

**« Le Consentement de l'Etat à l'Arbitrage du Centre
International du Règlement des Différends relatifs à
l'Investissement. »**

Hélène FOUILLET

Année 2010-2011

Sommaire

Introduction	p. 3
PARTIE I – LE CONSENTEMENT DE L'ETAT A LA COMPETENCE DU CIRDI	p. 5
CHAPITRE 1. LE CONSENTEMENT DE L'ETAT : UN CHOIX PROTEIFORME.	p. 5
<u>Section 1. La nécessité d'un double consentement de l'Etat</u>	p. 5
A. <u>La ratification de la Convention de Washington par l'Etat</u>	p. 5
B. <u>La nécessité d'un écrit entre les parties contractantes</u>	p. 6
1. <u>L'imposition d'un écrit</u>	p. 6
2. <u>La liberté de la forme</u>	p. 8
a. Le consentement direct entre les parties	p. 8
b. Le consentement au travers la législation de l'Etat d'accueil	p. 9
c. Le consentement par le biais de traités internationaux	p. 11
<u>Section 2. La possibilité de restrictions à la portée du consentement de l'Etat</u>	p. 14
A. <u>Les limites matérielles</u>	p. 15
B. <u>Les limites intentionnelles</u>	p. 16
CHAPITRE 2. LE CONSENTEMENT DE L'ETAT : UN CHOIX IRREVOCABLE.	p. 17
<u>Section 1. La prohibition de retrait unilatéral du consentement de l'Etat</u>	p. 17
A. <u>L'irrévocabilité expresse de l'article 25(1)</u>	p. 18
B. <u>Le tempérament de l'article 25(4)</u>	p. 19
<u>Section 2. La prohibition de retrait indirect du consentement de l'Etat</u>	p. 20

PARTIE II – LE CONSENTEMENT DE L'ETAT A L'EXECUTION DES DECISIONS	
DU CIRDI	p. 21
CHAPITRE 1. LA RECONNAISSANCE DES SENTENCES	p. 21
<u>Section 1. Le caractère exécutoire et autonome des décisions du CIRDI</u>	p. 21
A. <u>Des décisions ayant force de chose jugée</u>	p. 22
B. <u>Une exécution laissée aux juridictions internes</u>	p. 23
<u>Section 2. La place de l'immunité dans les décisions du CIRDI</u>	p.23
A. <u>L'argument théorique de l'immunité comme possibilité d'inexécution des décisions</u> <u>par l'Etat</u>	p. 23
B. <u>L'inefficacité de l'immunité en pratique</u>	p. 24
CHAPITRE 2. LA POSSIBILITE DE REVISER OU D'ANNULER LES SENTENCES	
	p. 24
<u>Section 1. Une procédure de révision encadrée</u>	p. 25
A. <u>Un motif unique de révision</u>	p. 25
B. <u>Une procédure stricte</u>	p. 26
<u>Section 2. Une possibilité d'annulation restreinte</u>	p. 27
Conclusion	p. 29
Bibliographie	p. 30

Introduction

« *Le contentieux arbitral relatif aux investissements internationaux a pris, au regard du droit économique comme du droit du contentieux en général, une importance que personne n'aurait soupçonnée il y a vingt ans*¹ ». Le professeur Leben introduit par cette phrase son ouvrage sur le contentieux arbitral tout en montrant que la pierre angulaire d'une telle réussite est la création d'une institution mettant sur le même plan une personne publique et une personne privée, aucune institution ne prévoyait auparavant telle compétence.

Cependant, la mise en place d'une telle structure a soulevé de nombreuses questions parmi lesquelles le consentement de l'Etat tient une place centrale en ce qu'il confère la compétence au CIRDI mais aussi en ce qu'il se retrouve dans tous les stades de la procédure d'arbitrage. La faculté de se lier ou de se délier de l'Etat va donc avoir une grande influence sur le poids des décisions rendues mais aussi sur la crédibilité du Centre.

Cette question met en exergue la nécessité d'un équilibre entre souveraineté étatique et justiciabilité du contentieux en matière d'investissement. Les tensions peuvent naître lors de l'adhésion de l'Etat au système CIRDI mais aussi lors de l'exécution des sentences de manière indirecte. Le maître-mot est alors de conserver les prérogatives étatiques tout en permettant aux autres parties d'être protégé. On oscille en permanence dans ce mécanisme dans un rapport souveraineté-sécurité voire liberté sécurité.

Il sera intéressant dans ce but d'envisager l'influence du consentement de l'Etat non seulement à la compétence du CIRDI en amont du litige (Partie 1) mais aussi lors de l'exécution des décisions du CIRDI (Partie 2).

¹ LEBEN (C.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, LGDJ, 2006.

PARTIE 1 – LE CONSENTEMENT DE L'ETAT A LA COMPETENCE DU CIRDI

Le consentement de l'Etat à la compétence du CIRDI nécessite un double consentement de ce dernier, tout d'abord un mouvement d'adhésion à la convention de Washington, ensuite un accord avec les parties à l'investissement. On le voit ce consentement est donc protéiforme (Chapitre 1), mais lorsque ce consentement est donné le principe veut que ce choix soit irrévocable (chapitre 2) malgré quelques moyens pour tenter d'échapper aux juridictions CIRDI.

CHAPITRE 1. LE CONSENTEMENT DE L'ETAT : UN CHOIX PROTEIFORME

Section 1. La nécessité d'un double consentement de l'Etat

A. La ratification de la Convention de Washington par l'Etat²

La compétence du tribunal CIRDI nécessite la ratification de la Convention de Washington par l'Etat d'accueil mais aussi par l'Etat dont l'investisseur étranger est ressortissant. A ce jour 156³ pays ont ratifié la convention. Cette première condition constitue la base de tout traité international, en effet pour se prévaloir des dispositions d'un traité, l'Etat doit l'avoir ratifié.

Cependant, cette condition peut être atténuée par le jeu du « mécanisme supplémentaire⁴ » qui permet une extension du système CIRDI. Ce mécanisme est de nature à instaurer une justice plus contraignante et fait du CIRDI le moyen principal de régler un litige en matière d'investissement. En effet, des Etats tiers qui n'ont pas ratifiés la Convention peuvent faire appel au CIRDI de deux façons, soit de manière spontanée, soit par l'utilisation du mécanisme supplémentaire. En pratique, le CIRDI est sollicité en la personne de son Secrétaire général afin d'apporter son concours en matière d'arbitrage ad hoc.

² ALCABAS (A.), ALAMOWITCH (S.), « Le Centre International de Règlement des Différends relatifs à l'Investissement », *Les notes bleues de Bercy*, 2003 disponible en ligne :

http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/notes_bleues/nbb/nbb256/256_cir.htm

³ COUILLEAUX (A.), « Arbitrage international » *Legal news International*, juin 2007

⁴ RAMBAUD (P.), « L'extension du système CIRDI », *AFDI*, 1984.

En revanche, le mécanisme supplémentaire est encadré par le règlement du 27 septembre 1978⁵, ce mécanisme a un double objet : régler les procédures de conciliation et d'arbitrage qui seront applicables à des différends n'entrant pas dans la catégorie de ceux qui peuvent être conventionnellement soumis au CIRDI et mettre à la disposition des intéressés, une procédure de constatation des faits, procédure précontentieuse d'enquête ou d'instruction bien connue en droit international.

L'objectif premier du CIRDI est donc d'obtenir une justice plus efficace et plus contraignante qui va conférer au Centre une certaine légitimité aussi bien sur la scène internationale qu'au regard des institutions internes des Etats.

B. La nécessité d'un écrit entre les parties contractantes

L'article 25 de la Convention de Washington encadre le périmètre de l'activité du CIRDI. L'article 25 est le premier article d'une série de trois articles du Chapitre II intitulé « Compétence du Centre ». Il est rédigé comme suit :

« 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. ».

Cet article impose une forme de consentement de l'Etat, ce doit être un consentement donné par écrit (1) en revanche, la forme de l'écrit est laissée libre de sorte que l'on peut envisager tout type de forme d'accord (2).

(1) L'imposition d'un écrit

Durant les travaux préparatoires⁶, l'un des rédacteurs de la Convention de Washington – M. Broches – a souligné l'importance d'avoir un consentement écrit de l'Etat d'accueil. En effet, certains Etats en développement craignaient de subir des pressions par des investisseurs puissants, le fait de consigner le consentement d'un Etat d'accueil dans un écrit permettait donc de saisir la portée et les limites de ce consentement comme il l'est prévu à l'article 25 (4) : « *Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son*

⁵ Disponible en ligne : http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf

⁶ *ICSID Report of The Executive Directors* 28.

approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considèrerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. »

Cet écrit représente le point de départ et le périmètre de la compétence du Centre relative aux relations entre un investisseur étranger et l'Etat d'accueil. En principe, toutes les parties doivent avoir consenti à la compétence du Centre. Dans ce contexte, « *la portée d'un tel consentement revient discrétionnairement aux parties [...] en ce sens que la décision d'un Etat de consentir à l'arbitrage CIRDI est purement politique*⁷ ». Il est donc clair que l'écrit tient une place principale dans le consentement de l'Etat. Cette condition était imposée dans tous les projets de convention exceptée dans le « *Projet Préliminaire*⁸ ». Cependant, l'article 25 (1) ne précise à aucun moment l'obligation de notifier au centre au moment même du consentement. Cette obligation est réservée à l'article 25(4) qui prévoit qu'en cas de limitation du consentement, l'Etat doit soumettre sa décision au centre. Ainsi, le Centre ne peut pas avoir une idée précise du nombre d'accord lui ayant donné compétence, cependant il faut que la preuve du consentement puisse être facilement apportée.

Cette condition posée n'est pas difficile d'application en pratique, mais elle a contribué à faire naître un contentieux lors de l'existence de groupes de sociétés. En effet, certains Etats pour échapper aux tribunaux CIRDI, ont argué qu'il n'y avait aucun accord écrit entre la société mère et l'Etat d'accueil⁹. Cet argument n'a pas été accepté par le Tribunal, dans l'espèce, il y avait bien eu un consentement par écrit.

D'autre part, le consentement par écrit doit être clair et non équivoque¹⁰. Par exemple, si le défendeur ou le demandeur n'est pas partie à l'accord où la clause compromissoire est insérée cela peut engendrer des problèmes. La question a été soulevée dans l'affaire *Cable TV v. St. Kitts and Nevis*¹¹, le demandeur avançait que le consentement du défendeur pouvait être interprété comme ayant donné son accord pour la compétence d'une juridiction de droit interne.

⁷DELAUME (G.R.), *CIRDI Arbitration*, p. 104 et 105. «The scope of such a consent is within the discretion of the parties. In this connection, it should be noted that ratification of the ICSID convention is, on the part of a contracting state, only an expression of its willingness to make use of the ICSID machinery».

⁸SCHREUER (C.H.), *The ICSID Convention: a commentary*, Second Edition, Cambridge University Press (2009). P. 191

⁹*Holiday Inns v. Morocco*, Décision du 12 mai 1974, ICSID Report 671.

¹⁰Op. cit. n°3

¹¹*Cable TV v. St. Kitts And Nevis*, décision du 13 janvier 1997

En définitive, le fait d'imposer à l'article 25 (1) un écrit pour cristalliser le consentement de l'Etat est une obligation nécessaire et pratique car il évite toute interprétation et doute sur la compétence du CIRDI. Cependant, si la Convention de Washington précise cette condition, elle laisse le champ libre quant à la forme de l'écrit. Alors, que dès l'origine, la forme classique d'accord était plutôt le contrat d'investissement, de nouvelles formes d'accords directs ou indirects sont nées de la pratique et de la jurisprudence du CIRDI.

(2) La liberté de la forme

Une grande variété d'écrits peut être pointée, en effet, la forme étant libre, on peut cependant distinguer trois grands types d'accords pour consentir à l'autorité du CIRDI. Il existe tout d'abord, les accords directs entre les parties (a), puis les accords faits par le biais de la législation de l'Etat d'accueil (b), enfin les accords élaborés par le biais de traités internationaux (c). Cette multitude de formes d'accord à la compétence du CIRDI explique que les rédacteurs de la convention de Washington n'aient pas voulu élaborer de définition précise du terme investissement tant celui-ci peut être adapté dans différents instruments¹². Par ailleurs, l'émergence de l'arbitrage fondé sur le traité est le signe selon le Professeur Kaufmann-Kohler d'un éloignement certain de l'arbitrage commercial classique. En effet, la jurisprudence internationale considère qu'en matière d'arbitrage fondé sur un traité, la disposition du traité prévoyant le recours à l'arbitrage constitue « l'offre d'arbitrer exprimé par l'Etat ».¹³

a. Le consentement direct entre les parties :

L'accord direct entre les parties se matérialise traditionnellement par le biais d'une clause compromissoire contenue une convention d'investissement, appelé aussi « contrat d'Etat¹⁴ » entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger¹⁵. D'autre part, hormis le contrat d'investissement, les parties peuvent se soumettre à la compétence du CIRDI par le biais d'un compromis. Cependant, il a été observé que la majorité des affaires portées devant les

¹² SCHREUER (C.H.), *The ICSID Convention: a commentary*, Second Edition, Cambridge University Press (2009) P. 71

¹³ *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID reports, vol. 4, pp.246ss, no. 2; *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Zaire*, ICSID Reports, vol. 5, pp. 11ss, nos. 5.19ss.

¹⁴ KAUFMANN-KOHLER (G.), *L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité : entre intérêt privés et intérêts publics*, Texte d'une conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth.

¹⁵ PRECIGOUT (M.), *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit des investissements*, RCDADI, Tome 302, (2003), p. 201 à 286.

juridictions du CIRDI étaient basées sur une clause compromissoire¹⁶, les compromis sont bien plus rares.¹⁷ Dès lors, il apparaît d'une importance capitale de vérifier la rédaction de la clause compromissoire lors des négociations, le CIRDI a d'ailleurs développé des exemples de clauses¹⁸ pour faciliter la rédaction des clauses.

Voici la proposition de clause compromissoire faite par le CIRDI :

« *Le [Gouvernement] / [nom de la collectivité publique ou de l'organisme] de nom de l'Etat contractant (dénommé ci-après l'«Etat d'accueil») et nom de l'investisseur (dénommé ci-après l'«investisseur») consentent par la présente à soumettre au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (dénommé ci-après le «Centre») tout litige né du présent accord ou en relation avec lui en vue de son règlement par [conciliation] / [arbitrage] / [conciliation puis arbitrage si le litige n'a pas été réglé dans les délais de la communication du rapport de la Commission de conciliation aux parties] conformément aux dispositions de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (dénommée ci-après la «Convention»). »*

Outre la clause compromissoire et le compromis, les accords directs entre les parties peuvent se matérialiser l'autorisation par l'Etat d'accueil à l'investisseur de s'implanter sur le territoire de cet Etat. Le tribunal a autorisé cette forme d'accord.¹⁹ Le consentement s'il doit être écrit, n'a pas à être solennel ou circonscrit dans une formulation unique. En définitive, les accords d'investissement suffisent à établir le consentement de l'Etat.

Ces accords directs entre les parties représentent la forme classique de consentement de l'Etat, mais depuis quelques années, la jurisprudence a mis en exergue le consentement de l'Etat d'accueil au travers différentes formes telles que la législation de l'Etat d'accueil.

b. Le consentement par le biais de la législation nationale de l'Etat d'accueil²⁰ :

¹⁶ *Holiday Inns v. Morocco*, décision du 12 mai 1974, ICSID Report 650, *Kaiser Bauxite v. Jamaica*, Décision du 6 juillet 1975.

¹⁷ *Swiss Aluminium v. Iceland* décision du 6 mars 1985, *MINE v. Guinea*, décision du 6 janvier 1988, ICSID Report 67.

¹⁸ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?actionVal=ModelClauses&requestType=ICSIDDocRH>

¹⁹ *Amco v. Indonesia*, Décision du 25 septembre 1983. Disponible en ligne :

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC663_En&caseId=C126.

²⁰ GAILLARD (E.), *Chronique des sentences arbitrales du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement*, Journal du Droit International (Clunet), Avril-Mai-Juin 2010, n°2/2010. Pp. 516 et suivantes.

Le fait d'accepter le consentement de l'Etat par un moyen indirect comme la législation nationale de l'Etat d'accueil entraîne une conception différente de la notion d'investissement. Cette question toujours actuelle s'est aussi posée lors des travaux préparatoires de la Convention de Washington. En effet, dans ce type d'accord, l'Etat se trouve en position de faire une offre que l'investisseur est libre d'accepter ou de refuser, les conditions de négociation de l'accord ne se retrouvent pas dans les mêmes conditions que lors de la négociation d'un accord direct. De fait, en posant par le biais d'une loi relative à l'investissement une offre, l'Etat d'accueil limite les marges de manœuvres des investisseurs. Cette proposition unilatérale peut être envisagée de deux manières, soit elle est considérée intégralement acceptée par l'investisseur, soit la loi peut être interprétée de telle manière à ce que tous ses termes ne soient pas soumis à l'investisseur. Le problème de la seconde conception est que l'on se heurte à l'article 25(1) qui par le biais de la jurisprudence pose comme principe que le consentement doit être clair et non équivoque²¹.

Dans l'esprit de M. Broches²², cette faculté donnée à l'Etat d'accueil d'élaborer des lois encadrant l'investissement doit être vue uniquement comme une possibilité mais en aucun cas le seul moyen de consentir à l'investisseur et de traiter avec eux. En somme, ce moyen n'est qu'un substitut subalterne de la convention d'investissement. Cependant, lorsque l'Etat y recourt, le consentement de l'Etat mène souvent à des interprétations byzantines, pour éviter cela, certains auteurs ont tenté de montrer que dans un tel cas, la définition d'investissement devait être vue différemment²³.

Selon les critères posés dans l'affaire *Salini*²⁴, la définition de l'investissement doit se définir comme suit, l'investisseur doit effectuer un apport dans le pays concerné, cet apport doit porter sur une certaine durée, et il doit comporter pour celui-ci un certain risque. La jurisprudence *Salini* comportait aussi un critère de développement économique de l'Etat d'accueil consécutif à l'investissement mais ce critère a été progressivement assimilé à celui de l'apport dans les jurisprudences postérieures²⁵. Lorsque le consentement de l'Etat est issu d'une loi nationale de l'Etat d'accueil relative à l'investissement, Emmanuel Gaillard a

²¹ *Cable TV v. St. Kitts And Nevis*, décision du 13 janvier 1997.

²² Rédacteur de la Convention de Washington. (Report of the Executive Directors).

²³ GAILLARD (E.), *Chronique des sentences arbitrales du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement*, Journal du Droit International (Clunet), Avril-Mai-Juin 2010, n°2/2010. Pp. 516 et suivantes.

²⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade c. Royaume Hashemite de Jordanie*, décision sur la compétence du tribunal arbitral, (Affaire n° ARB/02/13).

²⁵ *L.E.S.I S.p.A. et ASTALDI v. Algeria*, Décision du 12 juillet 2006, n°ARB/05/3.

montré qu'il fallait prendre en compte la protection de l'investissement au regard de la loi de l'Etat d'accueil.

“In the Tribunal's view, States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments made in violation of their laws. If a State, for example, restricts foreign investment in a sector of its economy and a foreign investor disregards such restriction, the investment concerned cannot be protected.”

De plus en plus, la référence à la loi de l'Etat d'Accueil devra être prise en compte pour établir le consentement de l'Etat à l'investissement, en effet, de plus en plus de pays de Common Law élaborent des lois faisant référence au rôle des juridictions internes dans la résolution des litiges. De plus en plus de pays en voie de développement enclins à recevoir de nombreux investissements étrangers y recourent (Egypte²⁶, Mozambique²⁷, Mauritanie²⁸, Tanzanie²⁹, Comores³⁰...). Avec ce type de clauses, l'investisseur n'a plus qu'à accepter les conditions posées par l'Etat d'accueil par le biais d'un acte unilatéral. Cependant, pour que la compétence du CIRDI soit retenue explicitement, il faut que la référence au Centre soit claire, la référence à l'arbitrage international sans mention expresse du CIRDI n'est pas de nature à constituer le consentement de l'Etat au CIRDI. La question s'est posée dans l'affaire, *Inceysa v. El Salvador*³¹, le demandeur avait mis en exergue plusieurs dispositions de la législation mais aucune d'elles se referaient expressément au CIRDI, le tribunal en a déduit que le consentement de l'Etat requis à l'article 25(1) de la Convention de Washington n'était pas présent.

Par ailleurs, si l'Etat qui utilise sa législation pour émettre un consentement à la compétence du CIRDI en matière d'arbitrage relative à l'investissement, l'investisseur doit d'un autre côté acquiescer de manière adéquate. La forme de l'acceptation de l'investisseur a aussi levé certaines interrogations à l'occasion de litiges.

Les tribunaux considèrent souvent que la requête formée auprès du Centre demandant une conciliation ou un arbitrage constitue une formalité suffisante de la part de l'investisseur, deux décisions ont été rendues en ce sens³².

²⁶ Law on Investment Guarantees and Incentives (1997), article 55. Ces exemples sont tirés de l'ouvrage de SCHREUER (C.H.) *The ICSID Convention : a Commentary*, Cambridge University Press (2009).

²⁷ Art 25 of the Law of Investment, 1993.

²⁸ Art 7.2 of the Investment Code, 2002.

²⁹ Art 23(2) of the investment Act 1997.

³⁰ Art 6 of the investment code, 1989.

³¹ *Inceysa v. El Salvador*, décision du 2 août 2006 n° ARB/03/26.

³² *Tradex v. Albania*, Décision sur la Compétence du tribunal arbitral du 24 décembre 1996, *Zhinvali v. Georgia*, décision du 24 janvier 2003.

c. Le consentement par le biais de traités internationaux :

Il existe deux types de traités qui peuvent renfermer le consentement d'un Etat à la compétence du CIRDI. Tout d'abord, les traités bilatéraux d'investissements (TBI) et les traités multilatéraux.

(1) Les traités bilatéraux d'investissements³³ (TBI)

Lors des travaux préparatoires, on ne trouve pas de références aux TBI, la pratique de ces traités au moment de la rédaction de la Convention n'avait qu'à peine commencé³⁴. Malgré cette absence de référence au TBI, on peut déduire de l'autorisation de consentement par le biais de la loi de l'Etat d'accueil que l'utilisation des TBI est acceptée par le CIRDI car le système est similaire. En effet, avec le TBI, l'Etat d'accueil exprime son consentement par une offre unilatérale d'acceptation fournie à l'investisseur. La différence est qu'avec le traité, l'Etat d'accueil est bel et bien partie à la convention³⁵ ce qui va renforcer son consentement. Cette pratique va être acceptée par le Centre et celui-ci va aussi publier des clauses types afin de faciliter la rédaction des TBI.

« Tout différend relatif aux investissements faisant l'objet du présent Accord qui pourrait surgir entre l'une des parties (ou l'une des quelque organisations ou institutions relevant de ladite partie ou contrôlée par ladite partie) et une personne physique ou morale ayant la nationalité de l'autre partie est soumis à la juridiction du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement conformément à la Convention de Washington du 18 mars 1965³⁶. »

En marge de ce modèle s'est développée une pratique des pays en voie de développement consistant à élaborer leur clause eux-mêmes. Le problème que pose la pratique du TBI est la date d'entrée en vigueur de ceux-ci, en effet, dans l'affaire *Tradex v. Albania*³⁷, la demande d'arbitrage fournie au Tribunal CIRDI avait été envoyée avant l'entrée en vigueur du TBI

³³ DOLZER (R.), STEVENS (M.), *Bilateral Investment Treaties* (1995).

³⁴ BROCHES (A.), *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes in The Art of Arbitration* (1982).

³⁵ SCHREUER (C.), *The Backlash against investment arbitration: perception and reality*, chapter 15: Denunciation to the ICSID Convention and consent to arbitration, (2010) p. 353-368.

³⁶ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, Kluwer Law International (2009). Modèle de clause de TBI.

³⁷ *Tradex v. Albania*, Décision du 24 décembre 1996. ICSID Report 58.

entre l'Albanie et la Grèce. Il était ainsi impossible d'établir la compétence du tribunal arbitral sur la base de ce traité.

Par ailleurs, la majorité des clauses compromissoires dans les TBI actuels sont l'expression de deux Etats contractants de se soumettre à la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI. L'affaire *AAPL v. Sri Lanka*³⁸, en 1990 a levé le problème de ces clauses compromissoires insérées dans les TBI, pour la première fois, le demandeur s'est appuyé sur le traité bilatéral d'investissement pour soulever la compétence du tribunal CIRDI.

Ce nouveau type de consentement nécessite aussi pour certains auteurs une adaptation de la notion d'investissement ce qui justifie pour eux l'absence de définition claire dans la Convention³⁹. De plus, ce nouveau type de consentement de l'Etat a fait naître la possibilité pour l'Etat de consentir à d'autres formes d'arbitrages que l'arbitrage CIRDI. Ces arbitrages alternatifs incluent les juridictions internes de l'Etat d'accueil, appelée souvent clause « *fork in the road* »⁴⁰ qui prévoit l'épuisement des voies de recours internes avant de procéder à une requête auprès des tribunaux CIRDI. Cette clause a été reconnue la première fois dans l'affaire *Pantechniki S.A. Constructors and Engineers v. The Republic of Albania*⁴¹. Cette sentence est la première qui fait référence au processus « fork in the road » et celui-ci est apparu par le biais d'un TBI. En effet, dans cette affaire, la société S.A. Constructor de nationalité grecque était liée à la République d'Albanie par le biais d'un TBI entre l'Albanie et la Grèce de 1991. L'article 10(2) de ce traité prévoyait qu'en cas d'impossibilité de règlement amiable du litige “*the investor or the Contracting Party concerned may submit the dispute either to the competent court of the Contracting Party or to an international arbitration tribunal...*”. Le demandeur avait tout d'abord formé une requête devant les tribunaux albanais puis avait tenté de constituer une seconde requête devant les tribunaux CIRDI arguant que sa demande n'était pas sur le même fondement. Le tribunal dans sa sentence a alors considéré que “*whether or not the 'fundamental basis of a claim' sought to be brought before the international forum is autonomous of claims to be heard elsewhere*”⁴².

³⁸ *AAPL v. Sri Lanka* décision du 27 juin 1990.

³⁹ GAILLARD (E.), *Chronique sur la Jurisprudence du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement*, Paris 2004.

⁴⁰ SINCLAIR (A.), *Fork-in-the-road provisions in investment treaties*, 4th of November 2009, Allen & Overy Knowledge, UK. Disponible en ligne : <http://www.allenoverly.com/AOWEB/Knowledge/Editorial.aspx?contentTypeID=1&contentSubTypeID=7944&itemID=53649&prefLangID=410>

⁴¹ *Pantechniki S.A. Constructors and Engineers v. The Republic of Albania*, Décision du 30 juillet 2009 (ICSID case n° ARB/07/21). Disponible en ligne : <http://ita.law.uvic.ca/documents/PantechnikiAward.pdf>

⁴² op. cit. n°36.

On peut alors conjecturer que l'utilisation récente des TBI comme lieu de consentement de l'Etat à contribuer à la complexification de la procédure de soumission des litiges internationaux relatifs aux investissements devant le CIRDI. La référence au TBI a fait naître la clause 'fork in the road'.

A côté de cette référence aux juridictions internes, d'autres formes d'arbitrages peuvent aussi être compétentes pour traiter des litiges relatifs aux investissements, c'est le cas lorsque le TBI se réfère à la compétence de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Stockholm ou de Paris⁴³ ou d'autres formes d'arbitrage *ad hoc*.

(2) *Les traités multilatéraux*⁴⁴ :

Certains traités multilatéraux prévoient aussi la compétence des tribunaux CIRDI, le fait pour un Etat de ratifier ce traité présume son consentement à la compétence du centre. Le processus de consentement est le même que pour le traité bilatéral d'investissement. On peut se pencher sur l'ALENA⁴⁵. Cet accord conclu en 1992 entre le Canada, le Mexique et les Etats-Unis comprend un chapitre 11 relatif aux investissements de l'article 1101-1138⁴⁶.

L'article 1122 porte le titre « *consentement à l'arbitrage* », cet article dispose que toutes les parties contractantes consentent à l'arbitrage des tribunaux CIRDI, après avoir respecté les dispositions de l'article 1120 qui prévoit une période d'attente de six mois pour enclencher une procédure auprès du CIRDI. Le consentement à l'arbitrage CIRDI est ainsi largement dicté par la ratification du traité comme pour les TBI. Le choix laissé à l'Etat dans pareil situation est très restreinte car la ratification même de ce traité va l'obliger à consentir à l'arbitrage.

Après avoir envisagé toutes les formes possibles de consentement entraînant des conséquences diverses sur la nature du consentement, il faut maintenant se pencher sur les restrictions qu'un Etat ou une partie à la convention peuvent apporter à la portée de ce consentement.

⁴³ CRAWFORD (J.) SINCLAIR (A.), « Application aux contrats d'Etats des principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, supplément spécial 2002, p. 59-79. Disponible en ligne : volume 13 n°1 :

http://www.iccwbo.com/court/arbitration/id4098/langtype1036/index.html#13_1

⁴⁴ KELLEY (Gl.), "Multilateral Investment Treaties: A balanced approach to Multinational Corporations", *Col. J. of Transnational Law* 2001, p. 483. Disponible en ligne :

<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/>

⁴⁵ Accord de Libre Echange Nord Américain.

⁴⁶ Texte disponible en ligne : <http://www.nafta-sec-alena.org/fr/view.aspx?x=343&mtpiID=142>

Section 2. La possibilité de restrictions à la portée du consentement

Les limites apportées au consentement d'un Etat sont de deux ordres : matériel et intentionnel. Dans le premier cas de figure, c'est la procédure (A) instaurée par la convention de Washington qui va venir instaurer des conditions afin d'encadrer la compétence du tribunal CIRDI. L'Etat doit se soumettre à cette procédure pour pouvoir bénéficier de cette compétence. Ensuite, l'Etat peut limiter lui-même de manière intentionnelle son propre consentement de diverses manières afin de maîtriser la portée de son engagement (B).

A. Les restrictions matérielles⁴⁷ :

L'accès à la compétence du Centre est toujours restreint par des conditions d'ordre procédural. En pratique, ces limites concernent les différentes étapes de la procédure que les parties pourraient être tentées d'enfreindre ou de contourner. On peut distinguer ces différentes restrictions dans l'ordre de la procédure.

Tout d'abord, une condition classique est toujours posée avant d'instituer une procédure contentieuse, il faut observer une période de six mois où les négociations et les conciliations peuvent avoir lieu. Si aucun accord n'a été trouvé au terme de cette période alors une demande d'arbitrage auprès du centre peut alors être engagée. Le CIRDI a élaboré des clauses types afin de consigner cette période précontentieuse de six mois⁴⁸. L'ALENA comprend des clauses similaires et la plupart des TBI ont ce type de clause. En conséquence, si la demande d'arbitrage est formée antérieurement à l'expiration de cette période, le tribunal devra décliner sa compétence. L'Etat devra alors attendre la fin des périodes de négociation et pourra ensuite réitérer sa demande en invoquant la clause compromissoire et invoquer la compétence du Centre⁴⁹.

L'autre condition restrictive posée par la Convention de Washington est la clause « *fork in the road* » prévue à l'article 26 de la Convention. Les Model Clauses rédigées par le CIRDI prévoient une rédaction type :

⁴⁷ DELAUME (G.R.) *ICSID and Bilateral Investment Treaties*, News from ICSID, Vol ½, pp. 12-17 (1985).

⁴⁸ AMERASINGHE (C. F.), "How to Use the International Centre for Settlement of Investment Disputes by Reference to its Model Clauses", *Indian Journal of International Law* n°530 (1973).

⁴⁹ *Militaries and paramilitaries activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, CIJ, Décision du 26 novembre 1984, disponible en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>

Clause 13

« Avant qu'une partie n'engage une procédure d'arbitrage aux termes de la Convention, cette partie doit avoir pris toutes les mesures nécessaires pour épuiser les recours [suivants] [administratifs] [et] [judiciaires] prévus par la loi de l'Etat d'accueil pour le litige en cause [liste des recours nécessaires], à moins que la partie adverse n'ait renoncé par écrit à faire valoir cette exigence⁵⁰. »

L'investisseur peut instaurer une procédure devant un tribunal arbitral uniquement si les procédures de droit interne n'influent pas sur la résolution du litige durant cette période ou lorsque le litige persiste après la décision des juridictions internes. Le tribunal CIRDI a précisé dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*⁵¹ que cette clause ne prévoyait pas l'épuisement des voies de recours interne.

B. Les limites intentionnelles :

Outre ces clauses restreignant de manière automatique la portée du consentement de l'Etat en ce qu'elles encadrent la procédure d'arbitrage, l'Etat peut lui-même apporter ses propres restrictions. Dans les projets de rédaction de la Convention de Washington, les rédacteurs avaient envisagés de donner la possibilité de créer des « *clauses balais* »⁵² qui permettait à l'Etat de prévoir qu'une ou plusieurs dispositions ne s'appliquaient pas. Cette clause a été critiquée car pour certain elle était trop permissive. Elle n'a donc pas vu le jour dans la version définitive de la Convention. Mais étant donné que la compétence du CIRDI est basée sur l'offre faite par une partie de se soumettre à la compétence du centre et sur l'acceptation de l'autre partie, ce principe ne peut fonctionner que si l'offre et la demande coïncident. Par conséquent, la compétence du CIRDI ne peut s'apprécier qu'au regard de certaines opérations d'investissements auxquelles l'Etat a lui-même consenti⁵³. L'acceptation du débiteur ne peut dépasser l'offre de l'Etat d'accueil. On peut donc décrire de quelles manières l'Etat d'accueil va restreindre la portée de son consentement.

⁵⁰ Disponible en ligne : <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-fra/14.htm#VIb>

⁵¹ *Maffezini c. Espagne*, Décision sur la compétence du 25 janvier 2000.

⁵² « *Sweeping clause* », BROCHES (A.) *ICSID Report of the Executive Directory*.

⁵³ AMERASINGHE (C.F.), "The jurisdiction of the international centre for the settlement of international dispute", *Indian Journal of International Law* (1979)

En cas d'accords directs, l'article 25 ne prévoit pas explicitement les limites que les parties peuvent apporter à leur consentement. Rien n'empêche alors l'Etat de restreindre la portée de son engagement en excluant certains litiges ou en listant les questions susceptibles d'être soumises à la compétence du CIRDI. En pratique, il est préférable d'opter pour une clause compromissoire large car le fait d'exclure tel ou tel litige ou problème peut mener à des complications lors de l'examen de la compétence du CIRDI.

En cas d'accord par le biais de la législation de l'Etat d'accueil, l'Etat peut au travers de sa législation restreindre les sujets à soumettre au CIRDI. Dans l'affaire *SPP v. Egypt*⁵⁴, l'Egypte avançait que le CIRDI n'était pas compétent car il s'agissait d'une inexécution contractuelle, or la loi relative à l'investissement prévoyait qu'en matière contractuelle, seule les juridictions internes étaient compétentes⁵⁵.

Enfin, en cas de consentement par le biais de traités, la portée du consentement offert dans les TBI peut varier. Certains TBI prévoient des clauses illimitées alors que d'autres contiennent des dispositions telles que « *tous les litiges relatifs à l'investissement* ». Dans l'affaire *Salini v. Morocco*⁵⁶, le tribunal note que les termes de la clause étaient larges et incluaient non seulement une requête en violation du TBI mais aussi une requête fondée sur le contrat⁵⁷.

Ainsi, malgré le fait que la Convention ne prévoit pas explicitement de clauses pour restreindre le consentement de l'Etat, la pratique et les formes d'accords sont tout de même parvenues à rétablir cette liberté des parties. En revanche, si l'Etat conserve la possibilité de restreindre son engagement, la Convention de Washington, ne permet pas de se rétracter de cet engagement. Dès lors, le consentement de l'Etat apparaît comme étant un choix irrévocable.

⁵⁴ *SPP v. Egypt*, décision sur la compétence du 27 novembre 1985.

⁵⁵ SCHREUER (C.), *The ICSID Convention : A commentary* Second edition, Cambridge University Press (2009).

⁵⁶ *Salini v. Morocco*, décision sur la Compétence du 23 juillet 2001.

⁵⁷ Les termes de l'article 8 du TBI étaient « *Tous les différends ou divergences...concernant un investissement* ».

CHAPITRE 2. LE CONSENTEMENT DE L'ETAT : UN CHOIX IRREVOCABLE

La dernière phrase de l'article 25(1) de la Convention de Washington dispose : « *Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.* ». Cette phrase impose explicitement l'irrévocabilité unilatérale du consentement d'une partie (Section 1). Gabrielle Kaufmann-Kohler⁵⁸ y voit la volonté de légitimité et de cohérence du CIRDI. Outre cette impossibilité de retrait unilatéral, des auteurs⁵⁹ y ont vu par extension une prohibition des retraits indirects (Section 2).

Section 1. La prohibition de retrait unilatéral du consentement de l'Etat

On peut remarquer deux dispositions venant encadrer la révocation du consentement de l'Etat, tout d'abord l'article 25(1) dans sa dernière phrase prohibe purement et simplement le retrait unilatéral du consentement (A), mais l'article 25(4) vient apporter un fort tempérament à cette prohibition (B).

A. L'irrévocabilité expresse de l'article 25(1) :

Ce principe d'irrévocabilité du consentement trouve son explication dans le préambule de la Convention qui dispose que : « *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* »⁶⁰. La nature impérative et irrévocable peut être vue a fortiori comme une manifestation de la fameuse maxime de droit international « *Pacta sunt servanda* ».

Il est certain que pour que le principe d'irrévocabilité joue, il faut que le consentement de l'Etat soit clair et explicite. On ne pourrait appliquer ce principe s'il persiste des incertitudes quant à la teneur du consentement de l'Etat. On retrouve dans ce contexte l'exigence de l'écrit

⁵⁸ KAUFMANN-KOHLER (G.), *L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité : entre intérêt privés et intérêts publics*, Texte d'une conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth

⁵⁹ SCHREUER (C.), DELAUME.

⁶⁰ Préambule de la Convention disponible en ligne : http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf

mentionné plus haut. Si on reprend l'affaire *Holiday Inns v. Morocco*⁶¹, ni l'Etat d'accueil, ni l'Etat de l'investisseur n'étaient parties à la convention à la date où la clause compromissoire a été signée mais le tribunal a conclu que leur accord étant postérieur, depuis cette date, les parties avaient consenti, et les dates ne pouvaient leur servir d'alibi pour se délier unilatéralement de leur engagement. On le voit, l'interprétation du Tribunal est très extensive de sorte que le consentement peut paraître dangereux pour un Etat car aucune marge de manœuvre n'est possible postérieurement.

L'autre certitude que revêt cette disposition est que seul le retrait unilatéral est prohibé, *a contrario*, le retrait mutuel consacré par un accord de toutes les parties est valable. Si l'Etat et l'investisseur trouvent une autre issue à leur litige, ils peuvent d'un commun accord révoquer leur engagement et se tourner vers d'autres tribunaux. Cette possibilité revêt un fort risque de *forum shopping* car les parties peuvent choisir une juridiction qui sera plus à même d'accéder à leur demande. De plus, cette faculté tend à décrédibiliser la compétence et l'autorité du CIRDI car les parties peuvent à tout moment le dessaisir. On se retrouve ainsi dans les travers que les rédacteurs de la convention ont voulu éviter.

B. Le tempérament de l'article 25(4) :

L'article 25(4) de la Convention de Washington dispose : « (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)*⁶² ».

L'analyse de cette disposition amène au constat qu'il est possible pour l'Etat de retirer son consentement *a posteriori*. En effet, le texte prévoit que tout Etat peut « à toute date ultérieure » par voie de notification retirer des litiges qu'il considérerait ne pouvant être soumis à la compétence du CIRDI. Cette faculté est seulement donnée à l'Etat car l'article ne parle pas de l'investisseur. Cette disposition a pour effet de déséquilibrer grandement les relations entre les parties et confère un privilège exorbitant à l'Etat contractant, mettant l'investisseur dans une insécurité quant à ses attentes d'être protégé par le CIRDI. Cependant,

⁶¹ *Holiday Inns v. Morocco*, décision sur la compétence 12 may 1974.

⁶² Texte disponible en ligne : http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf

la dernière phrase de l'article précise « *Ladite notification ne constitue pas le consentement aux termes de l'alinéa (1)* ». Les rédacteurs de la Convention ont par ce biais voulu éviter l'écueil du retrait du consentement par la notification. Le professeur Schreuer⁶³ illustre ce propos par une série d'affaires.

Dans ces affaires⁶⁴, le gouvernement de Jamaïque avait conclu des accords avec un investisseur étranger contenant une clause de compétence du CIRDI. La Jamaïque a alors notifié au Centre « *qu'elle retirait la compétence du centre concernant les investissements liés aux minéraux et autres ressources naturelles* ». Cette notification était visiblement faite pour retirer la compétence du CIRDI. Le tribunal du CIRDI a alors statué dans ces trois affaires qu'un « *Etat ne pouvait pas limiter ou révoquer la compétence du CIRDI par le biais de la notification de l'article 25(4)* »⁶⁵.

Ainsi, la révocation par le biais de la notification a été interdite par le Tribunal CIRDI. Mais d'autres voies indirectes du retrait du consentement de l'Etat peuvent tout de même exister.

Section 2. La prohibition de retrait indirect du consentement de l'Etat⁶⁶

L'ONU dans une publication a listé les différents modes de retrait du consentement de l'Etat. Outre la révocation par la notification qui a été interdite dans les affaires citées ci-dessus, un Etat peut révoquer son consentement en dénonçant la convention⁶⁷, en retirant l'autorisation d'investissement. Il peut aussi agir par le biais de sa législation, ou en se retirant du traité dont il est parti. Tous ces moyens montrent à quel point la souveraineté de l'Etat prime en droit international sur toutes les prérogatives fussent-elles de nature à protéger la régulation économique mondiale⁶⁸.

⁶³ SCHREUER (C.), *The ICSID Convention: a commentary*. Second Edition, Cambridge University Press (2009).

⁶⁴ *Alcoa Minerals v. Jamaica ; Kaiser Bauxite v. Jamaica ; Reynolds v. Jamaica*

⁶⁵ SCHREUER (C.), *The ICSID Convention : A commentary*. P. 256.

⁶⁶ UNCTAD, *Dispute Settlement, 2.3 Consent to Arbitration*, Publication de l'ONU, New York et Genève 2003.

⁶⁷ Prévu à l'article 71 de la Convention de Washington.

⁶⁸ LELARGE (A.), *La notion d'Etat dans la doctrine internationale depuis la fin du XIXème siècle*, thèse sous la direction du Professeur Charles Leben, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007.

PARTIE II – LE CONSENTEMENT DE L'ETAT A L'EXECUTION DES DECISIONS DU CIRDI

Au-delà des mécanismes mis en place par la Convention de Washington pour optimiser et crédibiliser le système CIRDI, les rédacteurs de la Convention ont tenu à encadrer strictement la procédure pour deux motifs, l'efficacité des décisions et la protection des parties. En effet, la caractéristique de la procédure d'arbitrage CIRDI est d'être indépendante de tout droit national⁶⁹. Les parties ont donc la certitude de pouvoir être protégées de tout contrôle de la part de tribunaux étatiques. Cependant, malgré cette volonté de protection des parties au niveau de la reconnaissance des décisions (Chapitre 1), on peut s'interroger sur la réalité de l'exécution des décisions et sur la possibilité de remettre en cause les décisions du CIRDI (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA RECONNAISSANCE DES SENTENCES RENDUES PAR LE CIRDI

L'article 54(1) de la Convention de Washington instaure l'obligation pour l'Etat de reconnaître les sentences comme ayant force de chose jugée (section 1) et a fortiori d'empêcher les tribunaux étatiques de pratiquer la procédure d'exequatur (section 2).

Section 1. Le caractère exécutoire des décisions du CIRDI

L'article 54(1) de la Convention de Washington dispose clairement : « *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.* ».

Aux termes de l'article 54, deux principes se dégagent tout d'abord le principe de décision ayant force de chose jugée (A) mais aussi le principe d'exécution par les tribunaux internes (B).

⁶⁹ DELAUME (G.) « Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs à l'Investissement : la pratique du CIRDI », page 809. *JDI* 1982.

A. Des décisions rendues en force de chose jugée par le CIRDI

Les termes employés dans cet article sont non équivoques, les termes « *jugements définitifs* », « *reconnait toute sentence* » révèlent le caractère exécutoire des sentences. Ainsi, les sanctions pécuniaires qui sont prononcées par le CIRDI doivent être appliquées soit par l'investisseur soit par l'Etat. On remarque que le système CIRDI est beaucoup plus rigide que les autres régimes d'arbitrage commercial international⁷⁰. Les sentences CIRDI ne sont donc susceptibles d'aucune révision par les juridictions locales avant l'exécution. Rien dans cet article ne semble indiquer qu'un tribunal pourrait refuser de faire appliquer une sentence. Mais dans l'ouvrage de Reed, Paulsson et Blackaby il est rapporté que « *ces considérations ne sont que purement théoriques car les sentences CIRDI sont généralement exécutées volontairement par l'Etat débiteur notamment dans la crainte qu'une inobservation pourrait avoir des conséquences politiques défavorables auprès de la communauté de la banque mondiale* ». En 2002 par exemple, sur vingt sentences CIRDI rendues seules trois ont donné lieu à une procédure d'exécution⁷¹.

Ce caractère autonome est de nature à donner une position forte des décisions du CIRDI et à éviter tout aléa concernant l'exécution des décisions. Les parties sont ainsi protégées de toute décision discrétionnaire des tribunaux étatiques. A ce stade, le consentement de l'Etat est donc forcé, il ne peut plus revenir sur sa décision ou révoquer son consentement. Lors de l'exécution des sentences, la souveraineté de l'Etat est totalement mise à mal pour faire primer la sécurité et la cohérence des décisions. On remarque que tout au long de la procédure l'Etat conservait la faculté de se délier du CIRDI mais au stade de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, il devient une sorte de sujet de droit devant exécuter sa sanction sans aucun pouvoir de remise en cause.

Les moyens de pressions qui font que cette exécution n'est pas uniquement théorique sont éminemment politiques, la réputation de l'Etat sur la scène internationale est un moyen persuasif. La non-exécution d'une sentence CIRDI serait de nature à geler les investissements étrangers de nombreux Etats ne peuvent se permettre un tel blocage économique.

Cependant, si les décisions sont obligatoirement reconnues par l'Etat, les juridictions étatiques doivent s'assurer de l'exécution des décisions.

⁷⁰ REED (L.), PAULSSON (J.), BLACKABY (N.), Guide to ICSID Arbitration, La Haye, Londres, New York (2004) p.95

⁷¹ Voir note n°69 p.107.

B. Une exécution laissée aux juridictions internes :

Le fait que les décisions soient hors de toute coloration nationale empêche le CIRDI de pouvoir vérifier l'exécution des décisions, elle est alors laissée au soin des juridictions nationales comme le prévoit l'article 54(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* ». Lors de l'exécution de la sentence, les juridictions internes sont autorisées à fixer des délais, ordonner la saisie des biens du débiteur de la sentence, ils peuvent avoir des exigences en terme de devise.

Malgré une apparence de relative cohérence dans la procédure d'exécution des sentences, une question divise la doctrine : l'exception d'ordre public qui en droit international occupe une place privilégiée peut-elle être invoquée en cas de décision du CIRDI⁷² ? Cette question reste aujourd'hui non résolue. Il semble que l'examen de l'ordre public se fera au cas par cas en fonction des espèces.

Section 2. La place de l'immunité de l'Etat dans les décisions du CIRDI

L'immunité de l'Etat est une prérogative exorbitante de l'Etat au regard du droit international, expression même de sa souveraineté, il apparaît comme le seul moyen que possède l'Etat pour refuser de se soumettre à une décision du CIRDI la procédure d'exequatur étant impossible. L'immunité peut être vu au premier abord comme un argument de poids susceptible de remettre en cause la crédibilité du CIRDI (A) mais en pratique, cet argument ne s'applique pas (B).

A. L'argument théorique de l'immunité comme possibilité d'inexécution des décisions par l'Etat :

L'Etat peut toujours refuser de consentir à la décision du CIRDI en invoquant l'argument de l'immunité souveraine⁷³. En effet, la convention ne déroge pas sur ce point aux dispositions sur l'immunité dont peut se prévaloir chaque Etat contractant. La convention prévoit ainsi qu' « *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*

⁷² SCHLOSSER (P.F.), « conflits entre jugements judiciaires et arbitrages », *Revue de l'arbitrage* 1981, p. 371.

⁷³ DELAUME (G.), "ICSID Arbitration Proceedings : Practical Aspects", *Pace Law Review*, Volume 5, 1985

*d'un Etat étranger*⁷⁴. ». Il est donc possible que sous certaines conditions propres à l'immunité, un Etat contractant puisse ne pas exécuter la décision rendue par le CIRDI.

L'article fait implicitement référence à plusieurs dispositions de droit international qui ont établi l'immunité des Etats *rationae personae* et *rationae materiae*. L'article 2§4 de la Charte des Nations Unies par exemple prévoit l'immunité des Etats et l'égalité entre eux. Le critère unique de cette immunité est la souveraineté de l'Etat principe primordial en droit international. Le CIRDI semble devoir se conformer à cette immunité.

B. L'inefficacité de l'immunité en pratique

Cette question a entraîné de nombreux débats doctrinaux mais en pratique elle n'a aucun écho et ne risque pas d'en avoir parce que cette immunité d'exécution serait contraire aux obligations au sujet desquelles l'Etat s'est engagé en vertu de la Convention CIRDI et cela pourrait l'exposer à diverses sanctions résultant de la convention. Ensuite, au-delà de l'argument juridique, un Etat ne se soumettant pas à une décision du CIRDI sous prétexte d'immunité d'exécution serait de nature à le décrédibiliser aux yeux de la communauté internationale. En pratique quelques affaires ont marqué les esprits : *Sapphire Int. Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Co*⁷⁵.

En somme, la reconnaissance des décisions du CIRDI s'impose à l'Etat son consentement donné en amont de la décision ne peut réellement être remis en cause de telle sorte que même l'immunité, prérogative exorbitante de l'Etat en droit international public, est impuissante face aux enjeux politiques créés par l'adhésion au système CIRDI. Le mécanisme de reconnaissance mis en place par le CIRDI est sans doute le plus efficace de toutes les procédures d'arbitrage international. On peut cependant se poser la question de la place de la révision ou de l'annulation des sentences comme unique marge de manœuvre de l'Etat à ce stade de la procédure.

CHAPITRE 2. LA POSSIBILITE DE REVISER OU D'ANNULER LES SENTENCES

Le consentement au stade de l'exécution est immuable, l'Etat ne peut en disposer pour l'utiliser comme moyen de défense, cependant comme aucun contrôle n'est possible de la part

⁷⁴ Article 55 de la convention de Washington.

⁷⁵ *Sapphire Int. Petroleum Ltd. V. National Irania Oil Co*. Décision du 15 mars 1963.

des juridictions étatiques, la Convention de Washington a instauré une possibilité de révision et d'annulation des décisions du CIRDI. Certains auteurs y ont vu la création d'une « justice à deux vitesses⁷⁶ ». Cette possibilité de révision ou d'annulation des sentences est une spécificité du CIRDI.

En effet, les révisions, suspensions et annulations sont prononcées par un comité qui a le pouvoir de revenir sur les décisions prononcées par les arbitres. Ce comité a donc des prérogatives exorbitantes qui lui confèrent le dernier mot.

Cependant, la possibilité de révision et d'annulation des décisions est encadrée par des conditions strictes afin d'éviter les dérives.

Section 1. Une procédure de révision encadrée

A. Un motif unique de révision

La procédure de révision ne peut intervenir qu'« *en raison de la découverte d'un fait nouveau 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* », article 51(1)⁷⁷ de la Convention de Washington. Cette procédure est strictement encadrée.

Cet article pose quatre conditions cumulatives de nature à permettre à l'une des parties de se délier de la sentence prononcée à son encontre. Ces conditions sont perçues comme le contrepoids de ce consentement impératif sur lequel l'Etat ne peut revenir.

Il faut tout d'abord un *fait nouveau*⁷⁸, ce fait nouveau doit être postérieur à la décision du CIRDI, il ne doit pas avoir de lien avec les arguments déjà présentés au tribunal. Ensuite, il doit être *de nature à exercer une influence décisive sur la sentence*, ce critère est éminemment subjectif, l'appréciation des arbitres est seule de nature à pouvoir fixer ce qui est décisif ou pas pour la fixation de la sentence. Le pouvoir donné au comité de révision est dès lors

⁷⁶ ALCABAS (A.), ALAMOWITCH (S.), « Le Centre International de Règlement des Différends relatifs à l'Investissement », *Les notes bleues de Bercy*, 2003 disponible en ligne :

http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/notes_bleues/nbb/nbb256/256_cir.htm

⁷⁷ 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 ».

⁷⁸ SCHREUER (C.), *The ICSID Convention : A commentary. 2nd edition*, Cambridge University Press, 2009.

exorbitant. Ils peuvent discrétionnairement remettre en cause les décisions des arbitres. Cela pose le problème de la légitimité des arbitres qui sont sujets à de nombreuses critiques tant par leur rémunération que par le mode de nomination.

Le troisième critère posé est une précision du fait nouveau, l'article dispose que ce fait doit être inconnu du tribunal et de la demanderesse au moment du prononcé de la sentence. Ce critère doit donc être objectivement nouveau et ne doit pas être une stratégie pour les parties. On voit se dessiner en filigrane de cette condition une exigence de bonne foi de plus en plus prégnante dans la jurisprudence et la pratique du CIRDI.

Enfin le dernier critère posée est qu'il n'y ait pas eu *faute à ignorer ce fait de la part des parties*. On retrouve dans ce critère les principes de la responsabilité, une faute peut se composer d'une fraude, d'un abus, de la mauvaise fois d'une des parties.

On voit donc que cette possibilité de mise en œuvre de la révision des sentences du CIRDI est très encadrée. La procédure confirme cette volonté de rigueur.

B. Une procédure stricte

La demande de révision doit être introduite dans les 90 jours suivant la découverte du fait nouveau et au plus tard dans les trois ans suivant la date de la sentence. Le tribunal a la faculté de suspendre l'exécution, s'il le juge nécessaire, jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur cette révision. L'article 51 dispose ainsi :

« (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. »

Cette procédure montre la volonté d'encadrer de manière stricte la possibilité de révision des décisions du CIRDI. Le consentement de l'Etat est donc a ce stade très encadré. Il ne peut se

défaire d'une décision de manière discrétionnaire, cette contrainte est de nature à faire du CIRDI une institution de poids sur la scène internationale et lui confère une réelle crédibilité.

Section 2. Une possibilité d'annulation décrédibilisante⁷⁹

Outre la révision, la Convention de Washington prévoit aussi la possibilité d'annulation des décisions pour des motifs extrêmement restreints. En effet, chaque partie peut annuler la sentence rendue à son encontre pour l'un des motifs suivants : « *vice dans la constitution du Tribunal ; excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; corruption d'un membre du tribunal ; inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; défauts de motifs* ».

La demande sera examinée par un Comité ad hoc de trois membres, excluant les membres du tribunal ayant rendu la sentence contestée. Ce Comité a la faculté de suspendre l'exécution⁸⁰. Cette faculté donnée aux parties montre le pouvoir de détermination des parties en droit international de pouvoir choisir leur justice puisqu'à la suite d'une annulation d'une décision CIRDI, les parties ont la faculté de soumettre le différend à un nouveau tribunal. On peut voir la portée de l'autodétermination des parties et a fortiori de l'Etat à ce stade de la procédure CIRDI dans une décision *Amco*⁸¹ décidant l'annulation le 16 mai 1986.

Dans cette affaire il était question d'un différend opposant le groupe Amco à l'Indonésie au sujet d'un complexe hôtelier. Ce différend avait été réglé par une décision arbitrale mais l'Indonésie qui avait été condamnée à indemniser en partie l'investisseur avait obtenu l'annulation partielle de la sentence. Les parties ont alors décidé de saisir un nouveau tribunal nouvellement composé. On voit donc à ce stade une possibilité de forum shopping au sein même du CIRDI par le biais de la possibilité d'annulation.

Bien plus, les facultés des parties ne se cantonnent pas à ce choix, lors de la saisie du nouveau tribunal, celles-ci doivent s'accorder sur la liste des points de la sentence initiale qui ont été annulés, une question s'est alors posée sur le point de savoir si une décision d'annulation doit revêtir une portée large ou restreinte, c'est-à-dire si elle ne porte uniquement sur les points expressément évoqués ou si elle vient mettre un terme à la sentence rendue antérieurement. Il est certain que l'influence des parties est grande sur la portée à donner à ces décisions

⁷⁹ RAMBAUD (P.), « De la compétence du CIRDI saisi après une décision d'annulation », *Annuaire français de droit international*, XXXIV, 1988, Editions du CNRS, Paris.

⁸⁰ VADCAR (C.), « Droit de l'investissement : vers un droit international de l'investissement direct étranger ? », *no 71. Jurisclasseur, droit international 1999*.

⁸¹ Décision du 16 mai 1986 (AFDI 1986, p.259) annulant partiellement la sentence du 21 novembre 1984 (AFDI 1984, p. 389).

d'annulation, leur volonté va influencer sur la compétence du CIRDI encore une fois. Même au stade de l'exécution, l'Etat possède une possibilité d'adapter la sentence rendue.

En définitive, la question de l'effet des décisions d'annulation afin de savoir s'ils ont force de chose jugée ou non, détermine l'étendue des pouvoirs des parties à leur propre litige. Si on considère que la décision d'annulation revêt l'autorité de la chose jugée alors la volonté des parties sera restreinte et elles seront liées à la décision du CIRDI, en revanche, si on considère qu'elle n'a pas autorité de chose jugée, les parties auront une plus grande latitude pour déterminer ce qui devra être rejugé dans la demande nouvelle ou pas.

En somme, la possibilité de réviser ou d'annuler les sentences module l'expression du consentement de l'Etat mais aussi des parties à la compétence du CIRDI car il permet de restreindre ou d'effacer des points de litiges sur lesquels le CIRDI aurait eu à s'exprimer. Bien plus, il permet de revenir sur le consentement même des parties au stade de l'exécution. L'enjeu est alors de taille pour le CIRDI car en refusant la procédure d'exequatur dans les tribunaux internes, il doit instaurer un contrôle au niveau interne mais ce contrôle est de nature à créer une justice à « deux vitesses⁸² ». Tout le but est alors d'assurer ce contrôle des décisions sans pour autant décrédibiliser l'action du Centre. Ce dur équilibre représente certainement le défi que le CIRDI doit relever pour assurer sa pérennité sur la scène internationale.

⁸² ALCABAS (A.), ALAMOWITCH (S.), « Le Centre International de Règlement des Différends relatifs à l'Investissement », *Les notes bleues de Bercy*, 2003 disponible en ligne : http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/notes_bleues/nbb/nbb256/256_cir.htm

Conclusion

Le système public privé instauré par le CIRDI représente une évolution conséquente dans la conception de l'Etat depuis le XIX^{ème} siècle⁸³. Bien loin d'être un justiciable classique, la notion de consentement de l'Etat est la pierre angulaire du fonctionnement du système CIRDI, on le voit à tous les stades de la procédure d'arbitrage, le consentement de l'Etat vient influencer la compétence du CIRDI de manière directe ou indirecte. Dans ce cadre, la question de l'équilibre des pouvoirs est le maître-mot de l'efficacité de cet arbitrage. Malgré les tensions de la part des Etats afin de conserver au maximum leur souveraineté et leur prérogative, le système mis en place par la convention de Washington montre un grand pragmatisme de telle sorte qu'il représente aujourd'hui l'arbitrage dominant en matière de d'investissement bien loin devant l'arbitrage CNUCED et l'arbitrage de la CCI.

⁸³ LELARGE (A.), *La notion d'Etat dans la doctrine internationale depuis la fin du XIX^{ème} siècle*, thèse sous la direction du Professeur Charles Leben, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007.

Bibliographie

Ouvrages

DELAUME (G.R.), *CIRDI Arbitration*.

DOLZER (R.), STEVENS (M.) *Bilateral Investment Treaties* (1995)

LEBEN (C.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, LGDJ, 2006.

NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, Kluwer Law International (2009).

REED (L.), PAULSSON (J.), BLACKABY (N.), *Guide to ICSID Arbitration*, La Haye, Londres, New York (2004)

SCHREUER (C.H.), *The ICSID Convention: a commentary*, Second Edition, Cambridge University Press (2009).

Articles

ALCABAS (A.), ALAMOWITCH (S.), « Le Centre International de Règlement des Différends relatifs à l'Investissement », *Les notes bleues de Bercy*, 2003 disponible en ligne : http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/notes_bleues/nbb/nbb256/256_cir.htm

AMERASINGHE (C. F.), "How to Use the International Centre for Settlement of Investment Disputes by Reference to its Model Clauses", *Indian Journal of International Law* n°530 (1973).

BROCHES (A.), "Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes" in *The Art of Arbitration* (1982).

COUILLEAUX (A.), « Arbitrage international » *Legal news International*, juin 2007

CRAWFORD (J.) SINCLAIR (A.), « Application aux contrats d'Etats des principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, supplément spécial 2002. Disponible en ligne : volume 13 n°1 : http://www.iccwbo.com/court/arbitration/id4098/langtype1036/index.html#13_1

DELAUME (G.R.) *ICSID and Bilateral Investment Treaties*, *News from ICSID*, Vol ½, pp. 12-17 (1985)

DELAUME (G.) « Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs à l'Investissement : la pratique du CIRDI », page 809. *JDI* 1982.

DELAUME (G.), "ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects", *Pace Law Review*, Volume 5, 1985

GAILLARD (E.), *Chronique des sentences arbitrales du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement*, *Journal du Droit International (Clunet)*, Avril-Mai-Juin 2010, n°2/2010.

GAILLARD (E.), *Chronique sur la Jurisprudence du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement*, Paris 2004

KAUFMANN-KOHLER (G.), *L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité : entre intérêt privés et intérêts publics*, Texte d'une conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth.

KELLEY (Gl.), "Multilateral Investment Treaties: A balanced approach to Multinational Corporations", *Col. J. of Transnational Law* 2001, p. 483.

PRECIGOUT (M.), *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit des investissements*, RCDADI, Tome 302, (2003), p. 201 à 286.

RAMBAUD (P.), « L'extension du système CIRDI », *AFDI*, 1984.

SCHLOSSER (P.F.), « conflits entre jugements judiciaires et arbitrages », *Revue de l'arbitrage* (1981).

SCHREUER (C.), *The Backlash against investment arbitration: perception and reality*, chapter 15: Denunciation to the ICSID Convention and consent to arbitration, (2010)

SINCLAIR (A.), *Fork-in-the-road provisions in investment treaties*, (2009), Allen & Overy Knowledge, UK. Disponible en ligne :

<http://www.allenoverly.com/AOWEB/Knowledge/Editorial.aspx?contentTypeID=1&contentSubTypeID=7944&itemID=53649&prefLangID=410>

Textes

UNCTAD, *Dispute Settlement, 2.3 Consent to Arbitration*, Publication de l'ONU, New York et Genève 2003.

Thèses

LELARGE (A.), *La notion d'Etat dans la doctrine internationale depuis la fin du XIXème siècle*, thèse sous la direction du Professeur Charles Leben, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007.

Jurisprudence

AAPL v. Sri Lanka décision du 27 juin 1990.

Amco v. Indonesia, Décision du 25 septembre 1983. Disponible en ligne :

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC663_En&caseId=C126

American Manufacturing & Trading, Inc. v. Zaire, ICSID Reports, vol. 5.

Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID reports, vol. 4, pp.246ss, no. 2

Cable TV v. St. Kitts And Nevis, decision du 13 janvier 1997

Holiday Inns v. Morocco, Décision du 12 mai 1974, ICSID Report 671.

Inceysa v. El Salvador, décision du 2 août 2006 n° ARB/03/26.

Kaiser Bauxite v. Jamaica, Décision du 6 juillet 1975.

L.E.S.I S.p.A. et ASTALDI v. Algeria, Décision du 12 juillet 2006, (n°ARB/05/3).

Militaries and paramilitaries activities in and against Nicaragua(Nicaragua v. United States of America), CIJ, Décision du 26 novembre 1984, disponible en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>

Pantehniki S.A. Constructors and Engineers v. The Republic of Albania, Décision du 30 juillet 2009 (ICSID case n°ARB/07/21). Disponible en ligne :

<http://ita.law.uvic.ca/documents/PantehnikiAward.pdf>

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade c. Royaume Hashemite de Jordanie, décision sur la compétence du tribunal arbitral, (Affaire n° ARB/02/13).

Salini v. Morocco, décision sur la Compétence du 23 juillet 2001.

Swiss Aluminium v. Iceland décision du 6 mars 1985, *MINE v. Guinea*, décision du 6 janvier 1988, ICSID Report 67.

Tradex v. Albania, Décision sur la Compétence du tribunal arbitral du 24 décembre 1996.

Zhinvali v. Georgia, décision du 24 janvier 2003.