

Année 2003

# Le Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement



Article d'Anne-Marie Alcabas, Bureau investissement international de la direction des relations économiques extérieures.

*Les sentences ou décisions du Centre international de règlement des différends liés à l'investissement (CIRDI ou le Centre) sont récentes, les premières datant de la première moitié des années 1980. Leur nombre n'a cessé de croître à partir des années 1990. Celles qui ont été rendues publiques revêtent une importance toute particulière dans la jurisprudence arbitrale internationale en matière d'investissement.*

*C'est tant la spécificité de l'institution, que l'importance des mutations que ses sentences revêtent dans la conception du droit et de la justice de l'investissement international, qui sont à l'origine du mouvement d'expansion judiciaire du CIRDI observé ces dernières années.*

---

## Le CIRDI, un ordre juridique spécifique

La Convention de Washington du 18 mars 1965 prévoit la création du CIRDI, organisme exclusivement dédié au règlement des différends relatifs aux investissements entre États et investisseurs étrangers.

## Le CIRDI est dédié au règlement des différends relatifs aux investissements

## ■ Le CIRDI s'est ouvert à des opérations qui appartiennent aux nouvelles formes d'investissement

À côté des investissements traditionnels dans lesquels l'investisseur étranger possède tout ou partie du capital social de l'entité réalisant l'investissement, on trouve des catégories très diversifiées d'opérations. Par exemple la construction d'un hôtel, sa gestion moyennant la concession d'un bail et une part des profits réalisés (affaire Amco c/ Indonésie), la gestion d'une filature de coton (affaire Sedite c/ Madagascar), des accords d'assistance technique et de licence de brevet relatifs à la fabrication d'armes (affaire Colt Industrie c/ Corée), la délégation d'un service public, voire la simple construction d'immeubles (affaire Gabon c/ Serete SA ou encore Philippe Grustin c/ Malaisie).

Dans une affaire récente (Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Royaume du Maroc du 23 juillet 2001), les juges ont retenu qu'un contrat de génie civil peut revêtir la qualification d'investissement.

## Le CIRDI est dédié aux litiges entre États et investisseurs étrangers

### ■ La compétence du Centre s'apprécie également par la qualité de l'investisseur étranger qui doit être « ressortissant d'un autre État contractant » à la Convention de Washington

Si une telle formulation répond bien à la réalité économique de l'entreprise qui est à l'origine de l'investissement objet du différend, elle peut se heurter en pratique à la complexité du montage juridique élaboré pour sa réalisation.

Des contrats conclus et des filiales parfois créées postérieurement à la signature du contrat de base, viennent altérer la simplicité initiale du schéma de coopération entre l'État et le partenaire étranger. La question se pose alors de savoir si la clause compromissoire incluse dans le premier contrat étend ou non ses effets aux accords postérieurs et aux nouveaux acteurs intervenant dans l'opération d'investissement.

Le tribunal CIRDI constitué dans l'affaire Holiday Inns et Occidental Petroleum Compagny c/ Maroc a été conduit à délimiter le champ de sa compétence. Le Maroc contestait la qualité des six autres sociétés, qui étaient intervenues dans la réalisation du projet, pour recourir à l'arbitrage.

Refuser toute compétence du tribunal à l'égard de telles sociétés aurait abouti à marginaliser le système CIRDI par rapport à la pratique contractuelle.

#### Encadré 1

### **Les modes de règlement des différends en matière d'investissement international**

Les modes de règlement sont assez nombreux (procédures judiciaires, arbitrage, médiation). Toutefois, le contentieux de l'investissement présente la caractéristique d'être essentiellement réglé par l'arbitrage.

**Les procédures judiciaires internes à l'État d'accueil**

Dans les années 1960-70, de nombreux PVD ont privilégié la compétence de leurs tribunaux nationaux. Les clauses attributives dans les contrats de l'État en faveur de ces juridictions étaient alors fréquentes.

Elles ne recueillent aujourd'hui l'accord des investisseurs étrangers comme mode de résolution des éventuels litiges que s'ils y sont contraints.

La multiplication des conventions bilatérales d'investissement et le développement de l'activité du CIRDI vont rendre légitime un règlement des différends en dehors des ordres juridiques internes aux États.

### **L'arbitrage**

#### **• L'arbitrage institutionnel :**

L'arbitrage institutionnel implique le recours à une institution d'arbitrage, qui n'est pas une juridiction. Son rôle se limite à administrer et à fournir un minimum d'infrastructure aux arbitrages qui se déroulent sous son égide. Si ces institutions peuvent édicter leur propre règlement d'arbitrage, toutes s'imposent l'application de principes communs : neutralité du règlement en assurant l'indépendance et l'impartialité des juges, traitement égalitaire des parties en adoptant une procédure contradictoire et impartialité de la procédure en veillant à ce qu'aucune mesure discriminatoire n'affecte les parties.

Il existe deux catégories d'institutions d'arbitrage :

– *Les institutions arbitrales générales* : la Cour Permanente de La Haye, l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, la London Court of International Arbitration, la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale à Paris ;

– *Une institution spécialisée en matière d'investissement*, le CIRDI.

#### **• L'arbitrage ad hoc :**

L'arbitrage ad hoc, contrairement à l'arbitrage institutionnel, n'est pas une institution particulière et ne met donc en présence que les parties et les arbitres. Ce système est souple, les parties vont librement choisir la désignation des arbitres, le lieu, le droit applicable, la procédure. Mais le corollaire de cette flexibilité est le blocage auquel peut se heurter la mise en place du dispositif en cas de refus d'une des parties ou de désaccord entre elles dans les choix à opérer.

Afin d'encadrer la procédure d'arbitrage ad hoc par un recours subsidiaire à un règlement existant, la Commission des Nations Unies pour le droit du Commerce International a élaboré en 1976 un règlement d'arbitrage (CNUDCI). Ce règlement a connu un certain succès en ce sens que les PVD y ont trouvé un moyen de disposer d'un instrument d'arbitrage autre que l'arbitrage institutionnel qu'ils considéraient comme dominé par les pays développés, et que ces derniers y ont vu le moyen de contrer le risque de blocage de la constitution du tribunal tout en disposant d'un outil juridique présentant une certaine souplesse.

### **La médiation**

La médiation a pour objet de parvenir à une conciliation entre les parties grâce à l'intervention d'un tiers, « le médiateur ». Le médiateur doit parvenir, en collaboration avec les deux parties, à une solution satisfaisante pour tous. La solution prônée par le médiateur n'a pas force exécutoire, elle ne pourra s'appliquer qu'avec l'agrément des parties.

Les procédures de médiation sont nombreuses, elles sont conduites de façon confidentielle. Elles sont proposées par des organisations internationales (CNUDCI, CIRDI, MIGA), des associations (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris<sup>(1)</sup>) et des institutions arbitrales classiques.

(1) Association rattachée à la Chambre de Commerce Internationale de Paris.

---

# Une nouvelle intelligence juridique internationale offensive

## Une justice plus efficace

### ■ La procédure CIRDI implique un double consentement

Le premier consentement implique que la Convention de Washington soit ratifiée par l'État-partie et par l'État dont l'investisseur étranger est ressortissant (voir supra). Le second doit être écrit par les parties au litige (convention d'arbitrage, clause compromissoire, notamment). La réunion de ces deux conditions est indispensable pour conférer un quelconque pouvoir juridictionnel à un tribunal arbitral, constitué sous les auspices du CIRDI.

Hormis le « mécanisme supplémentaire » ([voir encadré 3 p. 7](#)) mis en place par le Centre pour traiter de différends non couverts par l'absence de ratification de la Convention de Washington, il ne saurait y avoir d'arbitrage conduit sous l'égide du CIRDI sans ratification. Toutefois, très récemment, le Centre semble avoir apporté un aménagement à cette condition. En effet, un tribunal arbitral réuni sous l'égide du CIRDI a reconnu la compétence du Centre pour la réclamation d'un investisseur contre une entité sub-nationale, considérant l'État responsable des actes de l'entité fédérée, bien qu'il ne l'ait pas désignée expressément au CIRDI. L'entité en cause a été considérée comme une subdivision de l'État, au sens de l'accord bilatéral de protection des investissements que faisait prévaloir la demanderesse.

En présence de cette décision seulement, qui est à ce jour couverte par le secret de l'arbitrage, il est aujourd'hui difficile de dire quelle sera la position arrêtée à long terme par les tribunaux CIRDI sur la question de l'admissibilité des demandes formées par les investisseurs à l'encontre d'entités infra-étatiques n'ayant pas ratifié la Convention de Washington.

Le principe de ce second consentement a quant à lui été modulé, dans la mesure où aucune acceptation spéciale des États parties à l'instrument établissant l'instance n'est nécessaire. La ratification de lois, et surtout d'accords bilatéraux de protection des investissements étrangers, emporte acceptation de la juridiction obligatoire ([voir encadré 4 p. 8](#)). À titre illustratif, en 1999, sur les huit nouvelles affaires enregistrées par le Centre, une seule repose sur une convention d'arbitrage spécifique. En 2000 sur les 12 affaires nouvelles, 3 se fondent sur des conventions spécifiques.

Cette tendance ne devrait pas se démentir, tant est important le nombre d'instruments susceptibles de fonder la compétence du Centre. En effet, sur plus de 1 100 accords de protection des investissements existants de par le monde, plus de 700 visent le CIRDI comme institution devant laquelle les différends qui rentrent dans leur champ d'application peuvent être réglés. Quatre traités multilatéraux (Aléna, Mercosur, l'Accord de libre Echange de 1994 entre le Mexique, la Colombie et le Venezuela, la Charte de l'Énergie de 1995) visent également le Centre comme mécanisme de règlement des différends.

Il en va de même de nombre de législations nationales sur la protection des investissements.

### Encadré 3

#### **Le mécanisme supplémentaire : l'extension du système CIRDI**

Le CIRDI s'impose aujourd'hui comme le moyen principal de régler les différends entre les investisseurs privés et les États. Le Centre étend aujourd'hui ses interventions au-delà de la sphère des États parties. En effet, des États tiers ou des investisseurs ressortissants d'États tiers peuvent faire appel à lui soit spontanément, soit en vertu d'un mécanisme que le centre a lui-même élaboré pour répondre aux besoins.

#### **Le recours spontané au CIRDI**

La pratique révèle que le Centre, en la personne de son Secrétaire général, est parfois prié d'apporter son concours à la mise en œuvre de procédures d'arbitrage ad hoc, comme par exemple la désignation des arbitres.

#### **L'utilisation du mécanisme supplémentaire**

Répondant à des demandes qui lui avaient été faites, le Conseil administratif du Centre a adopté le 27 septembre 1978, des règles qui lui donnent, sous certaines réserves, compétence à la solution de litiges non couverts par la Convention, règles connues sous le nom de mécanisme supplémentaire.

Ledit mécanisme a un double objet :

1. régler d'abord 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 ;
2. mettre à la disposition des intéressés, qu'ils soient ou non partie à la Convention de Washington, une procédure de constatation des faits, procédure précontentieuse d'enquête ou d'instruction bien connue en droit international.

### Encadré 4

#### **Sentence prononcée le 27 juin 1990 par un tribunal arbitral international constitué sous les auspices du CIRDI dans l'affaire Asian Agricultural Product LTD contre la République du Sri Lanka**

#### **Les faits**

La société immatriculée à Hong Kong, AAPL a pris, en 1983, une participation minoritaire dans le capital d'une entreprise du Sri Lanka, Serendib Seafood LTD, qui a été constituée pour la réalisation d'un projet d'aquaculture dans ce pays. Installé dans une région devenue la proie de troubles, le centre d'élevage est incendié, le 27 janvier 1987, au cours d'une opération militaire montée par les forces sri lankaises contre les rebelles qui s'y étaient réfugiés.

#### **La procédure**

Sa demande d'indemnisation étant restée sans réponse, AAPL saisit, le 8 juillet 1987, le CIRDI d'une enquête fondée sur l'article 8 de l'accord de protection des investissements (API), conclu en 1980 entre le Sri Lanka et le Royaume-Uni puis fut étendu à Hong Kong par un échange de notes.

C'est la première fois que la saisine du CIRDI s'effectue directement sur la base d'un API et non d'un contrat conclu entre les parties.

#### **La nature juridique des API pour fonder la compétence du CIRDI**

Le consentement des parties est la « pierre angulaire » de la Convention de Washington instituant le CIRDI(1).

En effet, les parties doivent librement décider qu'un éventuel différend pourra être

porté devant le CIRDI. Aussi la question s'est posée de savoir dans quelle mesure une clause CIRDI dans un API peut ou non obliger l'État à accepter l'arbitrage du CIRDI en cas de litige sur un contrat particulier.

La Convention n'exige pas que le consentement soit exprimé dans le même acte juridique. Le CIRDI va estimer que lorsque de tels API existent, les obligations contractuelles entre l'État d'accueil et l'investisseur sont transformées en de véritables obligations internationales au sens du droit international public. Se fondant sur les positions respectives des parties à l'égard de l'accord dont les dispositions sont au cœur du débat engagé devant lui, il y voit la preuve de leur consentement à en faire la source principale de leurs droits et de leurs obligations(2). Les modalités particulières de saisine du Centre dans cette affaire vont faire jurisprudence.

(1) « *Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs à l'investissement : la pratique du CIRDI* », page 778. Georges R. DELAUME, JDI 1982.

(2) Article de Patrick RAMBAUD « *Des obligations de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger* », AFDI 1992.

### ■ Les mesures de puissance publique qui compromettent l'investissement

Le début des années 1980 marque la fin des grandes vagues de nationalisations ainsi que le règlement par l'arbitrage des derniers grands litiges suscités par ce mode d'intervention de l'État dans l'économie. Les premiers contentieux soumis au CIRDI sont révélateurs des évolutions judiciaires qui marqueront la question des nationalisations. Dans les affaires *Benvenuti & Bonfant contre l'État du Congo* et *A.G.I.P. contre l'État du Congo*, les sentences arbitrales rendues conduisent les États à accepter de soumettre la nationalisation et l'expropriation à certaines conditions, notamment en termes d'indemnisation.

Depuis la seconde moitié des années 1980, les mesures de nationalisation sont rares. Les sentences arbitrales portent alors sur de nouvelles pratiques préjudiciables aux investisseurs étrangers, les expropriations rampantes, qui elles aussi, donnent lieu à des indemnisations.

À partir de 1985 et tout au long des années 1990, les programmes de privatisation s'accroissent. Ce phénomène a pour corollaire l'accroissement du nombre des affaires contentieuses liées à des faits de privatisation. En 1998, cinq affaires portées devant le CIRDI avaient un rapport plus ou moins direct avec des privatisations. Aucune de ces affaires n'a à notre connaissance, à ce jour, donné lieu à une sentence, malgré l'ancienneté de l'engagement des procédures. Ces litiges sont longs et complexes car il est souvent difficile pour l'investisseur étranger d'apporter la preuve des actes mis à la charge de l'État.

Les États se sont aussi, au cours des années 1990, désengagés au profit de pouvoirs locaux (provinces, régions, municipalités, ...). Dans l'affaire qui a opposé une entreprise française à une province d'un État sud-américain, la question s'est posée de savoir si les agissements contestés de la province pouvaient relever de manquements à l'accord bilatéral conclu entre la France et l'État d'appartenance de la province. Le tribunal arbitral a reconnu sa compétence pour un litige entre une entreprise et une province.

### **Protection de l'État en cas d'information pré-contractuelle déficiente ou illicite de la part de l'investisseur**

L'existence d'une obligation d'information efficiente a été énoncée pour la première fois dans la sentence Klöckner contre l'État du Cameroun, « Klöckner était dans une obligation particulièrement forte de tenir le Cameroun informé de tout fait susceptible d'influer de façon cruciale la décision du Gouvernement de procéder et de continuer à procéder aux engagements financiers très onéreux que Klöckner cherche maintenant à faire valoir ». Dans l'affaire Atlantic Triton contre la Guinée, la Guinée reprochait à l'investisseur étranger des lacunes dans la conception de son projet de création d'une industrie de pêche côtière et le caractère insuffisant, voire inapproprié, des informations que lui avait prodiguées la société contractante, à propos de choix techniques nécessaires à la réalisation du projet. Le développement d'un important contentieux relatif à la protection de l'État en cas de manœuvre pré-contractuelles illicites émanant de l'investisseur est à l'origine d'un autre apport de la jurisprudence CIRDI.

La première allégation de manœuvre précontractuelle dolosive relevée par un tribunal CIRDI figure dans l'affaire Klöckner contre l'État du Cameroun : « Le défendeur a soutenu qu'il était en droit de refuser de payer le prix prévu au contrat de livraison parce que Klöckner avait agi frauduleusement et avec une malveillance et des manœuvres manipulatives voulues. Il a particulièrement attaqué l'étude de faisabilité originale soumise par [...] » car « elle était si erronée qu'il fallait se demander s'il n'y avait pas intention délibérée d'induire le Gouvernement en erreur ».

Lors de l'affaire Spp contre Égypte, une des demandes reconventionnelles égyptiennes était fondée sur le fait que l'investisseur avait menti sur ses capacités financières et techniques à réaliser le projet. Cette allégation visait à démontrer que l'État égyptien n'aurait pas fait affaire avec l'investisseur s'il n'avait pas été trompé sur ces points.

### **Protection des intérêts du public**

Une récente tendance dans les procédures et jurisprudences CIRDI accorde une attention de plus en plus grande à l'intérêt du public, au détriment de la confidentialité de l'arbitrage.

Le juge a ainsi autorisé dans l'affaire Metalclad Corporation contre United Mexican States, une organisation non gouvernementale canadienne à filmer les débats et à les diffuser sur Internet dans leur intégralité. Il en a été de même dans l'affaire Waste Management Inc. contre United Mexican States, lorsque le tribunal arbitral a conclu qu'il n'y a pas d'obligation de confidentialité empêchant les parties de rendre publiques les informations relatives à la procédure arbitrale.

Enfin, dans l'affaire Méthanex contre États-Unis d'Amérique, le tribunal arbitral a admis, pour la première fois, une demande d'amicus curiae formée par des associations privées de défense de l'environnement tiers à l'arbitrage.

En somme, comme le relève le professeur Gaillard (3) « il n'est pas douteux que cette aspiration à une plus grande transparence du processus de décision dans les affaires concernant les États constitue une revendication importante qui invite à

repenser la question de la confidentialité de l'arbitrage en matière de contrats États  
».

*(1) Note sur l'extension du « système CIRDI », Patrick RAMBAUD, AFDI 1984.*

*(2) « Investissements étrangers entre États et ressortissants d'autres États », thèse pour le doctorat en droit de S. Manciaux, 1998.*

*(3) A participé à la rédaction de cet article Maître Stéphan ALAMOWITCH -Avocat à la Cour - Maître de conférences à l'IEP de Paris.*

© *Les notes bleues de Bercy*

Le Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement

# CIRDI, 45 ans après, Bilan d'un système

Sous la direction de Ferhat HORCHANI

Avril 2011 - 448 pages

Ean - Isbn13 : 978-2-233-00614-1 ;

prix : 42 €

Editions A.Pedone - 13 rue Soufflot 75005 Paris

Tel. : 00 33 (0)1 43 54 05 97