



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

*Academic Directors: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis*

**SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. LA REPUBLIQUE
ISLAMIQUE DU PAKISTAN (CIRDI CAS NO. ARB/01/13) DECISION SUR LES
OBJECTIONS A LA JURIDICTION**

Rapporteurs: Ileana M. Smeureanu et Lucía Druetta^{**}

Edité par: Ignacio Torteola^{***}

Traduit en français par: Ruxandra Esanu⁺

Une Sentence rendue le 3 août 2003, sous l'Accord entre la Confédération Suisse et la République Islamique du Pakistan sur la Protection et Promotion Réciproques des Investissements (« TBI ») et conformément aux Règles d'Arbitrage du CIRDI.

Tribunal: M. le Juge Florentino P. Feliciano (Président), M. André Faurès et M. J. Christopher Thomas Q.C.

Pour le Demandeur: MM. Francois Stettler et Andrea Rusca de SGS Société Générale de Surveillance S.A.; MM. Emmanuel Gaillard et John Savage de Shearman & Sterling.

Pour le Défendeur: M. Makhdoom Ali Khan, Procureur de la République du Pakistan, MM. Jan Paulsson et Nigel Blackaby de Freshfields Bruckhaus Deringer; M. Salman Talibuddin de M/s Kabraji & Talibuddin.

^{**} Ileana M. Smeureanu est collaboratrice de l'Institut du Droit International à Washington, D.C. et se spécialise en arbitrage international. Lucía Druetta est Directrice des Programmes Académiques à l'International Judicial Academy, Washington, D.C., et se spécialise en contentieux et droit commercial.

^{***} Ignacio Torteola est PTN/ICSID Liaison à l'Ambassade d'Argentine à Washington, D.C. et avocat représentant l'Argentine dans les litiges internationaux.

⁺ Ruxandra Esanu est étudiante en master à l'Ecole de droit de Sciences Po Paris.

TABLE DES MATIERES

1. Les faits du cas	3
2. Aspects légaux considérés dans la décision	4
a. SI le Demandeur a réalise un “investissement” sur le territoire du Défendeur (§§132-140)	4
b. Si le Tribunal a la juridiction pour statuer sur les requêtes du Demandeur relatives au TBI (§§146-155)	5
c. Si le Tribunal a la juridiction pour statuer sur les requêtes contractuelles du Demandeur sous l’Accord PSI (§§156-162)	6
d. Si l’Article 11 du TBI transforme des requêtes purement contractuelles dans des requêtes relatives au TBI (§§163-174)	7
e. Si la conduite du Demandeur au cours de la procédure devant les cours suisses et au cours de l’arbitrage de l’Accord PSI aboutit à l’estoppel ou est équivalente à une renonciation aux droits prévus par le TBI (§§175-181)	8
f. L’effet du lis pendens (§182)	8
g. L’effet des consultations entre les parties sous le TBI (§§183-184)	8
h. Interruption ou suspension de la procédure CIRDI en attendant le traitement des requêtes contractuelles (§§185-189)	9
3. Décision	9

Résumé

1. Les faits du cas

En 1994, la République Islamique du Pakistan (« Pakistan » ou « Défendeur ») et Société Générale de Surveillance S.A. (« SGS » ou « Demandeur ») ont conclu un contrat (« l'Accord PSI ») qui est entré en force en janvier 1995. L'Accord PSI visait l'accroissement de l'efficacité du système d'imposition douanière du Pakistan, de même qu'une contribution à la trésorerie nationale.

Sous l'Accord PSI, SGS s'est engagé à fournir des services d'inspection préalable à l'expédition pour des biens exportés par certains pays au Pakistan. SGS devait soumettre des rapports mensuels portant, entre autres, sur les commandes reçues, la valeur incrémentale des taxes et droits de douane réalisés par le Pakistan, de même qu'un descriptif des conclusions de SGS au cours de l'inspection¹. SGS a également obtenu l'autorisation d'ouvrir des bureaux de liaison au Pakistan. Aux termes de l'Accord PSI, les parties pouvaient mettre fin à l'accord à la fin de la première année fiscale complète, moyennant un préavis de trois mois. A défaut d'accord amiable, aux termes de l'Article 11, « tout litige, controverse ou réclamation issue de ou en relation avec l'Accord [PSI] ou violation, résiliation ou invalidation de celui-ci [doivent être soumis à] l'arbitrage en conformité avec la Loi sur l'arbitrage du Pakistan »².

En décembre 1996 le Pakistan notifie au SGS la résiliation de l'Accord PSI à partir de mars 1997. En réponse, SGS démarre une action en justice devant les cours suisses, demandant une compensation pour une présumée résiliation illégale de l'Accord PSI. Le Pakistan conteste la juridiction des cours suisses et invoque la clause compromissoire entre les parties, de même que l'immunité étatique. La Cour de Première Instance rejette la demande de SGS en juin 1999, décision que la Cour d'appel de Genève confirme en novembre 2000.

En septembre 2000, le Défendeur démarre la procédure arbitrale au Pakistan, aux termes de l'Accord PSI (« l'Arbitrage PSI »). SGS s'oppose à l'arbitrage de l'Accord PSI et dépose une demande reconventionnelle pour violation présumée du contrat.

Le 12 octobre 2001 SGS dépose une Demande d'Arbitrage auprès du CIRDI aux termes de l'Accord sur la Promotion et Protection Réciproques des Investissements entre la Confédération Suisse et la République Islamique du Pakistan (le « TBI »), signé par les parties le 11 juillet 1995. La requête de SGS était fondée sur l'Accord PSI et sur les Articles 3(1), 4(1), 4(2) et 6(1) du TBI. Le Défendeur conteste la juridiction du Tribunal ICSID (le « Tribunal ») et soutient que l'arbitre de l'Accord PSI est compétent pour entendre le litige.

¹ Sentence §13.

² Sentence §15.

En janvier 2002 SGS dépose une demande d'injonction auprès du Juge Civil Suprême d'Islamabad, afin de suspendre la procédure de l'Arbitrage PSI jusqu'à ce que le Tribunal ICSID rende sa décision sur la juridiction. La demande est rejetée et SGS interjette appel auprès de la Cour Suprême du Pakistan. Entre temps, le Pakistan dépose une demande d'injonction pour empêcher SGS de poursuivre l'arbitrage CIRDI.

La Cour Suprême du Pakistan rejette l'appel de SGS et permet au Pakistan de poursuivre l'arbitrage PSI. M. Nasir Aslam Zahid, Juge à la Cour Suprême (ret.) est désigné comme arbitre unique et le Pakistan soumet sa Requête. Cependant, à la suite d'une recommandation du Tribunal CIRDI, l'arbitre de l'Accord PSI accepte de suspendre la procédure en attendant la décision juridictionnelle du Tribunal.

Dans cette décision, le tribunal analyse les objections juridictionnelles du Pakistan au regard de l'arbitrage CIRDI.

2. Aspects légaux considérés dans la décision

a. *Si le Demandeur a réalisé un « investissement » sur le territoire du Défendeur (§§132-140)*

Dans l'analyse des objections du Défendeur quant à la juridiction, le Tribunal s'est d'abord penché sur la question de savoir si le Demandeur a réalisé un investissement aux termes de l'Article 25 de la Convention CIRDI en signant l'Accord PSI.

Le TBI définit les investissements en territoire pakistanais ainsi : « tout type d'actif et en particulier ... des créances ou des prestations à valeur économique ... et des concessions de droit public ... ainsi que d'autres droits conférés par la loi, par un contrat ou par une décision d'une autorité conforme à la loi »³.

Le Tribunal estime que la définition contenue dans le TBI est suffisamment large pour inclure les services prestés dans le cadre de l'Accord PSI. D'abord, le droit du Demandeur de réaliser des inspections préalables à l'expédition donnaient lieu à des « créances ». Deuxièmement, en conférant à SGS des pouvoirs normalement exercés par les Douanes pakistanaises, le Défendeur réalise en fait une « concession de droit public ». Troisièmement, ce sont des droits « conférés par la loi » et « par un contrat »⁴.

Par ailleurs, au cours de la procédure antérieure devant les cours suisses, le Défendeur confirme le caractère de *jure imperii* inhérent aux droits du Défendeur : « le droit de lever des droits de douane est un droit appartenant essentiellement à la souveraineté étatique » par lequel « l'activité de SGS était censée augmenter les revenus douaniers de l'Etat »⁵. Par conséquent, l'Accord PSI est en fait « une concession de droit public ... [donnant à

³ Sentence §134.

⁴ Sentence §135.

⁵ Sentence §139.

SGS] le droit ... d'exercer – à l'exclusion de toute autre entité publique – une activité dans un domaine ... normalement réservé au pouvoir public de l'Etat »⁶

Le Tribunal en conclut que le Demandeur avait réalisé un investissement sur le territoire du Défendeur. Il affirme aussi que la condition d'un litige issu d'un « investissement » aux termes de la Convention CIRDI est également remplie⁷.

b. *Si le Tribunal a la juridiction pour statuer sur les requêtes du Demandeur relatives au TBI (§§146-155)*

Le Tribunal examine par la suite la question de savoir s'il a la juridiction au regard des requêtes du Demandeurs basées sur la violation du TBI par le Pakistan, des requêtes fondées sur certaines violations de l'Accord PSI ou bien au regard des deux types de requête.

Le Tribunal examine d'abord la nature générale des requêtes et fait référence à l'analyse comprise dans la *Décision d'Annulation Vivendi*⁸, dans laquelle le Comité d'annulation indique qu'un « Etat peut violer un traité sans violer un contrat et vice versa »⁹. Les mêmes faits pourraient alors conduire à d'autres requêtes, fondées soit sur des ordres juridiques nationaux ou internationaux, ou sur les deux. Les requêtes séparées qui en découlent seront décidées chacune conformément à leur propre loi applicable : les requêtes relatives au TBI sont soumises au droit international ; les requêtes contractuelles sont gouvernées par le droit du contrat¹⁰. Pour citer *Vivendi*, « dans les cas où le cœur d'une requête portée devant un tribunal international est une violation contractuelle, le tribunal donnera suite à toute clause valide de choix du forum dans le contrat. ... Lorsque au cœur de la requête se trouve un traité prévoyant un standard indépendant ... la présence d'une clause de juridiction exclusive dans un contrat ... ne saurait empêcher l'application du standard prévu par le traité »¹¹.

Lors de l'analyse du cas présent, le Tribunal note que l'Article 9 du TBI ne fait aucune référence, dans sa formulation, ni aux litiges découlant de violations du TBI, ni aux litiges basés sur un contrat¹². Mais afin d'être efficace, l'Article 9 doit être interprété comme faisant référence aux « différends constitués par des violations présumées des

⁶ Id.

⁷ Sentence §140.

⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. la République d'Argentine* ("Vivendi") Cas No. ARB/97/3, Décision en Annulation du 3 juillet 2002, 41 ILM 1135 (2002).

⁹ Id. 9, at §95, cité dans la Sentence §147.

¹⁰ Id. at §96, cité dans la Sentence §147.

¹¹ Id. at §§98-101, cité dans la Sentence §148.

¹² L'Article 9 du TBI ("Litiges entre une Partie Contractante et un investisseur de l'autre Partie Contractante") prévoit que : « Si [les] consultations [entre une Partie Contractante et un investisseur de l'autre Partie Contractante] n'aboutissent pas à une solution ... et si l'investisseur concerné donne son consentement par écrit, le litige sera soumis à l'arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs à l'Investissement... »

provisions du TBI déterminant des standards substantiels de traitement »¹³. Par ailleurs, l'Article 9 ne contient aucune référence au régime de la voie unique ; il prévoit seulement la possibilité du recours à un tribunal constitué aux termes de la Convention CIRDI. Aucun autre recours préalable aux cours nationales n'est exigé.

Le Tribunal rejette la soumission du Défendeur selon laquelle l'arbitre de l'Accord PSI a la juridiction sur les requêtes relatives au TBI. L'accord PSI a été conclu en 1994, alors que le TBI est entré en force en 1996. En raison de l'écart temporel, il est difficile de supposer qu'au moment où les Parties ont conclu l'Accord PSI elles ont pu envisager de suspendre la juridiction au regard d'un TBI « encore caché dans le futur ». Néanmoins, vu que le TBI contient des provisions relatives à son application aux investissements réalisés sur le territoire du Défendeur à partir de 1954, tout tribunal CIRDI constitué aux termes du TBI pourrait statuer sur des litiges pré-TBI pour la période désignée. A la lumière de ces faits, même si des requêtes relatives au TBI pouvaient être posées devant l'arbitre de l'accord PSI (ce qui, dans ce cas, n'est pas arrivé), le Tribunal aurait toujours l'autorité de statuer là-dessus¹⁴.

Par conséquent, le Tribunal affirme avoir la juridiction sur les requêtes portant sur des violations du TBI.

c. *Si le Tribunal a la juridiction pour statuer sur les requêtes contractuelles du Demandeur sous l'Accord PSI (§§156-162)*

Outre les requêtes relatives au TBI, le Demandeur a également soutenu que Tribunal doit exercer sa juridiction au regard des requêtes découlant de l'Accord PSI. En se fondant sur la clause-parapluie contenue à l'Article 11 du TBI¹⁵, le Demandeur pose que le TBI a pour effet l'équivalence des requêtes pour violation du contrat à des requêtes relatives au traité en droit international. Par conséquent, chaque fois qu'une partie commet une violation d'une clause contractuelle, elle viole également des normes de droit international et des provisions de traité¹⁶.

Le Tribunal infirme cette vision. Afin de déterminer l'étendue de sa juridiction, le Tribunal examine la question de savoir si le mécanisme de règlement des différends sous l'Accord PSI passe devant la procédure CIRDI aux termes de l'Article 9 ou bien si le TBI a la priorité avant tout mécanisme contractuel au regard de certaines ou toutes les différends entre les parties. Le Tribunal note que l'Article 11.1 de l'Accord PSI est une clause valide de choix de forum. L'Article 11.1 recouvre au moins des litiges contractuels et d'autres « litiges non liés aux traités »¹⁷. D'autre part, l'Article 9 du TBI ne doit pas nécessairement être lu comme recouvrant des requêtes relatives au TBI et des violations

¹³ Sentence §150.

¹⁴ Sentence §§153-154.

¹⁵ L'Article 11 du TBI prévoit que : « Chacune des Parties Contractantes garantiront constamment le respect des engagements qu'elle aura pris au regard des investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante ».

¹⁶ Sentence §§98-99.

¹⁷ Sentence §§159-160.

de clauses contractuelles non-équivalentes à des violations des standards de fond contenus dans le TBI. Ainsi, même si aussi bien le litige issu du TBI que celui issu de l'Accord PSI pourraient être caractérisés comme des « différends relatifs à des investissements », l'Article 9 du TBI ne saurait être interprété comme prioritaire par rapport à toutes les clauses de choix de forum non-CIRDI antérieures. A la lumière de ces observations, le Tribunal pose qu'il n'a pas la juridiction au regard des requêtes purement contractuelles sous l'Accord PSI¹⁸.

d. *Si l'Article 11 du TBI transforme des requêtes purement contractuelles dans des requêtes relatives au TBI (§§163-174)*

Le Tribunal rejette énergiquement les arguments du Demandeur selon lesquels l'Article 11 du TBI transformerait des requêtes purement contractuelles sous l'Accord PSI en des violations du TBI.

Aux termes des règles coutumières du droit international relatives à l'interprétation des traités, le Tribunal doit mettre en œuvre l'objet et l'objectif du traité. Dans le cas présent, l'objectif et l'objet du TBI trouvent leur reflet dans l'Article 11, ainsi que dans le TBI en entier. La formulation de l'Article 11 dans des termes généraux fait qu'il se prête à une « expansion quasiment illimitée ». Plus particulièrement, les « engagements » dont chaque Partie Contractante doit fournir des « garanties perpétuelles » aux termes de cet article ne se limitent pas aux engagements contractuels. Ils peuvent être étendus à d'autres types de projets. De plus, non seulement créent-ils des obligations pour l'Etat en tant que personne légale, mais encore pour « toute représentation, entité ou subdivision (unité du gouvernement local) ou représentant légal de celui-ci et dont les actes [étaient], aux termes de la loi sur la responsabilité étatique, attribuables à l'Etat »¹⁹.

Cette interprétation large rend la tâche difficile au Tribunal lorsqu'il analyse la question de l'effet transformateur immédiat que l'Article 11 pourrait avoir sur des violations contractuelles entre un investisseur et l'Etat, les élevant au rang de violations du droit international. Des preuves claires et convaincantes démontrant l'intention des deux parties de donner cet effet à l'Article 11 auraient certainement pu avoir cet effet. Cependant, dans le cas présent, le Demandeur n'a pas apporté des preuves à l'appui de cette soumission²⁰.

Par ailleurs, l'interprétation proposée par le Demandeur a le potentiel d'inclure « un nombre illimité de contrats auxquels l'Etat serait partie, ainsi que d'autres instruments de droit municipal qui régissent les engagements étatiques »²¹. Toute violation contractuelle serait équivalente à une violation du TBI, rendant ainsi redondante toute autre provision qui mettrait en place des standards clairs quant aux violations substantielles du TBI. Par ce même raisonnement, tout investisseur pourrait invalider, de manière discrétionnaire,

¹⁸ Sentence §§161-162.

¹⁹ Sentence §166.

²⁰ Sentence §168, 173.

²¹ Sentence §168.

toute clause de règlement des différends conjointement mise en place dans un contrat auquel l'Etat est partie. Ceci empêcherait l'Etat d'agir sous le contrat. Au bout du compte, alors que l'investisseur aurait le droit de recourir à l'arbitrage soit sous le contrat soit sous le TBI, l'Etat aurait comme solution unique le système TBI²². Le Tribunal estime inacceptables ces avantages unilatéraux. Finalement, le positionnement de l'Article 11 vers la fin du TBI vient compléter ses provisions de fond et reflète sa nature générale²³.

Pour toutes ces raisons, le Tribunal conclut que l'Article 11 n'a pas pour effet d'élever des requêtes purement contractuelles aux termes de l'accord PSI au rang de requêtes sous le TBI.

- e. *Si la conduite du Demandeur au cours de la procédure devant les cours suisses et au cours de l'arbitrage de l'Accord PSI aboutit à l'estoppel ou est équivalente à une renonciation aux droits prévus par le TBI (§§175-181)*

A l'instar d'autres traités bilatéraux d'investissement, le TBI ne contient pas de clause de voie unique. De ce fait, le Tribunal refuse de voir le TBI comme empêchant le recours à des voies alternatives au regard des requêtes contractuelles avant la mise en œuvre des droits prévus par le TBI. Par ailleurs, vu que SGS n'a pas déposé de requête relative au TBI devant les cours suisses ou bien devant l'arbitre de l'Accord PSI, le Tribunal se garde de prononcer l'estoppel sous le TBI.

Le Tribunal a également hésité d'affirmer que le Demandeur avait renoncé à ses droits sous le TBI lorsqu'il avait contesté la juridiction de l'arbitre de l'Accord PSI et avait soumis la demande reconventionnelle. Les soumissions de SGS dans le cadre des procédures antérieures ont été faites sans préjudice à ses droits en vertu du droit international. Absente toute interdiction expresse de porter des requêtes invoquant la juridiction CIRDI devant d'autres forums, le Tribunal refuse d'en déduire une à partir du TBI. Ainsi le Tribunal a-t-il la juridiction pour statuer sur les requêtes du Demandeur relatives au TBI.

- f. *L'effet du lis pendens (§182)*

Le Tribunal estime qu'il n'a pas la juridiction concurrente au sujet des requêtes découlant de l'Accord PSI. De ce fait, la doctrine du *lis pendens* n'est pas applicable.

- g. *L'effet des consultations entre les parties sous le TBI (§§183-184)*

L'Article 9 du TBI prévoit que les parties doivent s'engager dans un processus consultatif une fois qu'un litige apparaît. Si aucune solution n'est trouvée sous douze mois, la procédure arbitrale CIRDI est entamée, à condition qu'il y ait eu consentement préalable de l'investisseur. SGS a ignoré cette condition et a déposé sa demande d'arbitrage

²² Id.

²³ Sentence §§169-171.

seulement deux jours après avoir consenti à l'arbitrage CIRDI sous le TBI. Le Défendeur conteste promptement cette erreur procédurale.

Le Tribunal a estimé que les consultations préliminaires étaient « directrices et procédurales plutôt que ... obligatoires et juridictionnelles par nature »²⁴. Ainsi, le respect de la procédure de consultation n'est pas une condition préalablement requise pour l'attribution de la juridiction. Par ailleurs, puisque dans le cas présent les parties n'ont donné aucune indication de leurs intentions d'entamer des consultations ou des négociations, observer cette procédure aurait été inutile.

h. *Interruption ou suspension de la procédure CIRDI en attendant le traitement des requêtes contractuelles (§§185-189)*

Puisque le Tribunal s'est déclaré compétent pour entendre les requêtes relatives au TBI, mais a estimé ne pas avoir la juridiction sur les requêtes purement contractuelles relatives à l'Accord PSI, il a refusé de terminer ou de suspendre la procédure en attendant la décision sur les requêtes contractuelles. La décision de l'arbitre de l'Accord PSI au sujet des violations contractuelles présumées du Défendeur n'est pas déterminante par rapport à la question de savoir si ce dernier a respecté ses obligations sous le TBI ; par conséquent, la conclusion de l'arbitrage de l'Accord PSI n'est pas une condition préalablement requise pour le traitement des requêtes relatives au TBI.

3. Décision

En conclusion, le Tribunal se déclare compétent pour statuer sur les requêtes relatives au TBI, mais n'assume pas la juridiction sur les violations de l'Accord PSI. Le Tribunal refuse de suspendre la procédure CIRDI en attendant la conclusion de l'arbitrage de l'Accord PSI et procède à l'analyse du fond.

²⁴ Sentence §184.