

CHAPITRE 9

LA CLAUSE DE RESPECT DES ENGAGEMENTS

JULIEN CAZALA*

Mystérieuse¹, rétive à la systématisation², la clause de respect des engagements l'est assurément. Une lecture attentive de la cinquantaine de sentences et décisions arbitrales dans lesquelles celle-ci est invoquée rend bien délicat l'exercice de présentation de la clause supposée protéger, sous le parapluie conventionnel, les engagements pris par l'Etat en faveur d'investisseurs étrangers. Malgré les appels à une cohérence du droit international des investissements, la manière dont les tribunaux appréhendent la clause de respect des engagements est marquée par des variations majeures rendant bien incertaine toute tentative de prévisibilité du traitement contentieux de celle-ci³.

La clause de respect des engagements peut être désignée sous de multiples appellations, *umbrella clause*, clause d'effet miroir, clause ascenseur, clause de couverture, clause de protection parallèle, clause *pacta sunt servanda*.

Il est communément admis que la violation d'un contrat conclu entre un Etat et un investisseur étranger ne constitue pas en elle-même une violation du droit international⁴. Dans le contexte de l'affaire de l'*Anglo Iranian Oil Company*⁵, Elihu Lauterpacht, qui conseillait l'entreprise pétrolière proposa un règlement de l'affaire comprenant deux instruments : d'une part, un accord de consortium conclu entre l'Iran et certaines entreprises pétrolières pouvant continuer à

* Julien CAZALA, Maître de conférences en droit public, Université d'Orléans, détaché en qualité d'expert technique international du ministère des Affaires étrangères auprès de l'Université Galatasaray (Istanbul).

¹ S. LEMAIRE, « La mystérieuse "*umbrella clause*" : interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements », *Rev. arb.*, 2009, pp. 479-502.

² B. POULAIN, « La clause de respect des engagements : Une clause d'extension de la compétence du juge du traité aux "*contract claims*" », *Cah. arb.*, 2012, n° 4, p. 930.

³ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay*, aff. n° ARB/07/29, décision d'annulation du 19 mai 2014, §§ 102-136.

⁴ Le principe est encore régulièrement rappelé : CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, aff. n° ARB/01/13, décision sur les objections à la compétence du 6 août 2003, § 167 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, aff. n° ARB/03/15, décision sur la compétence du 27 avril 2006, § 77 ; CIRDI, *Noble Ventures Inc. c. Roumanie*, aff. n° ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 53 ; CIRDI, *Gustav FW Hamester GmbH & Co. KG c. Ghana*, aff. n° ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 328 ; CIRDI, *Impregilo S.p.A. c. Argentine*, aff. n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, § 177.

⁵ Sur l'histoire de la clause de respect des engagements : A.C. SINCLAIR, « The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection », *Arbitration International*, 2004, vol. 20, n° 4, pp. 411-434.

PARTIE I – CHAPITRE 9

exploiter les installations ; d'autre part, un traité de couverture entre l'Iran et le Royaume-Uni qui incorporerait l'accord de consortium et contiendrait un engagement de l'Iran de respecter les termes de celui-ci. Le montage était assez simple, toute violation de l'accord de consortium serait également une violation du traité de couverture. Suivant la même logique, la clause de respect des engagements s'est développée dans la pratique conventionnelle des États afin d'assurer que la violation d'un engagement de l'Etat envers un investisseur étranger constitue une violation du traité.

Des mécanismes conventionnels de ce type apparaissent dans le projet de convention Abs-Shawcross de 1959 dont l'article II disposait « *[e]ach Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investment made by nationals of any other Party* »⁶. C'est avec le traité bilatéral conclu entre l'Allemagne et le Pakistan (1959), régulièrement identifié comme étant le premier TBI, que la clause intègre le droit positif. L'article 7 dispose : « *Each Party shall at all times ensure the observance of the undertakings given by it in relation to property of nationals of any other party* »⁷. Malgré la réticence de quelques États, comme la France⁸ ou la République populaire de Chine, la clause va ensuite être intégrée dans un nombre considérable de modèles de traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements. On peut en livrer quelques exemples :

- modèle de TBI des États-Unis (version de 1983), article II(4) : « *Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investors or nationals or companies of the other Party* ».

- modèle de TBI de la République d'Afrique du Sud (1998), article 10(2) : « *Each Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Party* ».

- modèle de TBI de la Suisse (1995), article 10(2) : « *Chacune des Parties Contractantes se conformera à toutes ses obligations à l'égard des investissements effectués sur son territoire par des investisseurs de l'autre Partie Contractante* ».

On retrouve des clauses analogues dans quelques instruments ou projets d'instruments multilatéraux :

- le traité sur la Charte de l'énergie, article 10(1) : « *Chaque partie contractante respecte les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre partie contractante* ».

⁶ CNUCED, *International Investment Instruments: A compendium*, vol. 5, New York, United Nations, 2000, p. 395.

⁷ Cité par Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, 2004, p. 702.

⁸ Rares sont les TBI conclus par la France contenant une clause de respect des engagements. V. cependant : *Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République arabe du Yémen sur l'encouragement et la protection des investissements*, Paris, 27 avril 1984, article 2(2).

LA CLAUSE DE RESPECT DES ENGAGEMENTS

- le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), négocié dans le cadre de l'OCDE, proposait deux formulations alternatives de cette clause. Une première disposition intitulée « Clause de respect » énonçait que « [c]haque Partie contractante se conforme à toute obligation qu'elle a souscrite pour un investissement déterminé d'un ressortissant d'une autre partie contractante ». Une proposition alternative intitulée « Clause de respect, solution de fond » énonçait que « [c]haque Partie contractante observe toute autre obligation par écrit qu'elle aura contractée à l'égard d'investissements sur son territoire par des investisseurs d'une autre Partie contractante. Les différends découlant de telles obligations sont réglés exclusivement selon les termes des contrats à l'origine des obligations ».

La multiplication de ces clauses dans les instruments conventionnels n'a étrangement pas suscité un contentieux massif avant le début des années deux mille. Depuis, ainsi que l'indique Christoph Schreuer, « *[d]espite the apparent clarity of these clauses, they have led to considerable confusion and to conflicting decisions by tribunals* »⁹. Depuis le début du XXI^{ème} siècle, on a en effet pu largement constater le potentiel de ce type de dispositions, mais aussi les incertitudes et controverses qui entourent son invocation contentieuse. On pourrait comprendre, compte tenu de la diversité des rédactions des clauses de respect des engagements, que la jurisprudence portant sur la mise en œuvre de celle-ci ne soit pas pleinement uniforme. Mais le constat va bien au-delà de la nuance et il apparaît bien vite à l'étude qu'aucune disposition conventionnelle de droit des investissements n'a donné lieu à des interprétations aussi divergentes de la part de tribunaux arbitraux. Il est très largement admis que bien plus que par des variations de rédaction de ces clauses, ces divergences s'expliquent par des choix doctrinaux inconciliables de la part des arbitres¹⁰.

Les divergences s'expriment de la manière la plus nette dans la confrontation du traitement de la clause de respect des engagements dans les affaires *SGS c. Pakistan* et *SGS c. Philippines*¹¹, qui cristallisent à elles seules les critiques relatives aux risques de contradictions dans la jurisprudence des tribunaux du CIRDI. Au-delà de ces affaires symbole, les positions des tribunaux s'étant prononcés sur la clause sont si variées et contrastées qu'il apparaît bien délicat de procéder autrement que par questions. Deux dominent les débats : quels sont les effets de l'*umbrella clause* (I) ? Quel est le champ d'application de celle-ci (II) ?

⁹ Chr. SCHREUER, « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the Vivendi I Case Considered », in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, T. WEILER (ed.), Cameron May, London, 2005, p. 299.

¹⁰ UNCTAD, *IAA issues note – Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement*, 2013, n° 1, Genève, p. 23.

¹¹ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, aff. n° ARB/01/13, décision sur les objections à la compétence du 6 août 2003 ; CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines*, aff. n° ARB/02/6, décision sur les objections à la compétence du 29 janvier 2004.