



27-28 March 2008

GLOBAL FORUM VII

ON International Investment

ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ET PROMOTION DU DÉVELOPPEMENT ECONOMIQUE : UNE ETUDE DE CAS

Florian GRISEL

**Session 2.2.: The policy framework for investment: the social and
environmental dimensions**

This paper was submitted in response to a call for papers conducted by the organisers of the OECD Global Forum on International Investment. It is distributed as part of the official conference documentation and serves as background material for the relevant session in the programme. The views expressed in this paper do not necessarily represent those of the OECD or its member governments.

—
Florian GRISEL*

Plus d'une année après la décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *Mitchell c/ République démocratique du Congo (RDC)*, le moment semble venu d'en exposer les tenants et aboutissants, dont la portée dépasse largement le domaine du droit. Cette décision a conduit à l'annulation d'une sentence arbitrale antérieurement prononcée à l'encontre de la République démocratique du Congo, au motif de l'incompétence du tribunal arbitral. En particulier, selon le comité *ad hoc* d'annulation, M. Mitchell, citoyen des Etats-Unis, ne jouissait pas de la qualité d'investisseur, ce qui privait le tribunal de sa compétence au titre de l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci après, « Convention de Washington »). A cette occasion, le comité *ad hoc* s'est prononcé sur la question de la contribution au développement du pays-hôte comme critère autonome de qualification d'un investissement. Pour la première fois, un tribunal arbitral du CIRDI a été sanctionné pour ne pas avoir déterminé si l'investissement avait contribué « *d'une manière ou d'une autre au développement économique de l'Etat-hôte* »¹.

De manière significative, toutefois, cette affaire n'a fait l'objet que de rares commentaires de la part de la communauté arbitrale, nonobstant son goût habituel pour la controverse doctrinale². La loi du silence semble avoir trouvé dans cette affaire un terrain de développement quelque peu surprenant et injustifié. Au-delà de la question de savoir si le comité *ad hoc* avait le pouvoir procédural d'annuler la sentence pour un tel motif, sa décision nous semble fondée du point de vue juridique, et justifiée au plan économique et politique.

Du point de vue juridique, conformément à la Convention de Washington, la contribution au développement est généralement considérée comme un critère pertinent de qualification d'un investissement. Ainsi, une doctrine autorisée a identifié ce critère, en soulignant que « *l'importance de l'opération pour le développement de l'Etat-hôte* » est une « *caractéristique typique de l'investissement selon la Convention* »³. Selon le comité *ad hoc* d'annulation dans l'affaire *Mitchell*, la contribution au développement économique constituerait même un critère autonome de qualification d'un investissement. En l'absence d'un tel critère, le tribunal arbitral CIRDI ne serait donc pas compétent pour se prononcer sur l'opération litigieuse en cause. Cette solution nous semble conforme à la lettre et à l'esprit de la Convention de Washington. D'une part, la lettre de la Convention ne s'oppose pas à une telle interprétation. Le Rapport des Administrateurs sur la Convention se réfère directement à

* Ancien conseiller juridique à la Banque mondiale. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Les opinions émises dans cet article n'engagent que son auteur.

¹ *Mr. Patrick Mitchell v. the Democratic Republic of Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1er novembre 2006 (Affaire CIRDI No.ARB/99/7), par.33 [« (...) *contribute in one way or another to the economic development of the host State* » ; la traduction est la nôtre].

² Il faut noter le commentaire critique fait par E. GAILLARD, « A Black Year for ICSID », *New York Law Journal*, 1^{er} mars 2007.

³ C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p.140 [« *the operation's significance for the host State's development* » is a « *typical characteristic(s) of investment under the Convention* »].

ce qu' « *il n'a pas été nécessaire de définir le terme 'investissement' (...)* »⁴, ce qui ouvre implicitement la possibilité pour l'arbitre, conformément aux règles internationales d'interprétation⁵, de se référer à l'histoire de la Convention, ainsi qu'à ses objectifs. D'autre part, à cet égard, l'esprit même de la Convention semble viser à promouvoir le développement économique international en apportant des garanties solides aux investisseurs, et en préservant leur sécurité juridique. Le Préambule de la Convention de Washington indique que le CIRDI a été créé « *considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux* »⁶. Le système du CIRDI, et la raison même de son rattachement à la Banque mondiale, reposent donc sur la promotion des investissements, *dans la mesure où* le développement économique en bénéficie. Bien entendu, à titre d'objection, la contribution des investissements au développement économique généralement entendu est un critère trop vague pour être véritablement opérationnel. A cet égard, la jurisprudence arbitrale sera sans doute amenée à déterminer elle-même les conditions juridiques d'une telle qualification. En tout état de cause, si elle ne veillait pas à soumettre les opérations d'investissement au respect du critère de contribution au développement économique, la pratique arbitrale du CIRDI s'écarterait très certainement de ses objectifs juridiques initiaux. De ce point de vue, l'interprétation faite par le comité *ad hoc* d'annulation nous semble justifiée, même si la solution en l'espèce peut soulever certaines réserves, liées au degré d'imprécision du critère ainsi dégagé.

En outre, cette décision du comité *ad hoc* répond de manière opportune à certaines évolutions récentes en matière d'investissement international, au plan économique et politique. Au plan économique, d'une part, les investissements ont subi des transformations structurelles au cours des dernières années. Traditionnellement dirigés des pays développés vers les pays en voie de développement, les flux d'investissement proviennent de plus en plus fréquemment de certains pays en voie de développement, au bénéfice des pays les moins avancés⁷, comme l'illustre l'effort asiatique d'investissement en Afrique. En conséquence, les investisseurs des pays développés subissent une concurrence importante, tandis que les pays importateurs d'investissements jouissent d'opportunités accrues. Dans ce contexte de transition économique, l'objectif de développement se devait d'être réaffirmé, du moins de la part du CIRDI. Au plan politique, d'autre part, l'arbitrage d'investissement semble traverser une crise relative de légitimité. Cette crise découlerait notamment de la multiplication de procédures arbitrales d'investissement engagées à l'encontre de pays développés, qui se retrouvent donc, de manière inhabituelle, en position de défendeurs (notamment dans le contexte de l'ALENA)⁸. Paradoxalement, cette crise est également censée prendre ses sources dans le caractère (prétendument) défavorable du processus arbitral d'investissement à l'égard des pays en voie de développement.

De tels arguments, qu'ils soient justifiés ou non, sont en tout état de cause susceptibles de modifier les perceptions générales à l'égard de l'arbitrage d'investissement, et par voie de conséquence, de se traduire concrètement par des évolutions juridiques

⁴ *Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, par.27.

⁵ Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales*, articles 31 & 32.

⁶ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, préambule.

⁷ Voir *World Investment Report 2006 – FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*, UNCTAD, 2006.

⁸ Voir G.A. ALVAREZ & W.W. PARK, « The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11 », 28 *The Yale Journal of International Law* 365 (2003).

éventuelles. Par exemple, les Etats-Unis ont tenté d'infléchir dans un sens restrictif la définition de l'expropriation contenue dans les traités d'investissement conclus avec certains Etats, prenant ainsi davantage compte, à la lumière de l'expérience acquise en matière d'arbitrage ALENA, du risque de ne plus agir en tant que simple demandeur, mais également comme défendeur au cours d'instances arbitrales⁹. La menace de retrait de certains pays d'Amérique latine de la Convention de Washington, ainsi que la négociation d'un Accord de Partenariat Economique entre le Japon et les Philippines dépourvu de clause de règlement des différends, sont autant de traductions concrètes des inquiétudes de certains Etats vis-à-vis de l'arbitrage d'investissement. Sans aucun doute, ces exemples s'inscrivent dans des contextes spécifiques, et peuvent masquer des considérations politiques moins avouables. Dans un tel contexte, néanmoins, le CIRDI doit continuer à être perçu comme un mécanisme neutre de règlement des différends, aussi bien du point de vue des investisseurs que de celui des Etats, tout en restant fidèle à ses objectifs. En l'absence d'un tel effort, le CIRDI aurait difficilement remplacé la protection diplomatique comme vecteur principal de règlement des différends en matière d'investissements¹⁰. La décision du comité *ad hoc* d'annulation dans l'affaire *Mitchell c/ RDC* semble s'inscrire dans la continuité de cet effort.

⁹ Voir *id.*, p.369.

¹⁰ Voir C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Arrêt du 24 mai 2007, par.88.