, le Tribunal constate tout d'abord que le différend est clairement d'ordre juridique. Il examine ensuite le moyen tiré du fait que la demanderesse n'avancerait qu'une réclamation de nature contractuelle ne correspondant pas à une protection résultant du Traité. Le Tribunal se demande ensuite si cette conclusion doit être corrigée pour prendre en compte l'existence de l'*umbrella clause* de l'article II (2) (c) du Traité aux termes de laquelle « [c]haque Partie devra respecter toute obligation à laquelle elle pourrait s'être engagée en relation avec des investissements ».

70. Le Tribunal considère qu'une interprétation équilibrée est nécessaire, tenant compte à la fois de la souveraineté de l'État et de l'obligation de l'État de créer un cadre adapté et évolutif pour le développement d'activités économiques et la nécessité de protéger l'investissement étranger et son flot continu. C'est en gardant ceci à l'esprit que le Tribunal abordera la question de la clause dite « *umbrella clause* », qui n'est toujours pas résolue : comme l'a relevé récemment Emmanuel Gaillard, « cette question a divisé les praticiens et la doctrine et demeure non fixée dans la jurisprudence arbitrale internationale » (*New York Law Journal*, 6 octobre 2005). La question est de savoir si, à travers une « *umbrella clause* », parfois encore appelée « clause de respect des engagements », d'un BIT, les réclamations contractuelles d'un investisseur ayant conclu un contrat avec un État ou une entité autonome sont automatiquement et *ipso jure* « transformées » en réclamations sur le fondement du Traité bénéficiant de la clause de règlement des différends du Traité. Il existe encore un débat sur la question, des positions divergentes ayant été adoptées par différents tribunaux CIRDI. Les *umbrella clauses* ne sont pas toujours rédigées de la même manière et certaines décisions insistent sur les variations dans leur rédaction pour justifier des solutions différentes. Le présent Tribunal n'est pas persuadé que les différentes clauses doivent recevoir des interprétations différentes. Les clauses les plus larges se lisent comme celles qui sont contenues dans la partie pertinente de l'article II (2) (c) du Traité USA-Argentine qui

dispose que « [c]haque Partie devra respecter toute obligation à laquelle elle pourrait s'être engagée en relation avec des investissements ».

71. Le premier Tribunal confronté à la question de savoir si une telle clause permet de soumettre des réclamations purement contractuelles à un Tribunal arbitral mis en place sur le fondement d'un traité a été le Tribunal, présidé par le Juge Feliciano, statuant dans l'affaire *SGS c/ Pakistan*. Selon ce Tribunal, « il semble que le présent Tribunal arbitral international soit le premier à devoir se prononcer sur les effets juridiques d'une clause telle que celle de l'article 11 du BIT. Notre attention n'a pas été attirée sur une autre sentence rendue sous l'égide du CIRDI ou par un autre tribunal sur ce point et il semble donc que nous soyons en présence d'une question entièrement nouvelle » (*SGS c/ Pakistan*, décision du 27 avril 2003, § 164). De fait, l'« *umbrella clause* » du BIT Suisse-Pakistan était l'article 11 qui disposait que « [c]hacune des Parties Contractantes assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante ». Le Tribunal n'a pas considéré, comme on le sait, que cette clause « élève » toute réclamation contractuelle découlant d'un contrat conclu avec l'État au niveau des réclamations fondées sur la violation du traité, en d'autres termes, qu'elle transforme toute réclamation contractuelle en une réclamation fondée sur le traité. Les arguments avancés par le Tribunal sont, de l'avis du présent Tribunal, plus que convaincants. Ces arguments peuvent être résumés de la manière suivante.

72. Tout d'abord, l'article 11 se réfère aux engagements en général, pas seulement aux engagements contractuels. De ce fait, si l'on considère qu'il élève les réclamations contractuelles au rang de réclamations fondées sur le traité, il en résulte inévitablement que toutes les réclamations fondées sur l'un quelconque des engagements, législatif, administratif ou résultant d'un acte unilatéral quelconque de l'État ou de ses entités ou subdivisions, doivent être considérées comme des réclamations fondées sur le Traité. En premier lieu, textuellement, l'article 11 est très loin de dire ce que la demanderesse soutient qu'il signifie. Les engagements dont l'observation doit être assurée à tout moment par la Partie contractante ne sont pas limités aux engagements *contractuels*. Les engagements auxquels il est fait référence peuvent résulter, par exemple de mesures législatives ou administratives internes ou d'autres mesures unilatérales de la Partie contractante. L'expression assure[r] à tout moment le respect d'un quelconque engagement législatif, administratif ou contractuel ne saurait, selon nous, impliquer nécessairement la création et l'acceptation d'une nouvelle obligation de droit international de la part de la Partie contractante, là où il n'y en avait pas auparavant. De plus, les engagements faisant l'objet de l'article 11 peuvent, sans que cela fasse violence excessive au texte lui-même, être les engagements de l'État lui-même en tant que personne morale ou de toute administration, entité ou collectivité publique, ou de leur représentant légal dont les actes sont, d'après le droit de la responsabilité des États, imputables à l'État lui-même. D'un point de vue purement textuel donc, le champ d'application de l'article 11 du BIT, bien que constitué en tout et pour tout d'une seule phrase, paraît susceptible d'une extension presque infinie. » (*décision*, § 166, souligné par nous).



73. En second lieu et en conséquence, si toute violation d'un engagement quelconque de l'État était une violation du Traité, cela rendrait inutile tous les standards de fond de protection du Traité : « La compréhension de la demanderesse de l'article 11 tend à rendre les articles 3 à 7 du BIT largement superflus. Il n'y aurait aucun besoin véritable de démontrer la violation de ces standards conventionnels de fond si la simple violation d'un contrat, d'une loi ou d'un règlement internes suffisait, en elle-même, à constituer une violation du traité de la part d'une Partie contractante et à engager la responsabilité internationale de la Partie. » (*décision*, § 168).

74. Il y a lieu de préciser cependant, ce qui apporte quelques nuances à sa conclusion, que dans l'affaire *SGS c/ Pakistan* le Tribunal n'exclut pas la possibilité que les États décident de considérer dans un BIT que la moindre violation d'un contrat entre l'État et un investisseur étranger s'analyse en une violation du traité, mais cela doit être spécifié clairement et sans ambiguïté : « Le Tribunal ne prétend pas que les États ne peuvent pas se mettre d'accord dans un BIT pour considérer que toutes les violations de contrats conclus entre l'État et les investisseurs de l'autre État soient aussitôt converties en violations du BIT et traitées comme telles. Ce que souligne le Tribunal est que dans la présente affaire, il n'existe pas de preuve claire et convaincante que tel était, en fait, l'intention de la Suisse et du Pakistan lors de l'adoption de l'article 11 du BIT. » (*décision*, § 173). Ce raisonnement général est très convaincant, si l'on conserve à l'esprit que les termes « contrat » et « obligations contractuelles » n'apparaissent pas même dans la clause dite *umbrella clause*.

75. Il est également bien connu que cette analyse a été fortement critiquée par un autre Tribunal arbitral, présidé par le Dr. El-Kosheri, dans une affaire semblable, *SGS c/ Philippines*, dans la décision sur la compétence du [29 janvier] 2004 qui avait eu à connaître de l'« *umbrella clause* » incluse à l'article X (2) du BIT : « Chacune des Parties contractantes se conformera à toutes ses obligations à l'égard d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur de l'autre Partie contractante. » Là encore, il semble utile de résumer les principales étapes du raisonnement suivi. Tout d'abord, le Tribunal statuant dans l'affaire *SGS c/ Philippines* a effectivement considéré que la disposition générale transformait toute obligation contractuelle en obligation découlant du Traité : « Il utilise le terme obligatoire *shall* de la même façon que dans les dispositions matérielles des articles III à VI. Le terme 'toutes ses obligations' est susceptible de s'appliquer à des obligations découlant du droit interne, par exemple celles qui résultent d'un contrat. (...) Si l'on interprète le texte même de l'article X (2), il semble disposer, et disposer clairement, que chaque Partie contractante devra respecter toutes les obligations juridiques qu'elle a acceptées ou qu'elle acceptera à l'avenir, à l'égard d'investissements spécifiques couverts par le BIT. » (*décision*, § 115, *souligné par nous*). Ensuite, après avoir souligné les différences de rédaction de l'*umbrella clause* de *SGS c/ Pakistan* et de celle de *SGS c/ Philippines*, le Tribunal a critiqué le raisonnement de son prédécesseur et a souligné essentiellement que si elle n'élevait pas les réclamations contractuelles en réclamations nées du traité, l'*umbrella clause* n'aurait pas de sens ajoutant véritablement quelque chose.

76. Le présent Tribunal souhaite souligner que c'est au contraire l'interprétation retenue par la décision *SGS c/ Philippines* qui prive non seulement une disposition isolée du traité de conséquences véritables mais qui rend l'intégralité du traité complètement inutile : en effet, si cette interprétation devait être suivie – la violation de toute obligation d'un État et pas seulement celle d'une obligation contractuelle relative à un investissement serait une violation du traité quelle que soit la source de l'obligation et quel que soit le degré de sérieux de la violation – il suffirait d'inclure une clause dite « *umbrella clause* » et une clause de règlement des différends et aucun autre article fixant les standards de protection des investissements étrangers dans les traités. Si une violation quelconque d'une obligation quelconque de l'État est *ipso facto* une violation du traité, cette violation n'a pas besoin de satisfaire aux standards élevés fixés par le traité en matière de « traitement juste et équitable » ou de « pleine protection et sécurité ». Indépendamment de cette remarque importante, le Tribunal souhaite souligner le fait que des conclusions passablement contradictoires ont été tirées par le tribunal dans l'affaire *SGS c/ Philippines* : entre autres, le Tribunal a affirmé que bien que l'*umbrella clause* transforme les réclamations contractuelles en réclamations sur le fondement du traité, en premier lieu « [elle] ne transforme pas cependant la question de l'étendue ou du contenu de ces obligations en une question de droit international » (*décision*, § 128, *souligné dans l'original*), ce qui signifie que les « réclamations contractuelles / réclamations fondées sur le traité » doivent être appréciées en fonction du droit national du contrat et non des standards du traité et, en second lieu, que l'« *umbrella clause* » ne « supplant[e] [pas] les clauses de règlement des différends spécifiques et exclusives figurant dans le contrat d'investissement lui-même » (*décision*, § 134), ce qui explique que le Tribunal ait suspendu la procédure jusqu'à ce que les « réclamations contractuelles / réclamations fondées sur le traité soient tranchées par les juridictions nationales en application des dispositions relatives au règlement des litiges du contrat » en indiquant que « le Tribunal ne doit pas (...) exercer [sa compétence] à l'égard de réclamations contractuelles lorsque les parties se sont déjà accordées sur la manière de résoudre de telles réclamations et l'ont fait de manière exclusive » (*décision*, § 155). En d'autres termes, le Tribunal affirme qu'une réclamation fondée sur le traité ne devrait pas être analysée en fonction des standards du traité, ce qui semble tout à fait étrange, et qu'il est compétent pour connaître des réclamations contractuelles / réclamations fondées sur le traité mais, dans le même temps, qu'il ne possède pas véritablement cette compétence jusqu'à ce que les réclamations contractuelles soient tranchées. La controverse s'est poursuivie depuis ces deux décisions contradictoires.

77. Certains ont adopté la position *SGS c/ Philippines* mais n'en ont pas tiré les mêmes conséquences. Ainsi dans l'affaire *Eureko c/ Pologne* (sentence partielle du 19 août 2005), le Tribunal, présidé par M. Yves Fortier, a accepté l'idée qu'en raison de l'*umbrella clause* du BIT – l'article 3(5) du BIT disposait que « Chaque Partie Contractante devra respecter toute obligation à laquelle elle pourrait s'être engagée vis-à-vis des investisseurs de l'autre Partie Contractante », la moindre obligation d'un État à l'égard d'un investisseur était protégée par le BIT et pouvait donner lieu à un arbitrage CIRDI. Cette décision a cependant fait l'objet d'une forte opinion dissidente de l'arbitre Rajski, qui

a souligné les conséquences systémiques d'une interprétation large que les « *umbrella clauses* » pouvaient entraîner : « *Il importe d'observer qu'en ouvrant largement la porte à ce que les parties étrangères à des contrats commerciaux conclus avec les sociétés nationales puissent transférer leurs différends d'ordre contractuel de la compétence normale des tribunaux arbitraux commerciaux ou des juridictions nationales aux tribunaux mis en place sur le fondement de Traités, la majorité du présent Tribunal a créé un précédent potentiellement dangereux susceptible de produire des effets négatifs sur le développement ultérieur de la participation des capitaux étrangers dans les privatisations de sociétés nationales* » (*Opinion dissidente*, § 11). Dans l'affaire *Noble Ventures c/ Roumanie* [sentence du 12 octobre 2005], le Tribunal, présidé par le Professeur Böckstiegel, a suivi cette ligne de raisonnement, en affirmant de manière générale qu'une « *umbrella clause* est généralement comprise comme une disposition qui transforme des obligations de droit interne en obligations directement reconnues par le droit international » (*sentence*, § 53). Le Tribunal, bien qu'il considère que l'*umbrella clause* soit une exception au « principe bien établi du droit international général selon lequel, dans des circonstances normales, la violation d'un contrat n'engage pas à elle seule la responsabilité internationale d'un État », n'a certainement pas interprété cette clause restrictivement, comme doivent l'être les exceptions, bien qu'il ait mentionné la nécessité théorique d'adopter une telle interprétation lorsqu'il a affirmé : « comme toute exception à des règles générales de droit établies, l'identification d'une disposition comme étant une *umbrella clause* ne peut résulter que d'une interprétation stricte, sinon restrictive, des termes utilisés » (*sentence*, § 55). Pour reprendre les termes utilisés par le Tribunal dans l'affaire *Noble Ventures c/Roumanie*, la violation d'un contrat étant assimilée par l'*umbrella clause* à une violation du traité, il se trouve « internationalisé » (*sentence*, § 4). À nouveau, le problème que rencontre un tel raisonnement, selon le présent Tribunal, est que, par une conséquence nécessaire, *tous les engagements de droit interne* se trouvent nécessairement également « *internationalisés* » puisque l'« *umbrella clause* » ne distingue pas en fonction des obligations ; elle se réfère à une obligation « *quelconque* » et pas spécifiquement aux allégations *contractuelles*, les conséquences étant que la division entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique international s'en trouve complètement brouillée. Un des arguments présentés par le Tribunal CIRDI dans l'affaire *Noble Ventures* est que la théorie de « l'élévation » a été dictée par l'objet et le but du traité et qu'« [u]ne interprétation contraire conduirait à priver l'investisseur de toute voie de droit garantie par le droit international à propos des contrats d'investissements conclus avec l'État d'accueil » (*sentence*, § 52). Selon le présent Tribunal, ce n'est pas une bonne raison et l'on peut expliquer pourquoi. Ou bien l'investisseur étranger a un contrat commercial avec une entité étatique autonome ou il a un accord d'investissement avec l'État dans lequel figurent certaines « clauses exorbitantes du droit commun ». Dans les deux cas, il est plus que probable que l'investisseur aura fait en sorte d'insérer un mécanisme de règlement des différends dans le contrat ; d'ordinaire, dans un contrat purement commercial, ce mécanisme sera l'arbitrage commercial ou les juridictions nationales, alors que dans un accord d'investissement, il s'agira généralement d'un mécanisme d'arbitrage international tel que le CIRDI. En d'autres

termes, dans ce qu'on appelle les contrats d'État, il existe généralement une « voie de droit garantie par le droit international » alors que dans les contrats purement commerciaux régis par le droit interne, il n'y a pas de raison pour qu'un tel mécanisme soit disponible, comme l'a relevé le juge Schwebel lorsqu'il a dit qu'« *il est généralement admis que, pour autant qu'il donne accès à ses juridictions, un État n'est directement responsable, au plan international, des actes impliquant des violations contractuelles que lorsque la violation n'est pas une simple violation mais comporte un élément manifestement arbitraire ou délictueux* » (*International Arbitration : Three Salient Problems : Cambridge University Press, 1987, p. 111*).

78. D'autres ont adopté la position *SGS c/ Pakistan*, soit en insistant sur certains aspects spécifiques de l'affaire, soit en présentant une approche générale. Dans l'affaire *Salini c/ Jordanie*, tranchée en 2004 (décision sur la compétence du 29 novembre 2004), le Tribunal, présidé par le Juge Gilbert Guillaume, a répondu par la négative à la question de l'« élévation » des réclamations contractuelles en réclamations sur le fondement du traité en insistant sur la généralité des termes utilisés par la clause dite *umbrella clause* de l'article 2(4)<sup>16</sup>F qui disposait que « *chaque Partie contractante devra mettre en place et maintenir un cadre juridique de nature à garantir aux investisseurs la continuité du traitement juridique, y compris le respect, de bonne foi, de tous les engagements assumés à l'égard de chaque investisseur spécifique* ». Dans l'affaire *Joy Mining c/ Égypte* (sentence du 6 août 2004), le Tribunal présidé par le Professeur Orrego Vicuña a noté qu'une discussion sur les *umbrella clauses* n'était pas nécessaire pour trancher l'affaire mais, « de façon à procéder à certaines clarifications », a pris une position ferme à l'encontre de la transformation de toutes les réclamations contractuelles en réclamations fondées sur le traité dans l'affaire en question : « Dans ce contexte, on ne saurait admettre que l'insertion d'une *umbrella clause* dans le Traité, et encore de manière pas très proéminente, puisse avoir pour effet de transformer tout différend contractuel en un différend relatif à un investissement en application du Traité, à moins bien sûr qu'il y ait une violation claire des droits et obligations nés du Traité ou une violation d'obligations contractuelles d'une telle ampleur qu'elle déclenche la protection du Traité » (§ 81).

79. Selon le présent Tribunal, il est nécessaire de distinguer l'État agissant comme commerçant de l'État agissant comme souverain. Ceci n'est pas nouveau : dans l'affaire précitée *Joy Mining c/ Égypte*, le tribunal CIRDI a affirmé : « Une distinction générale élémentaire peut être cependant faite entre les aspects commerciaux d'un différend et d'autres aspects impliquant l'existence d'une forme quelconque d'interférence de l'État avec le déroulement du contrat en cause » (*décision*, § 72). La même approche a été adoptée par le Comité *ad hoc* présidé par M. Yves Fortier dans l'affaire *Vivendi II* où une distinction entre les réclamations commerciales et les réclamations sur le fondement du traité a clairement été établie : « la détermination de l'existence d'une violation du BIT et celle

<sup>16</sup> « Le Tribunal observe que l'article 2(4) du Traité entre l'Italie et la Jordanie est rédigé en des termes très différents de ceux des dispositions appliqués dans les décisions et sentences citées par les parties. » (*décision sur la compétence*, § 126).

d'un manquement au contrat sont deux questions distinctes. Chacune d'elles sera déterminée par application du droit qui lui est applicable – dans le cas du BIT, le droit international ; dans le cas du contrat de concession, le droit applicable au contrat, en d'autres termes, le droit de la Province de Tucumán. Par exemple, dans le cas d'une demande fondée sur un traité, les règles d'imputabilité du droit international s'appliquent, avec pour conséquence que l'État argentin est internationalement responsable du fait de ses autorités provinciales. En revanche, l'État argentin n'a pas à répondre de l'exécution des contrats conclus par la Province de Tucumán, dotée, selon son droit, d'une personnalité juridique séparée et qui est responsable de l'exécution de ses propres contrats. » (*Vivendi c/ République argentine, décision sur la demande d'annulation du 3 juillet 2002, § 96*).

80. L'idée que c'est essentiellement de l'État agissant en tant que souverain que les investisseurs étrangers ont besoin d'être protégés par l'existence d'un arbitrage international est confirmée, selon le Tribunal, par le texte du nouveau traité-type de 2004 des États-Unis qui n'élève clairement au rang de réclamations fondées sur le traité que les réclamations contractuelles découlant d'un contrat d'investissement *stricto sensu*, c'est-à-dire d'un accord dans lequel l'État apparaît en tant que souverain, et non de tous les contrats signés avec l'État ou ses entités, comme cela résulte de l'article 24(1)(a).

81. Conscient de la nécessité de distinguer l'État agissant comme commerçant, spécialement lorsqu'il agit à travers ses entités, de l'État agissant en tant que souverain, le Tribunal considère que l'« *umbrella clause* » du Traité conclu entre l'Argentine et les USA selon lequel « [c]haque Partie devra respecter toute obligation à laquelle elle pourrait être engagée en relation avec des investissements », peut être interprétée à la lumière de l'article VII(1) qui inclut clairement au rang des différends relatifs aux investissements couverts par le Traité tout différend résultant d'une violation d'un engagement donné par l'État agissant en tant que souverain, que ce soit par un accord, une autorisation ou par le BIT : « *an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company ; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority (if any such authorization exists) ; or, (c) an alleged breach of any right conferred and created by this Treaty with respect to an investment.* » Interprété de la sorte, l'*umbrella clause* de l'article II du BIT, lue conjointement avec l'article VII, n'étend pas la protection du Traité aux violations d'un contrat commercial ordinaire conclu par l'État ou une entité étatique mais couvre les protections supplémentaires contractuellement acceptées par l'État agissant en tant que souverain – comme une clause de stabilisation – insérée dans l'accord d'investissement.

82. En conclusion, selon le présent Tribunal, suivant les importants précédents posés par les tribunaux présidés par le Juge Feliciano, le Juge Guillaume et le Professeur Orrego Vicuña, une *umbrella clause* ne peut pas transformer toute réclamation contractuelle en une réclamation fondée sur le traité, ce qui impliquerait nécessairement que tout engagement de l'État relatif à un investissement, même le plus mineur, soit transformé en réclamation fondée sur le

traité. Ces conséquences extrêmes d'une interprétation large de l'*umbrella clause*, très pernicieuse pour la distinction entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique international, ont bien été comprises et expliquées par le premier tribunal qui a eu à connaître de l'« *umbrella clause* » dans l'affaire *SGS c/ Pakistan* et qui a insisté sur les problèmes théoriques rencontrés. Il serait curieux en effet que l'acceptation d'un BIT entraîne une responsabilité internationale de l'État allant bien plus loin que l'obligation de respecter les standards de protection des investissements étrangers inclus dans le traité en le rendant responsable de toute violation de tout engagement en droit interne ou international « relatif à un investissement ». Un spécialiste bien connu du CIRDI, Christoph Schreuer, a décrit de manière frappante ce que quelques unes des conséquences pratiques d'une interprétation large des *umbrella clauses* pourraient être : « *Des problèmes pourraient se rencontrer si des investisseurs devaient utiliser les umbrella clauses pour des différends mineurs. Il ne peut être la fonction d'une umbrella clause de transformer le moindre désaccord d'un contrat en une question pour laquelle l'arbitrage international est disponible [mais, selon le présent Tribunal, ce serait le cas avec une interprétation large de l'umbrella clause]. Par exemple, un petit retard d'un paiement dû à l'investisseur et l'intérêt résultant de ce retard justifierait difficilement un arbitrage sur le fondement d'un BIT [mais, selon le Tribunal, rien n'empêcherait un tel arbitrage si une interprétation large des umbrella clauses était retenue]. De même, un différend avec un État relatif à un contrat de bail accessoire à l'investissement ne serait pas un fondement approprié pour le déclenchement d'une procédure arbitrale [mais, selon le présent Tribunal, le déclenchement d'une telle procédure serait possible avec une interprétation large de l'umbrella clause]. Il reste à espérer que les investisseurs n'invoqueront les umbrella clauses qu'avec toute la réserve appropriée* » (*Travelling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road : Journal of World Investment and Trade, vol. 5, 2004, p. 255*). Le présent Tribunal a la ferme conviction que les investisseurs ne feront pas preuve de la réserve appropriée – et pourquoi le feraient-ils ? – si les tribunaux CIRDI leur offrent des voies de droit inattendues. C'est aux tribunaux CIRDI qu'incombe la responsabilité de faire preuve de la réserve appropriée.

83. Comment cela s'applique-t-il dans la présente affaire ? Les deux parties ont discuté de l'« *umbrella clause* » figurant à l'article II(2)(c) du Traité USA-Argentine qui, ainsi qu'on l'a indiqué, dispose que « *Chaque Partie devra respecter toute obligation à laquelle elle pourrait s'être engagée en relation avec des investissements* ». Les positions des parties sont contradictoires sur l'interprétation de la clause dite *umbrella clause*. D'un côté, « *la République argentine affirme que la meilleure interprétation des réclamations contractuelles en application d'un BIT avec umbrella clause est l'interprétation retenue par le tribunal statuant dans l'affaire SGS c/ Pakistan qui a retenu plusieurs raisons pour lesquelles des réclamations contractuelles ne peuvent être soumises à l'arbitrage international* » (*Mémoire sur la compétence, § 71*). D'un autre côté, la demanderesse considère que : « *cette disposition place les contrats entre l'État d'accueil et l'investisseur aussi bien que les autres engagements pris par l'État d'accueil sous la protection du BIT USA-Argentine. Il ajoute aux standards de fond du BIT USA-Argentine le respect des contrats et des autres obligations que l'État*

*d'accueil a souscrites à l'égard d'un investissement spécifique. Il en résulte qu'une violation du contrat est une violation de l'article II(2)(c) du BIT USA-Argentine » (Réplique sur la compétence, § 83).*

84. Selon le Tribunal, l'*umbrella clause* n'étend pas la compétence du Tribunal à toute réclamation contractuelle que les demanderesse pourraient présenter comme découlant seulement de la violation d'un contrat entre l'investisseur et l'Argentine ou une entité publique autonome de l'État argentin. De plus, selon le Tribunal, il est particulièrement clair que l'*umbrella clause* ne s'étend pas à une réclamation contractuelle quelconque lorsque cette réclamation ne repose pas sur une violation des standards de protection du BIT, que sont le traitement national, la clause de la nation la plus favorisée, le traitement juste et équitable, la pleine protection et sécurité, la protection contre les mesures arbitraires ou discriminatoires, la protection contre l'expropriation ou la nationalisation, directe ou indirecte, à moins que certaines conditions ne soient satisfaites. Cependant, il n'y a aucun doute sur le fait que si l'État interfère avec des droits contractuels par un acte unilatéral, que ces droits découlent d'un contrat conclu par l'investisseur avec une partie privée, une entité publique autonome de l'État ou l'État lui-même, de telle manière que l'action de l'État peut être analysée en une violation des standards de protection prévus par le traité, le tribunal établi sur le fondement du traité est compétent pour connaître de toutes les réclamations de l'investisseur étranger, y compris les réclamations nées de la violation de ses droits contractuels. De plus, l'article II, lu conjointement avec l'article VII(1), considère également comme réclamations sur le fondement du Traité les violations d'un accord d'investissement conclu entre l'Argentine et un national ou une société des États-Unis.

85. En d'autres termes, le Tribunal, qui adopte l'interprétation retenue en premier lieu de l'*umbrella clause* dans la décision *SGS c/ Pakistan*, confirme ce qui a été indiqué ci-dessus (§ 65), à savoir qu'il est compétent pour

connaître des réclamations fondées sur le Traité et qu'il ne peut connaître de réclamations purement contractuelles qui ne s'analysent pas en des violations des standards de protection du BIT. Il ajoute qu'au vu de l'article VII(1) du Traité USA-Argentine, une violation d'un accord d'investissement conclu par l'État en qualité de souverain et un ressortissant ou une société des États-Unis est réputée être également une violation du Traité et pouvoir donner lieu à une réclamation sur le fondement du Traité.

86. La réponse à la question soulevée ci-dessus (§ 66) de savoir si l'existence d'une clause dite *umbrella clause* modifie la conclusion provisoire du Tribunal selon laquelle il n'a aucune compétence à l'égard des réclamations purement contractuelles et qu'il ne peut connaître que des réclamations sur le fondement du Traité est clairement négative. En effet, le Tribunal n'est compétent qu'à l'égard des réclamations fondées sur le Traité, qui incluent, en vertu du texte de l'article VII(1), les réclamations fondées sur la violation d'un accord d'investissement conclu par l'investisseur étranger et l'État agissant en qualité de souverain.

87. La répartition des différentes réclamations de la demanderesse entre ces deux catégories – les réclamations purement contractuelles qui échappent à la compétence du Tribunal et les réclamations contractuelles qui s'analysent en réclamations fondées sur le Traité et qui relèvent de sa compétence – sera naturellement opérée lorsqu'il sera traité du fond mais il était nécessaire, pour le Tribunal, de déterminer le champ théorique de sa compétence lors de la phase de compétence.

88. Pour les motifs exposés ci-dessus, le Tribunal estime que le différend qui lui est soumis est un différend « *de nature juridique* » au sens de l'article 25(1) de la Convention de Washington. En conséquence, il rejette l'objection d'incompétence avancée par la défenderesse au motif qu'il n'existerait pas de différend d'ordre juridique.

---

**Document 6 – Affaire *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/1, 3 octobre 2006 (Extraits)**

169. Article II(2)(c) of the Treaty provides that “[e]ach party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”

170. Such clause, referred to as an “umbrella clause,” is a general provision included in a fairly large number of bilateral treaties that creates a requirement for the host State to meet its obligations towards foreign investors, including those that derive from a contract. Hence such obligations receive extra protection by virtue of their consideration under the bilateral treaty.

171. In many cases it has been considered that the umbrella clause is activated not by obligations set forth in municipal law, but in contracts between the State and the investor. Several of those tribunals have concluded that the breach of a contractual obligation in a contract between the State and the investor gives rise to a claim under the umbrella clause.

172. The issue for the Tribunal's consideration is whether the provisions of the Gas Law and its implementing regulations constitute (i) “obligations” (ii) “with regard to”

LG&E's capacity as a foreign investor (iii) with respect to its “investment,” such that abrogation of the guarantees set forth in the Gas Law and its implementing regulations give rise to a violation of the Treaty.

173. In this case, it will be necessary to establish whether LG&E's claims fall under the umbrella clause's protection.

174. In order to determine the applicability of the umbrella clause, the Tribunal should establish if by virtue of the provisions of the Gas Law and its regulations, the Argentine State has assumed international obligations with respect to LG&E and its investment. To this end, it is necessary to remember that the provisions of the Gas Law and its regulation fixed and regulated the tariff scheme ensuring the value of Claimants' investment; that the purpose of Claimants' investment was to increase the value of its shares in the Licensees through a fragile balanced management of profits and costs, represented by the tariffs fixed by Argentina in light of the already mentioned Gas Law and its regulation. In view of the statements above, the Tribunal concludes that these provisions were not legal obligations of

a general nature. On the contrary, they were very specific in relation to LG&E's investment in Argentina, so that their abrogation would be a violation of the umbrella clause.

175. As such, Argentina's abrogation of the guarantees under the statutory framework — calculation of the tariffs in dollars before conversion to pesos, semi-annual tariff adjustments by the PPI and no price controls without indemnification — violated its obligations to Claimants' investments. Argentina made these specific obligations to foreign investors, such as LG&E, by enacting the Gas Law

and other regulations, and then advertising these guarantees in the Offering Memorandum to induce the entry of foreign capital to fund the privatization program in its public service sector. These laws and regulations became obligations within the meaning of Article II(2)(c), by virtue of targeting foreign investors and applying specifically to their investments, that gave rise to liability under the umbrella clause.

---

**Document 7 – Affaire CMS Gas Transmission Company c. Argentine, CIRDI n° ARB/01/8, décision d'annulation, 25 septembre 2007 (Extraits)**

**F. The Umbrella Clause**

**(a) The Award**

86. The Tribunal first recalled that according to CMS, the BIT had been breached by Argentina under Article II(2)(c) of the Treaty, which provides that each party “shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments” (the so called “umbrella clause”). The Tribunal stated that it “will not discuss the jurisdictional aspects involved in the Respondent's argument, as these were dealt with in the decision on jurisdiction.” It went on to decide that “the obligation under the umbrella clause of Article II(2)(c) of the Treaty had not been observed by the Respondent to the extent that legal and contractual obligations pertinent to the investment have been breached and have resulted in the violation of the standards of protection under the Treaty.”

**(b) The Parties' submissions**

87. Argentina submits that neither the Republic of Argentina, nor any of its instrumentalities, assumed any obligation to CMS, apart from the provisions of the 1991 Treaty itself. Therefore CMS could invoke no obligation under Article II(2)(c) of the Treaty. It stresses that nonetheless the Tribunal authorized CMS to claim for a breach of obligations under the umbrella clause in a manifest excess of powers and without giving any reason.

88. CMS submits that it did not claim for breach of TGN's tariffs rights as such, but for breach of the assurances given it as regards the tariff regime resulting from “the legal instruments relating to the gas privatization, including the License” issued to TGN. Those assurances “constituted undertakings that Argentina was bound to observe under the Umbrella Clause.” In the light of findings made in other parts of the award, the Tribunal rightly decided that Argentina did not observe its obligations under that Article. There is no manifest excess of powers and no lack of reasoning.

**(c) The Committee's view**

89. Article II(2)(c) of the BIT provides that “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.” It is accepted that by “obligations” is meant legal obligations. Although legitimate expectations might arise by reason of a course of dealing between the investor and the host State, these are not, as such, legal obligations, though they may be relevant to the application of the fair and equitable treatment clause contained in the BIT.

90. CMS stated categorically before the Committee that its claim was not predicated on any Argentine law right of CMS to compliance with the terms of the License.

Moreover, this is in conformity with what the Committee understands to be Argentine law. Under that law, the obligations of Argentina under the License are obligations to TGN, not to CMS, and CMS has no right to enforce them.

91. During the hearings, CMS referred to the possibility that an investor might acquire an international law right to compliance with undertakings with regard to investments. But it finally accepted that this was not the basis of its claim before the Tribunal or of the Tribunal's own reasoning.

92. In the end, CMS relied on a literal interpretation of Article II(2)(c). It contended that Argentina entered into legal obligations under the License, which were obligations “with regard to investments” under that Article. Although CMS was not entitled as a minority shareholder to invoke those obligations of Argentina under Argentine law (not being the obligee), the effect of Article II(2)(c) was to give it standing to invoke them under the BIT.

93. In paragraph 303 of the Award, the Tribunal concluded that “the obligation under the umbrella clause of Article II(2)(c) of the Treaty has not been observed by the Respondent to the extent that legal and contractual obligations pertinent to the investment have been breached and have resulted in the violation of the standards of protection under the Treaty.”

94. It is implicit in this reasoning that the Tribunal may have accepted the interpretation of Article II(2)(c) referred to in paragraph 92 above. But the Tribunal nowhere addressed this point expressly. Instead it repeatedly referred back to the Decision on Jurisdiction of 17 July 2003, where this specific matter was not dealt with at all. Further, the Tribunal's extended discussion of whether CMS had a right to compliance with the terms of the License and of the Argentine Gas Law would have been unnecessary if the basis of its decision was that Article II(2)(c) gave CMS standing to invoke obligations owned to TGN.

95. Moreover there are major difficulties with this broad interpretation of Article II(2)(c).

(a) In speaking of “any obligations it may have entered into with regard to investments”, it seems clear that Article II(2)(c) is concerned with consensual obligations arising independently of the BIT itself (*i.e.* under the law of the host State or possibly under international law). Further they must be specific obligations concerning the investment. They do not cover general requirements imposed by the law of the host State.

(b) Consensual obligations are not entered into *erga omnes* but with regard to particular persons. Similarly the performance of such obligations or requirements occurs with regard to, and as between, obligor and obligee.

(c) The effect of the umbrella clause is not to transform the obligation which is relied on into something else; the content of the obligation is unaffected, as is its proper law. If this is so, it would appear that the *parties* to the obligation (*i.e.*, the persons bound by it and entitled to rely on it) are likewise not changed by reason of the umbrella clause.

(d) The obligation of the State covered by Article II(2)(c) will often be a bilateral obligation, or will be intrinsically linked to obligations of the investment company. Yet a shareholder, though apparently entitled to enforce the company's rights in its own interest, will not be bound by the company's obligations, *e.g.* as to dispute settlement.

(e) If the Tribunal's implicit interpretation is right, then the mechanism in Article 25(2)(b) of the ICSID Convention is unnecessary wherever there is an umbrella clause.

(f) There is no discussion in the award of the *travaux* of the BIT on this point, or of the prior understandings of the proponents of the umbrella clause as to its function.

96. In the end it is quite unclear how the Tribunal arrived at its conclusion that CMS could enforce the obligations of Argentina to TGN. It could have done so by the above interpretation of Article II(2)(c), but in that case one would have expected a discussion of the issues of interpretation referred to above. Or it could have decided that CMS had an Argentine law right to compliance with the obligations, yet CMS claims no such right; and Argentine law appears not to recognize it.

97. In these circumstances there is a significant lacuna in the Award, which makes it impossible for the reader to follow the reasoning on this point. It is not the case that answers to the question raised “can be reasonably inferred from the

terms used in the decision”; they cannot. Accordingly, the Tribunal's finding on Article II(2)(c) must be annulled for failure to state reasons.

98. In these circumstances it is not necessary for the Committee to decide whether it would have been a manifest excess of powers for the Tribunal to decide that Article II(2)(c) allows CMS to enforce the Argentine law rights of TGN.

99. Although the Tribunal's finding of liability must be annulled, it does not follow that the Award as a whole is affected. As the *Vivendi* Annulment Committee found, severable parts of an award which are not themselves annulled will stand, a situation expressly contemplated in Article 52(3) of the ICSID Convention.

100. In the present case the Tribunal's award of damages was made on the basis of independent findings of breach of Article II(2)(a) and (c) of the BIT. Indeed the Tribunal itself noted that “the umbrella clauses invoked by the Claimant do not add anything different to the overall Treaty obligations which the Respondent must meet if the plea of necessity fails.” Thus the Committee's finding on the umbrella clause does not entail the annulment of the Award as a whole. It entails only annulment of the provisions of paragraph 1 of the operative part of the Award under which the Tribunal decided that “[t]he Respondent breached its obligations... to observe the obligations entered into with regard to the investment guaranteed in Article II(2)(c) of the Treaty.”

**BIBLIOGRAPHIE**

DOLZER R., « Indirect expropriation: New developments », *N.Y.U. Env. Law Journal*, 2003, pp.64-93.

FORTIER L., DRYMER S, « Indirect expropriation in the law of international investment : I know it when I see it, or *Caveat Investor* », *ICSID Review – FILJ*, 2004, n° 2, pp. 293-327.

KUNOY (B.), « Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration», *The Journal of World Investment & Trade*, 2005, n° 3, pp. 467-491.

LEBEN (Ch.), « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte », in LEBEN (Ch.) (Dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 163-183.

LEVESQUE (C.), « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *Revue de Droit Public*, 2002, pp. 39-92

MANCIAUX (S.), « "Les mesures équivalentes à une expropriation" dans l'arbitrage international relatif aux investissements », in HORCHANI (F.) (Dir.), *Où va le droit de l'investissement? Désordre normative et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Paris, Pedone, 2006, pp. 73-94.

NEWCOMBE (A.), « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *ICSID Rev. – FILJ*, 2005, n° 1, p. 1-57.

NOUVEL Y., « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *AFDI*, 2002, pp. 79-102.

NOUVEL Y., « L'indemnisation d'une expropriation indirecte » *International Law Forum du droit international*, vol. 5, n° 3, 2003, pp. 198-204

OCDE, *L' "expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement*, Paris, OCDE, septembre 2004, 24 p.

**DOCUMENTS REPRODUITS**

**Document 1** – Affaire *Tippetts*, Tribunal irano-américain, 22 juin 1984 (Extraits)

**Document 2** – Affaire *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006 (Extraits)

**Relire la Résolution 1803 (Séance 1)**

**EXERCICES**

Résoudre le cas pratique ci-joint

## CAS PRATIQUE

Le Tangokistan connaît depuis plusieurs années de graves difficultés économiques et financières. Il supporte ainsi une dette extérieure particulièrement élevée qui le place dans une situation délicate auprès des Etats créanciers.

Afin de remédier à cette situation, le Tangokistan procède depuis 2002 à des réévaluations annuelles de l'ensemble de la fiscalité sur les entreprises. Le niveau des réévaluations est fonction de la santé économique des différents secteurs d'activité visés et l'évolution est faite de sorte qu'elle soit la plus indolore possible. Le Tangokistan ne tient pas à créer de difficultés supplémentaires à la charge des opérateurs privés.

Le secteur pétrolier, le plus prospère du pays en raison de l'entière dépendance des Etats voisins des ressources pétrolières du Tangokistan, subit depuis 2002 les augmentations d'impôts les plus significatives.

L'entreprise Jazzexxon, entreprise incorporée au Hiphopistan, est liée à l'Etat par un contrat de licence d'exploitation des ressources pétrolières du Tangokistan, conclu le 1<sup>er</sup> septembre 1992. Ce contrat de licence prévoit notamment que le Gouvernement n'adoptera pas de modifications de la réglementation fiscale qui aggrave de manière significative les charges pesant sur le cocontractant à la date de signature du présent contrat (article 27 du contrat de licence).

Depuis son établissement au Tangokistan et en particulier depuis ces dernières années, Jazzexxon a vu ses charges fiscales augmenter de manière très importante, rendant son activité de moins en moins rentable. La dernière augmentation fiscale en date du 1<sup>er</sup> janvier 2006 finit par rendre l'impôt global supporté par l'entreprise trop lourd pour cette dernière qui est forcée d'abandonner certains centres de raffinement, dont les coûts de fonctionnement dépassent désormais les recettes tirées de leur activité.

Dans ces conditions et bien que l'entreprise n'ait jamais remis en cause les mesures d'augmentation précédentes tant qu'elles n'affectaient pas substantiellement son activité, Jazzexxon se considère dépossédée d'une partie de son investissement et entend réclamer réparation auprès du Centre International pour le Règlement des Différends en matière d'Investissement.

Le Tangokistan et le Hiphopistan sont liés, depuis le 14 avril 1991, par un traité bilatéral de promotion et de protection réciproques des investissements étrangers.

L'article I<sup>er</sup> de ce traité prévoit que les concessions entrent dans la définition des investissements protégés par le dispositif conventionnel. L'article XVII prévoit quant à lui la compétence du CIRDI pour tout différend né au sujet d'un investissement, entre une Partie contractante et le national de l'autre Partie contractante.

L'article X relatif aux mesures d'expropriation et aux mesures d'effet équivalant prévoit que :

*1. Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement (« expropriation »), sauf :*

- a) pour une raison d'intérêt public;*
- b) sur une base non discriminatoire;*
- c) en conformité avec l'application régulière de la loi ; et*
- d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6.*

*2. L'indemnité devra équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu (« date d'expropriation »), et elle ne tiendra compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. Les critères d'évaluation seront la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, notamment la valeur fiscale déclarée des biens corporels, ainsi que tout autre critère nécessaire au calcul de la juste valeur marchande, selon que de besoin.*

L'article XI contient la disposition suivante :

*Chacune des Parties contractantes assure en permanence le respect de ses engagements à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante.*

### **Questions :**

L'entreprise Jazzexxon vous sollicite afin de préparer le mémoire écrit qu'elle déposera auprès du CIRDI dans la procédure sur le fond. Elle souhaite faire valoir le fait que la série de mesures adoptées par le Tangokistan équivaut à une expropriation rampante lui donnant droit à une indemnisation. Jazzexxon considère également que cette série de mesures constitue une violation des obligations contractuelles et conventionnelles du Tangokistan et que dès lors elle a droit à la *restitutio in integrum* le Tangokistan ayant engagé sa responsabilité.

De quelle manière l'entreprise doit-elle mener son argumentation afin d'obtenir entière satisfaction auprès du Tribunal ?



### III. The Merits

#### 1. The Claim for Deprivation of Property

The TAMS-AFFA partnership was established in August 1975 as a 50/50 partnership. Equal shares of the IR 1,000,000 capital were held by each partner, and TAMS-AFFA was managed by a four-member coordination committee, two members of which were appointed by each partner. Article 6 of the articles of partnership required that any decision by TAMS-AFFA required the consent of at least one member appointed by TAMS and at least one member appointed by AFFA. Authority to sign documents creating obligations for TAMS-AFFA was vested in two persons, one appointed by each partner. The evidence indicates that TAMS-AFFA operated on the prescribed principle of joint control until 1979.

As a consequence of the Iranian revolution, work on the TIA project stopped almost completely in the December 1978 - January 1979 period. Prior to further significant discussions between TAMS-AFFA and the CAO concerning the Future of the TIA project, the Plan and Budget Organization of the Government of Iran on 24 July 1979 appointed a temporary manager for AFFA. The Farmanfarmaian family was one of the fifty-one individuals or families whose enterprises were placed under Government management pursuant to Paragraph 15 of the Law for the Protection and Development of Iranian Industry. Although the appointment named only AFFA, there seemed to be more confusion as to whether the new manager was manager only of AFFA or also of TAMS-AFFA. The Official Gazette published the appointment of 11 August 1979, as that of the manager of TAMS-AFFA, and the new manager assumed the right to sign Checks and TAMS-AFFA'S accounts by himself and make personnel and other decisions without consulting TAMS.

During the months of August through November 1979 TAMS representatives in Iran managed to rectify at least partially these violations of the partnership agreement. They restored, for example, the practice of two signatures on Checks, and they obtained the co-operation of the Government-appointed manager in their ultimately successful efforts to be paid some 34 million Iranian rials owed to them by TAMS-AFFA and to obtain permission to convert that sum to dollars for export from Iran to the United States. However, the crises in the relations between the United States and Iran that developed in November 1979 reversed this trend. The last remaining TAMS representative with signature authority apparently left the country in December 1979. TAMS wrote and telexed TAMS-AFFA on several occasions in January and February 1980 concerning

further work on the TIA project but received no responses. After December 1979, TAMS-AFFA ceased all communication with TAMS, neither reporting to it on the Status of the TIA project and TAMS-AFFA's finances nor responding to its letters or telexes. It seems evident from the pleadings filed by TAMS-AFFA in the present case that TAMS-AFFA continues to function, although doubtless at a reduced level of employees and expenditures, and that it is being managed by the Government-appointed successors to the original Government-appointed manager.

In light of these facts, the Tribunal concludes that the Claimant has been subjected to "measures affecting property rights" by being deprived of its property interests in TAMS-AFFA since at least 1 March 1980 and that the Government of Iran is responsible, by virtue of its acts and omissions, for that deprivation. The Claimant is entitled under international law and general principles of law to compensation for the full value of the property of which it was deprived. The Tribunal prefers the term "deprivation" to the term "taking", although they are largely synonymous, because the latter may be understood to imply that the Government has acquired something of value, which is not required.

A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected.

While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral. The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact.

In the present case, the Claimant and the Government-appointed manager of TAMS-AFFA managed to cooperate sufficiently well in mid 1979 so that such appointment could not by itself in this case be considered an act depriving the Claimant of its property. However, the developments of late 1979 and early 1980, particularly the complete absence of answers to letters and telexes and of any communication from TAMS-AFFA to the Claimant, effectively ended such cooperation and deprived the Claimant of its property interests in TAMS-AFFA. If any doubt remained about this question in early 1980, it has been removed by the absence of new developments and the passage of time.

#### D. Considerations on Indirect Expropriation

[...]

185. In order to establish the sustainability of an indirect expropriation, the Tribunal must define the concept. Generally, bilateral treaties do not define what constitutes an expropriation –they just make an express reference to “expropriation” and add the language “any other action that has equivalent effects.” Likewise, Article IV of the Bilateral Treaty does not define the term “expropriation” and does not establish which measures, actions or conduct would constitute acts “tantamount to expropriation.” Therefore, the Tribunal shall look to international law in determining the relevant criteria for evaluating this claim.

186. A State may, at its discretion, under Article IV of the Bilateral Treaty and in accordance with general principles of international law, make use of its sovereign power to expropriate private property with the purpose of satisfying a public interest. However, expropriation in any of its modalities requires due process and compensation under international law.

187. Although in scholarly authority two kinds of expropriation are known, we will obviously skip the direct one, understood as the forcible appropriation by the State of the tangible or intangible property of individuals by means of administrative or legislative action. The parties admit that the claim at issue does not involve a direct expropriation. In the case of the Argentine Republic, one could not say that it appropriated Claimants’ investment, which is the indispensable requirement if one is to talk of direct expropriation. Instead, we shall limit ourselves to the assumption of the indirect expropriation, one qualified by the Bilateral Treaty itself as “measures tantamount to expropriation.”

188. Generally, the expression “equivalent to expropriation” or “tantamount to expropriation” found in most bilateral treaties, may refer both, to the so-called “creeping expropriation” and to the *de facto* expropriation. Their common point rests in the fact that the host State’s actions or conduct do not involve “overt taking” but the taking occurs when governmental measures have “effectively neutralize[d] the benefit of property of the foreign owner.”<sup>51</sup> Ownership or enjoyment can be said to be “neutralized” where a party no longer is in control of the investment, or where it cannot direct the day-to-day operations of the investment. As to the differences, it is usual to say that indirect expropriation may show itself in a gradual or growing form —creeping expropriation— or through a sole and unique action, or through actions being quite close in time or simultaneous —*de facto* expropriation.

189. In order to establish whether State measures constitute expropriation under Article IV(1) of the Bilateral Treaty, the Tribunal must balance two competing interests: the degree of the measure’s interference with the right of ownership and the power of the State to adopt its policies.

190. In evaluating the degree of the measure’s interference with the investor’s right of ownership, one must analyze the measure’s economic impact – its interference with the investor’s reasonable expectations – and the measure’s duration.

191. In considering the severity of the economic impact, the analysis focuses on whether the economic impact unleashed

by the measure adopted by the host State was sufficiently severe as to generate the need for compensation due to expropriation. In many arbitral decisions, the compensation has been denied when it has not affected all or almost all the investment’s economic value. Interference with the investment’s ability to carry on its business is not satisfied where the investment continues to operate, even if profits are diminished. The impact must be substantial in order that compensation may be claimed for the expropriation.

192. The tribunal in *Tecmed* required a finding that Claimant had been “radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto –such as the income or benefits related to the [investment...]- had ceased to exist.”<sup>54</sup> In other words, if due to the actions of the Respondent, the assets involved have lost their value or economic use for the Claimants and the extent of the loss.

193. Similarly, one must consider the duration of the measure as it relates to the degree of interference with the investor’s ownership rights. Generally, the expropriation must be permanent, that is to say, it cannot have a temporary nature, unless the investment’s successful development depends on the realization of certain activities at specific moments that may not endure variations.

194. There is no doubt that the facts relating to the severity of the changes on the legal status and the practical impact endured by the investors in this case, as well as the possibility of enjoying the right of ownership and use of the investment are decisive in establishing whether an indirect expropriation is said to have occurred. The question remains as to whether one should only take into account the effects produced by the measure or if one should consider also the context within which a measure was adopted and the host State’s purpose. It is this Tribunal’s opinion that there must be a balance in the analysis both of the causes and the effects of a measure in order that one may qualify a measure as being of an expropriatory nature. It is important not to confound the State’s right to adopt policies with its power to take an expropriatory measure. “This determination is important because it is one of the main elements to distinguish, from the perspective of an international tribunal between a regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the state’s police power that entails a decrease in assets or rights, and a *de facto* expropriation that deprives those assets and rights of any real substance.”

195. With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State’s action is obviously disproportionate to the need being addressed. The proportionality to be used when making use of this right was recognized in *Tecmed*, which observed that “whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact, has a key role upon deciding the proportionality.”

196. As is observed by *The American Law Institute’s Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the*

*United States*, “a state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from *bona fide* general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of the states, if it is not discriminatory...”. This criterion was used by the Tribunal of Iran-United States of America claims in the *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*.

197. As was stated in the *Oscar Chinn* affair of 1934, adopted by the Permanent Court of International Justice:

“No enterprise... can escape from the chances and hazards resulting from general economic conditions. Some industries may be able to make large profits during a period of general prosperity, or else by taking advantages of a treaty of commerce or of an alteration in customs duties; but they are also exposed to the danger of ruin or extinction if circumstances change. Where this is the case, no vested rights are violated by the State.”

### **3. Tribunal’s Conclusion**

198. In the circumstances of this case, although the State adopted severe measures that had a certain impact on Claimants’ investment, especially regarding the earnings that the Claimants expected, such measures did not deprive the investors of the right to enjoy their investment. As in *Pope & Talbot*, the true interests at stake here are the investment’s asset base, the value of which has rebounded since the economic crisis of December 2001 and 2002.

199. Further, it cannot be said that Claimants lost control over their shares in the licensees, even though the value of the shares may have fluctuated during the economic crisis, or that they were unable to direct the day-to-day operations of the licensees in a manner different than before the measures were implemented.

200. Thus, the effect of the Argentine State’s actions has not been permanent on the value of the Claimants’ shares’, and Claimants’ investment has not ceased to exist. Without a permanent, severe deprivation of LG&E’s rights with regard to its investment, or almost complete deprivation of the value of LG&E’s investment, the Tribunal concludes that these circumstances do not constitute expropriation.

**BIBLIOGRAPHIE**

JUILLARD P., « Le « suivi » des instruments O.C.D.E. du 21 juin 1976 (déclaration et décisions sur l'investissement international et les entreprises multinationales) », in *L'effectivité des organisations internationales : Mécanismes de suivi et de contrôle* (dir. H. Ruiz Fabri, L.-A. Sicilianos, J.-M. Sorel), Athènes – Paris, A. N. Sakkoulas – A. Pedone, 2000, pp.181-196.

LIBERTI L., « Investissements et droit de l'homme », in Ph. Kahn et Th. Wälde (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff, 2007, Chapitre 16, pp. 791-852

REASCHKE-KESSLER, H., « Corrupt Practices in the Foreign Investment Context: Contractual and Procedural Aspects », in Horn/Kröll (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Studies in Transnational Economic Law, 2004, p. 471 et s.

**DOCUMENTS REPRODUITS**

**Document 1** – Affaire *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, CIRDI n° ARB/03/26, 2 août 2006 (Extraits)

**Document 2** – Affaire *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, CIRDI n° ARB/00/7, 4 octobre 2006 (Extraits)

**Document 3** – Affaire *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, CIRDI n° ARB/03/25, 16 août 2007 (Extraits)

**Document 4** – Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 1999 (Extraits).

**Document 5** – Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2000 (Extraits).

**Document 6** – Ian TAYLOR, *China and Africa: The Real Barriers to Win-Win*, 9 mars 2007, <[www.fpif.org](http://www.fpif.org)>.

**Document 7** – Ester PAN, *China, Africa, and Oil*, 26 janvier 2007, <[www.cfr.org](http://www.cfr.org)> (Council on Foreign Relations).

**EXERCICES**

Résoudre le cas pratique ci-joint.

## CAS PRATIQUE

La société française Bakchich S.A. conclut un contrat d'investissement pour la construction d'une autoroute avec le gouvernement du Kargistan. Afin d'accélérer la conclusion du contrat, le dirigeant de la société a invité le ministre des transports kargistanien à passer des vacances dans sa villa au bord de mer à Saint-Tropez. A cette occasion, il lui a fait cadeau d'un yacht qui fut payé en ayant recours à des fonds spéciaux « représentation » de la société. Après la mise en service de l'autoroute, le nouveau gouvernement du Karkistan refuse de transférer les redevances dues à la société Bakchich S.A. selon les termes du contrat au motif que celui-ci serait contraire à la législation nationale anti-corruption kargistanienne ainsi qu'à « l'ordre public international ». Le gouvernement fait en outre valoir que lors de la construction de l'autoroute, les employés kargistaniens furent traités de façon inhumaine, notamment en ce qui concerne les heures de travail excessives et l'alimentation insuffisante.

La société Bakchich vous demande si elle peut saisir un tribunal arbitral CIRDI sur la base du TBI franco-kargistanien afin d'obtenir le versement des sommes qui lui sont dues en vertu du contrat d'investissement. L'article 2 du TBI franco-kargistanien dispose que « les investissements étrangers seront admis et encouragés conformément aux législations nationales des Etats signataires ». La société vous demande en outre si elle peut récupérer le yacht mouillé au port de Saint-Tropez sur lequel l'ancien ministre des transports kargistanien passe désormais sa retraite.

## Document 1 – Affaire *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, CIRDI n° ARB/03/26, 2 août 2006 (Extraits)

192. In the identification of the will of the Contracting States of the **Agreement**, the *travaux préparatoires* shed light on the intent of the Republic of **El Salvador** and the Kingdom of Spain. In this regard, this Tribunal considers relevant the indications contained in the communications exchanged between **El Salvador** and Spain days before the entry into force of the **Agreement**. In one of these communications, **El Salvador** made certain observations to Spain about the draft text of the **Agreement**. We transcribe below from this letter the following:

“THE MINISTRY OF FOREIGN RELATIONS OF EL SALVADOR sincerely greets the Honorable Embassy of the Kingdom of Spain, in reference to the draft Agreement for the Reciprocal Protection of investments between the Government of Spain and the Government of El Salvador. THE MINISTRY OF FOREIGN RELATIONS most respectfully brings to the attention of this Honorable Embassy the observations of the Government of El Salvador in connection with said draft, which are listed below:

[...] II.- Add to the end of sub-paragraph 5 on the designation of “investments,” in paragraph 2 of Article 1, the following language: “...in accordance with the laws in force in each of the Contracting Parties” [...].<sup>52</sup>

193. The above quote clearly indicates that **El Salvador** had, from the beginning of the negotiations, the intent to limit the protection of the **Agreement** it was about to sign only to investments made in accordance with its laws. Furthermore, it is clear that, by said communication, **El Salvador** tried to include this limitation to its consent in the definition of “*investment*.” [...]

253. The acts committed by **Inceysa** during the bidding process are in violation of the legal principle that prohibits **unlawful enrichment**.

254. The written legal systems of the nations governed by the Civil Law system recognize that, when the cause of the increase in the assets of a certain person is illegal, such enrichment must be sanctioned by preventing its consummation.

255. Applying the principle discussed above to the case at hand, we note that **Inceysa** resorted to fraud to obtain a benefit that it would not have otherwise obtained. Thus, through actions that violate the legal principles stated above, **Inceysa** tried to enrich itself, signing an administrative contract with MARN, which, without any doubt, would produce considerable profit for it.

256. The clear evidence that proves the violations listed in chapter IV of this award leads this Tribunal to decide that an interpretation that would grant **BIT** protection to **Inceysa's** illegal investment would favor its unlawful enrichment, which no tribunal constituted according to the Agreement can do.

257. In conclusion, the Tribunal considers that, because **Inceysa's** investment was made in a manner that was clearly illegal, it is not included within the scope of consent expressed by Spain and the Republic of **El Salvador** in the **BIT** and, consequently, the disputes arising from it are not subject to the jurisdiction of the Centre. Therefore, this Arbitral Tribunal declares itself incompetent to hear the dispute brought before it.

---

## Document 2 – Affaire *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, CIRDI n° ARB/00/7, 4 octobre 2006 (Extraits)

### B The Consequences of the Bribe

137. Kenya submits that as a matter of international public policy, as well as Kenyan and English law, the 1989 Agreement thus obtained “does not have force of law” and that World Duty Free's claims must therefore be dismissed.

#### 1. International Public Policy

138. The concept of public policy (“ordre public”) is rooted in most, if not all, legal systems. Violation of the enforcing State's public policy is grounds for refusing recognition or enforcement of foreign judgments and awards. The principle is enshrined in Article V.2 of the New York Convention of 10 June 1958 and Article 36 of the UNCITRAL Model Law recommended by the General Assembly of the United Nations on 11 December 1985. In this respect, a number of legislatures and courts have decided that a narrow concept of public policy should apply to foreign awards. This narrow concept is often referred to as “international public policy” (“ordre public international”). Although this name suggests that it is in some way a supra-national principle, it is in fact no more than domestic public policy applied to foreign awards and its content and application remains subjective to each State.

139. The term “international public policy”, however, is sometimes used with another meaning, signifying an international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora. It has been proposed to cover that concept in referring to “transnational public policy” or “truly international public policy” (see, for example, P. Lalive — “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, *ICCA Congress Series n°3*, 1986 p. 257; see also the report of the International Law Association on “International Commercial Arbitration on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, Report of the Seventieth Conference, New Delhi, 2002).

140. Domestic courts generally refer to their own international public policy. One should nonetheless mention some judgments in which reference has been made, in one way or another, to a universal conception of public policy (see, for example, the Milan Court of Appeal decision dated 4 December 1992, reported in (1997) *XXII Yearbook Com. Arb.* 725; the judgment of the Paris Court of Appeal in *European Gas Turbines SA v. Westman International* — 30 September 1993 — *Revue de l'arbitrage* 1994 p. 359; the decision of the Swiss Federal Tribunal in *W. -v- F. and V* dated 30 December 1994 (1995) Bull. ASA 217).

**141.** Arbitral tribunals have more often based their decisions on universal values in using various formulations such as “good morals”, “bonas mores”, “ethics of international trade” or “transnational public policy” (see Abdulhay Sayed — *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* — Kluwer Law International 2004). But it has been rightly stressed that Tribunals must be very cautious in this respect and must carefully check the objective existence of a particular transnational public policy rule in identifying it through international conventions, comparative law and arbitral awards. (See, for example, Emmanuel Gaillard — *Trente ans de Lex Mercatoria* — Pour une application sélective de la méthode des principes généraux de droit — *Journal du droit international* 1995 p. 5).

**142.** In this respect, the Tribunal first notes that bribery or influence peddling, as well as both active and passive corruption, are sanctioned by criminal law in most, if not all, countries. This was the case in Kenya in particular in 1989, under the Kenyan Prevention of Corruption Act of 1956, and is still the case under the Anti-Corruption and Economic Crimes Act of 2003.

**143.** In order to render more effective this general condemnation, a number of international conventions were concluded during the last decade. The first was adopted within the framework of the Organisation of American States on 29 March 1996.<sup>5</sup> A convention on combating the bribery of foreign public officials in international business transactions was then concluded within the Organisation for Economic Cooperation and Development on 21 November 1997.<sup>6</sup> It has thus far been ratified by 36 States. Afterwards, two conventions on corruption—one relating to criminal law and one dealing with civil law—were adopted by the Council of Europe on 27 January 1997 and 4 November 1999. The first has been supplemented by a Protocol of 15 May 2003.<sup>9</sup> Those three instruments are in force. The first has been signed by 45 countries and ratified by 31 countries; the second has been signed by 39 countries and ratified by 25 countries.

**144.** The same trend can be observed in Africa: on 11 July 2003, in Maputo, Mozambique, the Heads of States and Governments of the African Union approved a Convention on Preventing and Combating Corruption<sup>10</sup>, which has been signed by 39 African States (including Kenya) and has already been ratified by 11 of these 39 States. In this Convention, the Member States of the African Union declare themselves “concerned about the negative effects of corruption and impunity on the political, economic, social and cultural stability of African States and its devastating effects on the economic and social development of the African peoples”. They “acknowledge that corruption undermines accountability and transparency in the management of public affairs as well as socioeconomic development in the continent”. Article 4 of the Convention lists the acts of corruption to which it applies and covers in particular “the solicitation or acceptance, directly or indirectly, by a public official or any other person, of any goods of monetary value or other benefit, such as a gift, favour, promise or advantage for himself or herself or for another person or entity, in exchange of any act or omission in the performance of his or her public functions”. Under Article 5 of the Convention, legislative and other measures must be taken to establish such acts as offences.

**145.** For its part, the General Assembly of the United Nations adopted, on 16 December 1996, a Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions. It also established an ad hoc Committee for the

preparation of a convention against corruption. This convention was later finalised and was approved by the General Assembly on 31 October 2003 (Resolution 58/4).<sup>12</sup> It has been signed by 140 States and has already been ratified by 46 States (including Kenya). It entered into force on 14 December 2005. It should be noted that, in this Convention, the State Parties declared themselves “concerned about the seriousness of problems and threats posed by corruption to the stability and security of societies, undermining the institutions and values of democracy, ethical values and justice and jeopardizing sustainable development and the rule of law”. In order “to prevent and combat corruption effectively”, each State party to the Convention must adopt a number of legislative and other measures and it must in particular establish bribery of foreign public officials as a criminal offence (Article 16).

**146.** These various Conventions only bind State parties and do so only from the date States become parties. They deal mainly—and sometimes exclusively—with criminal law. In concluding these Conventions, States have shown their common will to fight corruption, not only through national legislation, as they did before, but also through international cooperation. In doing so, States not only reached a new stage in the fight against corruption, but also solidly confirmed their prior condemnation of it.

**147.** Domestic courts also had occasion to judge that bribery is contrary to public policy. They did so in most cases by referring to their own international public policy. However, there had been some cases in which Courts also referred to transnational public policy. Thus, in the *European Gas Turbines v. Westman* case, the French Court of Appeal of Paris ruled, on 30 September 1993, that “a contract having influence-peddling or bribery as its motives or object is, therefore, contrary to French international public policy as well as to the ethics of international business as conceived by the largest part of the members of the international community (Abdulhay Sayed — *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* — Kluwer Law International — 2004 — page 307).

**148.** A number of arbitral tribunals had to consider cases involving corruption. A first award which has often been commented on was rendered in Paris in 1963 by Judge Lagergren in ICC case n° 1110. In that case, Judge Lagergren had to decide whether an agreement, entered into in 1959 between an undertaking and an Argentine businessman, for the payment to that businessman of a 10% commission for an energy project also covered the sale of equipment by the same undertaking in Argentina in 1958 for a similar project. The arbitrator observed that the commissions to be paid involved enormous amounts of money. He added in para. 20 of the award that: “[a]lthough these commissions were not to be used exclusively for bribes, a very substantial part of them must have been intended for such use. Whether one is taking the point of view of good government or that of commercial ethics it is impossible to close one's eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and to the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress. Such corruption is an international evil; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations.” Then, after having verified that no party had, in that particular case, been enabled “to reap the fruits of his own dishonest conduct by enriching himself at the expense of the other”, Judge Lagergren concluded:

“After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violation of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France, or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realize that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes.”

(See the award in [1994] *Arbitration International* 277, with a note by Dr. J. Gillis Wetter — “Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case n° 1110”).

**149.** Since 1968, a number of Arbitral Tribunals have had to consider other cases of alleged corruption. They either decided that corruption was not established and applied the contract (see ICC case n° 6401 — *Westinghouse and Burns v. National Power Corporation* — Republic of the Philippines — in Mealey's International Arbitration Report — Vol. 7 — (1) 1992; ICC case n° 7664 — *Frontier AG and Brunner Sociedade v. Thomson CSF* — reported in Abdulhay Sayed — *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* — Kluwer Law International — p. 119), or that corruption was proven and refused to apply the contract, referring themselves to international or transnational public policy.

**150.** In ICC case n° 3916 (*Loewe*), which related to the payment of commissions, the arbitrator referred to Judge Lagergren's award and added that: “[m]ême si, dans un certain pays et à une certaine époque, la corruption de fonctionnaires est une méthode généralement acceptée dans les relations d'affaires, on ne peut du point de vue d'une bonne administration ni de celui de la moralité dans les affaires, clore ses yeux devant l'effet destructif de telles pratiques nocives”<sup>13</sup> (see Yves Derains — *Collection of ICC Awards* 1974–1985 — Kluwer 1990 — p. 507–511). The arbitrator concluded that the contract invoked was contrary to both French and Iranian international public policy and to “ce qui est considéré être la moralité dans les affaires internationales”<sup>14</sup> (see *Journal du droit international* — 1984 — p. 934).

**151.** In a similar case (ICC case n° 3913) concerning a commission claimed by a British undertaking, the arbitrator also found that “[c]ette solution n'est pas seulement conforme à l'ordre public français interne, elle résulte également de la conception de l'ordre public international tel que la plupart des nations le reconnaît. Si de telles pratiques ont pu être constatées dans certains pays, il est patent, néanmoins, que la communauté internationale des affaires et la plupart des gouvernements s'opposent à toute pratique corruptrice”<sup>15</sup> (see Yves Derains — *Collection of ICC Awards* — 1974–1985 Kluwer 1990 — p. 497–498; see also *Journal de droit international* 1985 p. 989).

**152.** In *Hilmarton v. OTV*, ICC case n° 5622, the first Arbitral Tribunal decided “[e]n l'occurrence, il n'a toutefois pu ainsi être établi avec certitude l'existence de versements de pots-de-vin”<sup>16</sup>, but that the claimant had performed its activity in

violation of an Algerian law relating to international trade. The arbitrator considered that “la violation d'une telle loi s'inscrivant dans l'ordre public international doit être jugée comme contraire à la notion de bonnes mœurs de l'art. 20 al. 1 CO faisant partie de l'ordre public suisse”<sup>17</sup> (*Revue de l'arbitrage* — 1993 n°2 — p. 334). For this reason, the arbitrator considered the commission contract “nul pour contrariété aux bonnes mœurs”<sup>18</sup> and rejected the application (*Revue de l'arbitrage* — 1993 n°2 — p. 341). The Geneva Court of Justice and the Swiss Federal Tribunal did not share the arbitrator's qualification of the Algerian law and the award was annulled. However, the Courts, the second arbitrator and the English Courts which had later knowledge of the case all admitted—in the words of the Commercial Court in London—that “a finding of fact of corrupt practices”, if established—which it was not in this particular case—“would give rise to obvious public policy considerations” (*OTV v. Hilmarton* [1999] 2 Lloyd's Rep 224).

**153.** In ICC case n° 7047 (*Westacre v. Jugoimport*) which related to the implementation of a “consultancy” contract, the Arbitral Tribunal recognised that legal provisions to fight corruption and bribery are part of the “ordre public international” (Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage 1995 p. 332). This was not denied in the subsequent proceedings with the Swiss Federal Tribunal, the Commercial Court in London and the English Court of Appeal, which in that case left the “issue of illegality by reason of corruption to be determined by the ICC Arbitration” (*Westacre v. Jugoimport* — [1998] 2 Lloyd's Rep. 131).

**154.** In ICC case n° 7664 (*Frontier AG and Brunner Sociedade v. Thomson CSF*), the Arbitral Tribunal decided that “un contrat ayant pour cause et pour objet l'exercice d'un trafic d'influence par le versement de pots-de-vin est [...] contraire à l'ordre public international français ainsi qu'à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des Etats de la communauté internationale”<sup>19</sup> (Abdulhay Sayed — *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* — Kluwer Law International 2004 p. 307 — note 947).

**155.** Finally, in ICC case n° 8891 the Arbitral Tribunal stated that: “[s]ur la base des considerations qui précèdent, le tribunal arbitral estime qu'un contrat incitant ou favorisant la corruption des fonctionnaires est contraire à l'ordre public transnational et que, si tel s'avère être l'objet du contrat de consultance, il n'a d'autre option que d'en constater la nullité” (*Journal du droit international* (2000 p. 1080).

**156.** The Tribunal notes that, in some of these cases, it was alleged that corruption is widespread either within the purchasing country or in the particular sector of activity. However, all arbitral tribunals concluded that such facts do not alter in any way the legal consequences dictated by the prohibition of corruption (see ICC case n° 1110 paras.19–20; ICC case n° 3916, Yves Derains — *Collection of ICC awards* 1974–1985 — Kluwer 1990 — p. 509; ICC case n° 8891 — *Journal du droit international* 2000 n°4 p. 1083). They recognised that in some countries or sectors of activities, corruption is a common practice without which the award of a contract is difficult—or even impossible—but they always refused to condone such practices. The present Tribunal agrees with such conclusion.

**157.** In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public



policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal.

## 2. English and Kenyan Law

**158.** The Tribunal now turns to the applicable laws chosen by the Parties in their Agreement of 27th April 1989, as required by Article 42(1) of the ICSID Convention. As already recorded above, Article 9(2)(c) of this Agreement provides that “any arbitral tribunal constituted pursuant to this Agreement shall apply English law”; and Article 10(A) provides that “This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the law of Kenya”.

**159.** As an express choice of applicable law to their contractual relations, these two provisions are perhaps awkwardly worded. For present purposes, however, no practical difficulty arises from their apparent inconsistency. By Section 2 of the Kenyan Law of Contract Act 1961, the common law of England relating to contract applies in Kenya, save as modified by (inter alia) Kenya's written laws; and further, as was confirmed by Mr Robertson for the Claimant at the hearing in June 2004, there is no material difference on the specific points at issue between the position at common law in England and Kenya: see the Transcript for 30th June 2004, pp. 12–13. Moreover the Tribunal considers the two legal systems to have the same material effect as applied to this case (save where expressly indicated below).

**160.** It is appropriate to start with English law. The content of the general principles at English common law is not materially at issue between the Parties. It therefore suffices for present purposes to cite two statements of general principle, the first relating to the “procedural” issue of public policy and the second to the “substantive” contractual issue of avoidance.

**161. Public Policy — General Principles:** As to the first, in *Chitty on Contracts*, Volume 1 at paragraph 17-007 (28<sup>th</sup> edition, cited by Kenya as the leading English treatise), the editors express the English common law principles in regard to public policy as follows (with footnotes here omitted):

“Illegality may affect a contract in a number of ways but it is traditional to distinguish between (1) illegality as to formation and (2) illegality as to performance ...”

“Where a contract is illegal as formed, ..., the courts will not enforce the contract, or provide any other remedies arising out of the contract. The benefit of the public, and not the advantage of the defendant, being the principle upon which a contract may be impeached on account of such illegality, the objection may be taken by either of the parties to the contract. ‘The principle of public policy’, said Lord Mansfield, ‘is this: *ex dolo malo non oritur actio*. No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise *ex turpi causa*, or the transgression of a positive law of this country, there the court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the court goes; not for the sake of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff. So if the plaintiff and the defendant were to change sides, and the defendant were to bring his action against the plaintiff, the latter would then have the advantage of it; for where both are equally at fault, *potior est conditio defendentis*.’ The rules on illegality have been criticised as being unprincipled but a

better way of viewing them, as the previous dictum from *Holman v. Johnson* illustrates [see also below], is as ‘being indiscriminate in their effect and are capable therefore of producing injustice.’ The ‘effect of illegality is not substantive but procedural’, it prevents the plaintiff from enforcing the illegal transaction. The ‘*ex turpi causa* defence’, as was stated by Kerr L.J. in *Euro-Diam Ltd v. Bathurst* [1990] QB 1, ‘rests on a principle of public policy that the courts will not assist a plaintiff who has been guilty of illegal (or immoral) conduct of which the courts should take notice. It applies if in all the circumstances it would be an affront to public conscience to grant the plaintiff the relief which he seeks because the court would thereby appear to assist or encourage the plaintiff in his illegal conduct or to encourage others in similar acts’. .... illegal contracts are not devoid of legal effect, but the *ex turpi causa* maxim entails that no action on the contract can be maintained.”

**162.** This last reference to an illegal contract's non-contractual legal effects is significant under English law in regard to possible restitutionary and proprietary consequences. For example, as stated by Lord Browne-Wilkinson in *Tinsley v Milligan* [1994] 1 A.C. 340, at p. 385, “A party to an illegality can recover by virtue of a legal or equitable property interest if, but only if, he can establish his title without relying on his own illegality”. In the Tribunal's view, as explained further below, this qualification is not relevant for present purposes in deciding the Preliminary Issues listed in paragraph 52 above. The Tribunal has also considered the passages from Treitel, *The Law of Contract* (11th ed; pp. 843–844 above) submitted by the Claimant. The Tribunal is not aware of any material difference in this well-known treatise's treatment of the relevant general principles of English law.

**163. Avoidance — General Principles:** As to the second, the statement of general principle is taken from the legal opinion by Lord Mustill tendered in submission by Kenya (to which reference has already been made earlier in this Decision, at paragraphs 43, 45–46 & 117). This opinion is a useful template for this Tribunal not only because its author is one of the most eminent jurists in England but also because Mr Robertson for the Claimant expressed at the hearing in June 2004 general agreement as regards its treatment of English legal principle: Transcript for 30 June 2004, pp.13 & 19–20 (whilst nonetheless submitting firmly that on the facts of this case the opinion was “a million miles away”). The Tribunal did not understand Lord Mustill to be advancing any view on any the facts of this case; and if it had, it would discount them. The Tribunal was and remains concerned only to ascertain the relevant legal principles; and it accepted Lord Mustill's opinion not as expert evidence by a party-appointed expert witness but rather “as part of the materials submitted by the Respondent” Transcript for 30 June 2004, p. 56 (and see paragraph 50 above). In the Tribunal's view, Mr Robertson was entirely correct in accepting the general tenor of Lord Mustill's opinion as to English law.

**164.** The relevant part of Lord Mustill's opinion merits reciting at length. It reads as follows: “4. In order to avoid any engagement in the factual aspects of the dispute I think it convenient to re-state the question posed [by Kenya's legal representatives] in a more general form, as follows: If, in the course of negotiating a contract between X and Y, an improper inducement is offered by B (acting on behalf of Y) to A (acting on behalf of X) which causes or contributes to the making of a contract; and if this fact

is afterwards discovered, to what extent is X bound by the contract thus made? I answer this question, in terms of English law, as follows:

(a) X is entitled at his option to rescind the contract; and in any event to regard it as no longer binding for the future;

(b) X is not however compelled to take this course. He may choose to waive his right to rescind the contract; keep the contract alive and enforce it according to its terms.

5. Before stating my reasons for this conclusion, I must clear the ground with some preliminary observations.

6. In the first place, a distinction must be made between contracts which are void and those which are voidable. The former expression denotes a bargain which, although apparently possessing all the indicia (such as consensus, consideration, intention to create legal relations, certainty etc.) which are necessary and sufficient to make an agreement binding as a contract, is in reality so defective as to make it entirely ineffectual in the eyes of the law. It is from the outset empty of content. No lasting consequences can flow from it, and when the vitiating element is later discovered the remedy is not to have the bargain set aside, but to obtain a declaration that it was void *ab initio*.

7. A voidable contract, by contrast is intrinsically valid, but is one which due to the circumstances of its making the court in its equitable jurisdiction will not enforce. In such a case, the injured party on discovering the vitiating circumstances has the option of *rescinding* the contract, declaring itself free from further obligations, and if necessary going to the court to obtain a decree to that effect. The outcome is *restitutio in integrum*. So far as the practicalities permit, the position of the parties is restored to that which they would have occupied if the contract had not been made.

8. In practice, the outcome of these two ways in which a contract may fail is often very much the same, but there are important differences. Notably, in that, in the comparatively rare instances where a contract is *void*, no action by either party is needed to expunge it, for its failure is an automatic and necessary consequence of its inherent defect. Thus, although a party may find it useful to obtain a declaration from the court to clarify the position, the grant of relief does not involve the court in setting the bargain aside, but merely amounts to a formal recognition of a situation which has existed from the start. By contrast, where a contract is voidable, the injured party must take positive action to set it aside; as happened here through the medium of the [Kenyan] Government's Counter-Memorial dated 18 April 2003. He is not compelled to do so, and has the option of waiving his right to rescind, and keeping the contract in being for whatever benefits he may obtain.

9. I should mention at this stage the considerable, and rather amorphous, body of case-law often informally grouped under the heading of illegality. Although this grouping may be convenient, as [exemplifying] generally the reluctance of English courts to recognise contracts and the results of contracts entered into in circumstances of misconduct, it must be recognised that the factual contexts of the decisions and *dicta* are not all the same as each other or as those of the present case. I do not enter upon these authorities here, for in my opinion they shed no light on the question now before me. Instead, I prefer to go

straight to a simple answer which is clearly established by a small group of well-established decisions, including most notably *Panama & South Pacific etc. v. India etc. Works Company* (1875) 10 Ch. App. 515; *Armagas v. Mundogas* [1986] 1 A.C. 717; and *LogiRose v. Southend United Football Club* [1988] 1 W.L.R. 1256, copies of which I append to this Opinion [Exhibits 2, 3 and 4 respectively]. For a succinct statement of the English law on the topic as it now stands one need look no further than the judgment of Mr Justice Millett in the latter case. (At the time, the learned judge was sitting in the High Court, so that his decision and reasoning are not formally binding on other courts, but he is now a member of the Appellate Committee of the House of Lords, and one of the most authoritative Chancery Judges of recent times. I am confident in accepting his opinion, which is the same as the one which I would have formed in its absence.) The learned judge said this, at page 1260 of the report:

‘It is well established that a principal who discovers that his agent in a transaction has obtained or arranged to obtain a bribe or secret commission from the other party to the transaction is entitled, in addition to other remedies which may be open to him, to elect to rescind the transaction *ab initio* or, if it is too late to rescind, to bring it to an end for the future.’

10. Here we have a direct and unequivocal answer to the question posed for my consideration. The contract is voidable at the option of Party X. Two consequences flow:

(a) The contract is not void *ab initio*, and remains valid unless and until steps are taken to set it aside.

There is nothing wrong with it as a contract, the position being simply that the circumstances in which it was made require that the injured party should be given the opportunity to relieve himself from its burdens. (The headnote of the *LogicRose Case* is misleading, so far as it may suggest that the contract was void *ab initio*. This [is] not what Mr Justice Millett said.)

[(b)] Since the remedy of Party X takes the shape of an option to treat the contract as rescinded, it may, like any other option, be waived by words or conduct. In particular, if Party X *with knowledge of the relevant circumstances* chooses to continue with its enforcement and performance he may be held to have lost the right thereafter to have it set aside. The words italicised are, however, crucial. A party cannot waive a right which he does not know to exist ...”

**165.** The Tribunal, as already indicated, treats these English legal principles as forming part of Kenyan law. It is now appropriate to apply these general principles of English and Kenyan law to the facts of this case, as found by the Tribunal.

**166. Public Policy — The Facts:** The relevant facts are indisputable on the evidence adduced before this Tribunal: this is not a case which turns on legal presumptions, statutory deeming provisions or different standards of proof under English or Kenyan law. Indeed the decisive evidential materials came from the Claimant itself, including Mr. Ali's own written and oral testimony.

**167.** As recited above in Part V(A) of this Decision, Mr. Ali paid a substantial bribe in cash, in Kenyan schillings, to the Kenyan head of state in March 1989. The bribe was made covertly; and it was not included in the contractual consideration set out in Articles 1(iii) and 3(A) of the Agreement of 27 April 1989, despite the “entire agreement”

clause in Article 7(A) of the Agreement. This bribe was nonetheless an intrinsic part of the overall transaction, without which no contract would have been concluded between the parties: Mr. Ali himself regarded the payment as part of the contractual consideration paid by his principal, as did the Claimant in its written submissions in support of its claims (pleading the payment as a recoverable “investment cost” and “investment facilitation fee”: the Claimant’s Reply of 15 May 2003, at p. 6; and the Claimant’s Memorial of December 2003, Statement of Facts at paragraph 28). Mr. Ali made the payment to the Kenyan President intending to induce the President to act in his principal’s favour; and he also intended that bribe to remain confidential as between his side and the President, as it did from March 1989 until December 2002, more than thirteen years later. The payment of the bribe was made by Mr. Ali as agent for his principal and with its authority; and the bribe is legally to be imputed to the Claimant.

**168.** On the facts of this case, contrary to the Claimant’s submission, it is not appropriate for the Tribunal to draw any legal distinction between the conduct and knowledge of Mr. Ali and his two successive principals, (a) the House of Perfume of Al-Ghurair Enterprises (of Dubai) as the original contracting party in April 1989 and (b) the Claimant (of the Isle of Man) as its contractual successor in May 1990. As Mr. Ali testified in paragraph 27 of his witness statement: “Just as I had been the driving force behind House of Perfume, I continued to be the driving force for WDF [the Claimant]”. The Tribunal thus rejects the Claimant’s submission that it cannot be tainted by a bribe paid by other persons before its own legal creation and contractual succession: the common link to both parties was Mr. Ali; and as the alter ego of both companies, it is not appropriate to immunise the Claimant from Mr. Ali. The Claimant cannot in this case acquire a better legal or equitable position than that of the House of Perfume; and for present purposes Mr. Ali’s knowledge and conduct is to be treated as the knowledge and conduct of both the House of Perfume and the Claimant.

**169.** Mr. Ali’s payment was received corruptly by the Kenyan head of state; it was a covert bribe; and accordingly its receipt is not legally to be imputed to Kenya itself. If it were otherwise, the payment would not be a bribe. It is also important to recall that the Respondent in this proceeding is not the former President of Kenya, but the Republic of Kenya. It is the latter which is the contracting party to the ICSID Convention; and although the Agreement of 27 April 1989 describes the Government of Kenya as the Claimant’s co-contracting party, the Claimant has treated that Agreement as having been made with the Republic of Kenya throughout this proceeding, for obvious reasons.

**170.** No English or Kenyan statute or other law rendered legal any part of the Claimant’s conduct; and as already found by the Tribunal it cannot legally be justified by reference to the Harambee system in Kenya. Indeed, by Sections 3 and 4 of the Kenyan Prevention of Corruption Act 1956, (being in force at the time of the bribe in March 1989), it was a felony for any person or agent corruptly to give or to receive any gift, fee, reward, consideration or advantage whatever, as an inducement to, or reward for, any member, officer or servant of a public body doing, or forbearing to do, or having done or forborne to do, anything in respect of any matter or transaction whatsoever, actual or proposed or likely to take place, in which the public body is concerned ...”. The relevant penalties under Section 3 included imprisonment for a term

not exceeding fourteen years and, under Section 4, seven years. (This 1956 Act was subsequently repealed and replaced by the Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003: but it likewise does not here assist the Claimant’s case).

**171.** Nor is the Claimant assisted by Article 14(1) and (2) of the Kenyan Constitution, as submitted by the Claimant. Article 14 confers immunity on the Kenyan President for criminal and civil proceedings during his time in office. It does not however bar such proceedings after the expiry of such office, as Article 14(3) makes clear by suspending time-limitations during the barring period. Accordingly, these provisions do not exculpate the President from illegal conduct in office (as distinct from legal proceedings to inculcate him whilst in office); and more particularly, Article 14 cannot relieve the Claimant from its own illegal conduct at any time.

**172.** It is thus unnecessary for this Tribunal to consider the effect of a local custom which might render legal locally what would otherwise violate transnational public policy or the foreign applicable law chosen by the contractual parties for their transaction. Nonetheless the Tribunal notes the approach taken by the English House of Lords in *Kuwait v Iraqi Airways (Nos 4 & 5)* [2002] AC 883 at 1100ff, as expressed by Lord Steyn in paragraphs 111–116. The House of Lords there declined to recognise as a matter of English public policy a local Iraqi law (as part of the applicable law) which formed part of flagrant breaches of international law by Iraq. Lord Steyn, invoking “l’ordre public véritablement international” relied on, inter alia, the “magisterial paper” by Professor Pierre Lalive cited by the Tribunal earlier in this Decision (at paragraph 139 above). If it had been necessary, therefore, the Tribunal would likewise have been minded to decline in the present case to recognise any local custom in Kenya purporting to validate bribery committed by the Claimant in violation of international public policy and (if different) English public policy as part of English law.<sup>23</sup>

**173.** In the Tribunal’s view, it is significant that in England, historically, the common law has traditionally abhorred the corruption by bribery of officers of state, ranking its offence next to high treason. Such corruption is more odious than theft; but it does not depend upon any financial loss and it requires no immediate victim. Corruption of a state officer by bribery is synonymous with the most heinous crimes because it can cause huge economic damage; and its long-term victims can be legion. The offence lies in bribing a person to exercise his public duty corruptly and not in accordance with what is right and proper for the state and its citizens. Like any other contract, a state contract procured by bribing a state officer is legally unenforceable, as an affront to the public conscience. The fact that the transaction is performed outside England or is subject to a law other than English law is immaterial. As was held by Mr Justice Phillips (now Lord Phillips LCJ) in *Lemenda Trading Co Ltd v. African Middle East Petroleum Co. Ltd*

[1988] 1 QB 428: “In my judgement, the English courts should not enforce an English law contract which falls to be performed abroad where (i) it relates to an adventure which is contrary to a head of English public policy which is founded on general principles of morality, and (ii) the same policy applies to the country of performance under the law of that country. In such a situation international comity combines with English domestic public policy to mitigate against enforcement.” In the Tribunal’s view, this same statement describes the converse position at common law in Kenya.

**174.** The Tribunal dismisses the Claimant's submissions that the bribe was an independent collateral transaction or at least severable from the Parties' Agreement of 27th April 1989. On the facts found in this case, the bribe was no separate agreement or otherwise severable from the Agreement. As to separateness, it is no answer for the Claimant to assert that the fact that the bribe was covert and kept confidential (with no mention of any such payment in the Agreement) is proof that it was a distinct transaction from the Agreement itself. Its secrecy was because it was a bribe; and as such, it therefore cannot be invoked by the Claimant to establish its separateness from the Agreement. This was one overall transaction and not two unrelated bargains. Moreover, the Claimant's submission proves too much: every bribe is intended to be secret by payer and payee; and accordingly the submission of a separate or collateral bribe based on such secrecy would save every illegal transaction tainted by bribery — if the Claimant was right. The Tribunal considers the Claimant's submission to be wrong both in principle and on the facts of the present case.

**175.** As to severability, Mr Partasides for Kenya submitted at the hearing in January 2006 that the doctrine of severance has no application under English law to any contract procured by bribery. He contended, *inter alia*, that severing a bribe from a contract procured by bribery leaves behind no contract at all, because it is the bribe that brought about the contract. He may be right as regards the traditional approach under English law, but the Tribunal notes that, in the recent *Kuwait Case* (*supra*), the House of Lords was prepared to consider the issue of severance in a non-contractual setting, albeit ultimately rejecting it on the facts of that case. This Tribunal would likewise reject the Claimant's submission on the facts of this case: there can here be no severance when the bribe, as known and intended by Mr. Ali, formed an intrinsic part of the overall transaction without which no contract would have been agreed by the parties.

**176.** The Claimant also submitted that this Tribunal has a discretion to adjust the application of English public policy, by a balancing operation reflecting the relative misconduct of the Claimant and the Kenyan President so as to relieve the Claimant from the one-sided burden of public policy in this case. The Claimant here invoked a growing groundswell in England of judicial and extra-judicial criticism at this strict English rule procedurally favouring a defendant over a plaintiff, accompanied by like criticism from the common law countries of the British Commonwealth (particularly New Zealand and Australia). Judicially, the Claimant cited Bingham and Nicholls LJ in *Saunders v. Edwards* [1987] 2 All ER 651; Staughton and Taylor LJ in *Howard v. Shirlstar Computer Transport* [1990] 1WLR 1292; and Nourse LJ in *Tribe v. Tribe* [1996] Ch 107. Extra-judicially, the Claimant cited the English Law Commission's Consultation Paper on Illegal Transactions (1999). In addition, the Tribunal notes the concluding passage in the dissenting judgement of Waller LJ in *Westacre v. Jugoimport* [1992] 2 Lloyd's Rep 65 (partly mirroring the qualification by Judge Lagergren in paragraph 21 of his award in ICC Case No 1110).

**177.** The Tribunal has some sympathy with these criticisms; but none can be applied in this case for two reasons. First, the strict rule still remains settled English law, whatever the pressure for change by judicial or statutory reforms. It is to be noted that the Law Commission's proposals remain still-born; and judicially, the orthodox view is still that expressed by Lord Mansfield in *Holman v. Johnson* (1775, *supra*). It was

confirmed by the House of Lords in *Tinsley v. Milligan* (1994, *supra*), as expressed by Lord Browne-Wilkinson (with whom Lords Lowry, Jauncey and Goff were expressly in agreement on this point): “[t]he consequences of being a party to an illegal transaction cannot depend on such an imponderable factor as the extent to which the public conscience would be affronted by recognising rights created by a legal transaction”. This strict rule of public policy is thus established by a long line of unbroken English authorities stretching back more than two hundred years, even preceding *Holman v. Johnson*. There is accordingly no legal basis at English law for the Tribunal to operate a discretionary balancing exercise, as requested by the Claimant.

**178.** Secondly, even if there were, the Tribunal would not be minded to make that exercise in favour of the Claimant because this case, on its facts, does not remotely fall within the class of cases where reform of the strict rule is advocated. This is not a case where an innocent party has been unwittingly caught up in an incidental or peripheral illegality. This is a case where the Claimant (by Mr. Ali) was steeped in illegal conduct in paying the bribe to the Kenyan President. Albeit that the balance of illegality may not be factually identical between Mr. Ali and the Kenyan President, this remains a case, legally, of *par delictum*. The bribe was not procured by coercion or oppression or force by the Kenyan President nor by “undue influence”; and as regards any investment, there was at the material time no “hostage factor” because there was then no investment or other commitment in Kenya by Mr. Ali or his principal. Prior to paying the bribe, Mr. Ali retained a free choice whether or not to invest in Kenya and whether or not to conclude the Agreement; but Mr. Ali chose, freely, to pay the bribe. In the words of Kerr LJ in *Euro-Diam* (*supra*) it would be “an affront to public conscience” to grant to the Claimant the relief which it seeks because this Tribunal “would thereby appear to assist and encourage the plaintiff in his illegal conduct”. Further, the Tribunal does not identify the Kenyan President with Kenya; and in any balancing exercise between Kenya and the Claimant, the balance against the Claimant would remain one-sided. Accordingly, the Tribunal rejects the Claimant's submission.

**179.** In conclusion, as regards public policy both under English law and Kenyan law (being materially identical) and on the specific facts of this case, the Tribunal concludes that the Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings on the ground of *ex turpi causa non oritur actio*. These claims all sound or depend upon the Agreement of 27 April 1989 (as amended); and no other claim is pleaded, including any noncontractual proprietary or restitutionary claim.

**180.** It remains nonetheless a highly disturbing feature in this case that the corrupt recipient of the Claimant's bribe was more than an officer of state but its most senior officer, the Kenyan President; and that it is Kenya which is here advancing as a complete defence to the Claimant's claims the illegalities of its own former President. Moreover, on the evidence before this Tribunal, the bribe was apparently solicited by the Kenyan President and not wholly initiated by the Claimant. Although the Kenyan President has now left office and is no longer immune from suit under the Kenyan Constitution, it appears that no attempt has been made by Kenya to prosecute him for corruption or to recover the bribe in civil proceedings. It is not therefore surprising that Mr. Ali feels strongly the unfairness of the legal case now advanced

by Kenya, as eloquently expressed at the hearing in January 2006 in his own evidence, together with Mr Muite's cogent submissions on the Claimant's behalf.

**181.** The answer, as regards public policy, is that the law protects not the litigating parties but the public; or in this case, the mass of tax-payers and other citizens making up one of the poorest countries in the world. Mr. Ali's complaint of unfairness was voiced centuries ago by earlier English litigants; and it was fully answered, as recorded in Chitty (see above), by Lord Mansfield in *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp. 341, 343. It merits citing in full:

“... the objection, that a contract is immoral or illegal as between plaintiff and defendant, sounds at all times very ill in the mouth of the defendant. It is not for his sake, however, that the objection is ever allowed; but it is founded in general principles of policy, which the defendant has the advantage of, contrary to the real justice, as between him and the plaintiff, but accidentally, if I may say so. The principle of public policy is this: *ex dolo malo non oritur actio*. No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise *ex turpi causa*, or the transgression of a positive law of this country, there the court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the court goes; not for the sake

of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff. So if the plaintiff and defendant were to change sides, and the defendant was to bring his action against the plaintiff, the latter would then have the advantage of it; for where both are equally at fault, *potior est conditione defendentis*”.

In other words, if Kenya were guilty of bribery and the claimant in this proceeding, it would likewise fall at the same procedural hurdle, to the benefit of the Claimant as respondent.

**182.** *Avoidance — The Facts:* As regards the private legal remedy of avoidance under English and Kenyan law, the relevant additional facts can be stated simply. The Claimant asserted for the first time in its Memorial of 1 December 2002 (received by Kenya after 5 December 2002) that Mr. Ali procured the Parties' Agreement by making a covert payment to the Kenyan President; this fact was not previously known to Kenya; Kenya made an application on 19 March 2003 to dismiss the Claimant's pleaded claims on the basis that the Agreement was tainted with illegality and thus unenforceable; and on 18 April 2003, by its Counter-Memorial, Kenya formally avoided the Agreement for bribery by the Claimant.

**183.** In the Tribunal's view, the avoidance of the Agreement by Kenya was made unequivocally and timeously; and accordingly Lord Mustill's statement of general principle is here satisfied on the facts: “Where a contract is voidable, the injured party must take positive action to set it aside.” (*supra*). It is no legal bar to avoidance of the contract that the innocent party may previously have committed a breach of that contract. Subject to the Claimant's several submissions based on waiver or affirmation, the Tribunal decides that Kenya validly avoided the Agreement under both English and Kenyan law. The Tribunal dismisses the Claimant's lesser argument in “estoppel”.

**184.** The Claimant's submissions on waiver and affirmation depend on the allegation that Kenya knew of the bribe long before December 2002. As already indicated above, there was

no mention of the payment in the Agreement (or its amendment); nor in any contemporary document exchanged between the Claimant and Kenya over the subsequent eleven years before this proceeding was commenced in June 2000. More significantly, the Claimant itself made no mention of the payment in the early part of this proceeding or throughout the other legal proceedings in the Isle and Man and Kenya. The Tribunal finds that the payment was first made known by the Claimant to Kenya in December 2002, thirty months after the Claimant's Request for Arbitration. It had not previously been known to Kenya. There can be no affirmation or waiver by Kenya without knowledge; and as Lord Mustill stated in his opinion, “[a] party cannot waive a right which he does not know to exist”.

**185.** Moreover, there can be no affirmation or waiver in this case based on the knowledge of the Kenyan President attributable to Kenya. The President was here acting corruptly, to the detriment of Kenya and in violation of Kenyan law (including the 1956 Act). There is no warrant at English or Kenyan law for attributing knowledge to the state (as the otherwise innocent principal) of a state officer engaged as its agent in bribery. The Claimant ripostes that the Kenyan President was “one of the remaining ‘Big Men’ of Africa, who, under the one-party State Constitution was entitled to say, like Louis XIV, he was the State”: paragraph 5 of its written submissions dated 18 January 2006. In the Tribunal's view, this submission is ill-founded under Kenyan law: the President held elected office under the Kenyan Constitution, subject to the rule of law (including the 1956 Act). As Lord Denning MR famously said in *Ex p. Blackburn* [1968] 2 QB 118, 148 (quoting Thomas Fuller): “Be ye never so high, the law is above you”; and in law, in Kenya as in England, the position is materially the same.

**186.** Two minor points remain for consideration. First, there may be legal consequences following the avoidance of the Agreement, although *restitutio in integrum* cannot include the return of the bribe to the Claimant: see *LogicRose v. Southend United* (1988; *ibid*), per Mr Justice Millett, at pp. 1263–1264. These legal consequences are not pleaded claims by the Claimant in this proceeding and they do not form part of this Award.

**187.** Lastly, the Tribunal notes that no evidence was adduced or argument submitted by either of the Parties to the effect that the bribe specifically procured Article 9 of the Agreement, containing the Parties' agreement to arbitration under the ICSID Convention. Accordingly, in accordance with well-established legal principles under English and Kenyan law, the Tribunal operates on the assumption that the Parties' arbitration agreement remains subsisting valid and effective for the purpose of this proceeding and Award.

**188.** In conclusion:

- 1) The Respondent, Kenya, was legally entitled to avoid and did avoid legally by its Counter-Memorial dated 18 April 2003 the “House of Perfume Contract”, namely the Agreement of 27 April 1989 as amended on 11 May 1990, under its applicable laws, the laws of England and Kenya;
- 2) The Respondent, Kenya, did not lose its right to avoid the said contract by affirmation or otherwise before 18 April 2003 under these applicable laws; and
- 3) The Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings as a matter of *ordre public international* and public policy under the contract's applicable laws.

**Document 3 – Affaire *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, CIRDI n° ARB/03/25, 16 août 2007 (Extraits)**

335. Article 1(1) of the BIT provides that for the purpose of this Agreement “the term ‘investment’ shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State [...]”. The qualification “accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State” applies to every form of investment covered by the BIT. [...]

401. Fraport knowingly and intentionally circumvented the ADL [Anti-Dummy Legislation] by means of secret

shareholder agreements. As a consequence, it cannot claim to have made an investment “in accordance with law”. Nor can it claim that high officials of the Respondent subsequently waived the legal requirements and validated Fraport's investment, for the Respondent's officials could not have known of the violation. Because there is no “investment in accordance with law”, the Tribunal lacks jurisdiction *ratione materiae*.

---

**Document 4 – Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (1999)**

**Les Parties,**

**Considérant** que la corruption est un phénomène répandu dans les transactions commerciales internationales, y compris dans le domaine des échanges et de l'investissement, qui suscite de graves préoccupations morales et politiques, affecte la bonne gestion des affaires publiques et le développement économique et fausse les conditions internationales de concurrence ; [...]

**Sont convenues de ce qui suit :**

**Article 1**

**L'infraction de corruption d'agents publics étrangers**

1. Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international.

2. Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale le fait de se rendre complice d'un acte de corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation. La tentative et le complot en vue de corrompre un agent public étranger devront constituer une infraction pénale dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public de cette Partie constituent une telle infraction.

3. Les infractions définies aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus sont dénommées ci-après “corruption d'un agent public étranger”.

4. Aux fins de la présente convention,

- a. “agent public étranger” désigne toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue, toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme publics et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique;
- b. “pays étranger” comprend tous les niveaux et subdivisions d'administration, du niveau national au niveau local ;
- c. “agir ou s'abstenir d'agir dans l'exécution de fonctions officielles” désigne toute utilisation qui est faite de la position officielle de l'agent public, que cette utilisation relève ou non des compétences conférées à cet agent.

**Article 2**

**Responsabilité des personnes morales**

Chaque Partie prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger.

**Article 3**

**Sanctions**

1. La corruption d'un agent public étranger doit être passible de sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives. L'éventail des sanctions applicables doit être comparable à celui des sanctions applicables à la corruption des agents publics de la Partie en question et doit, dans le cas des personnes physiques, inclure des peines privatives de liberté suffisantes pour permettre une entraide judiciaire efficace et l'extradition [...]

---

**Document 5 – Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales**

**CONSIDÉRANT :**

– Que les investissements internationaux revêtent une importance majeure pour l'économie mondiale et ont contribué dans une mesure considérable au développement de leur pays ;

– Que les entreprises multinationales jouent un rôle important dans le processus d'investissement ;

– Que la coopération internationale peut améliorer le climat des investissements étrangers, favoriser la contribution positive que les entreprises multinationales peuvent apporter au progrès économique, social et environnemental, et permettre de réduire au minimum et de résoudre les difficultés qui peuvent résulter de leurs opérations ; [...]

[...]

## II. Principes généraux

Les entreprises devraient tenir pleinement compte des politiques établies des pays dans lesquels elles exercent leurs activités et prendre en considération les points de vue des autres acteurs. A cet égard, les entreprises devraient :

1. Contribuer aux progrès économiques, sociaux et environnementaux en vue de réaliser un développement durable.
2. Respecter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations et les engagements internationaux du gouvernement du pays d'accueil.
3. Encourager la création de capacités locales en coopérant étroitement avec la communauté locale, y compris les milieux d'affaires locaux, tout en développant les activités de l'entreprise sur le marché intérieur et sur les marchés extérieurs d'une manière compatible avec de saines pratiques commerciales. [...]

## III. Publication d'informations

1. Les entreprises devraient s'assurer que des informations fiables et pertinentes concernant leurs activités, leur structure, leur situation financière et leurs résultats sont communiquées de façon régulière et en temps utile. [...]

## IV. Emploi et relations professionnelles

Les entreprises devraient, dans le cadre des lois et règlements applicables et des pratiques en vigueur en matière d'emploi et de relations du travail : [...]

- 1.b) Contribuer à l'abolition effective du travail des enfants.
- c) Contribuer à l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire.
- d) Ne pas pratiquer de discrimination envers leurs salariés en matière d'emploi ou de profession pour des motifs tels que la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, [...].

## V. Environnement

Les entreprises devraient, dans le cadre des lois, règlements et pratiques administratives en vigueur dans les pays où elles opèrent, et eu égard aux accords, principes, objectifs et normes internationaux pertinents, tenir dûment compte de la nécessité de protéger l'environnement, la santé et la sécurité publiques, et d'une manière générale, de conduire leurs activités d'une manière qui contribue à l'objectif plus large de développement durable. [...]

---

### Document 6 – Ian TAYLOR, *China and Africa: The Real Barriers to Win-Win*, 9 mars 2007

*Ian Taylor is a professor of international relations at the University of St. Andrews, the author of China and Africa: Engagement and Compromise (London/New York: Routledge, 2006), and a contributor to Foreign Policy In Focus .*

**Over the last five years, Angola has lost to graft as much as \$4 billion in oil revenues -- equivalent to 10% of its GDP. As a result of this misgovernance, the International Monetary Fund (IMF) was determined to include transparency measures to curb corruption in its 2004 loan to Angola. However, as the IMF pressed for agreement, the Angolan government suddenly stopped negotiations. It had received a counter-offer of a \$2 billion loan from China's export-credit agency. The deal came with an interest rate repayment of a mere 1.5% over 17 years. Angola also agreed to supply China with 10,000 barrels per day of crude oil -- later to increase to 40,000 barrels per day -- as well substantial construction contracts.**

This Chinese offer provoked consternation within Angola's nascent indigenous business sector. "There is a condition in the loan that 30% will be subcontracted to Angolan firms, but that still leaves 70%," explains Angolan economist José Cerqueira. "Angolan businessmen are very worried about this, because they don't get the business, and the construction sector is one in which Angolans hope they can find work." Thus the real cost of the loan is higher, because the exclusion of non-Chinese suppliers will negatively affect the prices of goods and services imports.

Furthermore, none of the IMF's conditionalities regarding corruption or graft was included in the loan's details. Luanda was thus able to overcome the refusal by Western donors to bankroll a donor's conference until Angola had reached agreement with the IMF and concluded a Poverty

Reduction Strategy Paper. Critics of the Bretton Woods institutions might think putting the World Bank or IMF in their place is a good thing. But ordinary Africans will not likely see any tangible benefits of cutting these institutions out of the picture.

The Angolan case illustrates the hazards of Chinese investment in Africa. Beijing can easily facilitate corruption, negotiate lopsided contracts, and reinforce existing patronage systems. For many elites in Africa, wealth generation and survival does not depend on productive development on a nationwide scale. Elite survival depends on access to rents to distribute to patronage networks, thereby generating key support, but this network can encompass a relatively limited geographic area. In other words, the advancement of policies that bring in revenue for the elites but that also benefit broad swathes of the population, such as general agricultural policies that raise up large sections of the community, is not required. Consequently, China's economic and political support could offer African politicians increasing leeway in misusing public funds and manipulating institutions to preserve their own power.

### Sovereignty and Human Rights

There is a great deal of convergence between Chinese rhetoric on human rights and democracy and much African practice. According to one report, "In fact, China and Africa to a large extent share the same attitude towards human rights. By and large, they put economic rights over political rights and assign the highest priority to the right to development." It is certainly true that China and African presidents to a large degree share the same attitude toward human rights and good governance. But this is not because African leaders put economic rights over political rights or

because they allocate the maximum precedence to national development.

National development and a broad-based productive economy are far less a concern to elites within most African political systems than the continuation of the gainful utilization of resources for the individual advantage of the ruler and his clientele networks. In fact, development might stimulate opposition. "On the one hand, economic development is a goal that every head of state must pursue," Bertrand Badie explains. "On the other hand, an overly active policy of development risks producing several negative results: it would valorize the competence of the technocratic elite relative to that of the fragile political elite, break up social spaces and favor the constitution of a civil society capable of counterbalancing the political system, and indeed, neutralize neo-patrimonial strategies."

China's policy of non-interference in domestic affairs is, of course, long standing and not specific to Africa. It is historically rooted in China's years of humiliation in the 19th century, and non-interference was early on established as a mainstay of Beijing's foreign policy. The first plenary session of the Chinese People's Political Consultative Conference indeed asserted that "the principle of the foreign policy of the People's Republic of China is protection of the independence, freedom, integrity of territory and sovereignty of the country." This, combined with particular understandings and interpretations of what constitutes human rights and democracy, explains China's current stance, whether in Africa or elsewhere.

China emphasizes collective development as the key human right, rather than individual civil and political liberties. In this regard, much criticism heaped on China for its Africa policy vis-à-vis human rights and governance is rather misplaced -- the policies are not particular to Africa. China's positions converge with those of African leaders themselves, who are more than happy to have an ally that does not demand conditions, that doesn't require answers to where the money is going or the number of political prisoners or the lack of elections. From Beijing's perspective, China is simply acting in a pragmatic and self-interested manner and following its own understandings of particular concepts. But from an African autocrat's point of view, the Chinese outlook is highly attractive in helping to reinforce what is often an unstable grasp on power in many states across the continent.

Thus in this sense, condemning China's policies in Africa misses the point. The problem is not necessarily Beijing, but is rather found in the nature and edifice of many African nations. Obviously, there is justifiable disquiet that Beijing's Africa policies may undermine political and economic reform on the continent, as well as nascent attempts to advance such movement, as arguably crystallized in the African Union's New Partnership for Africa's Development (NEPAD). Before critiquing China's role in Africa vis-à-vis

governance and human rights, however, analysts need to understand both China's particular human rights discourse and the nature of most African states, for it is here where the real problem lies.

### **Human Rights vs. Development?**

Yet there is a certain illogicality in China's position on human rights in its Sino-African diplomacy. It is acceptable to recognize that different conceptions of human rights as well as different interpretation of the Universal Declaration exist. The Chinese discourse on human rights prioritizes the right to food, clothing, shelter, and economic development, and Beijing has been quite active in asserting that its primary mission is to develop productive forces. From this perspective, the liberal conceptions of human rights advocated by the West potentially threaten the much-desired stability that Chinese policymakers view as essential to advancing development. China certainly communicates this message in its Africa policies.

But what if Chinese diplomacy and activities in engaging with certain African regimes not only clashes with the advancement of universal (i.e. Western) norms of human rights but actually helps to further undermine development, ostensibly essential to Beijing's own definition of human rights? Even if we accept China's alternative readings, Beijing's diplomacy in Africa may in fact help to consolidate governments that, as explained above, actively obstruct development because it threatens elites. According to China's non-interference policy, sovereignty trumps everything and so it is up to each country to decide what to do with Beijing's assistance. But if sovereignty is the guarantor of human rights and that sovereignty is being used to effectively undermine developmentalism, then there is a profound contradiction at the heart of China's discourse on human rights. Surely in such cases China is complicit in not only siding with autocrats and undermining a nascent human rights regime (one now supported by a number of African states). It is also undermining its own conception of human rights based on development, as well as its own interpretation of the linkage between human rights and sovereignty. It is clear, for instance, that Mugabe's government not only tramples on civil and political rights (as per Western ideas of human rights), but also subverts Zimbabweans' economic and social rights (as per China's discourse on human rights).

Of course, the Chinese government can return to the importance of sovereignty by noting that sovereign African states are free to deal with China or not as they so desire. But if China's leaders genuinely believe that China's engagement of Africa will not repeat the crimes and misdemeanors of European colonizers, then engaging without damaging remains one of China's greatest challenges and vulnerabilities in its current African diplomacy. It is here that African civil society must play a most important role.



[...]

*What's driving China's presence in African oil markets?*

China's booming economy, which has averaged 9 percent growth per year for the last two decades, requires massive levels of natural resources to sustain its growth. Once the largest oil exporter in Asia, China became a net importer of oil in 1993. By 2045, China is projected to depend on imported oil for 45 percent of its energy needs. The country needs to lock in supplies from relatively low-cost African or Middle Eastern sources, experts say. But after the terrorist attacks of September 11, 2001, and the subsequent upheaval throughout the Middle East, China is actively trying to diversify its supply lines away from Middle Eastern crude. Experts say China has adopted an aid-for-oil strategy that has resulted in increasing supplies of oil from African countries.

Experts say China has adopted an aid-for-oil strategy that has resulted in increasing supplies of oil from African countries.

*How is China's foreign policy affected by its search for energy resources?*

The need to find resources is now the driving component in Chinese foreign policy, David Zweig and Bi Jianhai write in an article, "China's Global Hunt for Energy," in the September/October 2005 issue of *Foreign Affairs*. China's manufacturing sector has created enormous demand for aluminum, copper, nickel, iron ore, and oil. Zweig and Bi write that China "has been able to adapt its foreign policy to its domestic development strategy" to an unprecedented level by encouraging state-controlled companies to seek out exploration and supply contracts with countries that produce oil, gas, and other resources. At the same time, Beijing aggressively courts the governments of those countries with diplomacy, trade deals, debt forgiveness, and aid packages. The strategy is working: China has gained access to key resources around the world, from gold in Bolivia and coal in the Philippines to copper in Chile and natural gas in Australia. And, of course, oil from Africa. "The interesting thing to me is that China's foreign policy has gotten sophisticated enough to accomplish these goals," says David Kang, a visiting professor of East Asia Studies at Stanford University.

*What characterizes the current relationship between China and African countries?*

Trade and economic activity. Sino-African trade grew by 700 percent during the 1990s, and the 2000 China-Africa Forum in Beijing set off a new era of trade cooperation and investment that is producing notable results. From 2002 to 2003, trade between China and Africa doubled to \$18.5 billion, and then nearly doubled again in the first ten months of 2005, jumping 39 percent to \$32.17 billion. Most of the growth was due to increased Chinese imports of oil from Sudan and other African nations. China's foreign direct investment in Africa represented \$900 million of the continent's \$15 billion total in 2004. China is now the continent's third most-important trading partner, behind the United States and France, and ahead of Britain.

Experts say Chinese companies see Africa as both an excellent market for their low-cost consumer goods, and a burgeoning economic opportunity as more countries privatize their industries and open their economies to foreign investment. Some textile manufacturers, for example, are reportedly investing in African factories as a way to get around U.S. and European quotas on Chinese textiles. "China is very pragmatic about this," Kang says. "It's cutting deals with governments all over the world."

*How is China building its relationship with Africa?*

With integrated packages of aid that lead to business opportunities and market share for Chinese companies. "One of the interesting things about doing business with China these days is that it's a full-on supplier," Economy says. "They will come in and provide everything that surrounds the development of the country." In Angola, which currently exports 25 percent of its oil production to China, Beijing has secured a major stake in future oil production with a \$2 billion package of loans and aid that includes funds for Chinese companies to build railroads, schools, roads, hospitals, bridges, and offices; lay a fiber-optic network; and train Angolan telecommunications workers. Economy says China is following a very traditional path established by Europe, Japan, and the United States: offering poor countries comprehensive and exploitative trade deals combined with aid. For example, Japan after World War II paid \$5 billion in war reparations to South Korea, Taiwan, and China in the form of export credits for Japanese goods and loans to be used for Japanese construction and other services, Kang says.

*Is there a link between oil production and arms sales?*

Selling arms to African countries helps China cement relationships with African leaders and helps offset the costs of buying oil from them. China doesn't have the same human rights concerns as the United States and European countries, experts say, so it will sell military hardware and weapons to nearly anyone. Indeed, Beijing sees Africa as a growth market for its military hardware. China's active exploration of oil sources in Africa also leads to a need to ensure security around them, experts say, which has led Beijing to send Chinese military trainers to help their African counterparts. In return, China gains important African allies in the United Nations—including Sudan, Zimbabwe, and Nigeria—for its political goals, including preventing Taiwanese independence and diverting attention from its own human rights record. A report, "China's Arms Sales: Motivations and Implications" by Daniel Byman and Roger Cliff for the RAND Corporation, says China's government exerts strong central control over its arms exports and uses them as a foreign policy tool.

*Which African countries has China sold weapons to?*

Between 1955 and 1977, *Le Monde* reports, China sold \$142 million worth of military equipment to Africa, and the pace of sales has picked up significantly since then. The Congressional Research Service reports China's arms sales to Africa made up 10 percent of all conventional arms transfers to the continent between 1996 and 2003. They include:

- **Sudan.** China has sold the Islamic government in Khartoum weapons and \$100 million worth of Shenyang fighter planes, including twelve supersonic F-7 jets, according to the aerospace industry journal *HAviation Week and Space Technology*. Experts say any military air presence exercised by the government—including the helicopter gunships reportedly used to terrorize civilians in Darfur—comes from China.
- **Equatorial Guinea.** China has provided military training and Chinese specialists in heavy military equipment to the leaders of the tiny West African nation, whose oil reserves per capita approach and may exceed those of Saudi Arabia.
- **Ethiopia and Eritrea.** China sold Ethiopia and its neighbor, Eritrea, an estimated \$1 billion worth of weapons before and during their border war from 1998 and 2000.
- **Burundi.** In 1995, a Chinese ship carrying 152 tons of ammunition and light weapons meant for the army of Burundi was refused permission to dock in Tanzania.
- **Tanzania.** According to the Overseas Development Institute, China has delivered at least thirteen covert shipments of weapons labeled as agricultural equipment to Dar-es-Salaam.
- **Zimbabwe.** The autocratic government of Robert Mugabe ordered twelve FC-1 fighter jets and 100 military vehicles from China in late 2004 in a deal worth \$200 million, experts say. In May 2000, China reportedly swapped a shipment of small arms for eight tons of Zimbabwean elephant ivory, Taylor writes in his report. In addition, the U.S.-backed International Broadcast Bureau says China provided a radio jamming device to Zimbabwe that allows Mugabe's regime to block broadcasts of independent news sources like Radio Africa from a military base outside Harare. China also donated the blue tiles that decorate the roof of Mugabe's house.

#### *What is China's policy toward human rights?*

It is officially termed "non-interference in domestic affairs." Chinese leaders say human rights are relative, and each country should be allowed their own definition of them and timetable for reaching them. "Let's not forget, this is an authoritarian state itself," Kang says. Economy says the Chinese perspective is that, unlike the United States, they don't mix business with politics. In fact, China has argued that attempts by foreign nations to discuss democracy and human rights violate the rights of a sovereign country. Some experts say China's approach is not significantly different from how any other country pursues its interests. "The United States is highly selective about who we're moral about," Kang says. "We support Pakistan, Egypt, Saudi Arabia—huge human-rights violators—because we have other strategic interests. China's not unique in cutting deals

with bad governments and providing them arms." "China's not unique in cutting deals with bad governments and providing them arms," Kang says.

#### *Has China had a positive impact on Africa?*

Economy says many Africans are concerned over how China operates in Africa, accusing Chinese companies of underbidding local firms and not hiring Africans. International observers say the way China does business—particularly its willingness to pay bribes and attach no conditions to aid money—undermines local efforts to increase transparency and good governance and international efforts at macroeconomic reform by institutions like the World Bank and the International Monetary Fund.

On the other hand, Africa registered 5.2 percent economic growth in 2005, its highest level ever, in part because of Chinese investment. African nations are enthusiastic that Chinese demand has pushed up oil prices, says Princeton Lyman, adjunct senior fellow for Africa studies at the Council on Foreign Relations. The roads, bridges, and dams built by Chinese firms are low cost, good quality, and completed in a fraction of the time such projects usually take in Africa, experts say. The UN-supervised China-Africa Business Council, based in China, encourages much-needed trade and development with the continent. In 2004, China contributed 1,500 peacekeepers to UN missions across Africa, including Liberia. It has undertaken or contributed to construction projects in Ethiopia, Tanzania, Zambia, in addition to the countries named above. It has cancelled \$10 billion in bilateral debt from African countries, sends doctors to treat Africans across the continent, and hosts thousands of African workers and students in Chinese universities and training centers. Critics say these projects are meant to build goodwill for later investment opportunities or stockpile international support for contentious political issues. Lyman says China's interest in Africa has both positive and negative effects. "It's good for the continent because it brings in a new actor who's willing to invest, but it's bad for Africa if it turns countries away from the hard work of political and economic reform," he says.

Overall, experts say, China's involvement could likely jump-start change on the continent. "This is Africa's internal problem," Kang says. "How do you build infrastructure without outside investment? And how do you have a stable government with no resources?" The roads and schools built by Chinese companies didn't exist before, so their presence is an improvement. And the infrastructure improvements help African countries secure other loans and investment opportunities, contributing to an atmosphere of development that may one day change the continent -- a welcome, even if unintended, result of China's quest to secure global energy resources.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### ***Sur les institutions financières internationales :***

AGLIETTA M. et MOATTI S., *Le FMI, de l'ordre monétaire aux désordres financiers*, Economica, Paris, 2000, 255p.

BURDEAU G., « Le FMI et la surveillance de l'espace monétaire et financier mondial », in *La mondialisation du droit* (dir. E. Loquin et C. Kessedjian), Litec, Paris, 2000, pp. 261-275

LENAIN P., *Le FMI*, Paris, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 4<sup>ème</sup> éd., 2004, 119p., pp.23-26.

### ***Sur le système monétaire et financier privé et les dysfonctionnements :***

CARREAU D., « La souveraineté monétaire de l'Etat à la fin du XXème siècle : mythe ou réalité », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, CREDIMI, Dijon, Litec, V. 20, 2000, pp. 491- 506.

CARTAPANIS A., *Les marchés financiers internationaux*, Paris, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2004, 119p.

SOREL J.-M., « Les Etats face aux marchés financiers », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle*, mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, V.20, Dijon, Litec, 2000, 728p., pp.507-543.

### ***Sur les perspectives concernant l'architecture financière internationale :***

BISMUTH R., « Le système international de prévention des crises financières. Réflexions autour de la structure en réseau du Forum de stabilité financière », *JDI*, n°1, vol.134, 2007, pp.57-83.

BOYER R., DEHOVE M. et PLIHON D., « Propositions pour une meilleure régulation financière nationale et internationale », *Les crises financières*, Rapport du CAE n°50, Paris, 2004, La Documentation française, pp.155-230.

SHARMA S.D., « Constructing the New International Financial Architecture, What role for the IMF ? », *Journal of World Trade*, June 2000, vol. 34, n°3, pp.47-70.

SOREL J.-M., « L'évolution des institutions financières internationales : entre redéploiement et fragilité, une restructuration systémique en chantier », *AFDI*, 2006, pp.481-504.

## **DOCUMENTS REPRODUITS**

**Document 1** – *Principales instances de normalisation pour la solidité des systèmes financiers*, extraits du Rapport trimestriel de la BRI, janvier 2001.

**Document 2** – *Statuts du FMI* (Extraits).

**Document 3** – Frédéric Lordon, « *Crises financières, n'en tirer aucune leçon...* », *Le Monde Diplomatique*, Mars 2008 (Extraits).

**Document 4** – Bernard Cassen, « *Le Sucre contre le FMI* », *Le Monde diplomatique*, 2 décembre 2008.

## **EXERCICES**

**Dissertation** : Le rôle actuel du FMI dans le maintien de la stabilité financière.

## **Document 1 – Principales instances de normalisation pour la solidité des systèmes financiers, Rapport trimestriel BRI, janvier 2001(Extraits).**

*Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB)* : Institué par les banques centrales du G 10, il sert de forum permanent de coopération entre pays membres sur les questions de contrôle bancaire. Il formule des normes et lignes directrices générales en matière prudentielle et recommande des normes de meilleures pratiques bancaires, en appelant les autorités de contrôle à les appliquer ([www.bis.org](http://www.bis.org)).

*Comité sur les systèmes de paiement et de règlement (CSPR)* : Institué par les banques centrales du G 10, il sert de forum permanent de coopération entre banques centrales membres sur les questions liées aux systèmes de paiement et de règlement. Il surveille et analyse l'évolution des systèmes domestiques de paiement, de règlement et de compensation, ainsi que des dispositifs de compensation transfrontières et multidevises. Il sert aussi à coordonner les fonctions de surveillance des banques centrales du G 10 concernant ces dispositifs. Il formule des normes et lignes directrices générales et recommande des codes de meilleures pratiques, en appelant les autorités concernées à les appliquer ([www.bis.org](http://www.bis.org)).

*Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)* : Institué par le Sommet du G 7 tenu à Paris en 1989, il a énoncé un programme initial de lutte contre le blanchiment comportant 40 recommandations, modifiées en 1996 pour tenir compte des nouvelles pratiques et menaces potentielles dans ce domaine. Le GAFI comprend 26 pays membres et surveille les progrès de l'application des mesures antiblanchiment. Il procède par autoévaluation annuelle, doublée d'une évaluation mutuelle plus détaillée. Il examine en outre les tendances, techniques et contre-mesures ainsi que leurs implications pour les 40 recommandations; il agit en faveur de leur adoption et application par les pays non membres ([www.oecd.org/fatf](http://www.oecd.org/fatf)).

*Comité des normes comptables internationales (CNCI)* : Instance privée constituée en 1973, elle a pour objectif d'harmoniser les principes comptables utilisés par les entreprises et autres organismes dans le monde entier. Son Conseil est chargé d'élaborer et d'approuver les normes comptables internationales. À ce jour, 40 d'entre elles ont été promulguées ([www.iasc.org.uk](http://www.iasc.org.uk)).

*Association internationale des contrôleurs d'assurance (AICA)* : Établie en 1994, elle constitue un forum de coopération entre autorités de contrôle et de réglementation des assurances originaires de plus de 100 juridictions. Elle est chargée d'élaborer des principes et normes, approuvés sur le plan international, favorisant une réglementation et une surveillance efficaces. Après avoir mis au point des principes fondamentaux (Insurance Core Principles) et

l'«Insurance Concordat» ainsi que d'autres normes, elle concentre son activité normative sur les domaines suivants: solvabilité, prestation de services transfrontières, gestion des risques liés aux actifs, surveillance des conglomérats financiers, réassurance, code de conduite pour les opérations de marché et commerce électronique ([www.iaisweb.org](http://www.iaisweb.org)).

*Fédération internationale des comptables (FIC)* : Composée d'associations professionnelles nationales représentant les comptables des secteurs public et privé ainsi que des groupements spécialisés ayant de fréquents contacts avec les comptables, elle s'efforce de promouvoir la profession et d'harmoniser ses normes sur le plan mondial, pour favoriser des prestations homogènes de haute qualité. Par l'intermédiaire de son Comité international de normalisation de la vérification (CINV), elle a énoncé les Normes de vérification internationales (ISA) et les International Auditing Practice Statements (IAPS) ([www.ifac.org](http://www.ifac.org)).

*Fonds monétaire international (FMI)* : Il élabore des normes internationales dans les domaines directement en rapport avec son mandat - surveillance du système monétaire international - et en assure la surveillance. En collaboration avec d'autres instances, il a mis au point des normes internationales pour la compilation et la diffusion de données ainsi que la transparence en matière de politiques budgétaire, monétaire et financière; il a aussi contribué à l'évaluation et à la mise en œuvre des normes internationales de contrôle bancaire. Il a en outre préparé pour plusieurs pays, à titre expérimental, des rapports sur l'application des normes et codes de meilleures pratiques approuvés par la communauté internationale ([www.imf.org](http://www.imf.org)).

*Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV)* : Organisme de coopération entre régulateurs nationaux, il est composé, à titre de membres permanents, d'autorités officielles de surveillance des marchés de valeurs mobilières et de contrats à terme. Il préconise la mise en œuvre de ses normes pour la réglementation des marchés des titres afin d'en préserver l'efficacité et la solidité. Sa dimension internationale lui permet d'établir des normes pour la surveillance efficace des opérations internationales sur titres. Il oeuvre à l'intégrité des marchés par une application rigoureuse des normes et de sanctions en cas d'infraction ([www.iosco.org](http://www.iosco.org)).

*Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)* : Chargée de promouvoir des politiques assurant une croissance économique durable ainsi que l'emploi dans ses pays membres, elle vise à favoriser l'efficacité des marchés en encourageant la convergence des politiques, législations et réglementations concernant les entreprises et marchés financiers ([www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

## Document 2 – Statuts du FMI (Extraits)

### ARTICLE I

#### Buts

Les buts du Fonds monétaire international sont les suivants :

- i) Promouvoir la coopération monétaire internationale au moyen d'une institution permanente fournissant un mécanisme de consultation et de collaboration en ce qui concerne les problèmes monétaires internationaux.
- ii) Faciliter l'expansion et l'accroissement harmonieux du commerce international et contribuer ainsi à l'instauration et au maintien de niveaux élevés d'emploi et de revenu réel et au développement des ressources productives de tous les États membres, objectifs premiers de la politique économique.
- iii) Promouvoir la stabilité des changes, maintenir entre les États membres des régimes de change ordonnés et éviter les dépréciations concurrentielles des changes.
- iv) Aider à établir un système multilatéral de règlement des transactions courantes entre les États membres et à éliminer les restrictions de change qui entravent le développement du commerce mondial.
- v) Donner confiance aux États membres en mettant les ressources générales du Fonds temporairement à leur disposition moyennant des garanties adéquates, leur fournissant ainsi la possibilité de corriger les déséquilibres de leurs balances des paiements sans recourir à des mesures préjudiciables à la prospérité nationale ou internationale.
- vi) Conformément à ce qui précède, abréger la durée et réduire l'ampleur des déséquilibres des balances des paiements des États membres.

Dans toutes ses politiques et décisions, le Fonds s'inspire des buts énoncés dans le présent article.

[...]

### ARTICLE IV

#### Obligations concernant les régimes de change

##### Section 1. *Obligations générales des États membres*

Reconnaissant que le but essentiel du système monétaire international est de fournir un cadre qui facilite les échanges de biens, de services et de capitaux entre nations et qui favorise une croissance économique saine, et qu'un objectif principal est d'assurer de façon continue les conditions de

base ordonnées nécessaires à la stabilité économique et financière, chaque État membre s'engage à collaborer avec le Fonds et avec les autres États membres pour assurer le maintien de régimes de change ordonnés et promouvoir un système stable de taux de change. En particulier, chaque État membre :

- i) s'efforce d'orienter sa politique économique et financière en vue d'encourager une croissance économique ordonnée dans une stabilité raisonnable des prix, sa situation particulière étant dûment prise en considération;
- ii) cherche à promouvoir la stabilité en favorisant des conditions de base économiques et financières ordonnées et un système monétaire qui ne soit pas source de perturbations; [...]

##### Section 3. *Surveillance des régimes de change*

a) Le Fonds contrôle le système monétaire international afin d'en assurer le fonctionnement effectif et contrôle la manière dont chaque État membre remplit les obligations découlant de la section 1 du présent article.

b) En vue de remplir les fonctions visées au paragraphe a) ci-dessus, le Fonds exerce une ferme surveillance sur les politiques de change des États membres et adopte des principes spécifiques pour guider les États membres en ce qui concerne ces politiques. Chaque État membre fournit au Fonds les informations nécessaires à cette surveillance et, à la demande du Fonds, a des consultations avec ce dernier sur ces politiques. Les principes adoptés par le Fonds sont compatibles avec les mécanismes de coopération en vertu desquels des États membres maintiennent la valeur de leurs monnaies par rapport à la valeur de la monnaie ou des monnaies d'autres États membres, ainsi qu'avec les autres régimes de change choisis par un État membre et qui sont conformes aux buts du Fonds et aux dispositions de la section 1 du présent article. Les principes respectent les orientations sociales et politiques intérieures des États membres, et le Fonds prend dûment en considération, pour leur application, la situation particulière de chaque État membre.

[...]

---

## Document 3 – Frédéric Lordon, *Crises financières, n'en tirer aucune leçon...*,

### Le Monde Diplomatique, Mars 2008

[...] Monsieur Bouton est particulièrement mal placé pour plaider « *un accident hors norme et tout à fait regrettable* », lui qui préside une Société générale en laquelle on pourrait voir un parfait raccourci de vingt-cinq ans de glissements progressifs vers le délire. Car la Générale, de tradition banque de détail d'un classicisme qui porte modérément au récit épique, avec ses agences, ses guichets et ses cadres moyens, plutôt faible dans la banque d'affaires, est tardivement mordue par la tarentule de la mondialisation, rêve de sophistication et d'écrans scintillants, singe la prestigieuse Goldman Sachs, apprend l'anglais, installe ses *boys* à Londres et enfin respire le grand air des marchés de capitaux – autre chose que de renouveler le crédit du chaudronnier de Romorantin. C'est pourquoi, lorsque M. Bouton se défend dans *Le Figaro* que « *le modèle de la Société générale n'a absolument pas été atteint ni été*

*contesté* », il faut entendre l'exact contraire : le modèle, qui n'est d'ailleurs pas que celui de la Société générale, mais est bien le sien en particulier, vient d'en prendre une belle, et sous la ligne de flottaison. La fascination pour les marchés, qui lui aura beaucoup rapporté, s'apprête à beaucoup lui coûter. Aussi, un peu plus visible que les autres, comme toujours les tard-venus, la Société générale illustre à merveille cette fantastique distorsion de l'univers bancaire en direction des marchés qui aura été l'effet magnétique de la déréglementation.

Toutes les dénégations du monde n'empêcheront pas que la crise présente apparaisse pour ce qu'elle est : une expérience en vraie grandeur, la démonstration de la malfaisance intrinsèque de marchés, et d'opérateurs de marché, hors de tout contrôle. Mais cette expérience n'est pas la première du

genre, et il semble qu'aucune conclusion n'en soit jamais tirée.

Le krach Internet de 2000 ne nous avait-il pas déjà joué les scènes grandiloquentes de l'indélicatesse et de la fraude, de l'appel solennel à la transparence, à la régulation et à la réintégration des hors-bilans ? « Plus jamais ça », jure à chaque fois la finance en repartant pour un tour. Mais ses serments d'ivrogne, et l'idée pénible entre toutes qu'elle s'enrichit fabuleusement et solitairement pendant la hausse, puis met toute l'économie en péril à l'éclatement de ses impérities, et pour finir contraint les pouvoirs publics à lui sauver la mise là où on laisserait tomber n'importe quel failli ordinaire, donnent furieusement envie de fracasser le manège, seule solution semble-t-il pour que ce soit vraiment le « dernier tour ».

Un bilan un peu plus analytique des « accomplissements » de la finance déréglementée, où les nuisances causées l'emportent si visiblement sur les services rendus, devrait au moins convaincre de l'urgence d'en briser quelques

engrenages. Contrairement à ce qu'on dit, les idées ne manquent pas sur le sujet. La taxe Tobin en était une, prématurément tombée dans l'oubli. Dans son registre propre, le SLAM comme projet de limiter la rentabilité actionnariale autorisée et de supprimer ainsi les incitations à intensifier indéfiniment l'exploitation des salariés, en est une autre. Le schéma d'une politique monétaire dédoublée, pour financer à des taux d'intérêt différenciés économie productive et économie spéculative, une troisième. A l'image de ce que fit le Glass-Steagall Act aux Etats-Unis à la suite de l'effondrement des années 1930, pourquoi ne pas envisager d'établir une séparation hermétique entre banques commerciales et banques de marché ? La communauté d'inspiration avec la mesure précédente est assez évidente, à ceci près que le principe de la cloison étanche a pour propriété supplémentaire d'atténuer sensiblement la transmission des désastres financiers à l'économie réelle, via le canal du crédit. [...]

---

#### **Document 4 – Bernard Cassen, *Le Sucre contre le FMI, Le Monde Diplomatique*, 2 décembre 2008.**

Autant le Sommet du G20 du 15 novembre à Washington, sans déboucher sur quoi que ce soit de concret, a bénéficié d'une énorme couverture médiatique, autant la presse internationale est restée muette sur une réunion qui va pourtant déboucher sur un événement historique : la mise en place d'une structure monétaire régionale en rupture totale avec la logique des institutions de Bretton Woods, et qui brisera le monopole du Fonds monétaire international (FMI).

On se souvient que, pour parer à la grande crise financière de 1997, partie de l'Asie orientale, le Japon avait proposé de créer un Fonds monétaire asiatique qui, en injectant des liquidités dans les circuits financiers des pays affectés, aurait permis de limiter l'ampleur du « tsunami » et d'éviter sa propagation à la Russie, puis au Brésil. Le gouvernement américain et le FMI tuèrent cette initiative dans l'œuf.

Ce que Tokyo ne put à l'époque réaliser, un petit groupe de pays est en train de le faire en Amérique latine, et en allant même beaucoup plus loin : réunis à Caracas le 26 novembre, les dirigeants des six pays (1) membres de l'Alternative bolivarienne pour les peuples de notre Amérique (Alba), rejoints par l'Equateur, ont non seulement décidé de créer un Fonds de stabilisation et de réserve qui les protégera collectivement (2), mais aussi, pour toutes les transactions commerciales, tant intra-zone que hors-zone, de se doter d'une unité de compte commune assortie d'une chambre de compensation de paiements. Cette unité de compte et cette chambre porteront le nom de Système unitaire de compensation régionale ou Sucre (3).

On reconnaîtra dans ce dispositif aussi bien les mécanismes de l'Union européenne des paiements qui, de 1950 à 1958, assura une stabilité complète des changes entre ses 18 pays membres, que ceux du Système monétaire européen et de son élément central : l'ECU (European Currency Unit), ancêtre de l'euro. Comme l'ECU, le Sucre sera seulement, du moins dans l'immédiat, une unité de compte et de valeur. Pas une monnaie avec son institut d'émission et ses pièces ou billets.

Cette initiative, qui devrait se concrétiser au début 2009, est une très grosse pierre dans le jardin du FMI. La déclaration finale de la réunion de Caracas critique en effet vertement

*« un système financier international qui a promu la libre circulation des capitaux et la domination de la logique de la spéculation financière au détriment de la satisfaction des besoins des peuples ».* Sans être nommé désigné, le G20 n'est pas épargné : les signataires dénoncent *« l'absence de propositions crédibles et vigoureuses pour faire face aux effets dévastateurs de la crise financière ».*

La création du Sucre s'inscrit dans une logique géopolitique : mettre fin à l'hégémonie du FMI — dont le président vénézuélien Hugo Chávez demande même la dissolution — et donc des Etats-Unis et du billet vert, pour aller vers un monde multipolaire. La déclaration fait état de *« la ferme conviction que l'espace régional est l'espace privilégié pour donner des réponses immédiates et effectives »* à la crise, en vue de créer un *« espace libéré des inefficaces institutions financières globales et du monopole du dollar comme monnaie de change et de réserve »* et *« pour avancer vers la création d'une monnaie commune, le Sucre ».*

Le Sucre ne pose aucun problème de financement : à lui seul, le Venezuela dispose de réserves de change de 100 milliards de dollars. Par ailleurs, sa simple existence aura un effet dissuasif sur la spéculation. Le Système est ouvert à tous les pays de l'hémisphère et, après une nouvelle réunion de ses membres, le 14 décembre, à Caracas, il sera présenté au Sommet latino-américain et caraïbe prévu à Salvador (Brésil) le 16 décembre. Présenté, mais pas négocié, pour éviter le sort de la Banque du Sud dont la création a certes été décidée, mais dont la mise en place se fait attendre, notamment en raison des attermoissements du Brésil. [...]

(1) La Bolivie, Cuba, la Dominique, le Honduras, le Nicaragua et le Venezuela.

(2) Dans l'immédiat et pour des raisons de procédures de décision, la Dominique n'aura qu'un statut d'observateur.

(3) Du nom d'Antonio José de Sucre (1795-1830), lieutenant de Simon Bolivar et vainqueur de la bataille d'Ayacucho (1824) qui assura l'indépendance des colonies espagnoles d'Amérique du Sud.

## **ANNEXES**

Convention de Washington  
Modèle américain (2004)  
Modèle français (2006)  
Annales

# CONVENTION POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS ENTRE ETATS ET RESSORTISSANTS D'AUTRES ETATS

## Préambule

### Les Etats contractants

**Considérant** la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ;

**Ayant présent à l'esprit** que des différends peuvent surgir à toute époque au sujet de tels investissements entre Etats contractants et ressortissants d'autres Etats contractants ;

**Reconnaissant** que si ces différends doivent normalement faire l'objet de recours aux instances internes, des modes de règlement internationaux de ces différends peuvent être appropriés dans certains cas ;

**Attachant une importance particulière** à la création de mécanismes pour la conciliation et l'arbitrage internationaux auxquels les Etats contractants et les ressortissants d'autres Etats contractants puissent, s'ils le désirent, soumettre leurs différends ;

**Désirant** établir ces mécanismes sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement ;

**Reconnaissant** que le consentement mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours auxdits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toute recommandation des conciliateurs soit dûment prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée ; et

**Déclarant** qu'aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier,

**Sont convenus** de ce qui suit :

## Chapitre I

### Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

#### Section 1

##### Création et organisation

#### Article 1

(1) Il est institué, en vertu de la présente Convention, un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après dénommé le Centre).

(2) L'objet du Centre est d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention.

#### Article 2

Le siège du Centre est celui de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (ci-après dénommée la Banque). Le siège peut être transféré en tout autre lieu par décision du Conseil administratif prise à la majorité des deux tiers de ses membres.

#### Article 3

Le Centre se compose d'un Conseil administratif et d'un Secrétariat. Il tient une liste de conciliateurs et une liste d'arbitres.

#### Section 2

##### Du Conseil administratif

#### Article 4

(1) Le Conseil administratif comprend un représentant de chaque Etat contractant. Un suppléant peut agir en qualité de représentant si le titulaire est absent d'une réunion ou empêché.

(2) Sauf désignation différente, le gouverneur et le gouverneur suppléant de la Banque nommés par l'Etat contractant remplissent

de plein droit les fonctions respectives de représentant et de suppléant.

#### Article 5

Le Président de la Banque est de plein droit Président du Conseil administratif (ci-après dénommé le Président) sans avoir le droit de vote. S'il est absent ou empêché ou si la présidence de la Banque est vacante, la personne qui le remplace à la Banque fait fonction de Président du Conseil administratif.

#### Article 6

(1) Sans préjudice des attributions qui lui sont dévolues par les autres dispositions de la présente Convention, le Conseil administratif :

(a) adopte le règlement administratif et le règlement financier du Centre ;

(b) adopte le règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage ;

(c) adopte les règlements de procédure relatifs aux instances de conciliation et d'arbitrage (ci-après dénommés le Règlement de conciliation et le Règlement d'arbitrage) ;

(d) approuve tous arrangements avec la Banque en vue de l'utilisation de ses locaux et de ses services administratifs ;

(e) détermine les conditions d'emploi du Secrétaire général et des Secrétaires généraux adjoints ;

(f) adopte le budget annuel des recettes et dépenses du Centre ;

(g) approuve le rapport annuel sur les activités du Centre.

Les décisions visées aux alinéas (a), (b), (c) et (f) ci-dessus sont prises à la majorité des deux tiers des membres du Conseil administratif.

(2) Le Conseil administratif peut constituer toute commission qu'il estime nécessaire.

(3) Le Conseil administratif exerce également toutes autres attributions qu'il estime nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de la présente Convention.

#### Article 7

(1) Le Conseil administratif tient une session annuelle et toute autre session qui aura été soit décidée par le Conseil, soit convoquée par le Président, soit convoquée par le Secrétaire général sur la demande d'au moins cinq membres du Conseil.

(2) Chaque membre du Conseil administratif dispose d'une voix et, sauf exception prévue par la présente Convention, toutes les questions soumises au Conseil sont résolues à la majorité des voix exprimées.

(3) Dans toutes les sessions du Conseil administratif, le quorum est la moitié de ses membres plus un.

(4) Le Conseil administratif peut adopter à la majorité des deux tiers de ses membres une procédure autorisant le Président à demander au Conseil un vote par correspondance. Ce vote ne sera considéré comme valable que si la majorité des membres du Conseil y ont pris part dans les délais impartis par ladite procédure.

#### Article 8

Les fonctions de membres du Conseil administratif et de Président ne sont pas rémunérées par le Centre.

#### Section 3

##### Du Secrétariat

#### Article 9

Le Secrétariat comprend un Secrétaire général, un ou plusieurs Secrétaires généraux adjoints et le personnel.

#### Article 10

(1) Le Secrétaire général et les Secrétaires généraux adjoints sont élus, sur présentation du Président, par le Conseil administratif à la majorité des deux tiers de ses membres pour une période ne



pouvant excéder six ans et sont rééligibles. Le Président, après consultation des membres du Conseil administratif, présente un ou plusieurs candidats pour chaque poste.

(2) Les fonctions de Secrétaire général et de Secrétaire général adjoint sont incompatibles avec l'exercice de toute fonction politique. Sous réserve de dérogation accordée par le Conseil administratif, le Secrétaire général et les Secrétaires généraux adjoints ne peuvent occuper d'autres emplois ou exercer d'autres activités professionnelles.

(3) En cas d'absence ou d'empêchement du Secrétaire général ou si le poste est vacant, le Secrétaire général adjoint remplit les fonctions de Secrétaire général. S'il existe plusieurs Secrétaires généraux adjoints, le Conseil administratif détermine à l'avance l'ordre dans lequel ils seront appelés à remplir lesdites fonctions.

#### **Article 11**

Le Secrétaire général représente légalement le Centre, il le dirige et est responsable de son administration, y compris le recrutement du personnel, conformément aux dispositions de la présente Convention et aux règlements adoptés par le Conseil administratif. Il remplit la fonction de greffier et a le pouvoir d'authentifier les sentences arbitrales rendues en vertu de la présente Convention et d'en certifier copie.

### **Section 4 Des listes**

#### **Article 12**

La liste de conciliateurs et la liste d'arbitres sont composées de personnes qualifiées, désignées comme il est dit ci-dessous et acceptant de figurer sur ces listes.

#### **Article 13**

(1) Chaque Etat contractant peut désigner pour figurer sur chaque liste quatre personnes qui ne sont pas nécessairement ses ressortissants.

(2) Le Président peut désigner dix personnes pour figurer sur chaque liste. Les personnes ainsi désignées sur une même liste doivent toutes être de nationalité différente.

#### **Article 14**

(1) Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante.

(2) Le Président, dans ses désignations, tient compte en outre de l'intérêt qui s'attache à représenter sur ces listes les principaux systèmes juridiques du monde et les principaux secteurs de l'activité économique.

#### **Article 15**

(1) Les désignations sont faites pour des périodes de six ans renouvelables.

(2) En cas de décès ou de démission d'une personne figurant sur l'une ou l'autre liste, l'autorité ayant nommé cette personne peut désigner un remplaçant pour la durée du mandat restant à courir.

(3) Les personnes portées sur les listes continuent d'y figurer jusqu'à désignation de leur successeur.

#### **Article 16**

(1) Une même personne peut figurer sur les deux listes.

(2) Si une personne est désignée pour figurer sur une même liste par plusieurs Etats contractants, ou par un ou plusieurs d'entre eux et par le Président, elle sera censée l'avoir été par l'autorité qui l'aura désignée la première ; toutefois, si cette personne est le ressortissant d'un Etat ayant participé à sa désignation, elle sera réputée avoir été désignée par ledit Etat.

(3) Toutes les désignations sont notifiées au Secrétaire général et prennent effet à compter de la date de réception de la notification.

### **Section 5 Du financement du Centre**

#### **Article 17**

Si les dépenses de fonctionnement du Centre ne peuvent être couvertes par les redevances payées pour l'utilisation de ses services ou par d'autres sources de revenus, l'excédent sera supporté par les Etats contractants membres de la Banque proportionnellement à leur souscription au capital de celle-ci et par les Etats qui ne sont pas membres de la Banque conformément aux règlements adoptés par le Conseil administratif.

### **Section 6 Statut, immunités et privilèges**

#### **Article 18**

Le Centre a la pleine personnalité juridique internationale. Il a, entre autres, capacité :

(a) de contracter ;

(b) d'acquérir des biens meubles et immeubles et d'en disposer ;

(c) d'ester en justice.

#### **Article 19**

Afin de pouvoir remplir ses fonctions, le Centre jouit, sur le territoire de chaque Etat contractant, des immunités et des privilèges définis à la présente Section.

#### **Article 20**

Le Centre, ses biens et ses avoirs, ne peuvent faire l'objet d'aucune action judiciaire, sauf s'il renonce à cette immunité.

#### **Article 21**

Le Président, les membres du Conseil administratif, les personnes agissant en qualité de conciliateurs, d'arbitres ou de membres du Comité prévu à l'article 5, alinéa (3), et les fonctionnaires et employés du Secrétariat :

(a) ne peuvent faire l'objet de poursuites en raison d'actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, sauf si le Centre lève cette immunité ;

(b) bénéficient, quand ils ne sont pas ressortissants de l'Etat où ils exercent leurs fonctions, des mêmes immunités en matière d'immigration, d'enregistrement des étrangers, d'obligations militaires ou de prestations analogues et des mêmes facilités en matière de change et de déplacements, que celles accordées par les Etats contractants aux représentants, fonctionnaires et employés de rang comparable d'autres Etats contractants.

#### **Article 22**

Les dispositions de l'article 21 s'appliquent aux personnes participant aux instances qui font l'objet de la présente Convention en qualité de parties, d'agents, de conseillers, d'avocats, de témoins ou d'experts, l'alinéa (b) ne s'appliquant toutefois qu'à leurs déplacements et à leur séjour dans le pays où se déroule la procédure.

#### **Article 23**

(1) Les archives du Centre sont inviolables où qu'elles se trouvent.

(2) Chaque Etat contractant accorde au Centre pour ses communications officielles un traitement aussi favorable qu'aux autres institutions internationales.

#### **Article 24**

(1) Le Centre, ses avoirs, ses biens et ses revenus ainsi que ses opérations autorisées par la présente Convention sont exonérés de tous impôts et droits de douane. Le Centre est également exempt de toute obligation relative au recouvrement ou au paiement d'impôts ou de droits de douane.

(2) Aucun impôt n'est prélevé sur les indemnités payées par le Centre au Président ou aux membres du Conseil administratif ou sur les traitements, émoluments ou autres indemnités payés par le Centre aux fonctionnaires ou employés du Secrétariat, sauf si les bénéficiaires sont ressortissants du pays où ils exercent leurs fonctions.

(3) Aucun impôt n'est prélevé sur les honoraires ou indemnités versés aux personnes agissant en qualité de conciliateurs, d'arbitres

ou de membres du Comité prévu à l'article 52, alinéa (3), dans les instances qui font l'objet de la présente Convention, si cet impôt n'a d'autre base juridique que le lieu où se trouve le Centre, celui où se déroule l'instance ou celui où sont payés lesdits honoraires ou indemnités.

## **Chapitre II De la compétence du Centre**

### **Article 25**

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

(2) « R ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie :

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

(b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

(3) Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire.

(4) Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les Etats contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1).

### **Article 26**

Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.

### **Article 27**

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

(2) Pour l'application de l'alinéa (1), la protection diplomatique ne vise pas les simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend.

## **Chapitre III De la conciliation**

### **Section 1 De la demande en conciliation**

### **Article 28**

(1) Un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant qui désire entamer une procédure de conciliation doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire général, lequel en envoie copie à l'autre partie.

(2) La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à la conciliation conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.

(3) Le Secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.

### **Section 2**

#### **De la constitution de la Commission de conciliation**

### **Article 29**

(1) La Commission de conciliation (ci-après dénommée la Commission) est constituée dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'article 28.

(2) (a) La Commission se compose d'un conciliateur unique ou d'un nombre impair de conciliateurs nommés conformément à l'accord des parties.

(b) A défaut d'accord entre les parties sur le nombre de conciliateurs et leur mode de nomination, la Commission comprend trois conciliateurs ; chaque partie nomme un conciliateur et le troisième, qui est le président de la Commission, est nommé par accord des parties.

### **Article 30**

Si la Commission n'a pas été constituée dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire général conformément à l'article 28, alinéa (3) ou dans tout autre délai convenu par les parties, le Président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme le conciliateur ou les conciliateurs non encore désignés.

### **Article 31**

(1) Les conciliateurs peuvent être pris hors de la liste des conciliateurs, sauf au cas de nomination par le Président prévu à l'article 30.

(2) Les conciliateurs nommés hors de la liste des conciliateurs doivent posséder les qualités prévues à l'article 14, alinéa (1).

### **Section 3**

#### **De la procédure devant la Commission**

### **Article 32**

(1) La Commission est juge de sa compétence.

(2) Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle de la Commission doit être examiné par la Commission qui décide s'il doit être traité comme une question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond.

### **Article 33**

Toute procédure de conciliation est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement de conciliation en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à la conciliation. Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement de conciliation ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par la Commission.

### **Article 34**

(1) La Commission a pour fonction d'éclaircir les points en litige entre les parties et doit s'efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable. A cet effet, la Commission peut à une phase quelconque de la procédure et à plusieurs reprises recommander aux parties les termes d'un règlement. Les parties doivent collaborer de bonne foi avec la Commission afin de lui

permettre de remplir ses fonctions et doivent tenir le plus grand compte de ses recommandations.

(2) Si les parties se mettent d'accord, la Commission rédige un procès-verbal faisant l'inventaire des points en litige et prenant acte de l'accord des parties. Si à une phase quelconque de la procédure, la Commission estime qu'il n'y a aucune possibilité d'accord entre les parties, elle clôt la procédure et dresse un procès-verbal constatant que le différend a été soumis à la conciliation et que les parties n'ont pas abouti à un accord. Si une des parties fait défaut ou s'abstient de participer à la procédure, la Commission clôt la procédure et dresse un procès-verbal constatant qu'une des parties a fait défaut ou s'est abstenue de participer à la procédure.

#### **Article 35**

Sauf accord contraire des parties, aucune d'elles ne peut, à l'occasion d'une autre procédure se déroulant devant des arbitres, un tribunal ou de toute autre manière, invoquer les opinions exprimées, les déclarations ou les offres de règlement faites par l'autre partie au cours de la procédure non plus que le procès-verbal ou les recommandations de la Commission.

### **Chapitre IV De l'arbitrage**

#### **Section 1 De la demande d'arbitrage**

#### **Article 36**

(1) Un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant qui désire entamer une procédure d'arbitrage doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire général, lequel en envoie copie à l'autre partie.

(2) La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à l'arbitrage conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.

(3) Le Secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.

#### **Section 2 De la constitution du Tribunal**

#### **Article 37**

(1) Le Tribunal arbitral (ci-après dénommé le Tribunal) est constitué dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'article 36.

(2) (a) Le Tribunal se compose d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres nommés conformément à l'accord des parties.

(b) A défaut d'accord entre les parties sur le nombre des arbitres et leur mode de nomination, le Tribunal comprend trois arbitres ; chaque partie nomme un arbitre et le troisième, qui est le président du Tribunal, est nommé par accord des parties.

#### **Article 38**

Si le Tribunal n'a pas été constitué dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire général conformément à l'article 36, alinéa (3) ou dans tout autre délai convenu par les parties, le Président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme l'arbitre ou les arbitres non encore désignés. Les arbitres nommés par le Président conformément aux dispositions du présent article ne doivent pas être ressortissants de l'Etat contractant partie au différend ou de l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend.

#### **Article 39**

Les arbitres composant la majorité doivent être ressortissants d'Etats autres que l'Etat contractant partie au différend et que l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend ; étant entendu néanmoins que cette disposition ne s'applique pas si, d'un

commun accord, les parties désignent l'arbitre unique ou chacun des membres du Tribunal.

#### **Article 40**

(1) Les arbitres peuvent être pris hors de la liste des arbitres, sauf au cas de nomination par le Président prévu à l'article 38.

(2) Les arbitres nommés hors de la liste des arbitres doivent posséder les qualités prévues à l'article 14, alinéa (1).

### **Section 3 Des pouvoirs et des fonctions du Tribunal**

#### **Article 41**

(1) Le Tribunal est juge de sa compétence.

(2) Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal doit être examiné par le Tribunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond.

#### **Article 42**

(1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière.

(2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.

(3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

#### **Article 43**

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal s'il l'estime nécessaire, peut à tout moment durant les débats :

(a) demander aux parties de produire tous documents ou autres moyens de preuve, et

(b) se transporter sur les lieux et y procéder à telles enquêtes qu'il estime nécessaires.

#### **Article 44**

Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal.

#### **Article 45**

(1) Si l'une des parties fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens, elle n'est pas pour autant réputée acquiescer aux prétentions de l'autre partie.

(2) Si l'une des parties fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens à tout moment de la procédure, l'autre partie peut demander au Tribunal de considérer les chefs de conclusions qui lui sont soumises et de rendre sa sentence. Le Tribunal doit, en notifiant à la partie défaillante la demande dont il est saisi, accorder à celle-ci un délai de grâce avant de rendre sa sentence, à moins qu'il ne soit convaincu que ladite partie n'a pas l'intention de comparaître ou de faire valoir ses moyens.

#### **Article 46**

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre.

#### **Article 47**

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties.



#### Section 4 De la sentence

##### Article 48

- (1) Le Tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses membres.
- (2) La sentence est rendue par écrit ; elle est signée par les membres du Tribunal qui se sont prononcés en sa faveur.
- (3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être motivée.
- (4) Tout membre du Tribunal peut faire joindre à la sentence soit son opinion particulière – qu'il partage ou non l'avis de la majorité – soit la mention de son dissentiment.
- (5) Le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties.

##### Article 49

- (1) Le Secrétaire général envoie sans délai aux parties copies certifiées conformes de la sentence. La sentence est réputée avoir été rendue le jour de l'envoi desdites copies.
- (2) Sur requête d'une des parties, à présenter dans les 45 jours de la sentence, le Tribunal peut, après notification à l'autre partie, statuer sur toute question sur laquelle il aurait omis de se prononcer dans la sentence et corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence. Sa décision fait partie intégrante de la sentence et est notifiée aux parties dans les mêmes formes que celle-ci. Les délais prévus à l'article 51, alinéa (2) et à l'article 52, alinéa (2) courent à partir de la date de la décision correspondante.

#### Section 5 De l'interprétation, de la révision et de l'annulation de la sentence

##### Article 50

- (1) Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties concernant le sens ou la portée de la sentence peut faire l'objet d'une demande en interprétation adressée par écrit au Secrétaire général par l'une ou l'autre des parties.
- (2) La demande est, si possible, soumise au Tribunal qui a statué. En cas d'impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué conformément à la section 2 du présent chapitre. Le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en interprétation.

##### Article 51

- (1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général la révision de la sentence en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence, à condition qu'avant le prononcé de la sentence ce fait ait été inconnu du Tribunal et de la partie demanderesse et qu'il n'y ait pas eu, de la part de celle-ci, faute à l'ignorer.
- (2) La demande doit être introduite dans les 90 jours suivant la découverte du fait nouveau et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.
- (3) La demande est, si possible, soumise au Tribunal ayant statué. En cas d'impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué conformément à la section 2 du présent chapitre.
- (4) Le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en révision. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur ladite requête.

##### Article 52

- (1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants :
  - (a) vice dans la constitution du Tribunal ;
  - (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ;
  - (c) corruption d'un membre du Tribunal ;

(d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ;

(e) défaut de motifs.

(2) Toute demande doit être formée dans les 120 jours suivant la date de la sentence, sauf si l'annulation est demandée pour cause de corruption, auquel cas ladite demande doit être présentée dans les 120 jours suivant la découverte de la corruption et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

(3) Au reçu de la demande, le Président nomme immédiatement parmi les personnes dont les noms figurent sur la liste des arbitres, un Comité *ad hoc* de trois membres. Aucun membre dudit Comité ne peut être choisi parmi les membres du Tribunal ayant rendu la sentence, ni posséder la même nationalité qu'un des membres dudit Tribunal ni celle de l'Etat partie au différend ou de l'Etat dont le ressortissant est partie au différend, ni avoir été désigné pour figurer sur la liste des arbitres par l'un desdits Etats, ni avoir rempli les fonctions de conciliateur dans la même affaire. Le Comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa (1) du présent article.

(4) Les dispositions des articles 41-45, 48, 49, 53 et 54 et des chapitres VI et VII s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure devant le Comité.

(5) Le Comité peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en annulation. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le Comité ait statué sur ladite requête.

(6) Si la sentence est déclarée nulle, le différend est, à la requête de la partie la plus diligente, soumis à un nouveau Tribunal constitué conformément à la section 2 du présent chapitre.

#### Section 6 De la reconnaissance et de l'exécution de la sentence

##### Article 53

(1) La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention.

(2) Aux fins de la présente section, une « sentence » inclut toute décision concernant l'interprétation, la révision ou l'annulation de la sentence prise en vertu des articles 50, 51 ou 52.

##### Article 54

(1) Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. Un Etat contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des Etats fédérés.

(2) Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un Etat contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le Secrétaire général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit Etat contractant aura désigné à cet effet. Chaque Etat contractant fait savoir au Secrétaire général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels.

(3) L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel on cherche à y procéder.

##### Article 55

Aucune des dispositions de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger.

## Chapitre V

### Du remplacement et de la récusation des conciliateurs et des arbitres

#### Article 56

(1) Une fois qu'une Commission ou un Tribunal a été constitué et la procédure engagée, sa composition ne peut être modifiée. Toutefois, en cas de décès, d'incapacité ou de démission d'un conciliateur ou d'un arbitre, il est pourvu à la vacance selon les dispositions du chapitre III, section 2 ou du chapitre IV, section 2.

(2) Tout membre d'une Commission ou d'un Tribunal continue à remplir ses fonctions en cette qualité nonobstant le fait que son nom n'apparaisse plus sur la liste.

(3) Si un conciliateur ou un arbitre nommé par une partie démissionne sans l'assentiment de la Commission ou du Tribunal dont il est membre, le Président pourvoit à la vacance en prenant un nom sur la liste approuvée.

#### Article 57

Une partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, alinéa (1). Une partie à une procédure d'arbitrage peut, en outre, demander la récusation d'un arbitre pour le motif qu'il ne remplissait pas les conditions fixées à la section 2 du chapitre IV pour la nomination au Tribunal arbitral.

#### Article 58

Les autres membres de la Commission ou du Tribunal, selon le cas, se prononcent sur toute demande en récusation d'un conciliateur ou d'un arbitre. Toutefois, en cas de partage égal des voix, ou si la demande en récusation vise un conciliateur ou un arbitre unique ou une majorité de la Commission ou du Tribunal, la décision est prise par le Président. Si le bien-fondé de la demande est reconnu, le conciliateur ou l'arbitre visé par la décision est remplacé conformément aux dispositions du chapitre III, section 2 ou du chapitre IV, section 2.

## Chapitre VI

### Des frais de procédure

#### Article 59

Les redevances dues par les parties pour l'utilisation des services du Centre sont fixées par le Secrétaire général conformément aux règlements adoptés en la matière par le Conseil administratif.

#### Article 60

(1) Chaque Commission et chaque Tribunal fixe les honoraires et frais de ses membres dans les limites qui sont définies par le Conseil administratif et après consultation du Secrétaire général.

(2) Nonobstant les dispositions de l'alinéa précédent, les parties peuvent fixer par avance, en accord avec la Commission ou le Tribunal, les honoraires et frais de ses membres.

#### Article 61

(1) Dans le cas d'une procédure de conciliation les honoraires et frais des membres de la Commission ainsi que les redevances dues pour l'utilisation des services du Centre sont supportés à parts égales par les parties. Chaque partie supporte toutes les autres dépenses qu'elle expose pour les besoins de la procédure.

(2) Dans le cas d'une procédure d'arbitrage le Tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre. Cette décision fait partie intégrante de la sentence.

## Chapitre VII

### Du lieu de la procédure

#### Article 62

Les procédures de conciliation et d'arbitrage se déroulent au siège du Centre, sous réserve des dispositions qui suivent.

#### Article 63

Si les parties en décident ainsi, les procédures de conciliation et d'arbitrage peuvent se dérouler :

(a) soit au siège de la Cour permanente d'arbitrage ou de toute autre institution appropriée, publique ou privée, avec laquelle le Centre aura conclu des arrangements à cet effet ;

(b) soit en tout autre lieu approuvé par la Commission ou le Tribunal après consultation du Secrétaire général.

## Chapitre VIII

### Différends entre Etats contractants

#### Article 64

Tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour internationale de Justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les Etats intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement.

## Chapitre IX

### Amendements

#### Article 65

Tout Etat contractant peut proposer des amendements à la présente Convention. Tout texte d'amendement doit être communiqué au Secrétaire général 90 jours au moins avant la réunion du Conseil administratif au cours de laquelle ledit amendement doit être examiné, et doit être immédiatement transmis par lui à tous les membres du Conseil administratif.

#### Article 66

(1) Si le Conseil administratif le décide à la majorité des deux tiers de ses membres, l'amendement proposé est distribué à tous Etats contractants aux fins de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Chaque amendement entre en vigueur 30 jours après l'envoi par le depositaire de la présente Convention d'une notice adressée aux Etats contractants les informant que tous les Etats contractants ont ratifié, accepté ou approuvé l'amendement.

(2) Aucun amendement ne peut porter atteinte aux droits et obligations d'un Etat contractant, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné avant la date d'entrée en vigueur dudit amendement.

## Chapitre X

### Dispositions finales

#### Article 67

La présente Convention est ouverte à la signature des Etats membres de la Banque. Elle est également ouverte à la signature de tout autre Etat partie au Statut de la Cour internationale de Justice que le Conseil administratif, à la majorité des deux tiers de ses membres, aura invité à signer la Convention.

#### Article 68

(1) La présente Convention est soumise à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des Etats signataires conformément à leurs procédures constitutionnelles.

(2) La présente Convention entrera en vigueur 30 jours après la date du dépôt du vingtième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. A l'égard de tout Etat déposant ultérieurement son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, elle entrera en vigueur 30 jours après la date dudit dépôt.

#### Article 69

Tout Etat contractant doit prendre les mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires en vue de donner effet sur son territoire aux dispositions de la présente Convention.

#### Article 70

La présente Convention s'applique à tous les territoires qu'un Etat contractant représente sur le plan international, à l'exception de ceux qui sont exclus par ledit Etat par notification adressée au depositaire de la présente Convention soit au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation soit ultérieurement.

**Article 71**

Tout Etat contractant peut dénoncer la présente Convention par notification adressée au depositaire de la présente Convention. La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification.

**Article 72**

Aucune notification par un Etat contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le depositaire.

**Article 73**

Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation de la présente Convention et de tous amendements qui y seraient apportés seront déposés auprès de la Banque, laquelle agira en

qualité de depositaire de la présente Convention. Le depositaire transmettra des copies de la présente Convention certifiées conformes aux Etats membres de la Banque et à tout autre Etat invité à signer la Convention.

**Article 74**

Le depositaire enregistrera la présente Convention auprès du Secrétariat des Nations Unies conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies et aux Règlements y afférents adoptés par l'Assemblée générale.

**Article 75**

Le depositaire donnera notification à tous les Etats signataires des informations concernant :

- (a) les signatures conformément à l'article 67 ;
- (b) le dépôt des instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation conformément à l'article 73 ;
- (c) la date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à l'article 68 ;
- (d) les exclusions de l'application territoriale conformément à l'article 70 ;
- (e) la date d'entrée en vigueur de tout amendement à la présente Convention conformément à l'article 66 ;
- (f) les dénonciations conformément à l'article 71.

# TREATY BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE GOVERNMENT OF [Country] CONCERNING THE ENCOURAGEMENT AND RECIPROCAL PROTECTION OF INVESTMENT

[...]

## SECTION A

### Article 1: Definitions

For purposes of this Treaty:

[...]

“**investment**” means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
- (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;<sup>17</sup>
- (d) futures, options, and other derivatives;
- (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (f) intellectual property rights;
- (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law;<sup>18,19</sup> and
- (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.

“**investment agreement**” means a written agreement<sup>20</sup> between a national authority<sup>21</sup> of a Party and a covered investment or an investor of the other Party, on which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment or investor:

- (a) with respect to natural resources that a national authority controls, such as for their exploration, extraction, refining, transportation, distribution, or sale;
- (b) to supply services to the public on behalf of the Party, such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or telecommunications; or
- (c) to undertake infrastructure projects, such as the construction of roads, bridges, canals, dams, or pipelines, that are not for the exclusive or predominant use and benefit of the government.

<sup>17</sup> Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt, such as claims to payment that are immediately due and result from the sale of goods or services, are less likely to have such characteristics.

<sup>18</sup> Whether a particular type of license, authorization, permit, or similar instrument (including a concession, to the extent that it has the nature of such an instrument) has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and extent of the rights that the holder has under the law of the Party. Among the licenses, authorizations, permits, and similar instruments that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law. For greater certainty, the foregoing is without prejudice to whether any asset associated with the license, authorization, permit, or similar instrument has the characteristics of an investment.

<sup>19</sup> The term “investment” does not include an order or judgment entered in a judicial or administrative action.

<sup>20</sup> “Written agreement” refers to an agreement in writing, executed by both parties, whether in a single instrument or in multiple instruments, that creates an exchange of rights and obligations, binding on both parties under the law applicable under Article 30[Governing Law](2). For greater certainty, (a) a unilateral act of an administrative or judicial authority, such as a permit, license, or authorization issued by a Party solely in its regulatory capacity, or a decree, order, or judgment, standing alone; and (b) an administrative or judicial consent decree or order, shall not be considered a written agreement.

<sup>21</sup> For purposes of this definition, “national authority” means (a) for the United States, an authority at the central level of government; and (b) for [Country], [ ].

“**investment authorization**”<sup>22</sup> means an authorization that the foreign investment authority of a Party grants to a covered investment or an investor of the other Party.

“**investor of a non-Party**” means, with respect to a Party, an investor that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of that Party, that is not an investor of either Party.

“**investor of a Party**” means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality.

[...]

“**national**” means:

- (a) for the United States, a natural person who is a national of the United States as defined in Title III of the Immigration and Nationality Act; and
- (b) for [Country], [ ].

### Article 2: Scope and Coverage

1. This Treaty applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:

- (a) investors of the other Party;
- (b) covered investments; and
- (c) with respect to Articles 8 [Performance Requirements], 12 [Investment and Environment], and 13 [Investment and Labor], all investments in the territory of the Party.

2. A Party’s obligations under Section A shall apply:

- (a) to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party; and
- (b) to the political subdivisions of that Party.

3. For greater certainty, this Treaty does not bind either Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Treaty.

### Article 3: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to natural persons resident in and enterprises constituted under the laws of other regional levels of government of the Party of which it forms a part, and to their respective investments.

### Article 4: Most-Favored-Nation Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

<sup>22</sup> For greater certainty, actions taken by a Party to enforce laws of general application, such as competition laws, are not encompassed within this definition.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

#### **Article 5: Minimum Standard of Treatment<sup>23</sup>**

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

(b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Treaty, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

4. Notwithstanding Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants], each Party shall accord to investors of the other Party, and to covered investments, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.

5. Notwithstanding paragraph 4, if an investor of a Party, in the situations referred to in paragraph 4, suffers a loss in the territory of the other Party resulting from:

(a) requisitioning of its covered investment or part thereof by the latter’s forces or authorities; or

(b) destruction of its covered investment or part thereof by the latter’s forces or authorities, which was not required by the necessity of the situation, the latter Party shall provide the investor restitution, compensation, or both, as appropriate, for such loss. Any compensation shall be prompt, adequate, and effective in accordance with Article 6 [Expropriation and Compensation](2) through (4), *mutatis mutandis*.

6. Paragraph 4 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 3 [National Treatment] but for Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants].

#### **Article 6: Expropriation and Compensation<sup>24</sup>**

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except:

(a) for a public purpose;

(b) in a non-discriminatory manner;

(c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and

(d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment](1) through (3).

2. The compensation referred to in paragraph 1(c) shall:

(a) be paid without delay;

(b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“the date of expropriation”);

(c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had

become known earlier; and

(d) be fully realizable and freely transferable.

3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1(c) shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation referred to in paragraph 1(c) – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than:

(a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus

(b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation, or creation is consistent with the TRIPS Agreement.

#### **Article 7: Transfers**

1. Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include:

(a) contributions to capital;

(b) profits, dividends, capital gains, and proceeds from the sale of all or any part of the covered investment or from the partial or complete liquidation of the covered investment;

(c) interest, royalty payments, management fees, and technical assistance and other fees;

(d) payments made under a contract, including a loan agreement;

(e) payments made pursuant to Article 5 [Minimum Standard of Treatment](4) and

(5) and Article 6 [Expropriation and Compensation]; and

(f) payments arising out of a dispute.

2. Each Party shall permit transfers relating to a covered investment to be made in a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing at the time of transfer.

3. Each Party shall permit returns in kind relating to a covered investment to be made as authorized or specified in a written agreement between the Party and a covered investment or an investor of the other Party.

4. Notwithstanding paragraphs 1 through 3, a Party may prevent a transfer through the equitable, non-discriminatory, and good faith application of its laws relating to:

(a) bankruptcy, insolvency, or the protection of the rights of creditors;

(b) issuing, trading, or dealing in securities, futures, options, or derivatives;

(c) criminal or penal offenses;

(d) financial reporting or record keeping of transfers when necessary to assist law enforcement or financial regulatory authorities; or

(e) ensuring compliance with orders or judgments in judicial or administrative proceedings.

#### **Article 8: Performance Requirements**

1. Neither Party may, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, impose or enforce any requirement or enforce any commitment or undertaking:<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Article 5 [Minimum Standard of Treatment] shall be interpreted in accordance with Annex A.

<sup>24</sup> Article 6 [Expropriation] shall be interpreted in accordance with Annexes A and B.

<sup>25</sup> For greater certainty, a condition for the receipt or continued receipt of an advantage referred to in paragraph 2 does not constitute a “commitment or undertaking” for the purposes of paragraph 1.



- (a) to export a given level or percentage of goods or services;
- (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;
- (c) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
- (d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;
- (e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;
- (f) to transfer a particular technology, a production process, or other proprietary knowledge to a person in its territory; or
- (g) to supply exclusively from the territory of the Party the goods that such investment produces or the services that it supplies to a specific regional market or to the world market.

2. Neither Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any requirement:

- (a) to achieve a given level or percentage of domestic content;
- (b) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
- (c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or

(d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.

3. (a) Nothing in paragraph 2 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with a requirement to locate production, supply a service, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.

(b) Paragraph 1(f) does not apply:

(i) when a Party authorizes use of an intellectual property right in accordance with Article 31 of the TRIPS Agreement, or to measures requiring the disclosure of proprietary information that fall within the scope of, and are consistent with, Article 39 of the TRIPS Agreement; or

(ii) when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal, or competition authority to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anticompetitive under the Party's competition laws.<sup>26</sup>

(c) Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, and provided that such measures do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, paragraphs 1(b), (c), and (f), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:

- (i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Treaty;
- (ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or
- (iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

(d) Paragraphs 1(a), (b), and (c), and 2(a) and (b), do not apply to qualification requirements for goods or services with respect to export promotion and foreign aid programs.

(e) Paragraphs 1(b), (c), (f), and (g), and 2(a) and (b), do not apply to government procurement.

(f) Paragraphs 2(a) and (b) do not apply to requirements imposed by an importing Party relating to the content of goods necessary to qualify for preferential tariffs or preferential quotas.

4. For greater certainty, paragraphs 1 and 2 do not apply to any commitment, undertaking, or requirement other than those set out in those paragraphs.

5. This Article does not preclude enforcement of any commitment, undertaking, or requirement between private parties, where a Party did not impose or require the commitment, undertaking, or requirement.

#### **Article 9: Senior Management and Boards of Directors**

1. Neither Party may require that an enterprise of that Party that is a covered investment appoint to senior management positions natural persons of any particular nationality.

2. A Party may require that a majority of the board of directors, or any committee thereof, of an enterprise of that Party that is a covered investment, be of a particular nationality, or resident in the territory of the Party, provided that the requirement does not materially impair the ability of the investor to exercise control over its investment.

#### **Article 10: Publication of Laws and Decisions Respecting Investment**

1. Each Party shall ensure that its:

- (a) laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application; and
- (b) adjudicatory decisions respecting any matter covered by this Treaty are promptly published or otherwise made publicly available.

2. For purposes of this Article, "administrative ruling of general application" means an administrative ruling or interpretation that applies to all persons and fact situations that fall generally within its ambit and that establishes a norm of conduct but does not include:

- (a) a determination or ruling made in an administrative or quasi-judicial proceeding that applies to a particular covered investment or investor of the other Party in a specific case; or
- (b) a ruling that adjudicates with respect to a particular act or practice.

#### **Article 11: Transparency**

1. Contact Points

(a) Each Party shall designate a contact point or points to facilitate communications between the Parties on any matter covered by this Treaty.

(b) On the request of the other Party, the contact point(s) shall identify the office or official responsible for the matter and assist, as necessary, in facilitating communication with the requesting Party.

2. Publication

To the extent possible, each Party shall:

- (a) publish in advance any measure referred to in Article 10(1)(a) that it proposes to adopt; and
- (b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed measures.

3. Provision of Information

(a) On request of the other Party, a Party shall promptly provide information and respond to questions pertaining to any actual or proposed measure that the requesting Party considers might materially affect the operation of this Treaty or otherwise substantially affect its interests under this Treaty.

(b) Any request or information under this paragraph shall be provided to the other Party through the relevant contact points.

(c) Any information provided under this paragraph shall be without prejudice as to whether the measure is consistent with this Treaty.

4. Administrative Proceedings

With a view to administering in a consistent, impartial, and reasonable manner all measures referred to in Article 10(1)(a), each Party shall ensure that in its administrative proceedings applying such measures to particular covered investments or investors of the other Party in specific cases:

- (a) wherever possible, covered investments or investors of the other Party that are directly affected by a proceeding are provided reasonable notice, in accordance with domestic procedures, when a

<sup>26</sup> The Parties recognize that a patent does not necessarily confer market power.

proceeding is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated, and a general description of any issues in controversy;

(b) such persons are afforded a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, when time, the nature of the proceeding, and the public interest permit; and

(c) its procedures are in accordance with domestic law.

#### 5. Review and Appeal

(a) Each Party shall establish or maintain judicial, quasi-judicial, or administrative tribunals or procedures for the purpose of the prompt review and, where warranted, correction of final administrative actions regarding matters covered by this Treaty. Such tribunals shall be impartial and independent of the office or authority entrusted with administrative enforcement and shall not have any substantial interest in the outcome of the matter.

(b) Each Party shall ensure that, in any such tribunals or procedures, the parties to the proceeding are provided with the right to:

(i) a reasonable opportunity to support or defend their respective positions; and

(ii) a decision based on the evidence and submissions of record or, where required by domestic law, the record compiled by the administrative authority.

(c) Each Party shall ensure, subject to appeal or further review as provided in its domestic law, that such decisions shall be implemented by, and shall govern the practice of, the offices or authorities with respect to the administrative action at issue.

#### Article 12: Investment and Environment

1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws.<sup>27</sup> Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

2. Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

#### Article 13: Investment and Labor

1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic labor laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces adherence to the internationally recognized labor rights referred to in paragraph 2 as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

2. For purposes of this Article, "labor laws" means each Party's statutes or regulations,<sup>28</sup> or provisions thereof, that are directly related to the following internationally recognized labor rights:

(a) the right of association;

(b) the right to organize and bargain collectively;

(c) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labor;

(d) labor protections for children and young people, including a minimum age for the employment of children and the prohibition and elimination of the worst forms of child labor; and

(e) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health.

#### Article 14: Non-Conforming Measures

[...]

#### Article 15: Special Formalities and Information Requirements

[...]

#### Article 16: Non-Derogation

[...]

#### Article 17: Denial of Benefits

[...]

#### Article 18: Essential Security

Nothing in this Treaty shall be construed:

1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or

2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

#### Article 19: Disclosure of Information

Nothing in this Treaty shall be construed to require a Party to furnish or allow access to confidential information the disclosure of which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest, or which would prejudice the legitimate commercial interests of particular enterprises, public or private.

#### Article 20: Financial Services

[...]

#### Article 21: Taxation

[...]

#### Article 22: Entry into Force, Duration, and Termination

[...]

### SECTION B

#### Article 23: Consultation and Negotiation

In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of nonbinding, third-party procedures.

#### Article 24: Submission of a Claim to Arbitration

1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement; and

(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and

<sup>27</sup> For the United States, "laws" for purposes of this Article means an act of the United States Congress or regulations promulgated pursuant to an act of the United States Congress that is enforceable by action of the central level of government.

<sup>28</sup> For the United States, "statutes or regulations" for purposes of this Article means an act of the United States Congress or regulations

promulgated pursuant to an act of the United States Congress that is enforceable by action of the central level of government.

(b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement; and

(ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach, provided that a claimant may submit pursuant to subparagraph (a)(i)(C) or (b)(i)(C) a claim for breach of an investment agreement only if the subject matter of the claim and the claimed damages directly relate to the covered investment that was established or acquired, or sought to be established or acquired, in reliance on the relevant investment agreement.

2. At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration (“notice of intent”). The notice shall specify:

(a) the name and address of the claimant and, where a claim is submitted on behalf of an enterprise, the name, address, and place of incorporation of the enterprise;

(b) for each claim, the provision of this Treaty, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions;

(c) the legal and factual basis for each claim; and

(d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed.

3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:

(a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;

(b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;

(c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or

(d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.

4. A claim shall be deemed submitted to arbitration under this Section when the claimant’s notice of or request for arbitration (“notice of arbitration”):

(a) referred to in paragraph 1 of Article 36 of the ICSID Convention is received by the Secretary-General;

(b) referred to in Article 2 of Schedule C of the ICSID Additional Facility Rules is received by the Secretary-General;

(c) referred to in Article 3 of the UNCITRAL Arbitration Rules, together with the statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules, are received by the respondent; or

(d) referred to under any arbitral institution or arbitral rules selected under paragraph 3(d) is received by the respondent.

A claim asserted by the claimant for the first time after such notice of arbitration is submitted shall be deemed submitted to arbitration under this Section on the date of its receipt under the applicable arbitral rules.

5. The arbitration rules applicable under paragraph 3, and in effect on the date the claim or claims were submitted to arbitration under this Section, shall govern the arbitration except to the extent modified by this Treaty.

6. The claimant shall provide with the notice of arbitration:

(a) the name of the arbitrator that the claimant appoints; or

(b) the claimant’s written consent for the Secretary-General to appoint that arbitrator.

#### **Article 25: Consent of Each Party to Arbitration**

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Treaty.

2. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Section shall satisfy the requirements of:

(a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the ICSID Additional Facility Rules for written consent of the parties to the dispute; [and]

(b) Article II of the New York Convention for an “agreement in writing[.]” [;] and

(c) Article I of the Inter-American Convention for an “agreement.”]

#### **Article 26: Conditions and Limitations on Consent of Each Party**

1. No claim may be submitted to arbitration under this Section if more than three years have elapsed from the date on which the claimant first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach alleged under Article 24(1) and knowledge that the claimant (for claims brought under Article 24(1)(a)) or the enterprise (for claims brought under Article 24(1)(b)) has incurred loss or damage.

2. No claim may be submitted to arbitration under this Section unless:

(a) the claimant consents in writing to arbitration in accordance with the procedures set out in this Treaty; and

(b) the notice of arbitration is accompanied,

(i) for claims submitted to arbitration under Article 24(1)(a), by the claimant’s written waiver, and

(ii) for claims submitted to arbitration under Article 24(1)(b), by the claimant’s and the enterprise’s written waivers of any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of either Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 24.

3. Notwithstanding paragraph 2(b), the claimant (for claims brought under Article 24(1)(a)) and the claimant or the enterprise (for claims brought under Article 24(1)(b)) may initiate or continue an action that seeks interim injunctive relief and does not involve the payment of monetary damages before a judicial or administrative tribunal of the respondent, provided that the action is brought for the sole purpose of preserving the claimant’s or the enterprise’s rights and interests during the pendency of the arbitration.

#### **Article 27: Selection of Arbitrators**

[...]

#### **Article 28: Conduct of the Arbitration**

[...]

#### **Article 29: Transparency of Arbitral Proceedings**

[...]

#### **Article 30: Governing Law**

1. Subject to paragraph 3, when a claim is submitted under Article 24(1)(a)(i)(A) or Article 24(1)(b)(i)(A), the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules of international law.

2. Subject to paragraph 3 and the other terms of this Section, when a claim is submitted under Article 24(1)(a)(i)(B) or (C), or Article 24(1)(b)(i)(B) or (C), the tribunal shall apply:

(a) the rules of law specified in the pertinent investment authorization or investment agreement, or as the disputing parties may otherwise agree; or

(b) if the rules of law have not been specified or otherwise agreed:

(i) the law of the respondent, including its rules on the conflict of laws;<sup>29</sup> and

(ii) such rules of international law as may be applicable.

3. A joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision.

#### **Article 31: Interpretation of Annexes**

[...]

---

<sup>29</sup> The “law of the respondent” means the law that a domestic court or tribunal of proper jurisdiction would apply in the same case.

**Article 32: Expert Reports**

[...]

**Article 33: Consolidation**

[...]

**Article 34: Awards**

[...]

**Article 35: Annexes and Footnotes**

[...]

**Article 36: Service of Documents**

[...]

**SECTION C**

**Article 37: State-State Dispute Settlement**

[...]

**Annex A**

**Customary International Law**

The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 5 [Minimum Standard of Treatment] and Annex B [Expropriation] results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5 [Minimum Standard of Treatment], the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.

**Annex B**

**Expropriation**

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.

2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.

3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

(iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

**Annex C**

**Service of Documents on a Party**

[...]

**Annex D**

**Possibility of a Bilateral Appellate Mechanism**

Within three years after the date of entry into force of this Treaty, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 34 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism.

# MODELE FRANÇAIS D'ACCORD BILATERAL SUR L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS (2006)

## ACCORD ENTRE LE GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE ET LE GOUVERNEMENT DE .....

### SUR L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION RECIPROQUES DES INVESTISSEMENTS

Le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de (...), ci-après dénommés "les Parties contractantes",

Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux Etats et de créer des conditions favorables pour les investissements français en ... et ... en France,

Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique,

Sont convenus des dispositions suivantes :

### ARTICLE 1 Définitions

Pour l'application du présent accord :

1. Le terme "investissement" désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement :

a) les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et tous droits analogues ;

b) les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;

c) les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;

d) les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle ;

e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes.

Il est entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la Partie

contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent accord.

Aucune modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est réalisé.

2. Le terme d' « investisseur » désigne :

a) Les nationaux, c'est-à-dire les personnes physiques possédant la nationalité de l'une des parties contractantes.

b) Toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci.

Sont notamment considérées comme des personnes morales au sens du présent article les sociétés, d'une part, et les organisations à but non lucratif dotées de la personnalité juridique d'autre part.

3. Le terme de "revenus" désigne toutes les sommes produites par un investissement, telles que bénéfices, redevances ou intérêts, durant une période donnée.

Les revenus de l'investissement et, en cas de réinvestissement, les revenus de leur réinvestissement jouissent de la même protection que l'investissement.

4. Le présent accord s'applique au territoire de chacune des Parties contractantes ainsi qu'à la zone maritime de chacune des Parties contractantes, ci-après définie comme la zone économique et le plateau continental qui s'étendent au-delà de la limite des eaux territoriales de chacune des Parties contractantes et sur lesquels elles ont, en conformité avec le Droit international, des droits souverains et une juridiction aux fins de prospection, d'exploitation et de préservation des ressources naturelles.

5. Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant l'une des Parties contractantes de prendre toute disposition visant à régir les investissements réalisés par des investisseurs étrangers et les conditions d'activités desdits investisseurs, dans le cadre de mesures destinées à préserver et à encourager la diversité culturelle et linguistique.

## **ARTICLE 2**

### **Champ de l'accord**

Pour l'application du présent Accord, il est entendu que les Parties contractantes sont responsables des actions ou omissions de leurs collectivités publiques, et notamment de leurs Etats fédérés, régions, collectivités locales ou de toute autre entité sur lesquels la Partie contractante exerce une tutelle, la représentation ou la responsabilité de ses relations internationales ou sa souveraineté.

## **ARTICLE 3**

### **Encouragement et admission des investissements**

Chacune des Parties contractantes encourage et admet, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent accord, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie sur son territoire et dans sa zone maritime.

## **ARTICLE 4**

### **Traitement juste et équitable**

Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international, aux investissements des investisseurs de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait. En particulier, bien que non exclusivement, sont considérées comme des entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable, toute restriction à l'achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires, d'énergie et de combustibles, ainsi que de moyens de production et d'exploitation de tout genre, toute entrave à la vente et au transport des produits à l'intérieur du pays et à l'étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effet analogue.

Les Parties contractantes examineront avec bienveillance, dans le cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour, de travail, et de circulation introduites par des nationaux d'une Partie contractante, au titre d'un investissement réalisé sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante.

## **ARTICLE 5**

### **Traitement national et traitement de la Nation la plus favorisée**

Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux investisseurs de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses investisseurs, ou le traitement accordé aux investisseurs de la Nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux. A ce titre, les nationaux autorisés à travailler sur le territoire et dans la zone maritime de l'une des Parties contractantes doivent pouvoir bénéficier des facilités matérielles appropriées pour l'exercice de leurs activités professionnelles.

Ce traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux investisseurs d'un Etat tiers, en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale.

Les dispositions de cet Article ne s'appliquent pas aux questions fiscales.

## **ARTICLE 6**

### **Dépossession et indemnisation**

1. Les investissements effectués par des investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières.

2. Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les investisseurs de l'autre Partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.

Toutes les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, égal à la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession.

Cette indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de la dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt de marché approprié.

3. Les investisseurs de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs ou à ceux de la Nation la plus favorisée.

## **ARTICLE 7**

### **Libre transfert**

Chaque Partie contractante, sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle des investissements ont été effectués par des investisseurs de l'autre Partie contractante, accorde à ces investisseurs le libre transfert :

a) des intérêts, dividendes, bénéfices et autres revenus courants ;

b) des redevances découlant des droits incorporels désignés au paragraphe 1, lettres d) et e) de l'Article 1 ;

c) des versements effectués pour le remboursement des emprunts régulièrement contractés ;

d) du produit de la cession ou de la liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values du capital investi ;

e) des indemnités de dépossession ou de perte prévues à l'Article 6, paragraphes 2 et 3 ci-dessus.

Les nationaux de chacune des Parties contractantes qui ont été autorisés à travailler sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, au titre d'un investissement agréé, sont également autorisés à transférer dans leur pays d'origine une quotité appropriée de leur rémunération.

Les transferts visés aux paragraphes précédents sont effectués sans retard au taux de change normal officiellement applicable à la date du transfert.

Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer un déséquilibre grave pour la balance des paiements, chacune des Parties contractantes peut temporairement appliquer des mesures de sauvegarde relatives aux transferts, pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires, appliquées sur une base équitable, non-discriminatoire et de bonne foi et qu'elles n'excèdent pas une période de six mois.

Les dispositions des alinéas précédents du présent article, ne s'opposent pas à l'exercice de bonne foi, par une Partie contractante, de ses obligations internationales ainsi que de ses droits et obligations au titre de sa participation ou des son association à une zone de libre échange, une union douanière, un marché commun, une union économique et monétaire ou toute autre forme de coopération ou d'intégration régionale.

#### **ARTICLE 8**

##### **Règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante**

Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées.

Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre de ces parties à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965.

Dans le cas où le différend est de nature à engager la responsabilité pour les actions ou omissions de collectivités publiques ou d'organismes dépendants de l'une des deux Parties contractantes, au sens de l'article 2 du présent accord, ladite collectivité publique ou ledit organisme sont tenus de donner leur consentement de manière inconditionnelle au recours à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), au sens de l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965.

#### **ARTICLE 9**

##### **Garantie et subrogation**

1. Dans la mesure où la réglementation de l'une des Parties contractantes prévoit une garantie pour les investissements effectués à l'étranger, celle-ci peut être accordée, dans le cadre d'un examen cas par cas, à des investissements effectués par des investisseurs de cette Partie sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie.

2. Les investissements des investisseurs de l'une des Parties contractantes sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie ne pourront obtenir la garantie visée à l'alinéa ci-dessus que s'ils ont, au préalable, obtenu l'agrément de cette dernière Partie.

3. Si l'une des Parties contractantes, en vertu d'une garantie donnée pour un investissement réalisé sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie, effectue des versements à l'un de ses investisseurs, elle est, de ce fait, subrogée dans les droits et actions de cet investisseur.

4. Lesdits versements n'affectent pas les droits du bénéficiaire de la garantie à recourir au C.I.R.D.I. ou à poursuivre les actions introduites devant lui jusqu'à l'aboutissement de la procédure.

#### **ARTICLE 10**

##### **Engagement spécifique**

Les investissements ayant fait l'objet d'un engagement particulier de l'une des Parties contractantes à l'égard des investisseurs de l'autre Partie contractante sont régis, sans préjudice des dispositions du présent accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci comporte des dispositions plus favorables que celles qui sont prévues par le présent accord. Les dispositions de l'article 8 du présent Accord s'appliquent même en cas d'engagement spécifique prévoyant la renonciation à l'arbitrage international ou désignant une instance arbitrale différente de celle mentionnée à l'article 8 du présent Accord.

#### **ARTICLE 11**

##### **Règlement des différends entre Parties contractantes**

1. Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du présent accord, doivent être réglés, si possible, par la voie diplomatique.

2. Si dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties contractantes, le différend n'est pas réglé, il est soumis, à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal d'arbitrage.

3. Ledit tribunal sera constitué pour chaque cas particulier de la manière suivante : chaque Partie contractante désigne un membre, et les deux membres désignent, d'un commun accord, un ressortissant d'un Etat tiers qui est nommé Président du tribunal par les deux Parties contractantes. Tous les membres doivent être nommés dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle une des Parties contractantes a fait part à l'autre Partie contractante de son intention de soumettre le différend à arbitrage.

4. Si les délais fixés au paragraphe 3 ci-dessus n'ont pas été observés, l'une ou l'autre Partie contractante, en l'absence de tout autre accord, invite le Secrétaire général de l'Organisation des Nations-Unies à procéder aux désignations nécessaires. Si le Secrétaire général est ressortissant de l'une ou l'autre Partie contractante ou si, pour une autre raison, il est empêché d'exercer cette fonction, le Secrétaire général adjoint le plus ancien et ne possédant pas la nationalité de l'une des Parties contractantes procède aux désignations nécessaires.

5. Le tribunal d'arbitrage prend ses décisions à la majorité des voix. Ces décisions sont définitives et exécutoires de plein droit pour les Parties contractantes.

Le tribunal fixe lui-même son règlement. Il interprète la sentence à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante. A moins que le tribunal n'en dispose autrement, compte tenu de circonstances particulières, les frais de la procédure arbitrale, y compris les vacations des arbitres, sont répartis également entre les Parties Contractantes.

## **ARTICLE 12**

### **Entrée en vigueur et durée**

Chacune des Parties notifiera à l'autre l'accomplissement des procédures internes requises pour l'entrée en vigueur du présent accord, qui prendra effet un mois après le jour de la réception de la dernière notification.

L'accord est conclu pour une durée initiale de dix ans. Il restera en vigueur après ce terme, à moins que l'une des Parties ne le dénonce par la voie diplomatique avec préavis d'un an.

A l'expiration de la période de validité du présent accord, les investissements effectués pendant qu'il était en vigueur continueront de bénéficier de la protection de ses dispositions pendant une période supplémentaire de vingt ans.

En foi de quoi, les représentants soussignés, dûment autorisés par leurs Gouvernements respectifs, ont signé le présent Accord.

Signé à [ville (PAYS)] le [date mois année] en deux originaux, chacun en langue française et en langue \_\_\_\_\_, les deux textes faisant également foi [ en deux originaux en langue française]

**Pour le gouvernement de  
République française**

[Fonctions]

[Signature]

[Prénom NOM]

**Pour le gouvernement de  
la République ...**

[Fonctions]

[Signature]

[Prénom NOM]



## Cas pratique 1 : La nationalisation du gaz bolivien en mai 2006

La Bolivie, Etat enclavé d'Amérique du Sud, dispose d'importantes ressources de pétrole et surtout de gaz naturel qui ont été mises en évidence dans la période récente. En 1996, la privatisation du secteur jusqu'alors aux mains de la compagnie nationale bolivienne d'exploitation des hydrocarbures, (*Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos* YFPB), a été suivie par d'importants investissements étrangers. Trois compagnies étrangères dominent actuellement le secteur gazier bolivien, la brésilienne Petrobras, la française Total, l'espagnole Repsol. Des contrats d'exploration et d'exploitation ont été conclus avec les filiales de ces sociétés. Ces contrats prévoyaient une redevance de 18% au profit de l'Etat.

La politique à adopter dans le secteur des hydrocarbures est l'objet de vifs débats en Bolivie depuis 2004, certains estimant que l'Etat brade ses ressources naturelles et réclamant une nationalisation, d'autant que le prix de l'énergie a considérablement augmenté ces dernières années. En mai 2005, une loi sur les hydrocarbures a relevé les redevances dues à l'Etat en vertu des contrats de concession à 50%. Cette loi, jugée insuffisante, a provoqué des manifestations de rue qui ont entraîné la démission du président Carlos Mesa. Le nouveau président Morales, élu sur un programme de nationalisation du secteur des hydrocarbures a pris le 1<sup>er</sup> mai 2006 un décret qui prévoit la récupération de la propriété, la possession et le contrôle absolu des ressources en gaz du pays. Le Président Morales annonçait ainsi dans un discours diffusé par la radio bolivienne que « le pillage des ressources naturelles par des entreprises étrangères est terminé [...] ».

En substance, le décret du 1<sup>er</sup> mai prévoit que :

1. L'Etat récupère la propriété, la possession et le contrôle absolu de ses ressources ?
2. Les actions de la compagnie YFPB sont transférées à l'Etat.
3. La compagnie nationale YFPB (*Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos*) assume la commercialisation, définit les conditions, les volumes et les prix, tant pour le marché intérieur que pour l'exportation.

4. Dans un délai de 180 jours les contrats en cours relatifs à l'exploitation du gaz devront être renégociés en vue de porter la redevance due à l'Etat à 82%, faute de quoi il sera procédé au transfert à YFPB des actions des sociétés concessionnaires.
5. La raffinerie appartenant à Petrobras est nationalisée.

Le gouvernement a annoncé que la hausse du prix du gaz au cours de ces dernières années avait permis aux compagnies étrangères de réaliser des bénéfices considérables au détriment du peuple bolivien. Afin d'établir le montant exact de ces bénéfices, et soupçonnant les compagnies d'exportations non déclarées, il a été interdit aux compagnies concessionnaires de sortir de Bolivie leurs documents comptables. L'armée a été envoyée sur les sites d'exploitation pour contrôler qu'aucun document n'était détruit ou ne sortait indûment. Les compagnies ont ressenti le blocage de leurs installations par l'armée comme une mesure d'intimidation. En outre le gouvernement a indiqué qu'il serait amené à déduire des éventuelles indemnités de nationalisation le montant des profits abusifs réalisés depuis 2002.

Le décret n° 28701 se réfère au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Comment qualifier juridiquement les mesures prises par le gouvernement bolivien depuis 2005 à l'encontre des compagnies étrangères?

Peuvent-elles agir contre le gouvernement au stade actuel, sur quel fondement?

Au cas où le gouvernement bolivien déciderait de mettre à exécution sa menace de nationalisation, quels arguments les compagnies pourraient-elles avancer et quels moyens procéduraux seraient à leur disposition ? Comment devrait être calculée l'indemnisation en cas de nationalisation ?

Le montant de l'indemnité pourrait-il tenir compte des profits considérables de ces dernières années réalisés par les compagnies par suite de la hausse du prix du gaz ?

## Cas pratique 2

A l'issue des élections de janvier 2003 qui ont mis fin à quarante années de guerre civile suivant l'indépendance, le nouveau gouvernement de l'Etat du Triton a décidé de rénover le centre de la capitale, Tritonia et de développer la mise en valeur des ressources en pétrole dont le Triton recèle d'importants gisements. Un code d'investissements et un code pétrolier ont été adoptés dès le 15 février 2003 permettant l'octroi aux investisseurs étrangers d'avantages fiscaux et douaniers, cependant que des accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements étaient conclus avec tous les Etats membres de l'OCDE sur le modèle ci-joint. Des contrats, régis par la loi tritonienne et les principes du droit international et avec des clauses attributives de compétence aux tribunaux tritoniens ont été conclus par le gouvernement le 15 avril 2003 avec des sociétés étrangères :

- un contrat avec une société italienne Palio en vue de la construction du bâtiment du Parlement ;
- un contrat avec la société française Dupont en vue de la rénovation de la résidence privée du nouveau président qui comprendra quinze pièces luxueusement aménagées avec piscine et jacuzzi.

Par ailleurs, une convention d'établissement a été conclue le 20 mars 2003 par le gouvernement du Triton avec la société chinoise

Rafinol prévoyant la conclusion d'un contrat de partage de production avec la société tritonienne Tritoil pour la prospection et l'exploitation pendant 20 ans d'un champ pétrolier offshore situé au large de Port Triton, à environ 700 km de la capitale. Le contrat est signé le 1er avril 2004. Enfin, signe de la confiance retrouvée des investisseurs, deux opérations importantes ont obtenu un agrément selon le code d'investissement : d'une part la construction et la gestion d'un centre commercial moderne au centre de Tritonia par une filiale à 100% de la société allemande Meyer et d'autre part la construction et la gestion à Port Triton par le grand fabricant de boissons gazeuses canadien Cana-Cola d'une usine qui couvre désormais non seulement les besoins de la population du Triton mais aussi celle des Etats voisins.

En raison des difficultés de transport et d'approvisionnement la construction du nouveau bâtiment du parlement a pris un retard considérable qui a été vivement reproché à Palio : l'inauguration prévue pour le 15 janvier 2005 a du être repoussée à plusieurs reprises. Invoquant ce retard préjudiciable à l'activité parlementaire, le gouvernement a décidé le 15 août 2005 de résilier le contrat en retenant 30% du prix, alors que le bâtiment, enfin achevé, a pu être inauguré le 1<sup>er</sup> septembre. Malgré de multiples

réclamations, Palio n'a pu obtenir le versement des sommes lui restaient dues.

En dépit d'une période d'accalmie de près de deux ans qui a permis à ce pays meurtri de commencer à rebâtir une vie normale, la situation économique est restée extrêmement difficile et le climat politique s'est à nouveau dégradé à partir de mars 2005 avec des critiques et des manifestations violentes contre les dépenses somptuaires du gouvernement alors que la hausse des prix des produits essentiels aggravait la pauvreté de la plus grande partie de la population. Par ailleurs le contrat avec Rafinol est accusé ne pas protéger suffisamment les intérêts nationaux en attribuant à l'investisseur 40% de la production jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2009 puis 17% et ne pas mobiliser les ressources naturelles nationales au service de la reconstruction.. Des troubles entre les anciennes factions rivales et une situation chronique d'insécurité se sont développés dans la capitale, cependant qu'en dehors de la capitale, la situation restait extrêmement calme dans le reste du pays.

Le 15 mai 2005, le président, pour tenter d'apaiser les esprits a annoncé qu'il renonçait aux travaux d'embellissement de sa résidence privée et que le contrat avec Dupont serait résilié, alors même que des quantités importantes de marbre, les éléments du jacuzzi avec des robinets en or et des éléments de décoration spécialement choisis par la femme du Président avaient été livrés le mois précédent.

En janvier 2006 un scandale a éclaté avec la révélation par la presse de pots de vin versés au Président à l'occasion de la conclusion du contrat de construction du parlement.

Le 15 mars 2006 des troubles particulièrement violents ont abouti au pillage complet par des émeutiers du centre commercial à Tritonia et de l'usine de Cana-Cola à Port Triton. Parallèlement des critiques acerbes se sont développées au parlement contre les conditions faites aux investisseurs pétroliers et une loi a été votée le 20 mars 2006 imposant la renégociation du contrat avec Rafinol afin d'obtenir dans un délai de 3 mois une baisse de 10% de la rémunération de l'investisseur, sous peine de résiliation anticipée du contrat. Rafinol avait terminé la phase d'exploration du gisement offshore en novembre 2005 et la phase d'exploitation avait pu débuter le 1<sup>er</sup> décembre 2005. Le 15 juillet 2006, le gouvernement, menacé d'être renversé, décide de mettre fin au contrat liant Rafinol à Triton, de bloquer les comptes bancaires de Rafinol ainsi que ceux de son personnel expatrié.

Les investisseurs étrangers affectés par ces événements vous consultent en vous demandant d'analyser la situation et les droits de chacun d'eux, ainsi que les actions qu'ils pourraient envisager et les solutions auxquelles ils pourraient prétendre.

NB : *L'Allemagne, la Chine, la France et l'Italie sont parties à la Convention de Washington, mais pas le Canada.*

Document complémentaire : Accord bilatéral d'encouragement et de protection des investissements (extraits)

#### **Article 1er**

Pour l'application du présent Accord :

1. Le terme « investissement » désigne des avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures, et plus particulièrement mais non exclusivement :

- a) Les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et crédits analogues ;
- b) Les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;
- c) Les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;
- d) Les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles et

maquettes industrielles), les procédés techniques, les noms déposés et la clientèle ;

e) Les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans les zones maritimes des Parties contractantes.

Etant entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans les zones maritimes de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent Accord.

Toute modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte pas leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans les zones maritimes duquel l'investissement est réalisé.

2. Le terme de « nationaux » désigne les personnes physiques possédant la nationalité de l'une des Parties contractantes.

3. Le terme de « sociétés » désigne toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci.

4. Le terme de « revenus » désigne toutes les sommes produites par un investissement, telles que bénéfices, redevances ou intérêts, durant une période donnée.

Les revenus de l'investissement et, en cas de réinvestissement, les revenus de leur réinvestissement jouissent de la même protection que l'investissement.

5. L'expression « zones maritimes » s'entend des zones marines et sous-marines sur lesquelles les Parties contractantes exercent, en conformité avec le droit international, la souveraineté, des droits souverains ou une juridiction.

#### **Article 2**

Chacune des Parties contractantes admet et encourage, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord, les investissements effectués par les nationaux et sociétés de l'autre Partie sur son territoire et dans ses zones maritimes.

#### **Article 3**

Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans ses zones maritimes, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit ni en fait.

Sont considérées comme des entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable toute restriction à l'achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires, d'énergie et de combustibles, ainsi que de moyens de production et d'exploitation de tout genre, toute entrave à la vente et au transport des produits à l'intérieur du pays et à l'étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effet analogue.

Les Parties contractantes examineront avec bienveillance, dans le cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour, de travail et de circulation introduites par des nationaux d'une Partie contractante, au titre d'un investissement sur le territoire de l'autre Partie contractante.

#### **Article 4**

Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans ses zones maritimes, aux nationaux ou sociétés de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, le traitement accordé à ses nationaux ou sociétés, ou le traitement accordé aux nationaux ou sociétés de la nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux. A ce titre, les nationaux autorisés à travailler sur le territoire et dans les zones maritimes de l'une des Parties contractantes doivent pouvoir

bénéficiaire des facilités matérielles appropriées pour l'exercice de leurs activités professionnelles.

Ce traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux nationaux ou sociétés d'un Etat tiers, en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale.

#### **Article 5**

1. Les investissements effectués par des nationaux ou sociétés de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire et dans les zones maritimes de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières.

2. Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux et sociétés de l'autre Partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leurs zones maritimes, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires ni contraaires à un engagement particulier. Les mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toute action de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, calculé sur la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace d'expropriation (ou de nationalisation ou action de dépossession).

Cette indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de l'expropriation (ou de la nationalisation ou de toute autre action de dépossession). Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt agréé par les Parties contractantes. Le taux d'intérêt agréé par les Parties contractantes est le taux d'intérêt officiel du droit de tirage spécial, tel que fixé par le F.M.I.

3. Les nationaux ou sociétés de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire ou dans les zones maritimes de l'autre Partie contractante bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou sociétés ou à ceux de la nation la plus favorisée.

#### **Article 6**

Chaque Partie contractante, sur le territoire ou dans les zones maritimes de laquelle des investissements ont été effectués par des nationaux ou sociétés de l'autre Partie contractante, accorde à ces nationaux ou sociétés le libre transfert :

- a) Des intérêts, dividendes, bénéfices et autres revenus courants ;
- b) Des redevances découlant des droits incorporels désignés au paragraphe 1, lettres d et e, de l'article 1er ;
- c) Des versements effectués pour le remboursement des emprunts régulièrement contractés ;
- d) Du produit de la cession ou de la liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values du capital investi ;
- e) Des indemnités de dépossession ou de perte prévues à l'article 5, paragraphes 2 et 3, ci-dessus.

Les nationaux de chacune des Parties contractantes qui ont été autorisés à travailler sur le territoire ou dans les zones maritimes de l'autre Partie contractante, au titre d'un investissement agréé, sont également autorisés à transférer dans leur pays d'origine une quotité appropriée de leur rémunération, conformément à ce que les deux Parties auront convenu.

Les transferts visés aux paragraphes précédents sont effectués sans retard au taux de change normal officiellement applicable à la date du transfert.

#### **Article 7**

1. Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un national ou une société de l'autre Partie contractante est, autant que possible, réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées.

2. Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties au différend, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre de ces Parties à l'arbitrage d'un tribunal arbitral ad hoc constitué selon les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

3. Lorsque chacune des Parties contractantes sera devenue Partie à la << Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats >>, conclue à Washington le 18 mars 1965, tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante, s'il n'a pu être réglé à l'amiable dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une des Parties au différend, sera soumis au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), pour règlement par voie d'arbitrage.

#### **Article 8**

Les investissements ayant fait l'objet d'un engagement particulier de l'une des Parties contractantes à l'égard des nationaux et sociétés de l'autre Partie contractante sont régis, sans préjudice des dispositions du présent Accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci comporte des dispositions plus favorables que celles qui sont prévues par le présent Accord. Chaque Partie devra respecter toute obligation à laquelle elle pourrait s'être engagée en relation avec des investissements

#### **Article 9**

1. Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du présent Accord doivent être réglés, si possible, par la voie diplomatique.

2. Si, dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties contractantes, le différend n'est pas réglé, il est soumis, à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal d'arbitrage.

3. Ledit tribunal sera constitué pour chaque cas particulier de la manière suivante :

Chaque Partie contractante désigne un membre et les deux membres désignent, d'un commun accord, un ressortissant d'un Etat tiers qui est nommé président par les deux Parties contractantes. Tous les membres doivent être nommés dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle une des Parties contractantes a fait part à l'autre Partie contractante de son intention de soumettre le différend à arbitrage.

4. Si les délais fixés au paragraphe 3 ci-dessus n'ont pas été observés,

l'une ou l'autre Partie contractante, en l'absence de tout accord applicable, invite le secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies à procéder aux désignations nécessaires. Si le secrétaire général est ressortissant de l'une ou l'autre Partie contractante ou si, pour une autre raison, il est empêché d'exercer cette fonction, le secrétaire général adjoint le plus ancien et ne possédant pas la nationalité de l'une des Parties contractantes procède aux désignations nécessaires.

5. Le tribunal d'arbitrage prend ses décisions à la majorité des voix. Ces décisions sont définitives et exécutoires de plein droit pour les Parties contractantes.

Le tribunal fixe lui-même son règlement. Il interprète la sentence à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante. A moins que le tribunal n'en dispose autrement, compte tenu de circonstances particulières, les frais de la procédure arbitrale, y compris les vacations des arbitres, sont répartis également entre les Parties.